

De waarde van

Stagnerende smartengeldbedragen:

Prof. mr. N. Frenk *



92

* Raadadviseur bij de Directie
Wetgeving van het Ministerie
van Justitie en bijzonder
hoogleraar aansprakelijkheids-
en verzekeringsrecht aan de
Vrije Universiteit in Amsterdam.
Tevens hoofdredacteur van
Verkeersrecht.

smartengeld

enkele inleidende observaties

1. Inleiding

Sinds 1992 heeft bij de ernstigste letsels de hoogte van het smartengeld geen enkele ontwikkeling doorgemaakt. Al meer dan 20 jaar is € 136.134,- de bovengrens.¹⁾ Zelfs de geldontwaarding is in al die jaren nauwelijks verdisconteerd.²⁾ Als dat wel zou zijn gebeurd, zou dit bedrag nu ruim twee ton moeten zijn. Feitelijk is er dan ook geen sprake van stagnatie, maar van achteruitgang. En dat terwijl in dezelfde periode in een aantal van de ons omringende landen de bedragen wel fors zijn gestegen. In Duitsland zelfs verdubbeld.

In toenemende mate is door diverse organisaties en in de literatuur aandacht gevraagd voor deze stagnatie in de bedragen.³⁾ Het is voor de Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (hierna: ASP), de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (hierna: PIV) en de Letselschade Raad aanleiding geweest om in een aantal expertmeetings te zoeken naar verbeteringen, en dat niet alleen waar het gaat om het smartengeldniveau, maar ook waar het gaat om de vaststelling van het bedrag en de wijze waarop de immateriële schade wordt afgewikkeld. Dit heeft geleid tot de instelling van een Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld die zich over deze materie buigt en met aanbevelingen zal komen. Voor de redactie van Verkeersrecht is de stagnatie in de bedragen aanleiding geweest om hiervoor in een reeks van artikelen en columns aandacht te vragen.⁴⁾ Op 8 oktober 2012 was het 6e Groningse letselschadecongres hieraan gewijd; een samenwerking van Verkeersrecht en de vakgroep privaatrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen. Deze aflevering van Verkeersrecht en de door de RUG uitgebrachte bundel is hiervan een uitvloeisel.

In deze bijdrage zal ik bij wijze van inleiding tot de hierna opgenomen bijdragen bespreken op welke wijze deze impasse kan worden doorbroken.⁵⁾ Alvorens dat te doen schets ik eerst het (wettelijk) kader voor de begroting van smartengeld en ga ik in op de vraag of de stagnatie het gevolg is van deze wijze van begroting (par. 2 en 3). Vervolgens wordt een aantal in de literatuur en praktijk gesuggereerde alternatieve begrotingsmethodes besproken (par. 4). Daarna wordt ingegaan op de vraag op welke wijze de advocaat en de rechter binnen het huidige kader een bijdrage kunnen leveren aan de doorbreking van deze impasse. Daarbij ga ik ook in op de meer sturende rol die de Hoge Raad hierbij zou kunnen spelen (par. 5).

1. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714, VR 1992/133 (AMC/O; hiv-besmetting).
2. Rb. Den Bosch 11 april 2007, LJN BA2723, JA 2007/99 kende € 150.000,- smartengeld toe. Dit is in absolute zin het hoogste bedrag, maar indien de inflatiecorrectie wordt verdisconteerd, is het intrinsieke bedrag lager dan in de AMC-zaak.
3. Zie hierover (reeds) 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. 6-8 en S.D. Lindenberg, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer, 2008, p. 75-76.
4. Zoals aangekondigd door H.J.J. de Bosch Kemper, 'De vaststelling van smartengeld', VR 2011, p. 383-384.
5. Er zijn overigens in de smartengeldwereld gelukkig ook positieve ontwikkelingen te melden. Zie dan met name het baanbrekende vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland 6 februari 2013 (LJN BZ0813). Zie hierover Van Dam in paragraaf 2.2. en Van Dijk in paragraaf III van hun bijdragen in deze special.



Geen stagnatie,
maar achter-
uitgang.





Stagnatie is niet eigen aan gevalsvergelijking.



2. Het (wettelijk) kader voor de begroting van smartengeld

Artikel 6:106 BW bepaalt dat nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, naar billijkheid wordt vastgesteld. Een open norm, die de rechter veel vrijheid laat. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid met betrekking tot het bepalen van de omvang van de schadevergoeding en mag daarbij rekening houden met alle omstandigheden van het geval.⁶⁾ De vrijheid van de rechter is echter niet onbegrensd. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad gezichtspunten geformuleerd die de rechter bij de begroting in acht kan of dient te nemen. Dit zijn de volgende.

Volgens de Hoge Raad dient de rechter bij zijn begroting te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijk-bare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, een en ander met inachtneming van de geldontwaarding.⁷⁾ De rechter mag daarbij mede acht slaan op de ontwikkelingen in de andere landen, zij het dat die ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.⁸⁾ De vrijheid van de rechter is voorts niet onbegrensd omdat hij, in geval van letsel, rekening dient te houden met de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene.⁹⁾ Voorts mag de rechter bij de begroting de aard van de aansprakelijkheid en de ernst van het verwijt meewegen.¹⁰⁾ Andere mogelijk relevante factoren zijn de intensiteit van het verdriet en de gederfde levens-vreugde, alsmede de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde.¹¹⁾

3. Is stagnatie inherent aan de methode van gevalsvergelijking?

Het is in lijn met deze gezichtspunten in de letsel-schadepraktijk gebruikelijk om in de eerste plaats aan de hand van de aard en de ernst van het letsel te vergelijken met andere gevallen. Vervolgens wordt de impact van het letsel op het individuele slachtoffer bij de begroting gewogen, zoals de zwaarte van het verdriet, de invloed op het werk en de intensiteit van de gederfde levensvreugde. Het begint echter met gevalsvergelijking. Het Smartengeldboek van de ANWB en Verkeersrecht¹²⁾ vormt daarbij al meer dan een halve eeuw het kompas. Bij onderhandelingen en in de rechtszaal wordt het boek bij de hand gehouden. Er is echter kritiek. Doordat de rechter telkens terugblijkt naar de in het verleden toegewezen bedragen, leidt dat in de praktijk tot stagnatie. Het dwingt de rechter om met zijn rug naar de toekomst te kijken. Is het Smartengeldboek daar mede debet aan? Dat waag ik te betwijfelen. Het is immers de Hoge Raad die de rechter de aanwijzing geeft om door middel van gevalsvergelijking te begroten. Het Smartengeldboek is daarvoor wel een onmisbaar instrument. Bovendien geeft de Hoge Raad ook de aanwijzing

dat dit dient te gebeuren met inachtneming met de geldontwaarding.¹³⁾ In iedere nieuwe editie van het Smartengeldboek worden de bedragen ook keurig geïndexeerd, maar we zien dat bij de vaststelling van de bedragen voor de ernstige letsels de geldontwaarding al meer dan 20 jaar lijkt te worden genegeerd.

Er is ook andere kritiek op het Smartengeldboek. Het boek hanteert een te grofmazige indeling die in hoofdzaak gebaseerd is op aard en ernst van letsel, waarbij andere factoren die relevant zijn voor de vaststelling van smartengeld worden gemist. Daardoor hebben rechtshulpverleners en rechters te weinig zicht op de consequenties voor de begroting van de impact van het letsel op het leven van het slachtoffer. Hierdoor zijn de bedragen die worden toegekend welhaast per definitie te laag. Maar ligt dit aan het Smartengeldboek? Van Dam wijst in paragraaf 3.4 van zijn bijdrage in deze special op de Nederlandse vicieuze cirkel. Rechtshulpverleners klagen dat het Smartengeldboek te weinig specifieke informatie bevat; de samenstellers van dat boek klagen dat rechters in hun uitspraken te weinig specifieke informatie opnemen, terwijl rechters weer klagen dat rechtshulpverleners de vordering met te weinig specifieke informatie onderbouwen.

Belangrijk is evenwel om te constateren dat stagnatie niet eigen is aan de methode van gevalsvergelijking.¹⁴⁾ Ik wees er al op dat in een aantal van de ons omringende landen de bedragen wel fors zijn gestegen. In Duitsland, waar de methode van gevalsvergelijking óók de berekenmethode is, zijn de bedragen in de afgelopen twee decennia zelfs verdubbeld. In Engeland volgen de daar gehanteerde Guidelines voor het vaststellen van de hoogte van het smartengeld ook de rechterlijke uitspraken op min of meer dezelfde manier als het Smartengeldboek dat doet.¹⁵⁾ Van stagnatie is in Engeland ook geen sprake. Daar was wel een rapport van de Law Commission nodig en een activistische Court of Appeal die in een uitspraak in 2001 de smartengeldbedragen in de hoogste categorieën aanzienlijk verhoogde.¹⁶⁾ De methode van gevalsvergelijking is dus niet het probleem.¹⁷⁾ Daar moeten andere verklaringen voor zijn.¹⁸⁾ Ik kom daar in paragraaf 5 op terug.

4. Zoektocht naar alternatieve begrotingsmethodes

De (ook) in Nederland gehanteerde methode van gevalsvergelijking behoeft dus niet noodzakelijkerwijze tot stagnatie te leiden. Dit lijkt mij van belang om op te merken, omdat de onvrede over deze stagnatie ook leidt tot de vraag hoe het dan anders moet. Zo pleit Verburg in zijn Leidse proefschrift voor een rechtersregeling.¹⁹⁾ Problematisch aan de vaststelling van smartengeld is zijns inziens dat de bestaande wijzen van coördinatie van smartengeldrechtspraak de eenheid van die rechtspraak onvoldoende kunnen waarborgen. Dit ook omdat de Hoge Raad de vaststelling van de hoogte van

6. HR 27 april 2001, NJ 2002/91 (*Brief aan moeder*).
7. HR 27 april 2001, NJ 2002/91 (*Brief aan moeder*).
8. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714, VR 1992/133 (AMC/O; hiv-besmetting) en HR 27 april 2001, NJ 2002/91 (*Brief aan moeder*).
9. HR 17 november 2000, NJ 2001/215, VR 2001/9 (*Druifff/Bouw*).
10. HR 9 augustus 2002, NJ 2010/61 (*Wrongful birth II*).
11. HR 20 september 2002, NJ 2004/112 (*Coma*).
12. 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 (hierna: Smartengeldboek 2012).
13. HR 27 april 2001, NJ 2002/91 (*Brief aan moeder*).
14. Zo ook S.D. Lindenberg, 2008, p. 68.
15. Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, (11th ed.) Oxford: Oxford University Press, 2012. Zie hierover par. 3.3 van de bijdrage van Van Dam in deze special.
16. *Heil vs. Rankin* [2001] 2 WLR 1173. Zie C.C. van Dam, 'Begroting van smartengeld in Engeland', VR 2012, p. 11 e.v. en K.W.A. Kharag, 'Smartengeldpraktijk: Nederland vs. Engeland', VR 2012, p. 174 e.v.
17. Zo ook S.D. Lindenberg, 'Tranen met duiten. Over het paradoxale karakter van het smartengeld', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.) *Tien penne streken over personen-schade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 155-156, waar hij na een beschrijving van de ontwikkelingen in Duitsland en Engeland opmerkt: "De oorzaak van de stagnatie in Nederland moet dan ook niet in de methode van vaststelling worden gezocht. De Nederlandse rechter lijkt eenvoudigweg niet alleen zuinig, maar ook (erg) voorzichtig."
18. T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstand water?', in: Smartengeldboek 2012, p. 10, merkt op dat het Nederlandse calvinisme ook geen verklaring kan zijn, wel voor een basaal uitgangspunt van terughoudendheid, maar niet voor stilstand of zelfs achteruitgang. Verder merkt hij op dat het ook niet te maken kan hebben met het hoge niveau van de sociale zekerheid, omdat dit in de huidige tijd eerder tot verhoging aanleiding zou moeten geven.
19. G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

smartengeld in hoge mate als feitelijk beschouwt, en ook verder nauwelijks richting geeft aan de wijze waarop smartengeld moet worden vastgesteld.

Verder is, ik merkte dat al op, de onvrede over de stagnatie voor de ASP, het PIV en de Letselschade Raad aanleiding geweest om in een expertmeeting te zoeken naar verbeteringen, en dat niet alleen waar het gaat om het smartengeldniveau, maar ook waar het gaat om de vaststelling van het bedrag. De Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld, die zich over deze materie buigt, is niet op zoek naar een geheel nieuw en afwijkend systeem. Nagedacht wordt over een systeem van materiële normering van de bedragen voor licht letsel, en een systeem van procesnormering voor zwaar letsel. Voor zwaar letsel betekent dit dat in elke zaak een groot aantal individuele factoren structureel dient te worden meegewogen. Daarbij zijn de aard en ernst van het letsel uitgangspunt, waarvoor, zoals in de Engelse Guidelines, bandbreedtes kunnen worden vastgesteld. De Werkgroep stelt vervolgens voor om te werken met een lijst van mogelijk relevante individuele factoren die daarbinnen bepalend zijn voor de uiteindelijke vaststelling van het smartengeld. Het is verder volgens de Werkgroep wenselijk dat structureel in vonnissen wordt opgenomen wat de factoren zijn die bepalend zijn geweest voor de vaststelling van de omvang van smartengeld.

In de door Verkeersrecht uitgelokte discussie is er voorts een pleidooi gehouden voor een periodiek 'barometercongres', waar de deelnemers stemmen voor categorieën en bandbreedtes of een alternatief rekenmodel.²⁰⁾ Ook is in deze discussie weer een lans gebroken voor normering van het smartengeld op basis van een formule.²¹⁾ In dit geval niet vastgesteld door de wetgever, maar door verzekeraars en belangenbehartigers.²²⁾ Ten slotte is in Verkeersrecht door Caroline Van Schoubroeck de Belgische Indicatieve Tabel besproken die regelmatig wordt aangepast, ook waar het om de hoogte van de bedragen gaat.²³⁾ Ondertussen zijn bij de aanpassing van de tabel naast rechters ook advocaten, verzekeraars, academici en slachtofferverenigingen betrokken. Van Schoubroeck constateert overigens een 'temperend effect' van de tabel.

Dat de onvrede over de stagnatie in de smartengeldbedragen leidt tot de discussie hoe de vaststelling daarvan dan anders kan en moet, valt toe te juichen. In deze discussie moet echter niet voorbij worden gegaan aan de vraag of deze problematiek niet eenvoudiger en doeltreffender opgelost kan worden door de huidige wijze van vaststelling door gevalsvergelijking anders aan te pakken. De hierboven genoemde Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld ziet daarin, en naar mijn mening terecht, het meeste heil. Ik zal hierna ingaan op de vraag op welke wijze rechtshulpverleners en de rechter binnen het huidige kader een bijdrage kunnen leveren aan de doorbreking van deze impasse. Daarbij ga ik ook in op de meer sturende rol die de Hoge Raad zou kunnen spelen.

5. Doorbreking van de impasse binnen het huidige kader van begroting

5.1. Wat kunnen de advocaat en de (feitelijke) rechter eraan doen?

Hierboven is al aan de orde gekomen de bij rechters wel gehoorde klacht dat de advocaat van de benadeelde te weinig individuele omstandigheden aandraagt; te weinig aandacht vraagt voor de gevolgen van het letsel voor specifiek deze benadeelde. Die informatie biedt voor de rechter immers de mogelijkheid om niet alleen het letsel in ogenschouw te nemen, maar ook de impact daarvan op het leven van het slachtoffer. Te denken valt dan aan de gevolgen van het letsel voor het dagelijks leven van de betrokkene, zoals de duur van de revalidatie, de mate van afhankelijkheid, de gevolgen voor het beoefenen van hobby's, de gevolgen voor mobiliteit, de intensiteit van zijn of haar verdriet en gederfde levensvreugde en de ernst van de pijn. Het gevolg van deze ommissie zou zijn dat de rechter niet anders dan zuinigjes kan zijn in het toekennen van smartengeld. Bovendien sluiten advocaten in hun vordering te vaak aan bij in het verleden toegekende bedragen. In zulke gevallen heeft de feitenrechter geen ruimte om smartengeldbedragen intrinsiek te verhogen. De Waard heeft onlangs opgemerkt dat de Nederlandse rechtspraak voor wat betreft de behandeling van immateriële schade beticht kan worden van intellectuele luiheid: men trekt een nummer-tje uit de bundel en dat was het dan. Maatwerk, zo merkt hij op, is kennelijk te veel gevraagd.²⁴⁾

Hier lijkt dus in de eerste plaats een belangrijke taak weggelegd voor de advocaat van het slachtoffer. Daarbij moet onmiddellijk worden opgemerkt dat de Hoge Raad in het *Coma*-arrest heeft overwogen dat de persoonlijke omstandigheden moeten worden afgeleid uit min of meer objectieve factoren en in rechte vaak niet anders dan zeer globaal kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het smartengeld geabstraheerd moet worden van de concrete beleving van de betrokkene.²⁵⁾ Dit is voor advocaten niet een aanmoediging om alle registers open te trekken. Het is bovendien niet juist, omdat dit alleen opgaat voor bepaalde persoonlijke omstandigheden, zoals de zwaarte van het verdriet, de intensiteit van pijn en het gemis aan levensvreugde.²⁶⁾ De meerderheid van de relevante persoonlijke omstandigheden zijn wel subjectief vaststelbaar. Het door de Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld voorgestane systeem van procesnormering gaat daar ook van uit. Het verlangt van de advocaat dat hij bij de onderbouwing van zijn vordering een lijst van individuele factoren 'afwerkt' die bepalend zijn voor de uiteindelijke vaststelling van het smartengeld. En het vraagt aan de rechter om structureel in vonnissen op te nemen wat de factoren zijn die bepalend zijn geweest voor deze vaststelling.

Dit brengt mij bij de rechter. De bijdrage die de rechter kan leveren aan het doorbreken van de



Sturende rol van de Hoge Raad.



20. J. de Waard, 'Smartengeld Discussie', VR 2012, p. 61.
21. Zie positief, maar ook kritisch, S. den Ouden-Huygen, 'Normering van smartengeld. Hoe begrijpelijk voor het slachtoffer?', VR 1985, p. 9-12. Zij merkt op dat een formule die te veel persoonlijke elementen elimineert, een onbillijke oplossing biedt. In ongeveer dezelfde zin De Bosch Kemper in Smartengeldboek 2009, p. 7, waar hij opmerkt dat de billijkheid zich niet laat normeren.
22. C. Tjibbout, 'Smartengeld; een bespiegeling en een hernieuwde poging tot normering', VR 2012, p. 95-96. Hij is daarin bijgevallen door P. Janssen in diens reactie op de bijdrage van Tjibbout, VR 2012, p. 96-97.
23. C. van Schoubroeck, 'Begroting van morele schade in België', VR 2012, p. 219 e.v.
24. J. de Waard, 'Smartengeld Discussie', VR 2012, p. 453.
25. HR 20 september 2002, NJ 2004/112.
26. Maar ook deze omstandigheden kunnen mogelijk ook 'gepersonaliseerd' onder de aandacht van de rechter worden gebracht. In par. 4 van zijn bijdrage in deze special wijst Van Dijk op de mogelijkheid om het leed te illustreren aan de hand van foto- of videomateriaal. Op die manier is volgens Van Dijk moeilijker aan het leed 'te ontsnappen' dan wanneer enkel een 'droge' beschrijving van de situatie op papier staat.



Het rechtsoordeel is verweven met waarderingen van feitelijke aard.



impasse is om meer dan nu te motiveren hoe specifieke individuele factoren op welke wijze bepalend zijn geweest voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld. Daarbij zal behulpzaam zijn indien de Hoge Raad anders dan nu strengere controle gaat uitoefenen op de motivering door de feitelijke rechter. Ik kom daar hierna op terug. Is verder denkbaar dat de rechter de opgelopen achterstand goedmaakt door de bedragen in één klap te verhogen? Ik heb het al gehad over de Engelse Court of Appeal die in een uitspraak in 2001 de smartengeldbedragen in de hoogste categorieën aanzienlijk verhoogde.²⁷⁾ Is denkbaar dat de Nederlandse rechter een dergelijke stap zet? Dat zou dan de Hoge Raad moeten zijn, omdat alleen een uitspraak van de Hoge Raad bindend is voor de andere – lagere – rechters. Het voordeel daarvan zou ook zijn dat de rechtseenheid daarmee gediend is. De Hoge Raad pleegt echter in zijn arresten over de vaststelling van smartengeld te volstaan met betekenis toe te kennen aan een aantal gezichtspunten, maar houdt afstand waar het gaat om de uiteindelijke bedragen. Kan dat anders?

5.2. Wat kan de Hoge Raad eraan doen?

5.2.1. Strengere controle op de motivering door de feitelijke rechter

De primaire reactie zal zijn dat dat niet anders kan, omdat het cassatiekorset zich daartegen verzet. Het cassatie-instituut, zo valt wel te horen, staat het niet toe dat de Hoge Raad zich zal uitlaten over de door lagere rechters toegewezen bedragen aan smartengeld.²⁸⁾ De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt is ook weinig bemoedigend. In het AMC-arrest merkte de Hoge Raad op dat de hoogte van het toegekende bedrag voor verantwoording van het hof moet blijven.²⁹⁾ Dit lijkt er op te wijzen dat er voor motiveringsklachten weinig ruimte is. Bloembergen acht het onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad zijn controle op dit punt zal verruimen, omdat dit een aanzuigende werking zal hebben op alle zaken betreffende schadebegrotingen en dus de overbelasting van de Hoge Raad zal vergroten.³⁰⁾

Toch kan het heel goed anders. Zo heeft de Hoge Raad in het *Asbest*-arrest zeven gezichtspunten geformuleerd waarvan – zo overweegt de Hoge Raad – de rechter blijk moet geven deze te hebben betrokken in zijn beoordeling van de vraag of de absolute verjaringstermijn van dertig jaar kan worden doorbroken.³¹⁾ Waarom zou de Hoge Raad dan bij de begroting van smartengeld ook niet strakker toe kunnen zien op de motivering door de lagere rechter bij de toepassing van de gezichtspunten? Dat de Hoge Raad om redenen van werklast de handen volledig afhoudt van dit onderwerp, kan toch niet de reden zijn? De feitelijke rechter heeft ingevolge artikel 6:106 BW bij de begroting van schade een grote vrijheid, waardoor zijn oordeel in cassatie beperkt kan worden getoetst. Maar ten minste mag toch verwacht worden dat een motivering voldoende inzicht geeft in de aan de begroting ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen, als voor derden (waaronder de hogere rechter) controleerbaar en aanvaardbaar te maken.³²⁾ Ik realiseer mij dat het resultaat van de hantering

van de verschillende gezichtspunten voor de eindbeslissing niet digitaal toetsbaar is, omdat het niet goed mogelijk is om de relatieve waarde van elk van deze gezichtspunten aan te geven. Dit betekent dat de cassatierechter noodgedwongen terughoudendheid betracht. Maar dat laat onverlet dat de Hoge Raad op de lagere rechter wel een zekere motiveringsplicht kan leggen in die zin dat de rechter in zijn motivering rekenschap aflegt van zijn gedachtegang bij de toepassing van de in een zaak relevante gezichtspunten in relatie tot de omvang van het smartengeldbedrag.^{33), 34)}

Dus ook zonder dat de Hoge Raad zich daadwerkelijk met de hoogte van het bedrag inlaat, kan hij meer sturend optreden door strengere eisen te stellen aan de motiveringsplicht van de feitenrechter. De inzichtelijkheid neemt hierdoor toe, waardoor gevallen ook beter met elkaar vergeleken kunnen worden. De samenstellers van het Smartengeldboek kunnen daardoor meer individuele feiten en omstandigheden in het boek opnemen. Rechts-hulpverleners zijn daardoor weer beter in staat om die specifieke informatie voor het voetlicht te brengen die voor de begroting van belang zijn. De door Van Dam geschetste vicieuze cirkel kan zo doorbroken worden.

5.2.2. Sturing ter zake van de omvang van de bedragen

De opmerking van de Hoge Raad in het AMC-arrest dat de hoogte van het toegekende bedrag voor verantwoording van het hof moet blijven, lijkt er voorts op te wijzen dat de Hoge Raad niet – zoals de Engelse Court of Appeal – bereid is sturend op te treden waar het de daadwerkelijke omvang van de bedragen betreft. Staat het cassatie-instituut aan meer sturing in de weg? Ik herhaal nog eens dat artikel 6:106 BW bepaalt dat nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, naar billijkheid wordt vastgesteld. Een open norm derhalve. Bij dergelijke normen dient de rechter te beslissen met inachtname van alle in het licht van de norm relevante feiten en omstandigheden van het geval. De vaststelling van smartengeld door de rechter is daarom een gemengde beslissing.³⁵⁾ Heersend is de opvatting dat bij deze beslissingen de toetsing door de Hoge Raad beperkt is omdat, anders dan bij zuivere rechtsbeslissingen, het feitelijk oordeel en rechtsoordeel moeilijk te scheiden zijn. Dit omdat het rechtsoordeel verweven is met waarderingen van feitelijke aard.

Omdat de cassatierechtspraak echter ook tot doel heeft de rechtseenheid en de rechtsvorming te bevorderen, wil de Hoge Raad, indien dit in het geding is, gemengde beslissingen nog wel eens volledig toetsen.³⁶⁾ Dit doet hij bijvoorbeeld door het uit open normen afleiden van harde subregels. Denk bijvoorbeeld aan de op de billijkheidsnorm van artikel 6:101 BW gebaseerde 50%-³⁷⁾ en 100%-regel³⁸⁾ in de verkeersaansprakelijkheid. Niet uitgesloten is dus dat de Hoge Raad meer sturend optreedt waar het de omvang van de smartengeldbedragen betreft. Indien de Hoge Raad, gebaseerd op de billijkheidsnorm van artikel 6:101 BW, de 50%- en 100% regel introduceert, is ook denkbaar dat de Hoge Raad, gebaseerd op de billijkheids-norm van

27. *Heil vs. Rankin* [2001] 2 WLR 1173.
28. S.D. Lindenberg 2008, p. 66 en A.R. Bloembergen in zijn noot bij HR 17 november 2000, NJ 2001/215, VR 2001/9 (*Druif/Bouw*).
29. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714, VR 1992/133 (*AMC/O*; hiv-besmetting).
30. A.R. Bloembergen in zijn noot bij HR 17 november 2000, NJ 2001/215, VR 2001/9 (*Druif/Bouw*).
31. HR 28 april 2000, NJ 2000/430, m.nt. ARB onder NJ 2000/431 (*Rouwhof-Eternit Fabrieken BV*).
32. Vgl. HR 4 juni 1993, NJ 1993/659 (*Motiveringseisen in kort geding*).
33. Een voorbeeld kan worden genomen aan Duitsland. Het Bundesgerichtshof verlangt dat de feitenrechter bij de begroting van het smartengeld niet alleen de beslissende feitelijke omstandigheden, maar ook de grondslag van zijn begroting en de uitwerking daarvan duidelijk maakt. Zie nader N. Frenk & C.C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen. Kan de Hoge Raad er wat aan doen?', *NJB* 2012, p. 2820. Van Dijk merkt in par. 3 van zijn bijdrage aan deze special op dat hij het niet noodzakelijk acht dat de Hoge Raad zich op deze wijze intensiever gaat bemoeien met de hoogte van het smartengeld. Niets is wellicht noodzakelijk, maar het zou naar mijn overtuiging zeker helpen. Alle actoren in het smartengeldspel kunnen hier immers een bijdrage aan leveren, dus ook de Hoge Raad.
34. Dat dit voor de rechter niet altijd eenvoudig zal zijn, wordt beschreven door De Groot in haar bijdrage in deze special.
35. Zie hierover vooral Asser-serie *Procesrecht, Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, p. 206-222.
36. Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* (2005), p. 218-219.
37. HR 28 februari 1992, NJ 1993/566, VR 1992/93 (*IZA/Vreink*).
38. HR 1 juni 1990, NJ 1991/720, VR 1990/174 (*Ingrid Kolkman*) en HR 31 mei 1991, NJ 1991/721 (*Marbeth van Uitregt*).

artikel 6:106 BW, met harde deelregels komt.

De wijze waarop de Hoge Raad dat dan doet is minder van belang. A-G Spier heeft al eens gesuggerd dat de Hoge Raad in een obiter dictum aanwijzingen geeft voor in de toekomst wenselijk te achten bedragen.³⁹⁾ Denkbaar is ook dat in een reeks zaken die gezamenlijk worden behandeld en waarin de ernst van het letsel telkens varieert, de Hoge Raad in elke zaak een bandbreedte formuleert. Dit vereist vanzelfsprekend coördinatie, zodat een dergelijke reeks van zaken ook gezamenlijk aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Wellicht dat die coördinatie eenvoudiger te bereiken is met de onlangs geïntroduceerde prejudiciële procedure of met het al lang bestaande instituut 'cassatie in het belang der wet'.

6. Afronding

Dat de Hoge Raad deze stap zal zetten, is wellicht een brug te ver. Zoals hiervoor is aangegeven kan sturing door de Hoge Raad echter ook plaatsvinden door strengere eisen te stellen aan de motiveringsplicht van de feitenrechter.⁴⁰⁾ De bijdrage die de feitelijke rechter kan leveren aan het doorbreken van de impasse is immers om meer dan nu gebruikelijk is te motiveren hoe specifieke individuele factoren bepalend zijn geweest voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld. De inzichtelijkheid neemt hiermee toe, waardoor gevallen ook beter met elkaar vergeleken kunnen worden. Rechtshulpverleners zijn daardoor weer beter in staat om die specifieke informatie voor het voetlicht te brengen die voor de begroting van belang zijn.

Dit vergt wel, en dat is hierboven nog niet aan de orde gekomen, dat de smartengeldvordering bij de schadebegroting niet langer een sluitpost is. Dat dit zo is, is begrijpelijk, enerzijds omdat het zo als smeerolie voor de schaderegeling kan fungeren, anderzijds omdat het een lastig calculeerbare schadepost is. Daarmee wordt echter geen recht gedaan aan de persoonlijke belangen van slachtoffers die bij een adequate vaststelling gebaat zijn. Smartengeld is voor vele slachtoffers emotioneel de meest beladen schadepost. Geertruid van Wassenauer heeft opgemerkt dat zij in haar praktijk heeft ervaren dat slachtoffers zich niet zelden soepel opstellen daar waar het gaat om het incasseren van tegenvallers bij de vergoeding van hun materiële schadeposten, maar dat het veel moeilijker en belastend is om een laag bedrag aan smartengeld te moeten aanvaarden.⁴¹⁾ Dit duidt temeer op de noodzaak van een meer serieuzere vaststelling en afwikkeling van deze schadepost dan thans de praktijk is.



*De Hoge Raad
zou strengere eisen
kunnen stellen aan
de motiverings-
plicht van de
feitenrechter.*



39. In zijn conclusie voor HR 17 november 2000, NJ 2001/215, VR 2001/9 (*Druijff/Bouw*).

40. Buiten beschouwing laat ik hier de bijdrage die de Hoge Raad zou kunnen leveren door het introduceren van een nieuw gezichtspunt, te weten 'dat de feitenrechter zich rekenschap dient te geven van wijzigende maatschappelijke opvattingen over wat een passende vergoeding is'. Zie Frenk & Van Dam 2012, p. 2820.

41. G.M. van Wassenauer, 'Smartengeld, een pleister op de wonde?', in: Smartengeldboek 2012, p. 13.