

97 De waarde van sma

Uitleiding

Prof. mr. S. D. Lindenbergh *

1. Smart in Groningen

Een oud Groninger grapje: een ‘Hollandse’ huisarts heeft een boer van het Hogeland als patiënt die aan het eind van zijn leven door een longaandoening moeite heeft met ademen. Op de vraag van de huisarts tijdens een huisbezoek: ‘Bent u benauwd vandaag?’, antwoordt de boer met zijn bijna laatste adem: ‘Benauwd? Woarveur dan?’

De anekdote schetst natuurlijk de onwetendheid van Hollanders, maar vooral ook de nuchterheid van de Groninger. Voor een studiedag over vernieuwing op het terrein van smartengeld zou men daarom misschien niet direct aan Groningen denken. Maar wie de jaarlijkse Groninger letselcongressen kent, is niet verbaasd dat dit onderwerp op de agenda is verschenen. En wie weet dat het dit jaar mede in samenwerking met het tijdschrift *Verkeersrecht*, de nationale bakermat van het smartengeld, is opgezet, verrast het eens te minder. De sprekers zijn overigens bij mijn weten, afgezien van gastheer Fokko Oldenhuis en sinds een paar jaar Albert Verheij, geen van alle Groningers, maar – eveneens voor zover ik weet – doorgaans wel tamelijk nuchter.¹⁾ Niettemin is bij allen bevlogenheid te bespeuren als het gaat om het onderwerp dat hier centraal staat.

2. Wat is smartengeld en hoe kom je eraan?

Hoewel de meeste bijdragen zijn gericht op de (vaststelling van de) omvang van het smartengeld, en de vragen wat smartengeld is en hoe je eraan komt voor de gemiddelde lezer geen betoog behoeven, is er in verschillende bijdragen op dit punt wel wat nieuws te vinden. Heel praktisch van insteek is de verkenning van de routes die voor slachtoffers van strafbare feiten openstaan om hun (onder meer) immateriële schade te verhalen (Sas)²⁾. Sas laat zien dat de wetgever werk heeft gemaakt van het verhaal van schade door deze slachtoffers, dat de (civielrechtelijke) emancipatie van slachtoffers in het strafproces vorm begint te krijgen en dat de strafrechter ten aanzien van bepaalde civielrechtelijke puzzels naar eigen wegen zoekt. Van grote praktische betekenis is natuurlijk de voorschotregeling die is gekoppeld aan de schadevergoedingsmaatregel.³⁾ Van de – uiteraard betrekkelijke – ‘luxe’ die door verzekerde partijen benadeelde personen in het aansprake-

lijkeidsrecht genieten, kunnen de slachtoffers van bepaalde strafrechtelijke delicten nu ook daadwerkelijk proeven.⁴⁾ En in zekere zin zijn slachtoffers van strafrechtelijke delicten soms zelfs ‘beter af’ (ook dat is natuurlijk heel betrekkelijk), omdat het Schadefonds Geweldsmisdrijven een vergoeding kent voor affectieschade, die het civiele recht vooralsnog vreemd is.

Niet alleen met betrekking tot de toegang tot het smartengeld, maar ook ten aanzien van het wezen van het smartengeld zijn in de bijdragen vernieuwingen te zien. Zo leert rechtsvergelijking dat ‘multifunctioneel’ smartengeld niet alleen compensatie van leed, maar vooral ook compensatie van onrecht ambieert en dat accentverschuivingen op dit gebied repercussies kunnen hebben voor de omvang van de bedragen (Van Dam). Instructief op dit punt is ook de verkenning van de gevolgen van een *damage based*- en een *rights based*-benadering en de mogelijke betekenis daarvan voor de problematiek van shock- en affectieschade (Verheij).

Slachtoffers van strafrechtelijke delicten zijn soms ‘beter af’.

* Hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus School of Law. Tevens rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Noord-Holland en in de Rechtbank 's-Gravenhage en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

1. Voor de goede orde: deze zinsbouw impliceert dat het laatste – voor zover ik weet – ook voor Oldenhuis en Verheij geldt.
2. Zie de bijdrage van mr. A.H. Sas, ‘Smartengeld voor slachtoffers van strafbare feiten: drie wegen’, in de door de RUG bij Boom Juridische uitgevers in 2013 uitgebrachte bundel.
3. Art. 36f lid 6 Sr.
4. Vgl. voor een kras voorbeeld Rb. 's-Gravenhage 8 mei 2012, LJN BW5092 (toewijzing van € 150.000 smartengeld in een strafrechtelijke voegingsprocedure).

rtengeld

3. Hoe krijgen we die bedragen omhoog?

Bij de meeste auteurs staat evenwel in meerdere of mindere mate de begroting, en meer in het bijzonder de omvang, van het smartengeld in Nederland centraal. De laatste heeft immers naar algemeen bekend is, een nogal Zeeuwse inslag: 'Geen cent teveel.' Er lijkt zich langzamerhand binnen de 'branche' een zekere consensus af te tekenen op het punt van de omvang van het smartengeld: de bedragen moeten gewoon eens met hun tijd mee. Niet alleen wetenschappers hebben de stagnatie van de smartengeldbedragen gesignaleerd⁵⁾, ook praktijkgroepen hebben zich het thema aangetrokken.⁶⁾ Het lijkt me overigens veelzeggend dat (vertegenwoordigers van) verzekeraars welwillend aan dit debat deelnemen en daarvan zelfs mede-initiatiefnemer waren.

Maar hoe doe je dat? Hoe krijg je die bedragen omhoog? In verschillende bijdragen staat die vraag in meer of mindere mate expliciet centraal. In dat verband worden methoden van vaststelling afgestast: gevalsvergelijking, een formule, richtlijnen. Het Nederlandse model met gevalsvergelijking laat zien dat de rechter met beide benen in het beton van het Smartengeldboek staat waardoor zij (hij?) met het gezicht naar het verleden en de rug naar de toekomst is gefixeerd (Van Dam). Toch is het sterk vergelijkbare Duitse model het Europese toonbeeld van progressiviteit op dit punt (Frenk, Van Dam). Aan de methode hoeft het dus niet te liggen. Dat wil overigens niet zeggen dat die niet beter zou kunnen.⁷⁾ Wat weten juristen eigenlijk over smart? Kunnen gezondheidswetenschappers niet ook een nuttige bijdrage leveren? Dekker, Slob & Slob⁸⁾ laten zien dat gezondheidseconomen waardevolle expertise hebben ontwikkeld op het punt van de waardering van invaliditeit: de Qaly-methode biedt daarvan de praktische uitwerking. De kracht ervan is de fundering van de relatieve waardering van letsels: wat is erger, een voet of een hand missen? Daar kunnen gezondheidskundigen werkelijk wel wat meer over zeggen dan juristen. Een zwakte is evenwel de slag naar het bedrag. Kort gezegd: waardering van effectiviteit van investeringen in gezondheid is toch iets anders dan het uitmeten van gevolgen van invaliditeit. Uiteindelijk helpt de Qaly-methode ons *op dit punt* (wat zijn passende bedragen?) dus niet wezenlijk verder.

Voorts wordt het Nederlandse procesmodel verkend: wie staat er in dit dossier eigenlijk op de brug? Wie bepaalt de koers? Als het gaat om billijkheid is uiteindelijk autoriteit van de beslisser doorslaggevend. Laat het cassatiestelsel wel een leidende rol van de Hoge Raad toe? Hij kan stellig meer dan weggijken: de feitenrechter dwingen tot inzichtelijker motivering (Frenk en Van Dam)⁹⁾. Ook een aanmoediging om beter te luisteren naar in Nederland levende overtuigingen op dit punt zou niet misstaan (Van Dam). Toch lijkt het daadwerkelijk 'prikken van bedragen' wel erg ver buiten zijn juridische *comfort zone*. Maar wie weet durft hij toch 'het sprongetje' van (met?) De Groot te wagen.

Ook andere actoren worden niet gespaard: wat vermag de feitenrechter? Beter motiveren en meer reliëf geven aan de relevante omstandigheden (Frenk, Van Dam, Van Dijk)! En wat is de rol van de (belangenbehartiger van de) aansprakelijkheidsverzekeraar? Niet op de rem gaan staan, naar redelijkheid zoeken (Van Dijk). Maar vooral de rechtshulpverlener van de benadeelde wordt tot activiteit gemaand. Hij zou zelfs de sleutel voor de ontwikkeling in handen hebben (Van Dam). Hij moet ervoor zorgen dat het thema van sluitpost in de onderhandelingen promoveert tot centraal (deel?) geschilpunt in rechte. En hij moet dan 'een lijst van individuele factoren afwerken' (Frenk), 'een op feiten gebaseerd verhaal' over de benadeelde over het voetlicht van de rechter brengen (Van Dam) en 'de taak van verleider' (van de rechter) op zich nemen (Van Dijk). Praktische en aansprekende illustraties (Van Wassenaer)¹⁰⁾ laten overigens zien dat hier best mogelijkheden liggen.

De combinatie van de verschillende verantwoordelijkheden zou moeten leiden tot 'meer dynamiek en een levendiger smartengelddiscours' (Van Dam). Op dat punt liggen er stellig kansen in Nederland want het is vanuit rechtsvergelijkend perspectief verbazend dat het thema zo weinig aandacht krijgt in de literatuur, en zelfs verbijsterend dat het debat in de rechtszaal nagenoeg niet wordt aangestipt. Is het niet veelzeggend dat in vrijwel elk (deel)geschil uitvoerig wordt gestreden over de omvang van de buitengerechtigde kosten, terwijl de omvang van het smartengeld in rechte (hoogst) zelden een serieus geschilpunt vormt? Spreekt het trouwens niet ook tot de verbeelding dat in tien jaar tijd de buitengerechtigde kosten vrijwel zijn verdubbeld, terwijl de top van het smartengeld nog steeds het niveau van ruim twintig jaar geleden heeft?¹¹⁾ Het lijkt me inderdaad tijd dat rechtshulpverleners en rechters zich daar op bezinnen.

niet aan argumenten kan worden ontleend. Vaststelling naar billijkheid – er staat niet voor niets niet 'naar redelijkheid' – betekent: met de hand op het hart, en als het even kan niet met het verstand op nul. Over dat laatste hoeven we ons bij de Nederlandse rechter allerminst zorgen te maken. Over het eerste *grosso modo* ook niet, lijkt me, maar het is voor rechters vanuit hun taak en positie niet eenvoudig om met gezag vanuit (enkel) het



De Nederlandse rechter staat met beide benen in het beton van het Smartengeldboek.



5. Vgl. laatstelijk indringend T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', in: M. Donkerlo & M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld, uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2012 (hierna: Smartengeldboek 2012), p. 6-11.
6. Vgl. de in verschillende bijdragen genoemde Stuurgroep Smartengeld en de Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld, waarvan het secretariaat berust bij De Letselschade Raad.
7. Afgezien van denkbare aanpassingen in het Smartengeldboek: de vermelding van psychische schade bij hoofdletsel (zou het idee zijn dat het 'tussen de oren' zit?) is toch niet meer helemaal van deze tijd.
8. Zie de bijdrage van E. Dekker, P.F. Slob & Y. Slob, 'Smartengeld en de QALY-methode: (weer) een stap dichterbij indringende herbezinning van de huidige systematiek?', in de door de RUG bij Boom Juridische uitgevers in 2013 uitgebrachte bundel.
9. Vgl. ook N. Frenk & C.C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen. Kan de Hoge Raad er wat aan doen?', *NJB* 2012/2299.
10. Mr. G.M. van Wassenaer, 'Smartengeld, een pleister op de wonde?', in Smartengeldboek 2012.
11. Vgl. M.G. Faure, N.J. Philipsen & F. Fernhout, *Honoraria van belangenbehartigers in letselschadezaken*, Stichting PIV 2008, <www.stichtingpiv.nl>.

“ ”
**(Fors) uit de band
springen is nu
eenmaal moeilijk
te motiveren.**
..... ”

hart tot een grote wending te komen. Dat wordt fraai geïllustreerd door De Groot, die houvast zoekt in aanknopingspunten die een beeld kunnen geven van ‘een hoger peil van ervaren distributieve rechtvaardigheid’. Haar betoog illustreert een behoefte aan rechtvaardiging van zo’n stap. De vragen die zij vervolgens formuleert om dat beeld te vormen zijn interessant:

- Zijn de bedragen financieel gezien te laag; staan de individueel haalbare bestedingsdoelen in een wanverhouding tot het letsel (distributieve rechtvaardigheid)?
- Zijn de bedragen maatschappelijk gezien te laag; hoe wil Nederland omgaan met compensatie van immaterieel nadeel (een vraag op systeemniveau)?
- Zijn de bedragen aanvaardbaar voor rechtzoekenden in verband met de inzichtelijkheid van de berekening ervan (procedurele rechtvaardigheid)?
- Zijn de bedragen aanvaardbaar in het licht van de bejegening van de rechtzoekende tijdens het proces (interactionele rechtvaardigheid)?

Onderzoek naar antwoorden op die vragen zou ons misschien (iets) verder kunnen helpen, maar ik vrees dat het uiteindelijk niet veel meer zal brengen dan uitstel van ‘de sprong’. En is daarvoor dat onderzoek werkelijk nodig? Zijn de beelden van Van Dam niet sprekend genoeg om in beweging te komen?

- Nominaal is de smartengeldtop nu ruwweg dezelfde als begin jaren '90: f 300.000, € 150.000.
- De Nederlandse bedragen benaderen in het gunstigste geval de helft van de bedragen in ons omringende landen (Duitsland, Engeland).
- De economie is in twintig jaar substantieel gegroeid (sinds 1992 met vijftig procent).
- De beleving van de waarde van geld gaat ‘met zijn tijd mee’: wat je rond 2000 voor een gulden kocht, kost nu een euro.

- De hoofdprijs voor ‘dom geluk’ (loterij) was in 1992 f 100.000 en begint nu bij € 1.000.000.

Ik geef toe, dat zijn ruwe penseelstreken, maar ze schetsen eigenlijk een veelzeggend beeld. Daarmee is de sprong nog niet genomen. Die vergt, wil hij ergens toe leiden, geaccepteerde autoriteit. Die heeft de rechter, maar hij zal de sprong naar mijn idee niet snel wagen om de hiervoor gesignaleerde redenen en omdat (fors) uit de band springen nu eenmaal moeilijk is te motiveren. Van de wetgever valt vermoedelijk ook weinig te verwachten. Eigenlijk komt het allemaal omdat we niet durven te springen voor we de motivering sluitend hebben. En zo komen we er dus nooit uit. Laat ik het daarom maar eens proberen. Als de gulden thans een euro is, laten we dan het Smartengeldboek van 2000 pakken en voor de daarin tegen dat jaar geïndexeerde bedragen een euro-teken zetten. Dan moeten we, wellicht met behulp van de Qaly-methode of met een ruwe vergelijking met de Engelse en Duitse piramides, nog eens kijken naar de relatieve waardering van letsels omdat daarin wellicht wat te verbeteren valt. De aldus gevonden piramide kan vervolgens in richtlijnen à la de Engelse *Guidelines* worden opgetekend. Ten slotte moet er een indexatiemethode komen die voorkomt dat we over een paar jaar met eenzelfde probleem kampen. Van Dam wijst op een op dit punt bestaand gebrek aan transparantie in het Engelse recht, en op de toevlucht tot autoriteit op dat punt (*de High Court judge*). Zo iemand moet hier ook te vinden zijn (Van Dam?). Ik weet het: juristen springen niet zo snel, en zeker niet uit de band, maar het is tijd. En: het vertrouwen komt met de sprong.¹²⁾

*Siewert Lindenbergh, Zeeuw
(met Groningse voornaam en ouders)*



12. Osho.