

131 De waarde van smartengeld

Verslag van het 6^e Gronings Letselschadecongres

Mr. A. Kolder *

1. Raadadviseur Directie Wetgeving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, tevens bijzonder hoogleraar aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht Vrije Universiteit Amsterdam.
2. Honorair hoogleraar Europees privaatrecht Universiteit Utrecht, tevens visiting professor King's College London en Queen Mary, University of London.
3. Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, 11th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012).
4. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714, VR 1992/133 (AMC/O) en HR 17 november 2000, NJ 2001/215, VR 2001/9 (Druifff/Bouw).

Verkeersrecht bestaat dit jaar 60 jaar en vanaf het begin is het blad nauw verbonden met het thema Smartengeld. Niet in de laatste plaats vanwege het Smartengeldboek dat in 2012 de 18^e editie beleeft en al ruim 50 jaar wordt uitgegeven. Toen bleek dat de Rijksuniversiteit Groningen (vakgroep Privaatrecht & Notarieel recht en Juridisch Contractonderwijs) dit jaar het 'Het Gronings Letselschadecongres' aan smartengeld wilde wijden, lag een samenwerking dan ook voor de hand: op 8 oktober 2012 vond in Groningen het gezamenlijk georganiseerde congres 'De waarde van smartengeld' plaats. Met het congres werd getracht een bijdrage te leveren aan het debat over mogelijke ontwikkelingen en verbeteringen op het gebied van smartengeld (art. 6:106 BW) in civielrechtelijke overlijdens- en letselschadezaken. In het bijzonder omdat smartengeld enerzijds door slachtoffers, naasten en nabestaanden als een belangrijke erkenning van aangedaan leed wordt beschouwd, maar anderzijds in de praktijk veelal slechts als sluitpost fungeert en qua vergoeding(sniveau) sprake (b)lijkt te zijn van 'stilstaand water'.

In zijn openingswoord wees prof. mr. N. Frenk¹⁾ op het stagneren van de in de Nederlandse rechtspraktijk toegekende smartengeldbedragen. Hij gaf aan dat – ondanks indexering – gezien de geldontwaarding zelfs sprake zou zijn van achteruitgang. Hiermee vormt Nederland een buitenbeentje in Europa, waar in de loop der jaren de bedragen wel zijn gestegen, aldus Frenk. Hij schetste dat de Nederlandse rechter, doordat bij de toekenning van smartengeld zwaar wordt geleund op eerder toegewezen bedragen in 'vergelijkbare gevallen', als het ware met de rug naar de toekomst kijkt. Een zekere verstarring c.q. stagnatie in de ontwikkeling van de Nederlandse smartengeldbedragen is het gevolg. Frenk gaf aan dat de rechtspraak van de Hoge Raad tot nu toe niet bemoedigend is om dit patroon te doorbreken. Hij pleitte, nu zijns inziens het cassatiesysteem daaraan niet in de weg staat, voor een meer sturende rol van ons hoogste rechtscollege. Ook had Frenk een boodschap voor met name belangenbehartigers: zij zouden meer nadruk moeten leggen op de impact van het letsel/leed in het concrete voorliggende geval, teneinde de discussie over het toe te kennen smartengeld van meer dynamiek te (kunnen) voorzien.

Prof. mr. C.C. van Dam²⁾ stond stil bij smartengeld in internationaal perspectief. Hij ging allereerst in

op de problemen van de *begroting* van smartengeld in individuele gevallen. Daartoe hield Van Dam het publiek op illustratieve wijze eerst de Nederlandse vicieuze cirkel voor. Rechtshulpverleners klagen dat het Smartengeldboek van de ANWB te weinig specifieke informatie bevat; de samenstellers van dat boek klagen er echter over dat rechters in hun uitspraken te weinig specifieke informatie geven, terwijl rechters juist klagen dat rechtshulpverleners hén te weinig specifieke informatie geven, waarna de cirkel rond is omdat men dan weer terug is bij de klagende rechtshulpverleners. Na vervolgens aandacht te hebben besteed aan de situaties in Duitsland en België (waar als hulpmiddel wordt gewerkt met respectievelijk een zogenaamde Schmerzensgeldtabel en Indicatieve Tabel), stond Van Dam vooral stil bij de in Engeland door een speciale commissie opgestelde 'Guidelines'.³⁾ Hierin is een overzicht opgenomen van bedragen per soort letsel, waarbij bandbreedtes en gezichtspunten (o.a. duur van geneeskundige behandeling, levensverwachting, mate van pijn, beperkingen in de beweeglijkheid, eventuele bijkomende klachten als depressie, etc.) worden gegeven. Aan de hand van deze gezichtspunten kan in het concrete geval worden bepaald of men zich moet richten op het gebied boven- of juist onderin de betreffende bandbreedte. Periodiek worden de (hoogtes van) aangegeven bedragen opnieuw tegen het licht gehouden. De guidelines beogen de consistentie ingeval van gelijksoortige letsels te bewaken en een hulpmiddel te bieden voor de praktijkjurist. Voorts hebben de guidelines geen bindende kracht, maar kan daarvan in het individuele geval – gemotiveerd – worden afgeweken. Nadeel van de guidelines is volgens Van Dam het ontbreken van transparantie: zo wordt bij de bedragen (en wijziging/verhoging daarvan) bijvoorbeeld niet verwezen naar rechtspraak. Wellicht dat men in Nederland aan de Engelse guidelines inspiratie kan ontlenen.

Voorts stond Van Dam stil bij de *hoogte* van smartengeld: in tegenstelling tot het buitenland blijkt in ons land geen sprake te zijn van een intrinsieke stijging. Van Dam ziet als een belangrijke reden daarvoor dat in Nederland het door de Hoge Raad gegeven toetsingskader (vergelijkbare gevallen, maximaal toegekende bedragen, buitenland niet beslissend, geldontwaarding⁴⁾) te beperkt is. Volgens Van Dam ontbreekt met name het gezichtspunt van (zich wijzigende) *maatschappelijke opvattingen* over wat een passende vergoeding is:

* Advocaat bij Houkes c.s. Advocaten te Emmen, tevens docent privaatrecht en dual promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen.

vandaag de dag wordt aan pijn, verdriet en gederfde levensvreugde een andere waarde (in geld) toegekend dan voorheen. Net als Frenk pleitte Van Dam tevens voor een minder marginale toetsing door de Hoge Raad. Daarnaast ziet Van Dam een grotere rol weggelegd voor feitenrechters en advocaten. Wel moeten laatstgenoemden de rechter meer manoeuvreerruimte bieden door 'het verhaal' van het slachtoffer (lees: de concrete impact van het letsel/leed op diens leven) adequaat(er) voor het voetlicht te brengen. Het onderwerp smartengeld moet naar de mening van Van Dam al met al een prominenter onderdeel van het juridische debat gaan vormen, om zodoende de discussie te (kunnen) intensiveren.

Prof. mr. Verheij⁵⁾ wijdde zijn bijdrage aan de functie van smartengeld. Hij hield het publiek daartoe twee mogelijke benaderingen voor, een zogenoemde *rights based*-(schending van een fundamenteel recht als zodanig geeft aanspraak op smartengeld)⁶⁾ en *damaged based*-benadering (smartengeld ter compensatie van de gevolgen van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis). Verheij wees erop dat in letselschadezaken doorgaans sprake is van een *damaged based*-benadering; enkel vergoeding bij aantoonbaar schadelijke gevolgen. Verheij noemde ter illustratie het leerstuk van shockschade, waar voor een succesvolle claim in beginsel sprake moet zijn van geestelijk letsel (een in de psychiatrie erkend ziektebeeld).⁷⁾ Verheij vroeg zich af of een *rights based*-benadering misschien wenselijker zou zijn, omdat dan moeilijke vraagstukken als bijvoorbeeld het (juridische, gekunstelde) onderscheid tussen de gevolgen van het verdriet (affectieschade komt thans niet voor vergoeding in aanmerking) en de schok kunnen worden voorkomen. Ook sprak Verheij over de nogal eens wisselende opvattingen in de psychiatrie (daar is geen sprake van 'stilstaand water'), waarop het aansprakelijkheidsrecht wellicht niet moet 'meedeinen'. Ter illustratie werd gewezen op de in de loop der tijd veranderde DSM-criteria inzake PTSS. Verheij meent dat het zo beschouwd wellicht beter is bij het leerstuk van shockschade de focus te leggen op een rechtsinbreuk als zodanig (aantasting *family life*, art. 8 EVRM) dan op de emotionele impact. En waar de Nederlandse wetgever een vergoeding van affectieschade (nog) niet mogelijk heeft gemaakt, wees Verheij ook daar op de mogelijkheid van een *rights based*-benadering: degene wiens fundamentele recht op *family life* wordt verstoord door het overlijden of de ernstige verwonding van een naaste, heeft recht op vergoeding van immateriële schade. De focus zou volgens Verheij namelijk kunnen liggen op de rechtsinbreuk an sich en niet op de emotionele gevolgen bij naasten en nabestaanden. De door hem voorgestane benadering zou volgens Verheij niet strijdig zijn met het (gesloten) systeem van art. 6:107 en 108 BW, omdat die bepalingen handelen over schadelijke gevolgen, terwijl een *rights based*-benadering daarop juist niet ziet aangezien zij correspondeert met de functie van rechtshandhaving. Met zijn referaat gaf Verheij een boeiende alternatieve kijk op de mogelijkheden die het recht zou kunnen bieden bij een aanspraak op smartengeld.

Mr. Chr. H. van Dijk⁸⁾ stond stil bij smartengeld en de advocaat. Hij vergeleek de ontwikkeling van de smartengeldbedragen in Nederland eveneens met 'stilstaand water'; er zit geen of nauwelijks beweging in. Dit ondanks dat ook volgens Van Dijk, mede gezien de 'veranderde maatschappelijke opvattingen' over wat een redelijk bedrag is, het vergoedingsniveau omhoog zou moeten. Een reden voor stagnatie is volgens Van Dijk dat tussen de belangenbehartiger en verzekeraar dikwijls maar weinig verheffende discussies plaatsvinden: doorgaans is enkel sprake van een onpersoonlijke 'mechanische' verwijzing naar nummers uit het Smartengeldboek van de ANWB. Hier ontbreekt het dan vaak ook nog eens aan essentiële informatie om een goede vergelijking te kunnen maken. Er moet dan ook meer gemotiveerd en gepersonaliseerd worden, aldus Van Dijk. Zijns inziens ligt de bal daartoe met name bij de eisende partij. De rol van de verwerende partij brengt volgens Van Dijk in beginsel immers een afhoudende en kritische houding met zich. Tevens meende (ook) Van Dijk dat men niet vooruit komt zolang (met name) wordt teruggegrepen op oude, (ogenschijnlijk) vergelijkbare gevallen. Van Dijk vindt dat (de rechter) meer inkijk in het leven van het slachtoffer gegeven moet worden; het gaat om 'het verhaal' achter de zaak. Vaak zit daar 'veel meer in' dan men op het eerste gezicht zou denken, aldus Van Dijk. Hijzelf illustreerde dit aan de hand van een casus waarin het slachtoffer na een ongeval leed aan anosmie (geheel verlies van het reukvermogen). Indien de tijd en moeite wordt genomen goed stil te staan bij de werkelijke impact daarvan alleen al op het functioneren in het algemeen dagelijks leven, blijkt dat van een geringe handicap allerm minst sprake is. Niet 'wegkijken' van het leed dus, maar juist illustreren, bijvoorbeeld mede 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. Van Dijk voegde direct zelf de daad bij het woord, door het publiek een korte film te tonen over het leven van een slachtoffer dat op 19-jarige leeftijd een dwarslaesie opliep: het indringende 'verhaal' in beeld en geluid *achter* de casus maakte zichtbaar indruk op het publiek.

Prof. mr. G. de Groot⁹⁾ sprak over de rol van de rechter bij (eventuele) ontwikkelingen op het gebied van smartengeld. Ook volgens haar wordt smartengeld vaak maar als 'restpost' beschouwd en gaat in procedures (veel) meer aandacht uit naar een 'uit te rekenen' schadepost zoals bijvoorbeeld het verlies van verdienvermogen van het slachtoffer. Naar de mening van De Groot is het onderwerp vooral ter beoordeling van de feitenrechter; de Hoge Raad stelt zich (tot nu toe) terughoudend op door (enkel) waarde toe te kennen aan gezichtspunten en factoren, en afstand te houden van uiteindelijke bedragen. Volgens De Groot wil de Hoge Raad zodoende voorkomen dat hij de feitenrechter, die ex art. 6:106 BW een discretionaire bevoegdheid toekomt, (te veel) 'voor de voeten loopt'. De feitenrechter baseert zich bij het in het concrete geval toe te kennen smartengeld volgens De Groot

5. Hoogleraar privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen.
6. Vgl. HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391 (Oudejaarsrellen) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, *VR* 2005/47 (Baby Kelly).
7. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, *VR* 2002/91 (Taxibus); HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/387 (Vitt), *VR* 2010/3.
8. Advocaat bij Kennedy Van der Laan Advocaten, Amsterdam.
9. Raadsheer Hoge Raad der Nederlanden, tevens bijzonder hoogleraar rechtspraak en conflictoplossing Vrije Universiteit Amsterdam.

10. Vicepresident Rechtbank Utrecht.
11. Advocaat bij Beer advocaten, Amsterdam.
12. Directeur Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars.
13. Beleidsmedewerker juridische zaken Slachtofferhulp Nederland.
14. Zie ook Van Wassenaer, Smartengeld, een pleister op de wonde?, in het nieuwste Smartengeldboek van de ANWB (18e druk), oktober 2012.
15. Het Wetsvoorstel affectieschade werd door de Eerste Kamer op 23 maart 2010 verworpen; Kamerstukken I 2009/2010, 28 781, nr. 23, p. 1013-1014.
16. Manager juridisch advies en voorlichting ANWB.
17. Universitair hoofddocent vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht, tevens bijzonder hoogleraar religie en recht Rijksuniversiteit Groningen.

voornamelijk – met in achtname van de juridische kaders en gekoppeld aan professionele kennis en ervaring – op intuïtie. Zij gaf aan dat rechters (in ieder geval) voor de bepaling van de bandbreedte in het concrete geval steeds het Smartengeldboek van de ANWB raadplegen. Omdat daarin echter enkel rechterlijke uitspraken staan, waarvan het vermoeden rijst dat deze niet representatief zijn voor de gehele markt, bestaat volgens De Groot eveneens behoefte aan informatie over de toekenning van smartengeld in het minnelijke traject. De indruk is namelijk dat de daarin toegekende bedragen hoger liggen. Voorts wees ook De Groot erop dat ‘het verhaal’ van het slachtoffer ten overstaan van de rechter goed/beter verteld moet worden, bijvoorbeeld ter zitting (mede) door het slachtoffer zelf. In ieder geval kan naar de mening van De Groot niet worden volstaan met het enkel opnoemen van (nummers van) ‘vergelijkbare gevallen’ uit het Smartengeldboek. Dat voor een beslissing over het smartengeld ‘objectieve’ handvatten ontbreken, onderstreept volgens haar het belang van in letselschade gespecialiseerde rechters. Tot slot stond De Groot stil bij de verwachtingen en behoeftes van rechtzoekenden. Daarbij maakte zij onderscheid tussen distributieve (wat is de uitkomst van de zaak?) en procedurele (hoe is de behandeling/bejegening gedurende de zaak?) rechtvaardigheid. Gelet hierop wees De Groot erop dat in de discussie over mogelijke verbeteringen/veranderingen inzake het Nederlandse smartengeld niet enkel gefocust moet worden op bijvoorbeeld de vraag óf bedragen al dan niet omhoog moeten, maar voorts de behandeling/bejegening van het slachtoffer afzonderlijke aandacht verdient. Volgens De Groot is namelijk ook van wezenlijk belang hóe het slachtoffer de procedure heeft ervaren die tot de beslissing in zijn zaak heeft geleid.

Na de boeiende bijdragen van de sprekers vond een paneldiscussie onder leiding van mr. J. Sap¹⁰⁾ plaats. Panelleden waren mw. mr. G.M. van Wassenaer¹¹⁾, mr. F.Th. Kremer¹²⁾ en mr. A.H. Sas¹³⁾. Het debat werd mede gevoerd aan de hand van door de sprekers en panelleden zelf ingebrachte stellingen. Sas wees op het spanningsveld tussen de behoefte aan een vlotte regeling van zaken enerzijds en anderzijds de wens van een op maat gesneden smartengeldbedrag in het concrete geval. Een oplossing zou volgens Sas kunnen liggen in een tot op zekere hoogte normering van bedragen. Van Wassenaer pleitte er nadrukkelijk voor (ook) te kijken naar hoe nog levensvreugde aan het slachtoffer kan worden teruggegeven: niet enkel de focus leggen op hetgeen waartoe het slachtoffer niet meer in staat is, maar juist nagaan wat nog wél kan. Welke concrete bestedingen zijn feitelijk nog mogelijk om het leven van een slachtoffer te veraangename? Het smartengeld dient volgens Van Wassenaer daarbij op zodanige wijze te worden begroot, dat het bedrag toereikend is om het slachtoffer gedurende zijn verdere leven een bron van concrete levensvreugde te bieden.¹⁴⁾ Kremer meende dat de hulp voor een betere begroting van smartengeld niet uit de hoek van de Hoge Raad zal moeten komen. Hij ziet meer in zelfregulering door projecten van partijen als de ASP, het PIV en de Letselschade Raad. Inmiddels hebben ook meerdere ‘Expertmeetings Smartengeld’ plaatsgevonden, waarbij deelnemers uit de politiek, rechterlijke macht, wetenschap, verzekeringsbranche, advocatuur

en overige belangenbehartigers discussieerden over de hoogte en wijze van totstandkoming van smartengeld in Nederland. Het doel is om (in ieder geval) tot bepaalde, branchebreed gedragen aanbevelingen te komen. Tijdens de verdere discussie, waarbij ook ‘de zaal’ zich bepaald niet onbetuigd liet, werd duidelijk dat rechters graag uitgebreider en meer *en detail* geïnformeerd willen worden; ‘gegoochel’ met smartengeldnummers uit het Smartengeldboek van de ANWB volstaat geenszins. Ook werden nog genoemd de mogelijkheden die de relatief nieuwe – per 1 juli 2010 – ‘Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade’ (art. 1019w-1019cc Rv) zou kunnen bieden bij ontwikkelingen op het gebied van smartengeld. Geoperd werd dat slachtoffer en verzekeraar bij discussie de deelgeschilrechter zo nodig gezamenlijk zouden moeten adieren. Tot slot werd gedebatteerd over de door de per 1 januari 2012 gewijzigde Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven ontstane discrepantie, inhoudende dat het op basis van die wet thans mogelijk is nabestaanden een uitkering toe te kennen in verband met affectieschade, terwijl het huidige civiele recht die mogelijkheid niet biedt.¹⁵⁾

Tijdens het congres vond ook de introductie van het nieuwe Smartengeldboek 2012 (18e druk) van de ANWB plaats. Mr. Schoonderwaldt¹⁶⁾ lichtte daarbij toe dat de ANWB door het uitgeven van dit boek tracht een bijdrage te leveren aan de belangenbehartiging van slachtoffers. Het Smartengeldboek kan zijns inziens als belangrijk hulpmiddel dienen voor de vaststelling van de hoogte van smartengeld. Benadrukt echter werd dat de begroting van smartengeld niet alléén dient plaats te vinden aan de hand van dit boek; het boek geeft ‘slechts’ indicaties, die in het concrete geval dienst kunnen doen als werkinstrument. Schoonderwaldt riep de branche op om de ANWB de nodige input te (blijven) geven in verband met de vindbaarheid van relevante rechtspraak en de ‘vergelijkbaarheid’ daarvan. Nadat Schoonderwaldt erop had gewezen dat nu ook een online-editie beschikbaar is (www.smartengeld.nl), overhandigde hij Frenk het eerste exemplaar van de papieren uitgave van het nieuwste Smartengeldboek.

Dagvoorzitter prof. mr. F.T. Oldenhuis¹⁷⁾ meende tot slot dat de genoegdoeningfunctie van smartengeld meer aandacht verdient. Hij constateerde dat men het er in alle geledingen van de letselschadebranche wel over eens is dat het smartengeld als afzonderlijke schadepost meer aandacht verdient en niet langer louter als afrondings- c.q. sluitpost moet fungeren. Zodoende werd ‘het veld’ een duidelijke eigen verantwoordelijkheid voorgehouden, waarvan ook direct werk kan worden gemaakt. Het congres maakte voorts duidelijk dat een fundamentele herbezinning op het huidige systeem van de toekenning van smartengeld als zodanig op zijn plaats is. Wat is (zijn) vandaag de dag eigenlijk de functie(s) van smartengeld? Moet het smartengeldniveau omhoog, en zo ja, waarom en hoe? Is het huidige gesloten civiele stelsel van aanspraak op smartengeld nog wel toereikend (o.a. geen affectieschadevergoeding), of is uitbreiding gewenst? De tijd zal leren of in de nabije toekomst melding kan worden gemaakt van ook daadwerkelijke veranderingen/verbeteringen op het gebied van het Nederlandse smartengeld.