

96 De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld

Mr. Chr.H. van Dijk *

1. Inleiding

De hoogte van het smartengeld houdt de gemoederen in Nederland bezig. Al in 2000 verscheen in *Verkeersrecht* een Woordkramer met de titel 'Is smartengeld aan herijking toe?'¹⁾ Ook daarna is door diverse schrijvers betoogd dat de toegekende smartengeldbedragen achterlopen bij wat in het buitenland in vergelijkbare gevallen wordt toegekend. In 2008 heeft Lindenbergh deze stelling verder uitgewerkt in zijn boek *Smartengeld tien jaar later*.²⁾ Hij constateerde dat de Nederlandse rechter terughoudend is en dat de in het ANWB Smartengeldboek toegekende bedragen in de meeste gevallen niet boven de € 10.000 tot € 15.000 komen. Toewijzingen boven de € 50.000 waren er sporadisch en de hoogste bedragen van € 150.000 werden bij hoge uitzondering toegekend. Deze hoogste bedragen groeiden bovendien niet of nauwelijks en hielden bij lange na de indexatie niet bij.³⁾ Uit onderzoek van Lindenberg kwam naar voren dat het smartengeld in het buitenland veelal een stuk hoger ligt. Zo werd bij het verlies van een oog in Nederland gemiddeld € 22.000 toegewezen, in Engeland € 49.000, in Duitsland € 60.000 en in Italië € 80.000. Van de in de vergelijking betrokken landen werd alleen in Denemarken (€ 17.700) en Noorwegen (€ 15.000) minder toegewezen. Ook bij de hoogst toegewezen smartengeldbedragen behoorde Nederland met € 136.000 tot de zuinigste landen van Europa. In Duitsland en Italië lag het toptarief bijvoorbeeld op € 500.000 en in Engeland op € 330.000.⁴⁾

Bezie men het ANWB-Smartengeldboek van 2012, dan lijkt Nederland nog steeds niet bezig met een inhaalslag. Men name de hoogste toegewezen bedragen zijn sinds 1992 niet van hun plaats gekomen. Toen werd een bedrag van f 300.000 billijk gevonden voor een patiënt die door een fout van een arts besmet werd met aids.⁵⁾ Een voor Nederlandse maatstaven eveneens zeer hoog smartengeld is te vinden in een arrest van het Hof Arnhem van 1999. Dit hof wees € 136.134 toe voor buitengewoon ernstig letsel door een verkeersongeval.⁶⁾ Daar in Nederland geen hogere bedragen worden toegekend, is niet alleen sprake van afwijking van de Europese trend, maar vanwege de geldontwaarding zelfs van een feitelijke verlaging. Hartlief zegt hierover:

'De bekende verwijzingen naar het Nederlandse calvinisme kunnen voor geen van beide een verklaring geven, uiteraard wel voor een basaal uitgangspunt van terughoudendheid maar niet voor stilstand of zelfs achteruitgang. Het in het veld wel gehoorde geluid dat de Nederlandse terughoudendheid te maken zou hebben met het hoge niveau van de sociale zekerheid kan ook geen verklaring opleveren; dit zou in de huidige tijd immers eerder tot verhoging aanleiding moeten geven.'⁷⁾

Hiermee blijft de vraag onbeantwoord waarom de smartengeldbedragen in Nederland achterblijven. Een factor van betekenis is vermoedelijk dat de Hoge Raad partijen opdraagt voor het vaststellen

* Advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.



*De Nederlandse
rechter is
terughoudend.*



1. VR 2000/293.
2. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, m.n. par. 5.4.
3. Lindenbergh 2008, p. 75.
4. Lindenbergh 2008, p. 75/76, prijspeil 2005/2006.
5. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O).
6. Hof Arnhem 7 december 1999, VR 2000/90; met toepassing van een inflatiecorrectie is het bedrag in de AMC-zaak aanzienlijk hoger.
7. T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstand water?', in: M. Donkerlo & M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade* (18e druk), Den Haag: ANWB 2012, p. 11 (hierna: Smartengeldboek 2012).

van de hoogte van het smartengeld naar vergelijkbare gevallen te kijken en dat toegekende bedragen in het buitenland weliswaar relevant, maar niet doorslaggevend zijn. Men zou met Frenk en Van Dam kunnen betogen dat de Hoge Raad (ook) sturend moet optreden ten aanzien van de hoogte van het smartengeld, omdat de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling daarmee is gediend.⁸⁾ Naar mijn mening is het echter te gemakkelijk om de rechterlijke macht en het Nederlands calvinisme e.d. de schuld te geven van de stagnerende ontwikkeling van smartengeldbedragen. Ik denk dat Hartlief de spijker op zijn kop slaat door (voorzichtig) te stellen dat smartengeld in Nederland in de rechtspraktijk te veel een sluitpost is en als schadepost onvoldoende aandacht krijgt.⁹⁾

In deze bijdrage zal ik betogen dat de regelgeving en rechtspraak voldoende open staan voor een (substantiële) verhoging van de smartengeldbedragen in Nederland en dat het met name aan partijen – vooral de eisende – is om de rechter te verleiden om de mogelijkheden daartoe te benutten. Na kort de huidige praktijk, zoals die naar mijn ervaring als advocaat is, uiteen te zetten (par. 2), komt enige rechtspraak met handvatten voor de praktijk aan de orde (par. 3). Hierna volgen enige gedachten over de rol die partijen kunnen spelen (par. 4). Ik sluit af met een conclusie (par. 5).

2. De praktijk

In de praktijk zoals ik die ken is de hoogte van het smartengeld vrijwel altijd een sluitpost. De gedachte is dat als partijen er in de onderhandelingen over andere schadeposten uitkomen, ook wel overeenstemming zullen bereiken over het smartengeld. Dat is begrijpelijk. Uiteindelijk gaat het partijen er in het algemeen om wat er onder de streep betaald zal gaan worden. In de wat grotere zaken zal meestal sprake zijn van een claim wegens arbeidsvermogensschade, zelfwerkzaamheid of huishoudelijke hulp die de hoogte van het door rechters gebruikelijk toegekende smartengeld verre overtreft, zeker als sprake is van klachten/letsel van de wat lichtere categorie. Daartoe worden door de rechter onder meer moeilijk objectiverbare klachten, zoals het postwhiplashsyndroom, OPS, RSI en burn-out, gerekend. Misschien ook omdat zij moeilijk objectiverbaar zijn, schommelt het gemiddeld door de rechter toegekende bedrag aan smartengeld voor dergelijke klachten – die een zeer aanzienlijk deel van de letselschadeclaims betreffen –, uiteraard afhankelijk van de ernst van de klachten, rond de € 15.000.¹⁰⁾ Niet een bedrag om snel over te gaan procederen, als over de andere (veel) hogere schadeposten wel overeenstemming is bereikt en de kans op een hoger smartengeld niet erg groot is. Ten aanzien van letsel van de wat lichtere categorie beperkt de discussie buiten rechte zich dan ook veelal tot het door partijen verwijzen naar in het Smartengeldboek gepubliceerde uitspraken, die de visie van de desbetreffende partij ondersteunen.

Als sprake is van (zeer) ernstig letsel, is het smartengeld weliswaar substantiëler, maar meestal nog steeds veel lager dan de overige schade. Ook dan is de discussie over deze schadepost vrij beperkt van omvang. Naast de weer gebruikelijke verwijzing naar gepubliceerde rechtspraak wordt de onderhandeling gevoerd langs de lijnen van het Smartengeldboek, uitgebrachte deskundigenberichten en soms (de schriftelijke) weerslag van het verhaal van de benadeelde, waarin deze uiteenzet wat de gevolgen van het ongeval zijn. Bijna nooit wordt er meer werk van gemaakt door de eisende partij. Wellicht dat een rol speelt dat deze bang is dat de daarmee gemoeide (meer-)kosten niet op de voet van artikel 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komen. Hoewel ik mij realiseer dat een 'redelijkheidsoordeel' op voorhand niet zoveel zekerheid geeft, meen ik dat dergelijke kosten bij (zeer) ernstig letsel wel degelijk aan de toets van artikel 6:96 BW kunnen voldoen.

Procederen om alleen het smartengeld komt niet zoveel voor. De gedachte lijkt te zijn dat de smartengeldbedragen wel zo'n beetje vast liggen en dat een procedure, die bovendien belastend is voor een slachtoffer, weinig zinvol is. Wel zou ik mij kunnen voorstellen dat de deelgeschilprocedure, die wij sinds medio 2010 kennen, een aanzet geeft tot het wat gemakkelijker procederen over (alleen) deze schadepost.

In rechte verloopt de discussie over de hoogte van het smartengeld meestal op overeenkomstige wijze als buiten rechte. Wellicht omdat een procedure vaak kostbaar is, wordt er weinig aandacht aan de hoogte van het smartengeld besteed. De mogelijk te behalen winst bij een uitvoerige smartengelddiscussie is, afgezet tegen de totale claim, meestal beperkt. De eisende partij verwijst naar het Smartengeldboek, het uitgebrachte deskundigenrapport en eventueel naar een relaas van het slachtoffer. Gedaagde wijst naar andere uitspraken met een lagere uitkomst en relateert de klachten van benadeelde. De rechter wordt zo niet uitgedaagd tot het toekennen van een hoger smartengeld omdat hij daartoe onvoldoende concrete, specifieke en op de persoon toegesneden handvatten krijgt aangereikt.

Het is de vraag of de veronderstelling juist is dat de toe te kennen smartengeldbedragen wel zo'n beetje vast liggen in Nederland en dat het, ook bij ernstig letsel, niet de moeite waard is daarover te procederen. Voorzichtig meen ik dat partijen, en dan met name de eisende partij, de rechter vaak te weinig houvast geeft voor het toekennen van een hoger smartengeld. Wat voor incentive krijgt de rechter immers als de discussie voor een groot deel bestaat uit het verwijzen naar bestaande uitspraken, waarbij overigens doorgaans weinig is vermeld over de aard van het letsel en de beperkingen en al helemaal niets over de gevolgen daarvan voor die specifieke persoon? Hoogstens zet dat hem aan om de vordering ook met het Smartengeldboek te beslechten. Daarbij moet bedacht worden dat de rechter lijdelijk is en de feiten door partijen moeten worden aangedragen. Relevant is ook dat de rol van de eisende en gedaagde partij niet alleen buiten rechte maar ook in rechte anders is. Hoewel de rechter bij het vaststellen van smartengeld niet

“
**Smartengeld is in
Nederland te veel
een sluitpost.**
..... ”

8. N. Frenk & C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen, Kan de Hoge Raad er wat aan doen?', *NJB* 2012/2299.

9. Hartlief 2012, p. 11.

10. Smartengeldboek 2012, p. 81 e.v.

gebonden is aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast, ligt het op de weg van de eisende partij om zijn smartengeldvordering te motiveren en te personaliseren.¹¹ Dit kan hij doen aan de hand van objectieve bronnen, zoals het ANWB Smartengeldboek, aangevuld met persoonlijke aspecten. Met name bij dat laatste is er voor hem een aanzienlijke creatieve ruimte. Ik kom daar in paragraaf 4 op terug. De taak om te onderbouwen waarom een hoger smartengeld moet worden toegekend rust op de eisende partij en kan van een verwerende partij, vanwege zijn andere rol in het proces en de andere belangen die hij nastreeft, niet worden verlangd. Bij deze rol past meer dat hij reageert op de vordering en kritisch is. Ook zal hij eerder de nadruk leggen op het gebruik van objectieve bronnen. Dit wil overigens nadrukkelijk niet zeggen dat zijn taak is om tegen beter weten in de schade te willen minimaliseren. Helemaal bij letselschade dient een verwerende partij een verdedigbaar standpunt in te nemen en niet te vluchten in extremen.

Voordat ik een paar beperkte aanzetten zal geven voor de mogelijke opstelling van partijen, en vooral de eisende partij, bij de discussie over smartengeld, ga ik in vogelvlucht in op de rechtspraak. Naar mijn mening volgt daar niet zonder meer uit dat de rechter weinig ruimte heeft om, uiteraard waar hij dat wenselijk vindt, een opwaartse druk van het smartengeld te verwezenlijken. Integendeel, de door de wet en rechtspraak gegeven open normen scheppen reële mogelijkheden daartoe, die tot op heden onderbenut blijven.

3. De rechtspraak

Allereerst is van belang dat de begroting van smartengeld, in de bewoordingen van artikel 6:97 BW, dient plaats te vinden op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is en dat 'ander nadeel dan vermogensschade' ingevolge artikel 6:106 BW wordt vastgesteld 'naar billijkheid.' Vanwege deze open norm is het uitgangspunt dat de rechter bij vaststelling daarvan een grote vrijheid heeft. De Hoge Raad spreekt over een 'discretionaire' bevoegdheid van de rechter met betrekking tot het bepalen van de omvang van het smartengeld, waarbij hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden.¹² Relevant is voorts dat het uitgangspunt bij personen-schade volledige schadevergoeding is.¹³ In een zaak die zag op een smartengeldvergoeding op de voet van artikel 35 Wet Bopz heeft de Hoge Raad uitgesproken dat de omvang intuïtief door de rechter mocht worden bepaald en in beginsel geen nadere motivering behoefte. Een grote vrijheid in die zaak dus voor de rechter.¹⁴

In de (kort geding)zaak waarbij de eisende partij door een medische fout besmet werd met aids en daardoor nog maar een beperkte levensverwachting had, merkte de Hoge Raad over de vaststelling van de omvang van het smartengeld (ten aanzien van het vóór 1992 geldende recht) op:

'Bij de begroting van deze vergoeding dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden.

Hierbij moet in een geval als het onderhavige met name worden gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Onder het verdriet is ook begrepen het verdriet dat het slachtoffer heeft doordat als gevolg van deze gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort. Ook van deze schade is de begroting voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Die begroting is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst, terwijl de rechter daarbij ook niet gebonden is aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijs. Wel zal in cassatie kunnen worden getoetst of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, of ter zake van de wijze van begroting (vergelijk HR 18 april 1986, NJ 1986/567.)

Het ligt in de rede dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen. 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.'

Hieraan voegt de Hoge Raad nog toe dat de rechter acht mag slaan op de rechtsontwikkeling in andere landen ook al zou door partijen daarover niets zijn aangevoerd. Onder de aantekening dat de rechter in het algemeen bij de begroting van schade een grote vrijheid toekomt, slaagt het cassatiemiddel niet tegen het oordeel van het hof dat voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter f 300.000 toe zal wijzen.

Dat het in de rede ligt om te kijken naar door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen toegekende bedragen, en met name het vervolg, 'daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen', lijkt wat zuinig door de Hoge Raad geformuleerd. Zoals Lindenbergh opmerkt, is de formulering van de Hoge Raad in zijn arrest van 17 november 2000 (*Druif/Bouw*) nog wat strenger.¹⁵

'De rechter dient bij zijn begroting tevens te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, een en ander met in aanmerkingneming van de sedert de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding.'

Waar de Hoge Raad in 1992 stelt dat het *in de rede* ligt te letten op deze omstandigheden, oordeelt hij nu dat de rechter daarop *dient* te letten. Zelf meen ik dat dit voor de toets in de praktijk niet zoveel zal uitmaken. Gezien de grote vrijheid van de rechter



*De door wet en
rechtspraak gegeven
open normen ter
verhoging van het
smartengeld blijven
onderbenut.*



11. Vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001/215 (*Druif/Bouw*).
12. Vgl. Lindenbergh 2008, p. 65 e.v.; HR 27 april 2001, NJ 2002/91 (*Brief aan moeder*).
13. Vgl. Rb. Midden-Nederland, 6 februari 2013, LJN BZ0813.
14. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O).
15. HR 17 november 2000, NJ 2001/215 (*Druif/Bouw*), Lindenbergh 2008, p. 67.

bij het vaststellen van de omvang van het smartengeld en de omstandigheid dat het er 'slechts' om gaat te *letten* op vergelijkbare gevallen in de rechtspraak, alsook de overweging dat hij hier *tevens* op dient te letten, heeft de rechter toch voldoende mogelijkheden om te komen tot hogere bedragen, waarbij wel geldt dat de omstandigheden die partijen daarvoor aandragen een belangrijke voedingsbodem voor een dergelijk oordeel zullen zijn. Ik kom daar nog op terug. Terecht merkt de Hoge Raad op dat voor de 'gevalsvergelijking' de sedert de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding in aanmerking moet worden genomen, waardoor automatisch sprake zou moeten zijn van hogere smartengeldbedragen naarmate de tijd verstrijkt.¹⁶⁾ Dat, zoals Frenk en Van Dam het formuleren in het *NJB*, 'de Hoge Raad de feitenrechter maant acht te slaan op de maximaal toegekende bedragen'¹⁷⁾ is wellicht een reden voor terughoudendheid door de feitenrechter bij de ophoging van de toe te kennen bedragen, maar behoeft, gezien zijn vrijheid en discretionaire bevoegdheid, evenmin een werkelijke belemmering te zijn. Het hiervoor genoemde *AMC*-arrest waarbij door de rechter in kort geding aannemelijk werd geacht dat door de bodemrechter een smartengeld zou worden toegekend van f 300.000 – een destijds buitengewoon hoog bedrag – is een voorbeeld van de vrijheid van de feitenrechter.

Dat ontwikkelingen in het buitenland relevant kunnen zijn maar niet beslissend voor het oordeel van de rechter is een logisch uitgangspunt. De sociale context in het buitenland kan – maar hoeft niet – immers (wezenlijk) anders zijn. Ook hier geldt dat de rechter deze ontwikkelingen in zijn oordeel wel zwaar kan meewegen, zolang hij dat maar goed motiveert. Dat is precies wat de Rechtbank Midden-Nederland in haar uitspraak van 6 februari 2013 ten aanzien van het smartengeld van een comapatiënt met een minimaal bewustzijn doet.¹⁸⁾ Zij overweegt:

'4.26. De rechtbank ziet zich vervolgens voor de vraag geplaatst of middels gevalsvergelijking tot een begroting van het aan [A] toekomende smartengeld kan worden gekomen. Zij heeft geconstateerd dat (voor zover valt na te gaan) in Nederland niet eerder over soortgelijke situaties is beslist. De rechtbank heeft zich daarom voor de vraag over de hoogte van het aan [A] toe te kennen bedrag georiënteerd op regelingen c.q. uitspraken in het buitenland en daarbij betrokken de vraag of daar – met inachtneming van het gegeven dat de toekenning van smartengeld per land verschilt – bij comateuze slachtoffers een substantieel, dan wel een meer symbolisch bedrag wordt toegekend. Het onderzoek van de rechtbank is beperkt gebleven, niet alleen omdat partijen buitenlandse uitspraken op dit gebied niet in hun stellingen hebben betrokken maar ook omdat de rechtbank met partijen een wederzijdse afspraak over de snelheid van de gedingvoering heeft gemaakt en zij met het oog daarop geen verdere vertraging in de vonniswijzing wil veroorzaken die het gevolg zou zijn van een meer diepgaand onderzoek naar de buitenlandse rechtspraak

over de onderhavige materie.

4.27. Uit de in Groot Brittannië geldende Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases blijkt dat in gevallen van bewusteloosheid smartengeld (general damages) voor verlies van levensvreugde (loss of amenity) wordt toegekend, maar niet voor 'pain and suffering'. In het hoofdstuk 'Head Injuries' is de eerste categorie 'brain damage' verdeeld in diverse gradaties. De ernstigste gradatie 'Very severe brain damage' geeft als bandbreedte voor de toegekende bedragen £ 185,000 (£ 222.000) en £ 265,000 (£ 318.000) aan. De toelichting hierbij luidt als volgt (p. 5): 'In cases at the top of this bracket the injured person will have a degree of insight. There may be some ability to follow basic commands, recovery of eye opening and return of sleep and waking patterns and postural reflex movement. There will be little, if any, evidence of meaningful response to environment, little or no language function, double incontinence and the need for full-time nursing care. (...) Where there is a persistent vegetative state and/or death occurs very soon after the injuries were suffered and there has been no awareness by the injured person of his or her condition the award will be solely for loss of amenity and will fall substantially below the above bracket.'

In Duitsland zijn diverse uitspraken gepubliceerd waaruit blijkt dat bij comateuze slachtoffers een vergoeding wordt toegekend die varieert van € 150.000,00 tot € 350.000,00. Hierbij zij aangetekend dat het lagere rechtspraak betreft.

Uit deze (nogmaals: beperkte) oriëntatie leidt de rechtbank af dat aan comateuze slachtoffers in Groot Brittannië en Duitsland substantiële bedragen worden toegekend die ook binnen de totale range van smartengeldbedragen in de hoogste categorieën lijken te vallen.

4.28. De rechtbank meent dat gezien de eigensoortige aard van het onderhavige letsel niet goed een vergelijking met andere – meer voorkomende – letsels kan worden gemaakt. Vastgesteld dient te worden dat het letsel zeer ernstig is en dienovereenkomstig dient te worden beoordeeld, maar juist vanwege de hier noodzakelijke objectieve benadering van het gemis aan levensvreugde, acht zij een verdere vergelijking met andere letsels niet mogelijk. Hoewel het algemene niveau van het smartengeld in Groot Brittannië en Duitsland niet, althans niet zonder meer, vergelijkbaar is met dat in Nederland, vindt de rechtbank in de oriëntatie wel steun voor haar oordeel dat voor letsel als het onderhavige toekenning van een substantiële smartengeldvergoeding billijk is.'

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat een smartengeld van € 100.000 billijk is. Natuurlijk is ook discussie mogelijk over het bedrag van € 100.000 en of dit gezien de bedragen die in Duitsland en Groot Brittannië lijken te worden toegekend niet hoger had moeten zijn. Anderzijds is wel te billijken dat de rechtbank niet zonder meer bij deze landen aansluit, nu noch partijen noch zichzelf naar de buitenlandse situ-



Diepgaand onderzoek naar de buitenlandse situatie.



16. Zie Lindenbergh 2008, par. 5.3.
17. Frenk & Van Dam 2012, p. 2819.
18. Rb. Midden-Nederland, 6 februari 2013, LJN BZ0813.

atie een diepgravend onderzoek heeft kunnen doen. Tot slot zijn de gezichtspunten die de Hoge Raad in het *Coma*-arrest – het ging in die zaak om de vraag of een comaslachtoffer recht heeft op smartengeld – voor het vaststellen van de hoogte van het smartengeld van belang.¹⁹ Alle omstandigheden van het geval zijn volgens de Hoge Raad relevant, waarbij in het onderhavige geval kan worden gedacht aan:

- De aard van de aansprakelijkheid.
- De aard van het letsel.
- De duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde.
- De ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde.
- De persoonlijke omstandigheden van de benadeelde zullen een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.
- De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal, kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is geweest.
- De omstandigheid dat de benadeelde gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest, zal in het algemeen en behoudens aanwijzingen van het tegendeel, tot het oordeel kunnen leiden dat hij wat betreft die periode geen nadeel heeft geleden in de vorm van pijn en/of verdriet, doch deze omstandigheid rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat in het geheel geen sprake is geweest van gederfde levensvreugde. Aangenomen moet immers worden dat de staat van bewusteloosheid in elk geval tot gevolg heeft gehad dat aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontbroken van zijn leven te genieten.

Ook in dit arrest zie ik geen belemmeringen voor een opwaartse bijstelling van de (hoogste) smartengeldbedragen in Nederland. Dat persoonlijk leed niet goed te meten is en helemaal niet in een 'comazaak', noopt tot hantering van min of meer objectieve factoren, maar pleit niet tegen verhoging van het smartengeld. Dat de aard van de aansprakelijkheid en de aard van het letsel in aanmerking moeten worden genomen evenmin. Ik wijs er bovendien op dat de omstandigheden die de Hoge Raad noemt niet limitatief zijn ('kan worden gedacht aan').

Concluderend ben ik van mening dat de richtlijnen die de Hoge Raad voor het bepalen van de hoogte van het smartengeld formuleert en de artikelen 6:97 en 6:106 BW de rechter voldoende vrijheid geven om (de hoogste) smartengeldbedragen te verhogen. Voor zover de rechter zich daarin door de rechtspraak van de Hoge Raad belemmerd acht is dat ten onrechte. Ook de al weer oudere terughoudende parlementaire geschiedenis lijkt mij geen

blokkade.²⁰

Echt noodzakelijk lijkt het mij dan ook niet dat de Hoge Raad zich actiever met de hoogte van het smartengeld gaat bemoeien.²¹ Het met inachtname van de feiten (grotendeels) op intuïtieve gronden vaststellen van het smartengeld ligt toch vooral op de weg van de feitenrechter, die daar in beginsel ook meer gevoel voor heeft omdat hij vaker met de vraag naar de hoogte van het smartengeld wordt geconfronteerd en partijen doorgaans ook zelf ziet en spreekt ter zitting.²² Dat laat natuurlijk onverlet dat de Hoge Raad in voorkomende gevallen de door hem gegeven gezichtspunten nog verder kan uitwerken/verduidelijken. Naar mijn mening ligt de bal derhalve nadrukkelijk bij de feitenrechter en partijen. Niet alleen tegenover verhoging van het smartengeld, maar ook tegenover verruiming van de mogelijkheden om smartengeld toe te kennen lijkt de rechter welwillend te staan. Wat dat laatste betreft, wijs ik hier nogmaals op de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 6 februari 2013 waarbij bij een comapatiënt met een minimaal bewustzijn smartengeld werd toegekend en waarbij de rechtbank actief op zoek ging naar buitenlandse voorbeelden.²³ In de volgende paragraaf ga ik in op de rol van partijen.

4. De rol van partijen

Gezien het vorengaande rust vooral op de (eisende) partijen die menen dat de (hoogste) smartengeldbedragen in Nederland te laag zijn de taak om de rechter munitie te verschaffen om daar wat aan te kunnen doen. Zoals aangegeven volstaan partijen tot op heden in en buiten rechte vaak met het verwijzen naar uitspraken in het Smartengeldboek, een uitgebracht deskundigenrapport en is er in het gunstigste geval een (schriftelijk) relaas van een slachtoffer. Juist het zelf (bijna uitsluitend) verwijzen naar uitspraken in het Smartengeldboek zet de rechter aan tot het zelf ter hand nemen van dit boek en tot gevalsvergelijking, die te gemakkelijk leidt tot een stilstand van de smartengeldbedragen. Zo houden partijen en de rechter elkaar in een wurggreep rondom het Smartengeldboek.

Met deze strategie wordt de rechter niet uitgedaagd om een andere koers te varen. De eisende partij moet meer de taak van verleider op zich nemen. Hij maakt bij de smartengeldvordering te weinig gebruik van het feit dat de schadebehandelaar van de wederpartij en de rechter gewone mensen zijn die zich als mens een beeld vormen van de ernst van het letsel en de beperkingen. Dat zij professionals zijn, doet niet af aan het feit dat ook zij beslissingen zowel op rationele als op emotionele gronden nemen en verleid moeten worden om een bepaalde beslissing te nemen.²⁴ Hoewel uiteraard moet worden gewaakt voor te veel dramatiek en het zaak is de juiste toon hiervoor te vinden – het blijft een subtiel spel – is het bij ernstig letsel voor de beïnvloeding van de beslissing van de rechter van belang om indringend duidelijk te maken hoe zeer dit ingrijpt in het leven van alledag van deze persoon. Omstandigheden die de eisende partij nader kan uitwerken en motiveren zijn onder meer



*De bal ligt bij
de feitenrechter
en partijen.*

19. HR 20 september 2002, NJ 2004/112 (*Coma*).
20. Met name PG boek 6, p. 372, 373, 374, 382 en 385.
21. Zie hierover Frenk & Van Dam 2012.
22. Vgl. het Hoge Raadslid G. De Groot in het verslag van A. Kolder van het 6e Gronings Letselschadecongres, VR 2012/131.
23. Zie vooral r.o. 4.15 t/m 4.18 van dit vonnis, Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, LJN BZ0813.
24. M.G. IJzermans, 'De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel', *Trema* 2012/6.

te destilleren uit de hiervoor genoemde rechtspraak van de Hoge Raad. Hiermee wordt de rechter een instrument gegeven om af wijken van de gebruikelijke bedragen of – wellicht veel simpeler – te constateren dat een bepaalde gevalsvergelijking niet opgaat.

“
**Bij beelden is er
geen ontsnappen
meer aan.**

.....”
Wil de eiser een hoger smartengeld dan uit een gevalsvergelijking van gepubliceerde uitspraken in Nederland zou volgen, dan ligt het voor de hand dat hij uitlegt waarom hij dat wil. Een van de methoden die daarvoor geschikt lijkt, is – zoals in de Verenigde Staten veel gebeurt – het vertonen van een filmpje of het gebruik van een ander visueel middel. Het daadwerkelijk laten zien hoe ernstig het leven door het ongeval is veranderd, komt vaak meer aan dan alleen maar droge woorden op papier. Het zien dat een slachtoffer bij zijn eerste afspraakje zijn vriendin al moet vragen een klysmatoe te dienen is confronterend. Hetzelfde geldt voor het verlamde slachtoffer dat wij vóór het ongeval zien dartelen of, indien hij nauwelijks meer kan spreken, vóór het ongeval een redevoering zien houden. De zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn en het gemis aan levensvreugde wordt hiermee zoveel tastbaarder dan dat op papier kan. Ook wordt het verschil tussen iemands leven voor en na een ongeval duidelijker. Bij beelden is er gewoon geen ontsnappen meer aan. Hetzelfde geldt voor het buiten rechte zien en spreken van een ernstig gewond slachtoffer in zijn eigen woonomgeving.

Van belang is dat de gevalsvergelijking op dit moment met name plaatsvindt aan de hand van het ANWB Smartengeldboek. Er is simpelweg geen behoorlijke andere bron van gepubliceerde rechtspraak over smartengeld. Van schikkingen, waarvan in ongeveer 95% van de gevallen sprake is, zelfs in het geheel niet. De grote zorg waarmee het Smartengeldboek wordt samengesteld, neemt niet weg dat gevalsvergelijking aan de hand van de opgenomen uitspraken lastig blijft. Daarvoor zijn de opgenomen gegevens te beperkt en abstract. Wellicht mede daarom biedt het boek voor elk wat wils. Waarom bijvoorbeeld de 41-jarige volledige arbeidsongeschikt geworden man die een whiplashsyndroom heeft opgelopen, waarvan de klachten onder meer geheugen-, slaap- en concentratiestoornissen, angstaanvallen, seksuele problemen, hoofdpijn, en een depressief syndroom zijn, in 2004 van het Hof Den Bosch € 9.076 kreeg en de eveneens volledig arbeidsongeschikt geworden 40-jarige vrouw met hetzelfde syndroom en onder meer hoofdpijn, slaapstoornissen en andere daarbij behorende klachten, in 2005 van de Rechtbank Roermond € 18.151 kreeg, blijkt in ieder geval niet uit de opgenomen tekst.²⁵ Hoewel sprake is van op het oog vergelijkbare gevallen, de klachten in de zaak van het Hof Den Bosch lijken zelfs zwaarder, en beide rechterlijke colleges zich beroepen op gevalsvergelijking, is het smartengeld in de ene zaak het dubbele van het andere. Dit noopt ertoe voorzichtig te zijn met het maken van de gevalsvergelijking aan de hand van het Smartengeldboek tot een 'heilige' norm. Temeer als uitspraken zijn gewezen in geheel andere tijdvakken waarin de maatschappelijke opvattingen over de hoogte van

het smartengeld goed anders kunnen zijn geweest. Vaak is de aard en zwaarte van de zwaarte van de smart ook moeilijk te vergelijken.

In zijn strijd voor een hoger smartengeld kan een eiser er daarnaast voor kiezen om meer technisch objectief uit te leggen wat de gevolgen van een bepaald letsel volgens de medische stand der techniek heeft. Als willekeurig voorbeeld noem ik anosmie, het geheel verlies van reukvermogen, waarvoor in de rechtspraak (zeker) niet meer dan € 10.000 wordt toegewezen.²⁶ De abstracte woorden 'verlies van reukvermogen' zeggen niet zoveel. Als daar aan wordt toegevoegd dat bij volledige anosmie sprake is van een mindere beleving van seksualiteit, een verhoogde kans op depressie, het missen van een signaalfunctie voor gevaar (niet ruiken of iets bedorven is, of een pan aanbrandt, of er een gaslucht hangt e.d.), verminderde carrièrekansen (leger, brandweer, politie en horeca), missen van geuren als beleving van plaatsen (vakantiebestemmingen) en herinneringen, het alleen proeven van basale smaken als zoet, zuur, zout en bitter, en persoonlijke onzekerheid, wordt pas goed duidelijk dat sprake is van een aanzienlijke handicap.

Indien eiser wil betogen dat voor de hoogte van het smartengeld meer moet worden aangesloten bij bedragen die in het buitenland worden toegekend, zal hij dit zodanig moeten onderbouwen dat de rechter verleid wordt om daarbij aan te sluiten en niet bij de tot dan toe lagere bedragen in Nederland. Dat zal de rechter alleen doen als hij zich bij zo'n beslissing comfortabel voelt. Bij twijfel niet. Dit comfort kan alleen worden gegeven met een goed overzicht van de landen waarmee wordt vergeleken en uitleg waarom niet met andere landen wordt vergeleken. Daarbij moet ook aan de orde komen in hoeverre de sociale context en sociale zekerheid in die landen verschilt met die van Nederland, omdat dit vaak wordt gebruikt als argument voor het verschil in uitkomst van de smartengelddiscussie in de diverse landen. Hierbij teken ik wel aan dat smartengeld ziet op compensatie van gederfde levensvreugde die niet zozeer per land verschilt. Strikt genomen is smartengeld niet bedoeld ter vergoeding van medische kosten en/of kosten ter verhoging van de kwaliteit van leven (zoals therapie, speciale kussens/matras, aangepaste vakantiereizen, e.d.). Voorstelbaar is dat ter onderbouwing de mening van een expert van het betreffende land wordt ingewonnen. Hoewel de rechter volgens de Hoge Raad de rechtsontwikkeling in het buitenland bij zijn beslissing mag betrekken, ook als partijen dat niet doen, zal hij dat niet snel doen. Daargelaten dat hij in beginsel lijdelijk is, heeft de rechter zelf maar beperkte onderzoeksmogelijkheden.

Het lijkt mij zeker niet uitgesloten dat de Rechtbank Midden-Nederland met meer en completere gegevens over het buitenland een hoger smartengeld aan de comapatient zou hebben toegekend.

Hoewel primair de eisende partij aan zet is, wil dat natuurlijk niet zeggen dat geen rol is weggelegd voor de gedaagde partij. Van hem kan verlangd worden dat hij inhoudelijk en gemotiveerd de dis-

25. Smartengeldboek nr. 464 en 491.
26. Zie Smartengeldboek 2012, nr. 281 en 282.
Bij de toegewezen bedragen van € 10.437 en € 13.613 speelden ernstige andere letsels ook een rol.

cussie aangaat met de eisende partij en, de omstandigheden van het geval wegende, zoekt naar een redelijk en voor deze persoon passend smartengeld.

5. Conclusie

De wet en de rechtspraak van de Hoge Raad bieden voldoende mogelijkheden voor de rechter om (in de ernstigste gevallen) het smartengeld structureel te verhogen. Dat de Hoge Raad in een aantal uitspraken een wat terughoudende formulering hanteert en de oudere parlementaire geschiedenis terughoudend is, doet daar naar mijn mening niet aan af. Hoewel ik geen empirisch onderzoek heb gedaan of daar onderzoek over ken, is mijn indruk vanuit de rechtspraak dat een aanzienlijk deel van de rechterlijke macht wel voelt voor een verhoging van het smartengeld. Zij moet daar echter wel aanknopingspunten voor aangereikt krijgen. De bal ligt daarom primair bij partijen. De eisende partij zal zich meer moeite moeten getroosten om inzichtelijk én invoelbaar te maken waarom een hoger smartengeld in een bepaalde zaak geïndiceerd is. De gedaagde partij zal hier inhoudelijk en zinnig op moeten ingaan. Alleen bij een werkelijk inhoudelijk debat kan tot een redelijk(-er) smartengeld worden gekomen. En daar wordt met smart op gewacht.

“

*De rechterlijke
macht heeft aan-
knopingspunten
nodig voor ver-
hoging van het
smartengeld.*

. ”

