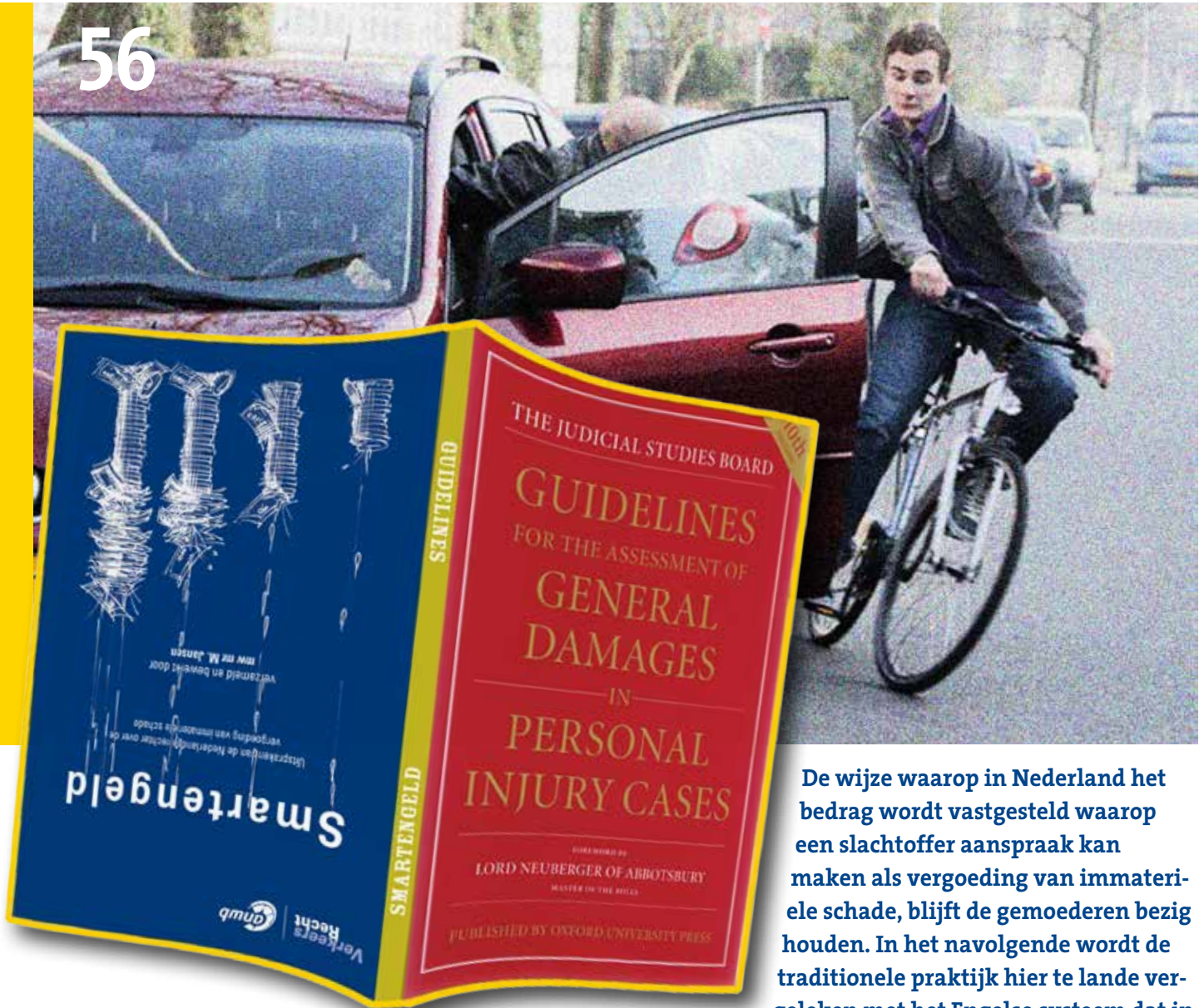


Smartengeldpraktijk:

Mw. mr. K.W.A. Kharag

56



De wijze waarop in Nederland het bedrag wordt vastgesteld waarop een slachtoffer aanspraak kan maken als vergoeding van immateriële schade, blijft de gemoederen bezig houden. In het navolgende wordt de traditionele praktijk hier te lande vergeleken met het Engelse systeem dat in

januari 2012 door C.C. van Dam in dit blad globaal is beschreven. Bij deze vergelijking staat de vraag centraal of de Engelse benadering ten aanzien van het vaststellen van smartengeld voordelen biedt ten opzichte van het Nederlandse systeem. Er is niet gestreefd naar een uitputtende vergelijking tussen de Nederlandse en Engelse benadering. Na korte analyses van de geldende systemen in Nederland en in Engeland is gezocht naar de verschillen en de belangrijkste bezwaren die tegen het hier te lande gevolgde systeem zijn aangevoerd. Vervolgens wordt onderzocht of, dan wel in hoeverre, elementen van het Engelse

* Deze bijdrage is een bewerking van *De smartengeldpraktijk: rechtsvergelijkend gezien* (masterscriptie Privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam, begeleider R.J.P. Kottenhagen).

Nederland vs. Engeland*

stelsel in het Nederlandse stelsel verbetering zouden kunnen brengen. Rechtsvergelijking is, zeker voor een klein land als het onze, van groot belang, al was het maar omdat daardoor meer inzicht wordt verkregen in de Nederlandse situatie.¹⁾

1. Smartengeldpraktijk in Nederland

In het Nederlandse recht kan schade globaal worden onderverdeeld in: vermogensschade en niet-vermogensschade. De vergoeding voor 'ander nadeel dan vermogensschade' wordt aangeduid als smartengeld.²⁾ Het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' is niet nader omljnd in de wet, maar uit de rechtspraak van de Hoge Raad³⁾ en de Toelichting Meijers⁴⁾ blijkt dat het gaat om vergoeding van de schade die niet in vermogen, maar in de vorm van pijn, verdriet, gederfde levensvreugde of een geschokt rechtsgevoel wordt geleden en voor als gevolg van opgelopen letsel verloren mogelijkheden. Een recht op smartengeld komt pas in beeld wanneer jegens de benadeelde onrechtmatig is gehandeld⁵⁾ of wanneer is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis.⁶⁾ Op grond van artikel 6:95 BW⁷⁾ kan ander nadeel dan vermogensschade slechts worden vergoed, voor zover de wet daar recht op geeft. In artikel 6:106 lid 1 BW staan de belangrijkste gevallen waarin een recht op smartengeld kan ontstaan.⁸⁾ Volgens deze bepaling bestaat een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wanneer de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen (lid 1 sub a), wanneer het gaat om een aantasting van de *persoon* (lid 1 sub b) of wanneer sprake is van aantasting van de *nagedachtenis* van een overledene (lid 1 sub c).⁹⁾ Over smartengeld is de laatste jaren veel gedebatteerd, met name ook over de functie – of functies – ervan.¹⁰⁾ In dit licht is het van belang op te merken dat de aard van het nadeel (immateriële schade) meebrengt dat de hoofddoelstelling van het schadevergoedingsrecht – namelijk het goedmaken van de geleden schade – slechts in beperkte mate kan worden verwezenlijkt. Daardoor dringt de vraag naar andere functies van het smartengeld zich op. De aard van het smartengeld brengt mee dat de omvang hiervan niet gebonden is aan de omvang van het concreet geleden nadeel, aangezien dit nadeel nooit exact kan worden vastgesteld, laat

staan exact in geld kan worden uitgedrukt.¹¹⁾ Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige artikel 6:106 BW bleek dan ook dat het smartengeld een dubbele functie heeft en niet enkel dient ter *compensatie*, maar tevens ter *genoegdoening*.¹²⁾ Naast deze twee functies is verder in de literatuur (en daarop voortbouwende jurisprudentie) aangedragen dat smartengeld tevens dient ter *erkenning van verdriet van naasten*, ter *handhaving van fundamentele rechten* en tenslotte een *preventieve werking* heeft. De aard van de schade brengt met zich mee dat de rechter deze niet exact kan vaststellen en dus niet anders dan intuïtief kan schatten.¹³⁾ Immateriële schade laat zich weliswaar niet in geld uitdrukken, maar met geld kan wel een beeld worden gevormd van haar maat en omvang en een vergoeding in geld kan derhalve als equivalent voor de geleden schade worden toegekend.¹⁴⁾

1.1. Wijze van vaststelling: discretionaire bevoegdheid

Op grond van artikel 6:97 BW begroot de rechter schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en wordt de schade door hem geschat als de omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De aard van immateriële schade brengt, zoals bleek, met zich mee dat deze niet anders kan worden begroot dan in een geldbedrag, welk bedrag bovendien niet of nauwelijks nauwkeurig kan worden vastgesteld. We zijn dus, per definitie, aangewezen op *schatting*. Tevens blijkt uit artikel 6:106 BW dat de rechter de omvang van de vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade 'naar billijkheid' dient vast te stellen. Op grond van de Parlementaire geschiedenis betekent dit dat de rechter bij de vaststelling van smartengeld rekening dient te houden met 'alle omstandigheden van het geval'.¹⁵⁾ Deze bewoordingen impliceren discretionaire bevoegdheid voor de rechter, hetgeen de Hoge Raad heeft bevestigd.¹⁶⁾ Tevens kan uit de norm 'naar billijkheid' worden afgeleid dat bij de vaststelling van smartengeld gekeken kan worden naar de functie(s) die de vergoeding in dat concrete geval

- G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 24.
- In de juridische praktijk wordt naast vergoeding voor 'ander nadeel dan vermogensschade' ook wel gesproken van vergoeding voor 'immateriële schade'. In deze uiteenzetting zullen deze begrippen naast elkaar gebruikt worden.
- HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O) (VR 1992/133; *red. VR*) & HR 17 november 2000, NJ 2001/215 (Druiff/Bouw; m.nt. A.R. Bloembergen) (VR 2001/9; *red. VR*).
- TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 375 & 377.
- Zie art. 6:162 BW.
- Zie art. 6:74 BW.
- De tekst van artikel 6:95 BW luidt als volgt: 'De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft'.
- Andere wettelijke grondslagen voor een recht op smartengeld zijn: art. 7:510 BW; art. 16 Wet CAO; art. 3 lid 4 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten; art. 10 Wet op de ondernemersovereenkomsten; art. 9 lid 2 Wet Persoonsregistraties; art. 67 Overleveringswet; art. 6 lid 4 Rijkswet administratieve bijstand douane; art. 44 lid 1 Uitvoeringswet Internationaal Strafhof; art. 106 lid 1 Vreemdelingenwet 2000; art. 164 lid 9 Wegenverkeerswet 1994; art. 49 lid 2 Wet bescherming persoonsgegevens; art. 11.7 lid 6 Wet luchtvaart; art. 67 Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnis; art. 74b lid 4 Wetboek van Strafrecht; art. 89 lid 1 Wetboek van Strafvordering.
- De exacte tekst van art. 6:106 lid 1 BW luidt als volgt: 'voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding: a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen; b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast; c. indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.
- S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 9.
- S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar*

- later, Deventer: Kluwer 2008, p. 9.
12. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377: 'De vergoeding heeft een dubbele functie: enerzijds dient zij om, zij het ook op onvolmaakte wijze, het door de getroffen ondergane leed goed te maken, anderzijds kan het geschokte rechtsgevoel van de getroffen worden bevestigd doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd.'
 13. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 65.
 14. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 221.
 15. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377.
 16. In HR 27 april 2001, NJ 2002/91 (Boze brief; m.nt. C.J.H. Brunner) stelt de Hoge Raad het volgende: 'Volgens art. 6:106 BW heeft de benadeelde in geval van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding (...). Uit de zinsnede: 'een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding' en uit het in de conclusie van Advocaat-Generaal (...) geciteerde gedeelte van de memorie van antwoord bij de genoemde bepaling volgt dat de rechter die op de voet van deze bepaling schadevergoeding toekent, een discretionaire bevoegdheid heeft met betrekking tot het bepalen van de omvang van die schadevergoeding. De rechter mag met alle omstandigheden van het geval rekening houden bij de begroting van de schade en hij heeft de bevoegdheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen'. Cursivering door mij (K.K.) aangebracht.
 17. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 & 388.
 18. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 66.
 19. HR 17 november 2000, NJ 2001/215, r.o. 3.2 (Druiff/Bouw; m.nt. A.R. Bloembergen). In dit arrest stelt de Hoge Raad het volgende: 'Het gaat in deze procedure om de begroting van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade bestaande nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamenlijk letsel heeft opgelopen. Bij deze begroting dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden, in een geval als het onderhavige in het bijzonder met de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene'. Cursivering en nadruk in vet lettertype door mij (K.K.) aangebracht.
 20. HR 9 augustus 2002, NJ 2010/61 m.nt. Wissink (LJN AE2117, Wrongful birth II).
 21. HR 20 september 2002, NJ 2004/112, r.o. 3.5 (Coma; m.nt. J.B.M. Vranken).
 22. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 68-72.
 23. In HR 17 november 2000, NJ 2001/215, VR 2001/9 oordeelde de Hoge Raad: Blijkens haar [nl. van de rechtbank] r.o. 6 is zij ervan uitgegaan dat "hetgeen [eiser] is overkomen behoort tot de groep van meest ernstige gevallen van letsel waarin smartengeld wordt toegekend, passend in de hoogste categorie zoals gehanteerd in de uitgave Smartengeld van Verkeersrecht". Blijkens de r.o. 7 en 8 achtte de rechtbank een vergoeding van f 200.000,- redelijk en billijk op grond van een vergelijking van enerzijds hetgeen aan smartengeld was toegekend in andere gevallen, behorend tot de in r.o. 6 aangegeven categorie, en anderzijds datgene wat haar omtrent de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor [eiser] was gebleken. Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet

vervult.¹⁷⁾ Overigens is de vrijheid die de rechter geniet met betrekking tot de begroting van immateriële schade niet grenzeloos. Zo kan in cassatie worden getoetst of de feitenrechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat of bij de wijze van begroting. De Hoge Raad zal zich overigens niet uitlaten over de omvang van het toegewezen bedrag aan smartengeld door de feitenrechter, aangezien dit buiten het bereik van het cassatie-instituut ligt.¹⁸⁾

1.2. Wijze van waardering: relevante factoren

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er in Nederland grote rechterlijke vrijheid bestaat met betrekking tot de vraag op *welk geldbedrag* immateriële schade wordt gewaardeerd. Daarentegen is de rechter niet geheel vrij met betrekking tot de vraag *wat* hij moet waarden. De Hoge Raad heeft ook op dit punt enige aanwijzingen gegeven. Uit het *Druiff/Bouw*-arrest blijkt dat de Hoge Raad in geval van letsel de aard en de ernst daarvan centraal stelt als maatstaf voor de bepaling van de omvang van smartengeld. Dit sluit aan bij de centrale positie van de *compensatiefunctie* van smartengeld in de gevallen van letsel.¹⁹⁾ Vervolgens heeft de Hoge Raad in het tweede *wrongful birth*-arrest overwogen dat de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt mag meewegen bij de omvang van het smartengeld.²⁰⁾ Dit neemt overigens niet weg dat de aard en ernst van het letsel een primaire rol toekomen bij de bepaling van de omvang van smartengeld en dat andere factoren in dit verband slechts een marginale rol toekomen. In het *coma*-arrest heeft de Hoge Raad nogmaals overwogen dat bij de omvang van het concrete immateriële nadeel van de benadeelde persoonlijke omstandigheden een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel voornamelijk moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.²¹⁾ Deze arresten in ogenschouw genomen berust het zwaartepunt van de waardering bij de begroting van de omvang van het smartengeld in gevallen van *lichamelijk letsel*, op de aard en ernst van het letsel. De vraag doet zich voor of de door de Hoge Raad gegeven aanwijzingen en genoemde relevante factoren in andere gevallen dan lichamenlijk letsel ook gehanteerd kunnen worden bij de vaststelling van de omvang van het smartengeld. Per type geval zal gekeken moeten worden welke factoren in dat verband relevant kunnen worden geacht. Zo zal doorgaans bij *geestelijk letsel* – net als bij lichamenlijk letsel – de nadruk liggen op de aard en ernst van het geestelijk letsel. Ook bij geestelijk letsel neemt immers de compensatiefunctie van smartengeld de centrale positie in. In geval van *schending van eer, goede naam en (andere) persoonlijkheidsrechten* zal doorgaans de nadruk liggen op andere factoren dan de aard en ernst van het geleden nadeel; denk hierbij aan de aard van het geschonden belang en de wijze van de schending.²²⁾ Voorts – maar dat geldt voor alle gevallen van toe-

kenning van smartengeld – dient de rechter ook hierbij de hierna te bespreken methode van gevalsvergelijking te hanteren.

1.3. Wijze van begroting: gevalsvergelijking

Het beginsel van rechtseenheid, meer in het bijzonder de eenheid van rechtspraak, brengt met zich mee dat elke rechterlijke beslissing over de omvang van het smartengeld steeds dient te passen in het groter geheel van smartengelduitspraken. Ook de hiervoor aangegeven mogelijkheid die 'geld' biedt om de relatieve zwaarte van letsel tot uitdrukking te brengen dwingt tot vergelijking met andere uitspraken. Dit is zelfs van zo groot belang dat het de 'verplichting' om (expliciet) rekening te houden met 'alle omstandigheden van het geval' opzij kan zetten.²³⁾ Dit sluit aan bij de praktijk op dit punt, waarbij de rechters doorgaans een smartengeldbedrag vaststellen met behulp van het (meest recente) 'Smartengeldnummer' van Verkeersrecht, dat hierna (§ 1.6) nog ter sprake komt. Tevens spreekt het voor zich dat de rechter, als hij vergelijkt met bedragen in eerdere gevallen, overeenkomstig artikel 6:119 BW (wettelijke rente) rekening dient te houden met de sindsdien opgetreden geldontwaarding.²⁴⁾ Men kan zich afvragen of de bestaande wijzen van coördinatie van rechtspraak in gevallen van toekenning van smartengeld de eenheid van smartengeldrechtspraak voldoende waarborgt. Uit de gepubliceerde rechtspraak kan namelijk worden afgeleid dat min of meer gelijke gevallen niet altijd gelijk worden behandeld. De Hoge Raad noch de hoven hebben zich tot op heden expliciet uitgesproken over de wenselijke wijze van vaststellen van de omvang van smartengeld. Tevens hebben zij zich ook weerhouden uit te laten over wenselijke niveaus van smartengeld in verschillende typen gevallen. Door het gebrek aan richting bij de vaststelling van smartengeld door de wetgever (die hierdoor grote vrijheid aan de rechter laat), maar ook door de rechter zelf, kan gezegd worden dat de eis van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en daarmee de eis van rechtseenheid in het gedrang komt. Tevens lijkt het gebrek aan rechtszekerheid te leiden tot inefficiëntie van de buitengerechtelijke schadeafwikkeling.²⁵⁾ Hoe dat ook zij, gevalsvergelijking lijkt in de ogen van de Hoge Raad te mogen, of misschien zelfs wel te moeten, ophouden bij onze landsgrens. Van een verplichting om over de grens te kijken is in elk geval geen sprake meer, en als de rechter het toch doet – een rechter met discretionaire bevoegdheid die op alle omstandigheden van het geval moet letten kan natuurlijk weinig verboden worden – dan wordt uitdrukkelijk meegedeeld dat ontwikkelingen in het buitenland niet beslissend kunnen zijn.²⁶⁾ Het is de vraag in hoeverre dit houdbaar is, als zou blijken dat in de ons omringende landen een merkkelijk afwijkende begroting van dezelfde soort schade zou plaatsvinden. Maar die vraag daargelaten: het kan in elk geval geen kwaad te onderzoeken welke praktijk in het buitenland gevolgd wordt, niet in de eerste plaats om de hoogte van het smartengeld te vergelijken, maar ook om de wijze van begroting te vergelijken. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat we in het buiten-

land aspecten ontdekken waarmee het in ons land toegepaste systeem verbeterd zou kunnen worden.

1.4. Smartengeldniveau en indexering

Om toch nog even stil te staan bij het hete hangijzer van de concrete hoogte van het smartengeld: hiervoor werd reeds aangestipt dat deze uiteraard onderworpen is aan inflatie en derhalve moet worden geïndexeerd. Welke index moet worden toegepast is voor zover bekend nog nooit aan de orde geweest: ervan uitgaande dat smartengeld niet bestemd is om te worden besteed aan kosten van de huishouding, lijkt het aangewezen om uit te gaan van het prijspeil van consumptiegoederen. In elk geval mag het niet ver afwijken van de ontwikkeling van het welvaartsniveau in het algemeen. Zoals al werd genoemd kan bij vergelijking met oudere zaken ook aansluiting worden gezocht bij de regeling van de wettelijke rente. Hoe dan ook zal er rekening moeten worden gehouden met de geldontwaarding die is opgetreden sinds de uitspraak waarmee wordt vergeleken.²⁷⁾ Analyse van de smartengeldrechtspraak van de afgelopen jaren leert echter dat de toegewezen bedragen, in elk geval voor wat betreft de hoogste bedragen, nominaal niet of nauwelijks gegroeid zijn. Als daarnaast blijkt – en daarvan mogen we wel uitgaan²⁸⁾ – dat in diverse buitenlandse (maximum) smartengeldniveau een aanzienlijke stijging te zien heeft gegeven, dan mag het 'kijken naar het buitenland' niet meer een bijkomstigheid zijn, maar is dat ten behoeve van slachtoffers in Nederland van het allergegrootste belang.

1.5. Motivering smartengeldbeslissing

Gezegd wordt dat uit de aard van smartengeld voortvloeit dat een beslissing met betrekking tot smartengeld zich slechts in beperkte mate laat motiveren. Op zichzelf lijkt dat in zijn algemeenheid aanvechtbaar gezien de aanwijzingen die de Hoge Raad heeft gegeven met betrekking tot alle factoren die voor de vaststelling van smartengeld een rol (moeten) spelen. De Hoge Raad heeft in 1977²⁹⁾ het volgende gezegd omtrent de motivering van smartengeldbeslissingen: '(...) dat de berekening (...) afhangt van de beoordeling en waardering van een aantal feiten en kansen, welke beoordeling en waardering is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt; dat hiertegen in cassatie alleen dan met succes met motiveringsklachten kan worden opgekomen, als de motivering van de bestreden uitspraak kennelijke vergissingen bevat of als daarbij essentiële stellingen van pp. klaarblijkelijk over het hoofd zijn gezien, of als de motivering geen inzicht verschaft hoe de rechter tot de vaststelling van de schadevergoeding is gekomen (...)' Dit wijst niet op een beperkte mate van motivering, in tegendeel. Dat een beslissing slechts in beperkte mate voor cassatie vatbaar is, betekent in elk geval nog niet dat de beslissing slechts in beperkte mate gemotiveerd behoeft te worden. Intussen blijft het natuurlijk notoir moeilijk om de waarde van begrippen als pijn, leed en andere immateriële schade in een geldbedrag uit te drukken en de motiveringsplicht wordt stellig verlicht door het feit dat de rechter de schade moet schat-

ten. De motivering van deze schatting door de feitenrechter kan vervolgens in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.³⁰⁾ Maar de belangrijkste verlichting van de motiveringsplicht bleek hierboven (noot 16) reeds: indien de rechter in zijn beslissing opneemt dat hij alle feiten en omstandigheden van het geval heeft meegewogen met 'vergelijkbare zaken' die hij heeft gevonden in de Smartengeldgids van Verkeersrecht, is hij van verdere motivering ontslagen.

1.6. De Smartengeldgids van Verkeersrecht

Een hulpmiddel bij gevalsvergelijking is de verzameling van smartengeldjurisprudentie, die geparafraseerd en gebundeld gepubliceerd wordt in de Smartengeldgids van de ANWB, een speciaal nummer van Verkeersrecht dat eens in de drie jaar verschijnt.³¹⁾ De eerste Smartengeldgids is verschenen in 1959 op initiatief van advocaat Van der Veen, die de tot dan toe gewezen smartengelduitspraken wilde categoriseren en bundelen.³²⁾ Tegenwoordig wordt deze taak vervuld door het redactie bureau van het tijdschrift Verkeersrecht.

Van der Veen stelde bij de eerste editie van de Smartengeldgids dat het voor partijen (waaronder de verzekeraar van de veroorzaker van de schade) makkelijker zou moeten zijn om de uitkomst van een geding te voorspellen, waardoor zij eerder in staat zouden zijn om te schikken. De Smartengeldgids bood de betrokken partijen een richtlijn voor de omvang van smartengeldbedragen. Ook zou de gids de rechter de mogelijkheid bieden zich makkelijker te oriënteren.³³⁾

De Smartengeldgids bevat een overzicht van een groot aantal³⁴⁾ beslissingen op het gebied van smartengeld, ingedeeld in hoofdgroepen (ongeval (inclusief foutief medisch handelen), mishandeling, smartengeld bij niet-letsel (zoals arbeidsconflict, schending van privacy e.d.) en beslissingen bij voeging in strafzaken), voor zover zinvol onderverdeeld in rubrieken naar de aard van het letsel. De gids geeft daarmee ook inzicht in de gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat en de diverse factoren die bij de vaststelling ervan een rol spelen. De gids bevatte tot en met de uitgave van 2006 een overzicht van zeven letselschadecategorieën met bijbehorende³⁵⁾ bedragen: gering letsel (< € 1.750), licht letsel (< € 3.250), matig letsel (< € 7.500), ernstig letsel (< € 17.500), zwaar letsel (< € 35.000), zeer zwaar letsel (< € 70.000) en uitzonderlijk zwaar letsel (meer dan € 70.000). Deze indeling staat niet in de laatste uitgave van 2009. Wel zijn in beide uitgaven in een register alle uitspraken in zes groepen verdeeld: minder dan € 1.250, tot € 5.000, tot € 12.500, tot € 25.000, tot € 50.000 en meer dan € 50.000. Uit de rechterlijke praktijk blijkt dat met enige regelmaat verwezen wordt naar de Smartengeldgids.³⁶⁾ Ondanks dat de gebundelde smartengeldjurisprudentie hulp biedt bij de rechterlijke methode van begroting van het smartengeld, blijft het de vraag of de gids de rechter in staat stelt tot de noodzakelijke gevalsvergelijking. Uit de vonnissen en arresten is niet altijd (nauwkeurig) te achterhalen welke waarde aan welke factoren is toegekend. De oorzaak hiervan is gelegen in de beperkte motivering, waaraan zoals bleek geen al te hoge eisen worden gesteld. Bij

onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.

24. Zie art. 6:119 lid 1 BW: 'De schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest'. Over de wijze waarop de rechter rekening dient te houden met de geldontwaarding bij de vaststelling van smartengeld, heeft de Hoge Raad zich vooralsnog niet uitgelaten.
- In de huidige uiteenzetting wordt verder niet ingegaan op deze problematiek. Zie voor een uitvoerige bespreking o.a. de volgende literatuur & rechtspraak: M. Jansen, *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, 's-Gravenhage: ANWB 2009, p. 16; S.D. Lindenbergh, *'Smartengeld en wettelijke rente'*, A&V 2000, p. 134 – 137; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 504-506; S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding, Algemeen, deel 1*, Monografieën BW, nr. B34, Deventer: Kluwer, 2008, aant. 56 en 58; HR 14 januari 2005, NJ 2007/481 (Ahold/Staat; m.nt. J. Hijma; HR 14 januari 2005, NJ 2007/482 (Van Rossum/Fortis; m.nt. J. Hijma).
25. Gezegd kan worden dat de grote vrijheid die de rechter geniet met betrekking tot de vaststelling van de omvang van smartengeld, de betrokken partijen in onzekerheid laat. Deze onzekerheid dient zich aan in het buitengerechtelijk traject in een poging van partijen overeenstemming te bereiken over de hoogte van het te betalen smartengeld. Zie G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 6-9.
26. Zie HR 8 juli 1992, NJ 1992/714, r.o. 3.2 (AMC/O) (VR 1992/133; red. VR). De Hoge Raad overweegt in dit kader: 'Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.'
27. Zie § 2.3.3.
28. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 74-76.
29. HR 1 juli 1977, NJ 1978/73 (Van Doorn/Van Blokland, m.nt. GJS) (VR 1978/80; red. VR).
30. Zie HR 28 januari 1977, NJ 1978/174 (Van de Weijert/Nieuwkoop; m.nt. ARB).
31. De eerste verzameling is opgenomen in het juni-nummer van het destijds nog zeer jonge tijdschrift Verkeersrecht. Telkens na drie jaar werd weer het juni-nummer gewijd aan een 'update'. Vanaf 1985 verschijnt de verzameling als een aparte bundel. Voor het meest recent verschenen smartengeldnummer zie: M. Jansen, *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, 's-Gravenhage: ANWB 2009. Voor september 2012 staat een nieuwe gids op stapel.
32. Zie voor de eerste editie: T.L. van der Veen, *'Uitspraken van Nederlandse rechters over vergoeding van immateriële schade (smartengeld)'*, VR 1959.
33. T.L. van der Veen, *'Uitspraken van Nederlandse rechters over vergoeding van immateriële schade (smartengeld)'*, VR 1959, p. 101-104.
34. In 2006 1.313 uitspraken en in 2009 1.424 uitspraken.
35. De bedragen zoals genoemd in de uitgave van 2006.

36. Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 9 augustus 2005, LJN AU0822; Hof 's-Gravenhage 20 november 2007, LJN BB9590; Rb. Haarlem 16 april 2008, LJN BD5461.
37. Nummers 620 en 636 van de gids van 2009.
38. Nummers 373, 377 en 386 van de gids van 2009.
39. Nummer 702 van de gids van 2009.
40. T.L. van der Veen, 'Uitspraken van Nederlandse rechters over vergoeding van immateriële schade (smartengeld)', VR 1959, p. 102.
41. S.D. Sugarman heeft de gemiddelde smartengeldbedragen van 19 Europese landen op een rij gezet op basis van verzamelde gegevens door McIntosh & Holmes. Zie S.D. Sugarman, 'A Comparative Law Look at Pain and Suffering Awards', 55 DePaul L. Rev. 399, 2005, p. 420-411; D. McIntosh & Holmes, *Personal injury awards in EU and EFTA countries*, The Hague: Kluwer Law International 2003. Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 76-78, die zijn cijfermatig werk heeft gebaseerd op de gegevens die zijn verzameld voor de leden van de Pan European Organisation of Personal Injury Lawyers (PEOPI), zie: M. Bona & P. Mead (ed.), *Personal injury compensation in Europe: a comparative study and guide to right to claim full and fair compensation, protection of primary victims, recoverable losses, psychiatric damage, limitation law, harmonization*, Deventer, Kluwer 2003.
42. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75-77.
43. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75.
44. S.D. Lindenbergh, 'Tranen met duiten, over het paradoxale karakter van het smartengeld', in: T. Hartlief, S.D. Lindenbergh, *Tien penne streken over personen-schade*, Den Haag: SDU 2009, p. 147-156.
45. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 77.
46. Verkeersrecht 2011, pag. 383 (2011 editie 12).
47. Verkeersrecht 2012, pag. 11 (2012 editie 1).

sommige beslissingen wordt een groot aantal feiten en omstandigheden vermeld, en bij andere veel minder. Dat maakt vergelijking uiteraard moeilijk. Er zijn dan ook veel moeilijk te verklaren verschillen. Een vrouw van 27 jaar met whiplash en een functionele invaliditeit (f.i.) van 24 % kreeg (geïndexeerd) € 13.838, een vrouw van 33 met ongeveer dezelfde klachten en een f.i. van 20 % kreeg € 29.133.³⁷⁾ Volledige blindheid aan één oog leidde bij een jongen van 8 die door een stok werd getroffen tot € 20.587, bij een jongen van 17 die door een kogel uit een luchtbuks werd geraakt tot € 24.227 en bij een jonge vrouw die werd getroffen door vuurwerk tot € 30.900.³⁸⁾ Bij ernstige letsels staan meestal veel bijzonderheden, maar daar is, omdat er veel minder vergelijkingsmateriaal is, vergelijking ook moeilijk. De kantonrechter in Rotterdam heeft dat met zoveel woorden gezegd toen hij moest oordelen over een timmerman met longkanker als gevolg van asbestose³⁹⁾, waarbij wel de vraag rijst of in dit geval verhoudingsgewijze vergelijking niet tot een rechtvaardiger uitkomst had kunnen leiden. De timmerman kreeg € 96.866 en overleed aan zijn kanker. Is dat driemaal zo erg als wat de half blinde vrouw overkwam? De waarde van de Smartengeldgids is om deze reden betrekkelijk, maar het geeft wel een bepaald beeld van de wijze waarop Nederlandse rechters tot een begroting van smartengeld komen.⁴⁰⁾

1.7. Samenvatting

Smartengeld is een multifunctionele vorm van schadevergoeding: omdat deze niet concreet kan worden gerealiseerd, wordt gesproken over compensatie. Ook kan genoegdoening van de dader worden verlangd c.q. aan de benadeelde worden geboden. Toekenning van smartengeld heeft ook een belangrijke functie als erkenning en kan dienen ter handhaving van fundamentele rechten. Deze verschillende functies bestaan naast elkaar en sluiten elkaar niet uit. Smartengeld wordt begroot door schatting, waarbij rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Het beginsel van rechtseenheid brengt met zich mee dat de rechter zich bedient van gevalsvergelijking, waarbij gebruik wordt gemaakt van de Smartengeldgids van Verkeersrecht. Bedragen die in het verleden zijn vastgesteld dienen, om vergelijking mogelijk te maken, te worden geïndexeerd. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten aanwijzingen gegeven met betrekking tot de vaststelling van smartengeld, maar hij stelt zich bij de beoordeling van de toewijzing van de daadwerkelijke smartengeldbedragen terughoudend op. Er lijkt sprake te zijn van een zekere stagnatie bij de ontwikkeling van de hoogte van het smartengeld. De discussie rondom de stagnatie van smartengeldbedragen is de laatste jaren in Nederland des te meer gegroeid door de toenemende toegankelijkheid van informatie omtrent de hoogte van smartengeldbedragen over de grens, waar de bedragen een stuk hoger liggen.⁴¹⁾ Een mogelijke verklaring voor de stagnatie van de ontwikkeling in Nederland is gelegen in de vaststelling van het smartengeld door gevalsvergelijking waarbij niet verder wordt gekeken dan naar gevallen uit het verleden, waardoor verstarring dreigt. Vergelijking met het bui-

tenland wordt door de Hoge Raad niet gestimuleerd, maar het lijkt toch wenselijk om over de grens te kijken.⁴²⁾ In de literatuur en de praktijk wordt dan ook om redenen van rechtseenheid, efficiëntie en rechtsontwikkeling op nationaal niveau en in het kader van een steeds meer samen-vloeiend Europa, steeds meer gepleit voor een evaluatie van de Nederlandse benadering bij de vaststelling van smartengeld door het vanuit een rechtsvergelijkend perspectief te bezien.⁴³⁾

2. Smartengeldpraktijk in Engeland

Vergelijken met buitenlandse rechtspraktijken is niet zonder haken en ogen. Vergelijkbaarheid van smartengeldpraktijk roept vragen op omtrent definities en waardering en vooral wat en hoe in andere landen wordt gewaardeerd. Bestaat er in het buitenland een even scherp onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade? Vragen die gesteld zouden kunnen worden zijn: welke geldwaarde wordt in het andere land toegekend aan pijn, verdriet en gederfde levensvreugde? Bestaan deze begrippen als zodanig in het andere land? In hoeverre is de waardering van immateriële schade cultureel bepaald? Het is wellicht omdat een antwoord op deze en dergelijke vragen niet zo makkelijk te geven is dat de Hoge Raad zich terughoudend opstelt ten aanzien van vergelijking met buitenlandse gevallen.⁴⁴⁾ Desalniettemin is deze houding, zoals reeds eerder gesteld, niet langer houdbaar in een steeds verder harmoniserend Europa. Dat vergelijking moeilijk is, mag niet met zich meebrengen vergelijking dan maar achterwege te laten. De gesignaleerde opvallend afwijkende ontwikkeling van met name de hoogte van toegekende bedragen dwingt als het ware bijna tot vergelijking. Nederland wordt niet voor niets zo geroemd om zijn vermogen te 'polderen'! Als het in Nederland als een bezwaar wordt gevoeld dat de hoogte van het smartengeld, met name voor de zeer ernstige gevallen, te gering is én als bij onderzoek zou blijken dat dat bezwaar in – bijvoorbeeld – Engeland als gevolg van de aldaar bestaande methode van vaststelling van smartengeld in mindere mate bestaat, dan lijkt het meer dan opportuun om (onderdelen van) het Engelse systeem over te nemen. Lindenbergh stelt zich op het standpunt dat een mogelijke verklaring voor de stagnatie in de ontwikkeling van smartengeldbedragen in Nederland gelegen is in de Nederlandse methode van vaststelling van de omvang van smartengeld.⁴⁵⁾ In het kader van de in december 2011 in Verkeersrecht begonnen discussie over de vaststelling van smartengeld⁴⁶⁾ en aansluitend aan de uiteenzetting van prof. mr. C.C. van Dam in het januarinumnummer⁴⁷⁾ van het Engelse systeem, wordt in het navolgende onderzocht of en in hoeverre Nederland elementen van het Engelse systeem zou kunnen overnemen.

2.1. Engelse benadering

Het Engelse schadevergoedingsrecht wordt gekenmerkt door een relatief globaal onderscheid tussen twee categorieën immateriële schade (non pecuni-

ary loss) te weten: 'pain and suffering' en 'loss of amenity'. Bij 'pain' gaat het om de 'physical hurt or discomfort attributable to the injury itself or consequent upon it'. Bij 'suffering' gaat het om 'mental or emotional distress which the plaintiff may feel as a consequence of the injury: anxiety, worry, fear, torment, embarrassment and the like'. Bij 'loss of amenity' kan men denken aan 'the physical and social limitations inherent in the injury itself, but it extends also to the loss of special amenities which are peculiar to the plaintiff, such as no longer being able to engage in pre-accident hobbies or interests'. Hoewel deze categorieën in theorie verschillend zijn ⁴⁸⁾, worden ze in de praktijk doorgegaan, als er geen aanleiding is voor afzonderlijke waardering, niet afzonderlijk gewaardeerd. ⁴⁹⁾ De vergoeding bestaat uit één bedrag (lump sum). ⁵⁰⁾

2.2. Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases

De thans geldende Guidelines dateren in eerste opzet van 1992, maar daaraan vooraf gaat dat het Court of Appeal in 1983 te oordelen had over een aantal beslissingen van 'trial courts' omtrent de omvang van toegekende smartengeldbedragen. ⁵¹⁾ Daartoe ontwikkelde het Court of Appeal 'categorieën' (brackets) waarin de diverse gevallen konden worden ingedeeld, waarbij in elke categorie het bedrag wegens smartengeld dat zou moeten worden toegewezen met een bepaalde 'bandbreedte' was aangegeven, zodat daarmee tevens 'Guidelines' zouden ontstaan:

'It is an important function of the Court of Appeal to lay down guidelines both as to the quantum of damages appropriate to compensate for various types of commonly occurring injuries and as to the rates of 'interest'. (...) 'Guidelines laid down by an appellate court are addressed directly to judges who try personal injuries actions; but confidence that trial judges will apply them means that all those who are engaged in settling out of court the many thousands of claims that never reach the stage of litigation at all or, if they do, do not proceed as far as trial will know very broadly speaking what the claim is likely to be worth.

(..) A guideline as to quantum of conventional damages or conventional interest thereon is not a rule of law nor is it a rule of practice. It sets no binding precedent; it can be varied as circumstances change. (...) But though guidelines should be altered if circumstances relevant to the particular guideline change, too frequent alteration deprives them of their usefulness in providing a reasonable degree of predictability in the litigious process and so facilitating settlement of claims without going to trial'.

(..) Thus so called 'brackets' are established, broad enough to make allowance for circumstances which make the deprivation suffered by the individual (...) greater or less than in the general run of cases, yet clear enough to reduce unpredictability of what is likely to be the most important factor in settlement of claims. 'Brackets' may call for alteration not only to take account of inflation, for which they ought automatically to be raised, but also, it may be to take

account of advances in medical science which may make particular kinds of injuries less disabling or advanced in medical knowledge which may disclose hitherto unsuspected long term effects'.

Hieruit blijkt dat de richtlijnen in eerste instantie zijn bedoeld als hulpmiddel voor de rechterlijke macht. De eis van rechtszekerheid brengt met zich mee dat de rechterlijke beslissingen voorspelbaar dienen te zijn. Tevens wordt verwacht dat deze voorspelbaarheid gunstige uitstralingseffecten naar het buitengerechtelijk traject zal hebben. Hoewel de richtlijnen als zodanig geen bindende kracht toekomt, is afwijking in beginsel slechts mogelijk als de concrete omstandigheden van het geval daartoe nopen. Echter dient in de gaten te worden gehouden dat de rechtszekerheid (die de richtlijn immers beoogt) onder druk kan komen te staan indien te vaak van de richtlijn wordt afgeweken. De richtlijnen zijn vastgesteld met het oog op precedentes. Vervolgens kunnen de bandbreedtes worden aangepast wanneer concrete omstandigheden daar om vragen; dat wil zeggen naargelang de inflatie maar ook verandering in de maatschappelijke waardering van bepaald letsel als gevolg van ontwikkelingen op medisch gebied. In 1992 is in aanvulling op de richtlijnen van het Court of Appeal de eerste 'Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases' verschenen, opgesteld door een speciaal in het leven geroepen commissie, onder toezicht van de Judicial Studies Board (hierna: de *JSB-richtlijn*). ⁵²⁾ Sedertdien worden de Guidelines gemiddeld eens in de twee jaar zonodig aangepast. ⁵³⁾ De bevoegdheid van de Engelse rechter de omvang van een vergoeding voor immateriële schade in een concreet geval te beoordelen blijft met de komst van de *JSB-richtlijn* desalniettemin onaangetaast. Bovendien kan het Court of Appeal excessieve schadevergoedingen in het concrete geval aanpassen. ⁵⁴⁾ Zoals in *Wright v. British Railway Board* reeds bleek, acht het Court of Appeal zichzelf het meest aangewezen orgaan om in laatste instantie te beslissen over het algemene niveau van schadevergoeding in letselschadezaken. Bovendien acht het Court of Appeal de 'House of Lords' de meest geschikte hoogste instantie in de meer principiële zaken betreffende letselschade. Voor de inhoud van de Guidelines moge ik verwijzen naar de bijdrage van Van Dam in Verkeersrecht van januari van dit jaar ⁵⁵⁾, evenals voor de invloed van de Law Commission ⁵⁶⁾ en de beslissing van het Court of Appeal in de zaken bekend onder de naam *Heil v. Rankin* ⁵⁷⁾.

2.3. Doelstellingen Guidelines

Belangrijk is dat uit het voorafgaande blijkt dat de Court of Appeal zich noch door het bestaan van de Guidelines, noch door de Law Commission het primaat inzake vaststelling van smartengeld heeft laten ontnemen. De *JSB-richtlijn* geeft slechts het huidige niveau weer van smartengeld dat is toegekend door de rechter, en is geenszins bedoeld als een soort 'rekentabel'. Het is juist niet de bedoeling het individuele oordeel van de rechter dat door concrete omstandigheden wordt gevormd, aan

48. Zie C.C. van Dam, VR 2012, pag. 11, die er op wijst dat *pain and suffering* subjectief beoordeeld wordt, en *loss of amenities* objectief, wat bijvoorbeeld verschil maakt bij bewusteloosheid.
49. H. McGregor, *McGregor on damages*, London: Sweet & Maxwell 2003, nr. 3-003 – 3-004, p. 53-54.
50. C.C. van Dam, VR 2012, pag. 12.
51. *Wright vs. British Railway Board* (1983), 2 AC 773, 784-785.
52. Judicial Studies Board (JSB) verzorgt trainingen voor rechters. Verder brengt de JSB sinds 1992 richtlijnen (Guidelines) voor schadevergoeding uit. <Informatie beschikbaar op: www.judiciary.gov.uk>.
53. In 2010 verscheen de tiende editie.
54. H. McGregor, *McGregor on damages*, London: Sweet & Maxwell 2003, nr. 35-229 – 35-236, p. 1300-1302.
55. VR 2012 editie 1, pag. 11.
56. De Law Commission is een onafhankelijk orgaan, opgericht in 1965 onder de Law Commission Act 1965 met als doel het Engelse recht in de gaten te houden en aanbevelingen voor herziening uit te brengen indien en waar nodig. Informatie beschikbaar op: <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/index.htm>
57. *Heil v. Rankin and another and other appeals* (2000) 3 All ER, 138. *Heil v. Rankin* is één van de acht gevoegde zaken die behandeld zijn door het Court of Appeal op aanbeveling van de Law Commission inzake de hoogte van de vergoeding van immateriële schade waarin tevens sprake was van letselschade. Hierna verder aangeduid als: *Heil v. Rankin* (2000) 3 All ER, 138.

58. The Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, Oxford: Oxford University Press 2010, Foreword to the First Edition by Lord Donaldson of Lynton, p. ix-x.
59. The Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, Oxford: Oxford University Press 2010, Foreword to the Tenth Edition by Lord Neuberger of Abbotsbury, p. vii & Foreword to the First Edition by Lord Donaldson of Lynton, p. ix-x.
60. Verkeersrecht 2012 editie 1, pag.11.
61. Bijvoorbeeld ook: de mate van bewustheid van de benadeelde, reeds bestaande invaliditeit.
62. Zie het Court of Appeal hierover in *Arafa v. Potter* (1994) PIQR, Q73 & 79: 'We have been referred to the guidelines of the Judicial Studies Board. They are not in themselves law; they form a slim and handy volume which anyone can slip into their briefcases on the way to the county court or travelling on circuit. But the law is to be found elsewhere in rather greater bulk. In this Court we ought to look to the sources rather than the summary produced by the Judicial Studies Board'.
63. P. Barrie, *Compensation for personal injuries*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 302-303.
64. S. Allen, I. Bowley & H. Davies, *APIL Guide to Damages*, Bristol: Jordans 2008, p. 7 & Voorwoord *JSB-richtlijn* 2006.
65. *Heil v. Rankin* (2000) 3 All ER, 138,149, waarin Lord Woolf het volgende heeft overwogen: 'The assessment requires the Judge to make a value judgment. That value judgment had been increasingly constrained by the desire to achieve consistency between the decisions of different judges. Consistency is important, because it assists in achieving justice between one claimant and another and one defendant and another. It also assists to achieve justice by facilitating settlements. The courts have become increasingly aware that this is in the interests of the litigants and society as a whole, particularly in the personal injury field. Delay in resolving claims can be a source of great injustice as well as the cause of expense to the parties and the justice systems. It is for this reason that the introduction of the guidelines by the Judicial Studies Board (JSB) in 1992 was such a welcome development'.
66. The Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, Oxford: Oxford University Press 2010, Foreword to the Tenth Edition by Lord Neuberger of Abbotsbury, p. vii & Foreword to the First Edition by Lord Donaldson of Lynton, p. ix-x.
67. Voor relatief kleinschalige onderzoeken naar een eventuele verklaring voor de verschillen tussen de verschillende landen, zie: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 76-78, die zijn cijfermatig werk heeft gebaseerd op gegevens die zijn verzameld door de leden van de Pan European Organisation for Personal Injury Lawyers (PEOPI).

banden te leggen. Het is immers de bedoeling de ruimte aan de rechters te laten om met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. Tevens is deze richtlijn niet bedoeld het gemiddelde smartengeldniveau in algemene en concrete zin te verhogen of te verlagen.⁵⁸⁾ Uit de richtlijn zelf blijkt dat deze beoogt een distillaat te bieden uit eerdere rechterlijke beslissingen, in aanvulling op de collectieve ervaring van de commissie om zo het resultaat in een geschikte, logische en coherente vorm als hulpmiddel ter beschikking te stellen aan betrokken partijen zowel in geval van gerechtelijke als buitengerechtelijke trajecten. Dit met het doel de rechtseenheid in het gerechtelijk traject en de efficiëntie in het buitengerechtelijk traject te vergroten.⁵⁹⁾

2.4. Guidelines in de praktijk

De inhoud van de *JSB-richtlijn* is reeds door C.C. van Dam⁶⁰⁾ aangeduid, zij het dat de indeling in categorieën en subcategorieën enigszins fijnmaziger is dan in het kader op pagina 12 is weergegeven. Bij psychische schade bijvoorbeeld worden posttraumatische stressstoornis en chronische pijn onderscheiden. Aan de *gezichtspunten* ('considerations') waarvan Van Dam er, in geval van volledige verlamming van ledematen, vier noemt, komt een belangrijke plaats toe. De opsomming is uitgebreider⁶¹⁾ en, nog belangrijker, niet limitatief. Mogelijk was de richtlijn aanvankelijk nog iets globaler. In elk geval werd deze in het begin in de praktijk niet met veel enthousiasme ontvangen.⁶²⁾ Onder meer stond de betrouwbaarheid van de bedragen ter discussie.⁶³⁾ Ondanks dat ook in Engeland geen empirisch onderzoek is verricht naar de vraag in welke mate de (rechterlijke en buitengerechtelijke) praktijk daadwerkelijk gebruik maakt van de *JSB-richtlijn*, kan gezegd worden dat door goede ervaringen in de praktijk gaandeweg de waardering voor de richtlijn is toegenomen. Gezegd kan worden dat tegenwoordig vrijwel alle letselschadezaken in enige mate worden vastgesteld in het licht van de *JSB-richtlijn*.⁶⁴⁾ Het Court of Appeal heeft in de zaak *Heil v. Rankin* de *JSB-richtlijn* expliciet als een welkome ontwikkeling aangeduid.⁶⁵⁾ Bovendien bevat iedere versie van de richtlijn die herzien wordt een incorporatie van suggesties van alle belanghebbende partijen, hetgeen onder andere ervoor heeft gezorgd dat deze richtlijn een toonaangevend instrument is geworden bij de wijze van vaststelling en omvang van vergoeding voor immateriële schade in Engeland.⁶⁶⁾

2.5. Tussenbalans

Uit het vorenstaande is gebleken dat Engeland een wezenlijk andere benadering ten aanzien van de vaststelling van smartengeld heeft dan Nederland. In Engeland is men gekomen tot coördinatie van smartengeldrechtspraak in de vorm van de *JSB-richtlijn*. Gezegd kan worden dat ook in Engeland het smartengeldniveau hoger ligt dan in Nederland. Eerder is reeds opgemerkt dat het achterblijven van het smartengeldniveau in Nederland ten opzichte van andere landen waarschijnlijk is gelegen in de Nederlandse methode van vaststelling van smartengeld, namelijk door gevalsvergelij-

king. In Engeland wordt steeds vaker gebruik gemaakt van een gestandaardiseerde methode ten aanzien van de vaststelling van smartengeld die weliswaar ook – net als in Nederland – gebaseerd is op feitelijke uitspraken, maar een eigen leven is gaan leiden. De conclusie dat het smartengeldniveau in dit land zich daardoor anders heeft ontwikkeld dan in Nederland, lijkt voor de hand te liggen. Voor het antwoord op de vraag of deze conclusie juist is, zullen de verschillen tussen beide methoden nader moeten worden onderzocht. Het is nuttig de voor- en nadelen van de twee benaderingen naast elkaar te leggen, zodat er gedegen conclusies getrokken kunnen worden, voordat bekeken kan worden of elementen van de Engelse benadering ook toepasbaar zou kunnen zijn in Nederland.

3. De verschillen

Waar Nederland een systeem van gevalsvergelijking ten aanzien van smartengeld hanteert, kent Engeland een van de Nederlandse afwijkende benadering waarbij er met min of meer gecoördineerde mechanismen wordt gewerkt. Eerder is gebleken dat een rechtsvergelijkend onderzoek naar smartengeldniveaus in de meeste Europese landen waaronder Engeland, uitwijst dat de toegevoegde smartengeldbedragen in deze landen vaak hoger liggen dan in Nederland. Een grootschalig onderzoek naar de achtergrond van de verschillende benaderingen heeft tot op heden echter nog niet plaatsgevonden.⁶⁷⁾ Verondersteld kan worden dat aan de verschillen uiteenlopende historische ontwikkelingen op sociaal-economisch terrein ten grondslag liggen. Verschillende cultureel-maatschappelijke achtergronden ten aanzien van de rechterlijke macht, haar maatschappelijke taak en verantwoordelijkheid, alsmede verschillen in waardering van immateriële schade kunnen hebben geleid tot een verschillend systeem ten aanzien van vaststelling van smartengeld en tot een verschillende houding van de rechterlijke macht ten aanzien van de toewijzing en omvang van smartengeld. Een kenmerkend verschil is immers dat in Engeland de rechterlijke macht zich daadwerkelijk met de coördinatie van smartengeld heeft bemoeid. De verschillen in historische ontwikkeling ten aanzien van de inrichting van de rechterlijke macht in de Nederland en Engeland zou zich ook hebben kunnen geuit in verschillende benaderingen en verschillende smartengeldniveaus. Misschien speelt ook het oer-Nederlandse 'polderen' een rol, waardoor wij meer geneigd zijn de één vooral niet veel meer of minder te laten ontvangen. Deze en mogelijk nog andere factoren sluiten elkaar niet uit, maar overlappen en beïnvloeden elkaar, en kunnen dus niet los van elkaar bekeken worden. Om alle hierdoor opkomende vragen te kunnen beantwoorden, is echter een grootschalig onderzoek nodig. Een dergelijk onderzoek zou de reikwijdte van dit artikel te buiten gaan en de mogelijke verklaringen voor de verschillen aan de hand van sociaal-economische, cultureel-maatschappelijke en staatsrechtelijke factoren in Nederland en Engeland zullen verder dan ook niet worden uitgewerkt.

3.1. Voor- en nadelen van de twee benaderingen

Het is nuttig de voor- en nadelen op een rijtje te zetten, alvorens uitspraken te kunnen doen over de meest wenselijke benadering ten aanzien van smartengeld. Daarbij kan bekeken worden of in elk van beide systemen het algemene rechtsbeginsel van rechtseenheid en daaruit voortvloeiend de bijzondere rechtsbeginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid (voldoende) worden gerealiseerd en gewaarborgd.⁶⁸

3.1.1. Nederland

Eerder is aan bod gekomen dat de kritiek op de Nederlandse benadering ten aanzien van smartengeld zich onder andere richt op de huidige wijze van gevalsvergelijking. Allereerst wordt gesteld dat de methode van gevalsvergelijking nogal willekeurig is te noemen, omdat de vaststelling van 'gelijke' gevallen tamelijk problematisch is, immers geen geval is gelijk te noemen. Objectieve factoren aan de hand waarvan de rechter tot een vergelijking en vaststelling van een smartengeldvergoeding komt, ontbreken vooralsnog.⁶⁹ De aanwijzing van de wetgever aan de rechter dat deze rekening dient te houden met 'alle omstandigheden van het geval' bij de vaststelling van de omvang van smartengeld, wordt in de praktijk als vaag en richtingloos ervaren. Bovendien lijkt dit juist te leiden tot onherleidbare verschillende resultaten in min of meer gelijke gevallen. Daarnaast beschouwt de Hoge Raad de vaststelling van de omvang van smartengeld als een aangelegenheid voor de feitenrechter en geeft hij derhalve nauwelijks richting aan de manier waarop smartengeld dient te worden vastgesteld.⁷⁰ Hier komt nog eens bij dat de feitenrechter op zijn beurt niet gehouden is een uitgebreide motivering van de smartengeldbeslissing te geven, hetgeen de inzichtelijkheid van de factoren die de feitenrechter in aanmerking heeft genomen om tot zijn beslissing te komen niet bevordert.⁷¹ Bovendien dient de rechter bij de vergelijking met eerder gewezen gevallen rekening te houden met de sindsdien opgetreden geldontwaarding, aldus de Hoge Raad. Echter over de wijze waarop dit dient te gebeuren heeft de Hoge Raad zich vooralsnog niet uitgelaten. Afgezien daarvan is gebleken dat de rechter doorgaans geen rekening houdt met de geldontwaarding⁷², ondanks dat in de Smartengeldgids naast het daadwerkelijk toegewezen bedrag een geïndexeerd bedrag is vermeld.⁷³ Dit alles in overweging nemende kan gezegd worden dat de eis van rechtsgelijkheid en daarmee de eis van rechtseenheid niet of onvoldoende wordt gewaarborgd.⁷⁴

Als tweede punt van kritiek wordt aangedragen dat de grote beslissingsruimte die de rechter toekomt bij de vaststelling van smartengeld, de betrokken partijen vaak in onzekerheid laat, hetgeen zich weer in negatieve zin doet gevoelen in het buitengerechtelijke traject, waardoor dit niet geheel efficiënt verloopt. De eis van rechtszekerheid houdt onder andere in dat uitspraken voorafspreekbaar dienen te zijn. Burgers in het algemeen en de betrokken partijen in het bijzonder in het buitengerechtelijke traject, moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de waarschijnlijke toekomstige rechterlijke beslissingen.⁷⁵ Als argument hiertegen kan weliswaar worden aangevoerd dat de rechtsonzekerheid als gevolg van de rechtelijke vrijheid bij de vaststelling van smartengeld juist ruimte lijkt te creëren voor onderhandelingen tussen de betrokken partijen (slachtoffers, daders, hun belangenbehartigers en hun verzekeraars), maar grote onderhandelingsruimte kan ook weer tot 'coördinatieproblemen' bij de afstemming van de individuele doelen, belangen en informatie tussen de betrokken partijen leiden tijdens deze buitengerechtelijke onderhandelingen.⁷⁶

De Smartengeldgids, tenslotte, is als hulpmiddel voor de vaststelling van smartengeld ook geen kritiek bespaard gebleven. Deze kritiek betreft meer dan alleen de relatieve waarde die aan de verzamelde uitspraken gehecht kan worden⁷⁷ en richt zich tevens op de indeling van de Smartengeldgids. Zo vinden sommige critici de indeling te globaal, waardoor lastig is vast te stellen tot welke categorie bepaald letsel behoort. Een zwaarder punt van kritiek op de Smartengeldgids is dat er naast de aard en ernst van het letsel geen rekening wordt gehouden met andere (mogelijk relevante) factoren.⁷⁸ Dit komt mogelijk doordat niet alle omstandigheden die zijn meegewogen door de rechter ook daadwerkelijk in de uitspraak zijn vermeld, waardoor deze omstandigheden logischerwijs ontbreken in de verzameling van uitspraken. Verder is kritiek geuit ten aanzien van de onduidelijkheid omtrent het moment waarnaar de omvang van het smartengeld wordt begroot. Duidelijkheid omtrent dit 'meetmoment' is niet alleen van belang voor de berekening van de looptijd van de wettelijke rente (rekening houdend met de geldontwaarding bij de vaststelling van de omvang van smartengeld), maar ook voor de vergelijkbaarheid van gevallen. Als men er van uit gaat dat de immateriële schade ontstaat op het moment van het ongeval, dan is de datum van het ongeval van het eerder gewezen geval leidend voor de vergelijking van het smartengeldniveau voor het huidige geval en voor de berekening van de wettelijke rente.⁷⁹ In de praktijk is een dergelijke gevalsvergelijking moeilijk gebleken, aangezien uit de gepubliceerde uitspraken in de Smartengeldgids niet naar voren komt welk 'meetmoment' is gekozen voor de waardering van de omvang van de geleden immateriële schade, maar ook de datum van het ongeval niet steeds is vermeld.⁸⁰

Alle bezwaren en de eventuele ontkrachting hiervan in overweging nemende kan aldus gezegd worden dat de Nederlandse wijze ten aanzien van vaststelling van smartengeld onvoldoende het algemene rechtsbeginsel van rechtseenheid en daaruit voortvloeiend de bijzondere rechtsbeginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid realiseert en waarborgt. Dit is het gevolg van de afwezigheid van een richtlijn met richtbedragen, afwezigheid van omlijnde factoren die meegewogen worden bij de beoordeling en een summier motivering door de Nederlandse rechter. Een summier motivering van de rechter kan overigens leiden tot slechte acceptatie van de uitspraak bij de betrokken partijen en slechte vergelijkbaarheid van gevallen.

68. Het streven naar het beginsel van rechtseenheid is gelegen in de realisatie en waarborging van rechtsgelijkheid, rechtseenvoud en rechtszekerheid. Zie A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', in: *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 319-320.
69. G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 179.
70. G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 7.
71. Zie § 2.6.
72. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 231.
73. M. Jansen, *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, 's-Gravenhage: ANWB 2009, p. 16. De geïndexeerde bedragen zijn gebaseerd op cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek met betrekking tot gezinsconsumptie.
74. G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 175.
75. G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 9.
76. W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, nommering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), 2004, p. 25-38. Zie vervolgens voor een uitgebreide opsomming en bespreking van de mogelijke coördinatieproblemen in het buitengerechtelijk traject: p. 63-98.
77. Zie § 2.7.3.
78. H.M. Storm, H.P.A.J. Kamp & E.W. Schön, 'Personenschade' in: J.M. Barendrecht e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 256-306. Hoewel de Hoge Raad de aard en ernst van het letsel als centrale criterium voor de bepaling van de omvang van smartengeld heeft gesteld (zie § 2.4.2), neemt dit evenwel niet weg dat andere factoren een rol kunnen spelen. Deze overige factoren kunnen bijv. zijn: (a) uitwerkingen op werk, studies, relaties en vrijetijdsbesteding, (b) leeftijd en geslacht, (c) mate van bewustheid en (d) oorzaak, aard aansprakelijkheid, vertragung in afwikkeling. Voor een bespreking van deze factoren zie: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 248-252.
79. S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld en wettelijke rente', A&V 2000, p. 137.
80. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 73.

81. Zie introductie *JSB-richtlijn* 2010, p. 1.
82. *Heil v. Rankin* (2000) 3 All ER, 138,153.
83. I. Giessen, 'Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?', *NJB* 2001-3, p. 122.
84. W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letsel-schade en transactiekosten*, Deventer: Kluwer 1999, p. 118.
85. Zie bijv. J.M. Beer, 'Normering in het schaderegelingsproces', in: W.A.M. van Schendel e.a., *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 18-19. Zie vervolgens voor een weerlegging van de kritiek op de normeringsgedachte: C.J.J.M. Stolker & F.H. Poletiek, 'Smartengeld – wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie', in: *Bewijs en Letselschade*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 78-80.
86. Zie onder meer: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 272; I. Giessen, 'Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?', *NJB* 2001-3, p. 121-123; E. H. Hondius, 'Schadenormering op Europees niveau', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, Bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 83-89; H.J. Sniijders, 'Enige opmerkingen bij rechtsonzekerheid en schade', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, Bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer, Kluwer 2002, p. 120-121; K. Teuben, *Rechtshandelingen in het burgerlijk (proces) recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, p. 5.

3.1.2. Engeland

De *JSB-richtlijn* is niet meer weg te denken uit de huidige Engelse rechterlijke en buitengerechtelijke praktijk ten aanzien van de vaststelling van smartengeld. De nadelen in de vorm van bezwaren tegen deze benadering zijn miniem ten opzichte van de vele voordelen die deze benadering biedt. Toch is het voor de volledigheid nuttig ook stil te staan bij de bezwaren ten aanzien van de Engelse benadering ten aanzien van smartengeld. Ten eerste blijkt uit de *JSB-richtlijn*⁸¹⁾ dat deze niet alle mogelijke categorieën van letsel bestrijkt. Anderzijds blijkt wel dat de Judicial Studies Board openstaat voor suggesties uit de praktijk om eventueel nieuwe categorieën aan de richtlijn toe te voegen. Een substantiëler argument richt zich niet zozeer tegen de *JSB-richtlijn* als wel tegen de rechterlijke gang van zaken de normering zelf in de hand te nemen. Het Court of Appeal acht zichzelf bevoegd en geschikt om in laatste instantie de doelmatigheid van het huidige smartengeldniveau te beoordelen in het licht van de bestaande perspectieven. Mochten de smartengeldvergoedingen inadequaat blijken te zijn, dan past het Court of Appeal deze aan de huidige tijdsgeest aan. Deze rechterlijke taak zou een discussie naar de verhouding tussen de rechter en de wetgever kunnen oplaaien. Het Court of Appeal heeft zich hierover expliciet uitgesproken door te stellen dat het wel degelijk in staat is zelf de normerende taak uit te voeren en deze niet aan de wetgever te hoeven overlaten. Bovendien kan de wetgever altijd nog ingrijpen op het moment dat zij dat nodig acht, aldus het Court of Appeal.⁸²⁾ Ook al zou gezegd kunnen worden dat dit op zichzelf geen sterk argument is om de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter te verleggen, toch is het aan de rechter om de omvang van de immateriële schadevergoeding te bepalen, waarbij het streven naar een zekere normering van het smartengeldniveau in het verlengde hiervan ligt. Bovendien is deze gedachtegang in het Engels rechtssysteem niet vreemd, waarbij de Common Law (het rechtshandelingen) als het belangrijkste deel van het recht wordt gezien.⁸³⁾

Wanneer men de bovengenoemde bezwaren tegenover de voordelen van de Engelse benadering ten aanzien van smartengeld (waarbinnen veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de *JSB-richtlijn*) stelt, dan blijkt dat de geringe bezwaren niet opwegen tegen de vele voordelen die met een dergelijke benadering worden bereikt. De gehanteerde werkwijze in het Engelse recht heeft namelijk tot gevolg dat op korte termijn op een vrij breed vlak tot op zekere hoogte normering en standaardisering van het smartengeldniveau kan worden bereikt. Bovendien is de indeling van de *JSB-richtlijn* overzichtelijk en gebruiksvriendelijk te noemen, doordat richtbedragen met bandbreedtes per type letsel zijn aangegeven, waarbinnen naar gelang van de concrete omstandigheden en al of niet aan de hand van 'gezichtspunten' een nadere afstemming kan plaatsvinden. De overzichtelijkheid van de *JSB-richtlijn* komt de transparantie van de besluitvorming door de rechter ten goede, waardoor een beslissing in het gerechtelijk traject eerder tot acceptatie bij de betrokken partijen kan leiden.

Overigens leidt de transparantie in een buitengerechtelijk traject waarschijnlijk tot een efficiënte afwikkeling van schadeclaims, doordat transactiekosten bespaard kunnen worden.⁸⁴⁾

De gestandaardiseerde methode ten aanzien van vaststelling van smartengeld op basis waarvan bestaande rechtspraak aan de hand van een beschrijving van letselcategorieën met bedragen en bandbreedtes zijn geformuleerd en die jaarlijks worden aangepast door de opstellers (Judicial Studies Board), realiseert en waarborgt het beginsel van rechtseenheid en daarmee de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Deze rechtsbeginselen worden gerealiseerd en gewaarborgd door de voorspelbaarheid van een mogelijke rechterlijke uitspraak, overzichtelijkheid en toegankelijkheid van de *JSB-richtlijn*, alsmede doordat het Court of Appeal als laatste controle instantie het smartengeldniveau in het vizier houdt. Het is deze actieve betrokkenheid van de Court of Appeal die mij heeft ingegeven om het Engelse systeem te karakteriseren als een *rechtshandelingen* in tegenstelling tot het Nederlandse systeem van *gevalsvergelijking*.

3.2. Een blik vooruit in het Nederlandse recht

De wijze van vaststelling in Nederland en Engeland overziend, kan gezegd worden dat allereerst is gebleken dat de Nederlandse wijze van vaststelling van smartengeld tamelijk willekeurig lijkt te zijn. In de literatuur is herhaaldelijk de wens geuit en de noodzakelijkheid benadrukt te komen tot coördinatie van de smartengeldrechtspraak met als gevolg enige vorm van normering of standaardisatie van de wijze van vaststelling, zodat de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zoveel mogelijk kunnen worden gerealiseerd en gewaarborgd. Er zijn ook wel enige kritische geluiden op de normeringsgedachte te horen⁸⁵⁾, maar de positieve geluiden ten aanzien van de normeringsgedachte zijn veelal luider en de normeringsgedachte wordt dan ook in brede kring gesteund.⁸⁶⁾ De bestudering van de benadering in Engeland leert ons dat een *rechtshandelingen* veel kan uitmaken voor het smartengeldniveau en de realisatie en het waarborgen van rechtsbeginselen. Dit leidt logischerwijs tot een aanbeveling van de Engelse benadering, aangezien binnen deze regeling de voordelen de nadelen ruimschoots overstemmen. Binnen een dergelijke regeling zijn richtbedragen geformuleerd voor verschillende letselcategoriën met ruimte voor subjectieve omstandigheden.

Behalve dat een systeem naar Engels model voor de vaststelling van smartengeld in Nederland wenselijk is, doet zich de vraag voor of een dergelijk systeem binnen de huidige Nederlandse context ook gerealiseerd zou kunnen worden. De wetgever heeft namelijk bewust nagelaten nadere regels te formuleren ten aanzien van de wijze van vaststelling van smartengeld, ondanks dat nadere regelgeving mogelijk, wenselijk en doorgaans ook noodzakelijk wordt geacht. Daarnaast heeft de rechter zich iedere keer weer terughoudend opgesteld ten aanzien van het smartengeldniveau en een nadere invulling ten aanzien van de wijze van vaststelling. Van de grote animo voor een zekere normering of standaardisering van de wijze van vaststel-

ling in de literatuur is weinig te merken in de rechterlijke praktijk. Er zijn verschillende concrete voorstellen tot coördinatie van de rechtspraak geuit, maar die hebben tot op heden geen ingang gevonden bij de Nederlandse rechter.

De aanhoudende terughoudendheid van de rechter om, ondanks aanwijzingen van 'verstarring' en de afwezigheid van voldoende rechtseenheid, de wijze van vaststelling van smartengeld te evalueren, laat overigens onverlet dat gezegd kan worden dat een rechtersregeling naar Engels model wel degelijk in het Nederlandse recht zou kunnen passen. Denkbaar is dat naar Engels voorbeeld een commissie van deskundigen mede aan de hand van maatschappelijke perspectieven tot een globale waardering van verschillende soorten letsels komt. Deze zouden vervolgens mede aan de hand van bestaande jurisprudentie per type letsel richtbedragen met zekere bandbreedtes kunnen opstellen, waarbinnen naar gelang de aanwezige concrete omstandigheden tot een bepaald bedrag besloten kan worden.⁸⁷⁾ Bovendien zou hier een rol voor de gerechtshoven of de Hoge Raad weggelegd kunnen zijn als 'poortwachter' van het Nederlandse smartengeldniveau.⁸⁸⁾ De vrees dat een voorbeeld naar de Engelse rechtersregeling juist meer rigide is dan het huidige Nederlandse systeem van gevalsvergelijking is niet terecht. Door middel van een zodanige regeling kan namelijk beter worden ingespeeld op maatschappelijke en medische ontwikkelingen. Verder worden de bedragen jaarlijks geëvalueerd en waar nodig aangepast. Een geleidelijke en weloverwogen verhoging van smartengeldbedragen is in een dergelijk model makkelijker te realiseren dan binnen het Nederlandse, waarin iedere verandering afhankelijk is van een concreet geval en van een concrete rechter.⁸⁹⁾ Ten slotte kan in dit kader opgemerkt worden dat in het Wetsvoorstel Affectieschade reeds werd uitgegaan van een gefixeerde vergoeding.⁹⁰⁾ Alhoewel dit systeem van gefixeerde vergoeding geen rekening houdt met de onderlinge verschillen tussen de rechthebbenden, kan niettemin voorzichtig worden gezegd dat dit misschien het begin is van een veranderende houding en mentaliteit ten aanzien van de normeringsgedachte bij de Nederlandse wetgever en uiteindelijk hopelijk ook bij de Nederlandse rechter.

3.3. Samenvatting

Diverse ontwikkelingen hebben ten aanzien van de vaststelling van smartengeld in Nederland geleid tot een methode van *gevalsvergelijking* en in Engeland tot een *rechtersregeling*. Het ontstaan van de verschillen zou door breed en diepgaand onderzoek nader verklaard kunnen worden, maar het lijkt ook mogelijk om rechtstreeks, omdat dat systeem nu eenmaal beter lijkt te functioneren, (elementen van) het Engelse systeem in het Nederlandse systeem over te nemen. Binnen de Engelse benadering worden namelijk de beginselen van rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid als beste gerealiseerd en gewaarborgd, hetgeen de belangen van de betrokken partijen in het bijzonder en de maatschappij in het algemeen het meest dient.

4. Conclusie

Smart laat zich niet zo makkelijk meten en is derhalve jarenlang onderwerp van discussie geweest in de praktijk. Dat smartengeld een aantal belangrijke functies kan vervullen en vervult, maakt de wijze waarop de omvang van het smartengeld vastgesteld wordt tot een belangrijke vraag. Wanneer men kijkt naar de Nederlandse wijze van vaststelling, is gebleken dat de gehanteerde methode een aantal inconsequenties en leemten vertoont, die de rechtvaardigheid die het recht voor ogen staat in het gedrang brengt. Bovendien is gebleken dat het smartengeldniveau in de andere Europese landen relatief hoger ligt dan in Nederland. Om deze redenen is in dit artikel gestreefd om op basis van rechtsvergelijkend onderzoek inspiratie te putten uit de Engelse benadering ten aanzien van smartengeld. Rechtsvergelijkend onderzoek naar de benaderingen ten aanzien van de smartengeldpraktijk in Nederland en Engeland wijst uit dat Engeland een van de Nederlandse benadering afwijkend, gecoördineerd mechanisme kent ter vaststelling van de omvang van smartengeld. De verschillen in benaderingen laten zich mogelijk verklaren door de sociaal-economische, cultureel-maatschappelijke en staatsrechtelijke factoren die waarschijnlijk een verschillende rol spelen en hebben gespeeld in de genoemde landen, maar slechts een grootschaliger onderzoek zal kunnen leiden tot uitspraken hieromtrent. Maar ook zonder zodanig onderzoek kan gezegd worden dat de Engelse benadering een betere benadering ten aanzien van de vaststelling van smartengeld is te noemen dan de Nederlandse, aangezien de beginselen van rechtseenheid en, daaruit voortvloeiend, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid het beste worden gerealiseerd en gewaarborgd. De vele voordelen van het Engelse systeem overtreffen de geringe ernst van enige punten van kritiek. Een heikel punt hierbij blijft overigens of een dergelijk systeem ook daadwerkelijk zal worden overgenomen in Nederland, gezien de steun die de rechterlijke macht in Nederland biedt aan het in Nederland gegroeide model van 'gevalsvergelijking' aan de hand van de Smartengeldgids en de terughoudendheid van de Nederlandse rechter ten opzichte van (ontwikkelingen in) het buitenland. De Nederlandse rechter zou zich moeten openstellen voor aanwijzingen van tekortkomingen in de nationale rechtspraak en zich laten inspireren door het Engelse model. Immers, recht wordt onrecht als het niet kan meegroeien met veranderende inzichten en omstandigheden.

87. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p.245-246.

88. I. Giessen, 'Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?', *NJB* 2001-3, p. 122.

89. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 68.

90. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 5.