



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vaststelling van smartengeld

Verburg, G.J.M.

Citation

Verburg, G. J. M. (2009, March 26). *Vaststelling van smartengeld*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14224>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14224>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 | De (rechterlijke vrijheid bij de) vaststelling van smartengeld

3.1 INLEIDING

Hoe stellen rechters smartengeld vast? De goede mannen en vrouwen beslissen ‘naar billijkheid’, blijkens art. 6:106 BW en zij dienen daarbij rekening te houden met ‘alle omstandigheden van het geval’, zo volgt uit de Toelichting Meijers.¹ ‘Naar billijkheid’ en ‘alle omstandigheden van het geval’, het zijn twee aanwijzingen die de rechter veel vrijheid geven, anders gezegd, die de rechter in belangrijke mate op zijn eigen rechtsbesef aanwijzen.² Een zekere vrijheid is noodzakelijk. De vaststelling van schadevergoeding is immers een typisch rechterlijke taak, bij de uitoefening waarvan hij een zekere armslag nodig heeft.³ De Hoge Raad heeft in enkele uitspraken een aantal aanwijzingen gegeven met betrekking tot zowel de wijze van vaststelling van smartengeld, als met betrekking tot de daarbij in ogenschouw te nemen omstandigheden.⁴ In het onderhavige hoofdstuk komt de (rechterlijke vrijheid bij de) vaststelling van smartengeld aan bod. Het vormt in zekere zin de brug tussen de theorie uit hoofdstuk 2 omtrent ‘ander nadeel dan vermogensschade’ en de in hoofdstuk 4 te bespreken voorstellen tot verbetering van de vaststelling van smartengeld in de praktijk. Zowel het meer procesrechtelijke als het meer materieelrechtelijke kader van de vaststelling van smartengeld wordt onderzocht. Opgemerkt kan worden dat de beperkingen van beide kaders, en de gevolgen daarvan voor de rechtspraktijk mijns inziens kunnen worden verzacht door een verdergaande coördinatie van smartengeldbeslissingen dan thans (zie hierover hoofdstuk 4).⁵

1 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

2 Vgl. Wiarda 1999, p. 14.

3 Vgl. Dozy & Willink 2008, p. 127.

4 In het bijzonder zijn te noemen HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O); HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw); HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief); HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV(Woudsend/V.); HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132 (Wrongful birth II); HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst); HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

5 Waaronder kan worden verstaan iedere activiteit die erop is gericht gerechtelijke en/of buitengerechtelijke vaststellingen van smartengeld onderling met elkaar in overeenstemming te doen zijn. Vgl. Bloembergen (1989, p. 3-12), Köhne (2000, p. 2) en Teuben (2004, p. 1-2) die spreken over coördinatie van rechtspraak in het algemeen, waaronder zij verstaan iedere rechterlijke activiteit die erop is gericht rechterlijke uitspraken met elkaar in overeenstemming te doen zijn.

3.2 PLAN VAN BEHANDELING

In het eerste deel van het onderhavige hoofdstuk wordt een aantal meer processuele onderwerpen onderzocht die de rechterlijke vaststelling van smartengeld betreffen. Deze onderwerpen zijn de stelplicht en het bewijs (paragraaf 3.4), de discretionaire vaststellingsbevoegdheid van de feitenrechter (paragraaf 3.5) en de controle in cassatie van smartengeldbeslissingen (paragraaf 3.6). Ook komt in het eerste deel van het onderzoek het smartengeldniveau als zodanig aan bod (paragraaf 3.7). In paragraaf 3.8 wordt een belangrijk mechanisme tot coördinatie besproken: de Smartengeldgids. Nadat het meer processuele kader is onderzocht, wordt in het tweede deel van het onderhavige hoofdstuk besproken welke omstandigheden en/of factoren bepalend kunnen zijn bij de vaststelling van smartengeld in een aantal categorieën van gevallen. In paragraaf 3.10 wordt de vage norm ‘naar billijkheid’ besproken. Uitgangspunt bij de vaststelling van smartengeld is steeds een functionele vaststelling, hierover meer in paragraaf 3.11. In paragraaf 3.12 is er enige aandacht voor de schadebepalende factoren aansprakelijkheid en verwijt. Daarna worden de smartengeldbepalende omstandigheden voor een aantal categorieën van gevallen besproken, achtereenvolgens: letsel (paragraaf 3.13), schendingen eer en goede naam (paragraaf 3.14), schendingen van fundamentele rechten (paragraaf 3.15), oogmerk (paragraaf 3.16), aantasting nagedachtenis (paragraaf 3.17) en affectieschade (paragraaf 3.18). In paragraaf 3.19 volgt de slotbeschouwing. Eerst wordt in het kort de rechterlijke vrijheid bij de vaststelling van smartengeld geschetst (paragraaf 3.3). Deze discretionaire ruimte zal verder worden onderzocht langs de lijnen van de hierboven genoemde onderwerpen.

3.3 KORTE SCHETS DISCRETIONAIRE RUIMTE

De rechter geniet in het algemeen veel vrijheid bij de vaststelling van schadevergoeding. Art. 6:97 BW bepaalt:

‘De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.’

De eerste zin van art. 6:97 BW wordt doorgaans zo verstaan dat de rechter veel vrijheid heeft bij zowel de begroting van de schade in het concrete geval als bij de keuze voor de wijze van begroting.⁶ De begroting van ander nadeel dan vermogensschade geschiedt ‘naar billijkheid’ blijkens art. 6:106 BW. De

⁶ Art. 6:97 BW geeft overigens ook een wettelijke basis aan abstracte en andere wijzen van schadebegroting. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 339.

rechter dient daarbij rekening te houden met ‘alle omstandigheden van het geval’.⁷ In de literatuur is betoogd dat de nadruk vooral dient te liggen op die omstandigheden die de omvang van het nadeel bepalen, tenminste als smartengeld is bedoeld ter compensatie van dit nadeel.⁸ De conceptuele basis van de vaststelling van smartengeld ligt in gevalsvergelijking.⁹ De tweede zin van art. 6:97 BW wordt zo verstaan dat de rechter in belangrijke mate is ontheven van zijn motiveringsplicht voor wat betreft de vaststelling van de omvang van de totale schadevergoeding.¹⁰ Wel dient de motivering van de rechter steeds voldoende inzicht te geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden (waaronder de hogere rechter) controleerbaar en aanvaardbaar te maken.¹¹ De rechter is bij zijn begroting niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs, en ook is hij daaraan niet gebonden bij de beantwoording van de voorafgaande vraag of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld.¹² Ten slotte is de begroting van schade, die is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, nauw als zij met de feiten verweven is, slechts beperkt in cassatie toetsbaar.¹³

Bij de vaststelling van smartengeld geniet de rechter nog wat meer vrijheid dan bij de vaststelling van de vergoeding voor vermogensschade.¹⁴ De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid.¹⁵ Hij kan smartengeld toekennen, maar daartoe gehouden is hij niet, aldus de Hoge Raad.¹⁶ Ook belet geen rechtsregel hem mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de daar toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de uiteindelijk door hem toe te kennen bedragen.¹⁷

7 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

8 Vgl. Lindenberg 1998, p. 60, p. 232, en voor een verdere uitwerking van deze gedachte zijn hoofdstuk 8; vgl. Du Perron 2003a, p. 126-127.

9 Zie hierna hoofdstuk 4.

10 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 339.

11 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 407 (De Oorsprong/Utrecht).

12 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 339-340. Zie met betrekking tot immateriële schade HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168 m.nt. DA (Beliën/Provincie Noord-Brabant II) en HR 19 december 2003, NJ 2004, 348 (S.J./Staat). Zie evenwel De Groot & Akkermans (2008, p. 189-206) die ervoor pleiten de ‘gewone’ regels van stelplicht en bewijs op de schadevaststelling van toepassing te verklaren. De aard van de schade kan evenwel meebrengen dat aan stelplicht en bewijs minder hoge eisen worden gesteld, aldus De Groot & Akkermans (2008, p. 206).

13 Zie met betrekking tot immateriële schade HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

14 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

15 HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB (B./C.).

16 Deze beslissing is overigens aan tamelijk veel kritiek onderhevig (zie nader paragraaf 3.5 over de discretionaire vaststellingsbevoegdheid).

17 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O.) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

De discretie van de feitenrechter bij de vaststelling van smartengeld is niet onbeperkt. Zo kan in cassatie worden getoetst of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat', en ook kan in cassatie worden getoetst of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ter zake van de wijze van begroting van de vergoeding voor dit nadeel.¹⁸ Daarnaast dient de rechter bij zijn begroting te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, waaronder de maximaal toegekende bedragen, waarbij de rechter de sinds de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding in aanmerking dient te nemen.¹⁹

De wetgever laat de rechter bovendien niet alleen een zekere discretie, hij eist deze ook, in die zin dat hij appelleert aan het besef van de rechter van wat betamelijk en passend is met betrekking tot de omvang van smartengeld. Zo wordt in de Parlementaire geschiedenis opgemerkt dat de 'grondgedachte' achter art 6:106 BW is dat deze:²⁰

'een excessieve ontwikkeling van vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade beoogt te voorkomen door deze te beperken tot de gevallen waar zij niet gemist kan worden en door de omvang ervan te koppelen aan factoren die toekenning van excessieve bedragen kunnen beletten.'

Een discretionaire bevoegdheid, daargelaten voor dit moment haar precieze aard en omvang,²¹ komt de rechter niet onvoorwaardelijk toe. De aan de rechter toebedeelde vrijheid is geen vrijbrief tot vrijblijvendheid.

'Wenn das Gericht etwas tun kann, so ist es auch verpflichtet von dieser Befügung gebrauch zu machen.'²²

Vrijheid verplicht. De vrije beoordelingsmacht van de rechter kent haar keerzijde in de vrije beoordelingsplicht.²³ De feitenrechter heeft bij de vaststelling van smartengeld een aanzienlijke mate van discretie om te kunnen komen tot, althans te kunnen streven naar een vergoeding 'naar billijkheid'. Dit roept de vraag op wat deze norm met zich meebrengt (zie hierover de paragraaf 3.10).

18 Zie over dit begrip nader hoofdstuk 2.

19 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

20 EV I, Parl. Gesch. Boek 6 387-388; MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 382; VC II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 385 (De Gaay Fortman).

21 Zie paragraaf 3.5 e.v.

22 Rosenberg 1965, p. 28.

23 Vgl. Ronse 1954, p. 376.

3.4 STELPLICHT EN BEWIJS

De rechter kan bij de begroting van smartengeld rekening houden met alle omstandigheden van het geval.²⁴ Een eerste selectie van omstandigheden wordt door partijen verricht. Zij bepalen (voor een groot deel) de grenzen van de rechtsstrijd.²⁵ De rechter oordeelt op zijn beurt 'slechts' over dat wat door de benadeelde wordt gevorderd op basis van de door hem aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten en op basis van dat wat de wederpartij daartegenover heeft gesteld.²⁶ De rechter maakt uit deze feiten een keuze met het oog op de aannemelijkheid van immateriële schade, en met het oog op de door hem te bepalen omvang van de vergoeding voor die schade. De vraag wat de stelplicht en bewijslast van de benadeelde meebrengt ten aanzien van het bestaan, althans de aannemelijkheid, van immateriële schade en ten aanzien van de omvang daarvan verdient bespreking, gelet op de selectie en waardering die de rechter zal moeten maken van de door partijen voorgeselecteerde feiten en omstandigheden.

3.4.1 Stelplicht en bewijs bestaan immateriële schade

Als een partij smartengeld vordert, dient zij vanzelfsprekend haar stellingen in te richten naar de eisen zoals de wet die stelt voor het aannemen van een recht op smartengeld.²⁷ Voor een vordering op voet van art. 6:106 BW brengt dit mee dat de eisende partij dient te stellen dat zij 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' heeft geleden als (rechtstreeks) gevolg van een of meer van de in art. 6:106 BW genoemde gevallen.²⁸ Het is voldoende voor toewijzing

24 Vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

25 Dat partijen de grenzen van de rechtsstrijd bepalen, betekent niet dat de rechter dienaangaande passief is, vgl. art. 25, 131 en 162 Rv.

26 Afgezien van zaken van openbare orde, brengt het beginsel van partijautonomie mee dat als de rechter in het geding feiten ter kennis zijn gekomen die niet door een der partijen zijn gesteld deze slechts door hem aan zijn beslissing ten grondslag mogen worden gelegd als duidelijk is dat de belanghebbende partij dat wenst. Vgl. Snijders Klaassen Meijer 2007, nr. 205.

27 Dit volgt rechtstreeks uit art. 149-150 Rv. Vgl. Lindenberg 1998, p. 223 en A-G Franx in zijn conclusie onder 4 voor HR 16 november 1984 NJ 1985, 270 (Miletic/Gemeente Amsterdam); vgl. ook HR 19 oktober 2007, RvdW 2007, 887 (X./Interpolis).

28 Vgl. HR 29 november 2002, NJ 2003, 35 (Danikovic c.s./Staat). De Hoge Raad: '3.2 (...) het Hof [acht] het onvoldoende aannemelijk dat Danikovic c.s. 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat', zoals bedoeld in art. 6:106 BW, hebben geleden als gevolg van een of meer van de in die bepaling genoemde oorzaken, waarmee het Hof kennelijk doelt op het oogmerk van de aansprakelijke persoon zodanig nadeel toe te brengen (art. 6:106 lid 1, onder a), en op de aantasting van de benadeelde in zijn persoon (art. 6:106 lid 1, onder b). Dit oordeel, (...), geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.' Overigens betreft deze uitspraak een uitspraak in kort geding. In het algemeen is summier bewijs voldoende voor de rechter om zijn beslissing

van een vordering tot schadevergoeding dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. Alsdan staat het de rechter vrij om, mede in aanmerking genomen de aard van de schade, zonder nader bewijs aannemelijk te achten dat schade is geleden en de omvang hiervan vervolgens te schatten, aldus de Hoge Raad.²⁹ Naast de feiten waaruit aansprakelijkheid kan worden afgeleid.³⁰ Met 'in het algemeen' lijkt te worden bedoeld 'naar feiten of omstandigheden van algemene bekendheid' (de zogenaamde *notoire feiten*) en/of 'naar algemene ervaringsregel'.³¹ Zo is het een omstandigheid van algemene bekendheid dat een epilepsieaanval een ellendige ervaring is,³² en zo kan bij het onrechtmatig optreden van de ontvanger der directe belastingen naar ervaringsregels worden aangenomen dat sprake zal zijn van een meer of minder sterk psychisch onbehagen, van een zich gekwetst voelen van de belastingplichtige/gelaedeerde.³³ Een recht op smartengeld is met de aannemelijkheid van imma-

op te gronden (vgl. de door de Hoge Raad gebruikte term 'onvoldoende aannemelijk'). Het is mij hier evenwel te doen om de stelplicht. Zie verder ook HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 (P./Gemeente Amsterdam). P. vordert vergoeding van immateriële schade. De Hoge Raad: 'De inleidende dagvaarding laat (...) geen andere conclusie toe dan dat P. heeft gesteld dat hij als gevolg van de onrechtmatige daad van de gemeente een epileptisch insult heeft gehad en dat hij als rechtstreeks gevolg hiervan immateriële schade heeft geleden, waarmee P aan zijn stelplicht te dezer zake heeft voldaan.'

²⁹ HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 (P./Gemeente Amsterdam).

³⁰ Vgl. Asser 2003, p. 39. Feiten worden van het recht onderscheiden door tot de eerste te rekenen gebeurtenissen, situaties (kortom: de waarneembare werkelijkheid), maar ook gemoedstoestanden, opvattingen, indrukken, psychische toestanden. Daartegenover staat het recht, dat heeft betrekking op de normen die op de feiten worden toegepast.

³¹ Vgl. art. 149 lid 2 Rv. *Notoire feiten* zijn vaststaande feiten en ervaringsregels zijn wetmatigheden op grond waarvan zich in het algemeen bepaalde feiten zullen voordoen, maar die zich in concreto niet behoeven te hebben voorgedaan (bijvoorbeeld door de tussenkomst van andere feiten), aldus Asser. Asser merkt verder op dat naarmate de ervaringsregels meer ontleend worden aan het ervaren van bijzondere groepen personen (beroepspersonen (artsen) of (andere) medisch deskundigen) de rechter behoedzamer dient te zijn bij het aannemen van een algemene ervaringsregel. Vgl. A-G Asser in zijn conclusie voor HR 30 juni 1989, *NJ* 1989, 505 (Knook/Melchers und Co.). Vgl. ook Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 110. Ervaringsregels zijn hypothetische oordelen berustende op ervaring uit het verleden en geldende voor de toekomst. Op grond van ervaringen, in het verleden opgedaan, concludeert men tot bepaalde wetmatigheden. Ervaringsregels kunnen gebaseerd zijn op ervaringen uit het dagelijkse leven of ontleend zijn aan bepaalde wetenschappen. Op voet van art. 149 lid 2 Rv mag de rechter feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels aan zijn beslissing ten grondslag leggen, ongeacht of zij door partijen zijn gesteld; zij behoeven geen bewijs. Korthals Altes en Groen (t.a.p.) merken op dat in het algemeen van de rechter niet kan worden gevergd dat hij motiveert waarom hij een algemene ervaringsregel aanvaardt. Een eventueel partijdebat over de regel kan een dergelijke motivering noodzakelijk maken. Dit alles geldt overigens slechts voor *algemene* ervaringsregels. Betreft het bijzondere kennis op wetenschappelijk, technisch of enig ander gebied, dan zal de rechter de hulp van deskundigen moeten inroepen.

³² Voorbeeld ontleend aan A-G Koopmans in zijn conclusie (onder 8) voor HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 (P./Gemeente Amsterdam).

³³ Voorbeeld ontleend aan HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB (Ontvanger/Bos).

teriële schade echter nog niet gegeven, immers naast een grondslag voor aansprakelijkheid en de aannemelijkheid van enige immateriële schade is steeds een nadere wettelijke grondslag vereist (zie art. 6:95 BW). Anders gezegd, iedere feitenconstellatie die leidt tot een gerechtelijke procedure zal wel enig onbehagen met zich mee te brengen, terwijl niet in ieder geval een recht op smartengeld wordt aangenomen.

Art. 6:106 BW noemt een aantal gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat (lichamelijk letsel, schending van eer of goede naam en persoonsaantastingen 'op andere wijze'). Is de aanwezigheid van een van die gevallen gesteld en komen vast te staan, dan kan in het algemeen, als feit of omstandigheid van algemene bekendheid of als algemene ervaringsregel, ervan worden uitgegaan dat de benadeelde tevens als rechtstreeks gevolg immateriële schade heeft geleden, behoudens aanwijzingen van het tegendeel.³⁴ Mocht het debat van partijen zich toespitsen op de vraag of immateriële schade is geleden, dan kan de rechter gehouden zijn nader te motiveren waarom hij naar algemene ervaringsregels heeft aanvaard dat immateriële schade aannemelijk is.³⁵

Doen zich feiten voor waaruit weliswaar in het algemeen kan worden afgeleid dat zij immateriële schade tot gevolg kunnen hebben, zoals een oorlog, oorlogsdreiging of een ernstige (andere) ramp, gesteld dat aansprakelijkheid kan worden aangenomen, dan brengen dergelijke feiten van algemene bekendheid op zichzelf nog niet mee dat een benadeelde als individu daadwerkelijk immaterieel nadeel heeft geleden. De benadeelde dient in een dergelijk geval een concretisering van de hem betreffende omstandigheden te geven.³⁶

3.4.2 Stelplicht en bewijslast persoonsaantastingen

Als vast staat dat een van de gevallen genoemd in art. 6:106 BW zich heeft voorgedaan, lijkt het in het algemeen aannemelijk dat ook enige immateriële schade is geleden. Dit werpt de vraag op wat de stelplicht meebrengt ten aanzien van aantastingen in de persoon.³⁷ De persoonsaantasting in de vorm

³⁴ Lindenberg 1998, p. 223.

³⁵ Vgl. HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 898 (Driessen Assurantiën/Lochtenberg).

³⁶ HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 35 (Danikovic c.s./Staat).

³⁷ Zo wijst bijvoorbeeld het Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 11 januari 2001 een smartengeldvordering op grond van 'het publiek worden van privé foto- en filmmateriaal' af. De aantasting in zijn persoon, anders dan in eer en goede naam, die eiser blijkbaar aanwezig acht, is hiermee onvoldoende gesteld (Hof Amsterdam 11 januari 2001, *NJ* 2002, 485). Vgl. ook Rechtbank Amsterdam 19 juli 2000, *LJN* AA6551 die niet toekomt aan de vraag of immateriële schade bewezen kan worden nu een persoonsaantasting niet aannemelijk is: 'Ten aanzien van de door deze eisers gevorderde bedragen aan immateriële schadevergoeding geldt dat de door hen ter onderbouwing daarvan overgelegde verklaringen te vaag zijn en ontoereikend om de conclusie te kunnen dragen dat hier sprake is van een aantasting in de persoon. Voor zover bewijs is aangeboden van de immateriële schade middels

van geestelijk letsel verdient bijzondere aandacht. In de eerste plaats lijkt deze categorie van persoonsaantastingen zich mede langs de lijnen van stelplicht en bewijs te hebben ontwikkeld, in de tweede plaats zijn de persoonsaantasting 'geestelijk letsel' en de daarmee samenhangende immateriële schade maar moeilijk te scheiden, vaak is het één een uitingsvorm van het ander. Opgemerkt dient te worden dat deze categorie van persoonsaantastingen ziet op gevallen waarin niet ook sprake is van lichamelijk letsel of enige andere aantasting in de persoon. Als lichamelijk letsel ook psychische gevolgen heeft, spelen deze gevolgen een rol binnen 'de bron' lichamelijk letsel. Ook verdient opmerking dat de gevolgen van aantastingen in de persoon anders dan in de vorm van geestelijk letsel, niet steeds behoeven te kwalificeren als geestelijk letsel om voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen.³⁸ Ten slotte verdient aante-kening dat psychisch letsel dat causaal samenhangt met het verdriet wegens het overlijden of de ernstige verwonding van een dierbare in het huidige wettelijke stelsel (vooralsnog) niet voor vergoeding in aanmerking lijkt te komen (zie evenwel ook paragraaf 3.13.3).³⁹

3.4.2.1 Stelplicht en bewijs ten aanzien van geestelijk letsel

Lichamelijk en geestelijk welzijn zijn nauw met elkaar verbonden: wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamelijke klacht, zal bij een ander individu naar buiten komen in de vorm van een psychische klacht.⁴⁰ Geestelijk letsel kan kwalificeren als een aantasting in de persoon die recht kan geven op smartengeld.⁴¹ Niet elk psychisch onbehagen geeft evenwel recht op smartengeld.⁴² Komt de immateriële schade (waaronder ook psychisch malheur) dat causaal samenhangt met lichamelijk letsel in beginsel steeds voor vergoeding in aanmerking, een psychische beschadiging 'sec' dient een zekere ernst te hebben. Zo is het zich persoonlijk gekwetst voelen als gevolg van een onrecht-

deskundigen gaat de rechtbank daar ook aan voorbij, nu eisers niet aan hun stelplicht hebben voldaan.'

38 Vgl. HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

39 Vgl. 6:107 en 6:108 BW; overigens brengt dit niet mee dat de benadeelde dient te stellen of bewijzen dat zijn geestelijk letsel in ieder geval niet het gevolg is van het verlies of de verwonding van een naaste, zo volgt uit art. 150 Rv. Overigens zal het wetsvoorstel affectieschade binnenkort weer op de agenda van de Eerste Kamer staan, nu de minister daartoe heeft verzocht, zie *Kamerstukken I* 2008/09, 28 781, G, p. 6.

40 Vgl. HR 11 maart 2005, RvdW 2005, 37; JAR 2005, 84 (ABN AMRO/N.).

41 Voor wat betreft lichamelijk letsel volgt dit rechtstreeks uit de wet (art. 6:106 BW); vgl. voor wat betreft geestelijk letsel EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 389 alsmede HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 m.nt. CJHB (Ontvanger/Bos), HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (Blaauwbroek/Van Loon); HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (Wrongful birth); HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 m.nt. Ma (Kip en Sloetjes/Rabobank), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (taxibus), HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168 m.nt. DA (Beliën/Noord-Brabant II), HR 19 december 2003, NJ 2004, 348 (S.J./Staat).

42 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (Wrongful birth).

matig handelen of een wanprestatie waardoor de gelaedeerde in zijn vermogensrechten wordt aangetast niet voldoende.⁴³ Evenmin komt voor vergoeding in aanmerking het leed ondervonden doordat een voor de gelaedeerde belangrijk besluit jegens hem niet is gemotiveerd,⁴⁴ alsook niet spanningen, daarmee samenhangende gezondheidsproblemen en verlies van waarde in de ogen van anderen.⁴⁵ Slechts een psychische beschadiging die in rechte kwalificeert als 'geestelijk letsel' geldt als een aantasting in de persoon die een recht op smartengeld kan geven.⁴⁶ De vraag rijst, welke feiten en omstandigheden aan de zijde van de benadeelde zijn te kwalificeren als geestelijk letsel, en wat dit meebrengt voor de stelplicht en bewijslast van de benadeelde.

3.4.2.2 Kwalificatie geestelijk letsel: in de psychiatrie erkend ziektebeeld

Uit de parlementaire behandeling van art. 6:106 BW komt naar voren dat slechts ernstige psychische storingen recht op smartengeld zouden kunnen geven.⁴⁷ In de literatuur wordt wel aangenomen dat slechts een in de psychiatrie erkend ziektebeeld rechtens als geestelijk letsel kan kwalificeren.⁴⁸ Het zou dan gaan om ziektebeelden zoals beschreven in de in de psychiatrie gebruikte diagnose- en kwalificatiesystemen, te weten het 'Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders' (de DSM-IV) van de American Psychiatric Association (AMA) en de 'International Classification of Diseases and Related Health Problems' van de Wereldgezondheidsorganisatie (World Health Organization) (ICD-10).⁴⁹ De Hoge Raad lijkt ook de eis van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld te stellen, zij het dat hij enige ruimte laat.⁵⁰ De Hoge Raad:

'4.3 Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal

43 HR 4 februari 1983, *NJ* 1984, 631 (Franke/Van den Boom c.s.).

44 HR 27 februari 1987, *NJ* 1987, 584 (Van der Peijl/Erasmus College).

45 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 469 (X/Y).

46 Zie ook HR 27 februari 1987, *NJ* 1987, 584 (Van der Peijl/Erasmus College); HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (B./Fiom); HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 45 m.nt. CJHB (Van Doorn/NBM). Zie ook A-G Hartkamp in zijn conclusie (onder 7) voor HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (B./FIOM); zie verder Lindenbergh 1998, p. 108-112; Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 6:106 BW, aant. 27.1-27.2.

47 EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 389 en MO I Inv., 1857. Zo duidt het woord 'shock' al aan dat alleen in ernstige gevallen schadevergoeding toegekend kan worden. Zie Lindenbergh 1998, p. 138-150; Vegter 2005, p. 147; Lindenbergh 2008c, p. 32-34.

48 Bouma 1995, p. 207-211, Brunner onder HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (Ontvanger/Bos). Verheij 2002, p. 181 en Lindenbergh 1998, p. 354-355.

49 Vegter 2005, p. 77.

50 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend/V.).

kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond. De daardoor ontstane immateriële schade komt op grond van het bepaalde in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.’

Geestelijk letsel, waaronder geestelijk letsel als gevolg van een hevige emotionele schok als gevolg van de confrontatie met een ongeval (zogenaamde shockschade⁵¹), lijkt in het algemeen slechts aan te tonen met feiten waaruit het bestaan van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld kan of had kunnen worden vastgesteld. De woorden ‘in het algemeen’ laat ruimte voor de toekenning van smartengeld wegens geestelijk letsel waarop niet het label ‘in de psychiatrie erkend’ kan worden geplakt, wel moge duidelijk zijn dat niet te snel mag worden geconcludeerd tot geestelijk letsel, immers enkel psychisch onbehagen is steeds onvoldoende.⁵² Overigens ook als de benadeelde wel lijdt aan een in de psychiatrie erkende aandoening, dient de rechter niet één op één te concluderen dat een recht op smartengeld bestaat, niet in de laatste plaats omdat de in de psychiatrie gebruikte kwalificatiesystemen niet zijn bedoeld om de rechter richting te verschaffen bij zijn beslissing of sprake is van een aantasting in de persoon, daarnaast zijn de richtlijnen ook niet altijd eenduidig. Zo is de ‘burn-out’⁵³ bijvoorbeeld door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten gekwalificeerd als een beroepsziekte, terwijl burn-outsyndromen niet zijn gekwalificeerd in de DSM-IV of de ICD-10, hoewel binnen deze classificatiesystemen wel ziektebeelden zijn aan te wijzen die gelijke symptomen hebben.⁵⁴ De rechter zal dan ook steeds zijn eigen afweging moeten maken. Hij is het immers die in laatste instantie beslist en niet de psychiater of enig andere deskundige.⁵⁵

51 Of het juridische onderscheid tussen shock- en affectieschade (de immateriële schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten) strookt met in de psychiatrie gehanteerde indelingen in ziektebeelden is kwestieus. Dat een onderscheid tussen shock- en affectieschade in de (psychiatrische) praktijk niet te maken is, neemt evenwel niet weg dat rechtens een onderscheid kan worden gemaakt. De rechter kan derhalve een vergoeding voor shockschade toekennen. Het is immers uiteindelijk de rechter en niet de psychiater die beslist of de immateriële schade als gevolg van geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking kan komen. Van Tilburg 2004, p. 7-12. Zie ook uitgebreid Engelhard & Engelhard 2008.

52 Vgl. Vegter 2005, p. 148.

53 Geheel van medische en/of psychische klachten die het gevolg zijn van langdurige stress ten gevolge van een grote permanente druk tot het leveren van prestaties.

54 Vgl. Vegter 2005, p. 150.

55 Vgl. Verheij 2004, p. 80.

3.4.2.3 *Stelplicht geestelijk letsel: een psychische beschadiging naar objectieve maatstaven*

Het enkele stellen dat geestelijk letsel is geleden, is onvoldoende voor een recht op smartengeld wegens een aantasting in de persoon. De Hoge Raad:⁵⁶

‘5.2.3 De partij die zich op aantasting van de persoon beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld.’

Hoewel de Hoge Raad zich niet lijkt uit te spreken over de vraag wat rechtens kan kwalificeren als geestelijk letsel, wordt uit deze overweging wel afgeleid dat de Hoge Raad niet langer eist dat de benadeelde stelt en zonodig bewijst dat hij lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Mijns inziens liet de Hoge Raad in het taxibus-arrest reeds de mogelijkheid open voor een vergoeding voor geestelijk letsel dat niet kwalificeerbaar is als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Hij spreekt zich in zijn (hierboven aangehaalde) arrest van 9 mei 2003 uit over de aard van de feiten en omstandigheden die de benadeelde dient aan te voeren (‘voldoende concrete gegevens’). Vage stellingen van partijen (‘geestelijk verbitterd’, ‘bij tijd en wijle wegens psychische klachten onder medische behandeling heeft moeten stellen’) volstaan niet. Naar objectieve maatstaven moet aan de hand van concrete gegevens worden vastgesteld of sprake is van geestelijk letsel.⁵⁷ De benadeelde zal bovendien steeds voldoende moeten stellen omtrent de hem persoonlijk betreffende omstandigheden. Een verwijzing naar de grote spanningen als gevolg van de voortdurende bedreiging van leven en welzijn, kan bijvoorbeeld niet worden aangemerkt als een concretisering van omstandigheden die de benadeelden betreffen.⁵⁸

De benadeelde lijkt er verstandig aan te doen de aanwezigheid van geestelijk letsel steeds te onderbouwen met een medisch rapport,⁵⁹ althans een deskundigenoordeel. Immers, het oordeel van een huis- of bedrijfsarts of een psycholoog lijkt onder omstandigheden toch voldoende gewicht in de schaal te kunnen leggen.⁶⁰ De feiten (in de rapportage) zouden in ieder geval inzichtelijk moeten maken welke diagnose is gesteld, en bij voorkeur ook voor welke

56 HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168 m.nt. DA (Beliën/Provincie Noord-Brabant II); vervolg op HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569 m.nt. CJHB (Beliën/Provincie Noord-Brabant I).

57 Zie Vegter 2005, p. 149 en Verheij 2004, p. 80-81.

58 Vgl. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 35 (Danikovic c.s./Staat).

59 Verheij 2004, p. 81.

60 Vgl. Rechtbank Rotterdam 2 april 2008, *LJN* BC9767. In dit geval werd een door psychologen opgesteld intakeverslag, een onderzoeksverslag en een behandelplan voldoende geacht.

psychische klachten (aard en ernst)⁶¹ het slachtoffer uiteindelijk onder behandeling is geweest, waaruit de behandeling heeft bestaan (of zou kunnen bestaan) en waarin de behandeling uiteindelijk heeft geresulteerd (of zou kunnen resulteren).⁶² Negeert de feitenrechter een dergelijke onderbouwing, dan valt hem wellicht te verwijten dat zijn motivering onbegrijpelijk is.⁶³

3.4.3 Stelplicht en bewijslast omvang immateriële schade

Partijen dienen steeds die feiten te stellen en zonodig te bewijzen die nodig zijn voor het intreden van het door hen beoogde rechtsgevolg, tenzij uit de wet anders voortvloeit.⁶⁴ Uit art. 6:97 BW vloeit anders voort. De rechter is ten aanzien van de begroting van (immateriële) schade niet gebonden aan het normale regiem van stelplicht en bewijs,⁶⁵ en hij is niet gebonden aan de gewone bewijsmiddelen.⁶⁶

Art. 6:97 BW vormt een uitzondering op de regels die voortvloeien uit art. 149 Rv juncto art. 150 Rv. De begroting van (immateriële) schade is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt.⁶⁷ Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. De aard van immateriële schadevergoeding brengt mee dat de rechter deze kan begroten ‘naar billijkheid’, aldus art. 6:106 BW. Als die feiten vaststaan waaruit kan worden afgeleid dat – vergoedbare – immateriële schade is geleden, dan kan de rechter de schadeomvang schatten.⁶⁸ Dit brengt mee, samen met het feit dat de rechter begroot ‘naar billijkheid’, dat

61 Rechtbank Arnhem 6 februari 2008, *LJN* BC3984 en *PRG* 2008, 43. De stelling van eiser dat hij wegens ziekte een maand arbeidsongeschikt is geweest, is bijvoorbeeld een onvoldoende concrete aanwijzingen, en evenmin het enkele overleggen van een oproep van een arboarts.

62 Vgl. Hof Arnhem 22 maart 2005, *LJN* AT2244. Vgl. ook Verheij 2004, p. 80-81.

63 Spier noemt (sommige) disputen over dit soort kwesties uit de aard der zaak delicaat. Als zij niet tot een voor de eisende partij positieve uitkomst leiden, zijn zij voor eiser onnodig belastend. Spier acht het daarom de minst slechte oplossing een zekere drempel in te bouwen vooraleer het komt tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil. Reeds bij de stelplicht kan de rechter op basis van de aangevoerde feiten een meer inhoudelijke behandeling afwijzen. Dit kan de eiser behoeden voor een inhoudelijke en niet noodzakelijkerwijs plezierige behandeling van het geschil. Dat deze drempels niet altijd werken blijkt wel uit het feit dat Spier zijn opmerking kan maken en eiseres in kwestie dus heeft doorgeprocedeerd. Vgl. A-G Spier in zijn conclusie (onder 4.55.2) voor HR 4 mei 2007, *RvdW* 2007, 496 (X./De Staat, de Gelderse Roos en de Gelderse Vallei e.a.).

64 Art. 149 Rv.

65 Zie in het bijzonder voor smartengeld HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw); zie voor schadevergoeding in het algemeen *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 339-340; HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196 m.nt. ARB (AMEV/Staat).

66 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 9, Bloembergen en Lindenbergh 2001, nr. 10-15. Lindenbergh 1998, p. 223; Lindenbergh 2008b, nr. 10-15. Zie kritisch De Groot & Akkermans 2008, p. 189-206.

67 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

68 HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 (P./Gemeente Amsterdam).

de gelaedeerde niet gehouden is aan te geven hoeveel schade hij geleden heeft. Daargelaten dat dit wel verstandig kan zijn. Ook hoeft hij geen concreet bedrag aan immateriële schade te vorderen.⁶⁹ Wel lijkt het zo te zijn dat wanneer een bedrag is gevorderd de rechter geen hogere vergoeding zal mogen toewijzen.⁷⁰

3.5 DISCRETIONAIRE VASTSTELLINGSBEVOEGDHEID

Op voet van art. 6:106 BW heeft de benadeelde in beginsel recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen of indien de benadeelde in zijn persoon is aangetast, of is aangetast in de nagedachtenis van een overledene.⁷¹ Bij de begroting van de omvang van de vergoeding voor dit nadeel mag de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval, ook heeft hij de vrijheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig ziet, geen schadevergoeding toe te kennen, zo besliste de Hoge Raad in zijn arrest van 27 april 2001.⁷²

De rechter kan smartengeld toekennen, maar daartoe gehouden is hij niet. Hij heeft een discretionaire bevoegdheid.⁷³ Overigens had het in de casus

69 In de praktijk vormt een deskundigenbericht aangaande het letsel doorgaans de onderbouwing voor de omvang van de immateriële schade. Teeuwissen 1994, p. 8 en 12.

70 HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem). Zie ook Rechtbank Arnhem 3 december 2003 *LJN* AN9703. Geoordeeld wordt dat voor toewijzing van een substantieel hoger bedrag aan Smartengeld dan het voorschot, nodig is dat X gemotiveerd stelt – en zonedig bewijst – dat er nieuwe en/of nadere feiten en omstandigheden zijn die dit rechtvaardigen

71 De aantasting in de nagedachtenis van een overledene, art. 6:106 BW lid 1 aanhef en onder c, blijft hier verder buiten beschouwing.

72 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB, zie ook Starren 2001 en Verburg 2001, p. 109-110.

73 Snijders spreekt van een kwantitatieve discretionaire bevoegdheid. Bij de vaststelling van een kwantiteit, bijvoorbeeld de hoogte van smartengeld, is de rechter vrij in de bepaling van de grootte van die kwantiteit, aldus Snijders (1978, p. 187); Brenninkmeijer (1989, p. 1624) duidt het vaststellen van de hoogte van schadevergoedingen ook als een, op het materiële recht berustende, discretionaire bevoegdheid. Beide schrijvers benadrukken de zodadelijk te bespreken positieve beslissingsvrijheid die de rechter heeft bij de vaststelling van kwantiteiten. De rechter heeft voor wat betreft de vaststelling van smartengeld evenwel ook een negatieve beslissingsbevoegdheid, vgl. HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB. Teuben onderscheidt gevallen waarin de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomt van gevallen waarin de rechter de hoogte van een bepaalde vergoeding moet vaststellen, wat beide gevallen bindt is het feit dat de rechter beleidsruimte geniet aangaande deze beslissingen. De rechter geniet een zekere beleidsvrijheid aangaande de keuze uit meerdere alternatieven, die elk als rechtens juist kunnen worden beschouwd. Deze beleidsruimte kan in de visie van Teuben worden onderscheiden van de interpretatieruimte die de rechter geniet bij de interpretatie van wettelijke normen en begrippen. Deze ruimte ziet op gevallen waarin uiteindelijk slechts een oplossing (tegelijktijd) als rechtens juist aanvaard kan worden, waarbij in redelijkheid verschillend gedacht kan worden over de vraag welke oplossing rechtens de (meest) juiste is, aldus Teuben. Teuben 2004, p. 74 en 81.

die aanleiding gaf tot deze beslissing – het ging om een (eenmalige) belediging in de familiale sfeer – wellicht voor de hand gelegen deze af te doen op het ontbreken van onrechtmatigheid, zoals Starren heeft betoogd, en/of af te doen op het ontbreken van een persoonsaantasting, zoals Lindenbergh heeft betoogd, althans beter te motiveren, zoals Brunner heeft betoogd.⁷⁴ In het algemeen lijkt mij de vrijheid van de feitenrechter om geen smartengeld toe te kennen niet per se ongewenst, ook al kan een grondslag voor schadevergoeding worden aangewezen, en ook al is sprake van een persoonsaantasting, en lijkt bovendien enig feitelijk immaterieel nadeel aannemelijk (zie paragraaf 3.5.5).

Dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, volgt onder meer uit de zinsnede ‘een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding’, aldus de Hoge Raad. Naast dit grammaticale argument geeft de Hoge Raad een wets-historisch argument. In het Ontwerp Meijers luidde art. 6.1.9.11 als volgt.⁷⁵

‘Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdende met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen: (...)’

Het gebruik van een ‘de rechter kan’-formulering in een wetsbepaling duidt doorgaans op een discretionaire bevoegdheid voor de rechter.⁷⁶

De uiteindelijke aanhef van het eerste lid van het huidige art. 6:106 BW bevat niet langer het woordje ‘kan.’ Waarom voor een andere redactie is gekozen, blijkt uit de MvA II:⁷⁷

‘De aanhef van het eerste lid is in het gewijzigd ontwerp enigszins anders geformuleerd, zulks zowel ter verkrijging van een simpeler redactie als om duidelijker te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter.’

De MvA II vermeldt verder:⁷⁸

‘Wel is aan deze [de rechter, GJMV] hier een nog grotere vrijheid toegekend dan bij de begroting van schade in het algemeen. De vereenvoudigde redactie van de

74 Zie Starren 2001, p. 389, Lindenbergh 2005, p. 320-321 en Brunner in zijn noot onder het arrest. De beslissing zag ook enkel op dit aspect. HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

75 OM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377.

76 Zie A-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief.) onder 6a. Zie bijvoorbeeld ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 242. Vgl. Wiarda 1988, p. 63 en 64. Overigens, ook wanneer de wetgever niet een dergelijke ‘de rechter kan’-formulering gebruikt, kan de rechter over een soortgelijke vorm van discretie beschikken, zie nader Teuben 2004, p. 77.

77 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

78 MvA II Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

aanhef biedt ook zonder de daarin aanvankelijk opgenomen uitdrukkelijke vermelding van 'alle omstandigheden van het geval' voldoende ruimte om daarmee rekening te houden (...).⁷⁹

De vereenvoudigde redactie van art. 6:106 BW geeft geen blijk van een veranderd inzicht ten aanzien van de discretionaire bevoegdheid, aldus Hartkamp in zijn conclusie voor het voornoemde arrest. De Hoge Raad maakt dat oordeel tot het zijne.⁸⁰

Het label 'discretionair' zegt niet zo veel. In zowel het materiële burgerlijk recht als het burgerlijk procesrecht komt rechterlijke discretie op tal van terreinen en in vele gedaanten voor.⁸¹ Niet alleen de aard van de diverse discretionaire bevoegdheden verschilt, maar ook de mate van daadwerkelijke discretie loopt uiteen.⁸² In de navolgende paragrafen wordt de aard en mate van discretie die de rechter op voet van art. 6:106 BW toekomt nader beschouwd.

Vooruitlopend op hoofdstuk 4 waarin een aantal buitenlandse 'rechttersregelingen', althans coördinatiemechanismen op het gebied van de vaststelling van smartengeld aan bod komt en waarin een voorstel wordt gedaan tot een Nederlandse smartengeldrechttersregeling, kan hier het volgende worden opgemerkt. Voor rechttersregelingen geldt in het algemeen dat de Hoge Raad zowel de rechttersregeling zelf, als de beslissing van de lagere rechter aan de hand van een rechttersregeling, zal kunnen toetsen. Als evenwel een bepaalde rechttersregeling betrekking heeft op de invulling van beslissingsruimte ('beleidsruimte', of discretionaire ruimte), zoals het geval is bij de vaststelling van smartengeld, dan zal de rechttersregeling als zodanig ('het product') slechts in beperkte mate inhoudelijk worden getoetst door de Hoge Raad (zie over de begrippen 'beslissingsruimte' en 'beleidsruimte' hierna paragraaf 3.5.2). De Hoge Raad zal wel volledig toetsen of een rechttersregeling de grenzen van de geboden beslissingsruimte ('beleidsruimte') niet overschrijdt. Binnen dat (in het algemeen ruime) kader zal echter geen verdere controle op de inhoud plaatsvinden. De Hoge Raad zal immers ook hier niet (willen) treden in de door de lagere rechter gemaakte 'beleidskeuzen'.⁸³ Hierin ligt de aanleiding om wat langer stil te

79 Met de begroting van 'schade in het algemeen' bedoelt de wetgever kennelijk de begroting van vermogensschade.

80 Zie A-G Hartkamp in zijn conclusie onder 6 voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

81 Vgl. Peletier 1999, p. 11-14, zij onderscheidt typen bevoegdheden. Vgl. Teuben 2004, p. 79-80; zij ziet de vaststelling van een vergoeding niet zozeer als discretionair maar als arbitrair. Door mij wordt aangesloten bij de door de HR gehanteerde terminologie, vooral omdat de term 'discretionaire bevoegdheid' algemeen ingang heeft gevonden als term die duidelijk maakt dat de rechter de bevoegdheid heeft zijn bevoegdheid ongebruikt te laten.

82 Zie Peletier 1999, p. 11-14; vgl. de artikelen 22, 87, 88, 194 en 201 Rv voor discretionaire processuele bevoegdheden.

83 Vgl. Teuben 2004, p. 85.

staan bij de aard en omvang van de rechterlijke discretie bij de vaststelling van smartengeld.

3.5.1 Discretionaire vaststellingsbevoegdheid bij letsel

De beslissing waarin de Hoge Raad een discretionaire bevoegdheid aan de rechter toebedeelde, betrof een geval van schending van de eer of goede naam.⁸⁴ De Hoge Raad:

‘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 indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen of indien de benadeelde in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. (...) [D]e rechter die op de voet van deze bepaling schadevergoeding toekent, [heeft] een discretionaire bevoegdheid (...) met betrekking tot het bepalen van de omvang van die schadevergoeding.’

De vraag rijst of de feitenrechter de bevoegdheid heeft om smartengeld op nihil te begroten als er sprake is van lichamelijk letsel, nu de Hoge Raad deze bron in zijn vooropstelling niet met zoveel woorden noemt. Wellicht beoogt de Hoge Raad slechts aan te sluiten bij de casus, die een schending van de eer of goede naam betrof, en heeft hij geen ruimer bereik aan zijn uitspraak willen toekennen. Als dat het geval is, bevreemdt het dat de gevallen ‘oogmerk’ en ‘aantasting in de persoon op andere wijze’ wel met zoveel woorden worden genoemd. Het lijkt daarnaast onaannemelijk dat de Hoge Raad heeft willen suggereren dat de casus ook een geval van ‘oogmerk’ zou kunnen betreffen of een andere ‘aantasting in de persoon’ dan een schending van de eer of goede naam. Bovendien kunnen onder de laatstgenoemde categorie ook gevallen van lichamelijk letsel vallen.⁸⁵ Ook sluit de Hoge Raad aan bij het Ontwerp Meijers voor wat betreft de onderbouwing van zijn beslissing, en blijktens dit ontwerp strekt de discretionaire bevoegdheid van de rechter zich uit over alle gevallen waarin smartengeld kan worden toegekend.⁸⁶ Geconcludeerd mag worden dat de discretionaire bevoegdheid van de rechter zich uitstrekt over alle gevallen waarin een recht op smartengeld op voet van art. 6:106 BW kan bestaan.⁸⁷

⁸⁴ HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

⁸⁵ Vgl. Lindenbergh 1998, p. 129; Verheij 2002, p. 2. Beide auteurs zien gevallen van lichamelijk letsel en schending van de eer en goede naam als invullingen van het overkoepelende begrip ‘aantasting in de persoon’.

⁸⁶ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377.

⁸⁷ Vgl. Verburg 2001, p. 110.

3.5.2 Positieve en negatieve beslissingsvrijheid, beoordelingsvrijheid

Doorgaans wordt met de term ‘discretionaire bevoegdheid’ gedoeld op de beslissingsbevoegdheid van de rechter tot het achterwege laten van de verdere toepassing van de hem toegekende bevoegdheid, ook al is naar het oordeel van de rechter aan alle voorwaarden voor toepassing van die bevoegdheid voldaan. Zo kan de rechter dus beslissen geen smartengeld toe te kennen, ook al is aan alle voorwaarden voor toepassing van art. 6:106 BW voldaan.⁸⁸ Het is met name dit aspect van het arrest dat kritisch is ontvangen door Starren, Lindenbergh en Brunner, die laatste merkt terecht op dat de uitspraak niet spoort met dat wat hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt (zie hierna paragraaf 3.5.3). Deze, wat kan worden genoemd, negatieve beslissingsbevoegdheid is echter slechts één aspect van de rechterlijke discretionaire bevoegdheid. Zij kan worden onderscheiden van de beslissingsbevoegdheid die de rechter heeft ten aanzien van de inhoud van een te nemen beslissing, als de rechter beslist wel gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid. Dit kan positieve beslissingsbevoegdheid worden genoemd.⁸⁹ Zo heeft de rechter op voet van art. 6:105 lid 2 BW de positieve beslissingsbevoegdheid een periodiek uit te keren schadevergoeding te wijzigen. Doen zich na zijn uitspraak omstandigheden voor die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn en met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling van de bedragen geen rekening is gehouden, dan geniet de rechter een zekere vrijheid aangaande de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de periodiek uit te keren bedragen gewijzigd dienen te worden. Dat de rechter een positieve discretionaire bevoegdheid heeft bij de vaststelling van smartengeld zal op weinig weerstand stuiten.⁹⁰

De beslissingsvrijheid⁹¹ van de rechter, die dus zowel negatief als positief kan worden ingevuld, kan worden onderscheiden van de beoordelingsvrijheid⁹² die de rechter toekomt in het kader van zijn algemene taak als rechtstoepasser.⁹³ Dit is de vrijheid die de rechter heeft om te beoordelen of aan de toepassingsvereisten van een bepaalde norm is voldaan, een vrijheid die eigen is aan de rechterlijke taak om de feiten en de wettelijke normen te

⁸⁸ Vgl. Peletier 1999, 6-7 en 10-11; Teuben 2004, p. 75.

⁸⁹ Peletier 1999, p. 8. Peletier onderscheidt binnen de rechterlijke discretionaire bevoegdheid een positieve en een negatieve beslissingsbevoegdheid die zij weer onderscheidt van de beoordelingsruimte die de rechter als ‘rechtstoepasser’ toekomt.

⁹⁰ Zie hiervoor ook voetnoot 72.

⁹¹ Terminologie Hijma 1989, p. 3.

⁹² Hijma 1989, p. 3.

⁹³ Teuben spreekt in dit verband van interpretatieruimte, Teuben 2004, p. 81. Zij merkt op dat het zowel om de interpretatie van een term in algemene zin kan gaan, als om de kwalificatievraag of de feiten van het concrete geval onder de desbetreffende, algemene regel te brengen zijn.

interpreteren.⁹⁴ Zo heeft de rechter een vergaande beoordelingsvrijheid bij de toepassing van bepaalde vage normen. De vraag bijvoorbeeld, of een bepaalde gedraging strijdig is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt kent maar een juist antwoord (tegelijktijd): de rechter heeft geen beslissingsvrijheid. Immers, een gedraging is of wel of niet in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, maar of het antwoord in de gegeven omstandigheden positief of negatief dient te zijn, is in aanzienlijke mate overgelaten aan de persoonlijke inschatting van de rechter, hij heeft beoordelingsvrijheid.⁹⁵ Zo komt de rechter ook een aanzienlijke beoordelingsvrijheid toe bij de beantwoording van de vraag of de aansprakelijke persoon het oogmerk had immaterieel nadeel toe te brengen, alsook bij de vraag of sprake is van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW. De rechter heeft ter beantwoording van deze vragen geen beslissingsvrijheid. Een aansprakelijke persoon heeft immers of wel of niet het oogmerk immaterieel nadeel toe te brengen en een benadeelde is of wel of niet in zijn persoon aangetast. Of het antwoord in de gegeven omstandigheden positief dan wel negatief dient te zijn, is evenwel (in aanzienlijke mate) overgelaten aan de persoonlijke inschatting van de rechter. Overigens is ook het antwoord op de vraag of sprake is van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat in de zin van art. 6:106 BW in aanzienlijke mate aan de persoonlijke inschatting van de rechter overgelaten. Anders gezegd, de begrippen 'oogmerk', 'aantasting in de persoon' en 'ander nadeel dan vermogensschade' zijn voor interpretatie vatbaar en de rechter geniet dienaangaande een zekere interpretatievrijheid, terwijl de begroting van smartengeld een terrein is waarop de rechter een zeker beleid kan voeren. Dienaangaande geniet de rechter een zekere beslissingsvrijheid (synoniem: beleidsvrijheid).

Overigens, als de omstandigheden waaronder een discretionaire bevoegdheid aan de rechter toekomt, aanwezig zijn, heeft de rechter in beginsel de vrijheid naar eigen inzicht gebruik te maken van deze bevoegdheid dat hem goeddunkt. De rechter heeft niet alleen een zekere mate van (keuze)vrijheid tot het uitoefenen van zijn bevoegdheid. Hij heeft ook een zekere vrijheid bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid. Volledig (keuze)vrijheid bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid heeft de rechter evenwel nooit, steeds komt hem een bepaalde mate van vrijheid toe binnen een voor elke hem toekomende discretionaire bevoegdheid nader te bepalen ruimte.⁹⁶ Het geniet daarom voorkeur te spreken van positieve of negatieve beslissingsruimte.⁹⁷

94 Hier kan beter worden gesproken van ruimte dan van vrijheid aangezien de rechter ook als hem om een beoordeling of interpretatie wordt gevraagd niet volledig vrij is.

95 Zie aangaande discretionaire bevoegdheden in het burgerlijk recht Hijma 1989, p. 3; Larenz 1991, p. 293-297; Peletier 1999, p. 6; Teuben 2004, p. 74 en 81. In meer algemene zin Duk 1988, p. 156.

96 Hetgeen Lindenbergh (2005, p. 321) lijkt te veronderstellen.

97 Vgl. Hijma 1989, p. 3.

De relevantie van het hiervoor gemaakte onderscheid tussen beslissingsruimte ('beleidsruimte')⁹⁸ en beoordelingsruimte ('interpretatieruimte')⁹⁹ blijkt in het algemeen vooral bij de toetsing in cassatie. Als de lagere rechter beschikt over beslissingsruimte, zoals het geval is bij de toepassing van de discretionaire bevoegdheid smartengeld (van enige omvang) al dan niet toe te kennen, toetst de Hoge Raad het gebruik daarvan doorgaans in (zeer) beperkte mate.¹⁰⁰ Dergelijke beslissingen zijn overigens niet volledig van controle door de cassatierechter uitgesloten (zie voor de toetsing van smartengeldbeslissingen paragraaf 3.6). De invulling van interpretatieruimte door de lagere rechter kan echter wel volledig worden getoetst, zowel de beslissing waarbij een rechtsregel in algemene zin wordt geïnterpreteerd, als de beslissing waarbij een rechtsregel op de feiten wordt toegepast. Beide zijn te beschouwen als 'rechtsbeslissingen'.¹⁰¹

3.5.3 Terug naar het Ontwerp Meijers?

Het verschil tussen beoordelingsspeelruimte en beslissingsruimte kan onder andere in het type vonnis tot uitdrukking komen.¹⁰² Beslissingen ter invulling van de beoordelingsspeelruimte kunnen in ieder type vonnis tot uitdrukking komen. In gevallen waarin de rechter beslissingsruimte heeft, zal het vonnis (voor dat deel) constitutief zijn. De rechter constateert immers niet dat het objectieve recht tot een bepaalde uitkomst heeft geleid, maar bepaalt zelf de keuze voor die uitkomst. Zijn de eisen die art. 6:106 BW stelt aan een recht op smartengeld vervuld, dan heeft de benadeelde in beginsel recht op smartengeld. Zijn vordering lijkt daarmee niet afhankelijk van een constitutieve uitspraak van de rechter.¹⁰³ Zo besliste de Hoge Raad in het Coma-arrest:¹⁰⁴

'Op grond van het te dezen toepasselijke artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW komt aan de benadeelde ter zake van bedoeld nadeel een naar billijkheid vast te stellen vergoeding toe indien hij lichamelijke letsel heeft opgelopen. Dit betekent

⁹⁸ Terminologie Teuben 2004, p. 81.

⁹⁹ Terminologie Teuben 2004, p. 81.

¹⁰⁰ Mijns inziens komt dit ook enigszins tot uitdrukking in de zinsnede 'wat er zij van de hoogte van het toegekende bedrag in welk opzicht dat oordeel voor verantwoording van het hof moet blijven' uit het arrest AMC/O (HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714). Overigens wordt uit deze zinsnede ook wel afgeleid dat de Hoge Raad het in het voorliggende geval toegekende bedrag (300.000 gulden voor een HIV-besmetting) toentertijd te hoog vond, zie Bloembergen in zijn noot onder Druijff/Bouw (HR 17 november 2000, NJ 2001, 215).

¹⁰¹ Vgl. Teuben 2004, p. 85. De toepassing van vage normen vormt hierop een uitzondering. Het strekt te ver om in het kader van het onderhavige onderzoek hier verder op in te gaan, zie verder Teuben t.a.p.

¹⁰² Er kan als gezegd ook een verschil naar voren komen bij de toetsing in cassatie.

¹⁰³ MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

¹⁰⁴ HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

dat aan Beentjes die bij het hem overkomen ongeval ernstig letsel heeft opgelopen, dus in beginsel een recht op vergoeding van immateriële schade toekwam.’

De rechter constitueert niet wat geldt tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij, maar constateert wat van rechtswege tussen hen heeft te gelden. Het vonnis van de rechter is voor dit deel van de beslissing niet constitutief maar declaratoir van aard.¹⁰⁵ Dit is ook in lijn met de huidige redactie van art. 6:106 BW. De MvA II vermeldt:¹⁰⁶

‘De aanhef van het eerste lid is in het gewijzigd ontwerp enigszins anders geformuleerd, zulks zowel ter verkrijging van een simpeler redactie als om duidelijker te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter.’

Meijers had in zijn ontwerp gekozen voor een ‘de rechter kan’-formulering en daarmee voor een discretionaire bevoegdheid voor de rechter. Een beslissing op voet van een discretionaire bevoegdheid laat zich enkel in een constitutieve vorm gieten. Als de omstandigheden waaronder de discretionaire bevoegdheid de rechter toekomt aanwezig zijn, *mag* de rechter immers ‘ingrijpen’, maar daartoe gehouden is hij, binnen de grenzen van (de redelijkheid en) billijkheid, niet. Maakt de rechter echter gebruik van zijn bevoegdheid, dan stelt hij vast wat krachtens zijn vonnis tussen partijen geldt, en in zoverre is zijn vonnis constitutief van aard.¹⁰⁷ Het is dan de rechter die de rechtsbetrekking tussen partijen vestigt of wijzigt.¹⁰⁸ De wetgever benadrukt evenwel dat de smartengeldvordering van de benadeelde nu juist niet afhankelijk is van een constitutieve uitspraak van de rechter, maar van rechtswege bestaat, zij het ‘in beginsel’. Hij lijkt daarmee te impliceren dat de rechter dienaangaande geen discretionaire bevoegdheid heeft.¹⁰⁹ De Hoge Raad kent de rechter dan ook een

105 Zie over het onderscheid tussen declaratoire en constitutieve vonnissen verder Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nrs. 10, 161, 245, 335.

106 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

107 Vgl. in het kader van art. 6:258 Valk 2004, p. 364.

108 Vgl. Hijma 1989, p. 4.

109 Tenzij wordt aangenomen dat deze bevoegdheid schuilt achter de woorden ‘in beginsel’. Mijns inziens verwijzen deze twee woordjes onder meer naar het bepaalde in art. 6:106 lid 2 BW of, zoals in het coma-arrest, naar de vraag of er door de benadeelde wel enig ander nadeel dan vermogensschade is geleden. HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst). Anders Hartkamp die betoogt dat de wetgever op dit punt geen materiële verandering beoogde (Hartkamp in zijn conclusie voor HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief) onder 6).

grotere vrijheid toe bij de vaststelling van smartengeld dan de wetgever en lijkt aan te sluiten bij het oorspronkelijke voorstel van Meijers.¹¹⁰

3.5.4 Aard en mate rechterlijke discretie

Afdeling 6.1.10 BW kent verschillende bepalingen op voet waarvan de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomt.¹¹¹ Zo kan de rechter onder omstandigheden een andere vorm dan de betaling van een geldsom toekennen, de schade begroten op genoten winst, de begroting van de schade geheel of gedeeltelijk uitstellen, veroordelen tot een periodiek uit te keren bedrag of de verplichting tot schadevergoeding matigen (zie respectievelijk de artikelen 6:103, 6:104, 6:105 en 6:109 BW), en kennelijk *kan* de rechter ook smartengeld toekennen.¹¹² De mate van discretie die de rechter in elk van deze en andere bepalingen meer of minder expliciet wordt toegekend loopt uiteen. Het is bijvoorbeeld niet zo dat het de rechter steeds volledig vrij staat zijn discretionaire bevoegdheid *niet* toe te passen. Zo bepaalt art 6:109 BW:

‘Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden (...) tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.’

Als de rechter tot het oordeel komt dat de toekenning van een volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zal leiden, lijkt het onwaarschijnlijk dat hij niettemin besluit zijn discretionaire bevoegdheid tot matiging ongebruikt te laten.¹¹³ In tegenstelling tot art. 6:109 BW geeft art. 6:103 BW de rechter geen nadere aanwijzingen die de mate van zijn negatieve beslissingsruimte beïnvloeden. Art. 6:103 BW bepaalt voor zover van belang:

‘Schadevergoeding wordt voldaan in geld. Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. (...)’

110 Vgl. Brunner in zijn noot onder HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (B./C.). Betoogd zou kunnen worden dat de rechterlijke beslissing slechts dan constitutief van aard is voor zover de rechter gebruik maakt van zijn negatieve beslissingsbevoegdheid, en dus beslist geen smartengeld toe te kennen, ook al zijn de omstandigheden aanwezig waaronder dit recht in beginsel aan de benadeelde lijkt toe te komen, immers de rechter ‘wijzigd’ daarmee de rechtsbetrekking (de verplichting tot/het recht op schadevergoeding). De vaststelling van de omvang van de hoogte van smartengeld is dan niet zo zeer discretionair als wel arbitrair te noemen (vgl. Teuben 2004, p. 81 e.v.).

111 Zie voor voorbeelden uit het civiele (proces)recht: Teuben 2004, p. 75-76; Peletier 1999, p. 7-8; Hijma 1989, p. 3.

112 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

113 Hartlief en Tjittes 1999, p. 53; Snijders 1997, p. 273-274; Teuben 2004, p. 77.

De rechter is verregaand vrij om naar eigen goeddunken gebruik te maken van de hem op voet van art. 6:103 BW toekomende bevoegdheid als de omstandigheden waaronder deze bevoegdheid hem toekomt naar zijn oordeel aanwezig zijn.¹¹⁴

De positieve beslissingsruimte van de rechter is ook niet altijd onbegrensd. Art. 6:109 BW kan dit illustreren. Als de rechter op voet van art. 6:109 BW besluit tot matiging over te gaan, is blijkens art. 6:109 lid 2 BW de vrijheid van de rechter in zoverre begrensd dat matiging niet mag geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken.¹¹⁵ Zijn de omstandigheden waaronder de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomt aanwezig, en is deze bevoegdheid niet ingeperkt middels een uitdrukkelijke bepaling, dan is de rechter overigens evenmin geheel vrij naar eigen inzicht daarvan het gebruik te maken dat hem goeddunkt. Het lijkt aannemelijk dat in een dergelijk geval de redelijkheid en billijkheid richtinggevend dienen te zijn, ook als zij de rechter niet uitdrukkelijk worden voorgehouden in de desbetreffende bepaling.¹¹⁶ De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de rechter de hem toekomende discretionaire bevoegdheid (niet) ongebruikt mag laten. Zij kunnen de rechter eveneens tot richtsnoer dienen bij de invulling van zijn positieve beslissingsruimte (zie wat de norm 'naar billijkheid in dit verband met zich meebrengt paragraaf 3.10).

3.5.5 Negatieve discretie op voet van art. 6:106 BW

Hiervoor is geïllustreerd dat naast de aard van de discretionaire bevoegdheid ook de mate van daadwerkelijke discretie uiteen kan lopen. Dit roept de vraag op naar de mate van discretie die de rechter op voet van art. 6:106 BW toekomt. Art. 6:106 BW bepaalt in de aanhef van lid 1:

114 Ook is denkbaar dat de rechter, als aan alle voorwaarden voor toepassing is voldaan, in beginsel zijn positieve beslissingsbevoegdheid moet gebruiken, en hij slechts in bepaalde gevallen of onder bepaalde omstandigheden het gebruik daarvan achterwege kan laten. Daarnaast is denkbaar dat het de rechter weliswaar vrij staat zijn negatieve beslissingsbevoegdheid te gebruiken, maar dat dit gebruik aan zekere beperkingen is gebonden. Vgl. Teuben 2004, p. 76.

115 Vgl. Snijders 1997, p. 73-74; Teuben 2004, p. 77.

116 Vergelijk Wiarda over de vrijheid die de rechter heeft bij een discretionaire bevoegdheid: '(...) zijn de omstandigheden waaronder zulk een bevoegdheid de rechter toekomt, aanwezig, dan is hij (...) vrij naar eigen inzicht daarvan het gebruik te maken dat hem goeddunkt; het is echter duidelijk dat ook hier de redelijkheid en billijkheid, onverschillig of deze hem in de desbetreffende bepaling al dan niet uitdrukkelijk worden voorgehouden, zijn enig richtsnoer behoren te zijn.' Wiarda 1988, p. 63-64. In de latere (bewerkte) drukken van Wiarda's 'Drie typen van rechtsvinding' is deze passage geschrapt.

‘Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding (...)’.

De rechter dient smartengeld naar billijkheid vast te stellen, maar welke norm tot toekenning van enig smartengeld dient de rechter te hanteren? Art. 6:106 BW lijkt geen nadere aanwijzingen te geven die de negatieve beslissingsbevoegdheid van de rechter richting zouden kunnen geven, en ook de oorspronkelijke redactie van het artikel lijkt geen aanknopingspunten te bieden. In het Ontwerp Meijers luidde het huidige art. 6:106 BW:

‘Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdende met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen: (...)’.

Zowel het uiteindelijke art. 6:106 BW als het artikel zoals dat luidt in het Ontwerp Meijers geeft de rechter enkel een norm ter vaststelling van de omvang van smartengeld. Uit deze norm kan de norm tot toekenning van smartengeld worden afgeleid. Anders gezegd, de norm ‘naar billijkheid’ kan ook richtinggevend zijn voor het antwoord op de vraag *of* de benadeelde recht heeft op smartengeld.¹¹⁷ Dit laat zich met enige goede wil ook uit het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001 afleiden. de Hoge Raad laat ‘s Hofs oordeel in stand dat:¹¹⁸

‘geen gronden van billijkheid aanwezig zijn om enige geldelijke vergoeding toe te kennen.’

De rechter dient als hij tot toekenning van enige schadevergoeding beslist, de hoogte daarvan ‘naar billijkheid’ vast te stellen. In diezelfde billijkheid vond de het Hof kennelijk onvoldoende aanknopingspunten om smartengeld toe te kennen. Hij kon zonder nadere motivering tot dit oordeel komen, aldus de Hoge Raad.

De vraag rijst wat de billijkheid met zich meebrengt. Gezegd kan worden dat de billijkheid in ieder geval de ruimte biedt voor de rechter om bij de vaststelling van smartengeld rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, zo laat zich afleiden uit de parlementaire geschiedenis.¹¹⁹ Niet

117 Vgl. de spiegelbeeldige situatie met betrekking tot de discretionaire bevoegdheid die de rechter op voet van 6:258 BW toekomt. Art. 6:258 BW geeft de rechter strikt genomen slechts de norm tot ingrijpen, aldus Hijma. Hijma leidt hieruit ‘spiegelbeeldig’ de norm bij ingrijpen op voet van art. 6:258 BW af. Hijma 1989, p. 5.

118 HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB. (B./C.). Waarbij het er overigens de schijn van heeft dat de Hoge Raad het arrest overeind wilde houden omdat de uitkomst – geen smartengeld voor boze brief in familiale sfeer – hem aanstond. Zie over aansprakelijkheden in gezinsverband Engelhard, Hartlief en Van Maanen (red.) 2004.

119 TM, Parl. Gesch Boek 6, p. 377.

iedere omstandigheid zal echter even relevant zijn (zie hierna paragraaf 3.5.6).¹²⁰

3.5.6 Omstandigheden die aan toekenning smartengeld in de weg kunnen staan

Er kunnen redenen zijn geen smartengeld toe te kennen ook al is het bestaan van ander nadeel dan vermogensschade aannemelijk en ook al is er sprake van een persoonsaantasting. De toekenning van een vergoeding anders dan in geld kan meebrengen dat het slachtoffer geen (of, niet ook nog)¹²¹ recht heeft op smartengeld. Art. 6:103 BW biedt de rechter de mogelijkheid om, op vordering van de benadeelde, immateriële schade te vergoeden op andere wijze dan in geld.¹²² Overigens rijst de vraag of de discretionaire bevoegdheid van de rechter op voet van art. 6:106 BW verder reikt dan die op voet van art. 6:103 BW, in die zin dat de rechter op voet van art. 6:106 BW steeds de vrijheid zou hebben een andere vorm van schadevergoeding dan smartengeld toe te kennen, terwijl de rechter op voet van art. 6:103 BW slechts op vordering van de benadeelde tot een alternatief kan beslissen.¹²³ Een alternatief voor smartengeld mag de eiser mijns inziens niet tegen de zin van de eiser worden opgedrongen.¹²⁴

De discretionaire bevoegdheid op voet van art. 6:106 BW lijkt enkel te zien op de *geldelijke* omvang van de vergoeding en niet op haar modaliteit.¹²⁵ Wel zal het al dan niet voorhanden zijn van een alternatief van invloed kunnen zijn op de beslissing (aanvullend) smartengeld toe te kennen. Als uit de omstandigheden van het geval naar voren komt dat reeds in natura is gecompenseerd, mag dit mijns inziens meewegen in de beslissing geen (aanvullend) smartengeld toe te kennen. Zo hoeft bij een onrechtmatige publicatie geen immateriële schadevergoeding te worden toegekend als een rectificatie¹²⁶

120 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 221.

121 Ook een deel van de schade zou in een andere vorm dan in geld gecompenseerd kunnen worden. Spier 1992, nr. 23.

122 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378-379.

123 Vgl. Hartkamp 4-I 410 ten aanzien van art. 6:212 BW.

124 Vgl. HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 m.nt. MS (Den Dulk/Curaçao) Daargelaten dat onder omstandigheden denkbaar is dat een schuldeiser een aanbod tot herstel in natura niet kan weigeren op grond van de redelijkheid en billijkheid en daargelaten dat van de gedaagde een schadebeperkende maatregel als bedoeld in art. 96 lid 2 onder a BW kan worden gevegd. Ook de schadebeperkingsplicht lijkt te kunnen meebrengen dat de gelaedeerde schadevergoeding anders dan in geld accepteert.

125 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 291.

126 Vzng. Rb. Amsterdam 26 augustus 2004, NJ 2004, 578. Het ophangen van een foto in winkelatalage van vermeende winkeldief vormt schending van portretrecht en privacy: 'dat met de genoegdoening door middel van dit vonnis en met name ook de rectificatie in de winkel van B. A. voldoende compensatie heeft gekregen voor de door haar gestelde

of een verklaring voor recht¹²⁷ de immateriële schade reeds voldoende heeft gecompenseerd. Opgemerkt kan worden dat ook een rechterlijke uitspraak an sich als genoegdoening kan worden gezien.¹²⁸ Deze gedachte vormt de basis voor enkele uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de mens en van de Hoge Raad.¹²⁹ De uitspraken zien weliswaar niet op de gevallen genoemd in art. 6:106 BW, maar dat doet niet af aan de aan deze uitspraken ten grondslag liggende gedachte.¹³⁰

Naast de omstandigheid dat reeds in een andere vorm van compensatie dan in geld is voorzien, kunnen ook andere omstandigheden aan een geldelijke vergoeding in de weg staan. Deze omstandigheden kunnen blijkens de parlementaire geschiedenis liggen in de wederzijdse economische omstandigheden van partijen en de mate van schuld.¹³¹ Deze figuren lijken evenwel beter in het kader van een eventuele matiging aan de orde te kunnen komen. In de casus die leidde tot het oordeel dat de rechter een (negatieve) discretionaire bevoegdheid heeft (een geval van schending van eer en goede naam), werden het 'het beperkte bereik van de onrechtmatige uitlatingen' en 'de bestaande familierelatie' tussen laedens en gelaedeerde genoemd.¹³² Het lijkt niet goed denkbaar dat, wanneer sprake is van nadeel en tevens sprake is van een persoonsaantasting, andere omstandigheden zoals 'de bestaande familierelatie' kunnen leiden tot het geheel achterwege laten van een geldelijke vergoeding (100% eigen schuld¹³³ daargelaten).¹³⁴ Sterker, de rechter mag mijns inziens

immateriële schade. Derhalve is er geen plaats om ook nog een schadevergoeding in geld toe te wijzen.'

127 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *LJN* AS4748. 'Nu Balkenende niet over zogenaamde verzilverbare populariteit beschikt, komt alleen de door hem geleden immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. Redelijkerwijs wordt Balkenende op dit punt met de toewijzing van de gevraagde verklaring voor recht, geacht voldoende schadeloos te zijn gesteld.'

128 Lindenberg 2002, p. 66, zie tevens Van Emmerik 1997, p. 140 e.v.

129 Van Emmerik 1997, p. 139 e.v. en p. 273.

130 Vgl. A-G Hartkamp in zijn conclusie onder 6 sub e voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

131 EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388.

132 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

133 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 11 januari 2005, *VR* 2005, 97.

134 De casus waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft bij de bepaling van de omvang van smartengeld, betrof een schending van eer of goede naam van een moeder door haar zoon (zie HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief)). Uit de motivering van het Hof blijkt met name het beperkte bereik van de uitlatingen van de zoon en de bestaande familierelatie de doorslag te geven om een *geldelijke* vergoeding niet op zijn plaats te achten. Van je familie moet je het (kunnen) hebben. De gronden om af te zien van de toekenning van smartengeld kunnen kennelijk liggen in de geringe omvang van het nadeel maar ook in andere omstandigheden. Consequentie is dat er gevallen kunnen voorkomen waar het bestaan van immateriële schade aannemelijk is, en eveneens een persoonsaantasting bestaat, maar er niettemin gronden aanwezig kunnen zijn die een geldelijke vergoeding in de weg staan. Wellicht werd een andere wijze van vergoeding dan in geld meer passend geacht (nog een brief: een excuusbrief).

zijn discretionaire bevoegdheid niet ongebruikt laten enkel vanwege de geringe ernst van het nadeel waarvoor vergoeding wordt gezocht.¹³⁵ De vergoeding van immateriële schade – schade die vrijwel steeds kan worden aangewezen – is in ons systeem nu eenmaal uitzondering. Als vaststaat dat een benadeelde in zijn persoon is aangetast en als daarnaast aannemelijk is dat enige immateriële schade bestaat, mag de geringe omvang van dat nadeel an sich geen verdere belemmering vormen om tot toekenning van enig smartengeld over te gaan. De geringe omvang van het nadeel kan immers prima tot uitdrukking komen in een (zeer) lage vergoeding. Bovendien kan de rechter beslissen in het geheel geen smartengeld toe te kennen als hij van mening is (en gedegen motiveert) dat de immateriële schade reeds op een andere wijze voldoende is gecompenseerd, bijvoorbeeld door zijn uitspraak. Vrees voor een toestroom van zaken lijkt ongegrond. Immers, (ook) voor dergelijke (bagatel)zaken wordt een praktische barrière opgeworpen door de kosten en moeite die een eventueel proces met zich meebrengt.

3.6 TOETSING IN CASSATIE

3.6.1 Vooraf

Art. 79 RO bepaalt dat de Hoge Raad handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen vernietigt wegens verzuim van vormen voorzover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm en/of wegens schending van het recht (met uitzondering van het recht van vreemde staten). De vrijheid van de rechter bij die vaststelling van smartengeld wordt mede bepaald door de omvang van de controle in cassatie.

De rechter heeft in het algemeen een grote vrijheid bij het gebruik van hem toegekende discretionaire bevoegdheden. De Hoge Raad grijpt bij een dergelijke bevoegdheid slechts in wanneer de beslissing van de feitenrechter getuigt van een incorrecte voorstelling omtrent het bestaan of de omvang van zijn bevoegdheid. Ook als de rechter de bevoegdheid heeft gebruikt zonder te hebben vastgesteld dat de feitelijke omstandigheden waaronder zij hem is toegekend aanwezig waren, grijpt de Hoge Raad in.¹³⁶

De Hoge Raad kan enige controle uitoefenen op rechterlijke oordelen omtrent de vaststelling van smartengeld. In de eerste plaats heeft hij een aantal gezichtspunten geformuleerd die door de feitenrechter in ogenschouw lijken te moeten worden genomen. Daarnaast kan de Hoge Raad toetsen of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de wijze van

¹³⁵ Vgl. Storm, Kamp en Schön 1995, p. 261; Lindenberg 1998, p. 269.

¹³⁶ Veegens/ Korthals Altes & Groen 2005, nr. 104.

begroten.¹³⁷ Ten slotte dient de rechterlijke motivering inzicht te verschaffen in hoe de rechter is gekomen tot zijn beslissing over de hoogte van het smartengeld.¹³⁸ Overigens kan de Hoge Raad ook toetsen of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip ander nadeel dan vermogensschade (zie paragraaf 2.9).

3.6.2 Gezichtspunten

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten gezichtspunten geformuleerd waarmee de rechter in het bijzonder rekening kan (of moet) houden bij de begroting van smartengeld.¹³⁹ Deze gezichtspunten zijn overigens meer dan alleen van belang voor de motivering.¹⁴⁰ Zij geven inhoud aan de gewenste wijze van vaststellen van smartengeld en bieden enig zicht op dat wat de Hoge Raad kennelijk onder nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.¹⁴¹

De gezichtspunten ‘de duur en de intensiteit van de pijn’, ‘de ernst van het letsel’, ‘de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt’, ‘de duur en de intensiteit van het verdriet’ en ‘de ernst van de handicaps’ dwingen de rechter ertoe het concrete geval waarover hij dient te beslissen te vergelijken met andere (denkbeeldige) gevallen die hij aan dezelfde gezichtspunten dient te toetsen.¹⁴² Zij zeggen meer of minder direct iets over de omvang of ernst van de feitelijke immateriële schade en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.

De genoemde gezichtspunten kunnen zich in een oneindig aantal gradaties voordoen. Zij zeggen iets over de omvang van (de gevolgen van) het nadeel. Op basis van deze gezichtspunten lijkt een rubricering naar de omvang van het nadeel mogelijk.

137 Vgl. HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. MS (Verhoeven/Lammers).

138 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 407 (De Oorsprong/Utrecht).

139 Ten aanzien van de zodadelijk genoemde gezichtspunten komen formuleringen voor als (in aflopende mate van dwingendheid): ‘dient in het bijzonder rekening gehouden te worden met’, ‘hierbij moet met name worden gedacht aan’, ‘waaronder de rechter mag meewegen’, of, ‘kan worden gedacht aan’. Zie respectievelijk HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw); HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (P./Gemeente Amsterdam); HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (Wrongful birth II); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

140 Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 102.

141 Zie ook paragraaf 2.9.

142 Zie respectievelijk: HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O.); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw); HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (Wrongful birth II); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst); HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

De door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten ‘aard van de aansprakelijkheid’,¹⁴³ ‘aard van de pijn’,¹⁴⁴ ‘aard van het letsel’¹⁴⁵ en ‘aard van de handicaps’¹⁴⁶ zijn nauwelijks richtinggevend, omdat niet wordt aangegeven op welke wijze rekening kan worden gehouden met de aard van de aansprakelijkheid, de pijn of het letsel. Wel kunnen deze gezichtspunten aanknopingspunten bieden voor de hierboven genoemde gezichtspunten die wel iets zeggen over de omvang of ernst van de immateriële schade en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.

3.6.3 Gevalsvergelijking

In AMC/O besteedde de Hoge Raad aandacht aan ‘de status’ van vergelijkbare gevallen voor zover het aankomt op de vaststelling van uiteindelijke bedragen: ‘Het ligt in de rede dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend’.¹⁴⁷ Een formulering die de Hoge Raad in *Druijff/Bouw* aldus aanscherpte dat de rechter ‘dient te letten op’ vergelijkbare gevallen.¹⁴⁸ De Hoge Raad lijkt met deze scherpere formulering enige ruimte voor een verdergaande toetsing in cassatie te hebben gecreëerd. Hoe ver de Hoge Raad wenst te gaan in zijn controle is niet eenvoudig aan te geven. Bloembergen merkt op dat iedere verruiming van de controle in cassatie vermoedelijk een aanzuigende werking zal hebben. Het spook van de overbelasting ligt steeds op de loer en zal wellicht het beleid van de Hoge Raad mede bepalen of hebben bepaald, aldus Bloembergen.¹⁴⁹

De wijze waarop de feitenrechter tot zijn oordeel omtrent een bepaalde hoogte van smartengeld is gekomen, lijkt ver(der)gaand te kunnen worden getoetst in cassatie. Het onvoldoende acht slaan op vergelijkbare gevallen lijkt een motiveringsgebrek te kunnen opleveren. Niet goed denkbaar lijkt het dat een beslissing in stand blijft waarin een feitenrechter zonder nadere motivering – zonder verwijzing naar vergelijkbare uitspraken en/of zonder afdoende toelichting anderszins – overgaat tot een aanzienlijk lagere of hogere vergoeding dan in voorhandenzijnde vergelijkbare gevallen. Met het oog op de

143 Genoemd in: HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O.); HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (Wrongful birth II); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

144 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O.).

145 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (*Druijff/Bouw*); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

146 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

147 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O.).

148 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (*Druijff/Bouw*).

149 Vgl. Bloembergen in zijn noot onder HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (*Druijff/Bouw*).

rechtseenheid en rechtsgelijkheid zal de Hoge Raad toch over moeten gaan tot vernietiging.

Overigens lijkt zo ook enige controle op de hoogte van smartengeldniveau als zodanig mogelijk te zijn. De feitenrechter hoeft tot op heden in zijn motivering niet aan te geven dat en op welke wijze hij acht heeft geslagen op de bedragen toegekend in vergelijkbare gevallen en met welk resultaat, als het resultaat van zijn begrotingsexercitie in de orde van grootte van vergelijkbare gevallen ligt. Niet in de laatste plaats omdat de cassatierechter zichzelf geen ruimte geeft om een rechterlijk oordeel omtrent een smartengeldbedrag dat hij niet passend acht te casseren.

3.6.4 Motivering

Het is de motivering van de beslissing die de draagwijdte van het precedent bepaalt. Vandaar het belang van de motivering voor de rechtvaardigheid van de beslissing en vandaar ook de verleiding voor beslissers om zich aan het motiveren te onttrekken, aldus Drion.¹⁵⁰ In het navolgende worden de eisen onderzocht waaraan de motivering van een smartengeldbeslissing dient te beantwoorden.

In het algemeen zal de motivering van een uitspraak van een rechter aan twee deels samenvallende eisen dienen te beantwoorden. Allereerst dient met voldoende bepaaldheid te worden aangegeven welke feiten aan de beslissing ten grondslag liggen, zodat in cassatie kan worden beoordeeld of de rechter op die feiten het recht correct heeft toegepast. Daarnaast dient de rechter zijn beslissing te rechtvaardigen om haar zodoende vatbaar voor controle en aanvaardbaar te maken.¹⁵¹ Het is de vraag wat er van deze twee eisen overblijft bij motiveringen van smartengeldbeslissingen.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat de vaststelling van de omvang van smartengeld zich naar haar aard slechts in beperkte mate leent voor motivering.¹⁵² Ten aanzien van de motivering worden dan ook geen al te zware eisen gesteld. Voor smartengeld geldt immers (ook):

‘(...) 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

¹⁵⁰ Drion 1973, p. 52-53.

¹⁵¹ Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 120.

¹⁵² Vergelijk HR 18 maart 2005, NJ 2005, 201 m.nt. EAA (Staat/M. c.s.). Let wel het betrof hier smartengeld op grond van 89 Sv wegens onrechtmatig doorgebrachte detentie.

verschafft, hoe de rechter tot de vaststelling van de schadevergoeding is gekomen (...).'¹⁵³

Daar komt, in de tweede plaats, bij dat de feitenrechter, indien hij aannemelijk acht dat er schade is geleden, vrij is de omvang van de schade te schatten.¹⁵⁴ De motivering van het resultaat van een dergelijke schatting kan in cassatie slechts beperkt worden getoetst.¹⁵⁵ Voor een schatting heeft (slechts) te gelden:

‘dat deze schatting, gezien de bewuste gegevens en hetgeen verder uit de processtukken blijkt, niet onbegrijpelijk is (...); dat het Hof als rechter die over de feiten oordeelt, gerechtigd was tot deze schatting, en niet gehouden was tot een nadere motivering daarvan, terwijl de juistheid van de schatting in cassatie niet kan worden bestreden.’

In de derde plaats kan worden aangetekend dat in de literatuur wordt betoogd dat beslissingen waarbij de rechter gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid in beginsel geen motivering behoeven.¹⁵⁶ De rechter heeft een discretionaire marge waarbij zijn motiveringsplicht slechts door de stellingen van partijen wordt bepaald, zo wordt betoogd.¹⁵⁷ Als de rechter zijn *negatieve* beslissingsbevoegdheid gebruikt en geen smartengeld toekent, dient hij mijns inziens de reden daarvoor gedegen te motiveren,¹⁵⁸ niet in de laatste plaats omdat de rechter bij zijn vaststelling geacht wordt te letten op (bedragen in) vergelijkbare gevallen.¹⁵⁹ De rechter kan mijns inziens niet beslissen geen smartengeld toe te kennen op grond van omstandigheden die in iets anders liggen dan in het feit dat al op andere wijze in compensatie is voorzien (matiging, voordeelstoerekening, en het vrij uitzonderlijke geval van 100% eigen

153 HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 73 m.nt. GJS (Van Doorn/Van Blokland).

154 HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 (P./Gemeente Amsterdam).

155 HR 28 januari 1977, *NJ* 1978, 174 m.nt. ARB (Van de Weijert/Nieuwkoop).

156 Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 128.

157 Zie de conclusie van A-G Franx bij HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 45 (Van den Brink/Thalen).

158 Brunner in zijn noot onder HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 (Boze Brief). Vgl. ook Starren 2001, p. 388-389. Starren is van mening dat als de rechter kennelijk niet hoeft in te grijpen daar waar het objectieve recht tot een bepaalde uitkomst heeft geleid, dit om uitleg vraagt. De rechter corrigeert immers het wettelijke rechtsgevolg van een handeling, bijvoorbeeld een onrechtmatige daad tevens aantasting in de persoon, en wel met het oog op het in zijn ogen kennelijk ‘onbillijk’ gevolg, namelijk de toekenning van enig smartengeld. Gezegd zou evenwel kunnen worden dat een recht op smartengeld nu juist niet van rechtswege ontstaat aangezien de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft geen smartengeld toe te kennen. De uitspraak van 27 april 2001 lijkt niet geheel te sporen met de uitspraak van HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst) waarin de Hoge Raad overweegt dat de benadeelde in beginsel recht heeft op smartengeld als hij in zijn persoon is aangetast. Naast Brunner en Starren is ook Lindenberg (2005, p. 320) kritisch over de negatieve discretionaire bevoegdheid van de rechter op dit punt.

159 Vgl. Brunner in zijn noot onder HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (B./C.) en vgl. Lindenberg 2003b, p. 9-20.

schuld laat ik verder buiten beschouwing). Als de rechter beslist dat de inzet van een alternatieve vergoedingsvorm tot gevolg heeft dat het slachtoffer geen – of, niet ook nog – recht heeft op smartengeld (en zijn positieve beslissingsvrijheid gebruikt), dient de rechter dit mijns inziens gedegen te motiveren.

Het rechterlijk oordeel omtrent de hoogte van het smartengeld is in concrete gevallen vaak vrij karig gemotiveerd. Een uitgebreidere motivering dan thans, kan in sommige gevallen geen kwaad.¹⁶⁰ Opgemerkt kan worden dat scherpzinnige detail kritiek op de motivering niet voldoende is om vernietiging in cassatie te verkrijgen. Voor vernietiging is nodig dat de motivering gebreken vertoont die met een welwillende uitleg niet kunnen worden opgeheven.¹⁶¹ De vaststelling van smartengeld hangt nu eenmaal af van de beoordeling en waardering van een aantal feiten en kansen, en die beoordeling en waardering is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Motiveringsklachten zijn waarschijnlijk dan ook alleen succesvol als de motivering van de bestreden uitspraak kennelijke vergissingen bevat of als daarbij essentiële stellingen van partijen 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 is bijvoorbeeld het geval als de feitenrechter ten onrechte niet duidelijk heeft gemaakt in hoeverre hij bij zijn schadebegroting het oog heeft gehad op vermogensschade dan wel op ander nadeel.¹⁶² Als de feitenrechter zonder gedegen motivering flink afwijkt van eerdere vergelijkbare gevallen, lijkt de Hoge Raad (of hogere rechter) te moeten kunnen ingrijpen.¹⁶³

3.7 SMARTENGELDNIVEAU

3.7.1 Geldontwaarding

Een aspect dat de rechter bij de bepaling van de omvang van het smartengeld in aanmerking dient te nemen is de geldontwaarding (voor eenzelfde bedrag kan minder worden gekocht) die is opgetreden sinds de uitspraak waarmee vergeleken wordt. Hoewel de bestedingmogelijkheden niet doorslaggevend kunnen zijn bij de bepaling van de omvang van het smartengeld spelen zij op de achtergrond wel degelijk een rol.¹⁶⁴ De waarde van geld zegt iets over de waardering van de ernst van het immateriële nadeel. De waardering van de ernst van bepaald nadeel zal over de tijd ongeveer gelijk blijven – hoewel

160 Vgl. Lindenberg 1998, p. 256 met betrekking tot schendingen van eer en goed naam of privacy.

161 Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 121.

162 HR 25 oktober 2002, NJ 2003 m.nt. MS (Verhoeven/Lammers-De Vries).

163 Vgl. Spier in zijn conclusie (onder 5.25) voor HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB (Van Buuren Van Swaay/Heesbeen).

164 Vgl. Spier 2002, p. 14. De benadeelde moet wel wat met het smartengeld kunnen doen.

denkbaar is dat in deze waardering fluctuaties optreden – terwijl aannemelijk is dat de waarde van het geld zal dalen. Dit gegeven wordt geneutraliseerd door verdiscontering van de geldontwaarding. Gevalsvergelijking wordt zo eenvoudiger. Dat omwille van gevalsvergelijking rekening wordt gehouden met het gegeven dat geld doorgaans minder waard wordt, betekent overigens niet dat bij de begroting van smartengeld (in een som ineens) de geldontwaarding wordt verdisconteerd. Met dergelijke kapitalisatie-elementen wordt doorgaans geen rekening gehouden.¹⁶⁵

Aangezien de koopkracht wordt beïnvloed door de geldontwaarding wordt veelal aangenomen dat een koopkrachtvermindering verdisconteerd dient te worden in de omvang van het smartengeld.¹⁶⁶ Aangenomen dat de schade na een bepaalde periode nog steeds dezelfde waardering geniet, gecorrigeerd dient te worden voor een eventuele koopkrachtvermindering.¹⁶⁷ De geldontwaarding kan dan bepaald worden aan de hand van de consumentenprijs-indexcijfers (CPI, voorheen het prijsindexcijfers van de gezinsconsumptie) van het Centraal Bureau voor de Statistiek. Lord Woolf merkt over het Engelse equivalent van het CPI, het RPI (retail price index) het volgende op:¹⁶⁸

‘(...) the changes which take place in society are not confined to changes in the RPI. Other changes in society can result in a level of damages which was previously acceptable no longer providing fair, reasonable and just compensation, taking into account the interests of the claimants, the defendants and society as a whole. For this reason, it is clearly desirable for the courts at appropriate intervals to review the level of damages so as to consider whether what was previously acceptable remains appropriate.’

Het juiste niveau van smartengeld is niet alleen afhankelijk van de geldontwaarding, ook andere maatschappelijke veranderingen kunnen een rol spelen, in het bijzonder de verandering in waardering van bepaalde letsels of andere persoonsaantastingen. Hier kan worden opgemerkt dat het in dit verband wenselijk lijkt dat rechters op daartoe geëigende momenten en met een zekere regelmaat beoordelen of het smartengeld in zijn totaliteit voor verschillende te onderscheiden categorieën nog een aanvaardbaar niveau heeft.

3.7.2 Hoogte bedragen domein feitenrechter

De vaststelling van de hoogte van de bedragen ter vergoeding van immateriële schade behoort tot op heden tot het domein van de feitenrechter. In zijn arrest

¹⁶⁵ Lindenberg 1998, p. 231.

¹⁶⁶ Lindenberg 1998, p. 267-268.

¹⁶⁷ In theorie lijkt een correctie voor een koopkrachtvermeerdering ook mogelijk. Zie Bloembergen in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 215(Druijff/Bouw).

¹⁶⁸ Heil v Rankin [2000] 3 All Er 138 at 150.

van 8 juli 1992 (AMC/O.) overweegt de Hoge Raad dat, wat er zij van de hoogte van het toegekende bedrag, dat oordeel voor verantwoording van het hof moet blijven. Op dit standpunt is de Hoge Raad in zijn arrest van 17 november 2000 (Druijff/Bouw) niet teruggekomen. De rechter wordt ook geacht te letten op de maximaal toegekende bedragen. De verwijzing naar de hoogste bedragen lijkt er op te duiden dat de Hoge Raad een bovengrens ziet aan de toegekende bedragen.¹⁶⁹ Hij heeft zich tot op heden niet uitgesproken over een maximum, wat hij al dan niet bij wijze van obiter dictum wel zou kunnen doen (zie verder paragraaf 3.7.5).¹⁷⁰

3.7.3 Vergelijkbare buitenlandse gevallen

Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot toegekende bedragen. Ontwikkelingen in andere landen op dit gebied kunnen evenwel nooit beslissend zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.¹⁷¹ Inspiratie opdoen in het buitenland is niet verboden, behoedzaamheid is echter op zijn plaats.¹⁷² De bedragen in het buitenland die in vergelijkbare gevallen worden uitgekeerd, kunnen mogelijk niet alleen verschillen, door verschil in culturele en maatschappelijke opvattingen maar ook door factoren die het smartengeld in Nederland doorgaans niet of op een andere wijze beïnvloeden. Te denken valt bijvoorbeeld aan het niveau van de sociale voorzieningen in een land. Duidelijk is inmiddels wel dat de uitgekeerde bedragen in Nederland bepaald niet tot de top van Europa behoren, en dat verklaringen daarvoor eigenlijk niet zijn te vinden.¹⁷³ Zo is een voor de hand liggende verklaring gebaseerd op verschillen in functie van de verschillende schadevergoedingsstelsels, of op de al dan niet ruimere vergoedbaarheid van andere schadeposten niet aan te wijzen. Lindenbergh brengt het achterblijven van de gemiddelde smartengeldbedragen in Nederland terug tot Hollandse zuinigheid.¹⁷⁴

169 Vergelijk het arrest AMC/O (HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714) daarin overweegt de Hoge Raad (rov. 3.8) dat de hoogte van het toegekende bedrag 'voor verantwoording van het hof' moet blijven, waarin besloten ligt dat hij het toegekende bedrag voor dat geval (een HIV-besmetting) disproportioneel vond. Vgl. Bloembergen in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druijff/Bouw).

170 Vgl. A-G Spier in zijn conclusie voor HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

171 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

172 Lindenbergh 1998, p. 267.

173 Zie paragraaf 1.2.2.

174 Lindenbergh 2008c, p. 78.

3.7.4 Weinig ontwikkeling

De toegewezen smartengeldbedragen liggen al enige jaren op een vrij constant niveau. Dit geldt niet alleen voor de hoogste bedragen maar waarschijnlijk ook voor andere gevallen.¹⁷⁵ Na het arrest AMC/O.,¹⁷⁶ waarin het Hof Amsterdam 300.000 gulden (136.000 euro) toekent voor de immateriële schade als gevolg van een HIV-besmetting door een medische fout, bleef de verwachte (forse) stijging van smartengeld uit. Het hoogste door de rechter toegewezen bedrag is nog steeds de 136.000 euro in het genoemde geval. Eenzelfde bedrag is in 1999 door Hof Arnhem toegewezen ter vergoeding van de immateriële schade van een slachtoffer van een ernstig verkeersongeval.¹⁷⁷ Wanneer deze bedragen gecorrigeerd zouden worden voor de geldontwaarding zou vandaag de dag (peildatum 31 december 2008) in vergelijkbare gevallen respectievelijk 200.000 euro en 167.000 euro moeten worden toegewezen. Dergelijke bedragen zijn in rechte (voor zover mij bekend) evenwel nog niet toegewezen. In 2007 is evenwel nog 150.000 euro toegekend voor een geval van zwaar lichamelijk letsel.¹⁷⁸ De ontwikkeling van smartengeldbedragen lijkt in Nederland dan ook al enige jaren te stagneren. Dit lijkt in ieder geval te gelden voor de hoogste bedragen, maar wellicht doet de stagnatie zich over de gehele linie gevoelen.¹⁷⁹

Een mogelijke verklaring is hierin gelegen dat de rechter zich toch vooral richt op de bedragen die eerder in vergelijkbare gevallen zijn toegekend en zich wellicht onvoldoende rekenschap geeft van bijvoorbeeld de ontwikkeling in het buitenland, of de maatschappelijke ontwikkelingen in de waardering van letsels in het algemeen. En hoewel de rechter rekening dient te houden

¹⁷⁵ Lindenbergh 2006, p. 9-10.

¹⁷⁶ HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O.)

¹⁷⁷ Hof Arnhem 7 december 1999, *VR* 2000, 90.

¹⁷⁸ Rechtbank Den Bosch 11 april 2007, *LJN* BA2723: €150.000 voor zwaar lichamelijk letsel. De rechtbank noemt een aantal omstandigheden ter onderbouwing van haar oordeel: 'Blijkens de dagvaarding en de daarbij gevoegde producties, alsmede de verklaring van [B] bij de comparitie en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken, heeft [B] als gevolg van het misdrijf de volgende beperkingen: linkszijdig verlamd, – afhankelijk van een katheter, – rechteroog is blind, – linkeroog heeft kokervisie, – epilepsie, – cognitieve stoornissen, – geheugenstoornissen. Dat [B] deze beperkingen heeft is niet (gemotiveerd) betwist. Als gevolg van die beperkingen is [B] rolstoelafhankelijk. Hij kan niet meer zonder begeleiding lopen. Voorts is hij voor de rest van zijn leven voor 24 uur per dag zorgafhankelijk en voor 80-100% arbeidsongeschikt. Hij kan niet meer sporten en is niet meer in staat zijn kinderen op te voeden en een normaal gezinsleven te leiden. Voorts heeft hij verklaard dagelijks te moeten revalideren. Ook deze gevolgen zijn niet (gemotiveerd) betwist. Voorts speelt voor het bepalen van de hoogte van de immateriële schadevergoeding mee dat [B] als gevolg van het misdrijf zijn gezin is kwijtgeraakt. Zijn kinderen zijn in een pleeggezin ondergebracht – aanvankelijk in aparte gezinnen, sinds november 2006 in één pleeggezin – en [B] is voor het contact met zijn kinderen sinds kort aangewezen op een 'omgangsregeling' waarbij zij hem eens per maand bezoeken.'

¹⁷⁹ Vgl. Lindenbergh 2006, p. 11.

met de geldontwaarding, gebeurt dit in het concrete geval niet altijd. Gezegd kan worden dat de huidige wijze van gevalsvergelijking verstarren in de hand werkt. Met andere woorden, de rechter lijkt wat zuinig.¹⁸⁰ De verstarrende werking die uitgaat van de huidige wijze van gevalsvergelijking biedt een argument om andere wijzen van vaststellen van smartengeld in overweging te nemen.

3.7.5 Meer richting aangaande smartengeldniveau

De hoogte van smartengeld, zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak, beweegt zich tussen 200.000 euro (gecorrigeerd voor geldontwaarding), en de nul euro, daargelaten dat een rechter in een goed gemotiveerd vonnis zou kunnen beslissen (fors) meer smartengeld toe te kennen.¹⁸¹ In rechte is na de HIV-besmettingszaak (een geval uit 1992), althans voor zover uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt, evenwel nooit meer dan ongeveer 150.000 euro toegekend.¹⁸²

Nu de vaststelling van smartengeld zwaar leunt op gevalsvergelijking, lijkt met de vaststelling van een bepaalde hoogte in een concreet geval de hoogte voor een reeks vergelijkbare gevallen min of meer vast te liggen. Iedere beslissing in een concreet geval heeft hierdoor enig effect op het algemene niveau van vergelijkbare gevallen.¹⁸³ Dat de rechter zich in het concrete geval over de hoogte van smartengeld kan uitspreken staat buiten kijf. Het is bovendien de uitdrukkelijke keus van de wetgever geweest de rechter veel vrijheid te laten om de hoogte van schadevergoeding te kunnen vaststellen. Schadevergoedingsrecht is rechtersrecht. Dit maakt het verdedigbaar dat de rechter zich, bij voorkeur tegen de achtergrond van een aantal tegelijk te behandelen zaken, uitspreekt over het algemeen niveau van smartengeld in Nederland.

En ander punt is welke rechter een dergelijke beoordeling aan zich zou kunnen trekken. In Engeland is er keuze uit twee: het 'House of Lords' (middels een frog-leap) of het 'Court of Appeal'. In Engeland viel de keuze (van het 'Court of Appeal') uiteindelijk op het 'Court of Appeal' (zie paragraaf 4.3.2.1). In Nederland lijkt zo gezien de Hoge Raad of een van de vijf Gerechtshoven in aanmerking te komen. De Hoge Raad zou zich expliciet(er) kunnen uitspreken over het wenselijke hoogte van smartengeld. Hij zou zich bijvoorbeeld bij wijze van obiter dictum uitspreken over een gewenst smartengeldniveau.¹⁸⁴ Het beleid van de Hoge Raad kenmerkt zich evenwel door terug-

180 Vgl. Lindenbergh 2006, p. 11.

181 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O); HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

182 Rechtbank Den Bosch 11 april 2007, *LJN* BA2723.

183 Vgl. Giesen, Kamminga en Barendrecht 2001, p. 123.

184 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 226; Vgl. Spier in zijn conclusie (r.o. 3.20) voor HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

houdendheid.¹⁸⁵ In zijn arrest van 8 juli 1992 merkt de Hoge Raad op dat de hoogte van het toegekende bedrag voor verantwoording van het Hof dient te blijven. Het valt niet te verwachten dat de Hoge Raad zich zal uitlaten over wenselijke bedragen. Hij heeft dat de afgelopen 16 jaar, ondanks aansporingen vanuit de literatuur, niet gedaan.¹⁸⁶ Daarnaast zou een dergelijke uitspraak wellicht een toestroom aan zaken met betrekking tot de begroting van (immateriële) schade tot gevolg kunnen hebben.¹⁸⁷ De Hoge Raad zal waarschijnlijk terughoudend blijven, met als gevolg dat ook motiveringsklachten die zien op het oordeel omtrent de hoogte van smartengeld weinig gehoor zullen vinden. Ondanks de terughoudendheid van de Hoge Raad en niettegenstaande de aan de feitenrechter gelaten beleidsvrijheid, is het evenwel niet geheel uitgesloten te achten dat de Hoge Raad in het licht van het proportionaliteits- en het gelijkheidbeginsel op termijn een marginale controle op de hoogte van de uitgekeerde bedragen zal willen uitoefenen.¹⁸⁸

Zou een Gerechtshof zich kunnen uitspreken over de wenselijke hoogte van het smartengeldniveau bijvoorbeeld tegen de achtergrond van een aantal tegelijk te behandelen zaken? Een antwoord op deze vraag hangt samen met de functies die het Hof heeft en in het bijzonder de functies die het hoger beroep bij het Hof heeft. Een belangrijke functie van 'appeal' in Engeland vloeit voort uit het 'common law'-systeem waarin de bindende kracht van rechterlijke precedentes een cruciaal onderdeel vormt. Deze functie is 'to enable the appellate tribunal to expound and clarify the law, to build up a uniform system of law corresponding to social changes, and to develop the law in a harmonious and consistent manner (...)'.¹⁸⁹ De belangrijkste functie van appel in Nederland is controle. Eventuele fouten en onvolkomenheden van rechters kunnen worden verholpen, zoals onjuiste of minder treffende waarderingen van feiten, bewijsstukken en rechtsopvattingen. Daarnaast kunnen partijen in appel hun eigen misstappen en verzuimen corrigeren en feitelijke en juridisch relevante gegevens nader toespitsen of uitbouwen. Een praktisch onontkoombare functie is dat het hoger beroep functioneert als voorsluis van cassatie. Gezegd kan worden dat het appel daarmee – zij het afgeleid – ook de functies die aan cassatie toekomen heeft: bewaking van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling en de rechtsbescherming.¹⁹⁰ In het licht van en gelet op

185 A-G Hartkamp is zijn conclusie voor HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

186 A-G Spier in zijn conclusie (onder 3.20) voor HR 17 november 2000, *NJ* 2002, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw). Spier spreekt de hoop uit dat hetzij de wetgever, dan wel verzekeraars in samenwerking met bijvoorbeeld de LSA in een dergelijk signaal aanleiding zien om na te gaan denken over toekomstige ontwikkelingen. Zie ook Giesen 2001, p. 120.

187 Vergelijk Bloembergen in zijn noot HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (Druijff/Bouw).

188 Asser/Hartkamp 4-I (2004) nr. 416. Hartkamp verwijst in dit verband naar EHRM 26 september 1995, *NJ* 1996, 544 m.nt. EJD (Miloslavsky/Groot-Brittannië).

189 Jacob 1986, p. 212.

190 Snijders & Wendels 2003, p. 5-6. Zie over de functies van appel in rechtsvergelijkend perspectief ook Hovens 2005.

deze functies en gegeven het feit dat de vijf Gerechtshoven de hoogste feitelijke instanties zijn, lijkt het noch onmogelijk noch ongewenst dat één van de Hoven zich zou uitspreken over het algemeen niveau van smartengeld in Nederland. Een andere optie is dat de vijf Hoven gezamenlijk (al dan niet in overleg met andere gremia binnen de rechterlijke macht) komen tot een rechtersregeling (zie hierover nader paragraaf 4.9).

3.8 MECHANISME TOT COÖRDINATIE VAN RECHTSPRAAK: DE SMARTENGELDGIDS

De wijze waarop de rechtspraak is georganiseerd voorziet in enkele mechanismen die de eenheid van rechtspraak kunnen waarborgen (onder andere hoger beroep, cassatie, overleg in de meervoudige kamer). De mogelijkheden en (zelfopgelegde) beperkingen aangaande de controle in cassatie zijn hiervoor onderzocht (paragraaf 3.6). Een belangrijk mechanisme ter bewaking van de eenheid van rechtspraak in het kader van de vaststelling van smartengeld is de door de Hoge Raad gewenste gevalsvergelijking. In de praktijk zal de rechter ter vaststelling van de uiteindelijke hoogte van smartengeld in een concreet geval zeer waarschijnlijk verzamelingen van smartengeldjurisprudentie raadplegen, hij lijkt daar ook toe gehouden.¹⁹¹ Hij zal in het bijzonder ook de samengevatte (wellicht beter: geparafraseerde) jurisprudentie gepubliceerd in de Smartengeldgids van de ANWB (kunnen) raadplegen.¹⁹² Het is het nuttig om stil te staan bij dit belangrijke hulpmiddel voor de praktijk, dat tevens een belangrijk, zij het gebrekkig mechanisme ter coördinatie van rechtspraak is.

3.8.1 Totstandkoming en inhoud Smartengeldgids

De eerste Smartengeldgids verschijnt in 1959. De advocaat Van der Veen vindt het de hoogste tijd om de tot dan toe verschenen jurisprudentie met betrekking tot de vaststelling van smartengeld te verzamelen en te categoriseren.¹⁹³ Naar Van der Veens verwachting zouden de rechterlijke macht, advocaten, verzekeringsmaatschappijen en andere gremia hiervoor belangstelling hebben. De eerste edities van de Smartengeldgids zijn tot stand gekomen door Van der Veens verzamelwoede. Het liefdewerk oud-papier van de beginnenden is verdwenen. Tegenwoordig verzet het redactiebureau van het tijdschrift Ver-

¹⁹¹ HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

¹⁹² Het eens in de drie jaar te verschijnen bijzonder nummer van het Tijdschrift voor Verkeersrecht gewijd aan smartengeld (laatste editie 2006).

¹⁹³ De advocaat Th.L. van der Veen publiceert in 1959 in het juridisch maandblad betreffende het wegverkeer (kortweg: Verkeersrecht), zevende jaargang no. 6 de eerste 'smartengeldgids'.

keersrecht veel werk, hierin bijgestaan door het bureau van de Nederlandse Orde van Advocaten.¹⁹⁴

Van der Veen wilde met zijn Smartengeldgids de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en daarmee de rechtseenheid vergroten, al gebruikt hij deze termen niet met zoveel woorden. Zo zouden naar zijn verwachting partijen (waaronder de verzekeraar van de laedens) beter in staat zijn de uitkomst van een bepaald geding te voorspellen, waardoor zij eerder zouden schikken. Ook zou de rechter de mogelijkheid moeten hebben om zich te kunnen oriënteren op wat zijn collegae hebben beslist, aldus Van Veen.¹⁹⁵

De Smartengeldgids geeft een overzicht van de stand van de smartengeldrechtspraak. De gids signaleert bovendien bijzondere gevallen waarin een recht op smartengeld mogelijk wordt geacht. Ook geeft zij een overzicht van gevallen waarbij een recht op smartengeld als zodanig weliswaar niet wordt betwist maar wel de weging van de factoren die van invloed zijn op die hoogte.

De verzamelde uitspraken zijn ondergebracht in rubrieken en beslaan in beginsel het hele terrein van gevallen waarin mogelijk smartengeld kan worden uitgekeerd. De uitspraken zijn in drie hoofdgroepen onderverdeeld: smartengeld na ongeval (waaronder medisch foutief handelen), smartengeld na mishandeling en smartengeld bij niet-letsel. Deze hoofdgroepen zijn ingedeeld in rubrieken naar de aard van het letsel. Veelal zal een uitspraak evenwel meer- of minderomvattend betreffen. De uitspraak wordt echter maar eenmaal geplaatst, en wel onder de letselrybriek die het meest indicatief mag worden geacht voor de hoogte van het smartengeld in het gegeven geval, dit (kennelijk) ter beoordeling door de redactie. Per rubriek wordt het laagst toegekende bedrag eerst vermeld. In geval van gelijke bedragen wordt de oudste uitspraak eerst vermeld.

Naast het smartengeldbedrag dat de facto is toegekend is ook een bedrag na correctie voor koopkrachtvermindering weergegeven. Als maatstaf is gekozen voor het consumentenprijsindexcijfer. Ten behoeve van de gevalsvergelijking zijn twee registers opgenomen, één naar de aard van het letsel, en één naar de meest voorkomende oorzaken van het letsel. De gids geeft verder een overzicht van de volgende zeven letselscategorieën: gering letsel, licht letsel, matig letsel, ernstig letsel, zwaar letsel, zeer zwaar letsel en uitzonderlijk zwaar letsel.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Vgl. Smartengeldgids 2006, p. 12 e.v.

¹⁹⁵ Ook geeft het de mogelijkheid cliënten die (absurd) hoge bedragen in hun hoofd hebben tot de orde te roepen, aldus Van der Veen 1959, p. 102.

¹⁹⁶ Toelichting Smartengeldgids 2006, p. 12 e.v.

3.8.2 Receptie Smartengeldgids

De initiator van de Smartengeldgids Van der Veen waarschuwt voor te hooggespannen verwachtingen van de gids. De Smartengeldgids heeft inmiddels zijn vaste plaats veroverd binnen de buitengerechtelijke afwikkeling van letselschade, alsook bij de gerechtelijke vaststelling van smartengeld. Zo merkt Van Dort op dat bij twijfel of discussie over de omvang van het smartengeld de door de Hoge Raad gewenste gevalsvergelijking veelal aan de hand van de Smartengeldgids partijen doorgaans tot elkaar brengt.¹⁹⁷ In rechterlijke uitspraken over de vergoeding van immateriële schade wordt met enige regelmaat expliciet naar de Smartengeldgids verwezen.¹⁹⁸

De moeilijkheden om tot een onderling vergelijk te komen, blijven aanzienlijk.¹⁹⁹ In de optiek van Van der Veen handelt men dan ook onjuist indien uit een uitspraak van een gerecht zou worden afgeleid dat hetzelfde of een ander gerecht onder soortgelijke omstandigheden tot eenzelfde uitkomst zal komen, juist omdat niet alle omstandigheden zijn geëxpliciteerd in de uitspraak. Een absolute waarde komt dan ook niet toe aan de verzamelde uitspraken. Wel geeft de verzameling een bepaald beeld op welke wijze Nederlandse rechters smartengeld begroten.

Schuurmans-Stekhoven merkt op dat een vergeefse zoektocht naar zowel vergelijkbare gevallen als naar de gebruikte maatstaf is wat de gebruiker van de Smartengeldgids ten deel valt.²⁰⁰ In repliek op de kritiek van Schuurmans-Stekhoven vraagt Van der Veen zich af of er ooit is gebleken dat de rechter behoefte zou hebben aan een dergelijke maatstaf. Hij vraagt zich bovendien af waarom de rechter gebonden zou moeten zijn aan een dergelijke slag in de lucht. Van der Veen pleit voor een zekere standaardisering van de motive-

197 Van Dort 2007, p. 453 (waaronder ook voetnoot 3).

198 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle 5 februari 2009, *LJN* BH2691 (vergelijkbaar geval uit Smartengeldgids aangehaald door benadeelde); Rechtbank Dordrecht 3 december, 2008 *LJN* BG6180; Rechtbank Haarlem 16 april 2008, *LJN* BD5461; Gerechtshof 's-Gravenhage 20 november 2007, *LJN* BB9590; Hof Arnhem 30 oktober 2007, *LJN* BB8049, *NJF* 2008, 2: 'Gelet op de langdurige periode van seksueel misbruik over acht jaren en de jonge leeftijd (van de 6^e tot het 14^e levensjaar) waarop het misbruik plaatsvond, het feit dat het binnen de familiekring plaatsvond en de lange therapieperioden, waarbij PTSS en depressie is geconstateerd en gezien recente uitspraken die opgenomen staan in de *Smartengeldgids* 2006, nrs. 1028, 1029, 1031, 1042 en 1058, oordeelt het hof een schadevergoeding van 12.500 op zijn plaats.'; Rechtbank Arnhem 14 september 2005, *LJN* AU5294, Rechtbank Arnhem 24 augustus 2005, *LJN* AU4901; Hof Arnhem 9 augustus 2005 *LJN* AU0822, Rechtbank Den Haag 4 juli 2005 *LJN* AT97601; Rechtbank Roermond 23 maart 2005 *LJN* AT2618.

199 In vonnissen of arresten kan bijvoorbeeld niet altijd (even precies) worden achterhaald wat de aard van het letsel, de duur van de tijdelijke invaliditeit, de duur van de ziekenhuisopname, de maatschappelijke status en de leeftijd van het slachtoffer is, zo merkt Van der Veen (1959, p. 102) op. Veel lijkt er niet veranderd.

200 Schuurmans-Stekhoven 1967, p. 231; vgl. Teeuwissen 1994, p. 9-10.

ring van rechterlijke uitspraken met betrekking tot de omvang van het smartengeld.²⁰¹

Normering buiten standaardisering van de motivering van een rechterlijke uitspraak heeft overigens niet Van der Veens voorkeur. Niets is moeilijker dan het vertalen van begrippen als leed, pijn en (blijvende) invaliditeit in geld. Je daaraan onttrekken met een doodsimpele geheel willekeurige formule geeft in zijn optiek geen pas. Hantering van het 'het domme potlood' lost het waarderingsprobleem niet op.²⁰² Tot dusver heeft en had de rechter de volle vrijheid om elk geval op zichzelf te beoordelen. De partijen hebben de taak en de plicht om de rechter zo objectief en volledig mogelijk in te lichten over het letsel en de gevolgen. De medische voorlichting dient zo volledig mogelijk te zijn. Doch als dat is gebeurd, dient men de rechter, zonder hem aan enige maatstaf te binden, in volledige vrijheid te laten oordelen, aldus Van der Veen. Hij besluit met de woorden dat 'de Nederlandse rechter zijn verantwoordelijkheid waarlijk wel kent'.²⁰³

De indeling van de smartengeldgids is gekritiseerd. Storm, Kamp en Schön vinden haar te globaal. Het is in hun ogen daarom lastig te bepalen tot welke categorie bepaald letsel behoort. Zij tekenen evenwel aan een gekozen indeling naar ernst van de aandoening altijd voor discussie vatbaar is. Zwaarder vinden zij wegen dat met andere factoren dan de ernst van het letsel eigenlijk geen rekening wordt gehouden. Ook tekenen zij aan dat vergelijking van de met de in het smartengeldnummer opgenomen gevallen ook niet altijd voldoende houvast biedt. De rechter zal in een dergelijk geval zelf dienen te bepalen welke factoren van belang zijn en tot welke schadevergoedingsbedragen dit kan resulteren.²⁰⁴

Lindenbergh merkt op dat de keuze voor het moment waarnaar de omvang van het smartengeld wordt begroot niet alleen relevant is voor de looptijd van de wettelijke rente, maar ook voor de toetsing aan vergelijkbare gevallen. Als van de fictie wordt uitgegaan dat al de schade is ontstaan op het moment van het ongeval, dan dient de omvang van de smart naar de maatstaven van dat moment te worden gewaardeerd.²⁰⁵ De over het aldus begrote bedrag verschuldigde wettelijke rente voorziet dan in een compensatie voor geldont-

201 Na lezing van een goed gemotiveerde uitspraak mag er geen onzekerheid meer bestaan omtrent de aard en omvang van het letsel, de duur van de ziekenhuisopname, arbeidsongeschiktheid, het verloop van het genezingsproces en over de al of niet aanwezigheid van blijvend lichamelijk of geestelijk letsel, aldus Van der Veen 1967, p. 123.

202 Van der Veen 1967, p. 123.

203 Van der Veen 1967 p. 123.

204 Storm, Kamp & Schön 1995, p. 256-306.

205 Zie Rechtbank Haarlem 16 april 2008, *LJN* BD5461:€25.000 voor het verlies van rechteroog (caféruzie avond 29 augustus 2001); Rechtbank Arnhem 17 december 2003, *NJF* 2004, 230: €25.000 voor het verlies van linkeroog (caféruzie nacht 4 augustus 2002). Wellicht was in het tweede geval (een klein jaar later) i.v.m. de geldontwaarding een iets hogere vergoeding op haar plaats geweest. De datum uitspraak is evenwel weinig indicatief

waarding.²⁰⁶ Uit de gepubliceerde uitspraken in de Smartengeldgids komt niet duidelijk naar voren welk 'meetmoment' is gekozen.

3.9 SMARTENGELDBEPALENDE FACTOREN

Hierna worden de smartengeldbepalende factoren besproken voor een aantal typen gevallen waarin smartengeld kan worden toegekend. Het gaat in de eerste plaats om 'lichamelijk letsel' (paragraaf 3.13.1) en 'geestelijk letsel', waaronder 'shockschade' (paragraaf 3.13.2). Daarnaast worden de categorieën 'schending eer en goede naam' (paragraaf 3.14), 'schending van een fundamenteel recht' (paragraaf 3.15), 'oogmerk' (paragraaf 3.16), 'aantasting van de nagedachtenis' (paragraaf 3.17) en 'affectieschade' (paragraaf 3.18) besproken. Eerst is er aandacht voor de tot de rechter gerichte norm om smartengeld 'naar billijkheid' vast te stellen (paragraaf 3.10). Daarna wordt de functionele vaststelling van smartengeld nader uitgewerkt (paragraaf 3.11), en is er enige aandacht voor de smartengeldbepalende factoren 'aansprakelijkheid en verwijt' (paragraaf 3.12).

3.10 NAAR BILLIJKHEID

'Naar billijkheid,' dat betekent: met de hand op het hart, maar niet met het verstand op nul, aldus Lindenbergh. De billijkheid stelt volgens hem ook de eis van duidelijkheid en vergelijkbaarheid.²⁰⁷ Deze eisen lijken mijns inziens vooral een uitvloeisel van de eisen van een behoorlijke rechtspleging, in het bijzonder de rechtszekerheid (waaronder rechtseenvoud) en de rechtsgelijkheid, tegen de achtergrond waarvan de rechter steeds een billijke beslissing dient te nemen. Uit de Parlementaire geschiedenis blijkt dat de norm 'naar billijkheid' meebrengt dat de rechter de vrijheid heeft om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.²⁰⁸ Het lijkt goed iets langer bij de vage norm 'naar billijkheid' stil te staan.

²⁰⁶ Lindenbergh 2000, p. 137.

²⁰⁷ Lindenbergh 1998, p. 221.

²⁰⁸ TM, Parl. Gesch. boek 6, p. 377 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380. De term 'naar billijkheid' komt overigens op meer plaatsen voor in het Burgerlijk wetboek, onder meer voor in art. 7:267 lid 7 BW. Op voet van dat artikel dient de rechter bij geschillen tussen huurders 'naar billijkheid' te beslissen., vgl. art. 7:274 lid 1 sub c BW (dringend eigen gebruik). Op voet van art. 7:308 BW dien een goodwill vergoeding 'naar billijkheid' te worden bepaald. Deze artikelen bieden evenwel geen aanknopingspunten hoe de term in art. 6:106 BW moet worden verstaan.

De norm ‘naar billijkheid’ (‘eine billige Entschädigung’) is over komen waaian uit het Duitse recht.²⁰⁹ § 253 BGB²¹⁰ bepaalt:

‘(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.
(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.’

De inhoud van het begrip ‘Billigkeit’ is in de Duitse literatuur zowel binnen als buiten de context van § 253 BGB invulling gegeven.²¹¹ Een aantal van deze ‘invullingen’ komt hierna aan bod.

Volgens sommigen drukt de norm ‘naar billijkheid’ uit dat de rechter niet naar een volledige vergoeding hoeft te streven, laat staan kan streven. Deutsch:

‘Bedeutet Schadensersatz vollständiger Ausgleich, so setzt der ‘angemessene Ausgleich’ etwas niedriger an. Diese Rechtsfolge soll bei einem Teil der Aufopferungsfälle eintreten, die zur Kompensation verpflichten. Der ‘angemessene Ausgleich’ ist billigkeitsrechtlich gefärbt und ermöglicht dem Gericht, den Ausgleichsbetrag freier festzusetzen, ohne die genaue Schadenshöhe explorieren zu müssen.’²¹²

Omdat immateriële schade naar haar aard niet rechtstreeks in geld kan worden uitgedrukt, en zich niet of nauwelijks met geld laat herstellen, wordt het beginsel van volledige vergoeding ook in Nederland als weliswaar nobel, maar fictief ter zijde geschoven.²¹³ Dat smartengeld ‘naar billijkheid’ dient te worden vastgesteld, en dat deze vaststelling noodzakelijkerwijs meer objectief geschiedt,²¹⁴ dient ter ondersteuning van deze zienswijze.²¹⁵

De rechter dient bij de bepaling van smartengeld naar Duits recht rekening te houden met ‘alle Umstände des Einzelfalls’.²¹⁶ In de Duitse literatuur is in dit verband betoogd dat het begrip billijkheid noopt tot een belangenafweging waarbij rekening moet worden gehouden met het rechtsgevoel van

209 Zie over de verschillende context waarin de begrippen ‘billig’ en ‘billigkeit’ worden gebruikt in het Duitse recht Müller 2007, p. 39-42.

210 Het oude § 847 BGB.

211 Het Duitse recht spreekt in het kader van de vergoeding van immateriële schade ook van een ‘angemessene’ schadevergoeding (zie bijvoorbeeld § 611a II en § 651f II BGB). Een onderscheid met de billijkheid is niet beoogd. Vgl. Ady 2004, p. 84-85.

212 Deutsch 1996, nr. 780, p. 497.

213 Tjittes en Giesen 2004, p. 87.

214 Zie onder andere HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst); HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

215 Tjittes en Giesen 2004, p. 82.

216 BGH 6 juli 1955, BGHZ 18, 149.

het Duitse volk.²¹⁷ De norm 'naar billijkheid' lijkt mijns inziens niet zozeer aanknopingspunten te (moeten) kunnen bieden om rekening te houden met 'het rechtsgevoel' van 'de Nederlander', als wel opening te (moeten) geven om rekening te houden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen ten aanzien van zowel de vergoedbaarheid van immateriële schade in abstracto als de billijkheid van het gemiddeld niveau van smartengeld in Nederland.

Ook wordt in de Duitse literatuur betoogd dat de billijkheid de verwezenlijking is van de 'Einzelfallgerechtigkeit'.²¹⁸ Deze gedachte gaat terug op Aristoteles.²¹⁹ De billijkheid vormt zo gezien een correctie op de wetten die door hun algemeenheid gebrekkig zijn. Deze gedachte biedt geen verdere aanknopingspunten voor de hantering van de vaststellingsmaatstaf 'naar billijkheid'. Tegen de gedachte dat de billijkheid de verwezenlijking van de 'Einzelfallgerechtigkeit' is, wordt (verder) aangevoerd dat de schadevergoeding zich enkel zou moeten oriënteren op de ingetreden schade en juist geen 'diffusen Billigkeitsentscheidungen nach allen Umständen des Einzelfalls' zou mogen inhouden.²²⁰ De aard van de immateriële schade brengt in deze zienswijze mee dat een waardering naar billijkheid in de plaats treedt van een nauwkeurige geldelijke berekening.²²¹

Daarnaast wordt in de Duitse literatuur betoogd dat enkel die omstandigheden moeten worden gewaardeerd die betekenis hebben in het licht van de aan de aanspraak ten grondslag liggende functies. In dit verband wordt erop gewezen dat de billijkheid meebrengt dat de rechter de omvang van de schadevergoeding mag schatten.²²² Een vergelijkbare gedachte schuilt achter de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat 'alle omstandigheden van het geval' (lees: ook andere dan schadebepalende omstandigheden) van belang kunnen zijn bij de vaststelling van smartengeld. Deze opmerking werd toentertijd gemaakt in verband met de mogelijke genoegdoeningsfunctie van smartengeld, tegenwoordig gaat in dit verband ook veel aandacht uit naar de handhavings-, erkennings- en preventiefunctie van smartengeld.²²³

Rümelin heeft aandacht besteed aan de billijkheid in breder verband. Rümelin trekt een parallel met het onderscheid tussen de 'law' en 'equity'-gedachte uit het Engelse recht. De benadering van Rümelin is op dat punt gekritiseerd.²²⁴ Zijn definitie van billijkheid blijft evenwel de moeite waard. Hij definieert billijkheid als volgt:

217 Zie nader Ady (2004, p. 84-85) met verdere verwijzingen.

218 Zie hierover uitgebreid Müller 2007, p. 43.

219 Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 1137b.

220 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 33 e.v.; zie evenwel ook Lindenbergh 2008c, p. 15.

221 Zie nader Ady (2004, p. 84-85) met verdere verwijzingen.

222 Zie nader Ady (2004, p. 84-85) met verdere verwijzingen.

223 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; EVI, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388. Zie hierover paragraaf 2.10.2, 2.11.6, 2.11.7, 2.11.8 en hierna 3.11.

224 Zie nader Ady 2004, p. 85.

‘Unter billigem Recht versteht man (...) ein Doppeltes: einmal das dem Rechtsgefühl des Urteilers und des Volkes entsprechende Recht und ferner das Recht, das der richterlichen Rechtsfindung, der Würdigung der Umstände des Falls, Spielraum gibt.’²²⁵

Bovendien, zo merkt hij op:

‘Dem Verweis auf die Billigkeit müsse zudem ein großes Vertrauen in die Entscheidungsfindung des zur Entscheidung Berufenen entnommen werden, da ansonsten Willkür und Zufall Tür und Tor geöffnet wären.’²²⁶

De billijkheid stelt paal en perk, in die zin dat willekeur en toeval door de binding aan precedënten ingedamd kunnen worden. Rümelin trekt een scherpe grens: ‘Die der Billigkeit gezogene Grenze ist die Willkür’²²⁷ Zo behoedt de vage norm ‘naar billijkheid’ het recht voor willekeur.

Ady merkt op dat de toegekende smartengeldbedragen weliswaar als ‘etwas willkürlich’ kunnen worden gekenschetst, maar dat deze kritiek zich richt tegen de bepaling van de omvang van smartengeld in het algemeen. De kritiek richt zich volgens Ady niet tegen bijzondere uitspraken of een ‘allgemeinen Verstoß’ van het gelijkheidsbeginsel, zoals dat is neergelegd in art. 3 GG (‘Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich’). Ady komt tot de conclusie dat de norm ‘nach Billigkeit’ naar Duits recht vooral inhoudt dat daarmee een mathematisch berekenbaar bedrag wordt uitgesloten. Daarnaast merkt hij op dat met de aandacht die naar Duits recht moet worden geschonken aan precedënten het probleem van mogelijke willekeur reeds verholpen is. De eis van rechtsgelijkheid wordt in zijn ogen voldoende bevredigd als de ‘Entscheidungsträger’ het probleem van mogelijke willekeur onder ogen ziet. Een billijke vergoeding eist een ‘gewisse Selbstkontrolle’, die naar de overtuiging van Ady door het bewustzijn van de rechter dat willekeur op de loer kan liggen voldoende is bereikt. Dat hierop nog wel wat is af te dingen moge blijken uit de in hoofdstuk 4 te bespreken (geslaagde) pogingen die zijn ondernomen om de vrijheid van de rechter bij de bepaling van smartengeld in te kaderen en de argumentatie die daaraan ten grondslag ligt. Daarnaast kan worden opgemerkt dat de rechter weliswaar een ‘gewisse Selbstkontrolle’ kan uitvoeren, maar dat daarmee de voorspelbaarheid van zijn beslissing nog niet is gewaarborgd.²²⁸

²²⁵ Rümelin 1921, p. 56.

²²⁶ Rümelin 1921, p. 40-41.

²²⁷ Rümelin 1921, p. 41.

²²⁸ Ady 2004, p. 89-90. Vgl. Schieman die opmerkt dat een vaste ‘Gliederbeste’ (schaalverdeling) zoals in het Duitse sociaal recht niet op haar plaats is bij een ‘Individualrecht’ als het recht op smartengeld. Lange & Schieman 2003, p. 440.

3.11 FUNCTIONELE VASTSTELLING VAN SMARTENGELD

Uit de tot de rechter gerichte vage norm ‘naar billijkheid’ kan worden afgeleid dat de vaststelling van smartengeld in het teken kan staan van de functie(s) die de vergoeding in het concrete geval vervult.²²⁹ Het functionele bereik van smartengeld strekt zich uit van (een streven naar) gebrekkig herstel van de feitelijke immateriële schade als gevolg van (vooral) letsels, tot een zuivere reactie op een persoonsaantasting als zodanig, zoals de erkenning van een geschonden fundamenteel recht dat beoogt een kernbelang van de menselijke persoonlijkheid te waarborgen.²³⁰ De functies die smartengeld in het concrete geval vervult, beïnvloeden de vaststelling van smartengeld, en daarmee de omvang van de vergoeding.²³¹ Er kan sprake zijn van een samenloop van functies. De functionele benadering van de vaststelling van smartengeld relateert het belang van de vergelijkingsmethode (‘Differenzhypothese’) die normaal gesproken wordt gehanteerd ter bepaling van de omvang van de schade. Hartkamp:

‘omdat die vergoeding niet primair herstel beoogt, maar – al naar gelang de functies die men aan deze vorm van schadevergoeding toekent (...) – genoegdoening, verzachting van leed, bevrediging van geschokt rechtsgevoel of rechtshandhaving (...).’²³²

Het verdient de voorkeur om binnen de kaders van art. 6:106 BW alleen ‘functionele’ omstandigheden mee te wegen. In een voorliggend geval zijn echter vaak ook omstandigheden aan te wijzen die niet zien op de functie die smartengeld in het concrete geval vervult, maar die uiteindelijk wel van invloed kunnen zijn op de omvang van het smartengeld. Het gaat bijvoorbeeld om omstandigheden die zien op enige mate van eigen schuld (art. 6:101 BW), of omstandigheden die de eventuele toerekening van voordelen aan de benadeelde (art. 6:100 BW) of matiging (art. 6:109 BW) indiceren. Deze omstandigheden dienen bij voorkeur pas in ogenschouw te worden genomen nadat op voet van art. 6:106 BW het ‘functionele’ smartengeld is vastgesteld.²³³ Hiervoor bestaat binnen de kader van afdeling 6.1.10 BW voldoende ruimte.²³⁴

229 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; EVI, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388.

230 Vgl. Lindenberg 1999, p. 1673 e.v., Lindenberg 2008c, p. 34.

231 Vgl. Hof Arnhem 22 maart 2005, JA 2005, 47.

232 Hartkamp in zijn conclusie voor HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

233 Vgl. Lindenberg 1998, p. 232; Du Perron 2003, p. 126-127.

234 Vgl. TM, Parl. Gesch. boek 6, p. 377 noot 1 (‘Om wettechnische redenen is het aangewezen duidelijk te doen uitkomen, dat de in het onderhavige artikel gegeven aanspraak is een vordering tot schadevergoeding, staande tegenover een verplichting tot schadevergoeding (...).’) en TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378-379. Zie ook HR 13 december 1996, NJ 1997, 682 (W./Staat).

3.11.1 Compensatie en smartengeld

Als smartengeld dient ter compensatie is de vaststelling van smartengeld in essentie een vorm van schadebegroting. De rechter is gehouden te streven naar een zo volledig mogelijke compensatie van die schade (zie hierna paragraaf 3.11.1.1). Bovendien brengt de compensatiefunctie mee dat de rechter zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te begroten.²³⁵ De rechter zal daartoe de schade met het oog op alle relevante, concrete omstandigheden van het geval dienen te begroten, en hij dient de schadevergoeding in zijn omvang in beginsel enkel aan die omstandigheden zo goed mogelijk aan te passen. Relevant zijn die omstandigheden die een beeld kunnen geven van de aard en de omvang van het immateriële nadeel van de gelaedeerde: de zogenaamde schadebepalende factoren.²³⁶

De compensatiefunctie koppelt de omvang van de schadevergoeding aan het geleden leed. De waardering van de aard en omvang van het geleden nadeel vormt de basis voor de vaststelling van de omvang van smartengeld ter compensatie. De feitelijke immateriële schade van de benadeelde staat centraal. De compensatiefunctie brengt met zich mee dat een zekere mate van evenredigheid dient te bestaan tussen het nadeel en de vergoeding,²³⁷ zij het dat die evenredigheid van andere aard is dan in geval van vermogensschade. Vermogensschade is immers in geld uit te drukken, ander nadeel juist niet, wat natuurlijk niet wegneemt dat ander nadeel op geld kan worden gewaardeerd.²³⁸

3.11.1.1 Volledige vergoeding?

Volledige vergoeding is een van de beginselen van ons schadevergoedingsrecht.²³⁹ Het beginsel van volledige vergoeding brengt mee dat de geleden

235 Vgl. HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1025 (Erfgenamen arts/P.).

236 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 232.

237 EV I, Parl. Gesch boek 6 p. 388.

238 Zie voor een voorbeeld van compensatie in andere vorm dan in geld: EHRM 25 november 1999, *NJ* 2001,63 m.nt. EJD (Nilsen en Johnsen/Noorwegen). De immateriële schade die klagers hebben geleden, is voldoende gecompenseerd door de uitspraak van het Hof (§ 56); Vgl. Rechtbank Amsterdam 26 augustus 2004, *NJ* 2004, 578 waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat met de genoegdoening door middel van het vonnis en met name ook een rectificatie het slachtoffer voldoende compensatie heeft gekregen voor de door haar gestelde immateriële schade. Derhalve is er geen plaats om ook nog een schadevergoeding in geld toe te wijzen.

239 Vgl. Bloembergen/Lindenbergh 2001, p. 17. De term 'beginsel' wordt wel gelijkgesteld met de term 'regel'. De term 'beginsel' kan ook worden verstaan als startpunt van een redenering. Daarnaast kan de term 'beginsel' gebruikt worden in de betekenis van normatief fundament. Mijns inziens vormt het beginsel vooral een startpunt van een redenering. Volledige vergoeding vormt het vertrekpunt bij (vrijwel iedere beslissing omtrent) de vaststelling van schadevergoeding. De verplichting tot schadevergoeding is pas volledig ingelost als de benadeelde al zijn schade vergoed heeft gekregen. Deze 'regel' kent uitzonde-

schade in beginsel de enige maatstaf is ter bepaling van de vergoeding daarvoor. Daarnaast vloeit uit het beginsel voort dat de benadeelde in beginsel recht heeft op de vergoeding van al zijn schade: niet meer, niet minder.²⁴⁰ Als smartengeld dient ter compensatie lijkt het dan ook weinig bezwaarlijk om in het kader van de vaststelling van smartengeld ter compensatie ook het beginsel van volledige vergoeding voorop te stellen. Het beginsel van volledige vergoeding wordt echter ook wel zo uitgelegd dat, uitzonderingen daargelaten, de doorgaans in geld uitgedrukte schadevergoeding even groot dient te zijn als de doorgaans in geld uitgedrukte schade.²⁴¹ Omdat immateriële schade naar haar aard niet rechtstreeks in geld kan worden uitgedrukt en zich bovendien niet of nauwelijks met geld laat herstellen, wordt het beginsel van volledige vergoeding als uitgangspunt voor de vergoeding van smartengeld terecht terzijde geschoven.²⁴² Dat smartengeld 'naar billijkheid' dient te worden vastgesteld, en dat de vaststelling noodzakelijkerwijs meer abstract geschiedt dan bij vermogensschade, moge ter ondersteuning van dit standpunt dienen.²⁴³

Het bereiken van volledige vergoeding van immateriële schade met geld is niet mogelijk. Het streven naar een zo volledig mogelijke vergoeding van ander nadeel is daarmee niet van tafel. Dat de wetgever spreekt van een vergoeding 'naar billijkheid' doet geen afbreuk aan dit streven. Lindenbergh noemt deze norm een vorm van 'gepaste bescheidenheid'. Om duidelijk te doen uitkomen dat de 'gepaste bescheidenheid'²⁴⁴ van de wetgever geen 'valse bescheidenheid' is, kan worden gesproken van een streven naar volledige compensatie bij de vaststelling van smartengeld in letselschadegevallen.²⁴⁵

ringen, in die zin dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de benadeelde geen recht heeft op volledige vergoeding. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als sprake is van eigen schuld, van voordelen die kunnen worden toegerekend of als sprake is van omstandigheden die matiging indiceren.

240 Bloembergen 1965, p. 121.

241 Bloembergen 1965, p. 117.

242 Tjittes en Giesen 2004, p. 87.

243 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw); Tjittes en Giesen 2004, p. 82.

244 Lindenbergh 1998, p. 60.

245 Het EHRM overwoog in een geval betreffende smaad dat er voor wat betreft de omvang van de schadevergoeding op grond van art. 10 EVRM 'a reasonable relationship of proportionality to the injury to reputation suffered' moest bestaan (EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 m.nt. EJD (Miloslavsky/Groot-Brittannië)). Een gedachte die bruikbaar lijkt voor de vergoeding van immateriële schade op grond van art. 6:106 BW. Smartengeld moet in die zin proportioneel zijn dat – aangezien de begroting daarvan als een vorm van schadebegroting kan worden gezien – een voldoende duidelijke relatie bestaat met de omvang van de schade. Het proportionaliteitsbeginsel kan zo opgevat, worden gezien als een uitwerking van het beginsel van volledige vergoeding (zie over het proportionaliteitsbeginsel in het burgerlijk recht Stolp 2007). Ook kan de proportionaliteitseis als een uitvloeisel van de compensatiegedachte worden gezien. De gelaedeerde dient niet meer, maar ook niet minder dan zijn schade gecompenseerd te krijgen. Het proportionaliteitsvereiste kan een rol spelen in het licht van de rechtsgelijkheid. Nu de hoogte van de immateriële schadevergoeding uiteindelijk arbitrair is, lijkt de hoogte alleen op waarde te kunnen worden geschat in het

3.11.1.2 Wijze van besteding niet van belang

Bij de vaststelling van de omvang van smartengeld dient te worden geabstraheerd van de (mogelijke) concrete bestedingen van het smartengeld door het slachtoffer of de benadeelde. De aard van het smartengeld brengt dit mee, aldus de Hoge Raad.²⁴⁶ De casus die aanleiding gaf tot deze beslissing is in het kort de volgende. Druijff – die als gevolg van een arbeidsongeval ernstig lichamelijk letsel (een hoge dwarslaesie) heeft opgelopen – heeft in hoger beroep aangevoerd dat het door de Kantonrechter toegekende smartengeld ontoereikend en inadequaat is, aangezien het hem slechts toestaat om aan extra activiteiten, ter veraangenaming van zijn leven, maximaal gemiddeld een bedrag van ongeveer € 3.850 per jaar te besteden. Alleen al de prijs van één extra tweewekse winterse vakantie naar een warm land in een rolstoelgeschikte omgeving door Druijff en twee betaalde begeleiders (verplegers) bedraagt echter ongeveer € 7.000. Druijff beriep zich daarnaast op het oordeel van zijn revalidatiearts, inhoudende dat het voor Druijff zeer aanbevelenswaardig zou zijn om, gezien zijn klachten, tijdens de wintermaanden vakantie(s) in een warm land door te brengen.²⁴⁷

De rechtbank verwerpt het betoog, hoe illustratief het door de benadeelde gegeven voorbeeld ook is. Zij neemt als uitgangspunt dat de toewijzing van smartengeld naar billijkheid dient te geschieden. Rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de aard en omvang van de schade. Dit uitgangspunt noopt niet tot onderzoek naar wat de benadeelde gedurende zijn verdere leven concreet extra kan doen ter veraangenaming van zijn leven en welk bedrag daarmee is gemoeid, aldus de rechtbank. De Hoge Raad laat deze beslissing in stand en overweegt daartoe dat:

‘(...) een betoog als hier aan de orde in het kader van de vaststelling van vergoeding van immateriële schade geen verdergaande betekenis [kan] hebben, dan dat het ertoe dient om de rechter door middel van een voorbeeld duidelijk te maken dat de aard en ernst van het letsel van de betrokkene mede van invloed zijn op de omvang van de kosten, verbonden aan maatregelen ter veraangenaming van diens leven. Het middel gaat terecht ervan uit dat dit laatste een omstandigheid is, die door de rechter dient te worden meegewogen. De aard van de onderhavige vergoeding brengt echter mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding. De rechter is dan ook niet gehouden om in een onderzoek daarvan te treden en behoeft in de motivering van zijn beslissing niet aan te geven op welke

licht van vergelijkbare gevallen. De rechtsgelijkheid brengt mee dat de vaststelling van de omvang van smartengeld in die zin proportioneel moet zijn dat de vergoeding in een concreet geval niet uit de pas loopt met vergelijkbare gevallen.

²⁴⁶ HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

²⁴⁷ HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

wijze en met welk resultaat hij rekening heeft gehouden met een voorbeeld van mogelijke besteding, zoals door Druijff aangevoerd.'

De concrete bestedingsmogelijkheid is niet maatgevend voor de omvang van smartengeld, maar dit laat onverlet dat de vraag gesteld kan worden wat in abstracto de bestedingsmogelijkheden zijn, en of dergelijke bestedingsmogelijkheden in verhouding staan tot de immateriële schade die de benadeelde kan lijden. Immers:²⁴⁸

'Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.'

Anderzijds kan worden opgemerkt, dat er ook slachtoffers zijn die smartengeld vaak niet zozeer besteden ter verzachting van hun leed, maar dat zij vooral prijs stellen op een vergoeding als zodanig.²⁴⁹ De vraag of benadeelden in dit licht onaanvaardbaar lage bedragen ontvangen, zoals Spier betoogt,²⁵⁰ is mijns inziens niet te beantwoorden, een maatstaf ontbreekt immers. Wel zijn er tekenen van stagnatie aan te wijzen en lijkt Nederland in vergelijking tot zijn buurlanden tot bescheiden vergoedingen te komen.²⁵¹

Gezegd kan worden dat de mogelijke besteding van het slachtoffer vermogensschade betreft.²⁵² Een vergelijking met kosten voor pijnbestrijding ligt voor de hand. Het is voor het hierboven aangehaalde geval overigens nog maar de vraag of de vakantiekosten, gezien hun omvang, wel als redelijke kosten kunnen worden aangemerkt.²⁵³ Het strekt te ver om op deze vraag hier nader in te gaan.²⁵⁴ Hoe het ook zij, de Hoge Raad behandelt het voorbeeld van een mogelijke besteding in het kader van de vaststelling van smartengeld.

248 VC II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 385.

249 Stolker en Poletiek 1998, p. 71-86. Zie ook Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, hoofdstuk 6.

250 Spier 2002, p. 14-15. Zie voor enkele concrete besteding van Ebele Dillema, Bakels 2006, p. 569 voetnoot 11. Toen Ebele in het toenmalige beademingscentrum in Scheveningen zat, wilde hij als hobby graag zendapparatuur hebben. Deze heeft hij van het smartengeld aangeschaft. Hij heeft ook meebetaald aan een autootje voor de familie, die het niet breed had (vader was bouwvakker en chauffeur), opdat deze hem eens in de twee weken vanuit Friesland in Scheveningen kon bezoeken. En eind jaren tachtig raakte hij geïnteresseerd in computers, die toen nog vrij duur waren. Van het smartengeld heeft hij toen een computer gekocht. Overigens zou hij, als hij zou zijn overleden voordat het smartengeld was uitbetaald, wel degelijk hebben gewild dat dit geld aan zijn erfgenamen ten goede zou zijn gekomen, als herinnering aan hem, aldus Bakels.

251 Zie paragraaf 1.2.2.

252 Spier in zijn conclusie voor HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

253 Bloembergen in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druijff/Bouw).

254 Zie nader Lindenberg 1998, p. 89-90.

Veel belang zal aan voorbeelden van mogelijke bestedingen niet mogen worden gehecht, aangezien de rechter niet gehouden is om in een onderzoek daarvan te treden en hij in zijn motivering niet behoeft aan te geven op welke wijze en met welk resultaat hij rekening heeft gehouden. Dat hij dat niet hoeft, verbaast niet. De vergoeding van immateriële schade is afhankelijk van de omvang van het nadeel. Kosten ter veraangenaming van het welzijn van het slachtoffer vormen niet de indicator. Hier ligt een verschil met de kosten van pijnbestrijding die wel indicatief zijn voor de omvang van vermogensschade. Het slachtoffer blijft vrij zijn smartengeld naar eigen goeddunken te besteden.²⁵⁵

3.11.2 Genoegdoening en smartengeld

De vraag is wat de zelfstandige betekenis is van de genoegdoeningsfunctie bij de bepaling van de omvang van smartengeld. Lindenbergh ziet genoegdoening niet als een functie van smartengeld, maar als een term om het hoge intrinsiek 'morele' gehalte van de sanctie aan te duiden.²⁵⁶ Het opvoeren van de genoegdoeningsfunctie naast de compensatiefunctie ten einde de rechter bij de vaststelling van smartengeld de mogelijkheid te bieden 'alle omstandigheden van het geval' in zijn oordeel te betrekken leidt volgens Lindenbergh tot een 'nodeloze vertroebeling' die de vaststelling van smartengeld er niet eenvoudiger op maakt.

Het schadevergoedingsrecht in zijn geheel, in het bijzonder de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW tezamen, biedt inderdaad voldoende mogelijkheden om met 'alle' omstandigheden van het geval rekening te houden. Het geniet dan ook mijn voorkeur om andere dan 'functionele' omstandigheden te (onder)scheiden van andere omstandigheden, dat wil zeggen, die feiten die wel een beeld kunnen geven van de omvang van de immateriële schade van de benadeelde, maar die niet direct zien op de functies die smartengeld in het concrete geval vervult. Zo bezien speelt de genoegdoeningsfunctie verder geen rol bij de bepaling van de omvang van smartengeld op voet van art. 6:106 BW.²⁵⁷ Vaak is de genoegdoeningsfunctie immers niet meer dan een variant van de compensatiefunctie, bijvoorbeeld als het dient ter genoegdoening van het subjectief ingekleurde 'geschokte rechtsgevoel' van de benadeelde.²⁵⁸ De genoegdoeningsfunctie kan evenwel ook duiden op een meer objectieve interpretatie van immateriële schade, dat wil zeggen, los van de subjectieve ervaring van de benadeelde, zie hierover ook paragraaf 2.11.6 en 3.13.1.3.²⁵⁹

²⁵⁵ Bloembergen in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druijff/Bouw).

²⁵⁶ Lindenbergh 2008c, p. 15.

²⁵⁷ Zie over 'genoegdoening' Du Perron 2003a, p. 125-127.

²⁵⁸ Vgl. Tjittes 2003c, p. 152.

²⁵⁹ Zie hierover Tjittes 2003c, p. 151-153.

Zo bezien kan de genoegdoeningsfunctie (door de Hoge Raad wordt ook gesproken van erkenning) een zelfstandige rol spelen naast de compensatiefunctie die als gezegd, naar mag worden aangenomen, een subjectieve uitleg van feitelijk ander nadeel dan vermogensschade met zich meebrengt.²⁶⁰

3.11.3 Sanctionering/handhaving en smartengeld

Er zijn gevallen aan te wijzen waarin een recht op smartengeld bestaat waarin zowel de toekenning als zodanig, als de hoogte van het toegekende smartengeld niet enkel uit het oogpunt van de compensatiefunctie is te verklaren.²⁶¹ Verheij betoogt dat de compensatiefunctie van smartengeld alleen in gevallen van fysiek en psychisch letsel voldoende aanknopingspunten biedt om tot een billijke oplossing te komen. Dit is volgens hem anders in *alle* andere gevallen waarin de persoon van de benadeelde kan zijn aangetast, althans in al die gevallen waarin geen sprake is van objectiveerbaar en dus verifieerbaar leed.²⁶² In een aantal niet-letselgevallen lijkt er evenwel sprake te zijn van een zekere samenloop van functies als het aankomt op de dogmatische fundering voor een recht op smartengeld, alsmede als het aankomt op de vaststelling van de omvang van smartengeld. Anders gezegd: er zijn in de diverse gevallen waarin smartengeld wordt toegekend accentverschillen aan te wijzen in de diverse functies die smartengeld in het concrete geval kan vervullen. Waar de grenzen van het bereik van de compensatiefunctie liggen als verklarende figuur, daargelaten of 'de functie' van een rechtsfiguur als zodanig deze rol kan en dient te vervullen, is op voorhand niet te zeggen. Dat het schisma precies langs de lijnen van de min of meer af te bakenen groep letselschadegevallen loopt, lijkt evenwel aanvechtbaar.²⁶³

De vraag naar de precieze reikwijdte van de compensatiefunctie wordt hier gelaten voor wat zij is. Waar het hier om gaat is, dat als de rechter zich niet meer op de ernst en de omvang van de immateriële schade kan oriënteren, de vraag rijst waarop de rechter zich dan mede kan oriënteren. Een vraag die mede speelt in verband met de maximaal toe te kennen bedragen. Zo zou enerzijds betoogd kunnen worden dat in gevallen waarin smartengeld meer is gebaseerd op een rechtshandavingsgedachte steeds eenzelfde bedrag zou kunnen worden toegekend. Een recht op privacy bijvoorbeeld is immers in zekere zin in iedere situatie hetzelfde (een benadeelde is wel, of hij is niet in zijn privacy aangetast). Anderzijds zou betoogd kunnen worden dat als smartengeld dient ter rechtshandhaving het gevaar dreigt van exorbitante vergoe-

260 Vgl. Tjittes 2003c, p. 152. HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

261 Vgl. Du Perron 2003, p. 131.

262 Vgl. Verheij 2002, hoofdstuk IX.

263 Zie hiervoor paragraaf 2.11.5.

dingen, aangezien de rechter zich niet meer op de omvang van de enige feitelijke schade kan oriënteren (pijn, verdriet, gederfde levensvreugde). Beide uitkomsten zijn (ook) vanuit de rechtshandavingsgedachte onwelgevallig. De oplossing ligt in de context waarin rechtshandhaving aan de orde komt, aldus Verheij.²⁶⁴

3.12 AANSPRAKELIJKHEID EN VERWIJT

De rechter dient bij de begroting van smartengeld rekening te houden met alle omstandigheden van het geval waaronder ook de aard van de aansprakelijkheid (schuldaansprakelijkheid of risicoaansprakelijkheid) en de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt. De Hoge Raad:

‘5.3. In zijn rov. 6.7 heeft het Hof overwogen dat het bij de bepaling van de omvang van de vergoeding voor immateriële schade meeweegt dat het om een kennelijk onopzettelijke fout gaat. Voor zover onderdeel 3 bestrijdt dat het Hof deze omstandigheid mocht meewegen, faalt het, aangezien de rechter bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt, mag meewegen. (...).’²⁶⁵

Het lijkt aannemelijk dat naarmate de laedens meer blaam treft de benadeelde zwaarder wordt getroffen en zijn immateriële schade groter zal zijn.²⁶⁶ De invloed van de aard van de aansprakelijkheid op de omvang van het immateriële nadeel zal evenwel waarschijnlijk gering zijn. Als smartengeld dient ter compensatie zullen deze omstandigheden enige invloed kunnen hebben op de uiteindelijke omvang van het smartengeld.

264 Zo dient een rechthebbende zich tegen verschillende soorten inbreuken en verschillende inbreukmakers te kunnen verweren. Een inbreukmaker die geldelijk gewin nastreeft met zijn inbreuk dient bijvoorbeeld meer smartengeld te betalen dan een inbreukmaker die dit niet nastreeft, alleen dan lijkt sprake van doeltreffende handhaving. De rechter lijkt deze lijn te volgen bij aantasting van eer en goede naam en schendingen van de privacy. Immers, de ernst van het ondervonden leed is gering in vergelijking met gevallen van fysiek letsel, en de hoogte van het smartengeld is relatief hoog. Verheij 2002, p. 530-532.

265 HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (Wrongful birth II). Zie ook AMC/O en het Coma-arrest, in beide wordt de aard van de aansprakelijkheid ook met zoveel woorden genoemd als relevante omstandigheid. Onjuist is het oordeel van Hof Arnhem (18 februari 2003, *NJ* 2003, 500) dat in een geval van seksueel misbruik door een vader overwoog dat anders dan door het slachtoffer (zijn dochter) is aangevoerd er geen grond bestaat om bij de bepaling van de vergoeding voor immateriële schade in aanmerking te nemen dat de schade opzettelijk is toegebracht. Daartoe bestaat volgens het Hof alleen grond indien de vader bij zijn ontzettelijke handelingen het oogmerk zou hebben gehad aan de dochter psychische schade toe te brengen.

266 Overeem 1979, p. 182; Knol 1986, p. 75; Lindenberg 1998, p. 251.

De aard van de aansprakelijkheid kan ook ‘omgekeerd’ een rol spelen in die zin dat in gevallen van risicoaansprakelijkheid de aansprakelijke partij enigszins tegemoet gekomen zou kunnen worden (lees: minder smartengeld hoeft te betalen).²⁶⁷ Het lijkt hier evenwel om een omstandigheid te gaan die wellicht matiging (art. 6:109 BW) zou kunnen indiceren.²⁶⁸

3.13 PERSOONSAANTASTING IN DE VORM VAN LETSEL

3.13.1 Lichamelijk letsel

Het bestaan en de omvang van immateriële schade in geval van lichamelijk letsel laat zich slechts min of meer indirect afleiden uit feiten en omstandigheden waarvan naar ervaringsregels mag worden aangenomen dat zij een beeld geven van de immateriële schade van de benadeelde. Deze ‘afgeleiden’ vormen naast de indicatoren voor de vaststelling van de omvang van de immateriële schade in het concrete geval ook de aanknopingspunten die gevalsvergelijking mogelijk moeten maken.²⁶⁹ Welke inhoudelijke criteria reikt de Hoge Raad aan voor de vaststelling van de omvang van smartengeld bij letsel? De Hoge Raad:

‘Bij de begroting van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade bestaand nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen, dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden (...) in het bijzonder met de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene.’²⁷⁰

Uit de lagere rechtspraak blijkt dat de kern van de beslissing vaak wordt gevormd door de beschrijving van de aard en ernst van het letsel.²⁷¹ De aard van de verwonding²⁷² en het getroffen lichaamsdeel²⁷³ worden ook beschreven, evenals de gevolgen in de vorm van restverschijnselen in de medische sfeer.²⁷⁴ Ook de gevolgen voor werk, studie of vrije tijd worden vaak beschre-

267 Vgl. MvA I Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1274; Spier 1992, p. 180..

268 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 298; Storm, Kamp en Schon 1995, p. 302.

269 Lindenbergh 1998, p. 232.

270 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw)

271 Vgl. de indeling in de Smartengeldgids 2006.

272 Vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 13 februari 1996, VRS 2006, 733.

273 Zo wijst Hof Leeuwarden €20.000 smartengeld toe voor een rechteroog. Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, LJN BD9883.

274 Zo wijst de rechtbank Rotterdam €5.000 smartengeld toe aan een benadeelde voor het moeten dragen van een kunstgebit. Rb. Rotterdam 12 maart 2008, LJN BC9813; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2008, LJN BE9541:€1.000 smartengeld voor huidontsiering en sensibiliteitsverlies. Benadeelde heeft zelf aangegeven dat zijn gezicht ‘nog meer onregelmatigheden’

ven.²⁷⁵ Deze handelwijze sluit aan bij de door de Hoge Raad gewenste aanknoping bij objectieve factoren en concrete aanwijzingen om het gemis aan levensvreugde te kunnen vaststellen. De Hoge Raad:

‘Bij de bepaling van de omvang van de vergoeding zullen de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde 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 met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.’²⁷⁶

De Hoge Raad vervolgt:

‘De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is.’

Mijns inziens pleit deze zienswijze voor een meer gestandaardiseerde wijze van vaststelling dan thans het geval is (zie verder paragraaf 4.9).²⁷⁷

In het kader van de begroting van smartengeld in gevallen van lichamelijk letsel is door Lindenbergh voorgesteld twee perioden te onderscheiden: de periode tot het bereiken van de zogenaamde medische eindtoestand en de periode daarna. In de eerste periode zal vooral de intensiteit van de pijn en

is gaan vertonen. Derhalve kan niet worden aangenomen dat de behandeling geleid heeft tot een ontsiering of verminking, hooguit een verdere ontsiering, aldus de Rechtbank.

275 Rechtbank Arnhem wijst €85.000,00 smartengeld toe voor ernstig hersenletsel. Bij de begroting is ook aandacht voor de component ‘verminderde huwelijkskansen’, Rechtbank Arnhem 22 februari 2006, *LJN* AW1831; Rechtbank Amsterdam 30 januari 2008 *LJN* BG3861: ‘Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen staat vast dat A door het ongeval klachten en beperkingen heeft overgehouden die haar in aanzienlijke mate belemmeren in haar functioneren. Zij heeft niet alleen haar werk en carrièreperspectieven moeten opgeven, maar kan ook haar belangrijkste hobby – tuinieren – niet langer als voorheen uitoefenen. Bovendien wordt zij, zoals zij ook ter comparitie heeft toegelicht, vanwege de aard daarvan, dagelijks met deze klachten en beperkingen geconfronteerd. Aannemelijk is dat vanwege met name de hoofdpijn- en vermoeidheidsklachten ook het sociale leven van A aan kwaliteit heeft ingeboet. Zulks klemmt te meer nu, naar A onbetwist heeft gesteld, zij voor het ongeval een (kern)gezonde, goed functionerende vrouw was.’ Zie ook Rechtbank Amsterdam 29 augustus 2007 *LJN* BB4557, Rechtbank wijst op verminderde sport- en hobbyactiviteiten. Zie ook Rechtbank Amsterdam 24 oktober 2007, *PRG* 2008, 21: rekening wordt gehouden met de pijnklachten die eiser heeft gehad en de pijnlijke behandelingen die eiser heeft ondergaan ter herstel van de door gedaagde geplaatste brug.

276 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

277 Vgl. Vranken in zijn noot onder HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 (Erven Beentjes/Lokhorst); vgl. Tjittes 2003c, p. 151-152.

de duur van de – tijdelijke – beperkingen van betekenis zijn. Voor de periode daarna zal de omvang van de blijvende gevolgen in de vorm van invaliditeit en ontsieringen van het lichaam bepalend kunnen zijn. Binnen beide periodes kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de nadelige gevolgen van het letsel voor benadeelden in het algemeen, en anderzijds de wijze waarop en mate waarin de benadeelde in kwestie in het bijzonder zal zijn getroffen. De rechter ziet zich niet voor één maar voor vier vaststellingsproblemen geplaatst. Hij dient zich een beeld te vormen van de omvang van de immateriële schade binnen twee periodes: (i) de periode tot het bereiken van de medische eindtoestand en (ii) de periode daarna en voor beide periodes dient hij zich een beeld te vormen van zowel (iii) de gevolgen voor benadeelden in het algemeen als van (iv) de bijzondere gevolgen voor de benadeelde in het concrete geval.²⁷⁸

De indeling in tijdvakken heeft maar een beperkte waarde. De vraag is steeds welke feiten omstandigheden voldoende indicatief mogen worden geacht voor (het bestaan en) de omvang van de immateriële schade, zowel in het algemeen als in het concrete geval. Algemene factoren die indicatief zijn voor de periode van herstel (althans, de periode totdat een medische eindtoestand is bereikt) zijn de plaats van het letsel, de wijze van beschadiging, de aard van de medische behandeling en de duur van de herstelperiode. Deze indicatoren geven een globaal beeld in hoeverre een benadeelde in het algemeen gedurende de periode van herstel zal zijn getroffen. De bijzondere omstandigheden voor een benadeelde zullen vooral liggen in beperkingen op het sociale vlak, te denken valt aan beperkingen in verband met relatie, werk, studie of hobby's, maar ook het moeten missen van een festiviteit of een vakantie is een omstandigheid die een rol kan spelen bij de begroting. De periode na herstel laat zich op een vergelijkbare wijze indelen. Omstandigheden die in het algemeen een beeld geven van het nadeel van een getroffene zijn vooral de mate van blijvende invaliditeit en de ernst van mogelijke littekens of amputaties. De bijzondere omstandigheden die een rol kunnen spelen voor een specifieke benadeelde zullen ook voor de periode na herstel met name op het sociale vlak liggen.²⁷⁹

De algemene en bijzondere omstandigheden kunnen nogal wat overlap vertonen. Zij kunnen dus niet gewoonweg bij elkaar worden opgeteld. Een keuze moet worden gemaakt met betrekking tot het gewicht dat de factoren afzonderlijk toekomt bij de vaststelling van het smartengeld. Er kan bijvoorbeeld voor worden gekozen om alle omstandigheden afzonderlijk te waarderen. Ook kan er voor worden gekozen om een beperkt aantal factoren centraal te stellen, bijvoorbeeld de aard en de ernst van het letsel, en andere factoren van invloed te laten zijn voor zover zij bijzonderheden met zich meebrengen in het concrete geval. De vraag op welke wijze een keuze gemaakt kan worden

278 Lindenbergh 1998, p. 242-244.

279 Lindenbergh 1998, p. 242-244.

uit de keur van omstandigheden die van invloed zouden kunnen zijn op de omvang van immateriële schade in een concreet geval, is mede afhankelijk van de mate waarin het wenselijk wordt geacht dat vergelijkbaarheid met andere gevallen mogelijk is.

De door de Hoge Raad gewenste gevalsvergelijking als methode ter vaststelling van de hoogte van smartengeld maakt het mijns inziens wenselijk om bij de begroting van smartengeld algemene omstandigheden die een beeld geven van de mate waarin een benadeelde door het letsel wordt geraakt, centraal te stellen. Het beeld van de omvang van de immateriële schade dat geconstrueerd kan worden uit deze algemene omstandigheden kan gecorrigeerd worden indien de concrete omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.

3.13.1.1 Leeftijd

De leeftijd van de benadeelde is een omstandigheid die eenvoudig lijkt te kunnen worden meegewogen in het rechtelijke oordeel betreffende de hoogte van smartengeld. Deze factor wordt echter zelden geëxpliciteerd.²⁸⁰

De leeftijd van een benadeelde lijkt op een aantal manieren een rol te kunnen spelen bij de begroting van smartengeld. Ten eerste zal een jonger iemand doorgaans langer met de gevolgen van blijvend letsel worden geconfronteerd dan een ouder iemand. Ten tweede wordt in de literatuur aangenomen dat de leeftijd van de benadeelde een rol kan spelen bij de hantering van hetgeen hem is overkomen. Ten slotte brengt de zeer jonge leeftijd van een benadeelde met blijvend ernstig letsel mee dat de begroting van zijn toekomstige vermogensschade een zeer speculatief gehalte krijgt. Er zijn immers nog nauwelijks aanknopingspunten voor de toekomst (een (arbeids)verleden, een opleiding) die enige verwachting daaromtrent kunnen rechtvaardigen. De schadebegroting ten aanzien van jonge kinderen wordt behandeld in paragraaf 3.13.1.2. De twee eerstgenoemde punten krijgen hierna aandacht.

Jonge benadeelden (kinderen) zouden zich minder bewust zijn van wat hen is overkomen, genezen vaak sneller en leren beter omgaan met de blijvende gevolgen van letsel dan een volwassene, althans zo wordt aangenomen.²⁸¹ De veronderstelling dat kinderen beter kunnen omgaan met leed, of dat zij zich minder bewust zouden zijn lijkt een hoogst speculatief aanknopingspunt voor de begroting van smartengeld in het concrete geval. Op voorhand is bijvoorbeeld niet te zeggen of een benadeelde (een kind) in een concreet geval, als het eenmaal volwassen is, niet alsnog in volle hevigheid zal ervaren wat

280 Vergelijk Giesen en Tjittes 2004, p. 83-87. Zie Rechtbank Den Haag 6 juli 2007, VR 2000, 198. 86-jarige man raakt betrokken bij aanrijding. Zijn rechteronderbeen moet worden geamputeerd. De hoge leeftijd van de benadeelde rechtvaardigt een lagere uitkering dan vergelijkbare gevallen waarin de benadeelde jonger is, aldus Rechtbank.

281 Vergelijk Giesen en Tjittes 2004, p. 83-87.

hem is overkomen. In de literatuur is er mijns inziens dan ook terecht voor gepleit geen rekening te houden met deze speculaties.²⁸² Wel verdient het de voorkeur, om meer dan thans het geval is, rekening te houden met de leeftijd van het slachtoffer, in die zin dat de verwachte duur van de blijvende nadelige gevolgen beter tot uitdrukking kan komen in de (motivering van) de hoogte van het smartengeld.

3.13.1.2 Jonge slachtoffers met blijvend ernstig letsel

Ter bepaling van de omvang van het smartengeld voor jonge kinderen met blijvend ernstig letsel mag mijns inziens worden aangeknoopt bij hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in het Baby Kelly-arrest:²⁸³

‘4.18 (...) De hoogte van deze schadevergoeding mag (...) niet uitsluitend worden vastgesteld aan de hand van de aard en de ernst van de handicaps. De rechter dient alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen, waaronder in elk geval de wijze waarop Kelly zich inmiddels heeft ontwikkeld, de mate waarin zij door haar handicaps wordt belemmerd ‘normaal’ te leven en de mate waarin zij daaronder lijdt.’

Hierbij:

‘5.6 (...) zal mede de toestand in de beoordeling moeten worden betrokken waarin Kelly op het moment van die beoordeling verkeert.’

Ook bij de bepaling van smartengeld voor jonge kinderen met blijvend ernstig letsel kan de aard en ernst van het letsel als objectief vertrekpunt worden genomen. Subjectieve elementen spelen evenwel ook een rol. De volgende omstandigheden kunnen meewegen: de wijze waarop het jonge slachtoffer zich inmiddels heeft ontwikkeld, de mate waarin het jonge slachtoffer door zijn handicaps wordt belemmerd ‘normaal te leven’ en de mate waarin het lijdt onder zijn handicaps.

De Hoge Raad kiest voor een objectieve benadering van de begroting van smartengeld met daarin ruimte voor subjectieve, geobjectiveerde elementen. Deze benadering als zodanig verschilt niet van de benadering in andere gevallen van lichamelijk letsel waarin de omvang van smartengeld moet worden begroot. De basis wordt gevormd door een waardering van de aard en ernst van het letsel. Gegeven het feit dat eenzelfde type letsel dezelfde nadelige gevolgen meebrengt, kan een objectief beeld van de omvang van de schade worden gevormd. Eerst daarna is er ruimte voor de weging van de – subjectieve – gevolgen voor de betrokkene. Dat, voor wat betreft deze gevol-

282 Vergelijk Giesen en Tjittes 2004, p. 85-86.

283 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Baby Kelly). Vgl. Hartlief 2005a, p. 242 e.v.

gen, aangeknoopt wordt bij de stand van zaken op het moment van beoordelen verbaast niet. De subjectieve aanknopingspunten ter bepaling van de immateriële schade zijn dun gezaaid bij jonge kinderen. Zij hebben hun leven immers nog nauwelijks opgebouwd. De laatste stand van zaken geeft tenminste nog enige houvast. Overigens, dat het gehandicapte leven moet worden vergeleken met een 'normaal' leven brengt niet mee dat de Hoge Raad niet langer zou eisen dat ter bepaling van de omvang van (immateriële) schade in een concreet geval vergeleken wordt tussen enerzijds de situatie met de schadeveroorzakende gebeurtenis en anderzijds de hypothetische situatie zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis en hij nu kiest voor een benadering waarin de hoogte van het smartengeld wordt bepaald aan de hand van de zin die het smartengeld nog kan hebben gegeven de huidige situatie van de benadeelde.²⁸⁴

Een andere benadering van de schadebegrotingsproblematiek bij jonge kinderen is denkbaar. Als bezwaar tegen de vergelijking van de situatie met en de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis (hierna kortweg: het 'vergelijkingsdenken') kan worden aangevoerd dat denken in termen van verlies aan arbeidsvermogen, ziektekosten, verzorgingskosten en smartengeld geënt is op het verleden en bovendien leidt tot grote speculaties.²⁸⁵ Daarom wordt er voor gepleit de jonge benadeelde met blijvend ernstig letsel een zodanig bedrag toe te kennen dat het jonge slachtoffer, gelet op de bestaande en te verwachten toekomstige sociale voorzieningen in Nederland, de redelijkerwijs beste medische behandeling en verzorging kan blijven genieten en een zo zinvol en plezierig mogelijk verder leven kan leiden, gelet op zijn handicap.²⁸⁶

Om ruimte te maken voor deze aanpak wordt aangevoerd dat smartengeld niet gericht is op volledige vergoeding en abstract wordt begroot door de rechter terwijl de rechter nauwelijks acht slaat op de leeftijd van het slachtoffer.²⁸⁷ Verder zou de huidige wijze van schadebegroting geen redelijk doel dienen omdat de vergoeding van arbeidsvermogensschade, ziektekosten, verzorgingskosten en smartengeld in elkaar vloeien, nu deze financiële middelen uiteindelijk worden gebruikt om het slachtoffer een zo prettig mogelijke toekomst te verschaffen. Omdat de verschillende schadeposten de facto hetzelfde vergoeden ligt overcompensatie op de loer hetgeen de schadevergoeding tot 'punitive damages' zou kunnen maken. Het werken met losse componenten wordt, ten slotte, procedureel kostbaar bevonden, voornamelijk door de benodigde deskundigenberichten.²⁸⁸

Mijns inziens verdient de voorgestane wijze van begroten, te kort gezegd: de 'alles op één hoop'-benadering, niet de voorkeur. Het onderscheid tussen

284 Hartlief 2005a, p. 246.

285 Giesen en Tjittes 2004, p. 87-90.

286 Giesen en Tjittes 2004, p. 90.

287 Giesen en Tjittes 2004, p. 83-87.

288 Giesen en Tjittes 2004, p. 89.

smartengeld en vermogensschadevergoeding is weliswaar niet altijd haarscherp en een zekere overlap is denkbaar. Dit probleem is echter niet karakteristiek, of extra problematisch, voor wat betreft de schadebegroting bij jonge kinderen met blijvend ernstig letsel.²⁸⁹ De immateriële schade van een jong slachtoffer is een component die los van zijn eventuele vermogensschade voor vergoeding in aanmerking moet komen en als zodanig herkenbaar moet blijven. De door de Hoge Raad voorgestane weging van objectieve en subjectieve factoren ter bepaling van de omvang van smartengeld biedt voldoende mogelijkheden om tot een aanvaardbaar resultaat te komen. De geuite kritiek in dit verband overtuigt niet. De huidige wijze van begroten is nauwelijks op het verleden geënt. Het 'vergelijkingsdenken' speelt immers geen al te grote rol. De speculaties ten aanzien van de toekomstige ontwikkeling van de immateriële schade blijven juist door de in beginsel objectieve (of abstracte) benadering van de begroting van immateriële schade binnen aanvaardbare grenzen. Bovendien zal juist het centrale aanknopingspunt in de voorgestane benadering – een 'zo zinvol en plezierig mogelijk verder leven' – de nodige speculatie opleveren. Op hoeveel vergoeding heeft een gelaedeerde recht voor zingeving en plezier? De geldelijke besteding van de benadeelde ter veraangenaming van zijn leven lijkt daarmee meer op de voorgrond te treden dan nu het geval is. In essentie is met dit aanknopingspunt alle schade te herleiden tot vermogensschade. Blijft er dan nog ruimte over voor de vergoeding voor die schade die nu juist niet rechtstreeks in enig vermogen is uit te drukken? Juist dat wat als verloren kan worden beschouwd en niet in een vermogensdaling kan worden uitgedrukt verdient immers compensatie. Of is het zo dat de schadevergoeding voor een zo zinvol en plezierig mogelijk leven onder het mom van smartengeld wordt uitgekeerd? Dat lijkt niet wenselijk. De besteding in concreto is op dit moment niet bepalend voor de toekenning van smartengeld en dient dit ook niet te zijn gelet op de belangen van het slachtoffer. Wel zou het een goede zaak zijn als de besteding in abstracto meer onder de aandacht wordt gebracht, aangezien deze bestedingsmogelijkheid mede een beeld geeft van de waardering van de ernst en omvang van de immateriële schade. Het zou best zo kunnen zijn dat jonge kinderen op dit moment, gelet op die besteding in abstracto, onaanvaardbaar lage bedragen smartengeld ontvangen. Mede nu een jonge leeftijd op dit moment in de rechtspraak geen noemenswaardige rol van betekenis lijkt te spelen, is dit geen ondenkbare situatie. Dit brengt mij wederom tot het punt dat de leeftijd van een slachtoffer meer aandacht in de begroting van immateriële schade moet krijgen dan thans. Het lijkt bijvoorbeeld denkbaar dat de gederfde levensvreugde in de periode tot het 18^e levensjaar een hogere vergoeding met zich meebrengt dan een qua duur vergelijkbare periode daarna.

289 Zie voor de grens tussen vermogensschade en ander nadeel Lindenbergh 1998, hoofdstuk 3.

Een reële vraag tot slot is of ten aanzien van de begroting van vermogensschade van zeer jonge kinderen het zinvol is om als ijkpunt het verlies aan arbeidsvermogen te nemen. Daargelaten de vraag of een jong slachtoffer überhaupt al arbeidsvermogen heeft opgebouwd, is het hoge speculatieve gehalte in de begroting van deze schadepost een groot probleem (van kleuter, tot krantenjongen, tot miljonair?). Ten aanzien van de materiële schade spreekt een benadering die meer geënt is op de bestedingsbehoefte van het kind dan ook aan. Het strekt echter te ver om binnen het bestek van het onderhavige onderzoek deze vragen rond de begroting van vermogensschade bij jonge kinderen verder uit te werken.²⁹⁰

3.13.1.3 *De bewusteloze*

Een bewusteloze heeft in geval van lichamelijk letsel in beginsel recht op smartengeld, aldus de Hoge Raad.²⁹¹ Een probleem om dit recht te funderen lijkt niet te bestaan, aangezien art. 6:106 BW niet de voorwaarde stelt dat de benadeelde zich bewust moet zijn van zijn nadeel om een aanspraak op smartengeld geldend te maken. De vraag of een bewusteloze daadwerkelijke vergoeding krijgt, is hiermee een kwestie van 'uitwerking' geworden, en vergt niet noodzakelijkerwijs een principiële beslissing.²⁹² In de optiek van de Hoge Raad kan een bewusteloze immateriële schade lijden. De benadeelde is gedurende de periode dat hij bewusteloos is immers niet in staat om van zijn leven te genieten, aldus de Hoge Raad. In het navolgende komt enkel de vraag aan de orde hoe het nadeel van een bewusteloze kan worden vastgesteld. De Hoge Raad:

'3.5 Bij de begroting van dergelijk nadeel moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden, waarbij in een geval als het onderhavige kan worden gedacht enerzijds aan de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds aan de aard van het letsel, de duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. De rechter zal bij deze begroting ook rekening moeten houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde.'²⁹³

De rechter dient, als de benadeelde bewusteloos is, rekening te houden met de aard van de aansprakelijkheid, de aard van het letsel en de ernst van het letsel. Eerder sprak de Hoge Raad van de gevolgen van het letsel voor de

²⁹⁰ Zie recent Janssen 2007; Lindenbergh 2008a.

²⁹¹ HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst). Zie Hartlief 2003a, Geraarts 2003, Kottenhagen 2003, Michiels van Kessenig 2003, Tjittes 2003b en 2003c.

²⁹² Vergelijk Vranken in zijn noot onder het arrest Erven Beentjes/Lokhorst (HR 20 september 2002, NJ 2004, 112). Zie kritisch Kottenhagen 2003, p. 22-24.

²⁹³ HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst)

benadeelde als relevante factor bij de begroting.²⁹⁴ Nu spreekt de Hoge Raad van de duur van het verdriet, de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde als gevolg van de gebeurtenis, hetgeen minder lijkt te omvatten.

De genoemde omstandigheden kunnen worden onderscheiden in omstandigheden die direct duiden op immateriële schade (verdriet, gederfde levensvreugde), omstandigheden die in meer of mindere mate indicatief zijn voor de omvang van de immateriële schade (de aard en ernst van het letsel) en omstandigheden die weliswaar van invloed zijn op de omvang van de uiteindelijke vergoeding maar die niets zeggen over de omvang van de immateriële schade (eigen schuld, voordeelstoerekening). De verschillende omstandigheden verhouden zich in het kader van de begroting van smartengeld, als volgt:

‘(...) Bij de bepaling van de omvang van de vergoeding zullen de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde 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 met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.’

De Hoge Raad stelt objectieveerbare factoren en concrete aanwijzingen voorop bij de begroting. Persoonlijke of subjectieve (in de zin van de *dit* (rechts)subject betreffende) omstandigheden kunnen een rol spelen, zolang zij maar min of meer objectiveerbaar zijn, en een voldoende concrete aanwijzing vormen. Gedacht kan worden aan het bekende voorbeeld van het verlies van een pink (een objectiveerbare en concrete aanwijzing). Het verlies is voor elke benadeelde ingrijpend, maar als de benadeelde een fervent amateur pianist is (af te leiden uit concrete aanwijzingen: in bezit van een vleugel), kan worden gesteld dat de gevolgen voor hem (als gevolg van deze persoonlijke omstandigheid) meer ingrijpend zijn.

Als de benadeelde bewusteloos is, is er voor de concrete beleving van vreugde en/of verdriet van het slachtoffer bij de begroting van smartengeld geen plaats. De Hoge Raad:

‘(...) De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal, kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is geweest.’

In rechte kan hoogstens een zeer globaal oordeel worden gegeven over de gederfde levensvreugde van de benadeelde. De abstrahering van de concrete

294 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

beleving brengt mee dat de gevolgen van bewusteloosheid als schade kunnen worden aangemerkt:

‘(...) De omstandigheid dat de benadeelde gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest, zal in het algemeen en behoudens aanwijzingen van het tegendeel, tot het oordeel kunnen leiden dat hij wat betreft die periode geen nadeel heeft geleden in de vorm van pijn en/of verdriet, doch deze omstandigheid rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat in het geheel geen sprake is geweest van gederfde levensvreugde. Aangenomen moet immers worden dat de staat van bewusteloosheid in elk geval tot gevolg heeft gehad dat aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontbroken van zijn leven te genieten.’

De abstrahering van de concrete beleving, suggereert dat een bewuste (of subjectieve) ervaring van schade niet altijd is vereist.²⁹⁵ De weg lijkt open voor vergoeding van smartengeld aan iedere bewusteloze, ook als een slachtoffer als gevolg van letsel in comateuze toestand geraakt en vervolgens overlijdt. Zo ver lijkt de Hoge Raad evenwel niet te willen gaan.²⁹⁶ De Hoge Raad:

‘3.6 De rechter zal in een geval als het onderhavige waarin moet worden aangenomen dat de benadeelde zich (achteraf en in zekere mate) heeft gerealiseerd dat hij gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest en niet (meer) zijn gewone leven heeft kunnen leiden, in beginsel in aanmerking moeten nemen dat de benadeelde als gevolg van het door hem opgelopen letsel gedurende deze periode in de geobjectiveerde zin als hiervoor is overwogen, levensvreugde heeft gederfd. Anders dan de Rechtbank heeft geoordeeld kan dus ook voor deze periode sprake zijn van, naar zijn aard slechts in de vorm van een zekere genoegdoening te vergoeden, nadeel waarmee bij het begroten van de schade rekening dient te worden gehouden.’

Hoe moet een periode van totale bewusteloosheid worden gewaardeerd? Bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en zal in meer objectieve zin moeten worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld (het ontbreken van de mogelijkheid om van het leven te genieten) sprake is geweest. De enkele vaststelling dat het de benadeelde heeft ontbroken aan de mogelijkheid om van zijn leven te genieten lijkt op een zeker bedrag te kunnen worden gewaardeerd. De mate waarin de benadeelde van het leven zou hebben genoten mag geen rol spelen bij de waardering. De lengte van de periode van volledige bewusteloosheid dient mijns inziens wel als omstandigheid bij de begroting te worden meegenomen.

²⁹⁵ Vergelijk Kottenhagen 2003, p. 24.

²⁹⁶ Hartlief 2003, p. 111-112 en. Vranken in zijn noot onder het arrest onder 1; anders Lindenbergh 2008c, p. 27. Verdere behandeling van deze vraag ten gronde valt buiten het bestek van het onderzoek naar de omvang van het smartengeld.

Algeheel bewustzijnsverlies heeft tot gevolg dat bepaald immaterieel nadeel (pijn en verdriet) niet ervaren kan worden. In beginsel kan voor de periode waarin de benadeelde geheel bewusteloos is, geen betekenis toekomen aan deze schadeposten. Als een bewusteloze zijn bewustzijn evenwel herwint, wordt hij alsnog ten volle met de (blijvende) gevolgen van zijn (ernstig) letsel geconfronteerd. Dit gegeven pleit voor terughoudendheid ten aanzien van de verdiscontering van allerlei schadeposten voor de tijd dat de benadeelde buiten bewustzijn is geweest. Een verminderd bewustzijn dempt als het ware de ervaring van ander nadeel, zoals pijn en verdriet. Met dit gegeven moet ook rekening worden gehouden, aldus de Hoge Raad.²⁹⁷

‘3.8 (...) De Rechtbank heeft (...) niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade ter zake van pijn en verdriet in de bedoelde periode, rekening te houden met de omstandigheid dat Beentjes slechts in beperkte mate het besef heeft gehad van hetgeen hem is overkomen.’

Op welke wijze moet rekening worden gehouden met de invloed van gedeeltelijke bewusteloosheid op de begroting van smartengeld? Indien sprake is van een verminderd bewustzijn, kan de waardering van de aard en de ernst van het letsel, geabstraheerd van de concrete beleving van de benadeelde, tot uitgangspunt worden genomen.²⁹⁸ Een bepaald type letsel zal immers doorgaans voor verschillende benadeelden dezelfde gevolgen hebben. Is in een concreet geval sprake van een aanzienlijke vermindering van het bewustzijn als gevolg van lichamelijk letsel, dan kan rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de benadeelde slechts in beperkte mate het besef heeft gehad van hetgeen hem is overkomen. Het ontbreekt de benadeelde evenwel sowieso aan de mogelijkheid om, in geobjectiveerde zin, (ten volle) van zijn leven te genieten. Een benadeelde met een verminderd bewustzijn als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis derft altijd levensvreugde die voor (gedeeltelijke) vergoeding in aanmerking kan komen. Daar komt bij dat ook een gedeeltelijk bewusteloze die zijn bewustzijn herwint ten volle met de (blijvende) gevolgen van zijn letsel zal worden geconfronteerd. Een vergelijking kan worden gemaakt met jonge kinderen met letsel met blijvende gevolgen. Aangenomen kan worden dat in die gevallen doorgaans ook geen plaats is voor een vermindering wegens een ‘verminderd bewustzijn’, omdat jonge kinderen zich op latere leeftijd ten volle bewust zullen worden van de aard en ernst van het letsel.²⁹⁹ Daar komt nog bij dat de geldelijke waardering van de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene uiteindelijk slechts betrekkelijk globaal kan geschieden. Een steeds verdere

297 De benadeelde verkeerde in een zogenaamde soporeuze toestand.

298 Lindenbergh 1998, p. 251.

299 Lindenbergh 1998, p. 251.

verfijning van kleine en nog kleinere gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis lijkt weinig zinvol.

3.13.2 Geestelijk letsel

Onder geestelijk letsel wordt hierna verstaan een aantasting van (alleen) de geestelijke gezondheid, zonder dat daarnaast sprake is van enig lichamelijk letsel dat het geestelijk letsel heeft veroorzaakt. Natuurlijk is het zo dat geestelijke aandoeningen ook fysiek aanwijsbaar kunnen zijn (simpel gezegd: het zijn allemaal stoffen in de hersenen), en in die zin als lichamelijk letsel zouden kunnen worden gezien, maar daar is het hier niet om te doen. Als lichamelijk letsel, bijvoorbeeld hersenletsel (maar ook ander letsel is denkbaar), mede psychisch letsel tot gevolg heeft, worden deze gevolgen meestal bij de begroting van de immateriële schade als gevolg van het lichamelijk letsel meegewogen. Ook deze situaties vallen buiten het bereik (van deze paragraaf).

Er is geen principiële of praktische rechtvaardiging aan te wijzen om geestelijk letsel waarvoor op voet van art. 6:106 BW vergoeding kan worden toegekend anders te behandelen dan lichamelijk letsel, voor zover het de begroting van de schade betreft. Bovendien kan worden opgemerkt dat wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamelijke klacht, bij de andere naar buiten zal komen in de vorm van een psychische klacht.³⁰⁰ In de kern dient de begroting van (enkel) geestelijk letsel dan ook niet te verschillen van die van lichamelijk letsel. De aard van het letsel en de ernst van de gevolgen daarvan voor de benadeelde staan ook hier centraal. Omdat de objectiveerbaarheid of zichtbaarheid van dit letsel vaak problematisch is, zal een deskundigenoordeel doorgaans noodzakelijk zijn.³⁰¹

Op een vergelijkbare wijze als bij lichamelijk letsel kan ook in gevallen van geestelijk letsel met eventuele persoonlijke predisposities van het slachtoffer rekening worden gehouden. Dit brengt mee dat indien een benadeelde als gevolg van zijn persoonlijke gesteldheid ernstiger wordt getroffen dan benadeelden zonder deze bijzondere gesteldheid, de benadeelde in beginsel meer smartengeld kan ontvangen. De mate waarin de predispositie meeweegt hangt af van de wijze van begroten. Als een algemene waardering van de ernst van een bepaald type geestelijk letsel als vertrekpunt wordt genomen, lijken

300 Zie ook HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/N.).

301 Zie over bewijs van psychische schade, paragraaf 3.2.1.2. Overigens, door de deskundige zal aangesloten kunnen worden bij de diagnostische categorieën en criteria zoals beschreven in de DSM-IV-TR2. De DSM is het diagnostisch handboek van de American Psychiatric Association (APA). De DSM is gebaseerd op consensus van Amerikaanse psychiaters. Om de 5 à 10 jaar wordt tijdens een grote vergadering besloten of diagnoses worden gewijzigd, of verwijderd, of dat nieuwe diagnoses worden toegevoegd. Dat leidt dan weer tot een nieuwe versie van het handboek.

persoonlijke omstandigheden slechts een geringe corrigerende werking te kunnen hebben.³⁰²

3.13.3 Shockschade

De vaststelling van smartengeld als gevolg van shockschade – de schade die verband houdt met een hevige emotionele schok als gevolg van de confrontatie met (de directe gevolgen van) een ongeval of ander incident³⁰³ – geschiedt in beginsel op eenzelfde wijze als de vaststelling van smartengeld bij ‘ander’ geestelijk letsel. Het gaat in de praktijk vaak om posttraumatische stressstoornissen, maar ook om angststoornissen en depressies.³⁰⁴

Een probleem bij de vaststelling van smartengeld wegens shockschade lijkt te bestaan als sprake is van een schokkende gebeurtenis waarbij iemand gedood of gewond is geraakt waarmee de betrokkene (‘de geschokte’) een nauwe (affectieve) band onderhoudt/onderhield. De rechter lijkt een onderscheid te moeten maken tussen het verdriet (lees: de immateriële schade) van de getroffene *als gevolg* van de dood of het lichamelijk letsel van een naaste (affectieschade), ter zake waarvan (vooralsnog) geen vergoeding kan worden toegekend aangezien daaraan (nog steeds) wettelijke bezwaren in de weg staan,³⁰⁵ en de immateriële schade die veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel (zie hiervoor paragraaf 3.13.2) *als gevolg* van de confrontatie met het ongeval (shockschade), waarvoor de benadeelde – onder omstandigheden – wel schadevergoeding kan ontvangen.³⁰⁶ De Hoge Raad overweegt in het Taxibus-arrest:

‘Bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding zal de rechter ermee rekening moeten houden dat in een geval als het onderhavige een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood van haar kind, ter zake waarvan geen vergoeding kan worden toegekend, en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt.’³⁰⁷

302 Hartlief 1995, p. 40, Lindenbergh 1998, p. 255.

303 Verheij 2002, p. 117 en 171.

304 Vgl. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 223 en HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 223.

305 Art. 6:107/108 BW.

306 De Hoge Raad: ‘Het wettelijk stelsel verzet zich (...) niet tegen een vergoeding van immateriële schade wanneer deze schade een gevolg is van de aan het onrechtmatig handelen van de veroorzaker toe te rekenen schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval.’

307 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend/V.).

Tevens overweegt hij:

‘Degene die door de confrontatie met de gevolgen van het ongeval geestelijk letsel heeft opgelopen, (...), heeft te dier zake recht op schadevergoeding, ook voor zover van een samenloop [met affectieschade, GJMV] (...) sprake is. De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moeten maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden.’³⁰⁸

Bekend is dat het *juridische* onderscheid tussen shock- en affectieschade ‘gelet op de huidige stand van de psychiatrische wetenschap’ feitelijk niet te maken is.³⁰⁹ De Hoge Raad overweegt (in het licht van het exclusieve stelsel van art. 6:107 en 108 BW) dat de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moet maken in hoeverre bij het vaststelling van smartengeld met de samenloop tussen shock- en affectieschade rekening wordt gehouden. Mijn voorkeur heeft het dat in de motivering enkel wordt aangegeven *dat* bij de vaststelling van smartengeld wegens shockschade met de factor ‘niet-vergoedbare’ affectieschade rekening is gehouden, waarna de rechter een billijk bedrag kan vaststellen voor de shockschade in juridische zin.³¹⁰

Overigens, het lijkt ook mogelijk een meer directe route te bewandelen, en het gekunstelde juridische onderscheid tussen shockschade en affectieschade te laten voor wat het is. Als wordt aangenomen dat een grond voor aansprakelijkheid bestaat – een toerekenbare onrechtmatige daad resulterend in de schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van een ongeval – heeft de gelaedeerde in beginsel recht op volledige vergoeding van zijn schade als gevolg van deze normschending. Dit werpt de vraag op wat de grond kan dragen. Welke materiële schade kan volledig en welke immateriële schade kan naar billijkheid voor vergoeding in aanmerking komen? Als de gevolgen van de confrontatie zich bij de benadeelde ontwikkelen tot geestelijk letsel (in het algemeen aan te tonen met een in de psychiatrie erkend ziektebeeld), dan lijkt de daarmee samenhangende immateriële schade ‘naar billijkheid’ voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen en de materiële schade volledig. Dat een andere grond voor aansprakelijkheid – een toerekenbare onrechtmatige daad jegens het primaire slachtoffer – vergoeding voor de

308 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend/V.).

309 Vgl. Rechtbank Middelburg 25 juni 2003 LJN AH9234 (r.o. 2.1). Zie over dit onderscheid verder Verheij 1998, p. 324-332; Verheij 2002, p. 136-138, 172; Van Tilburg 2004, p. 7 e.v.; Engelhard & Engelhard 2008, p. 231-240.

310 Vgl. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2002, 233 (r.o. 25); Hof Leeuwarden 19 juni 2002, NJ 2003, 20. Minder mooi is de oplossing om de schade als gevolg van de confrontatie bijvoorbeeld op 50% van de totale immateriële schade te schatten., zie Rechtbank Middelburg 25 juni 2003, VR 2004, 23; onjuist lijkt mij de motivering van Hof Den Haag 19 september 2006, VR 2007, 83. Het hof trekt de mogelijke samenloop in de sfeer van art. 6:101 BW.

daardoor veroorzaakte affectieschade niet kan dragen, doet daaraan mijns inziens niet af. Het bevreemdt dat het secundaire slachtoffer wordt tegengeworpen dat hij naast geschokt ook verdrietig is, te meer als wordt bedacht dat een gelaedeerde met shockschade die geen affectieve relatie heeft met het primaire slachtoffer geen last heeft van deze samenloopproblematiek. Anders gezegd, waarom niet gewoon voorwaarts over de Brunner-pas (naar volledige vergoeding van vermogensschade en/of vergoeding naar billijkheid van de immateriële schade)? Om bij de vaststelling van smartengeld stil te blijven staan bij het feit dat afslaan naar de route voor vergoeding van affectieschade vooralsnog verboden is, lijkt onnodig.³¹¹ Een dergelijke route is in ieder geval meer in overeenstemming met de genoemde inzichten uit de psychiatrie.³¹²

3.14 PERSOONSAANTASTING IN VORM VAN SCHENDING EER EN GOEDE NAAM

De belangrijkste categorie schendingen van de eer en goede naam, althans kwantitatief,³¹³ is die van de onrechtmatige uitlatingen in perspublicaties. Objectieveerbare factoren die in de sfeer van de gelaedeerde liggen ontbreken doorgaans. De aard van de gedraging en de wijze waarop de schending heeft plaats gevonden worden daarom in de rechtspraak vaak indicatief geacht voor de omvang van het nadeel.³¹⁴

3.15 PERSOONSAANTASTING IN VORM VAN SCHENDING FUNDAMENTEEL RECHT

De persoonsaantastingen die in deze paragraaf worden behandeld, vallen alle onder de noemer schending van persoonlijkheidsrechten. Te denken valt aan schending van de persoonlijke levenssfeer (privacy), de bewegingsvrijheid, het recht op gelijke behandeling en het recht om te kunnen kiezen voor abortus (het recht op zelfbeschikking).³¹⁵ Een catalogus van beschermingswaardige fundamentele rechten is er nog niet.³¹⁶ De Hoge Raad heeft aanvaard dat de schending van een fundamenteel recht als zodanig een grond kan vormen voor het aannemen van een recht op smartengeld, zonder dat sprake hoeft te zijn van geestelijk letsel.³¹⁷ De inbreuk of de schending zelf kan onder omstandigheden het recht op smartengeld dragen. De schending kan dan ook de schade worden genoemd. Als het vervolgens aankomt op de vaststelling

311 Vgl. Lindenbergh 2008c, p. 52 en 54.

312 Vgl. Engelhard & Engelhard 2008, p. 241.

313 Lindenbergh (losbladige) art. 6:106, aant. 56.

314 Lindenbergh (losbladige) art. 6:106, aant. 56.

315 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (Natuuristengids); HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. JBMV (Gemeente Groningen/S.L.); Gerechtshof Amsterdam 29 mei 2008, *LJN* BD8720;

316 Vgl. Hartlief 2008a, p. 244.

317 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

van de omvang van het smartengeld kan een onderscheid worden gemaakt tussen de schade die ligt in de schending als zodanig, en de overige schade. De functie van de vergoeding van beide schadevormen verschilt: sanctiëring/erkenning tegenover concreet herstel of compensatie.³¹⁸

In het Wrongful-life arrest vorderen de ouders van Kelly naast de kosten van verzorging en opvoeding ook smartengeld (voor henzelf). De vraag was of de ouders door de fout van de verloskundige in hun persoon zijn aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder, b BW. Het recht op abortus is in onze rechtsorde binnen zekere grenzen erkend, deze erkenning stoelt op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Als de uitoefening van dit recht de moeder wordt onthouden, als gevolg van een beroepsfout van een verloskundige, waardoor zij er niet voor heeft kunnen kiezen de geboorte van haar zwaar gehandicapte kind te voorkomen, is zij in haar persoon aangetast. De Hoge Raad (r.o. 4.10):

‘De toekenning aan de ouders van een vergoeding voor immateriële schade impliceert niet dat het bestaan van Kelly voor hen een bron van leed is, maar berust uitsluitend erop dat de verloskundige een zo ernstige fout heeft gemaakt ten aanzien van een zo fundamenteel recht van de ouders, dat dit mede erkenning verdient in de vorm van een dergelijke schadevergoeding, waardoor aan de ouders tevens een zekere genoegdoening wordt verschaft voor de gemaakte fout.’

Hartlief leidt uit het Wrongful life-arrest af dat sommige persoonlijkheidsrechten fundamenteeler zijn dan andere. In de laatste categorie geldt dan wellicht toch de eis van geestelijk letsel. Ook in de categorie van meer fundamentele rechten geeft niet iedere inbreuk recht op smartengeld. Ook in deze gevallen kan de nadere eis van geestelijk letsel aan de orde zijn. De omvang van de vergoeding is afhankelijk van de ernst van de inbreuk en de aard van het persoonlijkheidsrecht.³¹⁹

Als een recht op smartengeld ter rechtshandhaving zou bestaan ter handhaving van het zelfbeschikkingsrecht om te kunnen kiezen voor abortus, lijkt het niet goed denkbaar dat de begroting geheel wordt geabstraheerd van de gevolgen die de hiervoor genoemde inbreuk feitelijk heeft gehad, gevolgen die mijns inziens als feitelijke immateriële schade zijn aan te merken. De aard van de inbreuk kan wellicht nog in verre gaande mate abstract worden gewaardeerd, mogelijk noch wenselijk lijkt mij dit ten aanzien van de waardering van de ernst van de inbreuk. Op voorhand is van een abstract geformuleerde en gewaardeerde persoonsaantasting niet te zeggen hoe ernstig deze inbreuk in het concrete geval is. Zo kan, zoals Hartlief terecht opmerkt, een verschil

318 Zie in dit verband ook Hof Arnhem 22 maart 2005, JA 2005, 47. Het Hof overwoog dat nu de toekenning van smartengeld op een andere grond was komen te rusten, niet geestelijk letsel, maar een schending van de persoonlijke levenssfeer, het smartengeld opnieuw moest worden vastgesteld.

319 Vgl. Hartlief 2008a, p. 243; zie ook Lindenberg 2005, p. 324-326.

gemaakt worden tussen situaties waarin de ouders het gezin compleet achten, de situatie dat een gezinsuitbreiding 'minder gelegen' komt en de situatie waarin vaststaat dat indien de ouders hadden geweten dat hun kind gehandicapt ter wereld zou komen, zij voor een abortus hadden gekozen.³²⁰

In het bijzonder op dit terrein kan de inzet van andere sanctiemogelijkheden, zoals een verbod of bevel, een verklaring voor recht of een rectificatie, de omvang van het nadeel wellicht beperken en zo de noodzaak van smartengeld minder dringend maken. Als evenwel een forse vergoeding voor de gevolgen van de immateriële schade is toegekend ter compensatie daarvan, betekent dit mijns inziens niet dat een vergoeding wegens de schending als zodanig niet langer op haar plaats is. De functie van de laatstgenoemde vergoeding is immers een andere, namelijk meer gericht op sanctionering/erkenning.

3.16 OOGMERK

Een benadeelde heeft recht op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding van zijn immateriële schade 'indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanige nadeel toe te brengen.'³²¹ Het oogmerk van de dader bepaalt of een recht op smartengeld bestaat. De enkele intentie om een zaak te beschadigen, te wanpresteren, doden of verwonden is onvoldoende. Het doel van de regeling is zoals blijkt uit de geschiedenis van haar totstandkoming het geschokte rechtsgevoel te bevredigen.³²² Voor de begroting van de schade zal de feitenrechter op eigen kompas moeten varen.³²³

Welke omstandigheden kunnen een rol spelen bij de begroting? De intentie van de dader speelt een rol bij het ontstaan van de schade en kan een factor zijn die iets zegt over de omvang van de schade. Objectiveerbare omstandigheden die in de sfeer van de gelaedeerde liggen zijn niet altijd even eenvoudig aanwijsbaar. Bij gebrek aan dergelijke omstandigheden kunnen de aard en ernst van de gedraging als aanknopingspunt dienen. De wijze waarop de immateriële schade wordt veroorzaakt (wanprestatie, zaaksbeschadiging, letsel of dood) zal immers enig beeld van de omvang van de schade kunnen geven.

320 Hartlief 2005a, p. 240. Hartlief betoogt dat hoewel het mogelijk is (schending van) het betrokken persoonlijkheidsrecht een waarde in zichzelf toe te kennen, de omvang van het smartengeld daarvoor zal variëren naar gelang de context en de belangen die op het spel staan. Hartlief trekt zodoende de schade als gevolg van de schending als zodanig en de gevolgen daarvan uiteindelijk toch weer bij elkaar. Vgl. ook Hartlief 2008a, p. 244. De omvang van de immateriële schade van de benadeelde kan worden afgeleid uit de aard van het geschonden persoonlijkheidsrecht en de ernst van de aantasting door de laedens alsmede uit de wijze van schenden. Hartlief 2005, p. 239.

321 HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 m.nt. JBMV (R./Van de W.).

322 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

323 Vergelijk Vranken in zijn noot onder HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216. (R./Van de W.).

Als het om een voortdurend toebrengen van immaterieel nadeel gaat (bijvoorbeeld pesterijen) kan de duur van de verweten gedraging ook als aanknopingspunt gelden.

3.17 AANTASTING NAGEDACHTENIS

Art. 6:106 lid 1 onder c bepaalt dat nabestaanden van een overledene onder omstandigheden een recht op vergoeding van immateriële schade hebben op grond van de aantasting van de reputatie van de overledene.³²⁴ Ook hier moet een beeld worden gevormd van de omvang van het nadeel en ook hier ontbreken objectiveerbare aanknopingspunten in de sfeer van de gelaedeerde. Een beeld van de omvang kan indirect worden gevormd door een beeld te vormen van de aard en de ernst van de aantasting.³²⁵

3.18 VASTSTELLING SMARTENGELD WEGENS AFFECTIESCHADE

De vrees voor onsmakelijke procedures en commercialisering van verdriet, de wens om terughoudendheid te betrachten bij de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht uit angst voor een toestroom van zaken en het gegeven dat leed niet met geld lijkt te kunnen worden goedge maakt weerhielden de wetgever er lange tijd van een regeling met betrekking tot affectieschade te maken.³²⁶ Een toenemende druk op de rechterlijke macht (doordat vaker wordt getracht enige vorm van genoegdoening in rechte geldend te maken) en kritiek uit de literatuur deden hem alsnog overstag gaan: de wetgever wenste affectieschade alsnog te vercommercialiseren. Het wetsvoorstel heeft enige tijd in de ijskast gestaan, in afwachting van empirisch onderzoek naar de behoeften van naasten en nabestaanden aan een vergoeding voor affectieschade.³²⁷ Inmiddels zijn de resultaten van dit onderzoek (verricht door Akkermans c.s.) bekend. De uitkomst van het onderzoek komt er kort gezegd op neer dat naasten en nabestaanden in meerderheid een duidelijke behoefte

324 Vergelijk. Ktg. Amsterdam 29 augustus 1995, *WR* 1997, 10. Zie voor een gemotiveerde afwijzing van een vordering op voet van art 6:106 lid 1 onder c BW Hof Den Bosch 15 november 2005, *NJF* 2006, 236 en een creatieve benadering van Rechtbank Arnhem 21 januari 2004, *LJN* AO5024: 'Aangezien Z is overleden zou de bewering (al dan niet in strijd met de waarheid beweren dat hij [Y] in het geheim een relatie had met Z) een aantasting van haar nagedachtenis kunnen opleveren, zoals bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder c BW. Enkel op grond van deze bepaling zou X [eiser] Y [gedaagde] kunnen aanspreken tot het betalen van een naar billijkheid te bepalen bedrag aan immateriële schadevergoeding. Voor het omzetten hiervan in een verhuisplicht en dorpsverbod bij wijze van schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW) bestaat echter geen aanleiding.'

325 Een voorbeeld: Rb. 's-Hertogenbosch 18 maart 1994, *VRS* 2006, 1188

326 MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1272-1277.

327 Van Wees 2006, p. 124-128.

hebben aan vergoeding van affectieschade.³²⁸ Ook blijkt dat het naasten weliswaar niet alleen, althans niet in de eerste plaats om geld gaat. Nabestaanden (van overleden slachtoffers) en naasten (van ernstig gewonde slachtoffers) verschillen niet significant in hun behoefte aan vergoeding van affectieschade. De respondenten geven aan dat een recht op vergoeding van affectieschade er aan zal bijdragen dat behoeften worden vervuld die als zodanig hoger worden aangeslagen dan de behoefte aan vergoeding van affectieschade zelf. Naasten en nabestaanden verwachten dat de vergoeding voor affectieschade onder meer bijdraagt aan hun behoefte aan herstel van de onrechtvaardigheid in de relatie tot de verantwoordelijke partij. Akkermans c.s. merken op dat aldus blijkt dat de vergoeding van affectieschade meer wordt gezien als een middel tot een doel, dan als een doel op zichzelf. Dit lijkt mij overigens voor vrijwel iedere schadevergoeding te gelden. Wat hiervan zij, de doelstelling van het wetsvoorstel affectieschade sluit aan op de behoeften van naasten en nabestaanden. Het wetsvoorstel beoogt immers in de eerste plaats erkenning en genoegdoening te verschaffen. Compensatie staat op de achtergrond.³²⁹ Inmiddels heeft de minister de Eerste Kamer verzocht het wetsvoorstel weer ter hand te nemen.³³⁰

Het wetsvoorstel affectieschade³³¹ probeert tegemoet te komen aan de hierboven in de eerste alinea genoemde bezwaren door te kiezen voor een in de wet omschreven in beginsel uitputtende kring van personen, die recht hebben op een bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld beperkt bedrag aan immateriële schadevergoeding. Een hardheidsclausule slijpt de scherpste kantjes van het in beginsel limitatieve systeem af. De volgende personen kunnen vergoeding krijgen: (a) de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste; (b) de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert; (c) de ouder of adoptieouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder of adoptieouder in gezinsverband wonende meerderjarige gekwetste; (d) een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of minderjarig geadopteerde of met de gekwetste in gezinsverband wonend meerderjarig kind of meerderjarig geadopteerde van de gekwetste; (e) degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft; (f) degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft. Aan het oorspronkelijke ontwerp is, als gezegd, een hardheids-

328 Akkermans c.s. 2008, p. 73.

329 Akkermans c.s. 2008, p. 73.

330 Kamerstukken I 2008/09, 28 781, G, p. 6.

331 Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (28 781).

clausule toegevoegd. Ook iemand die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot het slachtoffer staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste kan worden aangemerkt, kan aanspraak maken op vergoeding van zijn affectieschade. Niet de formele maar de feitelijke verhouding tot het slachtoffer is in dergelijke gevallen beslissend. De intensiteit, de kwaliteit, de aard en de duur van de relatie en – in geval van blijvend ernstig letsel³³² – ook de (te verwachten) bestendigheid van de relatie kunnen als gezichtspunten gelden ter toetsing van deze persoonlijke relatie.³³³ De aansprakelijke is verplicht tot vergoeding van een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag. Genoemd is een bedrag van € 10.000.³³⁴

3.18.1 Commentaar: verkeerde focus, te rigide, simpeler kan

De aandacht voor affectieschade zorgt er voor dat andere – belangrijkere – schadeposten onderbelicht blijven.³³⁵ Van Boom pleit evenals andere auteurs voor een volledige evaluatie van het gesloten stelsel van gerechtigden bij dood of letsel, niet alleen voor naasten, maar voor alle derden.³³⁶ Naar Van Booms mening zou opnieuw moeten worden bekeken of de verschillen tussen zaak-schade en letsel- en overlijdensschade nog wel gerechtvaardigd zijn.³³⁷ Er werd voor een (inmiddels half-)gesloten systeem gekozen uit angst voor het uit de hand lopen van de uitvoeringslasten.³³⁸

Van en Reijnen achten het voorstel te star.³³⁹ De gefixeerde vergoeding doet geen recht aan de verschillen tussen de rechthebbenden onderling. Zij vrezen dat dit zal leiden tot teleurstelling en niet tot bevrediging van het rechtsgevoel van de naasten. Het individueel vaststellen van de omvang en beleving van verdriet is echter in hun ogen ook niet haalbaar. Hiervoor is vaak psychologisch onderzoek vereist en dat brengt een zware psychische belasting voor de benadeelde mee en een grote financiële belasting voor de laedens of zijn verzekeraar. Van en Reijnen zien meer in een set objectieve criteria aan

332 De woorden 'ten tijde van de gebeurtenis' ontbreken dan ook in geval het slachtoffer ernstig en blijvend letsel heeft omdat ook een te verwachten persoonlijke relatie aanspraak moet kunnen geven op de vergoeding van affectieschade. Bijvoorbeeld de toekomstige verzorging van het slachtoffer.

333 Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 2.

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

335 Zie Hartlief 2003, p. 82; Leerink en Holthuis 2002, p. 294; Verheij 2001, p. 1568-1569.

336 Te noemen zijn Hartlief 2003, p. 80; Verheij 2001, p. 1565. In dit verband kan worden genoemd dat het werkgeversregres is uitgebreid met betrekking tot de kosten van re-integratie, wet van 13 juni 2008, *Stb.* 2008, 199.

337 Van Boom 2001, p. 95-98; zie ook Vranken 2001, p. 835; Van Dam 2003, p. 6, voetnoot 5; Keijzer-de Korver 2003, p. 66-72 en recent Verheij 2005, p. 205 e.v. en Engelhard 2008, p. 1 e.v.

338 Kamerstukken II 2003/04, 28 781, nr. 3, p. 7.

339 Van en Reijnen 2001, p. 37-41.

de hand waarvan de affectieschadevergoeding in verhouding kan worden gebracht met de ernst van het geleden verdriet, zonder dat dit verdriet individueel hoeft te worden gemeten. Enerzijds kan zo worden geabstraheerd van het werkelijke nadeel, anderzijds blijft een differentiatie in bedragen mogelijk. Zij achten een vergoeding tussen € 5.000 en € 45.000 wenselijk. De symbolische functie van affectieschade wordt zo niet ondermijnd en ook wordt niet te veel uit de pas gelopen met het smartengeld voor 'eerstelijns' slachtoffers. Van en Reijnen maken een onderverdeling van naasten (ouders, partners, anderen) en tevens maken zij een onderscheid tussen overlijden, ernstig letsel met, en ernstig letsel zonder een blijvende noodzaak tot persoonlijke verzorging voor de activiteiten van het algemeen dagelijks leven. Vijf gedeeltelijk overlappende bandbreedten van vergoedingen maken 'maatconfectie' voor de verschillende naasten mogelijk. De keuze voor een bepaalde bandbreedte en de positie binnen die bandbreedte kan worden bepaald aan de hand van een aantal gezichtspunten. Als aanknopingspunten voor de begroting kiezen Van en Reijnen: de ernst van de verwonding van het ongevalslachtoffer, de aard van de affectieve relatie tussen het slachtoffer en de nabestaanden of naasten, de mate waarin het overlijden of het ontstaan van het letsel in afwijking is met 'de natuurlijke loop der dingen' en de aard van de gebeurtenis die het letsel of overlijden tot gevolg had.

Het kan simpeler. Het wetsvoorstel affectieschade hinkt volgens Lindenberg op twee gedachten.³⁴⁰ Enerzijds kiest de wetgever voor een vrij uitvoerige omschrijving van de kring van gerechtigden daarmee suggererend dat een grens wordt aangegeven, anderzijds kan die kring door een hardheidsclausule worden opengebroken. Bovendien past het bij een keuze voor een ver(der)-gaande differentiatie van mogelijke gerechtigden beter tevens te differentiëren naar omvang van de bedragen, aldus Lindenberg. Hij stelt voor in de wet een recht op vergoeding te creëren voor een algemeen omschreven categorie van gevallen en de vaststelling van de omvang van de vergoeding aan de rechter over te laten. Aangetekend kan worden dat de omvang van de vergoeding door middel van een collectieve rechtersregeling zou kunnen worden gecoördineerd. De rechter zou meer speelruimte krijgen wanneer hij niet per definitie een vast bedrag zou hoeven toe te wijzen bij toekenning aan andere personen dan de in het huidige voorstel genoemden. Lindenberg komt tot de volgende voorstellen. Ten aanzien van ernstig en blijvend letsel bepaalt zijn art. 6:107 lid 1 onder b BW het volgende:

'in het geval van ernstig en blijvend letsel een door de rechter naar billijkheid van te stellen vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat aan naasten die ten tijde van de gebeurtenis met de gekwetste een zeer nauwe band onderhiel-

340 Lindenberg 2005a, p. 841-843.

Ten aanzien van overlijden bepaalt zijn art. 6:108 lid 3 BW het volgende:

‘voorts is de aansprakelijke verplicht tot vergoeding van een door de rechter naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaan aan naasten die ten tijde van de gebeurtenis met de gekwetste een zeer nauwe band onderhielden.’

In de toelichting kan de wetgever suggesties geven waaraan hij denkt als het gaat om een ‘zeer nauwe band’ en tevens kan hij bedragen suggereren, met desgewenst een maximum per persoon of per schadegeval. De rechter heeft dan genoeg houvast en anderzijds voldoende ruimte om ieder concreet geval recht te doen.³⁴¹

De wetgever heeft wel gedacht aan een systeem waarin de rechter de kring van gerechtigden bepaalt, alsmede de hoogte van de vergoeding voor affectieschade. Hij acht een dergelijke oplossing echter meer passend in een open systeem, zoals dat in het huidige recht voor andere schade dan schade door verwonding of overlijden geldt. Een vergoeding ‘naar billijkheid’ voor een in beginsel open groep van personen zou in zijn ogen leiden tot een aanmerkelijk minder voorspelbare en beheersbare situatie dan waarschijnlijk uit het huidige voorstel volgt.³⁴²

De wetgever kiest voor een in beginsel gesloten kring van gerechtigden, waarbij een hardheidsclausule in bijzonder gevallen uitkomst kan bieden. Zo ontstaat een gemêleerd gezelschap van personen die op grond van formele criteria aanspraak op vergoeding kunnen maken (de calculerende weduwe) en zij die een nauwe affectieve relatie op feitelijke gronden moeten aantonen (de hartsvriendin). Dit onderscheid tussen formele en feitelijke naasten is te billijken, ook uit het empirisch onderzoek van Akkermans c.s. blijkt dat nauwelijks verschillen zijn aan te wijzen tussen ‘typen’ van naasten. De formulering van de hardheidsclausule verdient echter aandacht. De verwijzing naar de eisen van redelijkheid en billijkheid in de hardheidsclausule is verwarrend en kan beter geschrapt worden. Als naasten die niet met zoveel woorden in de wet genoemd zijn, een nauwe persoonlijke relatie met het slachtoffer feitelijk kunnen aantonen, hebben zij daarmee een wettelijke grondslag om aanspraak te maken op vergoeding van affectieschade. Schrapping van alle nu reeds genoemde personen heeft echter niet mijn voorkeur. De genoemde kring van personen hoeft wat mij betreft niet in een situatie te worden gebracht waarin zij moet aantonen hoe goed zij het slachtoffer kent, zal gaan kennen of gekend heeft.³⁴³ Dat een calculerende weduwe ook voor affectieschadevergoeding in aanmerking komt, moet voor lief worden genomen. Wel verdient het de

³⁴¹ Lindenbergh 2005a, p. 843.

³⁴² Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

³⁴³ Ook een toekomstige band lijkt recht te kunnen geven op vergoeding van affectieschade. Te denken valt aan de toekomstige verzorger van het slachtoffer.

voorkeur dat zoals nu ook al het geval is in de toelichting op het huidige wetsvoorstel een aantal gezichtspunten worden genoemd aan de hand waarvan het al dan niet bestaan van een nauwe persoonlijke relatie kan worden getoetst.

3.18.2 Normering bedrag affectieschadevergoeding, empirische gegevens

De wetgever heeft gekozen voor een gefixeerde vergoeding (genoemd wordt een bedrag van 10.000 euro) om de rechter de lastige keuze met betrekking tot een bedrag uit handen te nemen. Het huidige ontwerp biedt, ook met de hardheidsclausule, weinig handvatten voor justitiabelen om de grenzen van het bereik van de regeling op te zoeken. Naar verwachting levert het ontwerp slechts een beperkte en beheersbare stijging van de aansprakelijkheidslast op. Dit is in overeenstemming met de gewenste gematigde ontwikkeling van de claimcultuur, aldus de wetgever.³⁴⁴ Tevens wordt een positief effect verwacht op de ontwikkeling van de rechtspraak inzake shockschade die op dit moment minder goed voorspelbaar en beheersbaar lijkt. Ook bevordert het ontwerp een spoedige afwikkeling. Hoewel minder flexibel dan een open systeem, vervult het ontwerp, naar verwachting van de wetgever, in de meeste gevallen de maatschappelijke behoefte aan vergoeding van affectieschade.³⁴⁵

De redenen voor een gefixeerd geldbedrag overtuigen niet, althans stroken niet met de (waarschijnlijke) behoeften van naasten en nabestaanden op dit punt. Uit de uitkomsten van het onderzoek van Akkermans c.s. mag worden afgeleid dat er onder de respondenten een zekere behoefte bestaat dat rekening wordt gehouden met hun individuele omstandigheden bij de vaststelling van het bedrag voor vergoeding van affectieschade. Zij lijken de voorkeur te geven aan een variabel of genormeerd bedrag boven een vast bedrag. Naasten en nabestaanden verschillen op dit punt niet significant van elkaar.³⁴⁶ Overigens is ook naar voren gekomen uit het onderzoek van Akkermans c.s. dat de respondenten de vergoeding vooral zullen gebruiken om de basisuitgaven te blijven doen, voor een herdenkingsmonument of aandenken en voor ontspannende activiteiten.³⁴⁷

Het verdient, gelet ook op de resultaten van het onderzoek van Akkermans c.s., de voorkeur dat in de toelichting op het wetsvoorstel affectieschade een

344 Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

345 Kamerstukken II 2002/03, 28781 nr. 3, p. 7.

346 Onderzoek naar de wenselijke hoogte van het bedrag levert het volgende beeld op: bij een vast bedrag stond 45% van de respondenten neutraal tegenover €10.000. 28,3% gaf aan het bedrag te laag te vinden en 8,5% te hoog. Nabestaanden bleken een bedrag van €10.000 significant vaker te laag te vinden dan naasten. Ook vulden nabestaanden significant hogere bedragen in dan naasten bij een open vraag naar een passend bedrag (gemiddelde naasten tussen €10.000 – €25.000 en gemiddelde nabestaanden tussen €50.000 – €100.000).

347 Akkermans e.a. 2008, p. 74.

of meerdere bandbreedten (voor naasten en nabestaanden) van bedragen worden genoemd waarvan enige normerende werking kan uitgaan. Binnen deze bandbreedte(n) kan op basis van de omstandigheden van het geval enigszins gedifferentieerd worden. Een overschrijding van een in de wetstoelichting genoemde bandbreedte, lijkt mij geen bezwaar. De bandbreedte zal een indicatief karakter hebben. Dit zal in de praktijk betekenen dat de rechter daarmee terdege rekening zal houden. Een afwijking zal de rechter in het algemeen nopen tot het motiveren daarvan. Het lijkt mij echter niet wenselijk de rechter in alle gevallen gebonden te achten. Ook dient een duidelijker onderscheid gemaakt te worden tussen naasten en nabestaanden. De uitkomsten van het onderzoek van Akkermans c.s. zijn voor de minister evenwel aanleiding om vooralsnog vast te houden aan één vast bedrag voor vergoeding van affectieschade voor zowel naasten als nabestaanden. Deze uitkomsten zijn voor hem wel ook aanleiding om na verloop van een aantal jaren te evalueren hoe naasten en nabestaanden dit vaste bedrag hebben ervaren. Indien deze ervaringen daartoe aanleiding geven, kan alsnog overgestapt worden op een stelsel met meerdere vaste bedragen, aldus de Minister. Hij neemt daarom in de algemene maatregel van bestuur waarin de omvang van de vergoeding wordt vastgesteld, een evaluatiebepaling op.³⁴⁸

3.19 SLOTBESCHOUWING

In het onderhavige hoofdstuk is zowel de discretionaire ruimte van de rechter bij de vaststelling van smartengeld, als de materiële vaststelling van smartengeld onderzocht. Deze twee onderwerpen tezamen vormen het kader waarbinnen de rechter smartengeld dient vast te stellen.

Als het bestaan van een van de persoonsaantastingen van art. 6:106 BW in rechte komt vast te staan, mag in beginsel, behoudens voldoende betwisting, naar feiten of omstandigheden van algemene bekendheid of naar ervaringsregels worden aangenomen dat in ieder geval ook enig immaterieel nadeel feitelijk zal zijn geleden. Doen zich feiten voor waaruit weliswaar in het algemeen kan worden afgeleid dat zij immateriële schade tot gevolg kunnen hebben, zoals een oorlog, oorlogsdreiging of een ernstige (andere) ramp, dan brengen dergelijke feiten van algemene bekendheid op zichzelf nog niet mee dat een benadeelde als individu het in art. 6:106 BW bedoelde nadeel daadwerkelijk heeft geleden. De benadeelde dient een concretisering van de hem betreffende omstandigheden te geven. Een andere kwestie is of de toekenning van smartengeld enkel ziet op de compensatie van dit nadeel (zie hierover paragraaf 2.10).

De persoonsaantasting in de vorm van geestelijk letsel heeft bijzondere aandacht gekregen. Waar de grens tussen enkel psychisch onbehagen en

348 Kamerstukken I 2008/09, p. 5-6.

geestelijk letsel ligt is niet scherp aan te geven. Het slachtoffer lijkt er in dit licht verstandig aan te doen de aanwezigheid van geestelijk letsel steeds te onderbouwen met een psychiatrische rapportage, althans een deskundigenoordeel. De feiten (in de rapportage) moeten bij voorkeur inzichtelijk kunnen maken voor welke psychische klachten het slachtoffer onder behandeling is geweest, welke diagnose is gesteld, waaruit de behandeling heeft bestaan en waarin de behandeling heeft geresulteerd. Negeert de feitenrechter een dergelijke onderbouwing, dan valt hem wellicht te verwijten dat zijn motivering onbegrijpelijk is.

Als die feiten vaststaan waaruit kan worden afgeleid dat – vergoedbare – immateriële schade is geleden, kan de rechter de schadeomvang schatten. De gelaedeerde is niet gehouden aan te geven hoeveel schade hij geleden heeft, daargelaten dat dit wel verstandig is met het oog op de bepaling van de omvang van het smartengeld. Ook hoeft hij geen concreet bedrag aan immateriële schade te vorderen. Wel lijkt het zo dat wanneer een bedrag is gevorderd de rechter geen hogere vergoeding zal mogen toewijzen.

De vage norm ‘naar billijkheid’ behoedt het recht voor willekeur en maakt een functionele vaststelling van smartengeld mogelijk. Bij de begroting van smartengeld mag de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval en heeft hij de vrijheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig ziet, geen schadevergoeding toe te kennen. Hij heeft een discretionaire bevoegdheid. Het gebruik van de term ‘discretionaire bevoegdheid’ door de Hoge Raad lijkt niet te sporen met hetgeen hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt. De Hoge Raad lijkt de feitenrechter een grotere vrijheid toe te kennen dan de wetgever. De enkele vaststelling dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, zegt echter weinig. De mate van rechterlijke discretie verschaft meer inzicht in de beslissingsruimte die de rechter heeft. Art. 6:106 BW geeft geen aanwijzingen onder welke omstandigheden de rechter de bevoegdheid heeft geen smartengeld toe te kennen. De norm ‘naar billijkheid’ brengt mijns inziens mee dat de rechter niet te snel mag concluderen geen smartengeld toe te kennen. De rechter dient alleen van zijn negatieve discretionaire bevoegdheid gebruik te maken als hij een geldelijke vergoeding niet gepast acht omdat reeds op andere wijze in de compensatie van de schade is voorzien, bijvoorbeeld door het rechterlijk oordeel als zodanig, een dergelijk vonnis verdient een stevige motivering.

De toegewezen smartengeldbedragen liggen al enige jaren op een vrij constant niveau. Dit geldt niet alleen voor de hoogste bedragen maar over de gehele linie van smartengeldgevallen. Een mogelijke verklaring lijkt hierin gelegen dat de rechter zich toch vooral richt op de bedragen die eerder in vergelijkbare gevallen zijn toegekend. Daarbij geeft hij zich onvoldoende rekenschap van bijvoorbeeld de ontwikkeling in het buitenland, of de maatschappelijke ontwikkelingen in de waardering van letsels in het algemeen. En hoewel de rechter rekening dient te houden met de geldontwaarding, lijkt dit in het concrete geval ook niet altijd te gebeuren. Gezegd kan worden dat

de huidige wijze van gevalsvergelijking verstarring in de hand lijkt te werken. Deze verstarrende werking biedt een argument om andere wijzen van vaststellen van smartengeld in overweging te nemen.

Het 'juiste' niveau van smartengeld is niet alleen afhankelijk van de geldontwaarding, ook andere maatschappelijke veranderingen dan de verandering van het consumentenprijsindexcijfer zouden een rol moeten kunnen spelen bij de bepaling van een rechtens juist niveau van smartengeld in het concrete geval is. Het is wenselijk dat, evenals in Engeland en België het geval is, dat rechters op daartoe geëigende momenten, en met een zekere regelmaat, beoordelen of het smartengeld in zijn totaliteit nog een aanvaardbaar niveau heeft. Belangrijk lijkt in dit verband dat het de uitdrukkelijke keus van de wetgever is geweest de rechter veel vrijheid te laten om de hoogte van schadevergoeding te kunnen vaststellen. Dit maakt het verdedigbaar dat de rechter zich, bij voorkeur tegen de achtergrond van een aantal gelijktijdig te behandelen en te beslissen zaken, zou kunnen uitspreken over het algemeen niveau van smartengeld in Nederland, maar ook een smartengeldrechtersregeling zou op dit punt een belangrijke functie kunnen hebben (zie nader hoofdstuk 4). Een ander punt is welke rechter een dergelijke beoordeling aan zich zou kunnen trekken. Gezegd kan worden in dit verband dat het hoger beroep ook de functies heeft die aan cassatie toekomen, te weten bewaking van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming. In het licht van, en gelet op deze functies, en gegeven het feit dat het Hof de hoogste feitelijke instantie is, lijkt het niet ondenkbaar dat een Hof zich zou uitspreken over het algemeen niveau van smartengeld in Nederland.

De Hoge Raad prefereert in letselgevallen waarin op grond van art. 6:106 BW een recht op smartengeld bestaat een objectieve benadering van de vaststelling van smartengeld met daarin ruimte voor subjectieve, zij het objectiveerbare factoren. De basis wordt gevormd door een waardering van de aard en ernst van het letsel. Gegeven het feit dat eenzelfde type letsel voor verschillende benadeelden ongeveer dezelfde nadelige gevolgen meebrengt, kan een objectief beeld van de omvang van de schade worden gevormd. Eerst daarna is er ruimte voor de weging van de subjectieve gevolgen voor de benadeelde in het concrete geval, die evenwel uit min of meer objectieve omstandigheden moeten blijken. Dit lijkt de beste benadering. Een te grote objectivering creëert een te grote afstand tussen de benadeelde en (de ervaring van) zijn schade. Een louter concrete of subjectieve schadevaststelling werkt contraproductief. Het slachtoffer zal niet zijn gebaat bij een exacte analyse van zijn situatie.

De door de Hoge Raad geprefereerde gevalsvergelijking als wijze van vaststelling van de hoogte van smartengeld maakt het wenselijk om bij de begroting van smartengeld één of enkele objectief vaststelbare factoren centraal te stellen die een waardering mogelijk maken van de mate waarin een benadeelde door het nadeel in meer objectieve zin wordt geraakt. Correcties op deze waardering kunnen worden toegepast indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Wanneer de objectieve en subjectieve

factoren in de motivering van een rechterlijke uitspraak worden gescheiden vereenvoudigt dit de gevalsvergelijking. Anderzijds wordt gevalsvergelijking hiermee een goede methode om de uiteindelijk arbitraire hoogte van het smartengeld te kunnen bepalen. In dit verband kan worden opgemerkt dat het de voorkeur verdient meer dan thans rekening te houden met de leeftijd van het slachtoffer, in die zin dat de duur van blijvend nadelige gevolgen (van bijvoorbeeld het letsel) in de hoogte van het smartengeld zouden kunnen worden verdisconteerd.

De gepropageerde gevalsvergelijking als wijze van begroting heeft zoals daar thans invulling aan wordt gegeven, mijns inziens maar een beperkte waarde. De Smartengeldgids, die in essentie een weergave van deze rechtspraktijk is, heeft daarmee ook maar een beperkte waarde. Een reële gevalsvergelijking lijkt op dit moment immers niet mogelijk, daarvoor zijn de objectieve en subjectieve omstandigheden in de huidige rechtspraak niet goed genoeg te onderscheiden. Dit lijkt geen probleem zolang de objectieve en subjectieve omstandigheden in twee te vergelijken gevallen vrijwel hetzelfde zijn, maar deze gevallen zijn schaars. Jurisprudentieoverzichten hebben dan ook maar beperkte waarde bij de begroting van smartengeld. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat de gevalsvergelijking als methode van rechtsvinding als zodanig maar beperkte waarde heeft. Daadwerkelijk te vergelijken gevallen ontbreken, mede door de beperkt bruikbare motivering. En hoewel de motivering in het concrete geval overtuigend kan zijn, hoeft zij voor de gevalsvergelijking nog niet bruikbaar te zijn.

Waar moet het naar toe met de rechterlijke begroting van smartengeld? Om deze vraag te kunnen beantwoorden is eerst een beeld gevormd van de huidige praktijk. Als insteek is gekozen de vrijheid van de rechter bij deze begroting. De vrijheid van de rechter is natuurlijk niet onbeperkt, en hoewel de grenzen niet exact kunnen worden aangegeven, zou een overschrijding van deze grenzen in een concreet geval aan het licht komen en gecorrigeerd kunnen worden. De vrijheid van de rechter als zodanig is dan ook niet als onwenselijk te kwalificeren. Het antwoord op de zojuist gestelde vraag 'waar het naar toe moet' leidt dan ook niet tot diskwalificatie van het huidige systeem, maar tot een suggestie ter vervolmaking van het huidige systeem. De weg van standaardisering voor letselschadegevallen spreekt mij in dit kader aan. Het getuigt van realiteitszin te onderkennen dat de begroting van smartengeld in die gevallen uiteindelijk neerkomt op de waardering van een verloren been of arm op geld, met slechts een geringe correctie wegens (objectiveerbare) omstandigheden die de benadeelde in concreto treffen. Een inzichtelijker waardering van de aard en de ernst van het letsel dan thans geniet mijns inziens de voorkeur. In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 4) worden ter verdere vorming van de gedachten omtrent standaardisering een aantal normeringsoplossingen nader bekeken.

