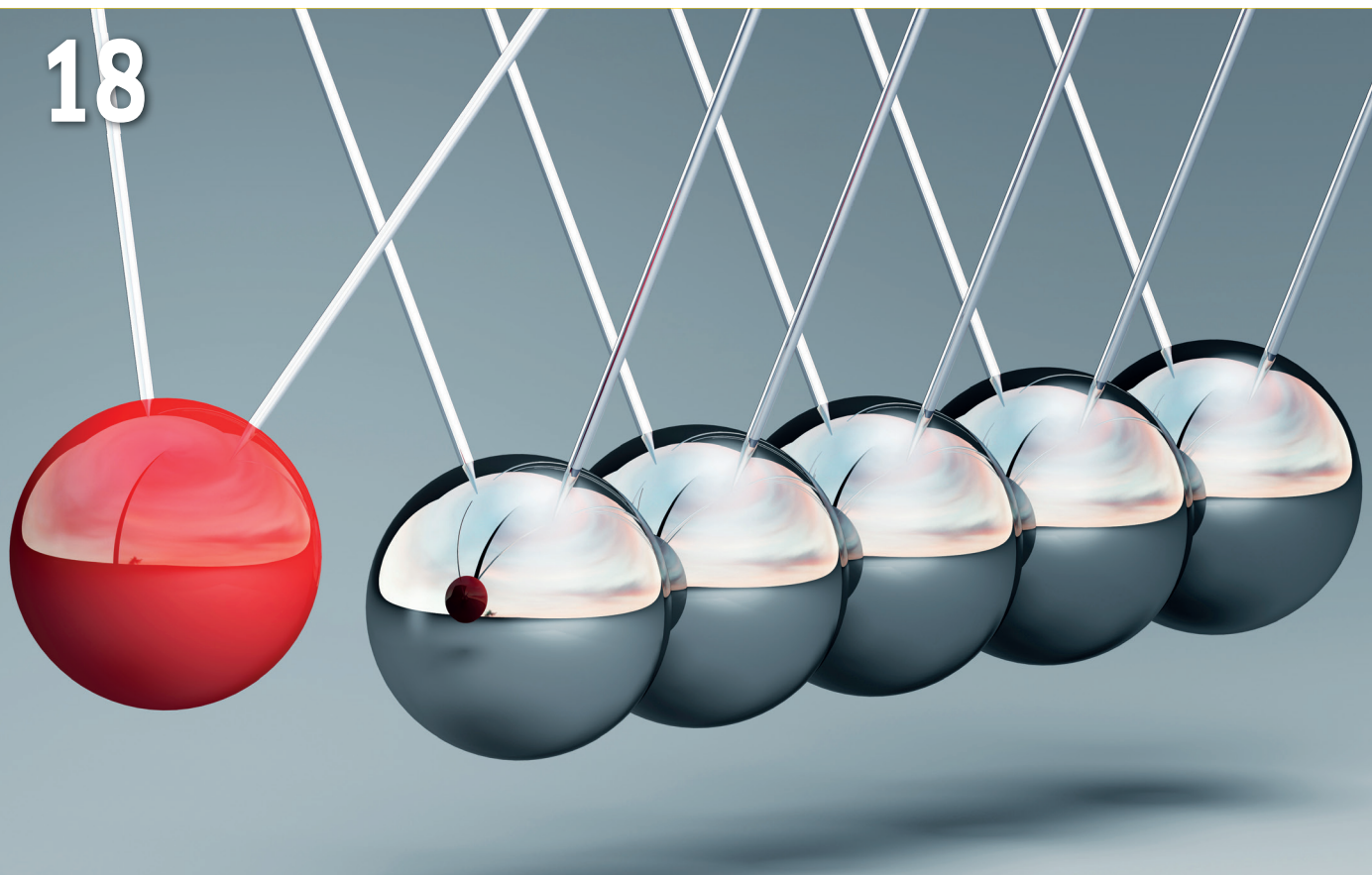


Veeru Mewa en Marco Zwagerman *

18



* Beiden advocaat bij VictimFirst Advocaten, Hoofddorp. Dit artikel verscheen eerder in het Smartengeldboek 2025, 30e druk.

1. Inleiding

Als je slachtoffers van ernstige en blijvende personenschade vraagt naar de schade, dan beginnen ze als eerste over de immateriële gevolgen van het letsel. Het gaat dan over pijn, de klachten en beperkingen en het moeizame herstelproces, maar vooral over de fundamentele verandering die het letsel in het leven heeft teweeggebracht. Die gevolgen staan voor het slachtoffer centraal. De impact van het letsel is een olievlek, die zich uitbreidt van het dagelijks leven en werk, naar persoonlijke relaties, woonsituaties, et cetera. De kern van het leed is het verlies van autonomie en keuzevrijheid. Het leven kan niet meer worden geleefd zoals het slachtoffer dat wil leven. Het afhankelijk worden van anderen raakt een existentiële kernwaarde. Een slachtoffer van een medische fout zei eens: "als ik in de spiegel kijk, dan zie ik mezelf niet meer." En dat had niet te maken met een gehavend uiterlijk.

In deze bijdrage staat het belang van smartengeld voor het slachtoffer centraal. Daarbij is de focus niet primair gericht op de hoogte van het smartengeld. Wel op smartengeld als symbool voor erkenning van de olievlekwerking van de impact van het letsel en de mens achter het

geld voor slachtoffers

materiële schade in en buiten rechte

slachtoffer. In dat kader wordt aandacht besteed aan de plaats die vergoeding van immateriële schade inneemt in het schaderegelingsproces en in procedures. Daar is smartengeld vaak een ondergeschoven kindje. Niet zelden wordt het gezien als sluitpost of als smeerolie in de onderhandelingen. Procedures met alleen het smartengeld als inzet komen nauwelijks voor. Als smartengeld al een onderwerp is in een procedure, dan meestal als onderdeel van een reeks van schadeposten. De aandacht die het smartengeld in en buiten rechte krijgt, is zelden in evenwicht met het belang dat het slachtoffer eraan hecht.

In deze bijdrage breken wij een lans om het smartengeld in de (buiten)rechtelijke afwikkeling van letselschade beter uit te lichten. Als een belangrijk, zo niet het belangrijkste schadeonderdeel voor slachtoffers. Daartoe geven wij handvatten om het smartengeld veel uitgebreider te presenteren en te motiveren. Daarnaast wordt in deze bijdrage, aan de hand van een concrete casus, ook aandacht besteed aan de vergoeding van immateriële schade in natura.

Als eerste zullen wij bespreken wat er bekend is over het belang van smartengeld voor slachtoffers en hun nabestaanden. Daarna beschrijven wij hoe in de letselschadepraktijk wordt omgegaan met smartengeld. Vervolgens komt aan de orde hoe smartengeld in en buiten rechte beter over het voetlicht gebracht zou kunnen worden. Dat maken we concreet aan de hand van een gezichtspuntencatalogus. Daarop aansluitend komt een onderbelicht aspect van smartengeld aan de orde: de mogelijkheden tot vergoeding van smartengeld in natura. We sluiten af met een conclusie en een oproep om smartengeld niet als sluitpost of als wisselgeld in onderhandelingen te beschouwen, maar het helder uit te lichten als symbool van de erkenning van de impact van letselschade.

2. Juridische inbedding van het belang van smartengeld

Het gaat in deze bijdrage over letselschade waarbij sprake is van blijvend letsel dat in ieder geval ook heeft geleid tot blijvend verlies van verdienvermogen en verlies van zelfwerkzaamheid. Niet omdat wij menen dat bij tijdelijk letsel minder belang wordt gehecht

aan smartengeld. Wel omdat wij veronderstellen dat het belang van smartengeld bij blijvend letsel als groter wordt beschouwd dan bij tijdelijk letsel.

Smartengeld is voor personenschadeslachtoffers het belangrijkste schadeonderdeel. Die stelling baseren wij op onze ruime ervaring als letselschadeadvocaten.¹⁾ Wij realiseren ons dat dit als wetenschappelijke onderbouwing wellicht weinig indruk maakt. Ons is echter geen onderzoek bekend waarin slachtoffers worden bevraagd naar de waarde die zij hechten aan vergoeding van immateriële schade door smartengeld, afgezet tegen andere schadeonderdelen als het verlies van arbeidsvermogen. Wij hebben ook geen literatuur gevonden waarin een rangorde van schadeonderdelen voor slachtoffers wordt besproken. Wel is er literatuur verschenen waarin het belang van erkenning wordt beschreven.²⁾ Van Dijck noemt studies waarin erkenning als primaire behoefte wordt gekwalificeerd.³⁾

In de zoektocht naar handvatten voor de stelling dat smartengeld het belangrijkste schadeonderdeel voor slachtoffers is, kom je als eerste uit bij de functies die eraan worden toegedicht. In de wetsgeschiedenis van artikel 6:106 BW worden twee functies van smartengeld genoemd: compensatie en genoegdoening.⁴⁾ Uit die wetshistorie volgt dat de compensatiefunctie van smartengeld voorop staat. De genoegdoeningsfunctie volgt daarna. In dit verband wordt erop gewezen dat het smartengeld is bedoeld als goedmaking van het onrecht dat het slachtoffer heeft getroffen of ter bevrediging van het geschokte rechtsgevoel. Op de derde plaats wordt aan smartengeld ook een preventieve functie toegedicht.⁵⁾

Niet zelden wordt het smartengeld gezien als sluitpost of als smeerolie in de onderhandelingen.

1. Veeru Mewa is 22 jaar werkzaam als (letselschade)advocaat en Marco Zwagerman 33 jaar.
2. Zie: J.R. Wildeboer, 'Schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid – Een problematisch fenomeen', L&S 2020, nr. 2, en het daar genoemde artikel van A.J. Akkermans, 'Achieving Justice in Personal Injury Compensation: The Need to Address the Emotional Dimensions of Suffering a Wrong' (preprint), in: P. Vines, & A. Akkermans (red.), *Unexpected Consequences of Compensation Law*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 15-37. Maar ook: E. Pans, 'Wat wil het slachtoffer echt?' VR 2008, p. 317 en R. Rijnhout, 'Alternatieve vergoedingssystemen in personenschadezaken en slachtofferbehoeften', NTBR 2017/39.
3. G. Van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van de oude toestand', NJB 2015, p. 2531 en de studies waarnaar hij verwijst onder voetnoot 12.
4. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld 2023*, Hoofdstuk 3.2, nr. 37.
5. EV I, PG Boek 6, p. 388.

Erkenning van de impact van het letsel zien de auteurs als de kernfunctie van smartengeld.

Letselschadeslachtoffers hechten veel waarde aan erkenning van de ernst van het letsel en vooral van de impact daarvan op vele facetten van het leven. Smartengeld als compensatie voor het leed wordt als daaraan ondergeschikt gezien. Vooral omdat geld als een zeer gemankeerd, zo niet ongeschikt, middel wordt gezien om de door het letsel veroorzaakte ellende goed te maken. Voorlichting over het smartengeldniveau op basis van de Smartengeldgids leidt bij slachtoffers vaak tot ongeloof. De smartengeldbedragen worden vrijwel zonder uitzondering als te laag, of beter nog, als niet passend ervaren. Op de vraag aan welk bedrag het slachtoffer zelf denkt, worden vrijwel altijd (veel) hogere bedragen genoemd dan uit de Smartengeldgids kan worden afgeleid. Steeds met de kanttekening dat geen enkel bedrag het leed kan verzachten. “Ik wil mijn leven terug”, horen wij steevast van slachtoffers die wij bijstaan. En omdat dat onmogelijk is, is geld altijd second best.

Smartengeld als vergoeding van immateriële schade wordt daarom gezien als een (te klein) doekje voor het bloeden. Dat wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de affectieschaderegeling: *“Daarbij zij opgemerkt dat compensatie van het leed dat de naasten wordt aangedaan hooguit op de achtergrond een motief is om dit recht te erkennen, nu het wegnemen van dit leed door schadevergoeding slechts op gebrekkige wijze kan worden verwezenlijkt.”*⁶⁾

Tegen deze achtergrond zal duidelijk zijn dat genoegdoening door smartengeld bij slachtoffers ook geen prominente rol speelt. Als je leven volledig op zijn kop is gezet, dan compenseert een smartengeldvergoeding het geschokte rechtsgevoel maar heel beperkt. Ook omdat betaling van smartengeld wordt gezien als onderdeel van de zakelijke afwikkeling van de gevolgen van letselschade. In het WODC-onderzoek naar de behoeften van letselschadeslachtoffers uit 2007 verwoordt een letselschadeslachtoffer het zo: *“Maar die verzekeraars die kijken veel meer naar het geld dan naar het verhaal achter het geld, terwijl je als slachtoffer veel meer met het verhaal bezig bent hè, en dat dan vertaald willen hebben in schadevergoeding.”*⁷⁾

In de ruime meerderheid van de gevallen betaalt de verzekeraar van de schadeveroorzaker het smartengeld. Het slachtoffer kan er in dat geval dus geen genoegdoening aan ontleen dat de schadeveroorzaker ook moet bloeden. Sterker nog: de schadeveroorzaker blijft bij de afwikkeling van personen-schade met de aansprakelijkheidsverzekering vrijwel altijd volledig buiten beeld. Vaak weet deze niet dat er een letselschadezaak loopt en is er geen, of maar heel beperkt, contact geweest met het slachtoffer. De zakelijke afdoening door de verzekeraar

draagt eraan bij dat de genoegdoeningsfunctie in de praktijk voor het slachtoffer weinig betekenis heeft.

Erkenning van de impact van het letsel zien wij als de kernfunctie van smartengeld. In de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 6:106 BW wordt erkenning als functie van smartengeld echter niet genoemd. Zoals hiervoor al vermeld is dit wel over het voetlicht gekomen bij de totstandcoming van de affectieschaderegeling. In de lange aanloop daarvan speelt het uit 2007 stammende WODC-onderzoek onder leiding van prof. A.J. Akkermans⁸⁾ een belangrijke rol. Daarin wordt beschreven dat vergoeding van affectieschade door de naaste/nabestaande als erkenning van de emotionele gevolgen wordt opgevat.

In de parlementaire geschiedenis van de affectieschaderegeling, zoals opgenomen in artikel 6:107, lid 1 onder b en 6:108 BW, wordt erkenning als eerste doel van affectieschade genoemd: *“Het recht op vergoeding van affectieschade beoogt in de eerste plaats erkenning te verschaffen dat deze naasten dit onheil wordt aangedaan”*. Daarna wordt genoegdoening genoemd als functie van affectieschade: erkenning en genoegdoening zijn aldus de belangrijkste gronden voor het recht op vergoeding van affectieschade.⁹⁾

Wij zijn van mening dat de belangrijkste functies die aan vergoeding van affectieschade worden toegedicht: erkenning en genoegdoening, ook gelden voor smartengeld in andere gevallen. Met de kanttekening dat de betekenis van genoegdoening voor slachtoffers gering is. In onze op praktijkervaring gestoelde visie is de compensatiefunctie van smartengeld anno 2024 naar de achtergrond verdwenen en vervangen door de erkenningsfunctie. Letselschadeslachtoffers met ernstig en blijvend letsel zien in smartengeld vooral de erkenning van de gevolgen van het letsel in vele facetten van hun leven. Het feit dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis het leven radicaal en vaak in een *split second* is veranderd, vraagt erom gezien en erkend te worden. De tragiek van een door een ander veroorzaakte negatieve wending van het leven, met een noodgedwongen afscheid van plannen en dromen en de noodzakelijke aanvaarding van het nieuwe opgedrongen leven, omdat de herinnering en het vasthouden aan het oude het hier en nu onleefbaar maakt, vindt zijn juridische vertaling wat ons betreft door smartengeld primair te zien als erkenning van die existentiële gevolgen van het letsel.

3. De huidige praktijk

Na de hooggestemde afsluiting van de vorige paragraaf rijst logischerwijs de vraag in hoeverre in de huidige letselschadepraktijk recht

6. MvT, Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3, p. 2. en MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3, p. 3.

7. R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans en N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007, p. 1-116.

8. Zie noot 7.

9. Zie noot 4.

wordt gedaan aan het voor slachtoffers zware gewicht van smartengeld als erkenning van, en in klinkende munt vertaald, leed. Het antwoord daarop kan kort zijn: smartengeld komt er in onderhandelingen en in procedures bekaaid vanaf. Chris van Dijk signaleerde dat ruim tien jaar geleden al.¹⁰⁾ Sindsdien is er weinig veranderd.

In de civielrechtelijke praktijk beperkt de discussie zich niet zelden tot een pingpongwedstrijd met uitspraken uit de Smartengeldgids als bal. Al dan niet onder verwijzing naar de medische stukken. De impact van het letsel, de doorwerking van de gevolgen van het letsel in vele aspecten van het bestaan, komt daarbij mondjesmaat aan de orde. Terwijl daar voor het slachtoffer de echte pijn zit. Het smartengeld is zelden een breekpunt in de onderhandelingen. Sterker nog: naar onze ervaring wordt juist op het smartengeld snel een compromis gesloten. Meestal als uitruil voor een schadeonderdeel met een groter financieel belang. In de eerste plaats moet dan gedacht worden aan het verlies van arbeidsvermogen. Daar is de discussie over de uitgangspunten: welke carrière was zonder de fout mogelijk geweest, welke looptijd voor de toekomstschade wordt aangehouden, welke rekenfactoren worden toegepast et cetera, een mer à boire voor hoogoplopende en tijdrovende discussies. Als tweede schadeonderdeel waarbij het smartengeld als ruilmiddel wordt ingezet, denken wij aan de kosten van mantelzorg. Daar wordt veelvuldig gediscussieerd over de omvang van de verleende mantelzorg en het tarief dat daarvoor moet worden gehanteerd en vergoed. Bij lange looptijden gaat het vaak om zeer substantiële bedragen als vergoeding voor het verlies van arbeidsvermogen en de mantelzorg.

Als het smartengeld, en de daarover verschuldigde wettelijke rente, in onderhandelingen als smeermiddel wordt ingezet om op een voor de financiële toekomst van het slachtoffer belangrijk schadeonderdeel meer binnen te halen, dan leidt dat ertoe dat op de hoogte van het smartengeld wordt toegegeven. Slachtoffers ervaren dit als een koehandel. En dat is het ook. Vanuit het resultaat gedacht is het een begrijpelijke onderhandelings tactiek. Maar het doet afbreuk aan de voor slachtoffers grote symbolische waarde van het smartengeld. Voor hen is het een schadeonderdeel waarmee als laatste gemarchandeerd zou moeten worden.

In de buitengerechtelijke praktijk vinden de meeste eindonderhandelingen over de schadevergoeding en daarmee over het smartengeld buiten aanwezigheid van slachtoffer plaats. Met name vertegenwoordigers van verzekeraars sturen daar op aan. Begrijpelijk: kerwijns vinden zij het moeilijk om met het slachtoffer aan tafel te moeten zeggen dat

het smartengeld wel een onsje minder mag zijn. Wij zijn er een groot voorstander van om het slachtoffer de onderhandelingen over de definitieve schadevergoeding te laten bijwonen. Het is immers niet een puur juridisch, zakelijk gesprek. Het is ook een belangrijke moment voor het slachtoffer om erkenning te krijgen voor de impact van het letsel en de fysieke, mentale en financiële gevolgen daarvan. Wij durven de stelling aan dat een buitengerechtelijke schaderegeling, als resultaat van onderhandelingen die het slachtoffer niet heeft bijgewoond, op een minder groot draagvlak van dat slachtoffer kan rekenen. Het maakt de kans op acceptatie van het onderhandelingsresultaat kleiner. Dat geldt vooral voor het zonder het slachtoffer vastgestelde smartengeld.

Procedures die ook andere schadeonderdelen dan de immateriële schade tot onderwerp hebben geven ongeveer hetzelfde beeld. Ook hier is de aandacht voor de immateriële schade mager. Dat is anders als alleen het smartengeld de inzet is van de procedure. Daar wordt meestal uitvoeriger en met meer diepgang aandacht besteed aan de impact van het letsel.¹¹⁾

De rechter stelt de hoogte van het smartengeld op grond van artikel 6:106 BW naar billijkheid vast. Hij moet daarbij rekening houden met alle omstandigheden van het geval en letten op smartengeldbedragen die eerder door rechters zijn vastgesteld in vergelijkbare gevallen.¹²⁾ De rechter heeft een grote mate van vrijheid bij de vaststelling en motivering van het smartengeld. Dat leidt er in de praktijk regelmatig toe dat de motivering van het smartengeld wordt beperkt tot algemene formules, waarin de aard en ernst van het letsel centraal staan. Als voorbeeld van de overweging waarmee veel rechters de beoordeling van de hoogte van het smartengeld introduceren, wijzen wij op rechtsoverweging 4.4 van het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 2 december 2020, in een zaak waarin de hoogte van het smartengeld aan de deelgeschilrechter werd voorgelegd¹³⁾:

“Immateriële schadevergoeding (smartengeld) vormt een 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 (lichamelijk) letsel heeft opgelopen (artikel 6:106 lid 1 onder b Burgerlijk Wetboek, BW). Bij de begroting daarvan moet de rechtbank rekening houden met alle omstandigheden van het geval, waarbij voor de omvang van de smartengeldvergoeding in het bijzonder bepalend zijn de aard, ernst en duur van het letsel, de pijn, de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde en de gevolgen daarvan voor de betrokkene.

Voor slachtoffers heeft smartengeld een grote symbolische waarde.

10. Zie ook: Chr.H. van Dijk, 'De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld', VR 2013/96.

11. Zie o.a.: rechtbank Rotterdam 17 mei 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:4911 (uitspraaknr. 2.897) en rechtbank Midden-Nederland 2 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5969 (uitspraaknr. 2.536).

12. Hoge Raad 17 november 2000, (Druif/BCE Bouw), ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215, VR 2001/9.

13. Rechtbank Midden-Nederland 2 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5969 (uitspraaknr. 2.536).

Vergroting van de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid kan het draagvlak van een smartengeldbeslissing verbreden.

De rechtbank moet de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn en het gemis aan levensvreugde afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de (meer subjectief te duiden) gevolgen daarvan voor de concrete benadeelde. De rechtbank houdt daarnaast rekening met de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de aansprakelijke partij verweten gedraging.”

Uit deze standaardoverweging blijkt dat rechters zo veel mogelijk concrete handvatten zoeken om de omvang van de immateriële schade te wegen.¹⁴⁾ Het wekt geen verbazing dat de aard en ernst van het letsel in de motivering van het smartengeld door de rechter veel aandacht krijgt, omdat daarover meestal veel min of meer objectieve en concrete informatie voor handen is. Voor de gevolgen van het letsel, de impact, geldt dat veel minder. Dat wordt niet, of maar mondjesmaat vastgelegd. Of de gevolgen moeten uit medische informatie worden afgeleid. Natuurlijk kan de impact van het letsel door het slachtoffer worden beschreven en als bewijsstuk aan de rechter worden gepresenteerd. De beschrijving van een dag uit het leven van het slachtoffer, een dagverhaal, is daarvoor een goede vorm. Het nadeel van dit soort bewijs van de gevolgen is dat een inherent subjectief karakter heeft. Hof Arnhem-Leeuwarden vond dat in zijn arrest van 9 april 2019 geen beletsel om de verklaringen van de partner, het gezin, familie en vrienden als relevant bewijs van de gevolgen van het letsel aan te nemen, naast de verklaring van het slachtoffer en de medische informatie.¹⁵⁾

Het komt vaak voor dat gissen blijft welke waarde de rechter nu heeft toegedicht aan de verschillende aspecten van de immateriële schade in een concrete zaak. De motivering van het smartengeld in het strafvonnis van de rechtbank Rotterdam, waarin het hoogste smartengeld tot nu toe is toegekend, is daarvan een goed voorbeeld:

Vast is komen te staan dat aan de benadeelde partij [slachtoffer] door het bewezen verklaarde strafbare feit rechtstreeks immateriële schade is toegebracht. De benadeelde partij is met een vuurwapen door zijn hoofd geschoten en heeft hierdoor potentieel dodelijk letsel opgelopen in de vorm van onder meer schedelfracturen en een forse, blijvende hersenbeschadiging. De benadeelde partij verblijft in een revalidatiecentrum en is volledig afhankelijk van intensieve zorg. Hoewel het toegebrachte leed van het slachtoffer niet in geld is uit te drukken, zal de immateriële schade, naar maatstaven van billijkheid, worden vastgesteld op € 400.000,-.”¹⁶⁾

Kort maar krachtig, zou je kunnen zeggen.

Daar tegenover staat dat het smartengeld in deze uitzonderlijke ernstige zaak een uitgebreidere motivering had verdiend. Het slachtoffer en zijn naasten, maar ook de rechtspraak, zouden daarmee zijn geholpen. Want die blijven achter met meer vragen dan antwoorden. Zoals: hoe hebben de aard en ernst van de hersenbeschadiging en de aard van de normschending meegewogen in het toegewezen smartengeld? Welke aspecten van de impact van het letsel waren voor de rechtbank belangrijk? Waarom wordt in deze zaak € 400.000,- toegekend terwijl in de enigszins vergelijkbare strafzaken voor de rechtbanken Den Haag en Rotterdam € 350.000,- is toegewezen?¹⁷⁾ Of wordt de summiere motivering verklaard door de stellingen van partijen, het aangeboden bewijs en de betwisting van het gevraagde smartengeld in de beperkte setting van de civielrechtelijke vordering van het slachtoffer in een strafzaak?

Ter bevordering van de rechtszekerheid zou het helpen als de rechter meer inzicht geeft in de factoren die hebben meegewogen in het smartengeld, door deze afzonderlijk te benoemen en te waarderen. Een duidelijke tweedeling in de motivering van factoren die zien op de aard en ernst van het letsel enerzijds en de gevolgen daarvan anderzijds, zal daaraan ook bijdragen. Vergroting van de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid zal bovendien het draagvlak van een smartengeldbeslissing kunnen verbreden.

Door rechters, maar ook in de literatuur, wordt erop gewezen dat de onderbouwing van een smartengeldvordering niet zelden te wensen overlaat.¹⁸⁾ Ook hier beperkt de motivering van het smartengeld zich geregeld tot een beschrijving van het letsel en een verwijzing naar de Smartengeldgids. De stellingen van partijen beperken de rechters dan in de mogelijkheden om buiten de gebaande paden van de Smartengeldgids te treden. En dat is soms frustrerend omdat rechters uit de stukken, met name de medische, het vermoeden krijgen dat er meer speelt dan in de onderbouwing van het smartengeld wordt gesteld. Zij zouden wel een hoger smartengeld willen toewijzen, maar de juiste handvatten ontbreken daarvoor. De letselschadeadvocaten die voor slachtoffers optreden, kunnen zich dat aantrekken. Zij zouden ervoor moeten zorgen dat de smartengeldvordering zo uitgebreid mogelijk wordt toegelicht. Door de rechters zoveel mogelijk objectieve factoren en concrete aanwijzingen te geven ter onderbouwing van de aard en ernst van het letsel, maar vooral van de impact daarvan. Daarover later meer.

Op deze plaats past een reflectie op het huidige systeem van vaststelling van smartengeld. De bezwaren tegen het huidige smartengeldsysteem laten zich ordenen in twee hoofdcategorieën:

14. Zie in dit verband ook: G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', VR 2013/95.

15. ECLI:NL:GHARL:2019:3142, r.o. 2.7 e.v. Dit oordeel werd gegeven in een zaak met niet medisch objectiveerbaar letsel.

16. Rechtbank Rotterdam, 12 juli 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:6787 (uitspraaknr. 2.912).

17. Rechtbank Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6727 (uitspraaknr. 2.712), rechtbank Rotterdam 24 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:13006 (uitspraaknr. 2.558).

18. Chr. H. van Dijk, 'De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld', VR 2013/96.

- I. Bezwaren ten aanzien van de wijze van vaststelling
- II. Bezwaren ten aanzien van de hoogte van het smartengeld.

Ad I. Bezwaren ten aanzien van de wijze van vaststelling

Hiervoor wezen wij er al op dat in de huidige wijze van vaststellen een grote nadruk ligt op de aard en ernst van het letsel. De impact van het letsel op het individuele slachtoffer blijft daardoor te vaak onderbelicht.

De focus op de aard en ernst van het letsel wordt gestimuleerd door de Smartengeldgids. Letselschadejuristen/-experts, letsel-schadeadvocaten en rechters gebruiken de gids standaard bij de gedachtevorming over de hoogte van het smartengeld. Voor rechters geldt bovendien dat de gids het vereiste zicht geeft op smartengeld in vergelijkbare gevallen. Een belangrijk ijkpunt bij de beoordeling van smartengeld.

Het letsel staat in dit bepalende naslagwerk centraal. De uitspraken zijn geordend binnen de vijf hoofdcategorieën: smartengeld na ongeval, smartengeld na medische fout, smartengeld na mishandeling, smartengeld bij niet-letsel, en smartengeld na voeging. Wij zien overigens geen overtuigende argumenten voor deze vijfdeling. Die zou tot drie hoofdcategorieën beperkt kunnen worden: smartengeld na strafbaar feit, smartengeld na niet-strafbaar feit en smartengeld bij niet-letsel.¹⁹⁾

Andere factoren, naast de aard en ernst van het letsel, die relevant zijn voor de vaststelling van smartengeld, ontbreken in de systematiek van de gids. En dat is een groot gemis. Verder schiet de gids als hulpmiddel bij de vaststelling van smartengeld ook tekort bij zaken waarbij sprake is van meerdere soorten letsels. Dat is meer regel dan uitzondering. Blijvend en ernstig letsel is veelal zodanig gecompliceerd dat onduidelijk is in welke categorie het letsel als eerste thuishoort. Verder is onduidelijk is hoe, bij een combinatie van letsels, het letsel met behulp van de Smartengeldgids moet worden gewaardeerd. Het lijkt te simpel om de bedragen uit de verschillende letselcategorieën die aan de orde zijn, bij elkaar op te tellen. Het ligt meer in de rede om uit te gaan van het meest kenmerkende en invaliderende letsel en daarbij de overige, minder ernstige letsels, in aanmerking te nemen als smartengeldverhogende factoren.

De in de Smartengeldgids opgenomen samenvattingen zijn daarnaast summier en nooit exact vergelijkbaar met de concrete omstandigheden in de zaak waarin het smartengeld moet worden vastgesteld. De vaststelling op basis van enigszins vergelijkbare

gevallen uit het verleden wordt daarom al snel als willekeurig ervaren.

Een probleem van de huidige vaststelling is ook dat de mate van voorspelbaarheid van het smartengeld in het concrete geval beperkt is. Dit betekent weinig rechtszekerheid voor slachtoffers. De onvoorspelbaarheid heeft immers gevolgen voor de vaststelling van het smartengeld buiten rechte. De doelmatigheid en de diepgang van de discussie over de hoogte van het smartengeld buiten rechte laat daarom te wensen over. Vooral omdat partijen, bij gebreke van concrete handvatten, worstelen met het bepalen van de hoogte van het smartengeld.

Tegen die achtergrond van de hiervoor genoemde kritiek op de wijze van vaststelling van smartengeld zal het geen verrassing zijn dat wij de ontwikkeling van de Rotterdamse Schaal²⁰⁾ met meer dan gemiddelde belangstelling volgen. Geïnspireerd door Engelse smartengeldrichtlijn²¹⁾ zijn in de Rotterdamse Schaal de Nederlandse smartengeldbedragen geordend naar letselcategorieën. Per categorie wordt een bandbreedte voor het smartengeld gegeven. Deze bandbreedtes zijn een weergave van het Nederlandse smartengeldniveau. Groot voordeel van deze methodiek is dat deze het vaststellen van smartengeld structureert. Dat bevordert de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid van die vaststelling en daarmee de rechtszekerheid. En ander groot voordeel is dat de smartengeldbedragen actueel worden gehouden. Inherent aan de methodiek van de Rotterdamse Schaal is dat de aard en ernst van het letsel leidend zijn bij het zoeken naar de juiste categorie en de bandbreedte. De invloed van de impact van het letsel op het te bepalen smartengeld is beperkt tot het bepalen van de plaats van het concrete smartengeld binnen de bandbreedte: aan de bovenkant, midden of lager?

Ad II. Bezwaren ten aanzien van de hoogte van het smartengeld

De huidige wijze van vaststelling kenmerkt zich door een zekere starheid. Het terugkijken naar uitspraken leidt ertoe dat geen, of onvoldoende rekening wordt gehouden met maatschappelijke ontwikkelingen in binnen- en buitenland. Daarbij kan gedacht worden aan de in de afgelopen decennia sterk toegenomen waardering van de individuele keuzevrijheid, die door (ernstig) letsel sterk verminderd wordt.

Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat de toegewezen bedragen, vooral bij de meest ernstige letsels, de laatste jaren grote stappen omhoog hebben gemaakt. Daarbij springt in het oog dat de strafrechter veel minder schroom kent om hoge bedragen toe te kennen.²²⁾ Bedragen waar in het civiele

Partijen worstelen, bij gebreke van concrete handvatten, met het bepalen van de hoogte van het smartengeld.

19. Zie ook: S.D. Lindenbergh en M. Hebly: *De Rotterdamse schaal. Ordening van smartengeldbedragen bij letsel en andere persoonsaantastingen*, consultatieversie september 2024, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2024, p. 6.

20. S.D. Lindenbergh en M. Hebly: *De Rotterdamse schaal. Ordening van smartengeldbedragen bij letsel en andere persoonsaantastingen*, consultatieversie september 2024, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2024.

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

22. Zie E.W. Bosch, 'Begroot de strafrechter de hoogte van het smartengeld anders dan zijn civiele collega?', in: *Smartengeldboek 2024*.

Benadrukken dat het smartengeld voor het slachtoffer van grote symbolische waarde is.

recht vooralsnog alleen van kan worden gedroomd. Daar staat de teller van het hoogste toegewezen bedrag op € 200.000,-.²³⁾ Dat is in het strafrecht het dubbele: € 400.000,-.²⁴⁾ Natuurlijk is het begrijpelijk dat de aard van de normschending en de genoegdoening zwaar meetelt als verklaring waarom in het strafrecht veel hogere bedragen worden toegerekend. Maar de impact van het letsel voltrekt zich los van de normschending. Tegen die achtergrond vinden wij het verschil in toegewezen bedragen tussen straf- en civiel recht veel te groot. Het is niet uit te leggen dat een slachtoffer van letsel in de allerhoogste categorie in het civiele recht de helft minder krijgt dan in het strafrecht. Het wordt hoog tijd dat de civielrechtelijke waardering van smartengeld meer in de pas gaat lopen met die in het strafrecht.

4. Hoe kan het beter?

Wij breken een lans voor uitlichting van de smartengeldvordering, zowel in de regelingspraktijk als in procedures. Vooral om de subjectieve gevolgen van het letsel, de impact, beter over het voetlicht te laten komen. Deze impact gaat veel verder dan een beschrijving van het letsel en het herstelproces. Dat is slechts de nulmeting van het leven na het ongeval. Met dat leven moet het slachtoffer verder. Het gaat ons erom dat ook (en méér) aandacht te geven.

In de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur wordt in letselschadezaken bij ernstig letsel een zeer uitgebreide beschrijving opgesteld van het leven na het ongeval. Geschreven vanuit verschillende medisch en paramedische disciplines, maar ook vanuit de ervaring van partners, het gezin en familie en vrienden.²⁵⁾ Wie was het slachtoffer voor het ongeval en wie is het nu? Dat wordt aan de hand van beschrijvingen en foto's inzichtelijk gemaakt. De focus ligt daarbij vaak op het dagverhaal. Het komt voor dat een film wordt gemaakt waarop te zien is hoe het slachtoffer gedurende de dag functioneert. Het is verrassend wat een film van een minuut of 10 duidelijk kan maken over de impact van het letsel in het dagelijks leven. Veel meer dan pagina's lange beschrijvingen. De kosten van het maken van zo'n dagrapport en film vallen wat ons betreft onder de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ex artikel 6:96 lid 2 onder b BW. Mits redelijk, dat spreekt.

Om smartengeld de aandacht te geven die het voor slachtoffers verdient, stellen wij voor dat in het (buitengerechtelijke) overleg het smartengeld stevast als eerste schade-post wordt genoemd en toegelicht in een regelingsvoorstel of in een schadeoverzicht. Voor procedures waar het smartengeld (ook) onderdeel is van het geschil, geldt hetzelfde.

In het inleidende processtuk wordt het smartengeld als eerste schadeonderdeel genoemd en toegelicht. Op deze manier wordt benadrukt dat het smartengeld voor het slachtoffer van grote symbolische waarde is.

Hiervoor hebben wij erop gewezen dat aan de Smartengeldgids een systematische ordening van factoren ontbreekt waarin de impact van het letsel tot uiting komt. Om te bevorderen dat die impact op gestructureerde wijze aandacht krijgt in regelingsvoorstellen, processtukken en uitspraken, stellen wij voor dat de impact van letsel wordt gemotiveerd aan de hand van een impactcatalogus. Het gaat dan om de zeven hoofdcategorieën: Persoonlijk en Sociaal leven, Denken, Wonen, Werken, Doen, Mobiliteit en Overige relevante factoren. Die hoofdcategorieën komen tot leven in de vorm van vragen of aandachtspunten. De gedachte is dat 'nalopen' van telkens dezelfde reeks van factoren zal leiden tot een meer uniforme motivering van het gevonden smartengeldbedrag, waardoor zowel de vergelijkbaarheid van gevallen als de inzichtelijkheid van de beslissing worden bevorderd. Daarmee wordt de buitengerechtelijke regelingspraktijk en de procespraktijk gediend. In een ideale wereld kan in de Smartengeldgids dan worden gezocht op deze impactfactoren, omdat deze in uitspraken leidend zijn bij de beoordeling van de impact van het letsel. (N.B.: op de smartengeldsite van de ANWB hebben abonnees al sinds 2018 de mogelijkheid om in de door hen zelf bij te houden online dossiers dergelijke vragen te beantwoorden. Deze informatie is voor anderen weliswaar niet vindbaar en alleen bedoeld voor privégebruik, maar er is destijds, als reactie op de voorlopige uitkomsten van de in 2016 helaas gestrande Denktank Smartengeld, dus al wel een begin gemaakt met een dergelijke impactcatalogus.)

De impactcatalogus zou er zo uit kunnen zien, waarbij de volgorde door het gewicht van de hoofdcategorie is bepaald:

Persoonlijk en sociaal leven

- Leeftijd? Beperkte levensverwachting? Was er levensgevaar of doodsangst?
- Is er geheugenverlies?
- Draagt het slachtoffer psychische gevolgen? Bijvoorbeeld angst, karakterverandering.
- Kan het slachtoffer 'meekomen' in zijn vriendengroep?
- Zijn er in bijzondere mate gevolgen voor en beperkingen in de relationele sfeer (bijvoorbeeld echtscheiding, seksuele beperkingen)?
- Kende het (schaderegelings-)proces een bovengemiddeld belastend verloop?
- Is het slachtoffer zelfstandig in staat zijn leven te organiseren?

23. Rechtbank Midden-Nederland 19 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:106, uitspraaknr. 2.653.

24. Rechtbank Rotterdam 12 juli 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:6787, uitspraaknr. 2.912.

25. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft op 9 april 2019 geoordeeld dat getuigenverklaringen van naasten bewijswaarde hebben. Zie ECLI:NL:GHARL:2019:3142, r.o. 2.7 e.v.

- Kan het slachtoffer interactie hebben met andere mensen op een goede manier? Bijvoorbeeld een goed gesprek voeren, discussiëren.

Denken

- Kan het slachtoffer een studie voltooien?
- Kan het slachtoffer:
 - lezen
 - een film volgen
 - een toneelstuk volgen
 - van muziek genieten?

Wonen

- Moe(s)t het slachtoffer verhuizen?
 - Zo ja, was hij/zij bijzonder gebonden/gehecht aan de te verlaten woning?
 - Was sprake van verstoring van de sociale omgeving?
- Is (was) er noodzaak tot aanpassingen/gebruik van hulpmiddelen?
- Is sprake van aantasting van zelfstandigheid?
 - Moet iemand anders huishoudelijke taken van het slachtoffer overnemen of is het slachtoffer bijvoorbeeld van anderen afhankelijk geworden om zo nog zelfstandig te kunnen blijven wonen?
- Was sprake van (grote) afstand tussen huis en behandellocatie(s)?
- Moest door de verhuizing een samenlevingsverband feitelijk worden verbroken? Bijvoorbeeld na ongeval verblijven in een 24-uurszorg-omgeving waardoor iemand niet meer bij zijn/haar partner kan wonen.

Werken

- Heeft het slachtoffer zijn/haar werk verloren?
 - Was hij/zij bijzonder in of bijzonder gehecht aan zijn werk?
 - Hoe groot was het aandeel van de sociale contacten dat via het werk liep?
 - Hoeveel uur in de week werkte betrokkene gewoonlijk?
- Wijziging in carrièrefase/-perspectief?
- Kan het slachtoffer bevredigend en passend ander werk vinden?
- Heeft het slachtoffer na ongeval nog een zingevende dagbesteding?

Doen

- Is het slachtoffer in energie beperkt?
- Had het slachtoffer een bijzondere band met enige hobby of sport, die niet meer kan worden uitgeoefend?
- Bedreef het slachtoffer enige bijzondere activiteit, die niet meer kan worden uitgeoefend?
- Heeft het slachtoffer één of meer vakanties gemist dan wel anders moeten besteden dan oorspronkelijk de bedoeling was,

bijvoorbeeld in plaats van op het strand liggen op de hotelkamer in bed met hoofdpijn?

- Kan het slachtoffer (nog) zelfstandig reizen?

Mobiliteit

- Is voor het slachtoffer de wijze waarop hij/zij zich kan verplaatsen of de frequentie waarmee hij/zij zich kan verplaatsen veranderd?

Overige mogelijk relevante factoren

- Draagt het slachtoffer verzwarende, sociaal-cultureel bepaalde gevolgen, bijvoorbeeld door verminderde huwelijkskansen?
- Is het letsel opgelopen in een omgeving waar het slachtoffer mocht rekenen op bijzondere bescherming?
- Stond de aansprakelijke in een bijzondere rechtsrelatie tot het slachtoffer waardoor het slachtoffer mocht rekenen op bijzondere bescherming? Bijvoorbeeld ouder-kind, arts-patiënt, docent of trainer-leerling/pupil)
- Is er reden om de aard van de gedraging en de mate van schuld/verwijtbaarheid van de schadeveroorzaker mee te wegen? Bijvoorbeeld bij opzet.

Uiteraard kan deze impactcatalogus naar hartenlust worden uitgebreid en aangepast. Het gaat ons erom dat dit overzicht van mogelijke aspecten van de impact van het letsel het uitlichten van die impact stimuleert. En ervoor zorgt dat geen aspect onderbelicht blijft en zoveel mogelijk onderbouwd wordt aan de hand van concreet bewijs.

Wij moedigen een ieder aan met een dergelijke catalogus werk te maken van smartengeld en op die manier deze schadepost de aandacht te geven die het verdient als belangrijkste schadepost.

5. Vergoeding van smart niet in geld, maar in natura?

Eerder vermeldden we al dat de zakelijke afdoening van smartengeld eraan bijdraagt dat de genoegdoeningsfunctie in de praktijk voor het slachtoffer weinig betekenis heeft. De vraag is hoe we dat kunnen veranderen. De norm binnen ons Nederlandse schadevergoedingsrecht is dat smartengeld in geld wordt uitgekeerd. De vraag is echter legitiem of financiële compensatie aan het einde van een zaak in alle gevallen voldoet aan de behoefte van het slachtoffer aan erkenning en genoegdoening door smartengeld. Soms lijkt smartengeld in natura een betere remedie. Toenmalig Minister van Justitie Dries van Agt heeft dat mooi verwoord in de parlementaire discussie over de huidige regeling:

Geef smartengeld de aandacht die het verdient als belangrijkste schadepost.

Mogelijkheid om smartengeld in natura toe te kennen wordt niet expliciet in de wet genoemd.

“Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedgeemaakt door het aandragen van vreugde.”²⁶⁾

Gedurende het schaderegelingstraject zijn er situaties denkbaar dat er een (immateriële) behoefte bij het slachtoffer bestaat die niet met geld kan worden bevredigd. Zou het bijvoorbeeld mogelijk zijn om een niet-geldelijke vorm van compensatie van smart te bieden tijdens het regelingstraject of een tussentijdse bijdrage te leveren aan compensatie in natura van gederfde ‘levensvreugde’ in een moeilijke periode?

Wij denken dat met het bieden van tussentijdse compensatie van smart in natura in veel gevallen levensvreugde aan een slachtoffer geboden kan worden die nu zelden wordt gegeven. Als we dat wel gaan doen, kan hiermee een positief effect bereikt worden in de schadeafwikkeling. En wellicht ook herstel van het slachtoffer bevorderen. Wij illustreren dat aan de hand van een bestaand praktijkvoorbeeld.

Bart

Bart, 19 jaar oud, raakt als inzittende betrokken bij een ernstig verkeersongeval. De bestuurder komt bij dat ongeval te overlijden en Bart zelf loopt zeer ernstig letsel op: een volledige dwarslaesie op het niveau C2 (tweede halswervel) waardoor hij volledig verlamd is en 24 uur per dag moet worden beademd en verzorgd.

Bart ligt 24 uur per dag in bed, maar is in staat te communiceren door oogbewegingen en soms met een spraakcomputer. Complicerende factor is dat hij door zijn neurologische letsel ook een slechte slikfunctie heeft. Al met al een zeer kwetsbare situatie, waarbij Bart volledig afhankelijk is van permanente zorg en toezicht. Bart woont in een zorgunit die aangebouwd is aan het huis van zijn ouders. In feite woont hij in een eigen intensive care unit, met 24-uurs beademing. Hij is gekluisterd aan deze unit en kan, vanwege de beademing, de zorgunit niet uit.

Bart was voor het ongeval een levendige jongen. Hij hield van uitgaan, Formule 1, vrachtwagens, voetbal (Feyenoord) en had één diepe wens: ooit het festival ‘Tomorrowland’ in België bezoeken. Dat laatste zat er natuurlijk niet meer in.

Gedurende de behandeling van de letsel-schadezaak liet Bart weten dat hij absoluut nog uit het leven wilde halen wat er, ondanks zijn omstandigheden, voor hem in zat. Zijn diep gekoesterde wens om Tomorrowland te bezoeken was nog steeds aanwezig. Financiële vergoedingen deden hem niet zoveel. De zorg was goed geregeld, maar hij

lag de hele dag in zijn kamer op een bed.

In het kader van het bieden van tussentijdse levensvreugde aan Bart is er nagedacht over de vraag hoe haalbaar en reëel zijn diep gekoesterde wens was. Dit werd onderzocht zonder dat dit hem kenbaar werd gemaakt om teleurstellingen te voorkomen. Toen na onderzoek bleek dat het bezoeken van Tomorrowland haalbaar was onder begeleiding van een IC-arts en verpleegkundige, met een beschikbare MiCu-ambulance (mobiele Intensive Care Unit) en (bij zeer hoge uitzondering) medewerking van de organisatie van het festival, bleek Bart naar het festival van zijn dromen te kunnen gaan. Er was zelfs een ‘meet and greet’ met één van de DJ’s geregeld die op het hoofdpodium optrad, niet toevallig een DJ waar Bart groot fan van was. Toen de haalbaarheid hiervan en het uitgewerkte plan met de betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar werd gedeeld, twijfelde deze geen moment: deze tussentijdse compensatie in natura van gederfde levensvreugde moest Bart geboden worden. En zo werd het plan realiteit voor Bart!

Vergoeding in natura

Kijken we naar vergoedingen in natura, dan wordt de mogelijkheid om smartengeld in natura toe te kennen niet expliciet in de wet genoemd. Schadevergoedingen in natura zijn niet enkel voorbehouden aan materiële schade (art. 6:103 BW). De omvang van smartengeld zou volgens art. 6:106 BW vastgesteld moeten worden naar billijkheid. Vaststelling naar billijkheid zou moeten worden gezien als vorm van schadebegroting in overeenstemming met de aard van de schade, zoals voorgeschreven door art. 6:97 BW.²⁷⁾ Op die manier staat het naar onze mening vrij via deze weg vergoeding in natura te kunnen vorderen op het gebied van smart/gederfde levensvreugde.

De rechter beschikt immers over de vrijheid om, op verzoek van de benadeelde, een schadevergoeding toe te kennen in een andere vorm dan geld, oftewel ‘in natura’.²⁸⁾ Voor een dergelijke toewijzing geldt géén zware motiveringsplicht. De Rey stelt dat schadevergoeding in natura de rechter de mogelijkheid biedt om een meer flexibele en op maat gemaakte vorm van compensatie toe te kennen, afgestemd op de specifieke aard van de schade en de behoeften van de betrokken partijen.²⁹⁾ Schadevergoeding in natura zou mogelijk moeten zijn als de geschonden norm mede strekt tot de bescherming van immateriële belangen en in het concrete geval sprake is van immateriële schade.³⁰⁾ Het leerstuk van de schadevergoeding in natura biedt in beginsel vrijwel onbeperkte mogelijkheden om een schadevergoeding op alternatieve wijze toe te kennen.³¹⁾ Ook combinaties waarbij een gedeelte van

26. VC II, PG Boek 6, p. 385.
27. Zoals terecht door Hebly & Lindenbergh wordt gesteld, staat hier bewust niet ‘naar redelijkheid en billijkheid’, omdat de maat van ander nadeel dan vermogensschade zich niet op rationele gronden in een geldbedrag laat uitdrukken. Zie Hebly & Lindenbergh, a.w., p. 6 e.v. Zie ook E.W. Bosch, ‘Begroot de strafrechter de hoogte van het smartengeld anders dan zijn civiele collega?’, in: *Smartengeldboek 2024*.
28. Zie art. 6:103 BW; Hijma & Olthof 2023, p. 274.
29. S. De Rey, ‘Schadevergoeding anders dan in geld: cash is not always king’, *NTBR* 2019/31, afl. 9/10, p. 202. Zie ook: D.J.B. Op Heij, ‘Schadevergoeding in natura: een verkennend rechtspraakonderzoek en een toekomstgericht perspectief’, *WPNR* 2022, afl. 7353, p. 11 en R.J. Silvia Kas, ‘Duurzaamheid en aansprakelijkheid in de financiële sector – Uitgebreide Beantwoording Rechtsvraag (353) Financiële recht’, in: *Ars Aequi* juni 2024. En F. Ruitenbeek-Bart, *En de veroorzaker dan? Een empirisch-juridisch onderzoek naar de plaats van de veroorzaker in de civiele letselchadepraktijk*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2023, p. 88 e.v.
30. W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie (R&P nr. CA25)*, Deventer: Wolters Kluwer, 2022, par. 4.3, en Silvia Kas, a.w. Zie in dit kader ook Van Dam die stelt dat de schadevergoeding in natura voornamelijk een rol van betekenis speelt wanneer op deze manier het geschonden recht of belang nauwkeuriger of eenvoudiger kan worden hersteld, in C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch, 2023, p. 127-128.
31. S.D. Lindenbergh, in: *T&C BW*, art. 6:103 BW, aant. 2. Zie ook E. van Wechem & J. Rinkes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’ in: *NJB* 2021/2595 en *NJB* 2022/948 en Silvia Kas a.w. en S. de Rey, a.w.

smart in geld en een ander deel in natura wordt vergoed zijn mogelijk.³²⁾

Schadebeperking versus empowerment

De valkuil bij smartengeld in natura is dat partijen kunnen vervallen in een discussie over de vraag of het gaat om concrete schade, of het als schadebeperkende maatregel moet worden gezien en hoe ver het causaal verband reikt.³³⁾ De vraag is of partijen in zo'n geval zich moeten verliezen in dit soort discussies. Daarbij geldt dat bij ernstig letsel bij kinderen in het 'Verdrag inzake de rechten van het kind' (VRK)³⁴⁾ en voor volwassenen het 'Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap' (VRPH)³⁵⁾ is vastgelegd dat een slachtoffer een aanzienlijke mate van vrijheid heeft in het inrichten van zijn of haar leven na een ongeval. In dat kader kan niet al te snel of eenvoudig worden verwezen naar de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer. Waar het werkelijk om gaat is wat het slachtoffer wil. Wat is diens behoefte en kan in dat kader voorzien worden in concreet gemaakt levensgeluk waar om gevraagd wordt? Zo wijst Akkermans er terecht op dat schadevergoeding niet alleen een financiële compensatie moet zijn, maar ook een bijdrage kan (moet?) leveren aan het daadwerkelijk herstel van het slachtoffer.³⁶⁾ Als de behoefte aan immateriële compensatie niet of onvoldoende wordt vervuld, dan heeft dat een negatieve invloed op het herstelproces.³⁷⁾ Dit geldt uiteraard ook voor de immateriële behoeftes die niet altijd op geld waardeerbaar zijn.

Nu zal het bezoeken van een festival niet direct bijdragen aan het herstel van een dwarslaesie, maar het vervullen van zo'n diep gekoesterde wens brengt volgens ons een positieve bijdrage voor slachtoffers op medisch, sociaal en psychologisch vlak. Of, zoals door Akkermans mooi verwoord, het zal bijdragen in "empowerment van de benadeelde zelf".³⁸⁾ Een vergoeding van smart in natura kan aldus een waardevolle aanvulling zijn op bestaande compensatievormen zoals Akkermans, en anderen met hem³⁹⁾, al eerder signaleerde. Niet-financiële hulp kan specifiek bijdragen aan het welzijn en herstel van ernstig gewonde slachtoffers, zeker wanneer het gaat om langdurige zorg en psychologische ondersteuning.⁴⁰⁾ Wij zouden daar aan willen toevoegen dat tussentijdse compensatie van immateriële schade in natura hetzelfde effect heeft.

Vergoeding van smart in natura biedt in letselschadezaken verschillende voordelen ten opzichte van een louter financiële vergoeding, vooral bij complexe gevallen waarin een geldsom op het einde onvoldoende recht doet aan de impact van het letsel. Nu is het festival-voorbeeld wellicht voor sommigen vergaand, maar het compenseren van

gederfde levensvreugde kan ook met minder grootse gebaren. Denk bijvoorbeeld aan excuses⁴¹⁾ of een openbare verontschuldiging, iets wat in andere culturen gebruikelijk is en waar veel waarde aan wordt gehecht.⁴²⁾ Dergelijke excuses kunnen emotionele verlichting bieden en een meer tastbare genoegdoening vormen. In de praktijk zijn legio voorbeelden te vinden van uitjes en vakanties die door verzekeraars worden aangeboden om het gezin van een ernstig gewond slachtoffer wat verlichting te bieden. Of een Playstation, of een huisdier dat wordt aangeboden omdat een kind langdurig aan huis is gekluisterd vanwege diens letsel. Of wat denkt u van de verzekeraar die een sauna laat bouwen in de tuin van een immobiel geworden slachtoffer? Of toch die langgekoesterde wens van een luchtballonvaart in Cappadocië voor een dwarslaesiepatiënt mogelijk maken? Al deze voorbeelden passen in ons betoog dat een tussentijdse immateriële vergoeding in natura een positief effect heeft op het slachtoffer.

Het al dan niet tussentijds compenseren van smart in natura kan, zo zien wij terug in de praktijk, de relatie tussen partijen aanzienlijk verbeteren: in gevallen waarin het slachtoffer en de (verzekeraars van de) schadeveroorzaker een langdurige relatie hebben – iets wat in complexe letselschadezaken per definitie het geval is – zal dit bijdragen aan begrip en meer onderling vertrouwen.

Nadelen?

Zijn er ook nadelen voor het (tussentijds) compenseren van smart in natura? Uiteraard is het financiële aspect een zorg aan de betalende kant. Maar de grenzen worden ook hier door de redelijkheid bepaald. De betalende kant zal zich kunnen afvragen waarom bepaalde kosten gemaakt zouden moeten worden, terwijl compensatie van die immateriële behoefte 'gewoon onder het smartengeldbedrag' zouden moeten vallen. Wat ons betreft wordt daarmee echter ontkend dat het slachtoffer van ernstig letsel niet alleen recht heeft op een dergelijke vergoeding in natura⁴³⁾, maar vooral ook serieus 'genomen wil worden in een concrete wens die lucht kan geven in de soms inktzwarte levensomstandigheden na een fout of ongeval. Door niet te luisteren naar wat een slachtoffer tussentijds zou helpen en bepaalde immateriële behoeftes af te wijzen vanwege een mogelijk kostenplaatje, voelt het slachtoffer zich niet erkend in wat hem of haar is overkomen en de impact daarvan. Bovendien kan van een slachtoffer niet gevergd worden dat hij of zij het gehele afwikkelingstraject afwacht, voordat voorzien kan worden in bepaalde immateriële behoeftes. De looptijden van dit soort complexe letselschadezaken kunnen zeer lang zijn. Zoals iedereen weet, zijn doorlooptijden

32. Zie MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 364 en S.D. Lindenbergh, in: *T&C BW*, art. 6:103 BW, aant. 2.
33. Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-II 2021/125 e.v. en GS Schadevergoeding, art. 6:101 BW, aant. 5. Een mooi recent voorbeeld over een dergelijke discussie is Rb. Oost-Brabant 29 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:5106. De vraag is of de uitkomst hiervan anders zou zijn geweest als een slachtoffer met ernstiger letsel een dergelijk verzoek had ingediend.
34. <https://wetten.overheid.nl/BWBO0002508/2002-11-18>.
35. <https://wetten.overheid.nl/BWBO0004045/2016-07-14>.
36. Arno Akkermans, 'Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel', in: *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, (p. 11-36).
37. Zie: A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007/1.
38. Zie noot 36.
39. Zie de overige bijdragen van de sprekers van het 26e LSA symposium, *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2015*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2015.
40. Akkermans wijst er overigens ook terecht op dat vergoedingen in natura ook complex kunnen zijn en het risico dat natura-vergoedingen beperkend kunnen zijn voor het slachtoffer, zie noot 36.
41. Zie A.M. Zwart-Hink, 'Moet wie excuses aanbieden ook schade vergoeden?', *NJB* 2017, afl. 38, p. 2800 e.v., A.J. Akkermans & L. Hulst, 'De niet-financiële impact van schadetoebrenging en hoe daaraan tegemoet te komen. Over excuses, actieve schadeafwikkeling en procedurele rechtsvaardigheid', *TVP* 2014, p. 102-110. En Wijntjens, L. (2020): *Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld? Over het aanbieden van excuses in de civiele procedure en de medische tuchtprocedure*, Tilburg University, Boom juridisch. En het proefschrift van Ruitenbeek-Bart, a.w.
42. Zie S. De Rey & L.A.B.M. Wijntjens, 'Afdwinging van excuses in de civiele procedure. Vergelijking tussen het Nederlandse en Belgische recht naar aanleiding van Cass. 26 november 2021', *NTBR* 2022/32. En het proefschrift van Ruitenbeek-Bart, a.w.
43. Zie MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 364 en S.D. Lindenbergh, in: *T&C BW*, art. 6:103 BW, aant. 2.

Smartengeld in natura is het geëigende middel om het slachtoffer centraal te stellen.

van meer dan vijf jaar meer regel dan uitzondering bij ernstig en blijvend letsel.

Een ander nadeel kan zijn dat het verstrekken van een tussentijdse compensatie in natura van de immateriële schade ertoe leidt dat de schadepost smartengeld aan het eind van het schaderegelingstraject anders wordt gewaardeerd dan bij een volledige financiële compensatie zonder tussentijdse vergoeding in natura. De kosten verbonden aan het leveren van de vergoeding in natura zouden dan wellicht in mindering worden gebracht op de uiteindelijk te betalen smartengeldvergoeding. Dat zou volgens ons ten onrechte zijn. Zoals aangegeven: het leerstuk van de schadevergoeding in natura biedt in beginsel vrijwel onbeperkte mogelijkheden om een schadevergoeding op alternatieve wijze toe te kennen en een combinatie van vergoeding in smart in geld én natura is mogelijk.⁴⁴⁾ De enige begrenzingspunten worden gevormd door de schadebeperkingsplicht en de redelijkheid. Smartengeld in natura is bovendien het geëigende middel om het slachtoffer centraal te stellen. En dat zeggen aansprakelijkheidsverzekeraars te willen doen. Als dat uitgangspunt serieus wordt genomen, dan moeten partijen elkaar snel kunnen vinden door de wens van het slachtoffer te realiseren als vergoeding van immateriële schade in natura.

Overigens lijken de kosten die met een dergelijke werkwijze gepaard gaan, zelfs in het extreme geval van Bart, behoorlijk mee te vallen. Als men spreekt over smartengeldvergoedingen van de hoogste categorie, dan vallen dit soort kosten in het niet ten opzichte van de totale schade. In het geval van Bart bereikte de betrokken verzekeraar niet alleen een zeer goede verstandhouding met Bart en zijn naasten, ook werd er onbewust een sterke vertrouwensbasis gecreëerd waarmee de zaak uiteindelijk efficiënt kon worden afgewikkeld. De waarde van die bijvangst is groot.

Samenwerken

Wij realiseren ons dat de huidige juridische praktijk vooral gericht is op financiële compensatie. Het implementeren van natura-vergoedingen vereist een solide juridische infrastructuur voor waardering en monitoring, iets dat momenteel ontbreekt binnen ons systeem voor letselschadezaken. Maar aanpassing van het systeem is volgens ons ook niet nodig. Partijen zouden binnen het huidige systeem in staat moeten zijn compensatie in natura-vergoedingen uit te voeren op basis van samenwerking. Dat is een kwestie van duidelijke en praktische afspraken tussen verzekeraars, belangenbehartigers, dienstverleners en het slachtoffer om zodoende een consistent en passend niveau van compensatie in natura te bereiken en te

garanderen. Zoals gezegd ziet ons betoog vooral op een tussentijdse vergoeding om het leven van een ernstig gewonde draaglijker te maken binnen de moeilijke omstandigheden die na een ongeval zijn ontstaan.⁴⁵⁾ Of dat nou kostenneutrale excuses zijn of het meer prijzige bezoeken van een festival, dat zou niet veel verschil moeten maken.

Hoewel het leeuwendeel van immateriële schade in Nederland met geld wordt gecompenseerd, kunnen tussentijdse natura-vergoedingen een waardevolle aanvulling zijn in letselschadezaken waarin niet-financiële compensatie meer recht doet aan het leed en de behoefte van het slachtoffer. Het bieden van op maat gemaakte oplossingen, zoals het vervullen van specifieke wensen, kan meer erkenning bieden voor slachtoffers van ernstig letsel. Verdere verkenning van de mogelijkheden en beperkingen van natura-vergoedingen is dan ook noodzakelijk. Als het zorgvuldig wordt toegepast, kan deze vergoedingsmogelijkheid bijdragen aan een meer op herstel gerichte en rechtvaardige schadeafwikkeling. Het is nu aan alle marktpartijen om hiermee aan de slag te gaan en het slachtoffer écht centraal te stellen. We hebben het er veel over, laten we er ook naar handelen.

Terug naar Bart. Tomorrowland was klaar voor zijn komst: de MiCu ambulance en de zorgverleners stonden opgesteld en er was een voor de ambulance van Bart volledig vrijgemaakte route naar het hoofdpodium. Helaas kwam enkele dagen vóór het festival het verdrietige nieuws dat Bart ziek was geworden en te zwak was om vervoerd te worden. Enkele maanden nadat het festival plaats had gevonden, kwam het bericht dat Bart was overleden. De grote brede lach op Barts' gezicht toen hij hoorde dat hij naar Tomorrowland mocht gaan, zal iedereen altijd bijblijven. Zijn vooruitzicht op Tomorrowland was al goud waard. En vormde meer erkenning en genoegdoening dan wel smartengeldbedrag hem ooit had kunnen geven. Daar gaat het om.

6. Conclusie

De discussie over smartengeld in de literatuur richt zich vooral op de hoogte ervan en de wijze van vaststelling. Op die aspecten van immateriële schade is dan ook de nodige beweging te zien.

De strafrechter is de aanjager van smartengeldbedragen die meer recht doen aan de compensatie- en genoegdoeningsfunctie van het smartengeld. Het is nu aan de civiele rechter om de strafrechter bij te benen en de kloof tussen de smartengeldbedragen in de meest ernstige gevallen tussen het straf- en het civiele recht zo snel mogelijk te over-

44. Zie MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 364 en S.D. Lindenbergh, in: *T&C BW*, art. 6:103 BW, aant. 2. Zie ook Silvia Kas a.w. en S. de Rey, a.w.

45. Dat neemt niet weg dat als een slachtoffer een volledige vergoeding in natura zou wensen, dat bespreekbaar en mogelijk zou moeten zijn.

bruggen. Wij tekenen hierbij wel aan dat het hoogste smartengeld weggelegd zal blijven voor zaken waarin de aard van de normschending het meest ernstig is. Anders gezegd: enig verschil tussen in het strafrecht en in het civiele recht toegewezen smartengeld, is te rechtvaardigen. Maar een hoogteverschil van 100% niet.

Met de introductie van de Rotterdamse Schaal wordt een nieuwe en veelbelovende stap gezet om de vaststelling van smartengeld inzichtelijker en voorspelbaarder te maken. Bij de toepassing van deze methode kan het gebruiken van de door ons voorgestelde impactcatalogus helpen om de invloed van de gevolgen van het letsel op het te bepalen smartengeld helder uit te lichten en te structureren.

Als onbekend aspect van de vaststelling van smartengeld hebben wij ook aandacht gevraagd voor de mogelijkheden van vergoeding van smartengeld in natura. Die zijn ruim en bieden als grote voordeel dat genoegdoening en erkenning als belangrijke doelen van smartengeld concreet worden gemaakt en gerealiseerd.

Het belang van het smartengeld als symbool van de erkenning van de gevolgen van letsel, verdient meer aandacht. Dat sluit aan bij de waarde die slachtoffers van letselschade daaraan hechten. Die beschouwen smartengeld als het belangrijkste schadeonderdeel. Daar vragen we hier aandacht voor. Wij hebben concrete voorstellen gedaan om smartengeld meer uit te lichten. Met daarbij de aanbeveling het slachtoffer de onderhandelingen over het smartengeld te laten bijwonen. Wij moedigen belangenbehartigers van slachtoffers bovendien aan om in onderhandelingen en in procedures het smartengeld als belangrijkste schadeonderdeel voorop te stellen en aan de hand van een impactcatalogus meer gestructureerd te motiveren en van concreet bewijs te voorzien. Het zou mooi zijn als die voorzet tot meer egards voor smartengeld leidt. En tot meer inzichtelijkheid en rechtszekerheid bij de vaststelling van smartengeld.

Enig verschil tussen in het strafrecht en in het civiele recht toegewezen smartengeld is te rechtvaardigen, maar een hoogteverschil van 100% niet.
