

Het smartengeld in historisch perspectief bezien:

Een onderzoek naar de ontwikkeling van (de vaststelling van de hoogte van) smartengeld binnen het Nederlandse (straf)recht.



Master scriptie Rechtsgeleerdheid 2020

Naam: Tamara Oosthout 2018212
Vakdocent: Prof. mr. E.J.M.F.C. Broers
Aantal woorden: 15.982 (excl. literatuurlijst)

Korte inhoudsopgave

Voorwoord

Afkortingenlijst

- 1 Inleiding
- 2 Het smartengeld in historisch perspectief bezien
- 3 De vaststelling van smartengeld in de hedendaagse praktijk
- 4 De vaststelling van smartengeld in de toekomst: een andere manier van begroten?
- 5 Conclusies

Bibliografie

Lijst van gebruikte jurisprudentie

Inhoudsopgave

Korte inhoudsopgave	2
Inhoudsopgave	3
Voorwoord	5
Afkortingenlijst	6
1 Inleiding.....	8
1.1 Onderwerp van het onderzoek.....	8
1.2 Probleemstelling.....	8
1.3 Methodologie	9
1.4 Plan van behandeling	9
2 Het smartengeld in historisch perspectief bezien.....	10
2.1 Inleiding	10
2.2 De rechtsgeschiedenis in vogelvlucht.....	10
2.3 Conclusie.....	15
3 De vaststelling van smartengeld in de hedendaagse praktijk	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Het begrip ‘schade’	19
3.2.1 Het begrip ‘schade’ in Europees verband	21
3.3 Hoe wordt de hoogte van smartengeld bepaald?	23
3.3.1 Gevalsvergelijking	23
3.3.2 Een korte blik over de grens	31
3.3.2 Het BOS schadesysteem	33
3.4 Conclusie.....	35
4 De vaststelling van smartengeld in de toekomst: een andere manier van begroten?.....	36
4.1 Inleiding	36
4.2 De formule Tjibout.....	36
4.3 De QALY-methode	37
4.4 De WMVS-methode.....	40
4.5 Conclusie.....	40
5 Conclusie; een voorstel om te komen tot normering.	42
Bibliografie	44

BOEKEN.....	44
ARTIKELEN	48
WETGEVING.....	50
BESLUITEN/RICHTLIJNEN	50
ADVIEZEN/RAPPORTEN	50
NASLAGWERKEN	50
KRANTENARTIKELEN.....	51
INTERNETBRONNEN	51
Lijst van gebruikte jurisprudentie.....	52

Voorwoord

‘Nederlandse vrijwilligers tijdens hun slaap aangevallen en beroofd in Oeganda’ kopte het Algemeen Dagblad op 26 september 2019.¹

‘Bij de overval raakten drie vrijwilligers gewond, waarvan één zwaargewond. De laatste moest worden overgebracht naar het ziekenhuis en verblijft daar nog steeds. Ze is volgens berichtgeving van De Telegraaf buiten levensgevaar’, vervolgde de krant.

Kort na dit krantenbericht bereikte mij via mijn dochter de mededeling dat het mijn nichtje was die bij deze roofoverval zwaar gewond was geraakt. Het noodlot kan derhalve eenieder treffen, maar kwam op deze manier wel heel dichtbij. Vanuit mijn werk als juriste in de letselschadepraktijk kom ik uiteraard vaak ernstig letsel tegen, maar dat van je nichtje is persoonlijker. Het feit dat het in Oeganda heeft plaatsgevonden geeft weinig hoop op een vergoeding.

Tijdens de bestudering van de rechtsgeschiedenis en de ontwikkeling daarvan viel mij op dat het slachtoffer in vroeger tijden veel meer centraal stond en dat vergoeding en vergelding een centrale rol speelde in de genoegdoening van het aangedane leed.

Het onderwerp van deze scriptie had altijd al mijn interesse, maar met de gebeurtenis in Oeganda werd dit versterkt. Ik spreek dan ook in mijn voorwoord de hoop uit dat het weer goed komt met mijn nichtje en dat het vergoeden en/of vaststellen van smartengeld, waar ook ter wereld, aan verbetering onderhevig blijft.

¹ Kerstens, *AD* 26 september 2019.

Afkortingenlijst

ADL:	Algemene Dagelijkse Levensverrichtingen
AMA:	American Medical Association
ASP:	Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BI:	Blijvende Invaliditeit
BOS:	Beslissing Ondersteunend Systeem
BW:	Burgerlijk Wetboek
Chr.:	Christus
EBI:	Extra Beveiligde Inrichting
ECLI:	European Case Law Identifier
EU:	Europese Unie
EVRM:	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
HIV:	Humaan Immunodeficiëntie Virus
HR:	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ:	Hof van Justitie
JA:	Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht
LAT:	Living Apart Together
MvA:	Memorie van Antwoord
MvT:	Memorie van Toelichting
NJ:	Nederlandse Jurisprudentie
QALY:	Quality Adjusted Life Years
RO:	Wet op de Rechterlijke Organisatie
r.o.:	Rechtsoverweging
RW:	Rechtskundig Weekblad
TPR:	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvP:	Tijdschrift voor vergoeding van Personenschade

VAV: Verkeer, Aansprakelijkheid, Verzekering
VR: Verkeersrecht
VV: Voorlopig Verslag
WMVS: Werkgroep Modernisering van Smartengeld

1 Inleiding

1.1 Onderwerp van het onderzoek

Menselijk leed als gevolg van letsel. De vergoeding daarvoor wordt in de volksmond 'smartengeld' genoemd, volgens de Dikke Van Dale 'een *'schadeloosstelling voor toegebracht letsel'* dan wel *'de vergoeding voor morele of ideële schade'*.² Smartengeld is overigens geen benaming voor de schade zelf, maar een benaming voor de vergoeding daarvan. De schade zelf wordt in het recht aangeduid met de term *'immateriële'* en/of *'ideële schade'*. Uit artikel 6:95 BW kan worden afgeleid dat smartengeld de vergoeding is voor *'ander nadeel'* dan vermogensschade, waarop een benadeelde recht heeft in de bij wet aangewezen gevallen.

Hoe dient de hoogte van dit smartengeld te worden bepaald?. 'Naar billijkheid' aldus de wetgever.³ In de praktijk hanteert de rechter daarbij het systeem van gevalsvergelijking. Aan de hand van een open systeem van factoren wordt de hoogte van het smartengeld naar billijkheid vastgesteld. Op dit systeem is de nodige kritiek geuit in de literatuur. In de jurisprudentie is die kritiek inmiddels (als terecht) erkend. Regie of aanwijzingen vanuit de wetgever zijn echter tot op heden uitgebleven, noch lijkt de rechtspraak de kwestie centraal te hebben opgepakt, waardoor de praktijk weerbarstig blijft en leidt tot een hoge mate van willekeur.

De vraag rijst derhalve of de vaststelling van de hoogte van smartengeld niet deterministischer kan worden vormgegeven, zodat de in de praktijk toegewezen (of buiten rechte overeengekomen) smartengeld bedragen minder willekeurig geïd kunnen worden. In dit kader richt het onderhavige onderzoek zich op de vraag hoe het smartengeld en meer in het bijzonder de vaststelling daarvan zich door de tijd heeft ontwikkeld en welke lessen daaruit kunnen worden getrokken teneinde te komen tot conclusies en aanbevelingen.

1.2 Probleemstelling

In deze afstudeerscriptie staat smartengeld en de vaststellingswijze daarvan centraal. Specifiek wordt ingezoomd op het begrip smartengeld als vergoeding voor aantasting in de persoon. En dat binnen het Nederlandse (straf)recht door de jaren heen. Een bespreking van vergoeding van andere immateriële schade, zoals bij inbreuken op IE-rechten, valt buiten het bestek van deze scriptie.

De probleemstelling van dit onderzoek is tweeledig. Ten eerste wordt de vraag beantwoord in welke mate er daadwerkelijk sprake is van willekeur bij de hedendaagse wijze van bepaling van de hoogte van smartengeld. Ten tweede wordt de vraag beantwoord op welke manieren die willekeur het beste kan worden beperkt, met het oog op de rechtshistorie en de (gewenste) toekomst.

Deze tweeledige hoofdvraagstelling wordt beantwoord aan de hand van de volgende vijftal deelvragen:

1. Wat wordt er door de jaren heen verstaan onder smartengeld?
2. Op welke manier wordt en werd in rechte de hoogte van het smartengeld bepaald?
3. Welke kritiek wordt er in de literatuur geuit ten aanzien van de manier waarop smartengeld wordt bepaald?
4. Welke manieren worden er in de literatuur en in rechte aangedragen als alternatieve vaststellingsmethoden?

² Dikke Van Dale 2005, p. 3236.

³ Artikel 6:106 lid 1 BW

5. Van welke alternatieve vaststellingsmethode strekt toepassing tot aanbeveling voor de toekomst, mede in rechtshistorisch perspectief bezien?

1.3 Methodologie

Voor de beantwoording van de eerste deelvraag, een deel van de tweede, en de vijfde, is een rechtshistorisch literatuuronderzoek verricht. De beschouwde rechtshistorie is niet expliciet ingedeeld in tijdvakken, omdat de rechtsgeschiedenis, en de relatieve importantie daarvan voor de te behandelen inhoud, daarvoor geen aanleiding gaf.

Het straf,- en schadevergoedingsrecht van nadien wordt behandeld bij de bespreking van het hedendaagse recht, en de overige deelvragen.

Om de overige deelvragen te beantwoorden is er literatuur en jurisprudentieonderzoek gedaan naar het begrip smartengeld, de juridische grondslag voor toekenning daarvan en de vaststelling van de hoogte. In dat kader is de kritiek op de huidige vaststellingsmethode belicht. Daarna zijn alternatieve vaststellingsmethoden besproken, mede in rechtshistorisch kader, en ten slotte geëvalueerd voor gebruik in de toekomst.

1.4 Plan van behandeling

Deze scriptie is ingedeeld als volgt. Hoofdstuk 2 bevat in vogelvlucht een rechtshistorische beschouwing van de vergoedingssystemen die op het hedendaagse Nederlandse grondgebied werden gehanteerd. Daarbij staat de vraag centraal of er al sprake was van smartengeld als zodanig.

In hoofdstuk 3 is het hedendaagse smartengeldsysteem geschetst aan de hand van een beschouwing van het juridische begrip 'schade' en van de huidige wijze van vaststelling van smartengeld. Ook wordt daarin de kritiek op het huidige smartengeldsysteem besproken en kort gekeken naar de vaststelling van smartengeld over de grens.

In hoofdstuk 4 worden alternatieve wijzen van vaststelling van smartengeld besproken. Tenslotte wordt de geschiktheid van de alternatieve wijzen beoordeeld, mede vanuit historisch perspectief, met het oog op de toekomst.

Hoofdstuk 5 geeft ter besluit een samenvatting van de conclusies van het onderzoek.

2 Het smartengeld in historisch perspectief bezien

2.1 Inleiding

‘Mensen hebben het verleden nodig om zich te oriënteren, om richting en zin te kunnen geven aan hun handelen en het effect daarvan te beoordelen’, aldus Van den Bergh in zijn boek ‘Geleerd recht’, waarbij in vogelvlucht een inkijk wordt gegeven in de geschiedenis van de Europese rechtswetenschap.⁴ Het is juist dat de mens behept is met het verleden en deze nodig heeft om binnen het heden te kunnen functioneren.

2.2 De rechtsgeschiedenis in vogelvlucht

Lange tijd is de afwikkeling van strafbare feiten voor een belangrijk deel een private aangelegenheid geweest. De feitelijke vergelding van het begane onrecht maakte daarbij geleidelijk plaats voor een financiële afkoop van het wraakrecht. Dit ziet men bijvoorbeeld bij de Romeinen, bij het delict ‘iniuria’: het ‘bewust krenken van iemands persoon’. Daaronder viel het opzettelijk verwonden van een vrij persoon of bepaalde andere vormen van beledigen en/of kwetsen.⁵

De iniuria was bij uitstek een delict waarbij sprake was van ideële schade, en dus zou men hierin een eerste aanzet kunnen zien tot het betalen van smartengeld, ook al noemden de Romeinen dat niet zo. De iniuria was bovendien vanuit maatschappelijk oogpunt een geschikte actie om dit soort vormen van kwetsen aan te pakken. Het voorkwam namelijk bloedvergieten.

Omstreeks 450 vóór Christus werd de iniuria-regeling gecodificeerd in de Wet der Twaalf Tafelen. Deze Wet werd door de Romeinen als een fundamentele wet beschouwd. In de vierde bepaling van Tafel 8 was voor de iniuria, geringe fysieke kwetsing van andermans persoon, een vast bedrag (25 as) opgenomen.⁶

Ingevolge deze wet strekte deze geldsom tot vergelding van het onrecht dat het slachtoffer was aangedaan.⁷ Het was dus niet bedoeld als vergoeding voor de geleden schade. Om een dergelijk bedrag geldend te maken moest het slachtoffer een ‘actio poenalis’ starten.

Voor een dergelijke actie was in sommige gevallen voorzien in de Wet der Twaalf Tafelen. In andere gevallen moest het slachtoffer de weg van het praetorische recht volgen, het recht dat vanaf de 3^{de} eeuw vóór Christus door een Romeinse ambtsdrager, genaamd: de Praetor, was vormgegeven.⁸ De Praetor werd ook wel de ‘levende stem van het recht’ (viva vox iuris civilis) genoemd, omdat hij door de uitvaardiging van ‘edicten’ zijn stem liet horen.⁹ Een verbaal correctierecht dat veel weg had van ons corrigerende rechtsfiguur van de ‘redelijkheid en billijkheid’ (‘aequitatis gratia’).¹⁰ De Wet der Twaalf Tafelen verdween op deze manier meer naar de achtergrond.

Aan het einde van de 3^{de} eeuw vóór Christus kwam men tot het inzicht dat de straftoemeting in geld flexibiliteit ontbeerde. Dat mede vanwege de inflatie van het geld. Rond 200 vóór Christus werd dan ook ter vernieuwing

⁴ Van den Bergh 2007, p. 1

⁵ Heirbaut 2013, p. 372

⁶ Broers 1996, p. 47

⁷ Broers 2012, p. 19

⁸ Van den Bergh 2007, p. 13, 14

⁹ Zwolve 2004, p. 32

¹⁰ Zwolve 2004, p. 37

van het oude recht een nieuwe actie in het leven geroepen: de *'actio iniuriarum aestimatoriae'*. Het slachtoffer van de iniuria diende nu in die procedure zijn leed op waarde te schatten, zodat de Praetor het bedrag vervolgens kon vaststellen met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Deze actie werd in de loop van de 2^{de} en 1^{ste} eeuw vóór Christus uitgebreid voor lichtere letsels en letsels van psychische aard.¹¹

Ook bij de latere Germanen worden gevallen van ideële krenking aangetroffen. De daaraan verbonden financiële vergoeding gaf aanleiding tot een stelsel van vaste geldboeten, ook wel 'zoengelden' genoemd. Deze 'verzoeningsgelden' hadden het karakter van een soort schikking¹² en konden mede worden gezien als een vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade. Zowel materieel als immaterieel.¹³ Een regeling waarbij zeker sprake was van het vergoeden van ideële schade was de 'Lex Salica' uit 510 in het hoofdstuk over scheldpartijen.¹⁴ Deze wet verschaft ook een overzicht van de te betalen bedragen tegenover het gepleegde misdrijf¹⁵. Een tweede voorbeeld is de 'Lex Frisionum' die een lange lijst liet zien van zoengelden, met een opvallend verhoogde boete bij het verwonden van de hand van een harpspeler, een goudsmid en weefster.¹⁶

Voorts zien we in de Middeleeuwse stadsrechten vaak bepalingen gewijd aan schadevergoeding. In dit verband kan bijvoorbeeld artikel 20 van het Haarlemse stadsrecht worden genoemd dat concreet uitsluitel gaf over de hanteren straf en de op te leggen geldboete:

'Als iemand met een scherp wapen een ander heeft verwond, en hij is daarvoor veroordeeld door twee of meer schepenen, dan zal hij aan de graaf 10 pond betalen en aan de gekwetste eveneens 10 pond, of men zal hem de hand afslaan'.¹⁷

Daarnaast herleefde in de Middeleeuwen het Romeinse recht. Vooralsnog vond deze opleving plaats aan de universiteiten, maar van daaruit beïnvloedde het geleidelijk de rechtspraktijk. De middeleeuwse juristen bewerkten de Romeinse poenale acties, waaronder de actie wegens iniuria. Deze actie was voorzien van zekere schadeformules waaronder het slachtoffer zijn leed moest schatten.

Bij de *lucrum*-formule bijvoorbeeld diende het slachtoffer onder ede aan te geven voor welke geldsom hij deze kwetsing c.q. krenking niet had willen ondergaan en bij de *damnum*-formule moest hij aangeven welk geldbedrag hij liever had willen verliezen dan op deze wijze gekrenkt of gekwetst te geraken.¹⁸ De rechter was evenwel niet aan deze schatting gebonden en diende bij zijn vaststelling van de boete rekening te houden met alle omstandigheden van het geval die hij relevant achtte, zoals de persoon van de laedens en van de gelaedeerde, de ernst van de belediging en de plaats en de tijd waarop zij was voorgevallen.¹⁹

In de 15^{de} en 16^{de} eeuw was er vervolgens sprake van een sterk gecentraliseerde macht en werd de berechting van strafbare feiten een exclusieve overheidstaak. Binnen het strafrecht was voor het slachtoffer weinig plaats. Hij kon als aangever dienen of een verklaring afleggen, maar hij kon ook een vordering tot 'civiele betering'

¹¹ Broers 2012, p. 22

¹² Diederiks en Roodenburg 1991, p. 18

¹³ Broers 2012, p. 53

¹⁴ Lesaffer 2004, p. 147 en 148

¹⁵ Broers 2012, p. 39

¹⁶ Diederiks en Roodenburg 1991, p. 19

¹⁷ Artikel 20 van het Haarlemse stadsrecht.

¹⁸ Broers 1996, p. 118-119; Broers 2012, p. 63-64

¹⁹ Broers 1996, p. 119

indienen.²⁰ Een dergelijke algemene vordering omvatte veelal een geldboete, maar kon ook een ideële prestatie inhouden, zoals het vragen om vergeving, het geven van een geldbedrag aan de armen of het laten maken van een voorwerp ten behoeve van de Kerk.

Specifiek in beledigingszaken lag meer de nadruk op de ideële prestatie. De beledigingszaak Stijntje en Catharina Janssen (1678) is daar een goed voorbeeld van. In die zaak werd door de familie Segers een proces gestart voor de schepenbank van Breda en geëist dat de visverkopers Stijntje en haar dochter Catharina Janssen hun beledigende uitlatingen in het vervolg zouden 'beteren'. Segers eiste dat de visverkoopsters hun uitlatingen zouden herroepen, omdat zij in strijd met de waarheid zouden hebben verklaard. Ook diende zij te verklaren dat hun collega een vrouw van eer en deugd was en moesten zij God, Justitie en de beledigde partij om vergiffenis smeken. Daarnaast diende zij te worden veroordeeld tot betaling van een geldboete van 600 guldens ten behoeve van de armenkas.²¹ De boete kwam derhalve niet toe aan het slachtoffer zelf.

Zoals uit de beledigingszaak van Stijntje en Catharina Janssen blijkt kon de civiele betering worden onderverdeeld in een 'eerlijke' en een 'profijtelijke' betering.²² De 'eerlijke' betering had met name betrekking op een ideële prestatie, zoals hierboven geschetst en de 'profijtelijke' betering was puur financieel van aard, waarbij de hoogte van het geldbedrag de ernst van de schending weergaf. Bij de bepaling van de hoogte werd gebruik gemaakt van standaard formules.

In de zeventiende eeuw werd het schadevergoedingsrecht verder vormgegeven door Hugo de Groot en daarbij onder meer aandacht besteed aan ideële schade. Nederlands bekendste balling, ook wel 'Grotius'²³ genoemd, had een bijzondere invloed op het schadevergoedingsrecht. In zijn bekendste werk getiteld: 'Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid'²⁴ gaf De Groot aan dat er twee reacties konden volgen op een delict: 'Uit een misdaad kan ontstaen tweederlei verbintnisse: de eene tot straf: de andere tot weder-gheving van de onevenheid'. De één tot vergelding van het begane onrecht (publiek), de ander ter vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade (privaat).²⁵

Volgens De Groot was de aard van het belang, zoals iemands lichaam of goede naam, daarbij doorslaggevend.²⁶ Een verplichting die volgens De Groot voortvloeide uit het natuurrecht. Bij 'misdaden tegen het lichaam' bestond er volgens hem recht op een vergoeding voor 'smert ende ontciering van 't lichaam'²⁷.

Ook in het geval van 'misdad tegen de vrijheid', ook wel 'hoon' genoemd, bestond er volgens de Groot recht op smartengeld. De schending van voornoemde vrijheid kon worden veroorzaakt door een minachtelijke gedraging. Deze minachtig werd dan gezien als een schending van de eer in ruime zin.²⁸

²⁰ Broers 2012, p. 79

²¹ Broers 2017, p. 125-128

²² Broers 2017, p. 128

²³ De 'Grotius' specialisatieopleiding Personenschade aan de KUN te Nijmegen is naar Hugo de Groot vernoemd.

²⁴ Dit werk was een samensmelting van eigen Hollands recht (wettenrecht en gewoonterecht), Romeins recht, kerkelijk recht, natuurrecht en recht van andere gewesten.

²⁵ Broers 2017, p. 130

²⁶ Broers 2012, p. 85

²⁷ *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, Boek III deel 34

²⁸ Broers 2012, p. 89

Ook bij verkrachting, de allerzwaarste vorm van 'hoon', had volgens De Groot de vrouw recht op smartengeld: 'Dan alzo hier uit oock smart kan volgen, als ookck schade, door dien een vrouw-mensch verkracht zijnde, te minder geschapen is tot haers gelijkcks huwelick te komen, zoo is de vrouwe-krachter oock zulcks gehouden te vergoeden'²⁹.

Een ander voorbeeld is het buiten het huwelijk verwekken van een kind ('vleselijke conversatie'), waarbij de vrouw voor haar ontmaagding ('defloratie') een schadevergoeding eiste. Zij kon namelijk haar maagdelijkheid niet meer inbrengen in het huwelijk, waardoor zij ideële schade leed.³⁰

Bijna 200 jaar later, aan het begin van de 19^{de} eeuw, werd er voor het eerst in de wet een verwijzing naar smartengeld opgenomen. Ingevolge artikel 1320 van het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland (1809) was namelijk aan het slachtoffer het recht gegeven 'om te vorderen vergoeding van het meesterloon en van de schade en winstderving daardoor aan hem toegebracht, de pijn en smart en ontsiering van het ligchaam daaronder gerekend, hetgeen door den reghter naar gelang van den persoon en de omstandigheden, begroot wordt'.³¹

Deze bepaling, gelijkend op die van Hugo de Groot, was echter van korte duur. Op 9 juli 1810 werd namelijk het Koninkrijk Holland door het Franse Keizerrijk ingelijfd en gold het recht van de Franse Code Civil. De materie van de onrechtmatige daad werd op dat moment beheerst door artikel 1382, waarin geen verwijzing naar immateriële schade meer was te vinden. De wetsontwerpen die daarop volgden gaven een wisselend beeld. Het ontwerp van 1816 bevatte eveneens geen verwijzing, maar het ontwerp uit 1820 weer wel.³²

Uiteindelijk is er bij de ontwerpen die hebben geleid tot de invoering van het wetboek van 1838 voor gekozen om in artikel 1407 BW (onrechtmatige daad) geen verwijzing naar smartengeld op te nemen. Evenwel bleek het niet opnemen van een verwijzing te leiden tot veel onduidelijkheid. Kort na de invoering waren rechters weliswaar nog vrij eensgezind over het feit dat de weglating geen recht op vergoeding gaf, maar later in tijd veranderde dat.³³

Ten tijde van de codificering van het civiele recht ter zake van schending van de eer en goede naam in het wetboek van 1838 werd de oude actie van '*profijtelijke betering*' omgezet in een eigentijdse schadevergoedingsactie. Het slachtoffer kon nu een financiële vergoeding voor zichzelf eisen in plaats van voor een goed doel. Het betrof hier een vergoeding voor materiele schade. De tweede component in artikel 1408 BW zou betrekking hebben gehad op de '*eerlijke betering*' in de vorm van het aanbieden van excuses.³⁴ Enige tijd na de invoering van voornoemd wetboek sprak de Hoge Raad³⁵ zich uit over de reikwijdte van artikel 1408 BW (schending eer en goede naam). Volgens de Hoge Raad diende de ideële schade bij het schenden van de eer en goede naam door de Nederlandse rechter in geld te worden gewaardeerd:

'dat bij het 2^{de} lid van artikel 1408 BW den rechter wordt opgedragen te letten op allerlei omstandigheden, welke woorden niet doen denken aan stoffelijke schade, die door gewone middelen te bewijzen zou zijn, maar

²⁹ *Inleidinghe tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, Boek III deel 35

³⁰ Broers 2017, p. 97-99

³¹ Greebe 1935, p. 14

³² Greebe 1935, p. 14

³³ Greebe 1935, p. 18 en 19

³⁴ Broers 2017, p. 139

³⁵ HR 13 mei 1881, W 4638

aan zedelijk nadeel, dat eigenlijk niet in geld waardeerbaar is, maar waarvoor door den rechter met het oog op die omstandigheden een zekere geldsom behoort te worden aangewezen’.

Meerdere colleges knoopte aan bij de rechtsgeschiedenis, met verwijzing naar artikel 1408 BW, om te komen tot een toewijzing van smartengeld. Een goed voorbeeld daarvan is de motivering van het Hof te Den Haag³⁶ uit 1931, waarin het hof aanhaalde dat ook in het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland uit 1809 ‘een vergoeding voor onstoffelijke schade’ voorkwam en dat het daarin vervatte artikel 1320 uitdrukkelijk het woord ‘smaert’ vermeldde.

Het hof vervolgde met de redenering dat bij de totstandkoming van artikel 1407 BW geen enkel woord aan de weglating van het woord ‘smaert’ was gewijd en dat het derhalve aannemelijk was dat ‘de wetgever de voormelde uitdrukking niet meer noodig heeft gevonden, omdat hij oordeelde, dat die vergoeding als van zelf in het begrip schadevergoeding lag opgesloten en de slotwoorden van art. 1407 BW den rechter toch eene groote vrijheid bij het bepalen van het bedrag der vergoeding laten’.

Volgens de rechtbank te Rotterdam³⁷ (1932) was het een vaststaand feit ‘dat uit het weglaten van die woorden zoowel vóór als tegen de toekenning van de hier bedoelde en gevorderde vergoeding een argument wordt en kan worden geput’.

Een korte analyse van de rechtspraak uit die tijd leert dat de vergoeding van onstoffelijke schade (lees: smartengeld) onduidelijk was geregeld³⁸. Het zou uiteindelijk nog tot 1943 duren voordat de Hoge Raad³⁹ het bestaan van een recht op smartengeld bij verwonding en misdrijven tegen de persoon zou erkennen in een zaak van een verkeersongeval tussen Van Kreuningen en Bessem. Het slachtoffer Van Kreuningen leed daarbij schade en vorderde onder andere een vergoeding voor geleden pijn en levensvreugde.

De Hoge Raad kende dat toe: ‘omdat art. 1407 het recht toekent om bij moedwillige of onvoorzichtige kwetsing of verminking een schadevergoeding van iedere daardoor veroorzaakte schade vorderen. Dus ook de schade die buiten het vermogen om gaat, zoals geleden smart en gederfde levensvreugd als gevolg van verminking of kwetsing’.

En verder: ‘dat in overeenstemming met hetgeen van oudsher in ons land gegolden had en met hetgeen volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt, het toekennen van vergoeding voor ideële schade, geleden tengevolge van voormelde daden, als redelijk en billijk valt te beschouwen; dat daarom bij twijfel, wat de wetgever van 1838 met het tweede lid van art. 1407 bedoeld heeft, de Hooge Raad er de voorkeur aan geeft dit aldus uit te leggen, dat bij de waardeering van de schade mede die van ideëlen aard in aanmerking komt; dat derhalve in het onderhavig geval aan den rechter vrij staat een vergoeding toe te kennen voor de smart en de gederfde levensvreugde, welke voor Van Kreuningen het gevolg waren van hetgeen hem onrechtmatig was aangedaan’.

Een codificatie van het begrip smartengeld bleef evenwel tot op de dag van vandaag uit.

³⁶ Hof Den Haag 15 juni 1931, NJ 1931, p. 974

³⁷ Rb. Rotterdam 25 april 1932, W. 12537

³⁸ Greebe 1935, p. 30

³⁹ HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem)

2.3 Conclusie

Beziet men de ontwikkeling van het recht dan valt op dat het Romeinse recht een allesbepalende plek inneemt in de ontwikkeling van de rechtsgeschiedenis. Niet in de laatste plaats omdat deze geschiedenis een periode beslaat van ruim 1000 jaar. De eerste vastlegging van het recht is terug te vinden in de Wet der Twaalf Tafelen.

Bij het Romeinse delict 'iniuria' was er meer specifiek sprake van ideële schade, en dus zou men hierin een eerste aanzet kunnen zien tot het betalen van smartengeld. De iniuria was bovendien vanuit maatschappelijk oogpunt een geschikte actie om dit soort vormen van kwetsen aan te pakken. Het voorkwam namelijk bloedvergieten.

Ook later tijdens de Middeleeuwen vond voornoemde afkoopontwikkeling plaats en gaf aanleiding tot het stelsel van vaste geldboetes⁴⁰. Deze 'verzoening' door middel van betaling van een geldbedrag werd later in tijd een verplichting. Deze 'zoengeldbedragen' kregen in de Middeleeuwen een wettelijke basis. In die tijd werd de geldboete mede gezien als een vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade. Zowel materieel als immaterieel (lees: smartengeld).

In de tijd daarna werd voor het eerst daadwerkelijk gesproken over 'smaert' en de vergoeding daarvan, maar in de negentiende eeuw kreeg het smartengeld pas echt vaste grond onder de voeten. De rechtspraak achtte een vorm van smartengeld ter compensatie van immateriële schade op zijn plaats, ondanks het feit dat er nog steeds een verwijzing naar immateriële schade in ons Burgerlijk Wetboek van 1838 ontbrak.

Beziet men de gehele ontwikkeling van het 'smartengeld' vanaf de Romeinse Tijd tot aan de negentiende eeuw dan valt op dat deze sterk beïnvloed werd door de maatschappelijke ontwikkelingen. De golfbeweging van privaat naar publiek recht maakte dat alleen binnen het leerstuk van de iniuria het smartengeld als zodanig vaste grond onder de voeten kreeg. De zwaardere misdrijven bleven overheidsgerelateerd en daarbinnen was er nauwelijks aandacht voor slachtoffers en hun ideële schade.

⁴⁰ Tellegen 2003, p. 21

3 De vaststelling van smartengeld in de hedendaagse praktijk

3.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de wijze van vaststelling van smartengeld dient eerst te worden uiteengezet onder welke voorwaarden er een recht op smartengeld bestaat. Immers, het adagium ‘Eenieder draagt zijn eigen schade’ zal eerst moeten worden doorbroken wil men aanspraak kunnen maken op smartengeld. Daartoe dient er een wettelijke verplichting te bestaan tot het vergoeden van deze vorm van schade.

Een dergelijke vergoeding kan voortvloeien uit art. 6:162 BW indien is voldaan aan een vijftal vereisten⁴¹, te weten:

- een onrechtmatige daad;
- toerekenbaarheid van de daad aan de dader;
- schade;
- causaal verband tussen daad en schade; en
- relativiteit tussen de geschonden norm en het geschonden belang.

Als aan alle eisen van artikel 6:162 BW is voldaan is de vestigingsfase voltooid en kan worden ingezoomd op het begrip schade in de omvangsfase. Vóór 1 januari 2019 kende het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW) een limitatieve regeling voor het vergoeden van schade (materieel en immaterieel) in het samenstel van de artikelen 6:107 (letsel) t/m 6:108 (overlijden). Die limitatieve werking van artikel 6:108 (overlijden) stond er in beginsel aan in de weg om langs een andere weg vergoeding te krijgen van andere dan in artikel 6:108 BW genoemde schadeposten.

Op dit systeem bestonden destijds drie uitzonderingen, namelijk in het geval waarin (1) de dader zijn daad heeft begaan met het uitdrukkelijke oogmerk daarmee immateriële schade aan de nabestaanden toe te brengen⁴² en (2) in het geval kort gezegd bij degene bij wie door het waarnemen van door een onrechtmatige daad veroorzaakte dood of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan een zodanige shock teweeg wordt gebracht, dat daaruit geestelijk letsel voortvloeit⁴³ en (3) de situatie waarin er sprake is van schending van fundamentele mensenrechten.

Met ingang van 1 januari 2019 is de Wet affectieschade⁴⁴ in werking getreden. De Wet wijzigt artikelen 6:107, eerste lid, onder b, en 6:108, derde lid BW zodanig dat een ruimere kring van gerechtigden voortaan zelfstandig aanspraak kan maken op smartengeld. In de volksmond genoemd: de Wet affectieschade.

Affectieschade is het leed en de pijn die een iemand ervaart wanneer een dierbare overlijdt of ernstig en blijvend letsel oploopt. De vergoeding voor deze emotionele schade beoogt nabestaanden en naasten erkenning van hun verdriet te geven. Affectieschade wordt overigens alleen vergoed bij gebeurtenissen die

⁴¹ Lindenbergh 2017, p. 3065-3093.

⁴² HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, NJ 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

⁴³ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken, VR 2002/91 (*Taxibus*).

⁴⁴ Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen, *Stb.* 2018, 132.

door een ander zijn veroorzaakt, zoals misdrijven en verkeersongevallen, en alleen bij gebeurtenissen vanaf 1 januari 2019. Er is geen overgangsrecht.

De kring van gerechtigden is beperkt tot de partner, ouders, kinderen, de verzorger van de gekwetste of degene die door de gekwetste werd verzorgd en diegenen die een 'zodanig nauwe persoonlijke relatie' hadden met het slachtoffer dat aanleiding bestaat om affectieschade te vergoeden. Het moet gaan om zeer ernstig en blijvend letsel.

Broers en zussen komen niet voor in de wettelijke opsomming van vorderingsgerechtigden. Dat is een bewuste keuze van de wetgever geweest. De enkele omstandigheid dat men broer of zus is, is dus onvoldoende. Zij vallen ook niet standaard onder de 'hardheidsclausule' (sub g), maar alleen onder bijzondere omstandigheden.

De feitelijke verhouding is beslissend voor het vaststellen van een zodanige nauwe persoonlijke relatie, waarbij de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Er dient in ieder geval een hechte affectieve relatie te worden aangetoond. Ook kan betekenis worden toegekend aan de te verwachten bestendigheid van de relatie in de toekomst en de invloed die de gebeurtenis daarop heeft. Een voorbeeld van een geval dat onder deze categorie kan vallen is de zogenaamde LAT ('*Living Apart Together*') relatie. Hoewel er geen sprake is van een gezamenlijke huishouding, noch van een gezinsverband, kan de relatie op basis van intensiteit, aard, duur en bestendigheid onder deze categorie vallen.

Gekozen is voor een stelsel van forfaitaire vergoedingen. Deze variëren tussen € 12.500 en € 20.000, waarbij met name een rol speelt of het gaat om letsel of overlijden, en om de vraag of er een misdrijf in het spel is of niet. In geval van overlijden door een misdrijf wordt het hoogste bedrag aan affectieschade toegekend. De forfaitaire vergoedingen zijn bij Besluit vastgesteld.⁴⁵

Bij de totstandkoming van de Wet affectieschade met aanhangend Besluit vergoeding affectieschade is overwogen een hardheidsclausule op te nemen ten aanzien van de hoogte van de gefixeerde bedragen. De minister heeft echter besloten daarvan af te zien omdat de bedragen zien op alle gevallen van ernstig en blijvend letsel en overlijden. Discussies over de vraag of het ene leed ernstiger is dan het andere leed dienen te worden voorkomen, aldus de minister. Het doel van de vergoeding van affectieschade – het verschaffen van erkenning en genoegdoening – kan hierdoor te zeer onder druk komen te staan.

Zoals hiervoor geschetst kon men vóór de inwerkingtreding van de Wet Affectieschade alleen onder zeer strenge voorwaarden aanspraak maken op smartengeld. Enkel en alleen als er sprake was van 'shockschade'. Dat is de schade die ontstaat wanneer een betrokkene:

1. rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder een ongeval heeft plaatsgevonden;
2. er sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt; *en*
3. deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft;
4. zodanig dat betrokkene geestelijk letsel heeft opgelopen en er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁴⁶

⁴⁵ Besluit vergoeding affectieschade 2018.

⁴⁶ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, r.o. 4.3 en 5.2, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken, VR 2002/91 (*Taxibus*).

De nieuwe wet laat de mogelijkheid van shockschade overigens onverlet. Shockschade omvat namelijk geen affectieschade. Shockschade en affectieschade kunnen dus naast elkaar bestaan en gevorderd worden.

De wettelijke basis voor het vergoeden van alleen immateriële schade was en is nog steeds naar Nederlands recht te vinden in artikel 6:95 BW en artikel 6:106 BW.⁴⁷ In de wet, noch in de parlementaire stukken is het begrip 'schade' echter gedefinieerd.

Artikel 6:95 BW heeft het weliswaar over 'de schade die bestaat in vermogensschade en ander nadeel', maar deze terminologie geeft slechts aan waarover het *niet* gaat. Het artikel brengt aldus een tweedeling aan: er is vermogensschade aan de ene kant en er is 'ander nadeel' aan de andere kant. Lindenbergh acht dit onderscheid theoretisch 'sluitend'.⁴⁸ Verburg noemt het onderscheid weinigzeggend.⁴⁹

De wetgever beoogde hiermee de codificering van het recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade in bepaalde gevallen 'waarin zij niet gemist kan worden'. Letselschade is in artikel 6:106 BW expliciet opgenomen als grondslag voor de vergoeding van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.

Vrij algemeen wordt bij letselschade aangenomen dat niet het letsel zelf de immateriële schade vormt, maar dat het bij immateriële schade in essentie gaat om de gevolgen van het letsel voor de gelaedeerde voor zover die gevolgen niet het vermogen raken. Ook de Hoge Raad drukt zich op dit terrein uit in bewoordingen die de gevolgen van het letsel aanduiden zoals 'de pijn, het verdriet, en de gederfde levensvreugde'.⁵⁰ Bij de begroting van immateriële schade gaat het dan ook om het vormen van een beeld van de ernst van die gevolgen.

Artikel 6:106 lid 1 sub b BW noemt vervolgens de belangrijkste gevallen waarin smartengeld kan worden toegekend, te weten:

1. lichamelijk letsel;
2. schending eer en goede naam;
3. aantasting in persoon (geestelijk letsel/schending persoonlijkheidsrechten).

Uit dit artikel volgt allereerst dat de toekenning van smartengeld kan bij lichamelijke letsel. Ook bestaat er volgens sub b recht op smartengeld bij een aantasting in de persoon 'op andere wijze'. Van aantasting in de persoon op andere wijze is – onder meer⁵¹ – sprake wanneer het slachtoffer een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, dat objectief kan worden vastgesteld, heeft opgelopen.⁵² Een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is niet vereist wanneer sprake is van een ernstige schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht.⁵³

⁴⁷ Ook is deze wettelijke basis te vinden in de artikelen 7:510 Burgerlijk Wetboek, 89 Wetboek van Strafvordering en 106 Vreemdelingenwet, maar die artikel zijn voor het onderwerp van deze scriptie minder van belang.

⁴⁸ Lindenbergh, *Schadevergoeding* 2008, nr. 40.

⁴⁹ Verburg 2009, p. 30

⁵⁰ HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992, 714 (AMC/O).

⁵¹ Waaronder het in de wettekst opgenomen voorbeeld van aantasting van de eer en goede naam.

⁵² HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, r.o. 5.2.3, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*).

⁵³ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, r.o. 3.11. en 3.13, NJ 2005/391, m.nt. Vranken (*Groningse Oudejaarsrellen*); HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.8 en 4.9, NJ 2006/606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*); en zie, recenter, in algemene zin: HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147, m.nt. Lindenbergh (*Blauw Oog*), r.o. 3.5: "De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat [eiser] onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast (...), faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de

In tegenstelling tot letsel komt bij overlijden ingevolge artikel 6:108 lid 2 juncto 6:95 juncto 6:162 BW enkel en alleen de daarin genoemde schade voor vergoeding in aanmerking. De schadecomponent ‘kosten van lijkbezorging’ komt slechts voor vergoeding in aanmerking indien deze in overeenstemming is met de omstandigheden waarin de overledene leefde.⁵⁴

3.2 *Het begrip ‘schade’*

Om de reikwijdte van de ruimte in de rechtspraak beter te kunnen waarderen dient het begrip ‘schade’ nader te worden uitgewerkt. In de wet, noch in de parlementaire stukken is het begrip ‘schade’ echter gedefinieerd.

Artikel 6:95 BW luidt als volgt: ‘De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.’

Alvorens in te gaan op de jurisprudentie ten aanzien van de begroting van de omvang van smartengeld ga ik eerst in op het schadebegrip ‘ander nadeel, dat niet in vermogensschade bestaat’.

Vrij algemeen wordt bij letselschade aangenomen dat niet het letsel zelf de immateriële schade vormt, maar dat het bij immateriële schade in essentie gaat om de gevolgen van het letsel voor de gelaedeerde voor zover die gevolgen niet het vermogen raken. Ook de Hoge Raad drukt zich op dit terrein uit in bewoordingen die de gevolgen van het letsel aanduiden zoals ‘de pijn, het verdriet, en de gederfde levensvreugde’. Bij de begroting van immateriële schade gaat het dan ook om het vormen van een beeld van de ernst van die gevolgen.

Immateriële schade komt naar Nederlands recht slechts voor vergoeding in aanmerking wanneer de wet dat bepaalt, zo volgt uit artikel 6:95 BW. Artikel 6:106 lid 1 BW noemt vervolgens de belangrijkste gevallen waarin smartengeld kan worden toegekend. Uit sub b van dit artikel volgt allereerst dat dit kan bij lichamelijke aantasting in de persoon. Ook bestaat er volgens sub b recht op smartengeld bij een aantasting in de persoon ‘op andere wijze’.

Van aantasting in de persoon op andere wijze is – onder meer⁵⁵ – sprake wanneer het slachtoffer een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, dat objectief kan worden vastgesteld, heeft opgelopen.⁵⁶ De lat ligt daarmee hoog. Indien het slachtoffer slechts ‘psychisch onbehagen’ ervaart, dan heeft hij in beginsel geen recht op immateriële schadevergoeding wegens aantasting in de persoon op andere wijze.⁵⁷

Op dit strenge vereiste van psychisch letsel heeft de Hoge Raad in 2012 (*Blauw-oog-arrest*) een uitzondering aanvaard.⁵⁸ In die casus had het slachtoffer als gevolg van een mishandeling een blauw oog opgelopen. Hij vorderde een bedrag aan smartengeld, zowel op grond van het feit dat hij door de mishandeling lichamenlijk

benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer...”

⁵⁴ Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981, p. 395 en 399 (VV II resp. MvA II).

⁵⁵ Waaronder het in de wettekst opgenomen voorbeeld van aantasting van de eer en goede naam.

⁵⁶ HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, r.o. 5.2.3, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*).

⁵⁷ HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, r.o. 5, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

⁵⁸ De jurisprudentie over deze uitzondering is zeer casuïstisch, maar in HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147, m.nt. Lindenberg (*Blauw Oog*), r.o. 3.5 overweegt de Hoge Raad in het algemeen dat een dergelijke uitzondering bestaat. Zie ook: Gijsselaar e.a., *AA* 2014, p. 812.

letsel had opgelopen (een blauw oog), maar ook op basis van een aantasting in de persoon (door het lijden van pijn en het ervaren van angstgevoelens). Een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is derhalve niet langer vereist wanneer sprake is van een ernstige schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht.⁵⁹

De Hoge Raad lijkt in het bijzonder met zijn *blauw-oog*-arrest⁶⁰ het spectrum van persoonsaantasting in de zin van 6:106 lid 1 sub b BW te willen verruimen, of in ieder geval daarvoor een breder fundament wilt bieden in navolging van zijn *Groningse oudejaarsrellen* -arrest⁶¹.⁶² Daaraan ten grondslag ligt mijns inziens de dichotomie die thans veroorzaakt wordt door de strenge vereisten van geestelijk letsel om te kunnen spreken van ‘schade’ in juridische zin welke voor vergoeding in aanmerking komt.

Inmiddels lijkt de weg naar smartengeld niet langer uitsluitend te verlopen via geestelijk letsel (als gevolg), maar kan ook rechtstreeks gefundeerd worden op basis van de enkele schending van het fundamentele recht als zodanig, los van de gevolgen.

In verschillende uitzonderingsgevallen van vóór die tijd waarin een gelaedeerde helemaal geen lichamelijk of geestelijk letsel had, maar desondanks stelde dat hij in zijn persoon was aangetast, is ook een smartengeldbedrag toegewezen. Dat gebeurde eveneens bij schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten (zelfbeschikking⁶³, veilig wonen⁶⁴, ongestoord woongenot⁶⁵, etc.), en in het licht van de ‘bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer’⁶⁶.

Voorvoemde ruimere lijn wordt weliswaar doorgezet in het EBI arrest⁶⁷, maar wel met de vingerwijzing dat de aantasting in de persoon met concrete gegevens moet worden onderbouwd. In de EBI zaak ging het om een veroordeelde die een klein jaar in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) had gezeten, zonder dat daartoe een titel bestond. De vraag was of de schending van een door het EVRM beschermd recht een recht op smartengeld geeft. De Hoge Raad wijst de vordering van de veroordeelde af, maar geeft wel een aantal algemene vingerwijzingen. Het komt volgens het arrest aan op de onderbouwing van de aantasting. Met behulp van de aard en de ernst van de normschending alsmede de nadelige gevolgen kan een dergelijke onderbouwing worden gegeven.

⁵⁹ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, r.o. 3.11. en 3.13, *NJ* 2005/391, m.nt. Vranken (*Groningse Oudejaarsrellen*); HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.8 en 4.9, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), en recenter in algemene zin HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147, m.nt. Lindenbergh (*Blauw Oog*), r.o. 3.5: “*De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat [eiser] onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast (...), faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer...*”

⁶⁰ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147, m.nt. Lindenbergh (*Blauw Oog*)

⁶¹ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 (*Groningse Oudejaarsrellen*).

⁶² Verheij, *NTBR* 2018/3.

⁶³ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

⁶⁴ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 (*Groningse Oudejaarsrellen*).

⁶⁵ Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 4.4.6.-4.4.9, *VR* 2017/78, *JA* 2017/88 m.nt. F.I. van Dorsser; Rb. Midden-Nederland 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5847, *JA* 2017/24 m.nt. V. Oskam.

⁶⁶ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147, m.nt. Lindenbergh (*Blauw Oog*).

⁶⁷ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, m.nt. T. Hartlief (*EBI*).

3.2.1 *Het begrip 'schade' in Europees verband*

Het nationale schadevergoedingsrecht staat niet op zichzelf, maar wordt geïnspireerd en beïnvloed door ontwikkelingen in ons omringende landen en door aanwijzingen vanuit 'Europa'. Het staat de rechter immers vrij om over de grenzen te kijken en daaraan inspiratie te ontlelen.

In Europees verband geldt enerzijds het Europese Unierecht, en anderzijds heeft Nederland zich gebonden aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Deze internationale rechtsbronnen werken direct door in de Nederlandse rechtsorde ingevolge artikel 93 Grondwet. Naar aanleiding van het streven van de Europese Unie om toe te treden tot het EVRM, vertoont het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie qua inhoud gelijkenissen met het EVRM. Onder meer worden in deze instrumenten dezelfde persoonlijkheidsrechten beschermd, waaronder de schending van het recht op lichamelijke integriteit/zelfbeschikking, de schending van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, en de schending van het recht op privacy.

Voor genoemde rechten zijn gecodificeerd onder artikel 8 EVRM en hebben directe werking in de Nederlandse rechtsorde ingevolge artikel 93 Grondwet. Nu deze rechten allen tot doel hebben om de meest essentiële elementen van een persoon te beschermen, zijn zij fundamentele rechten zoals bedoeld in het Baby Kelly-arrest.

Bij letselschade zijn de meest essentiële mensenrechten geschonden en kan horizontale rechtsbescherming ontleent worden onder meer aan artikel 8 EVRM. Dit nog daargelaten dat het recht op zelfbeschikking en daarmee het recht op lichamelijke integriteit ook voortvloeit uit onder meer artikel 11 van de Grondwet en artikel 3 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie.

Om echter te komen tot een mogelijke invulling van een 'Europees schadebegrip' is het volgens prof. T.F.E. Tjong Tjin Tai instructief om te abstraheren van de Europese Unie en een rechtsvergelijkende benadering te kiezen.⁶⁸ Deze benadering legt namelijk een '*common core*' bloot bij de verschillende jurisdicties in Europa.⁶⁹

Uit een rechtsvergelijkende schets van de wijze waarop 'schade' figureert in nationale rechtsordes blijkt dat, hoewel er kleine verschillen zijn, de basis overal hetzelfde is: in zoverre wordt gewerkt met eenzelfde begrip van schade. Ook worden dezelfde relevante criteria gebruikt, alleen verschilt de precieze formulering van deze criteria en de plaats waar grenzen worden getrokken. Dit wordt bevestigd in de twee verschillende uitwerkingen '*principles*', te weten de *Principles of European Tort Law*⁷⁰ en de *Draft Common Frame of Reference*⁷¹ die ingaan op schade⁷². Deze twee regelingen duiden drie hoofdbeginselen van schade aan: het geschade belang, het nadeel en de vergoeding. In beide gevallen geldt dat compensatie het uitgangspunt is voor de te betalen schadevergoeding. Afhankelijk van de specifieke regels in de toepasselijke jurisdicties, wisselt de precieze omvang van de compensatie. In zoverre is compensatie slechts een beginsel dat niet volledig de uitkomst bepaalt.

⁶⁸ Tjong Tjin Tai, *NTBR* 2018/5.

⁶⁹ Magnus 2001.

⁷⁰ Asser/Hartkamp 3-I 2015/305.

⁷¹ Asser/Hartkamp 3-I 2015/307-310.

⁷² Zie over de formulering van het schadebegrip: Von Bar e.a. 2009, p. 68.

Er kan dus worden gesproken over een gemeenschappelijk Europees schadebegrip. De Europese Unie heeft tot op heden geweigerd om het burgerlijk recht als geheel te harmoniseren. In plaats daarvan is gekozen voor sectorale regelgeving, die wel steeds grotere delen van het burgerlijk recht is gaan bestrijken en ook steeds dieper heeft ingegrepen in het systeem van het burgerlijk recht. Toch zijn er op Unierechtelijk niveau ontwikkelingen naar een autonoom begrip van schade in het recht van de EU. Tjong Tjin Tai betoogt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie hiertoe een relatief coherente visie op schade heeft ontwikkeld.

Een eerste lijn in deze ontwikkeling biedt de Uniezaak *Leitner/TUI* met betrekking tot de aanspraak op (immateriële) schadevergoeding bij een teleurstellende pakketreis.⁷³ In concreto werd hierin een vordering ingesteld voor gemiste vakantievreugde als gevolg van een voedselvergiftiging opgelopen in een vakantieclub. Het van toepassing zijnde Oostenrijkse recht voorzag echter niet in de vergoeding van immateriële schade van dien aard. Het Unierecht daarentegen wel.

Het Hof van Justitie overwoog namelijk dat Richtlijn 90/314/EEG⁷⁴ beoogde om consumenten te beschermen en dat het verlies van vakantievreugde voor de consument zeer belangrijk is⁷⁵, en concludeerde dan ook tot het bestaan van het recht op vergoeding voor (die) immateriële schade:

‘23. (...) Hoewel in artikel 5, lid 2, eerste alinea, slechts algemeen naar het begrip schade wordt verwezen, biedt artikel 5, lid 2, vierde alinea, de lidstaten de mogelijkheid toe te staan dat voor andere dan lichamelijke schade de schadeloosstelling uit hoofde van de overeenkomst wordt beperkt, op voorwaarde dat deze beperking niet onredelijk is. Daardoor erkent de richtlijn impliciet het bestaan van een recht op vergoeding van andere dan lichamelijke schade, waaronder immateriële schade.

24. Mitsdien moet (...) de richtlijn aldus (...) worden uitgelegd dat het in beginsel aan de consument een recht verleent op vergoeding van de immateriële schade die voortvloeit uit het niet of slecht uitvoeren van de dienstverrichtingen die samen een pakketreis vormen.’

Uit deze uitspraak blijkt dat het Hof van Justitie impliciet een autonoom, Unierechtelijk begrip van schade aanvaardt. Hoewel de Europese Unie het burgerlijk recht niet als zodanig harmoniseert op nationaal niveau, beïnvloedt zij aldus wel het schadebegrip van de nationale stelsels.

Een tweede lijn is zichtbaar ten aanzien van de te vergoeden nadelen. In *Manfredi* werd geoordeeld dat bij inbreuk op mededingingsrecht ‘personen die schade hebben geleden niet alleen aanspraak hebben op vergoeding van de reële schade, maar ook van gederfde winst alsmede van rente’.⁷⁶

Een derde lijn is te zien in diverse andere uitspraken, bijvoorbeeld in *Van Colson* betreffende de omvang van de schadevergoeding vanwege discriminatie op basis van geslacht van een vrouwelijke sollicitant⁷⁷, en in *Manfredi* waar het ging over de vraag welke vergoeding effectief zou zijn als reële schadevergoeding volgens de nationale regels beperkt is.⁷⁸

⁷³ HvJ EG 12 maart 2002, C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163, *Jur.* 2002, p. I-2631 (*Leitner/TUI*).

⁷⁴ Zie inmiddels art. 12 Richtlijn (EU) 2015/2302, die per 1 januari 2018 de oude Richtlijn 90/314/EEG vervangt.

⁷⁵ HvJ EG 12 maart 2002, C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163, *Jur.* 2002, p. I-2631 (*Leitner/TUI*), para. 22.

⁷⁶ HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*).

⁷⁷ HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Van Colson*).

⁷⁸ HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*).

Deze rechtspraak van het Hof van Justitie laat zien dat het EU-recht op alle drie hoofdaspecten van schade wijzigingen aanbrengt: de beschermde belangen, de te vergoeden nadelen en de omvang van de schadevergoeding. De invloed wijst steeds in dezelfde richting. Nationale beperkingen worden weggenomen, omdat deze in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Als Europese regels een individueel recht toekennen, dient dit effectieve bescherming te krijgen en dit vereist zo volledig mogelijke schadevergoeding. Daarmee gaat de EU mogelijk uit boven alle nationale beschermingsniveaus. In positieve zin kan men dit beschouwen als supranationaal breekijzer, waarmee achterhaalde beperkingen worden weggenomen.

Deze Europese benadering van schade is consistent, maar wijkt sterk af van de vele nuances en beperkingen die van oudsher in nationale stelsels zijn aanvaard. Hierin is men eraan gewend dat bij schending van een individueel recht geen daadwerkelijk volledige compensatie wordt toegekend.

3.3 Hoe wordt de hoogte van smartengeld bepaald?

Het recht op smartengeld bij lichamelijk letsel werd voor het eerst door de Hoge Raad⁷⁹ in 1943 erkend. Het duurde vervolgens nog 49 jaar voordat de Hoge Raad in de *AMC/O*-zaak⁸⁰ aandacht besteedde aan het vaststellingsfenomeen 'gevalsvergelijking'. In de *AMC/O*-zaak had een arts van het AMC per abuis een patiënt ingespoten met een naald die kort daarvoor bij een Aidspatiënt was gebruikt. De patiënt raakte daarbij besmet met HIV. In cassatie stond de wijze waarop het hof de vergoeding had begroot centraal. Volgens de Hoge Raad lag het in de rede om bij de begroting van het smartengeld aansluiting te zoeken bij bedragen die door Nederlandse rechters in soortgelijke gevallen waren toegekend. Er werd niet gecasseerd.

3.3.1 Gevalsvergelijking

Bij de vaststelling van de hoogte van smartengeld geniet de rechter een grote mate van vrijheid, nog meer dan bij de vaststelling van vermogensschade.⁸¹

Volgens de Hoge Raad⁸² moet bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. In een uitspraak van de Hoge Raad⁸³ op 27 april 2001 is het moeten verzacht tot mogen. De Hoge Raad zocht in deze uitspraak (schending van de eer en goede naam) kennelijk een rechtvaardiging voor het feit dat er in deze casus geen plaats was voor de toekenning van een vergoeding naar billijkheid.

In het arrest van de comateuze timmerman uit 2002 diende op een of andere manier te worden geabstraheerd van de concrete beleving van het derven van levensvreugde en moest in meer objectieve zin worden vastgesteld in welke mate van nadeel sprake was geweest.⁸⁴ Dat had te maken met het 'bewustzijnsvereiste'. De vraag die daarbij rees was in hoeverre het overgrote deel van het nadeel niet nog geleden moest worden.

⁷⁹ HR 21 mei 1943, ECLI:NL:HR:1943:21, *NJ* 1943, 455 (*Van Kreuningen/Bessem*).

⁸⁰ HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, *NJ* 1992, 714 (*AMC/O*).

⁸¹ Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981, p. 380 (*MvA II*).

⁸² HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, *NJ* 1992, 714 (*AMC/O*).

⁸³ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337, *NJ* 2002, 91, m.nt. C.J.H. Brunner.

⁸⁴ HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, *NJ* 2004, 112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma*).

Ook op dit punt heeft de Hoge Raad een instructie gegeven, namelijk er moest gedacht worden aan de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde.⁸⁵

Ook overige factoren zijn van belang bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld, te weten: de uitwerking van het letsel op het werk, de studie, de relaties en vrijetijdsbesteding, de leeftijd en het geslacht van het slachtoffer, de mate van bewustheid, de oorzaak en de aard van de aansprakelijkheid en de eventuele vertraging in de afwikkeling van de schade.⁸⁶

Lindenbergh schrijft daarover: 'Ook de wijze van ontstaan kan de ernst van het nadeel beïnvloeden. Zo wordt wel aangenomen dat bijzonder afschrikwekkende omstandigheden waaronder het letsel ontstaat een verhogende invloed dienen te hebben op het smartengeld'.⁸⁷

In het bijzonder gaat het bij het bepalen van de hoogte van het smartengeld om de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene. Daarbij moet gelet worden op de bedragen die door Nederlandse rechters in de loop der jaren zijn toegekend en mag worden gekeken naar buitenlandse ontwikkelingen, al kunnen die niet beslissend zijn, aldus de Hoge Raad.⁸⁸

De Hoge Raad heeft zich kennelijk terughoudend opgesteld als het aankomt op een vergelijking met het buitenland, hetgeen zou kunnen worden afgeleid uit de navolgende rechtsoverweging:

'Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen'.⁸⁹

Dit oordeel laat 'kijken' toe, maar 'kopen' niet althans niet als dat 'kopen' beslissend dan wel doorslaggevend is. De formulering 'ontwikkelingen met betrekking tot' laten evenwel ruimte om de als zodanig elders toegekende bedragen wel mee te nemen in het oordeel, omdat die waardering niet van invloed hoeft te zijn op de *ontwikkeling* in die waardering.⁹⁰ Een iets wat gekunstelde constructie om onder het juk van de Hoge Raad uit te komen, maar wellicht iets voor de feitenrechter om zijn kompas op te richten, teneinde een andersoortige (verhogende) koers te billijken.

Dat vergelijking met het buitenland plaatsvindt, maar toch niet leidt tot een verhoging blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 6 februari 2013.⁹¹ Bij gebrek aan vergelijkingsmateriaal met Nederlandse gevallen greep de rechtbank de kans aan om te kijken naar enkele Engelse en Duitse comagevallen. Ondanks het feit dat in beide landen de gemiddelde vergoeding uitkwam op € 250.000,-- kwam de rechtbank tot een substantieel lager bedrag, te weten: € 100,000,--. Waarom wordt helaas niet duidelijk.

⁸⁵ HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992, 714 (AMC/O).

⁸⁶ Lindenbergh, *Smartengeld* 1998, p. 248 t/m 252.

⁸⁷ Lindenbergh, *Smartengeld* 1998, p. 251.

⁸⁸ HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/B.C.E. Bouw*).

⁸⁹ R.o. 3.2 in HR 17 november 2000.

⁹⁰ Lindenbergh, *Tranen met duiten* 2009, p. 7

⁹¹ Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, r.o. 4.27 t/m 4.29

Hoe het ook zij: 'De keuze voor een bepaald smartengeld niveau is uiteindelijk in hoge mate willekeurig. Zij is niet het resultaat van een logische en rationele redenering, doch kan slechts worden bepaald *'using a broad axe with a blunt edge'*, aldus Lindenbergh'⁹²

Lindenbergh vervolgde: 'Daarbij laten zich slechts uiterst ruwe grenzen aangeven, enerzijds door de gedachte dat bedragen worden geacht een afspiegeling dienen te vormen van de ernst van het leed van de gelaedeerde, waardoor zij niet symbolisch laag behoren te zijn, anderzijds door de gedachte dat wat 'onbetaalbaar' is niettemin binnen de grenzen van het betaalbare moet blijven. Dat betekent dat de keuze dient te worden bepaald binnen het – ruime – spanningsveld tussen de mede door culturele en economische aspecten bepaalde maatschappelijke waardering van menselijk leed enerzijds en de – eveneens door culturele en economische aspecten bepaalde – grenzen aan verzekeraarbaarheid van maatschappelijke activiteiten zoals bijvoorbeeld het autoverkeer anderzijds.'⁹³

Bij die vaststelling op basis van de redelijkheid en billijkheid (artikel 3:12 BW) mag de rechter dus met alle omstandigheden rekening houden, doch dient hij in het bijzonder acht te slaan op algemene rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen, de maatschappelijke en persoonlijke belangen.

Bij de huidige wijze van vaststellen ligt in Nederland de nadruk op gevalsvergelijking. Een rol daarbij lijkt te spelen de jurisprudentie zoals opgenomen in de Smartengeldgids.⁹⁴ Daarop bestaat al langere tijd kritiek. Met name de aard en ernst van het letsel krijgt in de Smartengeldgids aandacht en de impact van het letsel op het individuele slachtoffer komt daarbij minder aan bod.

De Smartengeldgids werkt voorts met categorie indelingen. Letsel is, zeker bij ernstigere gevallen, veelal zodanig gecompliceerd dat onduidelijk is in welke categorie het letsel thuishoort. Onduidelijk is bovendien nog steeds hoe, bij een combinatie van letsels, het letsel met behulp van de Smartengeldgids moet worden gewaardeerd.

De in de Smartengeldgids opgenomen samenvattingen zijn bovendien summier en nooit exact vergelijkbaar met de zaak waarin het smartengeld moet worden vastgesteld.

Ook andere aspecten, zoals verzekeraarbaarheid, worden in de Smartengeldgids niet opgenomen, terwijl die volgens de rechtbank Rotterdam⁹⁵ wel mede bepalend kunnen zijn. Voorts is het zo dat de daarin vervatte overzichten slechts een (klein) deel bestrijken van de rechtspraak. De verzameling uitspraken is slechts het spreekwoordelijke 'topje van de ijsberg'. Het aantal smartengeldzaken dat door de rechter wordt afgedaan is namelijk verwaarloosbaar klein als men dat afzet tegen het aantal zaken dat minnelijk (buiten) rechte wordt geregeld.⁹⁶

In de buitengerechtelijke onderhandelingen worden doorgaans hogere smartengeldvergoedingen betaald dan in de Smartengeldgids staan genoteerd. Dat blijkt onder andere uit het bedrag van € 338.000,-- dat in 2015 aan

⁹² Lindenbergh, *Smartengeld* 1998, p. 265.

⁹³ Lindenbergh, *Smartengeld* 1998, p. 265.

⁹⁴ De advocaat Th.L. van der Veen publiceerde in 1959 in het juridisch maandblad betreffende het wegverkeer (kortweg: *Verkeersrecht*), zevende jaargang, in afl. 6 de eerste "smartengeldgids".

⁹⁵ Rb Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, r.o. 4.4.

⁹⁶ Langstraat, 2009, p. 20

smartengeld is uitgekeerd door het UMC te Utrecht, terwijl de Smartengeldgids tot dan toe uitging van een maximum bedrag van € 200.000,--.

In de UMC Utrecht-kwestie ging het om een medische fout van een gynaecoloog, die geen acht had geslagen op de uitslag van weefsel onderzoek dat duidde op een kwaadaardige vorm van baarmoederhalskanker. De vrouw in kwestie overleed drie jaar later aan de gevolgen daarvan. Een ernstige zaak maar niet veel ernstiger dan de casus van de rechtbank te Rotterdam uit 2017 waarin een vergoeding van € 200.000,-- billijk werd geacht. Ook in die situatie betrof het een gemiste (kanker)diagnose met fatale gevolgen.

Het lijkt er dus op dat de huidige wijze van vaststelling zich kenmerkt door een zekere mate van starheid en dat die starheid in de buitengerechtelijke fase niet of nauwelijks aan de orde is. Het lijkt evident dat het terugkijken naar uitspraken die eerder in tijd zijn geweest leidt tot een stagnering van de ontwikkeling, omdat geen of onvoldoende rekening wordt gehouden met de maatschappelijke ontwikkelingen van nadien in binnen- en buitenland. Ook leidt het er toe dat de rechter zich niet meer lijkt af te vragen of de allereerste waardebeoordeling (door een collega rechter) wel op een billijke wijze tot stand is gekomen. De vaststelling op basis van enigszins vergelijkbare gevallen uit het verleden, wordt daarom ook door andere rechtsgeleerden als willekeurig gekenschetst.

De Hoge Raad heeft zich evenwel niet ingelaten met het geven van specifieke maatstaven voor de waardering van smartengeld. Dat lijkt mede de oorzaak dat de rechtsontwikkeling op het gebied van smartengeld stagneert.

Zoals reeds aangegeven volstaat de Hoge Raad met het geven van instructies aan lagere rechters om te komen tot objectieve maatstaven waarlangs het nadeel (lees: smart) kan worden begroot. De daadwerkelijke waardering (in geld) blijft voorbehouden aan de discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter. En dat lijkt sterk ingegeven door de positie die de Hoge Raad binnen ons rechtsstelsel inneemt. Een positie waarin de Hoge Raad 'waakt' over het al dan niet verzuim van vormen en/of schending van het recht. En dat binnen de kaders van artikel 79 RO.

Op zichzelf laat deze waakhondfunctie ruimte om verzuim van vormen aan te nemen als de feitenrechter onvoldoende motiveert. Bijvoorbeeld omdat hij niet verwijst naar soortgelijke gevallen. Evenwel lijkt er geen ruimte voor cassatie als de feitenrechter weliswaar verwijst naar soortgelijke gevallen, maar daarbij niet aangeeft op welke manier hij acht heeft geslagen op een soortgelijk geval en hoe dat de vaststelling van het bedrag heeft bepaald. Dat element van de begrotingsexercitie is vermoedelijk teveel verweven met de feiten en/of het 'rechtsgevoel' van de feitenrechter.

In het kader van gevalsvergelijking dient derhalve zeer terughoudend en voorzichtig te worden omgegaan met het raadplegen van de Smartengeldgids. En voor zover dat gebeurt zouden rechters meer inzicht moeten geven in de begrotingsexercitie die dan op basis van gevalsvergelijking plaatsvindt.

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt ook dat de aard en de ernst van het onrechtmatig handelen in de overweging van de hoogte van de toe te kennen vergoeding meeweegt.⁹⁷ Ook de ernst van de normschending en de verzekeraarbaarheid blijken van belang bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld.⁹⁸

⁹⁷ Hof Arnhem 22 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47, r.o. 2.10.

⁹⁸ Rb Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139.

Daarnaast worden binnen de constitutie (dat wil zeggen gezondheid en persoon) van gelaedeerde gelegen factoren met meer bescheidenheid c.q. terughoudendheid ten nadele van gelaedeerde beoordeeld, dan externe (omgevings)factoren (zoals de arbeidsmarkt, economie, fiscaal regime).⁹⁹

Bij het vaststellen van de hoogte van de toe te kennen vergoeding dient ook de laikbaarheid van het handelen van de verdachte in overweging te worden genomen.¹⁰⁰ Wanneer de verdachte de gevolgen van zijn daden had kunnen voorzien, dient een hogere schadevergoeding te worden toegekend aan het slachtoffer.

Smartengeld is de vergoeding voor immateriële schade die primair wordt gestuurd door de gedachte van compensatie. Daarnaast speelt ook de genoegdoeningsfunctie van smartengeld een rol.

Dat betekent dat de vaststelling van de omvang van het smartengeld dient te worden benaderd als een vorm van schadebegroting. In die zin zijn als de omvangbepalende factoren aan te merken de factoren die een beeld geven van de omvang van het nadeel van gelaedeerde.

Met betrekking tot immateriële schade doet zich de moeilijkheid voor dat het nadeel – te omschrijven als ‘leed’ of ‘vermindering van welzijn’ – zich naar zijn aard niet voor een exacte begroting leent, aangezien het niet rechtstreeks aan geldbedragen is te relateren. De moeilijkheid is hier gelegen in de waardering.

Aangezien immateriële schade niet evident op een bepaald bedrag is te begroten zal de rechter noodgedwongen andere steunpunten moeten zoeken voor de begroting. Noodzakelijkerwijs abstraheert de rechter hier van het werkelijk geleden en te lijden leed, daar deze zich niet laat vatten in bedragen. Om toch tot een – algemeen – billijke vergoeding van smart te komen, destilleert de rechter aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval de aanwezigheid van bepaalde factoren die – in relatie met overige in andere gevallen door de rechter toegekende bedragen – een bepaald smartengeld indiceren.

Zowel uit artikel 6:106 als uit artikel 6:97 BW blijkt dat de rechter grote vrijheid geniet bij de begroting van het smartengeld.¹⁰¹ De rechter is daarbij niet gebonden aan de normale regels van stelplicht en bewijslast.¹⁰² Indien de feiten vaststaan waaruit het geleden zijn van schade kan worden afgeleid, dan staat het de rechter vrij om zonder bewijs aannemelijk te achten dat deze schade dan ook daadwerkelijk is geleden en om vervolgens de omvang ervan te schatten.¹⁰³

Zoals reeds aangegeven dienen bij de gebruikelijke wijze van begroting alle omstandigheden van het geval in acht genomen te worden. Naast de bedragen die in vergelijkbare gevallen al zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegerekende bedragen, een en ander met inachtneming van de sedert de betreffende uitspraak opgetreden geldontwaarding en de (gewijzigde) maatschappelijke opvattingen over de compensatie van leed. Naar ontwikkelingen in het buitenland mag de rechter ook kijken, al kunnen deze ontwikkelingen niet beslissend zijn.¹⁰⁴

Voor specifieke vormen van immateriële schade kunnen nadere begrotingsregels gelden. Zo geldt bijvoorbeeld wanneer iemand een daad heeft verricht met het oogmerk om immaterieel nadeel toe te brengen, dat dit

⁹⁹ Kolder, *TVP* 2015, p. 24-34.

¹⁰⁰ Nguyen, *NJB* 2009/1408.

¹⁰¹ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337, r.o. 3.6; HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, r.o. 6.4 (*Taxibus*).

¹⁰² HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, *NJ* 1992, 714 (*AMC/O*).

¹⁰³ HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0304, *NJ* 1991, 746.

¹⁰⁴ HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/B.C.E. Bouw*).

oogmerk een grond voor een vordering tot betaling van smartengeld biedt. Om een dergelijke vordering te doen slagen zal echter het oogmerk toereikend moeten worden aangetoond. Een recent voorbeeld waarin dit oogmerk werd aangenomen is het arrest van de strafkamer van het hof Den Haag van 8 maart 2018 (2018:532).¹⁰⁵ Ten aanzien van de begroting van het smartengeld verwoordde het hof dat als volgt:

‘Het hof acht het evident dat de benadeelde partij [...] nadeel heeft geleden in de vorm van gederfde levensvreugde en is van oordeel dat de omvang van de vordering [van € 250.000,--] slechts een fractie vertegenwoordigt van die gederfde levensvreugde.

Dat de vordering tot een bedrag van € 250.000,-- beperkt blijft, vindt zijn oorzaak in het voor toewijzing geldende criterium dat de vergoeding naar billijkheid moet worden vastgesteld.’

In casu ging het om een vordering van smartengeld op basis van artikel 6:106 lid 1 sub b BW met betrekking tot de aantasting in de persoon. De billijkheid mede op grond van 3:12 BW noopte het hof echter om slechts een fractie toe te wijzen aan smartengeld van wat zij een wezenlijk hogere immateriële schade achtten.

Lichamelijk letsel kan op zichzelf reeds grond geven voor vergoeding van immaterieel nadeel. Uit een arrest van de Hoge Raad van 28 mei 1999 kan worden afgeleid dat het door letsel veroorzaakte leed in het algemeen voor vergoeding in aanmerking komt, en dat dit niet met bewijsstukken nader behoeft te worden onderbouwd.¹⁰⁶ De aanname is kennelijk dat letsel en leed vrijwel steeds immateriële schade oplevert.

Voor zover er sprake is van een andere aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW – anders dan een lichamelijke aantasting, dan wel een aantasting van de eer en goede naam – en welke heeft geleid tot zodanige psychische schade, dat deze grond biedt voor smartengeld, kan hier een onderscheid worden aangebracht in twee categorieën: (1) de gevolgen zijn ernstig (geestelijk letsel), en (2) de gebeurtenis is ernstig (ernstige inbreuk).

In lagere rechtspraak worden als relevante factoren en omstandigheden onder meer beschouwd: de aard en de ernst van het letsel; de aard, omvang en duur van het leed; de medische, psychiatrische of psychologische behandeling; de mate van invaliditeit (medische invaliditeit/functionele invaliditeit); de aard van de aansprakelijkheid; de mate van bewustzijn; en predispositie.

De eisen van rechtszekerheid en billijkheid brengen mee dat in vergelijkbare gevallen vergelijkbare bedragen dienen te worden toegekend, hetgeen betekent dat de bepalende factoren zich in beginsel moeten lenen voor vergelijking.

In zijn proefschrift uit 1998 benoemt Lindenbergh een aantal selectiecriteria waaraan schadebepalende factoren voor gebruik in het rechtsverkeer dienen te voldoen. Voorop wordt gesteld dat objectieerbare factoren de voorkeur verdienen, waarnaast er ook rekening moet worden gehouden met persoonlijke omstandigheden van gelaedeerde. Daarnaast gaat er een voorkeur uit naar factoren die kwantificeerbaar zijn, opdat de omvang van het smartengeld daaraan kan worden gerelateerd.

Met betrekking tot de kwantificeerbaarheid van een factor merkt Lindenbergh voorts op dat het belang van die kwantificeerbaarheid niet moet worden overschat, omdat de kwantiteit waarin een bepaalde factor kan worden uitgedrukt niet steeds in nauw verband staat met de mate waarin die factor het welzijn van de

¹⁰⁵ Hof Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, JA 2018/80.

¹⁰⁶ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2919, NJ 1999/614.

gelaedeerde beïnvloed. Lindenbergh geeft ter voorbeeld hoe het aantal dagen ziekenhuisverblijf goed kwantificeerbaar is, en hoe dit echter niet alles zegt over de ernst en intensiteit van dat verblijf.

Lindenbergh concludeert in zijn proefschrift dat naar aanleiding van de jurisprudentie een keur van factoren aandient, maar dat de aard en ernst van het letsel centraal staan. De kernvraag in de praktijk is *hoe* deze factoren kunnen worden gewaardeerd.

Niettegenstaande de onvrede¹⁰⁷ in Nederland over de omvang van smartengeldbedragen die door rechters worden gegeven, geldt onverkort de hoofdregel van de Hoge Raad dat rechters bij de begroting van smartengeld rekening moeten houden met de hoogste uitgekeerde bedragen in vergelijkbare gevallen.

Het hof Arnhem-Leeuwarden gaf zich op 14 januari 2014 rekenschap van voornoemde onvrede en kwam tot een eenvoudige oplossing, te weten 10% verhoging: 'Omdat het hof ook rekening wil houden met de in de literatuur gevoerde discussie over de hoogte van het smartengeld, zal het hof het voornoemde bedrag [uit de Smartengeldgids] met 10% verhogen.'¹⁰⁸

Rechtbank Oost Brabant deed in dat licht op 14 juli 2014 hetzelfde: 'In dat kader merkt de rechtbank het volgende op. Doel van smartengeld is smart te compenseren. Zoals het in de Parlementaire Geschiedenis (Bk 6, p.385) wordt verwoord, is smartengeld de enige methode om het slachtoffer - aan wie men niet rechtstreeks vreugde kan verschaffen - in staat te stellen zelf vreugde te vinden voor wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.

Het dient ter vervanging van wat het slachtoffer heeft verloren, compensatie te bewerkstelligen voor het leed dat men (dagelijks) ondervindt. Wil smartengeld deze compenserende functie behouden, dan is naar het oordeel van de rechtbank nodig om bij de begroting daarvan - en dus bij de waardering van het door het slachtoffer ervaren verdriet, de pijn en derving van levensvreugde - tevens acht te slaan op de maatschappelijke constellatie waarin een en ander plaatsvindt.

De rechtbank wijst in dit verband op de discussie die al enige tijd gaande is in de juridische wetenschap en (letselschade-) praktijk (in het bijzonder op de bijdragen van prof. mr. C.C. van Dam, prof. mr. N. Frenk, prof. mr. G. de Groot, mr. Chr.H. van Dijk en prof. mr. S.D. Lindenbergh in het in 2013 uitgegeven themanummer van het tijdschrift *Verkeersrecht*).

In die literatuur wordt gewezen op maatschappelijke ontwikkelingen die een verhoging van de toe te kennen smartengeldbedragen rechtvaardigen. Er wordt onder meer gewezen op de groei van de economie, de veranderde subjectieve gevoelswaarde van geld, een toegenomen aandacht voor onrecht en het feit dat in de ons omringende landen significant hogere bedragen worden toegekend.¹⁰⁹

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zette op 5 augustus 2014 de deur zelfs wat wijder open door te voorspellen dat er in de toekomst hogere bedragen zullen worden toegekend:

¹⁰⁷ Zie ook: Lindenbergh 2006; De Bosch Kemper 2009; Kharag, *VR* 2012, p. 174-183; Hartlief 2012; Van Dam, *VR* 2013, p. 256-268; Frenk, *VR* 2013, p. 250-255.

¹⁰⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181, r.o. 3.28, *RAV* 2014/41, *NJF* 2014/115, *TVP* 2014, afl. 2, 62-67; en zie ook recenter: Rb. Noord-Nederland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:822, r.o. 5.7 en 5.10.

¹⁰⁹ Rb. Oost Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, r.o. 4.10, *RAV* 2014/94, *JA* 2014/115.

‘Het hof overweegt ten aanzien van de hoogte van het smartengeld in zijn algemeenheid nog het volgende. In de praktijk en in de literatuur bestaan, naar het hof bekend is, bedenkingen over de hoogte van het smartengeld. Die bedenkingen komen er, in het kort, op neer dat de in rechte toegekende smartengeldbedragen in Nederland aanmerkelijk lager zijn dan in de ons omringende landen, dat de toegekende smartengeldbedragen niet zijn meegestegen met de inflatie en geen recht doen aan de - onder meer door de invoering van de euro - veranderde gevoelswaarde van geld. Zo is €1.000,- - afgerond - fl. 2.200,- waard, maar lijkt fl. 2.200,- "meer geld" dan € 1.000,-, terwijl de smartengeldbedragen in guldens onverkort zijn doorgerekend naar euro's en zijn bijvoorbeeld de loterijprijzen (als uitdrukking van de waarde van geluk) fors gestegen, terwijl de smartengeldbedragen (als uitdrukking van de waarde van pech) gelijk zijn gebleven. Al met al is de kritiek breed gedragen dat de toegekende smartengeldbedragen geen recht meer doen aan de (gewijzigde) maatschappelijke opvattingen over de compensatie van leed. Het hof acht deze kritiek terecht en begrijpelijk. Het ligt dan ook in de rede dat in de toekomst veelal hogere smartengeldbedragen zullen worden vastgesteld dan in het verleden het geval was...'¹¹⁰

Pas sinds de breed gedragen discussie in de literatuur lijken rechters zich iets aan te trekken van de kritiek. Het smartengeld niveau in Nederland baart hen nu kennelijk ook zorgen. Langstraat noemt het een ‘verbijsterend’ laag niveau¹¹¹ en Spier stelde in dat verband dat in Nederland ‘Schraalhans keukenmeester’ is. Langstraat bestempelde Nederland vervolgens als land van dominees en kooplieden.

Een stagnerend niveau dat overigens door de rechter zelf is veroorzaakt. Door telkens met twee benen in het verleden te staan en te kijken naar hoe andere rechters het hebben gedaan vindt er geen verandering plaats. Er is eerder sprake van een feitelijke vorm van normering, die voor stagnering zorgt.¹¹² De vraag waarom een dergelijk systeem tot stagnering leidt is niet wetenschappelijk onderzocht, maar komt volgens Lindenbergh omdat de Nederlandse rechter zuinig en bovenal voorzichtig is met het toekennen van hoge bedragen.¹¹³ Hij leidt dat af uit het feit dat in Duitsland de smartengeldontwikkeling niet stagneert, terwijl men ook daar aan gevalsvergelijking doet.

Opmerkelijk in dat verband is dat de strafkamers al enige tijd het voortouw lijken te nemen ten aanzien van het toewijzen van hogere smartengeldvergoedingen.¹¹⁴ Zo wees de strafkamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 8 mei 2018 bedragen van € 225.000,-- en € 150.000,-- toe in de *Velpse brandbom*-zaak.¹¹⁵ In voorgaande instantie wees de strafkamer van de Rechtbank Gelderland op 11 november 2015 reeds bedragen toe van € 200.000,-- en € 150.000,--.¹¹⁶ Daarmee werd het ‘smartengeldplafond’ doorbroken.

¹¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, r.o. 2.18, RAV 2014/92, VR 2015/11, JA 2014/124.

¹¹¹ Langstraat 2009, p. 19

¹¹² Lindenbergh, *Tranen met duiten* 2009, p. 7

¹¹³ Lindenbergh, *Tranen met duiten* 2009, p. 8

¹¹⁴ Het betreft in dit soort zaken een beslissing omtrent een civiele vordering binnen een strafproces. Binnen dit proces is weinig ruimte voor een (bewijsrechtelijk) debat tussen partijen. Dat heeft te maken met de limitering ingevolge artikel 361 lid 3 van het Wetboek van Strafvordering, waarin is bepaald dat de vordering het strafgeding niet onevenredig mag belasten.

¹¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4192; ECLI:NL:GHARL:2018:4193; en ECLI:NL:GHARL:2018:4194 (*Velpse brandbom*).

¹¹⁶ Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4192; en ECLI:NL:RBGEL 2015:4193.

3.3.2 Een korte blik over de grens

Duitsland

In Duitsland vindt de vergoeding van niet vermogensschade (lees: smartengeld) voornamelijk plaats door betaling van compensatie in geld.¹¹⁷ Op grond van lid 2 van artikel 251 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) wordt de hoogte van het bedrag bepaald door de billijkheid. Ook daarbij worden alle gezichtspunten betrokken en komt de vaststelling naar 'freier Überzeugung'¹¹⁸ tot stand. Die vrije overtuiging wordt mede vorm gegeven door te kijken naar soortgelijke gevallen uit het verleden. Gevalsvergelijking dus.

Het Duitse systeem komt derhalve in verregaande mate overeen met het Nederlandse systeem. Is er dan ook in Duitsland sprake van een stagnering? Het antwoord daarop is: nee. Uit een verkennend onderzoek van Lindebergh blijkt dat de bedragen in Duitsland verregaand zijn gestegen¹¹⁹. Hoe dat precies komt is niet duidelijk.

Engeland

Voor de vaststelling van 'pain and suffering' (lees: smartengeld) maakte Engelse rechters lange tijd gebruik van een rechtsprakenoverzicht, vergelijkbaar met die van de Smartengeldgids.¹²⁰ In 1992 verscheen echter de eerste 'Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases'. Een rechtsprakenoverzicht op basis van precedentes verdeeld in letselcategorieën en bandbreedtes. En dat onder leiding van de Judicial Studies Board (JSB). De zogenaamde JSB-richtlijnen zijn ontwikkeld tegen de achtergrond van soortgelijke gevallen en geven voor een bepaald type letsel de bandbreedte waarbinnen het vast te stellen bedrag dient te vallen.¹²¹ Door de richtlijnen jaarlijks te laten evalueren kan rekening worden gehouden met de wijziging van maatschappelijk opvattingen ten aanzien van de waardering van bepaalde letsels en met de inflatie. Overigens blijft de Engelse rechter vrij in zijn oordeel om alsnog rekening te houden met alle omstandigheden van het geval en af te wijken van de JSB-richtlijn.

België

In België wordt veelal over 'morele schade' gesproken als het immateriële aspect van psychische schade. Onder deze definitie valt het begrip pijn, smart, vrees voor de toekomst, het verdriet om het verlies of lijden van een geliefd wezen.¹²² Het begrip 'genegenheidsschade' wordt vaak gebruikt als het gaat om ernstig letsel van een naaste waarmee men een genegenheidsband had.¹²³ De definitie van genegenheidsschade luidt: 'de gevoelsschade veroorzaakt door het zien van het lijden van een geliefd wezen'.¹²⁴ De vergoeding van dit soort schade zou slechts een vorm van troost zijn. Een compensatie voor de pijn, de smart en enig ander moreel leed ten behoeve van een naaste.¹²⁵

¹¹⁷ Verburg 2009, p. 212

¹¹⁸ Verburg 2009, p. 213

¹¹⁹ Lindenbergh, *Smartengeld, Tien jaar later*, 2008, p. 76

¹²⁰ Verburg 2009, p. 199

¹²¹ Verburg 2009, p. 200

¹²² De Winter & Schryvers 1999, p. 14.

¹²³ Van Oevelen e.a., *TPR* 2007, p. 1279.

¹²⁴ De Winter & Schryvers 1999, p. 28.

¹²⁵ De Winter & Schryvers 1999, p. 14.

In België wordt, net zoals in Nederland, de grondslag voor het vergoeden van morele schade gelegd in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De artikelen 1382 tot en met 1386bis van het Burgerlijk Wetboek. Deze artikelen zijn ongewijzigd sinds de Code Napoleon van 21 maart 1804.

Artikel 1382 BW luidt als volgt: 'Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden'.

En artikel 1383 BW bepaalt vervolgens: 'Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt'.

Opvallend aan dit stelsel is dat de wet geen definitie geeft van het begrip schade, er geen opsomming van gerechtigden is en er geen limitering of normering van bedragen wordt gehanteerd. Het komt daaromtrent dus uiteindelijk aan op de interpretatie van de rechter. Dat is overigens ook in Nederland grotendeels het geval. Belangrijk verschil is echter dat België een open stelsel van vergoedingen voor derden kent en Nederland niet.¹²⁶

In het geval van overlijden of ernstige verwonding van een naaste kunnen personen die een hechte genegenheidsband hadden met het slachtoffer aanspraak maken op een vergoeding. Naast echtgenoten, ouders, minderjarige en meerjarige kinderen, broers en zussen, grootouders, kleinkinderen hebben ook een verloofde, adoptief zus, een schoonbroer of zus, schoonouders en schoonkinderen aanspraak op een vergoeding van hun 'affectieschade'.¹²⁷

Deze wetgeving maakt het mogelijk om ook vergoedingen voor de minderjarige kinderen, de ouders, de zus en de schoonbroer te vorderen. Iets dat in Nederland juridisch voor 2019 niet haalbaar zou zijn geweest. In Nederland is pas sinds 1 januari 2019 een vergoeding van affectieschade mogelijk, maar dan voor een zeer beperkte kring van gerechtigden.¹²⁸

De vaststelling van 'morele schade' naar Belgische recht geschiedt sinds 1995 (mede) op basis van het gebruik van de Indicatieve tabel. De inhoud is gebaseerd op analyses van vergoedingsnormen en toegekende bedragen door rechterlijke instanties. De voorloper van de Indicatieve tabel was een niet-officiële tabel die door het Koninkrijk Verbond van Vrede- en Politierechters werd gebruikt bij het bepalen van gebruiksderiving van voertuigen. Zaakschade dus.

De centrale doelstelling van de Indicatieve tabel was het creëren van rechtseenheid in het toekennen van bedragen ter compensatie van schadederving.¹²⁹ Evenwel diende de indicatieve tabel enkel en alleen op 'aanvullende wijze' te worden gebruikt, aldus het Hof van Cassatie op 11 september 2009.¹³⁰

¹²⁶ Van Schoubroeck, *VR* 2004/4, p. 102.

¹²⁷ Van Schoubroeck. *VR* 2004/4, p. 103.

¹²⁸ Het Besluit vergoeding affectieschade 2018 trad op 1 januari 2019 in werking en gold voor delicten van na die datum.

¹²⁹ De Temmerman & De Kessel, *TVP* 2002, p. 104.

¹³⁰ Cass. 11 september 2009, *RW* 2011-12, 1658-1659, *VAV* 2008, afl. 3, 235, noot T. Papart.

De meest recente herbewerkte versie van de Indicatieve tabel¹³¹ moet niet worden gezien als een dwingende regel om de menselijk schade te berekenen, maar slechts als een richtlijn¹³² waarlangs schade mogelijk begroot kan worden.

De Tabel 2016 is onderverdeeld in een drietal categorieën, te weten: schade aan personen (1), schade aan voorwerpen en kosten (2) en interest en provisie (3). De categorie 'schade aan personen' is voor het onderwerp van deze scriptie van belang.

Het onderdeel schade aan personen wordt naast een algemeen onderdeel 'principes' onderverdeeld in 'tijdelijke schade', 'blijvende schade' en 'overlijden'. Zoals uiteengezet onder het kopje principes worden er ten aanzien van schade drie 'levenssferen' onderscheiden, te weten: persoonlijk (1), huishoudelijk (2) en professioneel (3). De aantasting van deze levenssferen wordt vertaald in een persoonlijke, huishoudelijke en/of economische ongeschiktheid.¹³³

De grondslag voor de verdere bepaling van de hoogte van de schade is het door een deskundige vastgestelde ongeschiktheidspercentage. Dat percentage wordt veelal bepaald door een 'wetsdocter'. Het bedrag aan schade wordt vervolgens vermenigvuldigd met een forfaitaire vergoeding weergegeven in een tabel.

3.3.2 *Het BOS schadesysteem*

Het Openbaar Ministerie heeft in het verleden een normenstelsel ontwikkeld voor het vaststellen van schadevorderingen in het strafproces. Dit normenstelsel was vormgegeven in een computerprogramma, het per 1 januari 2011 ingevoerde 'Beslissing Ondersteunend Systeem Polaris'.

BOS/Polaris bepaalde op basis van een aantal in te voeren variabelen voor welk bedrag het Openbaar Ministerie een vordering benadeelde partij – 'BOS-schade' - ondersteunde. Dit systeem was bedoeld om de voorspelbaarheid en de betrouwbaarheid van het beoordelingsproces van het OM meer te borgen.

Het systeem was met name bedoeld voor de vaststelling van schadebedragen bij veel voorkomende strafbare feiten. De uitkomst van de berekening was overigens niet leidend voor de begroting van de schade door de rechter. Voor zover mij bekend wordt er tot op de dag vandaag door geen enkele strafkamer verwezen naar het BOS systeem als uitgangspunt voor de bepaling van de hoogte van de (immateriële) schade.

Voor tien specifieke delicten was het BOS-normenstelsel ontwikkeld. De navolgende factoren waren bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld van belang:

- ernst van het feit (licht, midden, zwaar, zeer zwaar);
- ernst van het gevolg (ook vier categorieën);
- persoonskenmerken van het slachtoffer (waaronder: afhankelijkheidsrelatie t.o.v. verdachte: kind, verstandelijk beperkt, werknemer, etc.);
- omstandigheden waaronder het feit is begaan;
- medeschuld slachtoffer;
- één of meer daders; en

¹³¹ Indicatieve Tabel 2016.

¹³² Tasset e.a. 2017, p. 31.

¹³³ Indicatieve Tabel 2016, p. 4.

- bijzondere omstandigheden (niet opgenomen in normenstelsel maar dienen wel te worden meegewogen).

Voor elke factor gold een aantal punten. Elk punt vertegenwoordigde € 50,--. De delicten waarvoor een uitwerking van de immateriële schade was gegeven betroffen:

- artikel 266 en 267 Sr, belediging: bandbreedte € 50 - € 450;
- artikel 285 Sr, bedreiging: bandbreedte € 100 - € 900;
- artikel 300 Sr, mishandeling: bandbreedte € 50 - € 950;
- artikel 302 Sr, (poging) zware mishandeling: bandbreedte € 300 - € 1.250;
- artikel 285b Sr, stalking: bandbreedte € 150 - € 1.100.
- artikel 141 Sr, openlijk geweld: bandbreedte € 150 - € 1.250;
- artikel 312 / 317 Sr, diefstal met geweld / afpersing: bandbreedte € 200 - € 1.400;
- artikel 138 / 311 Sr, huisvredebreuk / inbraak¹⁹⁶: bandbreedte € 50 – 500;
- artikel 246 Sr, aanranding¹⁹⁷: bandbreedte € 150 - € 850; en
- artikel 239 Sr, schennis van de eerbaarheid: bandbreedte € 100 - € 300.

Op 1 maart 2015 is het BOS-schadesysteem opgevolgd door 51 nieuwe ‘richtlijnen voor strafvordering’. Deze richtlijnen zouden korter en praktischer zijn en bovendien beter aansluiten bij de nieuwe ‘ZSM’-werkwijze. ZSM staat voor Zorgvuldig, Snel en op Maat. In het nieuwe systeem is niet langer sprake van het optellen en aftrekken van strafpunten.

Het nieuwe systeem gaat uit van het idee dat een modern strafvorderingsbeleid bestaat uit heldere en herkenbare uitgangspunten per strafbaar feit (kader), maar nadrukkelijk ook (professionele) ruimte voor de officier van justitie biedt om maatwerk te leveren. Daartoe moeten twee stappen worden gezet, die enerzijds normerend zijn en anderzijds de professional de benodigde ruimte geeft om te komen tot een op maat gemaakte afdoening, waarbij rekening wordt gehouden met alle bijzondere omstandigheden van de zaak.

Bij de eerste stap wordt aan de hand van een delictspecifieke richtlijn bepaald welke sanctie als landelijk uitgangspunt geldt. Bij de tweede stap wordt het zogenaamde maatwerk geleverd, door te bepalen of het gevonden uitgangspunt passend is in de concrete strafzaak. Hiermee wordt voldaan aan de eis dat de straf(eis) proportioneel moet zijn. Per richtlijn wordt vervolgens een aantal veelvoorkomende strafverzwarende en/of strafverlichtende factoren genoemd, waarmee rekening gehouden kan worden.

In de bijbehorende ‘Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen’¹³⁴ staan enkele algemene uitgangspunten benoemd, enkele specifieke strafverzwarende factoren (voetbalrellen, discriminatie e.d.) beschreven en staat uitgelegd hoe de richtlijnen door het OM worden toegepast. Volgens de Aanwijzing is slachtofferzorg een essentieel onderdeel van de afdoening geworden, zodat als uitgangspunt moet worden genomen dat:

‘In alle strafzaken met slachtoffers/schade de (totale) schade door de dader(s) dient te worden vergoed. Bij de beslissing over de wijze van afdoen van de strafzaak wordt daarom schadevergoeding aan het/de slachtoffer(s) als verplicht element meegenomen en conservator beslag ten behoeve van schadevergoeding aan het slachtoffer nadrukkelijk overwogen.’

¹³⁴ Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen van 25 februari 2015 (*Stcrt.* 2015, 4952).

Voorvoemde aanwijzing is inmiddels vervangen door een geactualiseerde, iets uitgebreidere ‘Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen’.¹³⁵

3.4 Conclusie

Als uitgangspunt heeft te gelden dat eenieder zijn eigen schade draagt, tenzij de veroorzaker van die schade daarvoor aansprakelijk is. De vestiging van die aansprakelijkheid verloop volgens een vast stappenplan, waarna de omvang van de schade kan worden begroot.

Het is duidelijk dat het begrip ‘schade’ niet door de Nederlandse wetgever is uitgewerkt en dat ook het Europees begrip ‘schade’ aan kleine veranderingen onderhevig is, maar evenwel een meer consistent karakter heeft.

Bij de vaststelling van immateriële schade naar billijkheid mag de rechter met alle omstandigheden rekening houden, doch dient hij in het bijzonder acht te slaan op algemene rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen, de maatschappelijke en persoonlijke belangen.

Naar ‘billijkheid’ en ‘alle omstandigheden van het geval’ zijn de twee ingrediënten waarmee de hoogte van het smartengeld door de rechter wordt bepaald. In de praktijk komt dat neer op een feitenrechter die voornamelijk op eigen kompas vaart. Daarbij lijkt de feitenrechter weliswaar zijn legitimatie te zoeken in de jurisprudentie zoals opgenomen in de Smartengeldgids, maar blijft de kritiek daarop aanhouden. Met name behelst de kritiek dat de ontwikkeling stagneert omdat in het systeem van gevalsvergelijking weinig tot geen aandacht is voor de maatschappelijke ontwikkelingen. De vaststelling op basis van enigszins vergelijkbare gevallen uit het verleden, wordt daarom door vele rechtsgeleerden als willekeurig gezien. Mijns inziens terecht.

Van de Hoge Raad hoeft overigens weinig inmenging te worden verwacht gezien de positie die de Hoge Raad in ons stelsel inneemt. De bepaling van de hoogte laat de Hoge Raad over aan de feitenrechter. Die heeft een discretionaire bevoegdheid.

Een kijkje over de grens levert het beeld op dat ook in Engeland en Duitsland aan gevalsvergelijking wordt gedaan, maar dat dat in Engeland sterker wordt omlijnd door een richtlijn. Ook in België wordt gewerkt met een richtlijn.

Van het BOS schadesysteem binnen het strafrecht hoeft weinig oplossend vermogen te worden verwacht. Het systeem is ontwikkeld door het OM maar wordt in de praktijk nauwelijks gebruikt.

¹³⁵

Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen van 29 maart 2019 (*Stcrt.* 2019, 14890).

4 De vaststelling van smartengeld in de toekomst: een andere manier van begroten?

4.1 Inleiding

Door de jaren heen zijn er diverse initiatieven geweest om te komen tot een betere wijze van de begroting van smartengeld. Zo stelde Verburg in 2009 voor om een ‘smartengeldrechttersregeling’ te introduceren, waarbij de bandbreedte van bedragen, geënt op het Engelse vergoedingensysteem, als uitgangspunt zouden moeten worden genomen. En die bandbreedte zou dan op haar beurt gekoppeld moeten zijn aan de aard en de ernst van het letsel¹³⁶. Een soortgelijke bandbreedte komen we tegen bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven dat werkt met een letsellijst en de indeling in zes letselcategorieën.¹³⁷ In dit hoofdstuk worden enkele initiatieven tot normering nader toegelicht.

4.2 De formule Tjibout

‘Smartengeld; een bespiegeling en een hernieuwde poging tot normering’ kopte het artikel van Coen Tjibout op 6 september 2012. In het kader van een poging tot normering stelde Tjibout een (eenvoudige) formule voor om smartengeld vast te stellen op basis van vijf factoren:¹³⁸

1. opname in het ziekenhuis, revalidatiecentrum of verpleeghuis ad € 100,-- per dag;
2. arbeidsongeschiktheid, dan wel beperkt in ADL bij niet werken ad € 15,-- per dag;
3. blijvende invaliditeit ad € 1.250,-- per procent; geen blijvende invaliditeit met blijvende klachten ad € 2.500,--; of geen blijvende invaliditeit met tijdelijke klachten ad € 250,--;
4. geen blijvende invaliditeit, wel zware ontsiering ad € 5.000,--; matige ontsiering ad € 2.500,--; of lichte ontsiering ad € 1.250,--; en
5. looptijd schadeprocedure ad € 3,50 per dag.

Opmerkelijk was het expliciet meewegen van de looptijd van de schadeprocedure als factor. Verder riep Tjibout op om oog te hebben voor de opgetreden inflatie en de veranderende kijk op het afwikkelen van letselschadezaken.

In reactie op de formule van Tjibout, stelde de heer P.C.J.A. Janssen een verder vereenvoudigde formule voor die primair beoogde de berekening van het smartengeld voor slachtoffers begrijpelijker te maken, en daarmee de acceptatiegraad van smartengeldbedragen te verhogen – waarbij hij geen mening uitsprak over de hoogte van bedragen.¹³⁹ Jansen benoemde factoren die in de praktijk de doorslag zouden moeten geven: de aard van het letsel, de mate van blijvende invaliditeit, leeftijd en het gegeven of er sprake is van baanverlies of opname in een verpleeghuis.

Het gerechtshof te 's Hertogenbosch achtte op 3 september 2013¹⁴⁰ beide smartengeldformules echter onvoldoende uitgekristalliseerd om te gebruiken:

¹³⁶ Verburg 2009, p. 275.

¹³⁷ www.schadefonds.nl

¹³⁸ Tjibout, VR 2012, p. 95.

¹³⁹ Janssen, VR 2012, p. 96-97.

¹⁴⁰ Hof Den Bosch 3 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4012, VR 2013/149, JA 2013/166 m.nt. L.T. Visscher.

'[Appellante] heeft verwezen naar artikelen in Verkeersrecht 2012-3, waarin formules zijn geopperd op basis waarvan een smartengeld zou kunnen worden vastgesteld. Het hof acht die methode nog onvoldoende uitgekristalliseerd, de beide methoden waarnaar [appellante] verwijst leiden tot grote verschillen in uitkomst.' (r.o. 4.6.6)

Hoewel beide formules wèl ontwikkeld waren voor en afgestemd op de begroting van smartengeld, vond het gerechtshof deze formules kennelijk nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Het hof gaf echter wel blijk van haar poging tot toepassing van de formules, maar deze poging leverde kennelijk sterk uiteenlopende bedragen op, hetgeen het hof tot het oordeel bracht om deze formules niet toe te passen bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld.

Visscher leidt uit voornoemd arrest wel af dat het hof in beginsel ruimte laat voor andere vaststellingsmethodes dan de huidige methode van gevalsvergelijking. Voor de aanvaarding van een alternatieve methode van berekening ziet Visscher als voorwaarden een zekere mate van acceptatiegraad binnen de letselschadebranche en een dominante rol van de factoren, zoals: de aard, de ernst en de duur van het letsel.¹⁴¹ Visscher meent dan de door hem ontwikkelde QALY-methode aan die voorwaarden voldoet.

4.3 De QALY-methode

Zoals reeds uiteengezet zijn voor de vaststelling van smartengeld de aard, ernst en duur van het letsel van doorslaggevend belang. Andere factoren, zoals de verwijtbaarheid van de dader lijken van ondergeschikt belang.¹⁴² In de literatuur wordt wel bepleit dat inzichten uit de gezondheidseconomie kunnen helpen bij het beter vaststellen van smartengeld bij letselschade.¹⁴³

QALYs – *Quality-adjusted Life Years* – kunnen een goede basis bieden voor een betere begroting van het smartengeld. QALY's drukken de invloed uit die medische condities hebben op de kwaliteit van leven (lees: de vermindering daarvan). Ook hierbij zijn de aard, de ernst en de duur van het letsel doorslaggevend.

De QALY-methodiek is oorspronkelijk ontwikkeld in de farmaco-economie om de doelmatigheid van nieuwe geneesmiddelen te kunnen beoordelen. Hier speelt namelijk de vraag wat de gewonnen kwaliteit van leven eigenlijk mag kosten. Deze gezondheidswinst dient in cijfers uitgedrukt te worden. Daarvoor worden QALYs gebruikt die onder andere de aard, de ernst en de duur van een gezondheidstoestand in één systeem integreren. Er bestond namelijk behoefte aan een gestandaardiseerd model waarmee de winst van diverse medische ingrepen tot uitdrukking kon worden gebracht¹⁴⁴. Een zogenaamd 'state of the art' methode voor het verdelen van gezondheidsbudgetten.¹⁴⁵

Een QALY drukt de waarde uit van een jaar leven in een bepaalde gezondheidstoestand. Het getal ligt tussen de 0 en 1. Dit zogenaamde QALY-gewicht is bedoeld om uitdrukking te geven aan het effect van een gezondheidstoestand op de kwaliteit van leven van het slachtoffer.¹⁴⁶ Het cijfer 1 staat voor een perfecte gezondheid en 0 representeert de dood. Het QALY-gewicht wordt vermenigvuldigd met de duur van de

¹⁴¹ Zie ook: Lindenbergh *Smartengeld* 2008, p. 69; Verburg 2009, p. 147; Kharag, *VR* 2012, p. 176.

¹⁴² Lindenbergh, *Smartengeld* 1998, p. 235 e.v.

¹⁴³ Visscher 2015, p. 6-11; zie ook: Karapanou & Visscher, *Journal of European Tort Law* 2010, afl. 1, p. 48-74.

¹⁴⁴ Brazier e.a. 2007, p. 37 e.v.

¹⁴⁵ Hofstetter & Hammit 2001; Smith, Drummond & Brixner, *Value in Health* 2009, supplement 1, S1-S4; zie voor Nederland: Hamburg-van Reenen & Meijer 2011.

¹⁴⁶ Brazier, Deverill & Green, *Journal of health services research & policy* 1999, p. 176-177; Folland, Goodman & Stano 2007, p. 81.

gezondheidstoestand. Als de slechtere gezondheidstoestand 2 jaar aanhoudt wordt het QALY-gewicht met een factor 2 vermenigvuldigd.

Op basis van uiteenlopend wetenschappelijk gezondheidsonderzoek wordt de bandbreedte van het QALY-gewicht bepaald. Afhankelijk van de gevolgde methode van onderzoek en het type respondent (patiënten, artsen, de samenleving etc.) wordt bepaald hoeveel financiële middelen de samenleving bereid is om uit te geven aan het voorkomen van een bepaald soort letsel. Het QALY-gewicht is derhalve niet een vast gegeven, maar levert wel een bepaalde bandbreedte op.

Het QALY principe is dus relatief eenvoudig: op basis van gezondheidsonderzoek wordt bepaald wat het QALY-verlies is en vervolgens wordt dat verlies in geld uitgedrukt en eventueel vermenigvuldigd met de duur van het verlies.

Een voorbeeld: de amputatie van een hand. Op basis van wetenschappelijk onderzoek¹⁴⁷ volgt bij unilaterale amputatie een QALY-waarde van 0.75 na het succesvol aanmeten van een handprothese. Het QALY-verlies bedraagt dan 0.25.

Om vervolgens te komen tot de geldwaarde van QALY dient ook wetenschappelijk onderzoek te worden geraadpleegd. Uit Nederlands onderzoek blijkt de ondergrens van een QALY te liggen bij 20.000,-- en de bovengrens bij 80.000,--¹⁴⁸. De marges zijn dus groot. In een publicatie uit 2013 wordt gesteld dat Nederlanders voor een QALY gemiddeld 52.200,-- over hebben¹⁴⁹. Gezondheidseconoom Pomp kent in 2010 50.000,-- toe aan een QALY¹⁵⁰. Er bestaat derhalve dus geen eenduidigheid over de hoogte van een QALY, maar een gemiddeld van rond de 50.000,-- lijkt redelijk en billijk. Dat bedrag houdt ook het midden tussen de reeds genoemde onder,- (20.000) en bovengrens (80.000).

Het gegeven dat gemiddelde QALY waardes worden aangehouden op basis van wetenschappelijk onderzoek past goed bij de overwegingen van de Hoge Raad bij de begroting van smartengeld, omdat er volgens de Raad geabstraheerd dient te worden van de persoonlijke beleving van het slachtoffer.¹⁵¹

Het is overigens juist, zoals het hof te Amsterdam op 2 juli 2013 constateerde dat de QALY-methodiek niet is ontwikkeld om de hoogte van het smartengeld te begroten:¹⁵²

'5.13. [geïntimeerde] heeft in hoger beroep andermaal betoogd dat voor de begroting van immateriële schadevergoeding, in afwijking van de gebruikelijke wijze van begroting daarvan hier te lande, dient te worden aangeknoopt bij de Quality Adjusted Life Year Methode (Qaly-methode). Net zo min als de rechtbank zal het hof haar hierin volgen. De Qaly-methode is niet ontwikkeld voor en afgestemd op de begroting van immateriële schade die is geleden ten gevolge van een onrechtmatige daad. De rechtbank heeft terecht de door [geïntimeerde] geleden immateriële schade begroot met inachtneming van alle – in het bestreden vonnis

¹⁴⁷ Chang e.a., *Plastic and Reconstructive Surgery* 2010, p. 593.

¹⁴⁸ Zie ook: *Zinnige en duurzame zorg* 2006, p. 33, 43, 91 e.v.; Hamberg-van Reenen en Meijer 2011.

¹⁴⁹ Van Gils, Schoenmaker & Polder, *Nederlandsch Tijdschrift voor Geneeskunde* 2013, p. 6507; Bobanic e.a., *Health Economics* 2013, p. 1272-1281.

¹⁵⁰ Pomp 2010.

¹⁵¹ HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004, 112, m.nt. J.B.M. Vranken, VR 2003/93 (*Coma*).

¹⁵² Hof Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2216, JA 2013/165.

nader genoemde – omstandigheden van dit geval en de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend. Dit betekent dat grief 3 van [geïntimeerde] faalt.’

Overigens meende de rechtbank Zeeland-West-Brabant op 29 april 2019 (6 jaar later) in het kader van een voorlopig deskundigenbericht dat het nut van de QALY-methode voor de vaststelling van de hoogte van het smartengeld niet op voorhand viel uit te sluiten, waarna toewijzing van het QALY-deskundigenbericht volgde.¹⁵³ De rechtbank overwoog hiertoe:

‘3.6. Het verweer van Achmea komt er in de kern op neer dat de QALY-methode niet geschikt is om de hoogte van smartengeld te bepalen, omdat die methode is ontwikkeld in de farmaco-economie om de kosten en baten van medische behandelingen te vergelijken en om keuzes te maken in behandelmethodes. De rechtbank is van oordeel dat daarmee niet is gezegd dat de methode niet toepasbaar is voor andere doeleinden, zoals het bepalen van de hoogte van het smartengeld. In een bodemprocedure zal uiteindelijk moeten blijken of de methode geschikt is. Het nut van de QALY-methode voor de vaststelling van de hoogte van het smartengeld is daarom niet op voorhand uit te sluiten, zodat de rechtbank het verzoek toewijst.’

Korte tijd later oordeelde diezelfde rechtbank, maar dan een andere rechter, op 8 oktober 2019 dat zij niet overtuigd was van het nut en de noodzaak van een QALY-impact berekening en wees het deskundigenverzoek af.¹⁵⁴ De rechtbank was namelijk van oordeel dat het verzoek niet ter zake dienend was en geen feiten betrof die met het onderzoek bewezen konden worden. De rechter verwees daarbij naar de instructies van de Hoge Raad en de daarbij door de Hoge Raad genoemde relevante factoren, zoals de aard en ernst van het letsel en de gevolgen van het letsel voor de betrokkene, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde, de aard van de aansprakelijkheid, de ernst van het verwijt en de mate van verwijtbaarheid. In het licht van die jurisprudentie vormde de QALY-methodiek geen factor van betekenis bij de begroting van smartengeld, aldus de rechtbank. Voorts zou de QALY-methode niet zijn ontwikkeld voor en afgestemd op het begroten van dit soort schades. Deze methode zou slechts tot doel hebben de doelmatigheid van medische behandelingen te beoordelen.

Ook het argument van het slachtoffer dat met de QALY-methode de impact op de kwaliteit van leven wordt vastgesteld aan de hand van vragenlijsten die door grote groepen personen met een bepaalde medische aandoening worden ingevuld, was naar het oordeel van de rechtbank niet doorslaggevend. Volgens de rechter ging daarmee het slachtoffer voorbij aan het feit dat bij de begroting van immateriële schade juist de gevolgen van het letsel in het concrete geval voorop staan.

Mede gezien het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de vaststelling van de hoogte van smartengeld door gebruik te maken van de QALY-methodiek allerminst een vaststaand gegeven is, maar wel lichtelijk terrein heeft gewonnen.

¹⁵³ Rb Zeeland-West-Brabant 29 april 2019, C/02/235835 / HA RK 19-8 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), verkort opgenomen op: www.letselschademagazine.nl/2019/RBZWB-290419.

¹⁵⁴ Rb Zeeland-West-Brabant 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4387.

4.4 De WMVS-methode

Zoals reeds aangegeven kenmerkt de huidige wijze van vaststelling van smartengeld in Nederland zich door een zekere mate van starheid. Het systeem van gevalsvergelijking voldeed volgens diverse criticasters niet meer aan de daaraan te stellen eisen.¹⁵⁵

Op initiatief van de Vereniging van Advocaten voor slachtoffers van Personenschade (ASP) is dan ook op 21 oktober 2010 een expertmeeting georganiseerd over smartengeld. Daarna volgde er nog vier. De laatste vond plaats op 24 september 2014. Aan deze expertmeetings namen vertegenwoordigers deel uit de rechtswetenschap, de rechterlijke macht, de letselschadeadvocatuur, verzekeraars, letselschade-experts en medisch adviseurs.

Ten tijde van de tweede meeting op 16 november 2011 werd de Werkgroep Modernisering Vaststelling Smartengeld (WMVS) ingesteld, met als doel te komen tot een nieuw model voor de vaststelling van smartengeld.

Bij aanvang onderzocht de WMVS welke fundamentele bezwaren er in de rechtspraktijk bestonden tegen het systeem van gevalsvergelijking. De uitkomst daarvan liet zich ordenen in twee hoofdbezwaren, te weten: (i) bezwaren ten aanzien van de wijze van vaststelling en (ii) bezwaren ten aanzien van de hoogte van het smartengeld.

In het licht van het voorgaande ontwikkelde de WMVS een nieuw Smartengeldmodel bestaande uit het vaststellen van smartengeld in twee fasen. In de eerste fase wordt een basisbedrag vastgesteld. Dat bedrag moest worden gezien als de objectieve waardering van de aard en de ernst van het letsel. Het zou uitdrukking moeten geven aan de medische gevolgen van het letsel voor ieder persoon. Dus los van de invloed van dat letsel op het leven van het individuele slachtoffer. Het basisbedrag zou worden gebaseerd op het percentage 'blijvende invaliditeit' (BI). Dat percentage zou dan door een arts bepaald dienen te worden aan de hand van de AMA-Guides¹⁵⁶. Het basisbedrag wordt dan vervolgens vastgesteld door het percentage BI te vermenigvuldigen met een geïndexeerd bedrag voor iedere procent BI.

In de tweede fase zou dan de eigenlijke vaststelling plaatsvinden door aan de hand van een lijst van factoren de subjectieve gevolgen voor het individuele slachtoffer te wegen. Echter, in de uitwerking daarvan werden geen objectieve aanknopingspunten geduid, waardoor ook hier teruggegrepen diende te worden op de voorbeelden uit de Smartengeldgids en de motivering van rechters in hun vonnissen. Mede doordat verzekeraars een verregaande limitering van de verhoging van het basisbedrag in fase 2 voorstonden werden de onderhandelingen over een nieuw in te voeren systeem afgebroken.

4.5 Conclusie

In de loop der tijd zijn, mede dankzij de aanhoudende kritiek, meerdere pogingen ondernomen om een begrotingsmechanisme te ontwikkelen dat voldoet aan alle eisen die men daar aan mag stellen. De formule Tijbout en de QALY en de WMVS-methode zagen het licht, maar dat leidde niet tot daadwerkelijk gebruik (door

¹⁵⁵ Bijvoorbeeld: Langstraat 2009.

¹⁵⁶ De afkorting "AMA" staat voor "American Medical Association". Deze AMA-Guides zijn richtlijnen en regels die zijn ontwikkeld door onafhankelijke medisch specialisten om de mate van invaliditeit vast te stellen.

rechters) in de praktijk. Echter, ten aanzien van de QALY-methode zullen we de ontwikkelingen in de rechtspraak moeten afwachten.

5 Conclusie; een voorstel om te komen tot normering.

‘Zo oud als de weg naar Rome’ luidt een goed Nederlands spreekwoord. Met het gebruik daarvan wordt aangegeven dat iets al heel lang bestaat: zo lang als de weg die naar Rome leidt. In het kader van deze scriptie rijst dan de vraag of dat ook geldt voor smartengeld. En meer in het bijzonder voor de vergoeding dan wel de vaststelling daarvan.

Het wordt nu tijd om de balans op te maken. Het antwoord op de vraag hoe het smartengeld en meer in het bijzonder de vaststelling daarvan zich door de tijd heeft ontwikkeld en welke lessen daaruit kunnen worden getrokken laat zich niet eenvoudig beantwoorden.

In het Romeinse recht gold weliswaar een zeer uitgebreide bescherming van iemands eer, reputatie en persoonlijkheid,¹⁵⁷ maar was er nog geen algemeen aanvaard recht op smartengeld. De Romeinen kenden wel de ‘iniuria’: het bewust krenken van iemands persoon, een delict waarbij sprake was van ideële schade, en dus zou men hierin een eerste aanzet kunnen zien tot het betalen van smartengeld, ook al noemden de Romeinen dat niet zo. Ook bij de latere Germanen vond het vergoeden van ideële schade plaats in de vorm van ‘zoengelden’, maar ook in die periode werd nog niet gesproken over smartengeld.

Ook in de Middeleeuwen zien we bepalingen gewijd aan schadevergoeding. Wel dient daarbij in ogenschouw te worden genomen dat de destijds opgelegde geldboetes, weliswaar mede gezien kon worden als een vergoeding van immateriële schade, maar nog wel in het teken stonden van het private strafrecht. Wat voorts opvalt is dat er al vanaf de Romeinse tijd een continue zoektocht gaande is naar normering van schadebedragen. In de Wet der Twaalf Tafelen (450 vóór Chr.) werden er voor het eerst vaste bedragen opgenomen voor het vergelden van schade. In latere periodes werd meer gewerkt met vaste formules. Evenwel bleven die vergoedingen in het teken staan van het private strafrecht.

Ten tijde van Hugo Groot kwam er meer aandacht in algemene zin voor het vergoeden van immateriële schade. Inmiddels was daarvoor een separate procedure ontwikkeld. Bij ‘misdaden tegen het lichaam’ bestond er volgens hem recht op een vergoeding voor ‘smert ende ontciering van ’t lichaam’¹⁵⁸. Ook in het geval van ‘misdaad tegen de vrijheid’ en verkrachting, de allerzwaarste vorm van ‘hoon’, bestond er volgens de Groot recht op smartengeld.

Weer (veel) later in tijd leert de rechtspraak dat er voor de vergoeding van onstoffelijke schade (lees: smartengeld) wel voldoende aandacht was, maar dat dit leerstuk niet duidelijk in de wet was verankerd.¹⁵⁹ Het zou uiteindelijk nog tot 1943 duren voordat de Hoge Raad¹⁶⁰ het bestaan van een recht op smartengeld bij verwonding en misdrijven tegen de persoon officieel zou erkennen. Een codificatie van het begrip smartengeld heeft echter nooit het licht gezien.

Beziet met de ontwikkeling van het recht op smartengeld en dan zou men de voorzichtige conclusie kunnen trekken dat de huidige (steeds verdergaande) Europese bescherming van persoonlijkheidsrechten lijkt op het

¹⁵⁷ Broers 1996, p. 47

¹⁵⁸ *Inleidinghe tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, Boek III deel 34

¹⁵⁹ Greebe 1935, p. 30

¹⁶⁰ HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem)

beschermingsniveau van de Romeinen, waarbij deze laatste bevolkingsgroep geen moeite had om rechtstreeks aan de schending van een persoonlijkheidsrecht een straf (lees: vergoeding) te verbinden.

Voor wat betreft de vaststelling van de hoogte van smartengeld laten de in België (De Indicatieve Tabel) en Engeland (JSB-richtlijn) ontwikkelde modellen, zich moeilijk vergelijken met de (subjectieve) formule systemen uit de Romeinse tijd en de Middeleeuwen, maar gaf deze oude ontwikkeling wel aan dat er ook in die tijd al behoefte bestond aan richtinggevende beslismodellen. De pogingen om in het naoorlogse Nederland via het BOS schadesysteem, de formule Tjibout, de QALY-methode en de twee fasen structuur van de WMVS objectievere normering te bewerkstelligen hebben vooralsnog geen vaste grond onder de voeten gekregen.

Mijns inziens staat inmiddels vast dat bij het bepalen van de hoogte van smartengeld de Nederlandse methode van gevalsvergelijking niet meer van deze tijd is. Ook staat naar mijn idee vast dat die methode willekeur in de hand werkt. Aan deze willekeur dient spoedig een einde te komen. Waarom vasthouden aan een autonome Nederlandse ontwikkeling van smartengeldbedragen, terwijl andere landen in Europa daarin ver voorop lopen?

Samen met Lindenbergh ben ik van mening dat de stagnering in Nederland waarschijnlijk te maken heeft met het feit dat de Nederlandse rechter niet alleen zuinig is maar bovenal voorzichtig. Een andere verklaring voor het gegeven dat de smartengeldbedragen in Nederland niet stijgen (eerder dalen) lijkt er niet te zijn. De vraag rijst of een enkele aanmoediging van de rechter om zich te laten inspireren door de vaststelling van smartengeld in de landen om ons heen, daarop een substantieel verhogend effect zal hebben. Ik denk van niet. Het wordt tijd om de rechter te leiden in zijn zoektocht naar meer houvast, zodat het op eigen kompas varen tot een aanvaardbaar niveau wordt beperkt.

Mijns inziens zou de QALY-methode een belangrijke wetenschappelijke grondslag kunnen vormen voor de bepaling van de hoogte van het smartengeld. Dat leid ik niet alleen af uit de prille ontwikkelingen in de rechtspraak, maar ook uit het feit dat deze methode steeds meer aandacht geniet. Evenwel zullen we op dat vlak de ontwikkelingen moeten afwachten.

In de tussentijd zou mijn voorstel zijn om een commissie samen te stellen die, net zoals de Judicial Studies Board in Engeland, de smartengeldbedragen in binnen en buitenland gaat rubriceren en dan de bandbreedte aangeeft waarbinnen de vergoedingen zich binnen de Europese Unie zouden moeten gaan begeven. Een soort 'Guideline for Personal Injury Damages in Europe'.

En voor zover dit voorstel te ambitieus zou zijn zou een Nederlandse Indicatieve Tabel vormgegeven kunnen worden, zoals dat in België al sinds jaar en dag wordt gebruikt. Ik meen dat hieraan behoefte bestaat, ter beteugeling van de huidige eigengereide (morele) koers die rechters momenteel in Nederland lijken te varen.

Het vergoeden van smartengeld is namelijk niet alleen een kwestie van techniek, maar ook van (rechterlijke) moraal¹⁶¹. En die smartengeld verlagende moraal moet, mijns inziens, enigszins aan banden worden gelegd.

¹⁶¹ Lindenbergh 2004, p. 20

Bibliografie

BOEKEN

Asser/Hartkamp 3-I 2015

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. *Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Von Bar e.a. 2009

C. von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, München: Sellier 2009.

Berents 1985

D.A. Berents, *'Het werk van de vos, Samenleving en criminaliteit in de late middeleeuwen'*, Zutphen: De Walburg Pers 1985.

Van den Bergh 2007

G.C.J.J. van den Bergh, *'Geleerd recht, Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht'*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Binsbergen 1967

W.C. van Binsbergen, *'Inleiding Strafrecht'*, Zwolle: Tjeenk Willink 1967.

De Bosch Kemper 2009

H.J.J. de Bosch Kemper, *'Smartengeld in perspectief'*, in: *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2009.

Brazier e.a. 2007

J. Brazier e.a., *Measuring and valuing health benefits for economic evaluation*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Broers 1996

E.J.M.F.C. Broers, *Beledigingszaken voor de Staatse Raad van Brabant 1586-1795* (Brabantse Rechtshistorische Reeks, deel 9), Assen: Van Gorcum 1996.

Broers 2012

E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht*, Apeldoorn: Maklu 2012.

Broers 2017

E.J.M.F.C. Broers, *Rabauwen, vagebonden en lediggangers*, Apeldoorn: Maklu 2017.

Diederiks en Roodenburg 1991

H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg, *Misdaad, zoen en straf*, Hilversum: Verloren 1991.

Feenstra 2002

R. Feenstra, *'Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad'*, Deventer: Kluwer 2002.

Feenstra 1990

R. Feenstra, *'Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlandse Privaatrecht'*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1990.

Folland, Goodman & Stano 2007

S. Folland, A.C. Goodman & M. Stano, *The economics of health and health care*, Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall 2007.

Greebe 1935

J.J.A.F. Greebe, *Eenige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1935.

Hartlief 2012

T. Hartlief, *'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?'*, in: *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2012.

Heirbout 2013

D. Heirbout, *'Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden'*, Gent: Academia Press 2013.

Hofstetter & Hammit 2001

P. Hofstetter & J.K. Hammitt, *Human health metrics for environmental decision support tools: Lessons from health economics and decision analysis*, Washington, DC: U.S. Environmental Protection Agency 2001.

Lesaffer 2004

R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven: Universitaire pers Leuven 2004.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (Meijersreeks, deel 5), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 2004

S.D. Lindenbergh, *'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal'*, in: *Schade; vergoeden of beperken*, Den Haag: SDU Uitgevers bv 2004.

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld: ontwikkeling en stilstand', in: *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2006.

Lindenbergh, Schadevergoeding 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: Algemeen, deel 1* (Monografieën BW, B-serie deel 34), Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh, Smartengeld 2008

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

Lindenbergh 2017

S.D. Lindenbergh, 'Commentaar op artikel 162 van Boek 6 BW', in: H.B. Krans e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Magnus 2001

U. Magnus (red.), *Unification of tort law: Damages* (Principles of European tort law, deel 5), Den Haag: Kluwer Law International 2001.

Nellen 2007

H. Nellen, *Hugo de Groot: Een leven in de strijd om de vrede 1583-1645*, Amsterdam: Balans 2007.

Pomp 2010

M. Pomp, *Een beter Nederland: de gouden eieren van de gezondheidszorg*, Amsterdam: Balans 2010.

Tasset e.a. 2017

J.H. Tasset e.a., *Indicatieve Tabel 2016*, Brugge: die Keure / la Charte 2017.

Tellegen 2003

O.E. Tellegen-Couperus, *Korte geschiedenis van het Romeinse recht*, Amsterdam: Dutch University Press 2003.

Verburg 2009

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van Smartengeld* (Meijersreeks, deel 157), Deventer: Kluwer 2009.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Visscher 2015

L.T. Visscher, 'Over stagnatie, achteruitgang, bevrozing en stilstaand water: hoe hoog zou smartengeld bij letselschade eigenlijk moeten zijn?', in: *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2015.

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

De Winter & Schryvers 1999

F. de Winter & J. Schryvers, *Schaderegeling in België: ten behoeve van correspondenten letselschade en schade in buitenland*, Gent: Mys en Breesch 1999.

Zwalve 2004

W.J. Zwalve, *Beknopte geschiedenis van het Romeinse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

ARTIKELEN

Bobanic e.a., *Health Economics* 2013, p. 1272-1281

A. Bobinac e.a. 'Valuing QALY Gains by Applying a Societal Perspective', *Health Economics* 2013, afl. 10, p. 1272-1281.

Brazier, Deverill & Green, *Journal of health services research & policy* 1999, p. 174-184

J. Brazier, M. Deverill & C. Green, 'A review of the use of health status measures in economic evaluation', *Journal of health services research & policy* 1999, afl. 3, p. 174-184.

Chang e.a., *Plastic and Reconstructive Surgery* 2010, p. 589-598

K.C. Chang e.a., 'An Economic Analysis of Hand Transplantation in the United States', *Plastic and Reconstructive Surgery* 2010, afl. 2, p. 589-598.

Smith, Drummond & Brixner, *Value in Health* 2009, supplement 1, S1-S4

M.D. Smith, M. Drummond & D. Brixner, 'Moving the QALY forward: Rationale for change', *Value in Health* 2009, supplement 1, S1-S4.

Van Dam, *VR* 2013, p. 256-268

C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 256-268.

Frenk, *VR* 2013, p. 250-255

N. Frenk, 'De waarde van smartengeld. Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 250-255.

Gijselaar e.a., *AA* 2014, p. 801-813

E.C. Gijselaar e.a., 'Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM', *AA* 2014, afl. 11, p. 801-813.

Van Gils, Schoenmaker & Polder, *Nederlandsch Tijdschrift voor Geneeskunde* 2013, p. 6507

P.F. van Gils, C.G. Schoenmaker & J.J. Polder, 'Hoeveel mag een gewonnen levensjaar kosten? Onderzoek naar de waardering van QALY', *Nederlandsch Tijdschrift voor Geneeskunde* (157) 2013, p. 6507.

Hartlief, *NJB* 2009/1710

T. Hartlief, 'De schrik van het burgerlijk recht', *NJB* 2009/1710, afl. 35, p. 2253-2253.

Janssen, *VR* 2012, p. 95-97

P.C.J.A. Janssen, 'Smartengeld; een bespiegeling en een hernieuwde poging tot normering', *VR* 2012, afl. 3, p. 95-97.

Karapanou & Visscher, *Journal of European Tort Law* 2010, afl. 1, p. 48-74

V. Karapanou & L.T. Visscher, 'Towards a better assessment of pain and suffering damages', *Journal of European Tort Law* 2010, afl. 1, p. 48-74.

Kolder, *TVP* 2015, p. 24-34

A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zónder ongeval', *TVP* 2015, afl. 2, p. 24-34.

Kharag, *VR* 2012, p. 174-183

K.W.A. Kharag, 'Smartengeldpraktijk Nederland vs. Engeland', *VR* 2012/56, afl. 5, p. 174-183.

Langstraat 2009

P. Langstraat, 'Smartengeld in Nederland: een doekje voor het bloeden?', *PIV Bulletin* juni 2009, p. 19-20.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, 'Tranen met duiden, Over het paradoxale karakter van smartengeld', Rotterdam Institute of Private Law Accepted Paper Series, p. 1-8

Nguyen, *NJB* 2009/1408

Ti Hang Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009/1408, afl. 28, p. 1146-1475.

Van Oevelen e.a., *TPR* 2007, p. 933-1529

A. van Oevelen e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)', *TPR* 2007, p. 933-1529.

Van Schoubroeck, *VR* 2004, p. 102-107

C. van Schoubroeck, 'Affectieschade en shockschade: Belgische reglementering en praktijk', *VR* 2004, afl. 4, p. 102-107.

De Temmerman & De Kessel, *TVP* 2002, p. 103-114

B. de Temmerman & E. de Kessel, 'Normering in België. De Indicatieve Tabel', *TVP* 2002,.

Tijbout, *VR* 2012, p. 95-97

C. Tijbout, 'Smartengeld; een bespiegeling en een hernieuwde poging tot normering', *VR* 2012, afl. 3, p. 95-97.

Tjong Tjin Tai, *NTBR* 2018/5

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Een Europees schadebegrip?', *NTBR* 2018/5, afl. 1, p. 1-6.

Verheij, *NTBR* 2018/3

A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018/3, afl. 1, p. 12-22.

WETGEVING

Richtlijn (EU) 2015/2302

Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen, houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad, en tot intrekking van Richtlijn 90/314/EEG van de Raad (*PbEU* 2015, L 326).

BESLUITEN/RICHTLIJNEN

Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen van 25 februari 2015 (*Stcrt.* 2015, 4952).

Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen van 29 maart 2019 (*Stcrt.* 2019, 14890).

Besluit vergoeding affectieschade 2018

Besluit van 20 april 2018 tot vaststelling van bedragen voor nadeel van naasten dat niet in vermogensschade bestaat, *Stb.* 2018, 133.

ADVIEZEN/RAPPORTEN

Hamburg-van Reenen & Meijer 2011

H.H. Hamburg-van Reenen & S. Meijer, 'Wat is de kosteneffectiviteit van preventie?', in: *Volksgezondheid Toekomst Verkenning, Nationaal Kompas Volksgezondheid*, Bilthoven: RIVM 22 september 2011.

Zinnige en duurzame zorg 2006

Zinnige en duurzame zorg (Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Zoetermeer: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2006.

NASLAGWERKEN

Dikke Van Dale 2005

Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht: Van Dale 2005 (ook online).

Smartengeldgids 2020

Smartengeldgids, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade, ANWB 2020 (ook online).

KRANTENARTIKELEN

Kerstens, AD 26 september 2019

B. Kerstens, 'Nederlandse vrijwilligers tijdens hun slaap aangevallen en beroofd in Oeganda', *AD* 26 september 2019 (ook online, bijgewerkt 26 september 2019).

INTERNETBRONNEN

Indicatieve Tabel 2016

'Indicatieve Tabel 2016', schadeweb.be.

Letsellijst 2019 Schadefonds Geweldsmisdrijven

www.schadefonds.nl

Lijst van gebruikte jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Van Colson*).

HvJ EG 12 maart 2002, C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163, *Jur.* 2002, p. I-2631 (*Leitner/TUI*).

HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*).

Hof van Cassatie België

Hof van Cassatie, 11 september 2009, RW 2011-12, 1658-1659, VAV 2008.

Hoge Raad

HR 13 mei 1881, W 4638

HR 21 mei 1943, ECLI:NL:HR:1943:21, *NJ* 1943, 455 (*Van Kreuningen/Bessem*).

HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0304, *NJ* 1991, 746.

HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, *NJ* 1992, 714 (*AMC/O*).

HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2919, *NJ* 1999/614.

HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/B.C.E. Bouw*).

HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337, *NJ* 2002, 91, m.nt. C.J.H. Brunner.

HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, *NJ* 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken, *VR* 2002/91 (*Taxibus*).

HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, *NJ* 2004, 112, m.nt. J.B.M. Vranken, *VR* 2003/93 (*Coma*).

HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*).

HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391, m.nt. Vranken (*Groningse Oudejaarsrellen*).

HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken (*Baby Kelly*).

HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147, m.nt. Lindenbergh (*Blauw Oog*).

HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (EBI-arrest).

Gerechtshoven

Hof Den Haag 15 juni 1931, NJ 1931, p. 974

Hof Arnhem 22 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47.

Hof Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2216, JA 2013/165.

Hof Den Bosch 3 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4012, VR 2013/149, JA 2013/166 m.nt. L.T. Visscher.

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181, RAV 2014/41, NJF 2014/115, TVP 2014, afl. 2, 62-67.

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, r.o. 2.18, RAV 2014/92, VR 2015/11, JA 2014/124.

Hof Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, JA 2018/80.

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4192 (*Velpse brandbom*).

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4193 (*Velpse brandbom*).

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4194 (*Velpse brandbom*).

Rechtbanken

Rb. Rotterdam 25 april 1932, W. 12537

Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813

Rb. Oost Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, RAV 2014/94, JA 2014/115.

Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4192.

Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4193.

Rb. Midden-Nederland 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5847, JA 2017/24 m.nt. V. Oskam.

Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, VR 2017/78, JA 2017/88 m.nt. F.I. van Dorsser.

Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139.

Rb. Noord-Nederland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:822.

Rb. Zeeland-West-Brabant 29 april 2019, C/02/235835 / HA RK 19-8 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), verkort opgenomen in: letselschademagazine.nl/2019/RBZWB-290419.

Rb. Zeeland-West-Brabant 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4387.