

Begroting en verhoging van het smartengeld

Wat Nederland kan leren van Engelse *Guidelines* en Duitse grondrechten

Prof. mr. C.C. van Dam *



*Een baanbrekend
vonnis van de
Rechtbank Midden-
Nederland.*



1. Samenvatting

Deze bijdrage gaat over twee actuele smartengeldvragen:

- a. hoe kan het smartengeld op meer consistente en transparante wijze worden *begroot*?
- b. hoe kan de huidige stagnatie in de *hoogte* van het smartengeld worden doorbroken?

Deze vragen bespreek ik vanuit een internationaal perspectief. Ik geef aan hoe deze vragen in het buitenland worden beantwoord en wat daarvan in Nederland kan worden geleerd.

Paragraaf 2 gaat naar aanleiding van het *AMC*-arrest van de Hoge Raad over het gebruik van rechtsvergelijking door de rechter. Geconcludeerd wordt dat dit met name nuttig kan zijn indien bestaande rechtsregels tot controverse hebben geleid, indien behoefte bestaat aan een juridische gezondheidstest (doen wij raar of alleen de anderen?) of indien het nationale recht lacunes of onduidelijkheden bevat. Het laatste wordt geïllustreerd aan de hand van een baanbrekend vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland.

Paragraaf 3 gaat over de *begroting van het smartengeld*. Internationaal worden diverse methoden gebruikt (formules, richtlijnen, gevalsvergelijking) waarvan de laatste in elk rechtsstelsel de belangrijkste is (3.1). In Duitsland bestaan meerdere grotere smartengeldverzamelingen waardoor de keuze uit rechterlijke uitspraken zeker drie keer zo groot is als in Nederland (3.2). In Engeland zijn naast de gevalsvergelijking de *Guidelines* van belang die regelmatig wordt geactualiseerd. Ze zijn niet bedoeld als een *quick-scan-fast-result*-methode maar om de consistentie van smartengeldbedragen te bevorderen (3.3). In Nederland vindt gevalsvergelijking plaats met behulp van het Smartengeldboek. De informatie die hierin per zaak wordt vermeld,

* Honorair Hoogleraar Europees privaatrecht Universiteit Utrecht en Visiting Professor King's College London (waar hij Engels en vergelijkend aansprakelijkheidsrecht doceert). Tevens redacteur van Verkeersrecht.

zou kunnen worden verbeterd indien de slachtofferadvocaat de rechter van betere informatie voorziet en de rechter daar goed gebruik van maakt. Het relatief beperkte aantal uitspraken in het Smartengeldboek zou kunnen worden gecompenseerd door het ontwikkelen van richtlijnen, mede met behulp van intelligente rechtsvergelijking (3.4-3.5).

Paragraaf 4 gaat over de stagnerende hoogte van de smartengeldbedragen in Nederland. Zeker vanaf het middelzware letsel zijn de bedragen in Nederland inmiddels nog maar de helft of een derde van wat in Engeland en Duitsland wordt toegekend (4.1). In het *AMC*-arrest heeft de Hoge Raad voor deze achterstand de grondslag gelegd door de feitenrechter te manen rekening te houden met vergelijkbare gevallen en met de maximaal toegekende bedragen (4.2). In Duitsland lijkt stagnatie te zijn voorkomen door een combinatie van factoren: een striktere toetsing door het BGH, meer leiding op hoofdpunten van het BGH en een binding van het smartengeld aan de bescherming van grondrechten. Waar het BGH smartengeld in het geval van bewusteloosheid in verband brengt met fundamentele rechten zoals het recht op menselijke waardigheid en vrije ontplooiing van de persoonlijkheid, overweegt de Hoge Raad dat een bewusteloos slachtoffer niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn leven te genieten. Dat onderscheid in benadering heeft onmiskenbaar gevolgen voor de hoogte van het smartengeld (4.3). In Engeland heeft de Court of Appeal de smartengeldbedragen tot twee keer toe forfaitair verhoogd, maar ook los daarvan is, net als in Duitsland, sprake van een autonome intrinsieke stijging van de smartengeldbedragen. In beide landen heeft deze stijging te maken met de expliciete opdracht aan de feitenrechter om de bedragen in lijn te houden met de maatschappelijke ontwikkelingen (4.4). Deze maatschappelijke ontwikkelingen gaan over de veranderende waarden van geld en van smart en van de transformatie van smartengeld naar onrechtcompensatie (4.5-4.7).

Paragraaf 5 gaat over de verantwoordelijkheid van de spelers in het smartengeldveld en hoe zij kunnen bijdragen aan het doorbreken van de stagnatie en aan een dynamisering van het smartengelddiscours. De Hoge Raad kan hieraan bijdragen door iets minder marginaal te toetsen, door expliciet aan te geven dat de feitenrechter mede rekening moet houden met zich wijzigende maatschappelijke opvattingen en door het smartengeld mede te plaatsen in het licht van de bescherming van fundamentele rechten (5.1). De feitenrechter mag zich niet achter de Hoge Raad verschuilen, maar kan en moet zelf de ontwikkeling van smartengeldbedragen bevorderen (5.2). Slachtofferadvocaten moeten aan de rechter duidelijkere en specifiekere informatie geven over het letsel en de impact daarvan, maar ook het *verhaal* van het slachtoffer voor het voetlicht brengen (5.3). En tenslotte is het de verantwoordelijkheid van verzekeraars om in buitengerechtelijke onderhandelingen samen met de slachtofferadvocaat het belang van het slachtoffer bij het ontvangen van een geormerkt smartengeldbedrag te respecteren. Smartengeld dient als erkenning van en compensatie voor de inbreuk op een fundamenteel recht en moet niet worden gebruikt als sluitpost of smeermiddel voor de onderhandelingen (5.4).



Slachtofferadvocaten moeten ook het verhaal van het slachtoffer voor het voetlicht brengen.



2. Rechtsvergelijking door de rechter

2.1. Hoge Raad in AMC

In 1990 verrichtte ik ten behoeve van de Consumentenbond een rechtsvergelijkend onderzoek naar de hoogte van het smartengeld in Europa.¹⁾ Het onderzoek liet zien dat de smartengeldbedragen in Nederland (ook toen al) achterbleven bij die in de ons omringende landen. Het was dit onderzoek waarnaar in de AMC-procedure werd verwezen en dat voor de Hoge Raad aanleiding was om de betekenis van rechtsvergelijking voor de hoogte van het smartengeld aan te geven.

In de AMC-zaak ging het om een fout bij een bloedtransfusie waardoor een patiënt besmet was geraakt met het hiv-virus, iets wat destijds in veel gevallen op betrekkelijk korte termijn dodelijk was. Omdat het AMC aansprakelijkheid had erkend, richtte de kortgedingprocedure zich op de omvang van de schadevergoeding. Voor het hof had het AMC betoogd dat zich in de rechtspraak voor de ernstigste en meest langdurige letsels een bovengrens had afgetekend van f 100 000 à f 150 000. In dit verband overwoog het hof dat het voor de hand lag om

‘(...) ten aanzien van de omvang “van de vergoeding voor ideële schade” acht te slaan op “hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt”. Ten aanzien van dit laatste blijkt uit een publikatie van het Molengraaff Instituut te Utrecht van oktober 1990, *A survey of the settlements concerning the compensation for immaterial damage in the EC*, dat de hoogste toegekende bedragen wegens immateriële schade in de meeste van de ons omringende landen (aanmerkelijk) hoger liggen dan in Nederland. Voor Nederland is een maximum bedrag vermeld van f 250.000 of wel 109.000 ecu. Voor Frankrijk is dit lager te weten 73.000 ecu, maar voor België 119.000 ecu, voor het Verenigd Koninkrijk 135.000 en voor Duitsland 244.000 ecu. Ook voor Italië en Spanje worden bedragen van ruim boven 200.000 ecu genoemd. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de door het AMC bedoelde bovengrens niet langer bestaat.’²⁾

Het hof achtte voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de vordering van eiser van f 300.000 (iets meer dan € 136.000) zou toewijzen. In cassatie bestreed het AMC onder meer het gebruik van rechtsvergelijking. De Hoge Raad overwoog:

‘Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.’³⁾

De overweging van de Hoge Raad zou eng kun-

nen worden geïnterpreteerd als: ‘Als u rechtsvergelijking leuk vindt, kunt u gerust uw gang gaan maar wij vinden het niet erg belangrijk.’ Ik ga er vanuit dat de Hoge Raad slechts duidelijk wilde maken dat de rechter in het buitenland toegekende bedragen niet als het enige argument voor een hoger smartengeld mag gebruiken. Hij moet ook andere argumenten aanvoeren en die moeten gebaseerd zijn op de gezichtspunten in de jurisprudentie van de Hoge Raad. En daar wringt juist de schoen, want een van die gezichtspunten is dat rekening moet worden gehouden met de maximaal toegekende bedragen. Op deze wijze heeft de Hoge Raad, vermoedelijk onbedoeld, het deksel stevig op de pan met smartengeldbedragen gezet. Zie hierover paragraaf 4.2.

2.2. Wanneer is rechtsvergelijking door de rechter nuttig?

Rechtsvergelijking door de rechter kan in een aantal opzichten nuttig zijn. Ik noem kort drie – niet strikt van elkaar te scheiden – aspecten.⁴⁾ Ten eerste kan rechtsvergelijking nuttig zijn indien bestaande nationale rechtsregels tot controversie hebben geleid en serieuze vragen hebben opgeroepen over hun houdbaarheid en rechtvaardigheid. Een voorbeeld is de Engelse *Fairchild*-zaak, waarin de Court of Appeal schadeloosstellingen van asbestslachtoffers had afgewezen, omdat zij niet konden bewijzen bij welke werkgever ze de fatale asbestkristal(len) hadden ingeademd. Dit omstreden arrest was voor de House of Lords aanleiding over de grenzen te kijken, niet alleen binnen de *common law* (wat niet ongebruikelijk is) maar ook op het Europese continent. De vraag was daarbij welke rol rechtsvergelijkende gegevens konden spelen. Lord Bingham zei dat indien

‘(...) a decision is given in this country which offends one’s basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question.’⁵⁾

In de tweede plaats kan rechtsvergelijking door de rechter worden gebruikt als een juridische gezondheidstest met als centrale vraag: wijken we in ons land te ver af van het gemiddelde of zijn andere landen net zo (on)verstandig? Een voorbeeld is de uitspraak van het Bundesgerichtshof uit 1983 waarin het een *wrongful life-claim* afwees met verwijzing naar een kort daarvoor gepubliceerde beslissing in dezelfde zin van de Engelse Court of Appeal.⁶⁾

Een derde reden voor het gebruik van rechtsvergelijking is wanneer het nationale recht lacunes of onduidelijkheden bevat. Een goed voorbeeld is een recent vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland waarin het ging om een slachtoffer van een verkeersongeval dat als gevolg van zeer ernstig hersenletsel acht jaar in coma lag.



De Hoge Raad heeft het deksel stevig op de pan met smartengeldbedragen gezet.



1. C.C. van Dam, *A survey of the settlements concerning the compensation for immaterial damage in the EC*'s-Gravenhage/Utrecht: Consumentenbond/Molengraaff Instituut, 1990. Zie ook C.C. van Dam, ‘Smartengeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa’, *TvC* 1991, p. 92-107.
2. Hof Amsterdam 27 juni 1991, r.o. 4.9-4.11, te kennen uit HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714 (AMC/O).
3. In gelijke zin HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/Bouw*).
4. Zie ook Cees van Dam, *European Tort Law* (2e druk), Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 104-2 met verdere voorbeelden, alsmede Guy Canivet, Mads Andenas & Duncan Fairgrieve (red.), *Comparative Law Before the Courts* London: BIICL 2004 en T. Koopmans, ‘Comparative Law and the Courts’, *ICLQ* 45 (1996), p. 545-556.
5. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd & Others* [2002] 3 All ER 305, para. 32. Vier jaar later besliste de House of Lords in *Barker v Corus (UK) Ltd* [2006] 2 AC 572 (HL) dat werkgevers na *Fairchild* niet hoofdelijk maar proportioneel aansprakelijk waren. Hoewel ook in deze zaak het gebruik van rechtsvergelijking voor de hand had gelegen, voelde geen van de Law Lords zich hiertoe geroepen. Toeval of niet, maar Lord Bingham was geen lid van het panel dat deze zaak besliste.
6. BGH 18 januari 1983, BGHZ 86, 241, met verwijzing naar *McKay v Essex Health Authority* [1982] 2 All ER 771 (CA).

Onduidelijk was of en in hoeverre hij pijn en smart kon ervaren. Moest hier een symbolisch of een substantieel bedrag aan smartengeld worden toegewezen? De rechtbank constateerde dat in Nederland niet eerder over soortgelijke situaties was beslist. In het arrest inzake de comateuze timmerman heeft de Hoge Raad met enige terughoudendheid smartengeld voor bewuste-loze slachtoffers mogelijk geacht maar hij gaf daarbij geen indicatie over de hoogte.⁷⁾ De rechtbank oriënteerde zich daarom op de rechtspraak in Duitsland en Engeland en leidde hieruit af dat aan comateuze slachtoffers in Engeland en Duitsland substantiële bedragen worden toegekend die ook binnen de totale range van smartengeldbedragen in de hoogste categorieën lijken te vallen. Hoewel het algemene niveau van het smartengeld in Engeland en Duitsland niet zonder meer vergelijkbaar is met dat in Nederland (de hoogste bedragen liggen daar rond de € 300.000), vond de rechtbank in de oriëntatie steun voor haar oordeel dat voor letsel als het onderhavige toekenning van een substantieel smartengeld billijk is en wees een bedrag van € 100.000 toe.⁸⁾

Er kunnen voor de rechter dus diverse goede redenen zijn om van rechtsvergelijking gebruik te maken bij het ontwikkelen van het nationale recht. In die zin is de benadering van de Hoge Raad in het AMC-arrest ('geen rechtsregel belet') te zuinig. Dit betekent niet dat rechtsvergelijking door de rechter een kwestie van knip- en plakwerk is, zoals ook het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland laat zien. De gekozen oplossing moet worden ingebed in het rechtssysteem en de rechtscultuur van het ontvangende land. Zoals Lord Bingham⁹⁾ het formuleerde in *Fairchild*:

'Development of the law in this country cannot of course depend on a head-count of decisions and codes adopted in other countries around the world, often against a background of different rules and traditions. The law must be developed coherently, in accordance with principle, so as to serve, even-handedly, the ends of justice.'¹⁰⁾

3. Begroting smartengeld: meer transparantie en consistentie?

3.1. Methoden van begroting: overzicht

Voor het vaststellen van de hoogte van het smartengeld kunnen in beginsel drie methoden worden onderscheiden: gevalsvergelijking, richtlijnen en formules.

Bij *gevalsvergelijking* wordt gekeken welk bedrag in vergelijkbare gevallen is toegekend. Deze methode wordt in alle landen toegepast, al dan niet in combinatie met andere methoden. Zij wordt gefaciliteerd met behulp van rechtspraakverzamelingen die door academici of praktizijns worden opgesteld en bijgewerkt. Voor een goed functioneren van deze methode

zijn twee voorwaarden van belang: een voldoende aantal gevallen (kwantiteit) en voldoende informatie per individueel geval (kwaliteit). Hoe groter het aantal uitspraken en hoe beter de informatie, des te eerder is het mogelijk om een zaak te vinden met voldoende aanknopingspunten voor het begroten van de hoogte van het smartengeld. In grote landen waar veel geprocedeerd wordt, zoals in Duitsland (par. 3.2), zijn die voorwaarden eerder vervuld dan in Nederland dat een sterke schikkingencultuur kent (par. 3.4).

Richtlijnen kenmerken zich door te abstraheren van concrete gevallen. Per letselcategorie worden, op basis van bestaande rechtspraak, bedragen of bandbreedten van bedragen aangegeven die beschouwd worden als een redelijke vergoeding. Het doel van de richtlijnen is niet om een kant-en-klare oplossing te bieden, maar om een indicatie te geven voor de hoogte van het smartengeld waarbij de rechter de vrijheid heeft om af te wijken. Bovendien kunnen richtlijnen de consistentie van de smartengeldpiramide bevorderen. Het bekendste voorbeeld van richtlijnen zijn de Engelse *Guidelines* (zie par. 3.3).¹¹⁾ In Nederland heeft de Letselschade Raad al in 1999 richtlijnen ontwikkeld voor een efficiënte en slachtoffervriendelijke wijze van afdoening van kleinere letselschades, inclusief smartengeld.¹²⁾ Deze richtlijnen bevatten voor verschillende soorten licht letsel smartengeldindicaties; de bedragen zijn nogal bescheiden.¹³⁾ Ruime bandbreedten maken het mogelijk om te variëren naar de individuele omstandigheden van het slachtoffer. Eventuele afwijkingen van de concreet geleden immateriële schade kunnen bij licht letsel gerechtvaardigd zijn door de efficiëntievoordelen van een abstracte schadeberekening. In deze bijdrage staat niet het lichte letsel maar het middelzware tot zeer zware letsel centraal.

Formules zijn in Nederland vooral bekend door hun gebrek aan succes.¹⁴⁾ Het nadeel van formules is dat zij doorgaans rigide zijn en dat een redelijke input niet noodzakelijkerwijs tot een redelijke output leidt. Zeker voor de ernstiger letsels is de formule niet geschikt, omdat de werkelijke impact van een ernstig letsel zich nu eenmaal niet in een formule laat vangen. Ook elders hebben formules geen voet aan de grond gekregen voor het berekenen van de hoogte van het smartengeld.

De Belgische praktijk komt er misschien nog het dichtste bij met de sinds 1995 gebruikte indicatieve tabel. Deze tabel heeft betrekking op een groot aantal schadeposten waaronder ook 'morele schade'. Het doel hiervan is om de eenheid in de toekenning van smartengeldbedragen te bevorderen. De tabel wordt regelmatig bijgewerkt door een commissie die bestaat uit vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, de advocatuur en diverse belangengroepen. Dit gebeurt op basis van rechterlijke beslissingen en maatschappelijke ontwikkelingen; de tabel is dus trendvolgend en niet trendsettend. Zij is evenmin bindend: de rechter is vrij om van de geïndiceerde bedragen af te wijken. Volgens het

7. In HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma*) overwoog de Hoge Raad dat bewusteloosheid tot het oordeel kan leiden dat de benadeelde geen nadeel heeft geleden in de vorm van pijn en/of verdriet (wetenschappelijk gezien een twijfelachtig oordeel) maar dat de staat van bewusteloosheid in elk geval tot gevolg heeft gehad dat de benadeelde niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn leven te genieten. Zie voor een overzicht van de discussie met verdere verwijzingen Carla Klaassen, 'Wat niet weet, wat niet deert? Of toch wel een beetje?' in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 127-145.
8. Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, LJN BZ0813. Dit oordeel reflecteert niet bepaald de voorzichtige houding van de Hoge Raad in het Coma-arrest.
9. Het is geen geheim dat Lord Bingham of Cornhill mijn favoriete Law Lord was; zie C.C. van Dam, Lord Bingham of Cornhill (1933-2010), *NJB* 2010, 2701-2702.
10. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others* [2002] 3 All ER 305, 334.
11. De letselchadepiramide van Van der Veen, die lange tijd in het Smartengeldboek werd vermeld, kan worden gezien als een vroege en zeer globale variant van een richtlijn.
12. De Letselschade Raad, *De Letselschade Richtlijn Licht Letsel (schadeafwikkeling en smartengeld)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2013. Er is sprake van 'licht letsel' indien het letsel binnen zes maanden restloos (behoudens de normaal te verwachten, niet-ontsiende, littekens) geneest, en er dus geen complicerende factoren optreden.
13. De richtlijn onderscheidt drie categorieën:
 - a. Tot € 750 bij oppervlakkig en beperkt letsel met een herstelperiode van ongeveer twee maanden (schaafwonden, kneuzingen, brandwonden van de eerste graad en beperkte, niet-ontsiende littekens).
 - b. Van € 500 tot € 1.500 bij letsel waarvoor korte medische en/of therapeutische behandeling heeft plaatsgevonden en waarbij sprake is van een herstelperiode van twee tot vier maanden ((lichte) hersenschudding of whiplash met restloos herstel, forse verzwikking of versturing, een gebroken rib en enkele dagen arbeidsongeschiktheid).
 - c. Van € 1.000 tot € 1.850 bij letsel met een herstelperiode van ongeveer vier tot zes maanden, maar met een uiteindelijk restloos herstel (op eventueel wat beperkte, niet-ontsiende littekens na), waarvoor medische en/of therapeutische behandeling heeft plaatsgevonden (korte ziekenhuisopname en 'eenvoudige' botbreuken met een aantal weken tot enkele maanden arbeidsongeschiktheid en tijdelijke hulpbehoefendheid). Wie er twee maanden uitligt, kan dus tot € 750 smartengeld krijgen en wie er zes maanden uitligt tot € 1.850. Dat lijkt op een soort kwantumkorting voor de verzekerder: zes halen, vijf betalen.
14. Zie voor een overzicht van de discussie H.M. Storm, H.P.A.J. Kamp en E.W. Schön, 'Personenschade', in J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Tilburg/Zwolle: Schoordijk Instituut/Tjeenk Willink 1995, p. 267-274; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998, p. 237-238; H.J.J. de Bosch Kemper, 'Smartengeld in perspectief', in M. Jansen & N. Frenk (red.), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade* (17e druk), Den Haag: ANWB 2009, p. 7.



De Engelse Guidelines beogen de consistentie van smartengeldbedragen te bevorderen.



Hof van Cassatie kan de indicatieve tabel enkel op een ‘aanvullende wijze’ worden gebruikt; uitgangspunt blijft dat de schade op concrete wijze moet worden beoordeeld.¹⁵⁾

Voor de begroting van morele schade bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid geldt in de indicatieve tabel een forfaitair bedrag per dag per graad invaliditeit. Daarenboven kan een forfaitair bedrag worden toegekend voor *pretium doloris* (pijn en smart), mits deze een zekere ernst heeft. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid wordt de morele schade gesplitst in diverse pos- ten (leed en pijn, seksuele schade, genoegenschade, esthetische schade) en krijgt het slachtoffer hiervoor onderscheiden vergoedingen. Hierbij speelt ook de leeftijd van het slachtoffer een rol en zijn de bedragen hoger naar mate men jonger is. Van Schoubroeck concludeert dat de indicatieve tabel een temperend effect heeft op de hoogte van de vergoeding voor morele schade en dat de verzekeringssector wat dat betreft tevreden is.¹⁶⁾

3.2. Duitsland: gevalsvergelijking

Voor het vaststellen van de hoogte van het smartengeld (*Schmerzensgeld*) staat in Duitsland de methode van de gevalsvergelijking centraal. Er zijn verschillende smartengeldverzamelingen beschikbaar, niet alleen in boekvorm¹⁷⁾ maar ook online.¹⁸⁾ Deze verzamelingen beginnen doorgaans met algemene informatie over de vergoeding van smartengeld. Daarbij wordt er steeds op gewezen dat de Duitse rechtspraak uitgaat van een dubbele functie van het smartengeld: compensatie (*Ausgleich*) en genoegdoening (*Genugtuung*). Aan de ene kant compenseert smartengeld voor het geleden verlies en maakt het de benadeelde mogelijk zich nieuwe aange- naamheden te verschaffen in plaats van de aan- genaamheden die hij niet langer kan genieten. Aan de andere kant beoogt de vergoeding de benadeelde genoegdoening te verschaffen voor de inbreuk op zijn recht.¹⁹⁾ De laatstgenoemde functie brengt mee dat ook indien iemand in coma raakt, een hoog bedrag aan smartengeld gerechtvaardigd kan zijn (par. 4.3).

De diverse rechtspraakverzamelingen overlappen elkaar tot op zekere hoogte, maar gezamen- lijk bevatten ze een aanzienlijk groter aantal uitspraken dan het Nederlandse Smartengeld- boek. Dat komt niet alleen door het simpele feit dat Duitsland bijna vijf keer zoveel inwoners heeft, maar ook omdat in Duitsland proportio- neel veel meer wordt geprocedeerd, ook over smartengeld, terwijl in Nederland meer wordt geschikt.²⁰⁾ Waar de laatste editie van het Smar- tengeldboek 1.430 uitspraken bevat,²¹⁾ telt de verzameling Hacks-Ring-Böhm er 3.211, de verza- meling Jaeger/Luckey 2.312²²⁾ en de verzameling Slizyk 2.230. Uitgaande van enige overlap, staan de Duitse rechtzoekende waarschijnlijk meer dan 4.000 uitspraken ter beschikking. De kans dat daar iets bruikbaar tussens zit, is daarmee drie keer zo groot als in Nederland. Deze omvang maakt het ook mogelijk om met meer verfijnde categorieën te werken.

De hoeveelheid beschikbare uitspraken is ver- moedelijk een belangrijke reden dat de behoefte aan richtlijnen in Duitsland niet groot is. Daar- naast bevatten de rechtspraakverzamelingen zelf veel toelichting en diverse wijzen van pre- sentatie en categorisering. Bovendien zijn Duit- sers niet erg happig op commissies die, zoals in Engeland, met een onduidelijk constitutioneel mandaat voor de rechterlijke macht richtlijnen produceren (par. 3.3).

Net als in het Nederlandse Smartengeldboek loopt de informatie die in de Duitse verzamelin- gen per zaak wordt gegeven uiteen van vrij uit- gebreid tot zeer beknopt. Ook daar zijn de samenstellers afhankelijk van wat in de zaak zelf door eiser naar voren is gebracht en in hoe- verre de rechter hiervan expliciet gebruik maakt. En ook daar mopperen samenstellers van de verzamelingen dat het allemaal wel wat beter zou kunnen.²³⁾

3.3. Engeland: Richtlijnen en gevalsvergelijking

Smartengeld wordt in Engeland aangeduid met de term *damages for non-pecuniary loss*. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen *pain and suffering* enerzijds en *loss of amenities* anderzijds. Het eerste ziet op het effect dat het letsel heeft op lichaam en geest van de gewonde, terwijl het tweede ziet op het effect van het letsel op diens dagelijks leven, zoals het niet meer kunnen beoefenen van een hobby. Voor *pain and suffering* hanteert de rechtspraak een subjectieve test en voor *loss of amenities* een objectieve test. Dat betekent dat een bewuste- loos slachtoffer geen recht heeft op vergoeding voor *pain and suffering* maar wel voor *loss of amenities*.²⁴⁾ Hoewel de rechtspraak deze soorten immateriële schade onderscheidt, bestaat de vergoeding uit één bedrag (*lump sum*).

Traditioneel maakt Engeland net als Duitsland en Nederland gebruik van de methode van de gevalsvergelijking.²⁵⁾ Die methode is nog steeds van groot praktisch belang, maar sinds 1992 zijn er de *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*.²⁶⁾ Zij worden samengesteld door een werkgroep die bestaat uit rechters en advocaten onder voorzitterschap van een High Court rechter. De Guidelines beogen de consistentie van smartengeldbedra- gen te bevorderen. Zij bevatten indicaties van actuele bedragen voor bepaalde letsels op basis van gegevens uit de praktijk. De rechter is vrij om af te wijken van het richtlijnbedrag. Nieuwe uitspraken worden verwerkt in edities die om de twee jaar verschijnen. De richtlijnen zijn dus niet trendsettend maar trendvolgend. De Guidelines werken met tien categorieën: (1) verlammingen; (2) hoofdletsel; (3) psychische schade; (4) zintuigen; (5) inwendige organen; (6) orthopedische schade; (7) gezichtsletsel; (8) littekens op andere delen van het lichaam; (9) schade aan haar; (10) dermatitis. De meeste categorieën zijn verdeeld in subcategorieën waarvoor steeds een richtbedrag of bandbreedte wordt aangegeven.

15. Hof van Cassatie 11 september 2009, *RW* 2011-12, p. 1658.
16. Zie Caroline van Schoubroeck, ‘Begroting van morele schade in België’, *VR* 2012, p. 218-225 met uitvoerige verdere verwijzingen.
17. Zie met name Susanne Hacks, Ameli Ring en Peter Böhm, *Schmerzensgeld* (31e druk), Bonn: Deutscher Anwaltverlag 2013; Andreas Slizyk, *Schmerzensgeld- Tabelle* (8e druk), Munich: Beck 2012; Lothar Jaeger en Jan Luckey, *Schmerzens- geld* (6e druk), Köln: Luchterhand, 2011.
18. Zie onder veel meer www.schmerzens- geldtabelle24.de en www.schmerzens- geld.info.
19. BGH 6 juli 1955, *BGHZ* 18, 149.
20. Zie Christiane E. Simsa, *Die gerichtliche und aussergerichtliche Regulierung von Verkehrsunfällen in Deutschland und den Niederlanden*, Köln: Bundesanzeiger 1995; zie ook Erhard Blankenburg, ‘Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture’ in: David Nelken (red.), *Compa- ring Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth 1997, p. 41-68.
21. M. Donkerlo en M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade* (18e druk), Den Haag: ANWB 2012 (hierna: Smartengeld- boek 2012).
22. Dit boek bevat alleen uitspraken van minder dan 10 jaar oud.
23. Jaeger en Luckey, *Schmerzensgeld* (6e druk) Köln: Luchterhand, 2011, N 1043 e.v.
24. *H. West & Son v Shephard* (1964) AC 326, (1963) 2 WLR 1359, (1963) 2 All ER 625. In dezelfde zin *Lim Poh Choo v Camden Area Health Authority* (1980) AC 174.
25. De belangrijkste rechtspraakverzameling in Engeland is die van David A. McL. Kemp, *The Quantum of Damages in Personal Injury and Fatal Accident Claims*, Vol. 3 and 4 (losbl.), London: Sweet & Maxwell.
26. Judicial College, *Guidelines for the Assess- ment of General Damages in Personal Injury Cases* (11e druk), Oxford: Oxford University Press 2012.

Zo is bijvoorbeeld bij volledige verlamming de bandbreedte voor smartengeld £ 232.500-288.500 (€ 279.000-346.000).²⁷⁾ De toelichting bestaat er uit dat een bedrag in het midden van de bandbreedte passend zal zijn voor gevallen waarin de benadeelde '(...) is not in physical pain, has full awareness of their disability, has an expectation of life of 25 years or more, has retained powers of speech, sight and hearing but needs help with bodily functions.'²⁸⁾ Het hoogste bedrag zal daarentegen passend zijn voor gevallen '(...) where physical pain is present or where there is a significant effect on senses or ability to communicate. Such cases often involve significant brain damage where degree of insight is a relevant factor.'²⁹⁾ Bedragen onderin de bandbreedte worden passend geacht in geval van bewusteloosheid en een aanzienlijk beperkte levensverwachting. Andere relevante factoren zijn leeftijd, de omvang van de resterende bewegingscapaciteit, en de mate van afhankelijkheid van zorg en machines en depressies. Dat is alles. De toelichting is dus zeer summier. De Guidelines zijn dan ook niet bedoeld voor het vinden van een snel antwoord, maar als richtlijn voor het formuleren en motiveren van een consistent antwoord.

Bij de Engelse Guidelines zijn ten minste twee vraagtekens te plaatsen. In de eerste plaats maken de Guidelines niet duidelijk hoe de ontwikkeling van de opgenomen bedragen zich verhoudt tot de in de rechtspraak toegekende bedragen; de Guidelines bevatten geen enkele verwijzing naar rechtspraak. In de tweede plaats is onduidelijk op welke andere gronden bedragen worden geüpdatet, zoals op grond van de geldontwaarding en andere maatschappelijke ontwikkelingen; in de Guidelines wordt hiervan slechts op algemene wijze verantwoording afgelegd. Dit gebrek aan transparantie wordt in Engeland niet bezwaarlijk geacht. Als er een (traditioneel hoog in aanzien staande) High Court-rechter bij betrokken is, wordt er meestal op vertrouwd dat het wel goed zit. In Nederland zal dit niet ieders *cup of tea* zijn. Overigens is het opmerkelijk dat juist een *common law*-land probeert de begroting van smartengeld door Guidelines op een abstracter plan brengen, terwijl de *civil law*-landen Duitsland en Nederland zich beperken tot de gevalsvergelijking wat juist een *common law*-hobby *par excellence* is.³⁰⁾ Al even opmerkelijk is dat de Guidelines beogen een gebrek aan consistentie te verhelpen, een euvel waar de *common law* in het algemeen aan lijdt.

Een illustratie van het gebruik van de Guidelines biedt de *Woodward*-zaak. Bij een 13-jarig meisje was te laat een groeistoornis gediagnosticeerd. Als gevolg hiervan was ze op 20-jarige leeftijd 1.95 meter lang en woog ze 150 kilo. Noch de rechtspraak, noch de Guidelines gaven richting aan het toe te kennen smartengeld. De rechter volgde het aansprakelijk gestelde ziekenhuis dat voor de twee meest kenmerkende letsels van de jonge vrouw (misvorming en progressieve verergerende rugproblemen) de bedragen in de

Guidelines had opgezocht en opgeteld. Het ziekenhuis kwam tot £ 100,000, de vrouw had £ 150,000 gevorderd. De rechter wees uiteindelijk £ 120,000 toe (ongeveer € 144.000).

3.4. Nederland: gevalsvergelijking

In Nederland is de gevalsvergelijking de belangrijkste methode om de hoogte van het smartengeld te bepalen. Dé bron hiervoor is al sinds jaar en dag het Smartengeldboek van ANWB *Verkeersrecht*.³¹⁾ Ondanks de grote rol die dit boek in de letselschadepraktijk speelt, is zij niet een vanzelfsprekend rustig bezit. In het verleden zijn diverse pogingen ondernomen tot het ontwikkelen van alternatieven zoals smartengeldformules, maar die hebben evenzovele malen schipbreuk geleden. De laatste jaren is sprake van een nieuwe heroriëntering: in zijn proefschrift bepleitte Verburg, geïnspireerd door de Engelse Guidelines, een smartengeldrechtsergeling³²⁾ en in de praktijk is een werkgroep al enige tijd bezig om alternatieve methoden te onderzoeken.³³⁾ Dat is een goede zaak: de wijze van begroting van smartengeld verdient een letselschadepraktijkbrede discussie.

Een belangrijk punt van kritiek op het Smartengeldboek is dat de uitspraken te weinig concrete informatie bevatten. Deze kritiek is terecht maar kan de samenstellers bezwaarlijk worden toegerekend. Zij zijn immers afhankelijk van wat rechters aan specifieke informatie in hun vonnissen vermelden en die is doorgaans zeer beperkt. Dat ligt vaak niet aan de rechters maar aan de advocaten die de rechter te weinig specifieke informatie over hun cliënt geven. Uiteindelijk begint het informatieprobleem dus bij de slachtofferadvocaat: die moet de rechter informatie geven om zijn beslissing over de begroting van het smartengeld handen en voeten te geven. Alleen op die manier kan het Smartengeldboek kwalitatief betere informatie gaan bevatten voor de rechtspraak (zie ook par. 5.3).

De variëteit waarin mensen letsel kunnen oplopen en de impact die dit op hun leven heeft, is vrijwel oneindig. Dit betekent dat het Smartengeldboek in kwantitatief opzicht slechts tekort kan schieten: het zal immers maar zelden voorkomen dat men een zaak vindt die vrijwel precies lijkt op de zaak die moet worden verdedigd of beslist. Dit kwantitatieve probleem is in grote rechtsstelsels als in Duitsland minder nijpend (par. 3.2). Het tekort aan uitspraken zou op drie manieren kunnen worden gecorrigeerd. Ten eerste zouden rechterlijke uitspraken kunnen worden aangevuld met buitengerechtigde schikkingen. Het realiteitsgehalte hiervan is afhankelijk van de bereidheid van partijen om vaststellingsovereenkomsten te publiceren; veelal gelden immers geheimhoudingsclausules. Voor zover partijen daar wél toe bereid zijn, is het de vraag of de overeenkomsten voldoende informatie bevatten over het waarom van de hoogte van het smartengeld. Meestal wordt immers wel de 'deal' vermeld maar niet waarom een bepaald bedrag

De wijze van begroting van smartengeld verdient een letselschadepraktijkbrede discussie.

27. In de 2010-editie van de Guidelines bedroeg deze bandbreedte nog £ 212.500-265.000 (€ 255.000-318.000).
28. *Guidelines*, p. 3.
29. *Guidelines*, p. 3.
30. Zie voor een uitvoeriger beschouwing over de Engelse Guidelines C.C. van Dam, 'Begroting van smartengeld in Engeland', VR 2012, p. 11-15 en K.W.A. Kharag, 'Smartengeldpraktijk Nederland vs. Engeland', VR 2012, p. 174-183.
31. Smartengeldboek 2012.
32. G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, in het bijzonder p. 261-264.
33. De Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld wordt aangestuurd door de Stuurgroep Smartengeld en het secretariaat berust bij De Letselschade Raad. Zie hierover de bijdrage van Frenk, par. 4.

is overeengekomen. Smartengeld functioneert in dat stadium eerder als smeermiddel en sluitpost dan als zelfstandige schadepost (zie ook par. 5.4). Een tweede methode om kwantitatieve tekortkomingen in het Smartengeldboek te corrigeren is het gebruik van rechtsvergelijking. Niet door middel van knip- en plakwerk maar door op inhoudelijke wijze te kijken welke bedragen in bijvoorbeeld Duitsland of Engeland voor bepaalde letsels worden toegekend en hoe deze bedragen zich verhouden tot andere bedragen in de smartengeldpiramides. Op deze wijze kan informatie worden verkregen over toe te kennen bedragen voor gevallen waarin het Smartengeldboek geen of te weinig informatie bevat. Een goede illustratie is het hiervoor genoemde vonnis van Rechtbank Midden-Nederland (par. 2.2). Tenslotte is denkbaar het gebrek aan zaken deels op te vangen door middel van richtlijnen zoals in Engeland (par. 3.3); deze optie komt thans aan de orde.

3.5. Richtlijnen in Nederland?

De over het algemeen positieve ervaringen in Engeland doen de vraag rijzen of het een goed idee zou zijn om ook in Nederland richtlijnen te ontwikkelen. Richtlijnen kunnen immers door het weglaten van details overzicht en inzicht in de jungle van uitspraken bevorderen en dit kan tevens de vergelijkbaarheid en consistentie van de smartengeldbedragen ten goede komen. Richtlijnen zouden complementair kunnen zijn ten opzichte van het Smartengeldboek en bijvoorbeeld suggesties kunnen bevatten voor het opvullen van lacunes. Hierbij zou ook gebruik kunnen worden gemaakt van buitenlandse rechtspraak door te bezien welke bedragen in andere landen voor bepaalde letsels worden toegekend en hoe deze bedragen zich verhouden tot andere bedragen in de smartengeldpiramides aldaar (zie par. 2.2).

Het ontwikkelen van richtlijnen voor de begroting van smartengeld is weliswaar het overwegen waard, maar er zijn eerst diverse preliminaire vragen te beantwoorden:

- * **Wie?** Door wie worden deze richtlijnen vastgesteld? Het kan primair een academische aangelegenheid zijn, maar het is ook denkbaar er rechters en advocaten bij te betrekken. Deze taak louter laten uitvoeren door rechters, zoals voorgesteld door Verburg,³⁴ lijkt mij minder gewenst, omdat daarmee niet de ervaringen uit de breedte van de letselschadepraktijk kunnen meewegen.
- * **Hoe?** Op welke manier worden de letselschadecategorieën en de daarbij behorende bedragen bepaald? Hier kan worden aangesloten bij bestaande indelingen zoals in het Smartengeldboek; mede op grond van rechtsvergelijkende informatie kunnen verdere verfijningen worden aangebracht.
- * **Variëteit.** Voor bepaalde letsels zal de bestaande rechtspraak voldoende informatie geven voor het formuleren van richtlijnen. Voor andere typen letsel zal dat niet het geval zijn. In het laatste geval zullen richtlijnen

meer tentatief van karakter zijn en minder feitelijke grondslag hebben. Dit dient in de richtlijnen te worden geëxpliciteerd.

- * **Ontvlechting.** In veel zaken is sprake van meervoudig letsel. Omdat de rechter steeds een *lump sum* toekent, is niet altijd duidelijk hoe elk letsel afzonderlijk wordt gewaardeerd. De richtlijnen kunnen bijdragen aan de ontvlechting van dit soort uitspraken. Bij het vaststellen van het smartengeld bij meervoudige letsels kan dan de door de Engelse rechter in de *Woodward*-zaak gebruikte methode worden toegepast (par. 3.3).
- * **Transparantie.** De samenstellers dienen verantwoording af te leggen van de gekozen opzet en van de toekenning van bedragen in de diverse letselcategorieën. Zowel bij de indicatieve tabel in België (par. 3.1) als bij de Guidelines in Engeland (par. 3.3) ontbreekt een dergelijke transparantie.
- * **Bescheidenheid.** Hoe minder details, des te meer overzicht kan worden gecreëerd en des te nuttiger de richtlijnen. Die zijn namelijk niet bedoeld voor luie juristen die op zoek zijn naar een rekenkundig antwoord op hun smartengeldvraag,³⁵ maar om overzicht, inzicht en informatie te geven om tot een consistent juridisch oordeel te komen. Bij elke begrotingsmethode, dus ook bij het gebruik van richtlijnen, wordt van gebruikers verwacht dat zij blijven nadenken. Dit volgt uit de regel dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.³⁶
- * **Status.** Richtlijnen moeten alleen doen wat op de verpakking staat, namelijk de praktijk ondersteunen door richting te geven. Zij dienen niet ter *vervanging* van rechtspraakoverzichten (gevalsvergelijking) en de rechter is te allen tijde vrij om van de richtlijnen af te wijken.

4. Hoogte smartengeld

4.1. Het probleem: stagnerende bedragen

In deze en de volgende paragraaf gaat het om het probleem dat de smartengeldbedragen over de hele linie in de afgelopen decennia in Nederland niet intrinsiek gestegen zijn, terwijl dat in andere landen wel het geval is. Al ruim twintig jaar bedraagt het hoogste smartengeld in Nederland € 136.000.³⁷ In al die jaren is zelfs de geldontwaarding niet verdisconteerd in de toegekende bedragen. Was dat wel gebeurd, dan zou het hoogste smartengeldbedrag nu ruim twee ton zijn. Het nominaal hoogste bedrag is € 150.000 maar na inflatiecorrectie is dit bedrag lager dan in de *AMC*-zaak.³⁸ Dit bedrag is ruim twee keer zo laag als het hoogste bedrag in Engeland (€ 330.000) en ruim vier keer zo laag als het hoogste bedrag in Duitsland (€ 619.000). Deze achterstand manifesteert zich niet alleen bij de zwaarste letsels maar ook bij de middelzware letsels. Enkele voorbeelden ter illustratie:

Overzicht en inzicht in de jungle van uitspraken.

34. Verburg 2009, in het bijzonder p. 261-264.

35. Zie ook J. de Waard, *VR* 2012, p. 455-456.

36. In HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma*).

37. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714, *VR* 1992/133 (*AMC/O*); zie hierover ook par. 2.1.

38. Rb. Den Bosch 11 april 2007, LJN BA2723, *JA* 2007/99.

Letsel	Subcategorie	Duitsland in €	Groot-Brittannië in €	Nederland in €
Verlamming	Vier ledematen	325.000-619.000	265.000-330.000	120.000-130.000
Hoofdletsel	Zeer ernstig hersenletsel	200.000-250.000	230.000-330.000	140.000-170.000
Zintuigen	Doof aan een oor	40.000-50.000	25.000-37.000	15.000
Orthopedisch	Amputatie been	79.000-115.000	100.000-125.000	60.000-65.000

Een eenduidige verklaring voor deze substantieel lagere bedragen is, afgezien van Hollandse zuinigheid, niet eenvoudig te vinden.³⁹⁾ De meest plausibele verklaring, die ook door Hartlief is genoemd, lijkt mij dat smartengeld in de praktijk niet de aandacht krijgt die het verdient. Het dient te vaak als sluitpost en een dynamiserend discours over het onderwerp ontbreekt.⁴⁰⁾

4.2. Conserverende werking rechtspraak Hoge Raad

Artikel 6:106 BW bepaalt dat de vergoeding van andere schade dan vermogensschade naar billijkheid dient te worden vastgesteld. De Hoge Raad heeft hieraan vormgegeven door te overwegen dat de rechter bij zijn begroting onder meer moet 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.⁴¹⁾ Zoals eerder werd vermeld (par. 2.1) mag de rechter 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.⁴²⁾

Deze door de Hoge Raad ontwikkelde gezichtspunten hebben, gewild of ongewild, een conserverende werking. Die wordt ten eerste veroorzaakt doordat de rechter zich moet oriënteren op bedragen die in vergelijkbare gevallen zijn toegekend; hierdoor kijkt hij vaak met zijn rug naar de toekomst. Een tweede, waarschijnlijk belangrijker, factor is dat de Hoge Raad de feitenrechter ook maant acht te slaan op de maximaal toegekende bedragen. Daarmee wordt de suggestie gewekt dat een intrinsieke verhoging van het smartengeld niet aan de orde is.

Een mogelijke verklaring voor dit laatste gezichtspunt is dat in de aanloop naar het AMC-arrest de maximale bedragen in betrekkelijk korte tijd sterk waren gestegen. In 1987 was het maximaal toegekende bedrag f 200.000,⁴³⁾ in 1988 f 250.000⁴⁴⁾ en in 1991 in de AMC-zaak f 300.000. Die ontwikkeling kan voor de Hoge Raad in 1992 een reden zijn geweest om tot terughoudendheid te manen. Twintig jaar later kan deze overweging echter geen gewicht meer in de schaal leggen, zeker niet gezien de achterstanden die inmiddels op Duitsland en Engeland zijn opgelopen, niet alleen bij de zwaarste letsels (par. 4.1).

4.3. Hoe stagnatie is voorkomen in Duitsland

In Europa kent Duitsland de hoogste smartengeldbedragen. Deze worden veelal toegekend

aan kinderen die als gevolg van een medische fout bij de geboorte zeer ernstig letsel hebben opgelopen en zich niet of nauwelijks bewust zijn van hun lot. Het hoogste bedrag tot nu toe was voor een kind dat bij de geboorte niet genoeg zuurstof kreeg en zowel lichamelijk als geestelijk zeer ernstig gehandicapt raakte. Het bedrag bestond uit een *lump sum* van € 500.000 en een maandelijks rente van € 500 (in totaal € 619.000).⁴⁵⁾ In andere gevallen liggen de hoogste bedragen, ook voor zeer ernstig letsel, rond de € 350.000.⁴⁶⁾

In de afgelopen decennia is het maximale smartengeldbedrag in Duitsland gestaag gestegen en het einde van deze ontwikkeling is niet in zicht. De verklaring hiervoor ligt niet alleen in het feit dat het smartengelddiscours door het grotere aantal rechterlijke uitspraken veel intensiever is, maar ook in de rol van het Bundesgerichtshof. In de eerste plaats trekt het Bundesgerichtshof de touwtjes van het toezicht strakker aan dan de Hoge Raad doet. Volgens het Bundesgerichtshof is het niet voldoende als de feitenrechter de verwondingen en de algemene beoordelingscriteria opsomt '(...) ohne das ausgeführt wird, wie diese Verletzungen und die sonstigen tatsächlichen Fallumstände i.R.d. Schmerzensgeldbemessung zu bewerten sind.'⁴⁷⁾ Met andere woorden, de feitenrechter moet een duidelijk verband leggen tussen het concrete letsel, de omstandigheden van het geval en de omvang van het smartengeld. De feitenrechters blijken zich niet steeds voldoende van deze taak te kwijten.⁴⁸⁾ Met dit criterium heeft het Bundesgerichtshof zichzelf meer ruimte gegeven om waar nodig in te grijpen, ook al doet hij dat in de praktijk slechts bij uitzondering.

Ten tweede geeft het Bundesgerichtshof de feitenrechter expliciet de bevoegdheid af te wijken van wat in vergelijkbare gevallen is toegewezen:

'Er muss die Entschädigung zur Art und Dauer der erlittenen Schäden in eine angemessene Beziehung setzen (...). Zwar ist er nicht gehindert, die von der Rspr. in vergleichbaren Fällen bisher gewährten Beträge zu unterschreiten oder über sie hinaus zu gehen, wenn ihm dies nach Lage des Falles – vor allem in Anbetracht der wirtschaftlichen Entwicklung oder veränderter allgemeiner Wertvorstellungen – geboten erscheine. Doch müsse er das dann begründen.'⁴⁹⁾

Als de feitenrechter wil afwijken van vergelijkbare gevallen, kan hij dit motiveren met het gezichtspunt van 'de economische ontwikkelingen of de veranderde algemene waardenopvat-



De rechter kijkt vaak met zijn rug naar de toekomst.



39. Ook anderen tasten over de oorzaken grotendeels in het duister: zie De Bosch Kemper 2009, p. 8; T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstand water', in: Smartengeldboek 2012, p. 10; S.D. Lindenbergh, 'Tranen met duiten. Over het paradoxale karakter van het smartengeld', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 153-155.

40. Hartlief 2012.

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

42. 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*). Zie voor andere gezichtspunten de bijdrage van Frenk, par. 2.

43. Rb. Middelburg 20 mei 1987, VR 1988/52, m.nt. A.J.O. van Wassenae van Catwijk.

44. Rb. Groningen 8 juli 1988, VR 1990/81, m.nt. H.A. Bouman.

45. OLG Zweibrücken 22 april 2008, MedR 2009, 88.

46. Een uitzondering vormt LG Kiel 11 juli 2003, VersR 2006, 279: hoge dwarslaesie bij een 3-jarig kind als gevolg van een verkeersongeval: hier bestond het smartengeld eveneens uit een *lump sum* van € 500.000 en een maandelijks rente van € 500, wat in dit geval een totaal bedrag van € 614.000 betekent.

47. BGH 16 juni 1992, VersR 1992, 1410; zie ook BGH 24 mei 1988, VersR 1988, 943.

48. Jaeger & Luckey 2011, N 1044.

49. BGH 8 juni 1976, VersR 1976, 967.



Smartengeld als symbolische verzoening.



tingen'. Aldus heeft de feitenrechter niet alleen de mogelijkheid maar in feite ook de opdracht rekening te houden met gewijzigde maatschappelijke opvattingen.

Dat de lagere rechtspraak dit gezichtspunt serieus neemt, blijkt uit een beslissing van het Oberlandesgericht Köln uit 1992 waarin het overwoog dat er een tendens is in de rechtspraak om '(...) bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nach gravierenden Verletzungen großzügiger zu verfahren als früher.⁵⁰⁾ En drie jaar later overwoog hetzelfde gerecht '(...) dass in den letzten Jahren eine höhere Bewertung von Körperschäden gerade im Hinblick auf hoch bewertete Sach- und Vermögensschäden stattgefunden hat.⁵¹⁾

Van cruciaal belang voor deze ontwikkeling is een arrest van het Bundesgerichtshof uit 1992, hetzelfde jaar als het AMC-arrest, inzake smartengeld voor bewusteloze slachtoffers.⁵²⁾ Tot dit arrest was het Bundesgerichtshof van oordeel dat de genoegdoenings- en compensatiefuncties bij deze slachtoffers geen rol konden spelen en dat smartengeld slechts kon dienen als een vorm van symbolische verzoening. De bedragen lagen doorgaans rond de 20.000 DM (€ 10.000). In zijn arrest in 1992 wijzigde het Bundesgerichtshof zijn koers fundamenteel door te overwegen dat bewusteloosheid in feite een vernietiging van de persoonlijkheid betekent en dat deze zwaarste vorm van gezondheidsschade door middel van smartengeld volledig diende te worden vergoed. Het Bundesgerichtshof verwees hiervoor naar het in artikel 1 lid 1 Grundgesetz verankerde recht op menselijke waardigheid en het in artikel 2 lid 1 Grundgesetz vastgelegde recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid. Op deze gronden beschouwde het Bundesgerichtshof gezondheidsschade waarbij ontplooiing van de persoonlijkheid in het geheel niet meer mogelijk is als bijzonder zwaarwegend en oordeelde dat dit niet alleen tot volledige vergoeding diende te leiden, maar ook een verhogend effect op het smartengeld diende te hebben. Deze uitspraak past in de Duitse traditie waarin aansprakelijkheidsrecht en grondrechten met elkaar in verband worden gebracht.⁵³⁾ Deze principiële uitspraak had niet alleen een opwaarts effect op het smartengeld voor bewusteloze slachtoffers, maar ook op smartengeld voor andere ernstige letsels.

De benadering van het Bundesgerichtshof contrasteert sterk met die van de Hoge Raad in het arrest van de comateuze timmerman, waarin hij overwoog dat de consequentie van bewusteloosheid is dat de benadeelde niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn leven te genieten.⁵⁴⁾ Dat laatste is natuurlijk juist maar raakt onvoldoende aan het wezenlijke element van de aantasting van fundamentele rechten.⁵⁵⁾ Een meer grondwettelijke benadering is ook in Nederland wenselijk en mogelijk, omdat artikel 6:106 sub b BW refereert aan de aantasting in de persoon. Hoewel de Hoge Raad in andere omstandigheden deze tournure wel in verband heeft gebracht met de aantasting van fundamentele rechten,⁵⁶⁾ heeft hij dit ten onrechte niet gedaan op het

gebied van de letselschade, waar het evenzeer om fundamentele rechten gaat.⁵⁷⁾ Een recente illustratie van de Duitse benadering vormt een uitspraak van het Landgericht Wuppertal met betrekking tot het smartengeld voor een 20-jarig slachtoffer van een ontvoering en meervoudige verkrachting. In vergelijkbare gevallen was een smartengeld van € 80.000 toegewezen en dit was ook door het slachtoffer gevorderd. Het Landgericht wees echter een smartengeld van € 100.000 toe, omdat het van oordeel was dat het gevorderde bedrag niet meer als passend kon worden beschouwd.⁵⁸⁾

In zijn eerdergenoemde arrest uit 1976 overwoog het Bundesgerichtshof dat de feitenrechter de economische belangen van de aansprakelijke persoon niet uit het oog mocht verliezen en moest bedenken '(...) das es letztlich die Gemeinschaft aller Versicherten sei, die mit einer Ausweitung belastet werde.⁵⁹⁾ Deze overweging is in de literatuur sterk bekritiseerd en is al geruime tijd niet meer door het Bundesgerichtshof als overweging genoemd.⁶⁰⁾ De ontwikkelingen sinds de jaren 90 hebben laten zien dat het Bundesgerichtshof de belangen van de verzekerde gemeenschap (weinig verrassend) minder zwaar vindt wegen dan het belang van de bescherming van fundamentele rechten van individuele slachtoffers.⁶¹⁾

4.4. Hoe stagnatie is voorkomen in Engeland

Niet alleen in Duitsland, ook in Engeland zijn de smartengeldbedragen in de afgelopen decennia sterker gestegen dan de correctie voor de geldontwaarding. Hierbij heeft in de eerste plaats de Court of Appeal een rol van betekenis gespeeld. De eerste keer was de aanleiding een rapport van de Law Commission uit 1998, waarin deze op basis van een uitvoerige studie de aanbeveling deed om de smartengeldbedragen over de hele linie met vijftig tot honderd procent te verhogen.⁶²⁾ Deze aanbeveling was in feite geadresseerd aan de Court of Appeal, die tot taak heeft om de smartengeldbedragen op peil te houden. In *Heil v Rankin* volgde de Court of Appeal de aanbevelingen van de Law Commission echter slechts gedeeltelijk. Het verhoogde de smartengeldbedragen voor de ernstigste gevallen met 1/3, liet de smartengeldbedragen onder de £ 10.000 ongewijzigd en verhoogde de tussenliggende bedragen gradueel.⁶³⁾ Deze forfaitaire verhoging was echter nog altijd substantieel te noemen.

Ruim 10 jaar later was het opnieuw de Court of Appeal die de smartengeldbedragen verhoogde; nu over de gehele linie met tien procent. De reden hiervoor was deze keer het Jackson-rapport dat diverse aanbevelingen deed over de kosten van civiele procedures.⁶⁴⁾ Het pakket hield onder meer in dat ter beperking van de uit de hand gelopen proceskosten (in het bijzonder voor gedaagden) *success fees* werden afgeschaft. Dat wil zeggen, success fees zijn nog steeds mogelijk maar zij moeten nu worden betaald uit de door de benadeelde ontvangen schadevergoeding. Om deze reden bevatte het rapport de aan-

50. OLG Köln 5 juni 1992, *VersR* 1992, 1013.
51. OLG Köln 3 maart 1995, *VersR* 1995, 549.
52. BGH 13 oktober 1992, *NiW* 1993, 781; zie ook BGH 16 februari 1993, *NiW* 1993, 1531.
53. Zie bijvoorbeeld, eveneens met betrekking tot het persoonlijkheidsrecht: BGH 25 mei 1954, *BGHZ* 13, 334, 338, *NiW* 1954, 1404, *JZ* 1954, 698 (*Dr Schacht*); zie Van Dam 2013, nr. 706-2.
54. HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma*): in dit arrest overwoog de Hoge Raad dat bewusteloosheid in het algemeen betekent dat de benadeelde geen nadeel ondervindt in de vorm van pijn en verdriet (subjectieve test) maar mogelijk wel in de vorm van verlies van levensvreugde (objectieve test). Een soortgelijk (omstreden) onderscheid maakt het Engelse recht; zie par. 3.3.
55. In r.o. 3.7.4 reageert de Hoge Raad zeer terughoudend op het betoog in het cassatiemiddel dat de opvatting van de rechtbank niet verenigbaar is met respect voor de menselijke waardigheid en de integriteit van de menselijke persoon door te overwegen: 'Deze klacht is in zoverre gegrond dat aan iemand die als gevolg van het letsel dat hij heeft opgelopen, in staat van bewusteloosheid is komen te verkeren, niet op grond van deze enkele omstandigheid een aanspraak op vergoeding mag worden onthouden.'
56. Zie met name HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oosterparkrellen*): aantasting persoonlijke levensfeer; HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*): aantasting recht op zelfbeschikking.
57. Zie hierover Van Dam 2013, nr. 711-1 en 711-4. Zie ook de bijdrage van Verheij in deze special, par. 3 en 4.
58. LG Wuppertal 5 februari 2013, *Az.*: 16 O 95/12.
59. BGH 8 juni 1976, *VersR* 1976, 967.
60. Jaeger & Luckey 2011, N 1035.
61. Ook bij materiële schade speelt deze overweging geen doorslaggevende rol, zeker niet als het gaat om het statussymbool bij uitstek: OLG Jena 28 april 2004, *NZV* 2004, 476, kende voor de reparatie van een Ferrari F 50 herstelkosten van € 435.000 toe en een vergoeding voor waardevermindering van € 65.500.
62. The Law Commission, *Damages for Personal Injury: Non-Pecuniary Loss* (Law Com No. 257, 1998): <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc257_Damages_Personal_Injury_Non-pecuniary_Loss.pdf>.
63. *Heil v Rankin* [2001] 2 WLR 1173.
64. Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Norwich: The Stationery Office 2010.

beveling om de smartengeldbedragen forfaitair met tien procent te verhogen. Ook deze keer kweet de Court of Appeal zich van deze taak door in de zaak *Simmons v Castle* te bepalen dat alle smartengeldbedragen met ingang van april 2013 met tien procent dienden te worden verhoogd.⁶⁵

Deze verhoging werkt alleen in het voordeel van de benadeelde als hij geen *success fee* is overeengekomen met zijn advocaat, iets wat als gevolg van bezuinigingen op de rechtshulp in de praktijk meer regel dan uitzondering is. De tien procent verhoging is daarom een sigaar uit eigen doos.

Ook los van de door de Court of Appeal verordende verhogingen zijn de smartengeldbedragen in de rechtspraak over de afgelopen decennia met meer dan het inflatiepercentage gestegen, zoals blijkt uit de opeenvolgende edities van de Guidelines. Een belangrijke reden voor deze autonome stijging is te vinden in de overweging van Lord Woolf in *Heil v Rankin* (2001):

'(...) it has been the continuous responsibility of the courts (...) to keep the tariffs up to date. (...) the changes which take place in society are not confined to changes in the RPI (Retail Prices Index). 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. For this reason, it is clearly desirable for the courts at appropriate intervals to review the level of

damages so as to consider whether what was previously acceptable remains appropriate.' (cursivering toegevoegd).⁶⁶

Met andere woorden, net als in Duitsland heeft de rechter in Engeland de opdracht om maatschappelijke ontwikkelingen in het smartengeld te verdisconteren zodat de hoogte van de vergoeding eerlijk, rechtvaardig en redelijk blijft.

4.5. De waarde van geld

In Duitsland en Engeland dient de rechter maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen over de waarde van geld en van onrecht in ogenschouw te nemen bij het begroten van het smartengeld. In beide landen heeft dit in de loop der jaren geleid tot een duidelijke verhoging van de intrinsieke smartengeldbedragen. Alvorens verdere conclusies te trekken voor de Nederlandse situatie, ga ik eerst iets dieper in op een aantal maatschappelijke ontwikkelingen die relevant zijn voor de hoogte van het smartengeld, in het bijzonder de waarde van geld (deze paragraaf), de waarde van smart en onrecht (par. 4.6) en smartengeld als onrechtcompensatie (par. 4.7).

Bij de waarde van geld kan worden onderscheiden tussen objectieve en subjectieve waarde. De objectieve waarde van geld wordt doorgaans bepaald aan de hand van gegevens zoals het inflatiepercentage (die de intrinsieke waarde van het geld aangeeft) of het prijsindexcijfer (die de koopkracht van het geld aangeeft). In de meeste rechtsstelsels mag de rechter de objectieve waarde van geld in ogenschouw nemen bij het vaststellen van het smartengeld; op die

“
*Fair, reasonable
 and just
 compensation.*
 ”



65. *Simmons v Castle* [2012] EWCA Civ 1039. Enkele details van deze beslissing werden herzien in *Simmons v Castle* [2012] EWCA Civ. 1288.
 66. *Heil v Rankin* [2001] 2 WLR 1173.

manier blijven oudere uitspraken na correctie hun waarde behouden. Terwijl de economie sinds 1992 met vijftig procent is gegroeid, is het hoogste smartengeldbedrag in Nederland sindsdien niet gestegen.

Geld heeft echter niet alleen een objectieve maar ook een subjectieve waarde. Een 'gevoelswaarde' die aangeeft hoe bedragen worden beleefd. Bij de vergoeding van materiële schade is dit aspect niet van belang, maar wel bij de vergoeding van immateriële schade die immers een vergoeding naar billijkheid is. Naast een inflatiecorrectie kan dus ook een gevoelscorrectie op haar plaats zijn. De subjectieve waardering van geld speelt op verschillende manieren een rol. De befaamde Noord-Ierse rechter Lord Lowry overwoog op 69-jarige leeftijd:

'(...) as objective people will readily concede, elderly people (particularly men), if they are not in business or constantly dealing with pecuniary transactions of some kind, become less adaptable and less receptive to changing values, even though at the same time they may remain intellectually able and alert'.⁶⁷⁾

Hoewel de generalisatie in dit citaat even twijfelachtig als karakteristiek is voor de *common law*-rechter, kan men Lowry navoelen dat mensen de waarde van geld in de loop der tijd verschillend kunnen gaan waarderen. Niet alleen door het veranderde perspectief als gevolg van het ouder worden, maar ook door het veranderde perspectief van de tijdgeest. Zo bestaat in brede kring het gevoel, ook al wordt dit wellicht niet volledig door de inflatiecijfers bevestigd, dat wat je rond het jaar 2000 voor een gulden kocht, nu een euro kost.

Ook in ander opzicht wordt de gevoelswaarde van geld beïnvloed. In 1992 kocht je voor f 300.000 een ruim appartement op de Amsterdamse Herengracht, in 2013 koop je voor hetzelfde bedrag (€ 135.000) een flatje in Bos en Lommer. In 1992 bedroeg de hoofdprijs in de loterij f 100.000, nu beginnen de hoofdprijzen bij € 1.000.000, dat is twintig keer zoveel. Als er steeds hogere prijzen komen voor dom geluk, wat doen we dan met de vergoedingen voor de inbreuk op een fundamenteel recht?

4.6. De waarde van smart en onrecht

Niet alleen de visie op de waarde van geld, ook die op de (negatieve) waarde van smart is aan verandering onderhevig. In dit verband kan worden gewezen op een aantal met elkaar in verband staande ontwikkelingen. Allereerst heeft 'onrecht' een grotere maatschappelijke en individuele impact dan vroeger. Dit wordt mede veroorzaakt door het wegvallen van sociale en religieuze structuren, die immers vaak functioneerden als psychologische kreukelzone. Ook een sterkere focus op het 'hier en nu' en, daarmee samenhangend, op het belang van veiligheid spelen in deze ontwikkelingen een rol. De toegenomen aandacht voor 'onrecht' komt

ook tot uitdrukking in de versterkte positie van het slachtoffer (dan wel diens nabestaanden) in het strafproces.⁶⁸⁾ Dit heeft er toe geleid dat het individuele leed meer wordt gearticuleerd en zichtbaar gemaakt en daarmee ook het onderzonden onrecht.⁶⁹⁾ Hoewel het bij smartengeld aan de kant van de veroorzaker niet steeds om strafbare feiten gaat, kan zeker ernstig letsel bij slachtoffers een soortgelijk onrechtgevoel oproepen.

Dit laatste hangt samen met de groeiende betekenis van fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht.⁷⁰⁾ De toekenning van smartengeld is een van de belangrijkste 'remedies' voor het handhaven van iemands persoonlijkheidsrecht en het corrigeren van schending van dat recht.⁷¹⁾ Het Duitse Bundesgerichtshof heeft het smartengeld rechtstreeks in verband gebracht met de bescherming van fundamentele rechten en is van oordeel dat tegenover een ernstige aantasting van de persoon een smartengeldbedrag dient te staan dat de ernst van de fundamentele rechtsinbreuk weerspiegelt. Sindsdien zijn de smartengeldbedragen in Duitsland, in het bijzonder voor de ernstigste letsels, substantieel gestegen (par. 4.3).

4.7. Smartengeld als onrechtcompensatie

Deze ontwikkeling doet de vraag rijzen of het begrip 'smartengeld' nog wel adequaat weer geeft waar het bij de vergoeding van immateriële schade in wezen om gaat. De term refereert aan een begrip dat nauwelijks meer bekend is en hooguit nog wordt geassocieerd met smartphone en smartlap. Daarbij komt dat smart een connotatie heeft die al snel in de richting van zieligheid gaat: je krijgt geld toegestopt omdat je als gevolg van een ongeval zielig bent geworden. Dit wordt versterkt door het wettelijk vereiste dat de omvang van het smartengeld naar billijkheid moet worden vastgesteld. Dat klinkt toch anders dan dat de hoogte van het smartengeld *angemessen* moet zijn (Duitsland) of *fair, just and reasonable* (Engeland). Te denken valt ook aan de billijkheidscorrectie in het kader van artikel 6:101 BW: omdat je zielig bent, krijg je minder eigen schuld toegerekend en dus meer compensatie. Niet voor niets kan een verzekeeraar niet subrogeren in zieligheid, omdat deze geacht wordt niet zielig te kunnen zijn.

Bij smartengeld gaat het om iets fundamenteels dan een vergoeding voor zieligheid naar billijkheid. Het gaat voor alles om een vergoeding voor ondergaan onrecht. Onrecht dat bestaat uit een inbreuk op het fundamentele recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. Smartengeld zou dus even goed, zo niet beter, 'onrechtcompensatie' kunnen heten. De gevolgen van dit onrecht manifesteren zich niet alleen in pijn en verdriet, maar ook in een beperking van de mogelijkheden om zich als persoon te ontplooiën en te ontwikkelen. Wie smartengeld aldus beschouwt als remedie voor de schending van een fundamenteel recht, begrijpt ook de in de vorige paragraaf beschreven ontwikke-

“**‘Onrecht’ heeft een grotere maatschappelijke en individuele impact dan vroeger.**”

67. *Simpson v Harland & Wolff PLC* [1988] NI 432, at 440.

68. Het is de vraag of hiermee geen sprake is van een groeiende discrepantie met het civiele proces, dat steeds meer wordt gekenmerkt door efficiency, comparities, schikkingen.

69. In het strafproces gaat het weliswaar om strafbare feiten, maar dit betekent niet dat de onrechtbeleving om die reden minder is, in elk geval niet als het om ernstig letsel gaat.

70. Zie hierover Van Dam 2013, nr. 711-1 en 711-4.

71. Zie uitvoerig A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi 2002. Zie in het bijzonder zijn bijdrage elders in deze special (p. 269 e.v.).

ling beter.

Het gaat hier dus om onrecht dat bestaat uit de inbreuk op het fundamentele recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. Weliswaar kan de verwijtbaarheid van het gedrag van de veroorzaker een verhogende invloed hebben op het smartengeld, maar het uitgangspunt is dat het aansprakelijkheidsrecht deze rechten ook beschermt als er geen sprake is van verwijtbaarheid. Dit gebeurt in het bijzonder door regels van risicoaansprakelijkheid, zoals voor motorvoertuigen, gevaarlijke stoffen en gebrekkige producten. Deze regels strekken ter bescherming tegen nuttige maar riskante activiteiten waar de gemeenschap van profiteert, maar waardoor enkelingen onevenredig worden getroffen in hun fundamentele recht op lichamelijke en geestelijke integriteit.

Toen het BW in 1992 werd ingevoerd en het AMC-arrest werd gewezen, speelden mensenrechten in het privaatrecht nog nauwelijks een rol. Dat is thans anders. Van die maatschappelijke ontwikkeling dient de rechter zich rekenschap te geven wanneer hij de begroting van de onrechtcompensatie ter hand neemt. Een passende vergoeding voor geleden pijn en smart dient ook een vergoeding voor ondergaan onrecht te reflecteren. Het gaat bij de vergoeding van de immateriële schade dus in wezen niet alleen om de prijs van smart maar ook, en meer fundamenteel, om de prijs van onrecht.

5. Verantwoordelijkheden van de spelers in het veld

5.1. Hoge Raad

De Hoge Raad kan op ten minste drie manieren zijn rol versterken bij het doorbreken van de stagnatie in de ontwikkeling van de hoogte van het smartengeld. In de eerste plaats is een minder marginale cassatietoetsing denkbaar, vergelijkbaar met de manier waarop het Bundesgerichtshof een en ander aanpakt. Zie hierover de bijdrage van Frenk in deze special.⁷²⁾

In de tweede plaats verdient het aanbeveling dat de Hoge Raad de gezichtspunten voor het vaststellen van de hoogte van het smartengeld aanvult door aan te geven dat de rechter mede rekening dient te houden met zich wijzigende maatschappelijke opvattingen over wat een passende vergoeding is. Omdat het bij smartengeld om een vergoeding naar billijkheid gaat, moet rekening worden gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken (artikel 3:12 BW). 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.

Ten derde kan de Hoge Raad in overweging worden gegeven om de vergoeding van immateriële schade mede te plaatsen in het licht van de bescherming van fundamentele rechten.⁷³⁾ Daarmee zou de Hoge Raad, zoals het Duitse Bundesgerichtshof al in 1992 deed (par. 4.2), leiding kunnen geven aan het concretiseren van de zich wijzigende maatschappelijke opvattingen met betrekking tot de waarde van onrecht zonder dat hij zich behoeft in te laten met concrete bedragen.⁷⁴⁾

Hoewel zou kunnen worden gewacht tot zich hiervoor in cassatie een geschikte zaak aandient, kan dit door het geringe aantal procedures over smartengeld een langdurige geschiedenis worden. Het lijkt daarom een meer reële optie om te overwegen cassatie in het belang der wet in te stellen in een of meer door feitenrechters besliste zaak of zaken.

Het spreekt voor zich dat een arrest van de Hoge Raad het probleem van de stagnerende smartengeldbedragen niet meteen oplost. Ook andere spelers dragen een verantwoordelijkheid voor de hoogte van het smartengeld. Uiteindelijk is het de combinatie van onderscheiden verantwoordelijkheden die moet leiden tot meer dynamiek en een levendiger smartengelddiscours.

5.2. Feitenrechters

Het zwaartepunt van de ontwikkeling van de hoogte van het smartengeld ligt niet bij de Hoge Raad maar bij de feitenrechters. Zij hoeven niet te wachten op een arrest van de Hoge Raad om de *status quo* te doorbreken. Ze kunnen proactief zijn en op grond van gewijzigde maatschappelijke opvattingen besluiten tot het toekennen van een intrinsiek hoger bedrag aan smartengeld dan tot dat moment als gebruikelijk werd beschouwd. Precies zoals ook de Engelse en de Duitse feitenrechters in de afgelopen decennia hebben gedaan.

Weliswaar zijn rechters afhankelijk van de informatie die de advocaten aanleveren, maar zij kunnen zich hier niet volledig achter verschuilen. Ook op basis van beperkte informatie moet een rechter zich in zekere mate kunnen inleven in de positie van het slachtoffer. Dit inlevingsvermogen kan op zichzelf al een belangrijke factor zijn om de hoogte van het smartengeld opwaarts bij te stellen ten opzichte van 'vergelijkbare' gevallen. Op deze wijze kan de rechter tevens voorkomen dat de discrepantie met het strafrecht waar de positie van het slachtoffer in de afgelopen jaren formeel en ritueel is versterkt, verder wordt vergroot.

Ondanks de mogelijkheden die de feitenrechter heeft om smartengeldbedragen te verhogen, is dit in de afgelopen decennia niet gebeurd. Een mogelijke reden is dat sommigen zich door het AMC-arrest nog steeds beperkt voelen in hun mogelijkheden, al lijkt dit na twintig jaar niet aanstonds plausibel. Een andere mogelijkheid is dat rechters de smartengeldbedragen eenvoudigweg hoog genoeg vinden. Als dat zo is, zou dit kunnen wijzen op een rechterlijke divergen-



Het gaat niet alleen om de prijs van smart, maar ook om de prijs van onrecht.



72. Par. 5.2.1 en 5.2.2.

73. Zie ook de bijdrage van Verheij in deze special, par. 4.

74. Zoals A-G Spier suggereerde in zijn conclusie voor HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen, VR 2001/9 (Druif/Bouw).



Aansprakelijkheidsverzekeraars hebben ook een rol voor wat betreft de hoogte van het smartengeld.



tie van de maatschappelijke werkelijkheid. Want die werkelijkheid is veranderd (par. 4.6). Ook verzekeraars vinden dat de hoogste smartengeldbedragen omhoog kunnen (par. 5.4). Het is daarom de vraag of rechters wel voldoende worden ingelicht over die maatschappelijke ontwikkelingen en dus of slachtofferadvocaten zich wel steeds voldoende van deze taak kwijten. Dat het ook anders kan, blijkt uit het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland dat in par. 2.2 werd vermeld.

5.3. Advocaat slachtoffer

De sleutel voor een dynamischer ontwikkeling van de onrechtcompensatie ligt bij de slachtofferadvocaten. Zij zullen in meer gevallen meer moeten doen om het verhaal van het slachtoffer in de buitengerechtelijke onderhandelingen duidelijk te maken aan de aansprakelijke partij en in de rechtszaal aan de rechter.

Waar een advocaat in elk geval niet mee kan volstaan is het verwijzen naar de nummers van een aantal enigszins gelijkende gevallen uit het Smartengeldboek. Hij dient allereerst te zorgen voor een nauwkeurige opgave van het door het slachtoffer opgelopen letsel, niet alleen het ernstige maar ook het minder ernstige letsel, zodat een zo compleet mogelijk beeld wordt geschetst. Daarnaast dient hij duidelijk te maken wat de impact van dit letsel is op het dagelijks leven van het slachtoffer, nu en in de toekomst, zoals het tijdverlies bij de uitoefening van dagelijkse activiteiten, de impact van pijn op het dagelijks leven, zowel individueel als sociaal, enz. Deze impact kan niet praktisch genoeg worden beschreven, zodat de rechter een zo helder mogelijk beeld krijgt van de lichamelijke en mentale beperkingen die het letsel voor het slachtoffer heeft en zal hebben.⁷⁵⁾

Vervolgens gaat het er om, zeker bij ernstiger letsel, te komen tot een op deze feiten gebaseerd *verhaal* over de persoon van het slachtoffer voor en na het ongeval. Een verhaal heeft namelijk een veel sterker effect op de lezer of luisteraar dan een feitenrelaas. 'De koning stierf en toen de koningin' onthouden we minder goed dan 'de koning stierf en toen de koningin van verdriet'.⁷⁶⁾ Dat is van belang omdat de rechter, ook bij het bepalen van de hoogte van het smartengeld mede beslist op zijn (rechts)gevoel. In de bekende woorden van Paul Scholten is de beslissing van de rechter '... niet een wetenschappelijk oordeel, het is een wilsverklaring: zo moet het. Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is.'⁷⁷⁾ Omdat een rechterlijke beslissing voor een belangrijk deel intuïtief plaatsvindt, kan een goed verhaal een belangrijke rol spelen. Jan Leijten vroeg waarom in het recht het ene verhaal voor waar wordt gehouden en het ander niet. Een niet erg voor de hand liggende reden

'(...) is dat het ene een goed verhaal is: of het waar is, zal niemand ooit met zekerheid kunnen weten, maar het is overtuigend, consistent en het wekt sympathie op voor de een

en brengt twijfel teweeg ten aanzien van de ander. Laat niemand geloven dat een goed advocaat, als hij alleen maar een *goed* verhaal heeft, daarmee kansloos is.⁷⁸⁾

Op basis van dit (op de feiten gebaseerd) verhaal dient de advocaat de eis zo te formuleren dat die uitgaat boven hetgeen in vergelijkbare gevallen is toegewezen. Alleen op die manier krijgt de rechter de mogelijkheid om aan de ontwikkeling van de hoogte van het smartengeld vorm te geven. Bij het bepalen van de hoogte van het smartengeld kan de advocaat ook gebruik maken van rechtsvergelijkende gegevens. Niet door bedragen te kopiëren die in het buitenland worden toegewezen (het gebruik van rechtsvergelijking in de rechtszaal is immers geen kwestie van knippen en plakken), maar door gegevens uit het buitenland te gebruiken om een lacune in het Nederlandse Smartengeldboek binnen de Nederlandse kaders op te vullen (par. 2.2).⁷⁹⁾

5.4. Verzekeraars

Hoewel het uit de aard der zaak de rol van aansprakelijkheidsverzekeraars is om aan de andere kant van de boot te hangen, hebben ook zij een verantwoordelijkheid als het gaat om de hoogte van het smartengeld. Wie zijn oor bij verzekeraars te luisteren legt, kan horen dat zij geen overwegende bezwaren hebben tegen het verhogen van de smartengeldbedragen voor de ernstigste letsels, maar wel indien dit gevolgen zou hebben voor de hele smartengeldpiramide.

Mijns inziens moet het uitgangspunt zijn welk bedrag aan smartengeld maatschappelijk gezien recht doet aan het letsel en de impact die dat op het slachtoffer heeft, of dat nu licht, middelzwaar of zeer ernstig letsel betreft. Uiteindelijk gaat het om de bescherming van fundamentele rechten en die bescherming weegt zwaar, zoals ook blijkt uit de rechtspraak van het Bundesgerichtshof (par. 4.2). Dat laat uiteraard onverlet dat moet worden voorkomen dat de verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheid in het geding komt. Het is de taak van verzekeraars om dat risico met concrete gegevens te onderbouwen.

Op verzekeraars rust tevens de verantwoordelijkheid om zich bewust te zijn van het belang van het slachtoffer bij het vaststellen van een passend smartengeld. Zoals al werd opgemerkt (par. 3.1) is in de buitengerechtelijke praktijk het smartengeld vaak het kind van de eindafrekening. Hoewel dit niet altijd te vermijden is, dient het streven van verzekeraar en slachtofferadvocaat er primair op te zijn gericht het smartengeld als apart bedrag in de schikking op te nemen, zodat het voor het slachtoffer duidelijk is welke waarde wordt toegekend aan de inbreuk op zijn recht en de daaruit voortvloeiende gevolgen.

75. Zie voor een goed bruikbare checklist J.M. Beer en A.F. Collignon-Smit Sibinga, 'Smartengeld, een praktische benadering met oog voor de toekomst', in M. Jansen (red), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade* (14e druk), Den Haag, ANWB 2000, p. 11.

76. Dit staat bekend als de 'story bias', waarover bijvoorbeeld Rolf Dobelli, *De kunst van het heldere denken*, Amsterdam: De Bezige Bij 2012.

77. Asser-Scholten, Algemeen deel, p. 130.

78. Jan Leijten, *We need stories*, Nijmegen: Rede 1991, p. 11.

79. Het spreekt voor zich dat smartengeld niet steeds of alleen over de omvang van het bedrag hoeft te gaan. Primair moet recht worden gedaan in een vorm die aansluit bij de individuele positie en wensen van het slachtoffer. Creativiteit kan daarbij goede diensten bewijzen; zie hierover Geertruid van Wassenaer, 'Smartengeld, een pleister op de wonde?', in het Smartengeldboek 2012, p. 12-14.