

182 Wettelijke rente over smartengeld

Pleidooi voor een consistent uitgangspunt

Mr. dr. M.R. Hebly *

1. Inleiding

In deze bijdrage wordt bepleit dat de vaststelling van smartengeld wegens letsel steeds zou moeten geschieden naar het moment waarop de waardering plaatsvindt: de op dat moment bekende en verwachte feitelijke ontwikkelingen en de dan geldende billijkheidsmaatstaven zijn beslissend, en vanaf dat moment moet de wettelijke rente lopen. Eerst worden de lijnen van het geldende recht geschetst met betrekking tot de vaststelling van smartengeld in geval van letsel, waarna een pleidooi volgt voor een meer consistent uitgangspunt.

* Universitair docent bij de sectie Burgerlijk recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze bijdrage bouwt in belangrijke mate voort op zijn proefschrift *Schadevaststelling en tijd* (Den Haag: Boom juridisch 2019), waarin de rol van de factor tijd bij vaststelling van schade centraal staat. Met dank aan Janou Kempkes voor onderzoeksassistentie ten behoeve van dit artikel.

2. Smartengeld wegens letsel

2.1. Vaststelling ander nadeel dan vermogensschade

Schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat niet slechts in vermogensschade maar, voor zover de wet op vergoeding daarvan uitdrukkelijk recht geeft, ook in 'ander nadeel' (art. 6:95 lid 1 BW). Ander nadeel dan vermogensschade komt in een beperkt aantal categorieën voor vergoeding in aanmerking. Immateriële schade voortvloeiend uit letsel vormt in de praktijk de belangrijkste categorie. De voornaamste bepaling waarin een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade ligt verankerd is art. 6:106 BW; voor de rechtspraak is met name het bepaalde in sub b van belang.¹⁾ Hierin worden verschillende typen persoonsaantastingen genoemd: lichamenletsel, schending van eer en goede naam en aantasting in de persoon 'op andere wijze'. Geestelijk letsel kan worden geschaard onder de laatstgenoemde categorie, die een meer open karakter draagt. Aan de vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade in geval van letsel komt in ieder geval een tweeledige functie toe: zij heeft een zekere compensatiefunctie en kan ook bijdragen aan genoegdoening.²⁾

De vergoeding van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, wordt krachtens art. 6:106 BW vastgesteld 'naar billijkheid'. Bij de waardering is de feitenrechter volgens de Hoge Raad in hoge

mate vrij.³⁾ De Hoge Raad toetst of de feitenrechter het begrip schade juist (of althans niet onjuist) hanteert, door toe te zien of de rechter de voor de vaststelling van het smartengeld relevante factoren aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. De rechter is dus in hoge mate vrij in de vraag *hoe*, maar niet geheel met betrekking tot de vraag *wat* hij waardeert.⁴⁾ In lijn met de – leidende – compensatiegedachte staat in geval van letsel primair de omvang van het immateriële nadeel centraal, reden waarom in het bijzonder betekenis wordt toegekend aan de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.⁵⁾ Bij de vaststelling van het smartengeld dient de rechter weliswaar rekening te houden met alle omstandigheden, maar in een paar arresten heeft de Hoge Raad inmiddels gewezen op omstandigheden die in geval van letsel met name van belang zijn, te weten 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. Daarnaast zal de rechter rekening moeten houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde. De rechter dient bij zijn begroting tevens te letten op (de maximaal toegekende) bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, waarbij hij de sinds de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaardiging in aanmerking moet nemen.⁶⁾

Omdat voor de vergoeding van ander *nadeel* wegens letsel vooral de omvang van het imma-

1. S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 273.
2. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 377. Zie ook T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018/247, S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 5 e.v. en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 387. Zie ook de tamelijk uitvoerige overwegingen in Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, JA 2013/54 m.nt. M.S.E. van Beurden, r.o. 4.13 e.v.
3. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druifff/Bouw*), r.o. 3.2.
4. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 69.
5. Vgl. T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018/249.
6. Zie HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*), r.o. 3.3, HR 17 novem-

wegens letsel

teriële nadeel maatgevend is, moet voor de vaststelling van het smartengeld in kaart worden gebracht welke nadelige gevolgen het letsel heeft voor de benadeelde. De gevolgen van het letsel – die fungeren als factoren waaruit in meer objectieve zin de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn en het gemis aan levensvreugde kunnen worden afgeleid⁷⁾ – ontvouwen zich gaandeweg naarmate de tijd verstrijkt.⁸⁾ Immateriële schade wegens letsel moet dan ook worden geacht per saldo toe te nemen naarmate de feitelijke gevolgen van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis zich met de tijd ontvouwen. Lichamelijk of geestelijk letsel kan tenslotte langere tijd van invloed zijn op het leven van de benadeelde of zelfs een blijvend karakter hebben. Wanneer ander nadeel dan vermogensschade wordt opgevat als vermindering van welzijn of wordt gevat in begrippen als pijn, verdriet en gederfde levensvreugde, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat de schade doorgaans niet op een enkel moment maar gedurende een langere periode wordt geleden.⁹⁾ In zoverre is immateriële schade dus te zien als ‘duurschade’: in het algemeen is sprake van een bepaalde ‘schadebron’ – het veroorzaakte letsel – waaruit gedurende een kortere of langere periode nadelen voortvloeien. Het nadeel groeit aldus deel voor deel aan.¹⁰⁾

Een en ander betekent dat immateriële schade dus ook als toekomstige schade moet worden aangemerkt voor zover de ‘schadeperiode’ zich uitstrekt tot voorbij het moment waarop de rechter oordeelt.¹¹⁾ In de praktijk pleegt men dan ook vergoeding te vorderen van ‘geleden en nog te lijden immateriële schade’, en moet uit inmiddels opgekomen feiten en omstandigheden worden afgeleid wat de omvang is van zowel het reeds ingetreden als het (op het vaststellingsmoment nog) toekomstige nadeel.¹²⁾ Het bepaalde in art. 6:105 BW gaat hier in beginsel op. Dat betekent dat de rechter de vrijheid heeft om de schuldenaar te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens ter zake van toekomstige immateriële schade, dan wel tot het doen van periodieke uitkeringen. In de praktijk geschiedt de begroting van immateriële schade doorgaans evenwel in de vorm van een som ineens. Dat de rechter de schuldenaar kan veroordelen tot betaling van een bedrag ineens

ter zake van toekomstige immateriële schade betekent dat hij rekening zou kunnen houden met elementen als rendement op de ‘vergoeding bij voorbaat’, inflatie, sterftekans etc. Hoewel in theorie inderdaad de in de toekomst te lijden immateriële schade terug te voeren is op afzonderlijke elementen en tijdvakken, en deze zich dus ‘per deel’ laat schatten, is een dergelijke ‘kapitalisatie van verdriet’ in de praktijk niet gebruikelijk.¹³⁾ Het zou namelijk gaan om verfijningen wat betreft de berekeningsmethode, terwijl het smartengeld uiteindelijk ‘meer ruwweg naar billijkheid’ wordt vastgesteld.¹⁴⁾

2.2. ‘Ontstaansmoment’ en wettelijke rente; hybriditeit

De vraag rijst in hoeverre het voorgaande beeld – ander nadeel wegens letsel ontvouwt zich gaandeweg met het verstrijken van de tijd en is in zoverre duurschade, maar wordt vrijwel altijd vergoed in de vorm van een som ineens – te rijmen is met de wijze waarop aan immateriële schade wegens letsel een ‘ontstaansmoment’ wordt toegekend. Dat moment lijkt in elk geval voor twee kwesties van betekenis: die van de wettelijke rente en die van de verjaring.¹⁵⁾

Over de kwestie van de verjaring van de aanspraak op smartengeld zal ik hier – betrekkelijk – kort zijn. In het kader van art. 3:310 BW draait het namelijk niet om het ‘ontstaansmoment’, maar om de vraag wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden.¹⁶⁾ Dat was anders naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht: de verjaring van een rechtsvordering tot vergoeding van schade op grond van onrechtmatige daad begon toen te lopen op het tijdstip waarop de schade is geleden. In dat verband had te gelden dat de immateriële schade is geleden op het tijdstip waarop de onrechtmatige daad is gepleegd, waaraan volgens de Hoge Raad niet afdeed dat sprake is van ‘doorlopende schade’, in die zin dat leed en verdriet voortduren. Volgens de Hoge Raad ging het namelijk om ‘afzonderlijke elementen van de schade die in haar geheel bestaat in de door de onrechtmatige daad veroorzaakte lichamelijke toestand’.¹⁷⁾ Naar huidig recht draait het, zoals gezegd, evenwel om het moment waarop de benadeelde zowel met ‘de schade’ als met de daarvoor

- ber 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/Bouw*), r.o. 3.2, HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2117, NJ 2010/61 m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful birth II*), r.o. 5.3 en HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma-arrest*), r.o. 3.5.
7. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/Bouw*) en S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015/28.
 8. M.R. Hebly, ‘Begroting van immateriële schade: over de betekenis van de duur van het lijden bij blijvend en bij dodelijk letsel’, *TVP* 2019-2, p. 27.
 9. Vgl. concl. A-G Hartkamp bij HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*) en S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 230.
 10. Over het begrip ‘duurschade’ uitvoering M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 55-57.
 11. Concl. A-G Hartkamp bij HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*), S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 230 en M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 203.
 12. Bijv. uitdrukkelijk HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.18: ‘De rechter dient alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen, waaronder in elk geval de wijze waarop Kelly zich inmiddels heeft ontwikkeld.’
 13. In die zin bijv. uitdrukkelijk Rb. Overijssel 23 februari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:944, JA 2015/68 m.nt. M.S.E. van Beurden, r.o. 4.8.
 14. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 230-231.
 15. Zie voor meer aspecten van het ontstaansmoment van schade S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014, nr. 35.
 16. Voor schade door letsel of overlijden geldt op grond van art. 3:310 lid 5 BW alleen de korte verjaringstermijn. De bepaling is overigens niet van toepassing indien de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór 1 februari 2004 heeft plaatsgevonden (art. 119b OBW). Dit betekent dat de ‘materiele inwerkingtreding’ plaatsvindt op 1 februari 2034.
 17. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3686, NJ 2001/655, r.o. 3.3.



Wettelijke rente over immateriële schade vormt hybride figuur.



aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dat lijkt (meer) ruimte te laten om het begrip schade in de zin van titel 3.11 BW, waarin het tenslotte gaat om verjaring van rechtsvorderingen, anders uit te leggen dan het begrip schade in de zin van afdeling 6.1.10 BW, namelijk door bekendheid met ‘de schade’ te veronderstellen op het moment waarop de feitelijke schadebron – de lichamelijke of geestelijke toestand waaruit vermogensschade en ander nadeel voortvloeit – ontstaat.¹⁸⁾

Dan de wettelijke rente. Bezien vanuit tijdspectief vormt de immateriële schade op dit punt een hybride figuur: waar de rechter alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn *beoordeling* dient mee te wegen, wordt de (gehele) schade geacht te zijn geleden op het – dikwijls veel eerder gelegen – moment van het ongeval. Men pleegt in de praktijk althans aan te nemen dat de schuldenaar reeds per dat moment wettelijke rente verschuldigd was over het vastgestelde bedrag aan smartengeld.¹⁹⁾ Een en ander wordt afgeleid uit overwegingen van de Hoge Raad in het *Eerste peildatum*-arrest ten aanzien van een door rechtbank (in 1991) toegewezen bedrag van f 50 000 aan smartengeld, in verband met een auto-ongeval (in 1978):

‘Dit bedrag betreft schade die geacht moet worden terstond bij het ongeval te zijn ontstaan, nu de rechtbank te Haarlem op dit punt geen oordeel heeft gegeven en in het onderhavige geding door de advocaten deze zienswijze voor wat betreft de immateriële schade niet is betwist. Derhalve dient over een bedrag van f 50 000 rente vanaf 1 december 1978 te worden vergoed.’²⁰⁾

Onder art. 1286 BW (oud) was verzuim overigens niet voldoende voor een aanspraak op wettelijke rente en was deze pas verschuldigd vanaf het bij dagvaarding instellen van een daartoe strekkende vordering, of indien eerder, de aanzegging van de wettelijke rente aan de schuldenaar. Naar huidig recht komt het aan op het moment waarop de schade ‘moet worden geacht te zijn geleden’ – op dat moment wordt de vergoeding opeisbaar en is sprake is van verzuim –, in welk kader de *wijze van begroting* van betekenis is.²¹⁾ Dit uitgangspunt is mijns inziens dogmatisch onzuiver – het moment waarop schade wordt geleden hangt primair samen met de inhoud van het begrip schade²²⁾ en betreft daarom in de eerste plaats een *rechtsvraag*²³⁾ – en leidt tot (onnodige) onzekerheid en verwarring, onder meer waar het gaat om de zogenoemde ‘abstracte begroting’ en op het punt van de kapitalisatie van ‘toekomstige’ schade.²⁴⁾ Ook in het kader van de immateriële schade wordt aangenomen dat de wijze van begroting bepaalt op welk moment de schade moet worden geacht te zijn geleden. Meer concreet houdt dat in dat de rechter de ‘peildatum’ zou kunnen stellen op het moment van de begroting dan wel op het moment van de schadetoebrengende gebeurtenis.²⁵⁾

Lindenbergh wijst erop dat deze keuze voor het moment waarnaar de omvang van het smarten

geld wordt begroot niet alleen relevant is voor de looptijd van de wettelijke rente, maar ook voor de toetsing aan vergelijkbare gevallen. Wordt uitgegaan van de fictie dat de (gehele) schade ontstaat op het moment van het ongeval, dan dient volgens hem de omvang van de smart naar de maatstaven van dat moment te worden gewaardeerd. Wordt daarentegen uitgegaan van een waardering tegen het moment van begroting, dan zou vanaf dat moment de wettelijke rente (pas) moeten gaan lopen.²⁶⁾ Die analyse lijkt mij in die zin juist, dat een stijgend ‘smartengeldniveau’ inderdaad mede kan worden verklaard door algemene geldontwaarding. Wanneer men uitgaat van de gedachte dat de immateriële schade geheel wordt geleden op het moment van het ongeval, en het nadeel ook naar maatstaven van dat moment wordt gewaardeerd, dan voorziet de wettelijke rente mede in een vorm van compensatie voor nadien opgetreden inflatie. Men loopt inderdaad het risico van een dubbele correctie voor inflatie wanneer de huidige, geïndexeerde bedragen tot uitgangspunt worden genomen – de gecatalogiseerde smartengeldbedragen zijn veelal reeds gecorrigeerd voor inflatie – en daarop gebaseerde bedragen worden vermeerderd met wettelijke rente per datum ongeval.²⁷⁾ Maar ook wanneer men zich rekenschap geeft van dit risico, blijft de benadering van immateriële schade ‘hybride’ in die zin dat het smartengeld mede wordt vastgesteld op basis van *gevolgen* die zich op het moment van het ongeval nog niet, maar ten tijde van de schadevaststelling wel hebben ontvouwd (en daarna nog worden verwacht). Anders gezegd: ook voor zover men ten aanzien van het moment waarop de schade wordt geacht te zijn geleden en wat betreft de begrotingsmaatstaven zou uitgaan van het moment van het ongeval, moeten nog altijd gebeurtenissen van na dat moment bij de begroting in ogenschouw worden genomen.²⁸⁾ De immateriële schade wordt in die zin immers niet *ex ante* begroot.

3. Pleidooi voor een consistent uitgangspunt

3.1. Het recht is inconsistent

Het zou mijn voorkeur hebben wanneer een principiële keuze wordt gemaakt voor een vaststelling van het smartengeld naar het moment van de rechterlijke beslissing, waarbij dat moment in *alle opzichten* als beslissend heeft te gelden, dus voor wat betreft de looptijd van de wettelijke rente, de maatstaven ter vaststelling van het smartengeld en de feiten en omstandigheden die de rechter bij zijn waardering betreft. Ik zie hiervoor een aantal argumenten. Ten eerste is de hybride benadering, zoals hiervoor geschetst, inconsistent: de rechter dient immers alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen. Ik zie geen goede reden waarom de rechter dan de

18. Vgl. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 310. Zie over het gebruik van het begrip ‘schade’ op verschillende niveaus (namelijk ten aanzien van de gebeurtenis, de feitelijke gevolgen en het resultaat van hypothetische vergelijking) T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schade, causaliteit, en schadebegroting’, *WPNR* 2016/7108, p. 383-387 en dezelfde, ‘Schadebegroting, verlies van een kans, en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/1605, afl. 31, p. 2239-2244.
19. S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 50 en S.D. Lindenbergh, in: GS *Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 4.5.
20. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, *NJ* 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (*Eerste peildatum-arrest*), r.o. 3.11.
21. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 458 en 475 en HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, *NJ* 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (*Eerste peildatum-arrest*), r.o. 3.8.
22. M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69-71.
23. Vgl. concl. wnd. A-G Bloembergen bij HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, *NJ* 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (*Eerste peildatum-arrest*), nr. 2.10.
24. Zie M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 92 e.v. en p. 147-150.
25. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014, nr. 49.
26. S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld en wettelijke rente’, *A&V* 2000-6, p. 137. Complicerend in dit verband is overigens dat uit de gepubliceerde uitspraken in de Smartengeldgids niet steeds duidelijk naar voren komt welk ‘meetmoment’ is gekozen, zie G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 135.
27. Vgl. Rb. Midden-Nederland 21 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1834.
28. Vgl. H.A. Bouman, ‘De ivoren raadkamer’, HR 17 oktober 1997, *VR* 1998-1, p. 8.

vrijheid moet hebben om te 'schuiven met de peildatum' en dus met het ingangsmoment van de wettelijke rente. De door mij voorgestelde benadering lost bovendien complicaties op die kunnen optreden wanneer het ingangsmoment van de wettelijke rente zich niet goed laat bepalen omdat de schadeveroorzakende 'gebeurtenis' niet op een enkel moment plaatsvindt maar een langere tijdsperiode beslaat, zoals het geval kan zijn bij langdurig seksueel misbruik²⁹⁾ of regelmatige mishandeling.³⁰⁾

3.2. Geen rechtvaardiging voor aanzienlijke rentesommen

Ten tweede leidt de hybride benadering ertoe dat het slachtoffer dikwijls aanspraak heeft op een aanzienlijke rentesom over het (volledige) bedrag aan smartengeld, waarvoor ik geen directe rechtvaardiging zie. Weliswaar had het slachtoffer een zeker rendement over het gehele smartengeldbedrag kunnen genieten als dat onmiddellijk was uitgekeerd, maar indachtig het idee dat het doorgaans gaat om nadeel dat (groten)deels wordt geleden over een (soms lange) periode na het ongeval zie ik geen reden waarom de benadeelde over de gehele 'vergoeding bij voorbaat' rendement zou toekomen onmiddellijk vanaf het moment van het ongeval. Voor zover de benadeelde nadeel zou kunnen ondervinden doordat de uiteindelijke vaststelling van het smartengeld lang op zich laat wachten en de aansprakelijke die vertraging kan worden verweten, kan dat onder omstandigheden mijns inziens het beste worden gesanctioneerd aan de hand van het leerstuk van de schadevergoeding wegens onrechtmatige schadeafwikkeling.³¹⁾

3.3. Verbintenis tot betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom

Ten derde wordt, wanneer men met mij aanneemt dat de aanspraak op smartengeld ziet op de betaling van een *rekenkundig onbepaalde* geldsom, een eventuele correctie voor inflatie 'concreet' in de waardering door de rechter inbegrepen. Nu het gaat om schade die niet bestaat in vermogensschade maar die niettemin in geld wordt vergoed (art. 6:103 BW), is sprake van een verbintenis tot betaling van een geldsom waarvan de omvang niet eerder komt vast te staan dan het moment waarop de rechter deze naar billijkheid vaststelt (art. 6:106 BW). Eerst door de rechterlijke waardering van het geleden (en nog te lijden) nadeel wordt de omvang vastgesteld van het door de aansprakelijke te betalen smartengeldbedrag; de aansprakelijke kan zich pas van zijn verbintenis kwijten vanaf het moment waarop de verbintenis is 'omgezet' in een verbintenis tot betaling van een rekenkundig bepaalde geldsom. Dat de aansprakelijke van meet af aan in verzuim zou zijn, spreekt daarom niet aan. Eerst vanaf het moment waarop het smartengeld door de rechter naar billijkheid is vastgesteld, zou de benadeelde naar mijn mening dus pas aanspraak moeten hebben op

wettelijke rente over dat bedrag. De rol van het nominaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 6:111 BW, is een andere bij verbintenissen tot betaling van een geldsom waarbij geld wel *in obligatione* maar nog niet *in computatione* is, oftewel verbintenissen die wel naar aard maar (nog) niet naar omvang in geld zijn uitgedrukt.³²⁾ Een en ander kan overigens anders liggen ten aanzien van vorderingen zoals die tot vergoeding van affectieschade (ex art. 6:107 lid 1 sub b of art. 6:108 lid 3 BW), die zien op verbintenissen tot betaling van een bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld bedrag en die in zoverre wat betreft hun *omvang* aan het billijkheidsoordeel van de rechter zijn onttrokken.

3.4. De aansprakelijke heeft geen redelijke mogelijkheid tot directe voldoening

Ten vierde biedt het huidige systeem de schuldenaar geen redelijke mogelijkheid de verbintenis tot schadevergoeding terstond of althans vrijwel direct te voldoen: hij kan zich, zoals gezegd, pas van zijn verbintenis kwijten vanaf het moment waarop deze is overgegaan van rekenkundig onbepaald in rekenkundig bepaald. Worden ten behoeve van een meer precieze vaststelling ontwikkelingen van later datum afgewacht, zoals het verloop van het herstel van het slachtoffer, dan moet de aansprakelijke daar niet zonder meer op worden 'afgerekend' via de wettelijke rente. Denkbaar – en bij mijn weten in de praktijk niet ongebruikelijk – is dat de aansprakelijke (verzekeraar) 'voorschotten' uitkeert op het uiteindelijke bedrag aan smartengeld, mede met het doel wettelijke rente te ontlopen.³³⁾ Daarmee kunnen in het concrete geval wel allerlei vragen rijzen op het punt van de verrekening met het uiteindelijke totaalbedrag en indexering in verband met tussentijdse geldontwaarding. Ook is weinig aantrekkelijk dat bij langer tijdsverloop discussie ontstaat over de vraag of het smartengeld naar 'normen van toen' of 'normen van nu' moet worden vastgesteld.

Illustratief op dit punt is een zaak waarin het draait om een mislukte besnijdenis in 2001 van een jongetje van destijds twee jaar. De niet goed verlopen ingreep leidde tot gedeeltelijke amputatie van zijn penis. In de jaren die volgden heeft de jongen diverse operaties ondergaan ter voorbereiding op een latere reconstructie. Het ziekenhuis heeft aansprakelijkheid erkend en partijen zijn overeengekomen dat de schade pas definitief wordt begroot en vergoed wanneer de laatste medische ingreep is geweest en wanneer het slachtoffer volwassen is. Wel keert het ziekenhuis verschillende bedragen uit, onder meer ter zake van immateriële schade. In 2018 verzoekt het slachtoffer de rechtbank in deelgeschil het smartengeld definitief vast te stellen op 125.000 euro, uitgaande van een begroting 'naar normen van nu'. Volgens het ziekenhuis dient evenwel de omvang van de immateriële schade te worden bepaald naar het moment waarop het letsel is toegebracht (in 2001) en is bovendien een deel van de immateriële schade reeds in een eerder



Nadeel dat wordt geleden over een (lange) tijdsperiode.



29. Zie bijv. Rb. Gelderland 14 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5524, Hof Den Bosch 25 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3326 en Hof Amsterdam 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4200, JA 2011/171. Het Hof Arnhem-Leeuwarden ging in een zaak over meermalig seksueel misbruik over tot veroordeling 'ex aequo et bono' van € 15.000 aan wettelijke rente over het smartengeld omdat de schade 'op meerdere tijdstippen in die periode is ontstaan, respectievelijk is vergroot'. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 6 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5859, r.o. 4.6.
30. In een dergelijk geval sloot bijv. de Rechtbank Gelderland voor de ingangsdatum van de wettelijke rente aan bij een moment in het midden van de periode waarbinnen de mishandelingen hebben plaatsgevonden. Zie Rb. Gelderland 9 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2398, NJFS 2014/138.
31. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10759, VR 2019/104, r.o. 4.31-4.33.
32. W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, p. 117. Zie over de betekenis van het nominaliteitsbeginsel in het schadevergoedingsrecht M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 36-39.
33. Vgl. Rb. Middelburg 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9224, JA 2010/44, r.o. 4.5: omdat een deel van het smartengeld reeds is betaald, wordt de wettelijke rente over het resterende deel berekend vanaf de datum van dagvaarding.



Immateriële schade ex ante of ex post begroten?



stadium vergoed. Daarom zou geen ruimte bestaan voor een hoger bedrag aan smartengeld vanwege de inmiddels veranderde opvattingen ten aanzien van het 'smartengeldniveau' in Nederland. De rechtbank overweegt:

'Volgens [verzoeker] dient het smartengeld te worden begroot naar de normen van nu, volgens het Ziekenhuis naar de normen van 2001. De mislukte besnijdenis heeft in 2001 plaatsgevonden. In beginsel ligt het dan in de rede het smartengeld te begroten naar de normen van destijds. In deze zaak was de omvang van de immateriële schade op dat moment echter op geen enkele manier in te schatten. Het was toen immers volstrekt ongewis hoe één en ander zich bij [verzoeker] fysiek en emotioneel zou gaan ontwikkelen. Omdat hierover nu veel meer duidelijkheid is verkregen, kan daar bij de begroting van het smartengeld rekening mee worden gehouden. Het is immers bekend wat in de tussentijdse periode op dit vlak heeft plaatsgevonden [cursiveringen MRH] en wat de toekomst betreft zijn partijen het erover eens dat ervan mag worden uitgegaan dat geen verbetering in de situatie optreedt. Onder deze omstandigheden ligt het dan meer voor de hand om het smartengeld naar de huidige normen te begroten.'³⁴⁾

De overwegingen van de rechtbank suggereren dat de immateriële schade in beginsel *ex ante* zou moeten worden begroot, maar dat – bij wijze van uitzondering – een *ex post* benadering moet worden gehanteerd wanneer ten tijde van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis 'volstrekt ongewis' is hoe zich een en ander zal ontwikkelen en hierover ten tijde van de latere waardering meer duidelijkheid bestaat. De rechtbank begroot de immateriële schade op 110.000 euro, maar houdt vervolgens rekening met hetgeen door het ziekenhuis in een eerder stadium aan het slachtoffer is uitgekeerd. Dat leidt tot een vrij ingewikkelde berekening, doordat het in 2002 uitgekeerde bedrag naar het oordeel van de rechtbank moet worden geïndexeerd. Zij zoekt daarvoor aansluiting bij het Smartengeldboek: 'Alvorens het reeds betaalde smartengeld van € 28.500,00 op het totaal aan immateriële schadevergoeding in mindering kan worden gebracht, dient dit bedrag naar het oordeel van de rechtbank te worden geïndexeerd. Ten aanzien van het op 24 december 2002 betaalde bedrag van € 25.000,00 zoekt de rechtbank daarvoor aansluiting bij nummer 567 van de Smartengeldgids 2018 waarin een op 27 september 2002 toegewezen smartengeld van € 27.227,00 geïndexeerd neerkomt op een bedrag van € 34.304,00. Toegepast op het bedrag van € 25.000 komt dit neer op een bedrag van (afgerond) € 31.500,00. De indexering van het in mei 2017 betaalde (relatief geringe) bedrag van € 3.500,00 zal de rechtbank om pragmatische redenen achterwege laten. Dit betekent dat er – na indexatie – als reeds betaald smartengeld een bedrag van € 35.000,00 op het totale smartengeld van € 110.000,00 in mindering dient te worden

gebracht. Er komt dus nog een bedrag van € 75.000,00 aan immateriële schadevergoeding voor toewijzing in aanmerking.'³⁵⁾

De uitspraak van de rechtbank is illustratief voor de tijdscomplicaties bij vaststelling van smartengeld (en het aspect van de wettelijke rente komt hier nog niet eens aan de orde). Indexatie aan de hand van de smartengeldgids lijkt hier weliswaar te verdedigen vanuit praktisch oogpunt, maar de dogmatische inpassing is lastig. In het midden blijft immers of het in 2002 betaalde bedrag moet worden gezien als een *voortuitbetaling* dan wel (mede) als een vergoeding *achteraf* ten aanzien van de op dat moment reeds ingetreden schade. Anders gezegd: onduidelijk blijft *per wanneer* aanspraak bestaat op betaling van *welk bedrag* aan smartengeld. Dat heeft te maken met het hybride karakter van immateriële schade op dit punt: zij pleegt niet deel voor deel naar verschillende tijdvakken of momenten te worden gewaardeerd, zoals dat gebeurt bij vermogensschade, maar in haar geheel naar een enkel moment en resulterend in een totaalbedrag.

3.5. Vaststelling naar billijkheid impliceert actuele begrotingsmaatstaven

Ten vijfde zou men kunnen zeggen dat in de opdracht die de rechter heeft om ten aanzien van immateriële schade een vergoeding *naar billijkheid* vast te stellen, besloten ligt dat het smartengeld moet worden begroot naar de maatstaven die gelden ten tijde van zijn (billijkheids)oordeel. Dat relateert aan de meer algemene ontwikkeling dat breed overeenstemming lijkt te bestaan over de wenselijkheid van een verhoging van het algemene smartengeldpeil, althans dat vrij algemeen wordt onderschreven dat wat in Nederland wordt toegewezen in omvang achterblijft bij ons omringende landen, waar doorgaans een zekere stijging is waar te nemen.³⁶⁾

Rechts (b)lijken zich die kritiek aan te trekken.³⁷⁾ Zo 'doorbrak' de Rechtbank Gelderland in november 2015 de lange tijd bestaande 'bovengrens' van € 150.000 door een bedrag van € 200.000 toe te kennen aan een man die letsel opliep door brandstichting in zijn woning met molotovcocktails.³⁸⁾ Datzelfde bedrag werd door de Rechtbank Rotterdam in maart 2017 toegewezen aan een slachtoffer van een medische fout.³⁹⁾ Ten tijde van dit schrijven staat het toegewezen 'recordbedrag' op € 250.000. Het gaat in de betreffende (straf)zaak om de ernstige gevolgen van excessief geweld, waarbij het slachtoffer ernstige hersenbeschadiging heeft opgelopen en ter zake waarvan de dader door het hof wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf jaar wegens poging tot doodslag. Het slachtoffer loopt ernstige hersenbeschadiging op en verkeert in een continue staat van verlaagd of minimaal bewustzijn. Naar de inschatting van artsen zal hij altijd in vegetatieve toestand blijven. Het hof wijst € 250.000

34. Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461, r.o. 4.15.
35. Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461, r.o. 4.19.
36. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75 e.v., T. Hartlief, 'Een steen in stilstand water', *NJB* 2014/1723, C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld, Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelinen en Duitse grondrechten', *VR* 2013/93, N. Frenk, 'De waarde van smartengeld. Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', *VR* 2013/92, S.D. Lindenbergh, 'De waarde van smartengeld', *VR* 2013/97 en J.F. Roth, 'Smartengeld: naar een hogere vergoeding', *L&S* 2015-4, p. 3-4.
37. Zie o.m. Rb. Oost-Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, *JA* 2014/115, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3369, *NJF* 2014/115, Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, *RAV* 2014/92 en Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461, r.o. 4.15.
38. Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6968, *JA* 2016/10 m.nt. M.E. Franke.
39. Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, *JA* 2017/84.

aan smartengeld toe, vermeerderd met wettelijke rente vanaf datum delict, hetgeen neerkomt op rente over de periode van 11 november 2015 tot voorbij medio maart 2018.⁴⁰⁾ Het blijft speculeren of het smartengeld ook reeds 'naar maatstaven van 2015' op dit bedrag was vastgesteld; in elk geval wordt het 'nieuwe' recordbedrag hier ook nog vermeerderd met een aanzienlijk bedrag aan wettelijke rente.⁴¹⁾

Het wekt weinig verbazing dat de stijging van het algemene smartengeldpeil druk zet op de kwestie van de wettelijke rente. Tekenend is een uitspraak van de Rechtbank Gelderland. In 2008 vindt een verkeersongeval plaats, als gevolg waarvan het slachtoffer een complete dwarslaesie oploopt en volledig rolstoelafhankelijk raakt. Discussie ontstaat over de 'peildatum' voor de vaststelling van het smartengeld en over de vraag of de aansprakelijke wettelijke rente is verschuldigd. Daarbij speelt mee dat in het kader van de gevalsvergelijking enerzijds wordt gewezen op een zaak die betrekking heeft op een ongeval dat plaatsvond in 1996 en anderzijds op de veranderende opvattingen met betrekking tot de waardering van immateriële schade. In de overwegingen van de rechtbank herkent men duidelijk het hybride karakter van de immateriële schade:

'De rechtbank overweegt daartoe dat uitgangspunt voor haar beoordeling is dat immateriële schade wordt geleden op het moment van het ongeval (...). De rechtbank overweegt daarbij dat bij de begroting van de hoogte van het smartengeld immers met name de aard en de ernst van het letsel een rol speelt, welke factoren zich in beginsel ten tijde van dan wel kort na het ongeval zullen manifesteren. Dat is in deze zaak niet anders. Bovendien is er in het geval van immateriële schade, anders dan in het geval van vermogensschade, geen sprake van kapitalisatie van de schade die eerst in de toekomst daadwerkelijk zal worden geleden. Daaraan doet niet af dat sprake is van een doorlopende schade, in die zin dat leed en verdriet voortduren. Het gaat immers om afzonderlijke elementen van de schade die in haar geheel bestaat in het door de onrechtmatige daad veroorzaakte letsel. Hieruit volgt dat bij de begroting van het smartengeld moet worden uitgegaan van de datum van het ongeval, hetgeen concreet betekent dat zoveel mogelijk moet worden vergeleken met door Nederlandse rechters beoordeelde, vergelijkbare gevallen van voor 22 september 2008, met indexatie van de daarbij toegekende bedragen naar het niveau van 2008. (...) De rechtbank is van oordeel dat voorts op grond van het bepaalde in artikel 3:12 BW de veranderde opvattingen met betrekking tot compensatie van leed moeten worden meegewogen [cursiveringen MRH] bij de begroting van het smartengeld. De wettelijke rente is verschuldigd over het aldus te begroten bedrag aan smartengeld vanaf de datum van het ongeval, omdat de vordering tot vergoeding van het smartengeld vanaf

die datum opeisbaar is en de wettelijke rente vanaf die datum gaat lopen.'⁴²⁾

De complicatie bestaat hierin dat men voor de gevalsvergelijking moet 'terugkijken' naar vergelijkbare gevallen voorafgaand aan het ongeval (waarbij eerder toegewezen bedragen moeten worden geïndexeerd), dat de gehele schade wordt geacht te zijn geleden op het moment van het ongeval (en het smartengeld per dat moment dus rentedragend zou zijn), maar dat de rechter latere gebeurtenissen en de nadien gewijzigde opvattingen met betrekking tot compensatie van leed niet buiten beschouwing kan laten.

4. Slot

Het verdient aanbeveling dat een principiële keuze wordt gemaakt voor een vaststelling van het smartengeld naar het moment van de rechterlijke beslissing, waarbij dat moment als 'peildatum' in alle opzichten beslissend is, dus voor wat betreft de feiten en omstandigheden die de rechter aan zijn begroting ten grondslag legt, de heersende smartengeldmaatstaven en het ingaan van de looptijd van de wettelijke rente. Die keuze zou de consistentie van het schadevergoedingsrecht op dit punt ten goede komen, voorkomt onnodige discussies, doet recht aan de bijzondere aard van de verbintenis tot vergoeding van immateriële schade en maakt het voor rechters mogelijk om op aanvaardbare wijze geleidelijk het 'smartengeldpeil' te verhogen, zonder dat de benadeelde daarbij een moeilijk te rechtvaardigen rentevoordeel pakt. Ook voor de buitengerechtelijke afwikkeling lijkt dit mij een werkbaar uitgangspunt; ik zie althans niet in waarom de hier aangedragen argumenten buiten rechte een andere betekenis zouden hebben. Het ligt wat mij betreft dus voor de hand dat de wettelijke rente over het smartengeld buiten rechte gaat lopen vanaf het moment dat partijen overeenstemming bereiken over het verschuldigde bedrag aan smartengeld.



Laat rechterlijke beslissing als peildatum in alle opzichten beslissend zijn.



40. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, JA 2018/80, waarover ook M.R. Hebly, 'Strafrechter wijst 'recordbedrag' aan smartengeld toe', L&S 2018-3, p. 45-46.
41. In dit geval (voeging benadeelde partij) zal het verhaalsrisico bovendien worden gedragen door de overheid in verband met de voorschotregeling voor zeden- en geweldsmisdrijven.
42. Rb. Gelderland 11 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5285, JA 2019/27 r.o. 4.4-4.8.