

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Smartengeld

Tien jaar later

S.D. Lindenbergh

Inhoudsopgave

Woord vooraf

Lijst van gebruikte afkortingen

1. Inleiding

1.1 Het onderwerp

1.2 De aanpak

2. Functies van smartengeld

2.1 Inleiding

2.2 Over functies

2.3 Functies van smartengeld, vier 'normaaltypen'

2.3.1 Letsel: compensatie van wat niet kan worden hersteld

2.3.2 Seksueel misbruik: genoegdoening voor wat er is gebeurd

2.3.3 Verlies van een naaste: erkenning van verdriet

2.3.4 Schending van de persoonlijke levenssfeer: handhaving van een anders weerloos recht

2.4 Uitleiding

3. Wanneer smartengeld?

3.1 Inleiding

3.2 Het wettelijk stelsel

3.3 Het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel

3.4 De categorieën van artikel 6:106 BW

3.4.1 Algemeen

3.4.2 Oogmerk en nagedachtenis

3.4.3 Lichamelijk letsel, coma, *wrongful life*

3.4.4 Schending van eer en goede naam

3.4.5 Aantasting op andere wijze, algemeen

3.4.6 Aantasting op andere wijze, geestelijk letsel

3.4.7 Aantasting op andere wijze, persoonlijkheidsrechten

3.4.8 Overige kwesties

3.5 Uitleiding

4. Smartengeld voor naasten en nabestaanden

4.1 Inleiding

4.2 Verkenning van de grenzen van het wettelijk stelsel door de rechter

4.2.1 Het wettelijk stelsel en zijn consequenties in een notendop

4.2.2 De zaak Baby Joost, een slechte aanloop, maar toch een relevant arrest

4.2.3 Oogmerk arrest, een eerste opening

4.2.4 Taxibus-arrest, een gesloten stelsel met een opening

4.3 Uitwerking: schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis

4.3.1 Algemeen

4.3.2 De norm uit het Taxibus-arrest en de toepassing daarvan

4.3.3 Samenloop schade door confrontatie en schade door verwonding/verlies

4.3.4 Tussenbalans schade door confrontatie

4.4 Naar een wettelijk recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden

- 4.4.1 Algemeen
- 4.4.2 Het wetsvoorstel, de literatuur en de parlementaire behandeling
- 4.4.3 Onderzoek naar behoeften van slachtoffers
- 4.4.4 Buitenlandse ontwikkelingen en Europese aspecten
- 4.5 Uitleiding

- 5. Omvang van het smartengeld
 - 5.1 Inleiding
 - 5.2 De wijze van vaststelling
 - 5.2.1 Rechterlijke vrijheid, discretionaire bevoegdheid
 - 5.2.2 Rechterlijke praktijk: gevalsvergelijking
 - 5.2.3 Relevante factoren, recente rechtspraak
 - 5.2.4 Relevante factoren; onderscheiden naar categorie
 - 5.3 Geldontwaarding, wettelijke rente en vertraging in de schadeafwikkeling
 - 5.4 De hoogte van de bedragen
 - 5.4.1 Algemeen, tekenen van stagnatie
 - 5.4.2 Ontwikkelingen elders: *D-mark* is(t) euro
 - 5.5 Uitleiding

- 6. Het recht op smartengeld als vermogensrecht
 - 6.1 Inleiding
 - 6.2 Artikel 6:106 lid 2 BW
 - 6.3 Beslag, faillissement, schuldsanering en huwelijksvermogensrecht
 - 6.4 Uitleiding

- 7. Een blik terug en een blik vooruit

Literatuur

Rechtspraak

Trefwoordenregister

Woord vooraf

Op 28 oktober 1998 verdedigde ik mijn boek 'Smartengeld' als dissertatie aan de (toen nog Rijks)Universiteit Leiden. Het was toen 55 jaar geleden dat de Hoge Raad het recht op vergoeding van immateriële schade erkende (*NJ* 1943, 455) en 63 jaar geleden dat er over het onderwerp in Nederland een dissertatie was verschenen (Greebe 1935). Na 1998 heeft de rechtsontwikkeling op het punt van het smartengeld bepaald niet stil gestaan. De Hoge Raad heeft sindsdien verschillende spraakmakende arresten gewezen (Baby Joost, Druijff, Coma, Taxibus, Baby Kelly), maar ook diverse anderszins voor het smartengeld belangrijke uitspraken gedaan, de wetgever beraadt zich intussen op een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden en ook de literatuur is op het stuk van het smartengeld verrijkt, in ons land onder meer met de dissertatie van Albert Verheij uit 2002.

Deze ontwikkelingen – en de uitgever – hebben mij geplaatst voor de vraag of het niet tijd was voor een tweede druk van mijn dissertatie. Daarvan heb ik afgezien. De tekst van mijn boek uit 1998 vind ik nog steeds voor het overgrote deel juist, maar ik zou een tweede boek over hetzelfde onderwerp nu waarschijnlijk anders opzetten. Dat zou een volledig herschrijven vergen en daarvoor heb ik nu eenvoudigweg geen tijd. De ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar zijn niettemin interessant genoeg om er over te schrijven. Daarom heb ik ervoor gekozen de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van het smartengeld uit de afgelopen tien jaar samen te brengen en daarop mijn visie te geven. Dit werk bouwt dus voort op mijn dissertatie, maar is zo opgezet dat het zich ook afzonderlijk goed laat lezen.

In dit boekje is zoveel mogelijk de sinds 1998 verschenen literatuur en rechtspraak verwerkt. Soms wordt verwezen naar eerdere bronnen. Het manuscript is afgesloten in juli 2008. Dank komt toe aan Ton Hartlief voor suggesties naar aanleiding van een eerdere versie van het manuscript, aan Nora Karbass en Peter van Kippersluis voor onderzoeksondersteuning, aan Ilona van der Zalm voor correctie van het manuscript, aan Marilen van de Meulepolle voor de inspirerende onderzoeksomgeving en aan Laurien Dufour voor de aanmoediging om dit boekje te schrijven.

Boijl/Rotterdam, juli 2008

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
Adv. Bl.	Advocatenblad
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen de Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGer	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	BW Krant-Jaarboek
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EV	Eindverslag
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschap
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
L&S	Letsel en Schade
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbBW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJkort	Nederlandse Jurisprudentie kort
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
PG	Parlementaire Geschiedenis
Prg.	Praktijkgids
RAV	Rechtspraak Aansprakelijkheid en Verzekering
Rb.	Rechtbank
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RN	Nemesis
rov.	rechtsoverweging
Rv.	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Sv.	Wetboek van Strafvordering
TK	Tweede Kamer
TM	Toelichting Meijers
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht

Trema	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VR	Verkeersrecht
Vzngr	Voorzieningenrechter
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Het onderwerp

Dit boekje gaat over smartengeld, de vergoeding voor ‘ander nadeel dan vermogensschade’ (art. 6:95 BW). Het gaat dus om de vergoeding voor die schade die niet in het vermogen, maar anderszins – in de vorm van pijn, verdriet, gederfde levensvreugde of geschokt rechtsgevoel – wordt geleden. In de praktijk gaat het om een vergoeding bij fysiek of psychisch letsel die een plaats heeft naast de – in de praktijk veelal veel hogere – vergoeding voor bijvoorbeeld herstelkosten en verlies aan arbeidsvermogen. Voorts wordt een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade toegekend bij schending van eer en goede naam en bij aantasting van (andere) fundamentele rechten. Hoewel de term ‘smartengeld’ een zekere journalistieke lading heeft gekregen die vaak associaties oproept met ‘Amerikaanse toestanden’, gaat het in Nederland – en in dit boekje – om een in de praktijk bescheiden vergoeding met een plaats in de marge van het aansprakelijkheidsrecht.

Het voorgaande neemt niet weg dat het smartengeld in het aansprakelijkheidsrecht een bijzondere plaats inneemt. Door de connotatie met emoties (‘smart’) doet het in zekere zin een beroep op het empatische vermogen van het aansprakelijkheidsrecht en door de sterk uiteenlopende culturele waardering van schade en aansprakelijkheid – en van het smartengeld als exponent daarvan – in verschillende landen, kan het smartengeld in zekere zin ook worden gezien als een thermometer voor het aansprakelijkheidsklimaat. De afgelopen jaren laten overigens zien dat het gematigde Nederlandse klimaat ook het smartengeld beheerst: van *global warming* op dit punt is in Nederland vooralsnog niets merkbaar, van een warme golfstroom uit westelijke richting (Engeland) of luchtstroom uit oostelijke richting (Duitsland) overigens evenmin. In die zin lijkt het Nederlandse aansprakelijkheidsklimaat enigszins hybride: de laatste decennia hebben zich in het aansprakelijkheidsrecht op verschillende punten – ook, maar niet alleen, met betrekking tot gevallen waarin een recht op smartengeld werd aanvaard – ontwikkelingen voorgedaan die als ‘slachtoffervriendelijk’ zijn te kenschetsen, maar als het aankomt op de *omvang* van het smartengeld blijft de Nederlandse rechter erg terughoudend.¹

1.2 De aanpak

De afgelopen tien jaar hebben zich in verband met verschillende elementen van het recht op smartengeld uiteenlopende ontwikkelingen voorgedaan. Die staan in dit boekje centraal. Veelal gaat het om ontwikkelingen in de literatuur en in de rechtspraak, incidenteel op het gebied van wetgeving. Soms gaat het ook om veranderingen in mijn eigen denken. De ontwikkelingen zijn naar thema’s gerangschikt in hoofdstukken: functies van smartengeld (hoofdstuk 2), wanneer smartengeld? (hoofdstuk 3), smartengeld voor naasten en nabestaanden (hoofdstuk 4), omvang van het smartengeld (hoofdstuk 5) en het vermogensrechtelijke karakter van het recht op smartengeld (hoofdstuk 6). Het be-

¹ Zie met name over de omvang van het smartengeld hoofdstuk 5.

treft hier tevens de kernonderwerpen uit mijn dissertatie.² Een ander in mijn dissertatie behandeld onderwerp – de toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW op het smartengeld – is weinig problematisch gebleken en laat vrijwel geen ontwikkelingen zien.³ In hoofdstuk 7 volgt een korte terug- en vooruitblik.

Een recht op smartengeld komt eerst in beeld wanneer er een grondslag aanwezig is voor de afwenteling van schade, dat wil zeggen wanneer jegens de benadeelde onrechtmatig is gehandeld (art. 6:162 BW e.v.) of is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis (6:74 BW).⁴ De vraag of dit het geval is, is een kwestie van ‘algemeen’ aansprakelijkheidsrecht en wordt hierna niet afzonderlijk besproken. Incidenteel komt zij niettemin aan de orde wanneer op dat punt bijzonderheden spelen die met het smartengeld verband houden, zoals bij de schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis.⁵

Bij het schrijven heb ik mij geconcentreerd op de ontwikkelingen in het Nederlandse recht gedurende de afgelopen tien jaren. Aan ontwikkelingen in andere landen besteed ik slechts incidenteel aandacht, omdat een volledige behandeling daarvan een heel nieuw onderzoek zou vergen.⁶ Ik heb in beginsel alleen na verschijning van mijn proefschrift verschenen literatuur en rechtspraak verwerkt, maar ook op dit punt maak ik een enkele uitzondering.

² Zie voor besprekingen van de dissertatie Overeem, *VR* 1998, p. 161 e.v.; Brunner, *RM Themis* 2000, p. 73 e.v.; De Temmerman, *NTBR* 2000, p. 326 e.v. en Frenk, *WPNR* 2003, p. 197 e.v.

³ Lindenbergh, diss. 1998, hoofdstuk 8. Zie over de verhouding tussen billijkheidscorrectie (art. 6:101 BW) en smartengeld recent Hartlief, *NJB* 2007, p. 2672 e.v. Zie voorts over de vraag of bij proportionele aansprakelijkheid het gekozen percentage gelijkelijk moet ‘doortikken’ in de omvang van het smartengeld Akkermans, *VR* 2001, p. 53.

⁴ Zie over de achtergrond van deze grondslagen recent Engelhard en Van Maanen 2008.

⁵ Zie nader hoofdstuk 4.

⁶ Zie voor ontwikkelingen tot 2002 Verheij, diss. 2002. Zie voorts voor rechtsvergelijkende gegevens Rogers 2000.

Hoofdstuk 2

Functies van smartengeld

2.1 Inleiding

De afgelopen jaren is in de literatuur – wederom – veel gedebatteerd over wat worden genoemd de functies van het smartengeld. Het gaat hier om de vraag welke gedachten er aan de keuze voor het aannemen van een recht op smartengeld ten grondslag liggen en wat dat betekent voor de vormgeving van dat recht en voor de omvang van het smartengeld. Waartoe dient het, en wat betekent dat? Hoewel men deze vragen voor alle regels in het aansprakelijkheidsrecht en zelfs in het hele privaatrecht zou kunnen stellen – hetgeen ook steeds meer gebeurt⁷ – heeft het smartengeld op dit punt altijd een bijzondere aandacht genoten.⁸ Dat heeft – vermoedelijk – verschillende oorzaken.

De bijzondere belangstelling voor de functies van smartengeld laat zich in de eerste plaats verklaren door het wat hybride karakter van het smartengeld als schadevergoeding: het gaat om vergoeding van ‘tranen met duiten’⁹, om een financiële sanctie die niet correspondeert met een concreet vermogensverlies. Deze incongruentie vergt een bijzondere rechtvaardiging en deels ook een eigensoortige vormgeving van deze rechtsfiguur. Het gaat in dit opzicht dus om een bijzondere sanctie.¹⁰ Reeds tijdens de parlementaire behandeling van (thans) art. 6:106 BW is daarom, in navolging van het Duitse recht, aan smartengeld niet alleen een rol van *compensatie*, maar tevens van *genoegdoening* toegeschreven.¹¹ Maar ook in het kader van recentelijk bepleite uitbreidingen van het recht op smartengeld spelen de beoogde werking en bovendien de feitelijke behoeften van benadeelden een rol.¹²

In de tweede plaats kan een verklaring voor de bijzondere belangstelling voor de functies van smartengeld worden gevonden in de wens om in het aansprakelijkheidsrecht juist meer te ‘kunnen’ met een sanctie dan vergoeding van het concreet geleden nadeel. Het smartengeld lijkt daartoe een aantrekkelijk middel, omdat de sanctie naar zijn aard niet strikt gebonden is aan de omvang van het nadeel, aangezien dat nadeel zich nu eenmaal nooit exact, laat staan exact in geld, laat uitdrukken. Daarom wordt het smartengeld vaak in verband gebracht met *punitive damages*, een privaatrechtelijke sanctie die naar omvang uitstijgt boven de omvang van de geleden schade en die ertoe dient de aansprakelijke een lesje te leren.¹³ Het gaat hier overigens in verband met het smartengeld om een omstreden functie: van oudsher zijn privaatrecht (schadevergoe-

⁷ Vgl. voor meer instrumentele benaderingen van aansprakelijkheidsrecht onder meer Van Boom, Oratie 2006, alsmede Lindenbergh, *BWKJ* 2003, p. 9 e.v.

⁸ Zie voor uitvoerige beschouwingen met verwijzingen naar eerdere bronnen Lindenbergh, diss. 1998, hoofdstuk 2 en Verheij, diss. 2002, deel II.

⁹ Zo luidde de titel van een forum van het Leidse Grotiusdispuut in 1994.

¹⁰ Ik gebruik het woord ‘sanctie’ als ‘neutrale’ term in de zin van de Engelse *remedy*, een privaatrechtelijke reactie op een normschending.

¹¹ TM, *PG Boek 6*, p. 377: ‘De vergoeding heeft een dubbele functie: enerzijds dient zij om, zij het ook op onvolmaakte wijze, het door de getroffen ondergane leed goed te maken, anderzijds kan het geschokte rechtsgevoel van de getroffen worden bevredigd doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd.’

¹² Zie over het smartengeld voor naasten en nabestaanden nader hoofdstuk 4. Zie voor onderzoek naar de behoeften van slachtoffers Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007.

¹³ Zie uitvoerig Bolt en Lensing 1993.

ding) en strafrecht (boete) strikt gescheiden.¹⁴ Het smartengeld heeft vanwege zijn hybride karakter altijd enigszins op dit grensgebied verkeerd¹⁵, zij het dat het in de ogen van de wetgever, maar ook in de uitwerking in de rechtspraak, vooral als vorm van schadevergoeding is gezien.¹⁶ Overigens biedt het schadebegrip op zichzelf de nodige 'rek' en kunnen daarin ook overwegingen van vergelding of preventie een rol spelen. Vanuit dat perspectief kan de toenemende belangstelling voor het smartengeld vanuit de rechtseconomie worden verklaard.¹⁷

2.2 Over functies

Het debat over functies van smartengeld wordt niet alleen gevoed door het hybride karakter van het smartengeld, het wordt ook bemoeilijkt door het diffuse karakter van het begrip functie. Men kan 'functie' immers opvatten in normatieve zin als de rol die iets *beoogt* of bedoelt te hebben (bijvoorbeeld: 'toewijzing van smartengeld dient ertoe, of heeft de bedoeling om...'), maar ook als meer feitelijke rol (bijvoorbeeld: 'toewijzing van smartengeld heeft tot gevolg dat...').¹⁸ In het debat over functies van smartengeld is over het eerste – de normatieve rol – veel geschreven, en is over het tweede – de feitelijke werking – vooral veel gespeculeerd. De afgelopen jaren neemt de belangstelling voor de feitelijke werking van het aansprakelijkheidsrecht bij letsel in het algemeen, en van de toewijzing van smartengeld in het bijzonder, overigens toe.¹⁹ Als gevolg van de daaruit verkregen inzichten kunnen de verwachtingen ten aanzien van de beoogde rollen worden bevestigd of bijgesteld. Ook kunnen de regels eventueel worden bijgesteld teneinde een effectievere werking van het recht te realiseren.²⁰ Onderzoek naar de werking van het recht op dit gebied is daarom nuttig.

Wanneer men het debat over functies van smartengeld overziet, dan verdienen volgens mij drie aspecten de aandacht: smartengeld maakt vaak deel uit van een grotere vergoeding ter zake van letselschade waardoor zijn rol niet goed geïsoleerd kan worden beschouwd, toewijzing van smartengeld kan verschillende rollen tegelijkertijd vervullen, en de rollen van het smartengeld verschillen per type geval. Deze aspecten verdienen een nadere uitwerking.

In de eerste plaats staat de toewijzing van smartengeld in veel gevallen niet op zichzelf, maar maakt het smartengeld – vooral in gevallen van fysiek of psychisch letsel – deel uit van een totaalbedrag dat tevens de vergoeding van vermogensschade beoogt.

¹⁴ Vgl. Rb. 's-Gravenhage 15 september 2004, *NJF* 2005, 549; *L&S* 2005, 9, waarin in een geval van seksueel misbruik *punitive damages* in strijd worden geacht met de openbare orde, met name nu de aansprakelijke al strafrechtelijk was veroordeeld. Zie voorts Hof Amsterdam 4 juni 2001, *RN* 2001, 1378 (smartengeld heeft geen punitief karakter).

¹⁵ Zie voor een recente uitvoerige historische studie Ute Walter, *Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld bis zum Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches*, Paderborn: Ferdinand Schöningh 2004.

¹⁶ Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 6 e.v.

¹⁷ Zie Faure, 2000, p. 107 e.v.; Faure 2003, p. 85 e.v.; Suurmond en Van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1934 e.v. en Visscher, diss. 2005, p. 208 e.v. Zie voorts voor een vergelijkend overzicht Van Kippersluis en Lindenbergh 2008.

¹⁸ Zie over deze begrippen en hun betekenis in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht *Mon. BW B34* (Lindenbergh), nr. 6.

¹⁹ Zie bijv. Stolker en Poletiek 1998, 71 e.v. en Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007.

²⁰ Zie over de betekenis van procedurele rechtvaardigheid in dit verband Klaming en Bethlehem, *TVP* 2007, p. 119 e.v.

De benadeelde weet dan vaak niet eens dat en hoeveel smartengeld hij ontvangt.²¹ Het onderzoek van Akkermans c.s. laat zien dat de rol van het smartengeld in deze gevallen niet eenvoudig geïsoleerd is te beschouwen, en dat het 'letselschadeproces' op vele punten in materiële en immateriële behoeften kan voorzien, maar dat de indeling in materiële en immateriële behoeften niet parallel loopt met de indeling in schade- en vergoedingscategorieën van het aansprakelijkheidsrecht. Zo kan vergoeding van immateriële schade voorzien in een financiële behoefte (bestaanszekerheid) en kunnen procesuele elementen (openheid van zaken, heldere communicatie) juist in belangrijke mate voorzien in immateriële behoeften.²² In gevallen waarin alleen smartengeld wordt toegevoegd is de rol van het smartengeld beter afzonderlijk te beschouwen. Men denke aan gevallen van schending van eer en goede naam, (sommige) gevallen van seksueel misbruik en gevallen van schending van een persoonlijkheidsrecht die niet tevens substantiële andere schade tot gevolg heeft. Hoewel ook in die gevallen uiteraard sprake kan zijn van te vergoeden vermogensschade, staat hier toch vaker het smartengeld als zodanig centraal.

In de tweede plaats kan de toekenning van smartengeld verschillende rollen tegelijkertijd vervullen en kan de sanctie dus verschillende functies naast elkaar hebben, zowel in de normatieve zin van beoogde rol, als in de zin van feitelijke werking. Zo kan de toewijzing van smartengeld in geval van blijvende invaliditeit de bedoeling hebben de benadeelde te compenseren voor wat hij niet meer kan of voor de extra inspanningen die hij in verband met zijn handicaps moet verrichten, maar kan de benadeelde de vergoeding tegelijkertijd en tevens ervaren als een genoegdoening in de zin dat de aansprakelijke partij of diens verzekeraar ervoor moet 'bloeden' en voorts als erkenning door het recht dat hij naast financiële schade ook anderszins nadeel heeft geleden. Ten slotte kan de verplichting tot betaling een afschrikkende (preventieve) werking hebben. Het is dus niet eenvoudig om in één sanctie de verschillende te onderscheiden rollen van elkaar te scheiden, zij lopen in werkelijkheid veelal samen.

In de derde plaats laat het debat van de afgelopen jaren zien dat de accenten in de functies van toewijzing van smartengeld (zowel in normatieve zin als – vermoedelijk – in feitelijke zin) sterk kunnen verschillen al naar gelang het type geval en dat die accentverschillen gevolgen kunnen hebben voor de vormgeving van het recht op smartengeld.²³ Zo is men het er wel min of meer over eens dat bij de toewijzing van smartengeld als gevolg van invaliditeit door letsel de nadruk ligt op compensatie van (immateriële) schade, maar ligt het accent anders wanneer het gaat om schending van een (ander) persoonlijkheidsrecht, zoals de persoonlijke levenssfeer. Daar ligt immers niet zozeer de nadruk op het goed maken van blijvende schade, maar veeleer op het handhaven – in de zin van (zij het *ex post*) weerbaar maken – van het persoonlijkheidsrecht in kwestie.

De verschillende aspecten van de 'functiekwestie' maken de materie complex. Om de verschillende functies van smartengeld, het debat daarover en de rechtspraak te bespreken, kies ik hierna voor een benadering aan de hand van enkele hoofdtypen van gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat. Die categorieën zijn illustratief (en meen ik ook wel representatief) voor de uiteenlopende functies die het smartengeld kan vervullen. Het gaat om letsel, seksueel misbruik, verlies van een naaste en schending van de persoonlijke levenssfeer. Ik doe dat om te laten zien hoe de accenten in functies

²¹ Zie Stolker en Poletiek 1998, p. 82.

²² Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 81 e.v.

²³ Zie hiervoor vooral Verheij, diss. 2002, p. 440, die – in navolging van H. Drion (Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, Oratie Rotterdam 1955) – illustreert dat een geval soms dichter bij de 'schadepool' en soms dichter bij de 'rechtsschendingspool' ligt.

van smartengeld per categorie verschillen en om te bezien wat dat kan betekenen voor de vormgeving en de omvang van het recht op smartengeld.

2.3 Functies van smartengeld, vier 'normaaltypen'

2.3.1 Letsel: compensatie van wat niet kan worden hersteld

Van de gevallen waarin volgens de wet recht bestaat op smartengeld vormt lichamelijk letsel in de praktijk in aantal veruit de belangrijkste categorie.²⁴ Het is weinig omstreden dat in deze gevallen het smartengeld vooral ten doel heeft de benadeelde te compenseren voor geleden en te lijden pijn, voor hetgeen hij als gevolg van het letsel niet meer kan en voor de extra inspanningen die met het letsel zijn gemoeid.²⁵ De centrale positie van de compensatiefunctie van smartengeld bij letsel wordt niet alleen in Nederland, maar ook elders aangenomen.²⁶ Het smartengeld past hier betrekkelijk – het vergoeden van pijn met geld blijft natuurlijk behelpen – goed in het klassieke schadevergoedingsdenken, dat is gericht op het 'goed maken' van schade.²⁷ Voor zover herstel van de benadeelde mogelijk is, zullen de kosten daarvan, binnen – op dit punt tamelijk royale – grenzen van redelijkheid, als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen.²⁸ Voor zover feitelijk herstel niet meer mogelijk is, komt het aan op *compensatie*, dat wil zeggen op een substituut of, zo men wil, surrogaat. Lijdt de benadeelde door het uitblijven van herstel schade in financiële zin (verlies aan arbeidsvermogen), dan zal dit met geld kunnen worden gecompenseerd en wordt de benadeelde in elk geval op het vlak van het vermogen – en dus in abstracto – zoveel mogelijk gebracht in de situatie waarin hij zich zonder de normschending vermoedelijk zou hebben bevonden. Dat de vaststelling van het verlies aan arbeidsvermogen in de praktijk veelal het grootste struikelblok in de afwikkeling vormt, laat ik hier rusten. Maar ook wanneer de benadeelde met letsel zijn herstelkosten en verlies aan arbeidsvermogen vergoed heeft gekregen, blijft hij met nadeel zitten: pijn, verdriet, gederfde levensvreugde. Het is dit nadeel waarvoor het smartengeld een compensatie beoogt te bieden. Het gaat hier niet om herstel in feitelijke zin, maar om verevening op een meer abstract niveau. Nog steeds vind ik de formulering van Van Agt, minister van justitie tijdens (een deel van) de parlementaire behandeling van art. 6:106 BW, van de huidige wettelijke regeling, één van de meest treffende:

'Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enig methode om de gelaedeerde –

²⁴ Zie bijvoorbeeld de talrijke uitspraken in de driejaarlijkse smartengeldbundel van Verkeersrecht. Daarbij moet worden aangetekend dat veruit de meeste gevallen van letsel buiten rechte worden afgedaan (waarbij ook smartengeld wordt betaald).

²⁵ Voor gevallen van geestelijk letsel in de vorm van een psychische ziekte geldt overigens in grote lijnen hetzelfde.

²⁶ Vgl. bijv. voor het Duitse recht uitdrukkelijk BGH 6 juli 1955, *BGHZ* 18, 154; voor het Engelse recht uitvoerig Law Commission, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, Report no 247, London 1997.

²⁷ Vgl. Bloembergen, diss. 1965, nr. 82, en daarvoor reeds meer specifiek met betrekking tot het smartengeld Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, III.33.

²⁸ Zie over het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel nader § 3.3.

die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij met die schadevergoeding kan doen.²⁹

Omdat het bij de vergoeding van immateriële schade gaat om compensatie van wat niet meer kan worden hersteld, is niet beslissend wat de benadeelde met het smartengeld van plan is daadwerkelijk te gaan doen. 'De aard van de onderhavige vergoeding brengt (...) mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding.', aldus de Hoge Raad.³⁰ De benadeelde is ook vrij in zijn besteding van het smartengeld.³¹

Het denken in termen van compensatie is van betekenis voor de omvang van het smartengeld. Bij de vaststelling van de omvang van het smartengeld bij letsel staat de omvang van het geleden en te lijden immateriële nadeel centraal. De Hoge Raad spreekt van 'de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde'.³² In de praktijk betekent dit dat aan de hand van de aard en de ernst van het letsel, vergelijkend met gevallen van soortgelijke letsels, een bedrag wordt vastgesteld.³³ Overige omstandigheden, zoals de aard van de aansprakelijkheid en de concrete uitwerking van het letsel voor de benadeelde in kwestie, spelen daarbij in de praktijk veeleer een rol in de marge.³⁴

Een bijzondere kwestie op dit gebied vormen de slachtoffers die als gevolg van het letsel in coma geraken (en blijven), omdat men dan vraagtekens kan plaatsen bij de compensatie van hun nadeel (lijden zij nadeel?, ervaren zij compensatie?, kunnen zij nog iets met het geld?).³⁵ Hoewel nog onduidelijk is hoe door de rechter in ons land over deze kwestie wordt geoordeeld³⁶, lijkt de Hoge Raad sympathie te hebben voor de Duitse en Engelse benadering, waarin wordt gekozen voor compensatie op een wat meer abstract niveau: juist het geobjectiveerde verlies aan levenskwaliteit wordt dan gezien als een element van het te compenseren nadeel.³⁷

Dat bij het smartengeld in geval van letsel het accent ligt op compensatie van nadeel, betekent niet dat het smartengeld in deze gevallen geen andere functies heeft of kan hebben. De benadeelde kan het smartengeld heel wel ervaren als genoegdoening voor hem aangedaan onrecht of als een blijk van erkenning van zijn lijden. Ook wanneer de schade door een aansprakelijkheidsverzekeraar wordt vergoed is het overigens mogelijk dat daardoor het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde wordt bevredigd, omdat zijn frustraties zich van de aansprakelijke naar diens verzekeraar kunnen hebben verplaatst.³⁸ Ten slotte kan de verplichting tot betaling van een hoog bedrag een afschrikwekkend effect hebben op potentiële aansprakelijken, zij het dat de hoogte van het (totaal)bedrag bij letsel veelal vooral zal worden bepaald door de vergoeding ter zake

²⁹ VC II, *PG Boek 6*, p. 385.

³⁰ Zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druifff/Bouw), rov. 3.3. Zie over het arrest nader § 3.3 en 5.2.

³¹ Zie voor een concreet voorbeeld van besteding door Ebele Dillema: Bakels, *AA* 2006, p. 569.

³² Zie HR 7 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O) en HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma).

³³ Zie over de vaststelling van de omvang van het smartengeld nader hoofdstuk 5.

³⁴ Zie uitvoerig *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 50.

³⁵ Zie over deze kwestie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 52 e.v. en Verheij, diss. 2002, p. 71 e.v.

³⁶ In HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma) oordeelde de Hoge Raad over een geval waarin de benadeelde enige tijd niet in volledige comateuze toestand had verkeerd. Zie over het arrest nader § 3.4.3.

³⁷ Zie voor het Duitse recht BGH 16 februari 1993, *VersR* 1993, 585: 'Vielmehr stellt die Einbuße der Persönlichkeit, die Verlust an Personaler Qualität infolge schwerer Hirnschädigung schon für sich ein ausgleichenden immateriellen Schaden dar.'

³⁸ Aldus Frenk, *WPNR* 2003, p. 199.

van vermogensschade en de aansprakelijkheid veelal door een verzekering is gedekt. Hoewel deze aspecten mede het recht op smartengeld (kunnen) dragen, ligt daarop bij de vormgeving van het recht op smartengeld bij letsel en bij de bepaling van de omvang van het toe te wijzen bedrag niet het accent.³⁹

2.3.2 Seksueel misbruik: genoegdoening voor wat er is gebeurd

Ligt bij de toekenning van smartengeld in gevallen van letsel de nadruk op compensatie van (immaterieel) nadeel, bij schadevergoeding wegens seksueel misbruik spelen ook andere aspecten een belangrijke rol en heeft het smartengeld in de praktijk een wat meer punitieve connotatie, die zou kunnen worden aangeduid met 'genoegdoening'.⁴⁰ In de eerste plaats vormt seksueel misbruik een ernstige rechtstreekse inbreuk op de persoonlijke integriteit van de benadeelde en daarmee een ernstige aantasting van zijn persoon. In de tweede plaats is seksueel misbruik een handeling die naar de aard ervan door een hoge mate van verwijtbaarheid wordt gekenmerkt, omdat het misbruik altijd met een zekere mate van bewustheid plaatsvindt. Deze kenmerken kleuren de aansprakelijkheid in deze gevallen en brengen mee dat het recht op smartengeld hier een wat andere grond heeft en rol vervult dan in gevallen van lichamelijk letsel.⁴¹ De nadruk ligt hier niet zozeer op compensatie van de dagelijkse lasten van handicaps, maar het smartengeld heeft hier in feite meer 'gezichten': een materiële blijk van afkeuring en veroordeling van het gedrag, bevrediging (voor zover mogelijk) van de geschokte gevoelens van de benadeelde, en – ook hier – vergoeding van nadelige gevolgen. Dat het smartengeld ook voor de benadeelden hier een min of meer speciale rol vervult, blijkt uit het feit dat slachtoffers van seksueel misbruik behoefte (kunnen) hebben aan een civielrechtelijke veroordeling van de 'dader', omdat zij in de strafrechtelijke procedure onvoldoende aan hun trekken komen, en omdat zij er belang bij hebben dat een gezaghebbende instantie uitdrukkelijk beslist dat niet hen zelf, maar een ander verwijt treft. Het smartengeld wordt in deze gevallen overigens ook vrijwel alleen door de rechter toegewezen en afwikkeling vindt hier zelden buiten rechte plaats. De civiele procedure en de daaruit voortvloeiende sanctie, waarvan het smartengeld in deze gevallen doorgaans een belangrijk deel uitmaakt, heeft dus een hoge intrinsieke morele waarde. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat 'procedurele rechtvaardigheid' niet alleen de voorwaarden betreft waaronder een procedure wordt gevoerd, maar ook het feit *dat* een procedure plaatsvindt waarin aansprakelijkheid wordt vastgesteld.⁴²

De geschetste kenmerken zijn ook van betekenis voor de vormgeving en de omvang van het smartengeld in deze en dergelijke – bij andere misdrijven kan het smartengeld een vergelijkbare rol vervullen – gevallen. Bij de toewijzing van smartengeld in gevallen van seksueel misbruik wordt in de rechtspraak niet steeds de eis gesteld dat er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld of van objectieve factoren waaruit

³⁹ Zo dient de rechter volgens de Hoge Raad ook rekening te houden met de 'aard van de aansprakelijkheid' (HR 7 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O)), vgl. ook *MvA I Inv.*, PG Boek 6 Inv., p. 1274 (eerder compassie met aansprakelijke bij risicoaansprakelijkheid) en met het 'geschokte rechtsgevoel' (HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma)).

⁴⁰ Zie voor verschillende betekenissen van dat woord Lindenbergh, diss. 1998, p. 38 e.v.

⁴¹ Vgl. K.D. Lünemann en D.J.G. Piechocki, *Seksueel geweld betaald gezet*, Nijmegen 2001, waarvan de titel boekdelen spreekt.

⁴² Zie over procedurele rechtvaardigheid in het aansprakelijkheidsrecht Klaming en Bethlehem, *TVP* 2007, p. 119 e.v.

blijkt dat geestelijk letsel is geleden.⁴³ De aard van de handeling (een ernstige inbreuk op de persoonlijke integriteit) brengt mee dat op dit punt minder hoge eisen worden gesteld dan bijvoorbeeld in gevallen van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis.⁴⁴ De omvang van het smartengeld wordt hier ook niet primair bepaald door vergelijking van gevallen aan de hand van de aard en ernst van de gevolgen, maar vindt op meer individuele basis plaats aan de hand van de aard en ernst van het misbruik en de gevolgen daarvan in het concrete geval. Daarbij speelt ook de verwijtbaarheid van het gedrag van de aansprakelijke een rol van betekenis. De vaststelling van het smartengeld 'naar billijkheid' biedt daartoe ook de mogelijkheid.⁴⁵ In dit verband lijkt mij bijvoorbeeld niet juist het oordeel van het Arnhemse Hof dat er geen grond is om bij de bepaling van de omvang van het smartengeld bij seksueel misbruik in aanmerking te nemen dat de schade opzettelijk is toegebracht.⁴⁶ De redenering van het Hof dat alleen opzet in de vorm van oogmerk relevant is, is niet juist, omdat het oogmerk in art. 6:106 lid 1 sub a BW slechts dient als 'poort' naar een recht op smartengeld in een specifieke groep van gevallen. Dit staat er niet aan in de weg om bij de vaststelling van de *omvang* van het smartengeld in andere gevallen tevens de mate van verwijt in aanmerking te nemen.⁴⁷

Gevalen van seksueel misbruik verschillen ook in die zin van de hiervoor beschreven gevallen van letsel dat de aansprakelijke niet (meer⁴⁸) met succes een beroep kan doen op een aansprakelijkheidsverzekering en soms een familielid is van de benadeelde. Dat heeft gevolgen voor zijn solvabiliteit. In de praktijk lijkt van beide omstandigheden een matigende werking uit te gaan op het smartengeld. De smartengeldbedragen zijn in deze gevallen relatief bescheiden.⁴⁹ Het is overigens de vraag of dat een bezwaar is met het oog op het vervullen van de functie van genoegdoening. De genoegdoening beoogt het geschokte rechtsgevoel te bevredigen en het kan zijn dat daarbij de veroordeling in rechte tot betaling van meer belang is dan de exacte omvang van het bedrag. Dat neemt niet weg dat de aard en ernst van het gedrag en de veelal langdurige gevolgen voor de benadeelde hier een forse vergoeding kunnen rechtvaardigen.⁵⁰

2.3.3 Verlies van een naaste: erkenning van verdriet

Veel van het debat over smartengeld heeft zich de afgelopen jaren geconcentreerd op de kwestie van het smartengeld voor naasten van slachtoffers met ernstig letsel en nabestaanden van slachtoffers die zijn komen te overlijden.⁵¹ Ter fundering en rechtvaardig-

⁴³ Vgl. Hof Arnhem 30 oktober 2007, *NJF* 2008, 2: 'Algemeen bekend is dat seksueel misbruik in de jeugd in ieder geval leidt tot immateriële schade, waarvoor een smartengeldvergoeding op de voet van art. 6:106 lid 1 sub b BW op zijn plaats is.'

⁴⁴ Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.10.

⁴⁵ Zie nader § 5.2.3.

⁴⁶ Hof Arnhem 18 februari 2003, *NJ* 2003, 500.

⁴⁷ Zie over de voor de omvang van het smartengeld relevante factoren nader § 5.2.3.

⁴⁸ Bij mijn proefschrift had ik de stelling opgenomen dat de uitleg door de Hoge Raad van de opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen (bijv. *NJ* 1997, 326) deed vermoeden dat verhaal van schade in dergelijke gevallen niet kansloos is en matiging niet op haar plaats was. Inmiddels is die opzetclausule aangescherpt.

⁴⁹ Zie voor overzichten Lünemann en Piechocki 2001; Jansen, 2006, categorie 22; *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.10. De bedragen overstijgen de € 15.000 veelal niet.

⁵⁰ Men kan zich overigens afvragen of het opzettelijke karakter van de gedraging niet aan matiging in de weg zou moeten staan.

⁵¹ Zie over dit thema nader hoofdstuk 4.

ging van een recht op smartengeld in dergelijke gevallen wordt uiteraard ook aandacht besteed aan de functie(s) van smartengeld. Daarbij ligt het accent niet zozeer op compensatie van nadeel van de naasten, en ook niet zozeer op genoegdoening om wat er is gebeurd – hoewel deze aspecten wel degelijk ook een rol kunnen en zullen spelen⁵² –, maar veeleer op erkenning van het leed en van de emotionele belangen van naasten.⁵³

Twee elementen zijn volgens mij kenmerkend voor deze gevallen: het gaat doorgaans om groot verdriet en het gaat niet om de schade van het slachtoffer zelf, maar om belangen van diens naasten. Beide elementen zijn van betekenis voor de kwestie van het smartengeld. In de eerste plaats speelt hier een rol dat naasten en nabestaanden buiten de – beperkte – schadecategorieën van art. 6:107 en 108 BW geen juridische *standing* hebben in het aansprakelijkheidsrecht en derhalve vaak geheel buiten beeld blijven.⁵⁴ Men denke in de praktijk aan de ouders van een jong kind dat komt te overlijden, die – afgezien van de kosten van lijkbezorging – geen ‘belang’ hebben dat zij in rechte geldend kunnen maken.⁵⁵ Een recht op smartengeld zou hierin verandering brengen.⁵⁶ Het is wat dit betreft tekenend dat thans bij gebrek aan een dergelijk recht tamelijk veelvuldig – in toenemende mate ook na misdrijven – een toevlucht wordt gezocht in de sfeer van de ‘shockschade’.⁵⁷ De motieven van naasten op dit punt lijken overigens gevarieerd: erkenning van eigen verdriet, achterhalen van de waarheid, verantwoording door de aansprakelijke, voorkomen dat het nog eens gebeurt.⁵⁸ Ik meen dat een recht op smartengeld hier een nuttige rol zou kunnen vervullen.⁵⁹ Geleidelijk groeit volgens mij het besef dat er op dit punt voor het recht ‘kansen liggen’, die niet gemist zouden mogen worden.⁶⁰ In het licht van de meeromvattende herstelfunctie van het aansprakelijkheids-

⁵² De toelichting op het wetsvoorstel (MvT, Kamerstukken II, 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 2) noemt ook genoegdoening als functie van het smartengeld in dit verband. Zie ook in deze zin Frenk, *WPNR* 2003, p. 199. De suggestie van Hartlief (*NTBR* 2003, p. 80) dat het in het wetsvoorstel om ‘niet meer dan erkenning’ gaat en ‘juist niet om een reële vergoeding’ (wat is in dit verband eigenlijk ‘reëel’?) en ‘juist niet om compensatie’ lijkt mij dan ook vooral retorisch en in elk geval onjuist. Ook de titel van zijn betoog ‘Affectieschade: vergoeden of erkennen’ gaat volgens mij ten onrechte uit van een tegenstelling. Dat de keuze voor een vast bedrag een ander accent legt, staat aan enige rol van die functies niet in de weg.

⁵³ Zie reeds Lindenbergh, diss. 1998, p. 106. Zie voor het Engelse recht Consultation Paper 148, p. 82. Zie voorts Verheij, diss. 2002, p. 241 e.v., Frenk, *WPNR* 2003, p. 199. Ook de Hoge Raad (HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.1) noemt erkenning van het ondervonden leed met zoveel woorden als functie van het smartengeld in het geval van verlies van een naaste: ‘De toewijzing van een vordering tot vergoeding van immateriële schade kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zekere mate een erkenning van het ondervonden leed betekenen.’

⁵⁴ Zie voor de wijze van vormgeving van het recht op dit punt en de consequenties daarvan uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 179 e.v., alsmede Hartlief, *NTBR* 2003, p. 73 e.v.

⁵⁵ Zie voor de schrijnende gevolgen daarvan HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey).

⁵⁶ Zie uitdrukkelijk in deze zin Tjittes, *RM Themis* 2003, p. 309-310, vgl. ook Hartlief 2003, p. 117 e.v.

⁵⁷ Zie hierover nader § 4.3.

⁵⁸ Zie Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 82. Zie over de motieven van een concreet slachtoffer (in de Taxibus-zaak) Den Hollander, *TVP* 2002, p. 33 e.v. en Van, *TVP* 2002, p. 43 e.v.

⁵⁹ Zie nader hierna § 4.4.

⁶⁰ Zie over het potentieel van het aansprakelijkheidsrecht op dit gebied Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 84, alsmede Akkermans en Van Wees, *TVP* 2007, p. 103 e.v. Wat dit betreft is Rb. Arnhem 16 mei 2007, *NJF* 2007, 367 te bescheiden ten aanzien van de rol van een juridische procedure bij erkenning van leed. Dat de proceskosten niet volledig voor vergoeding in aanmerking komen is niet omdat zij geen kosten ter beperking van schade kunnen zijn, maar omdat het stelsel van geliquideerde kosten (art. 241 Rv.) daaraan in de weg staat.

recht valt er dan ook veel voor te zeggen deze rol van erkenning niet te verwaarlozen.⁶¹ Met het recht aan zijn zijde is de benadeelde op dit punt gesteund.⁶²

Natuurlijk kan men zich afvragen of de erkenning vorm moet krijgen in de betaling van een bedrag in geld. Erkenning door het recht kan uiteraard ook op andere wijze plaatsvinden dan door een betaling in geld. Zo pleegt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als vaste regel te hanteren dat met de rechterlijke uitspraak dat een bepaald recht is geschonden reeds een zekere 'satisfaction' is bewerkstelligd⁶³ en is met name door Hartlief bepleit dat met betrekking tot naasten en nabestaanden met een verklaring voor recht zou moeten worden volstaan.⁶⁴ Naar geldend recht bestaat die mogelijkheid evenwel niet⁶⁵, terwijl ook de vormgeving ervan niet zonder haken en ogen is.⁶⁶ Bovendien kan er nog een financieel argument spelen: met de huidige regeling van de vergoeding van proceskosten zal de benadeelde grotendeels zelf de procedure moeten financieren.⁶⁷ Meer fundamenteel lijkt mij evenwel dat de naaste zelf (ook) substantieel immaterieel nadeel lijdt dat, naast eventuele andere mogelijke acties, een recht op vergoeding rechtvaardigt.

Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat 'erkenning' in andere gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat⁶⁸ geen rol speelt en evenmin dat bij een smartengeld voor nabestaanden andere functies dan erkenning geen rol spelen.⁶⁹ Ook bij letsel is erkenning van leed en erkenning van de positie als slachtoffer van betekenis⁷⁰, maar is deze taak minder specifiek voor het smartengeld als zodanig weggelegd, omdat de benadeelde over een reguliere civielrechtelijke actie tot schadevergoeding beschikt. Voor naasten en nabestaanden zou een recht op smartengeld juist hun emotionele belang bij erkenning gestalte kunnen geven en hun juridische *standing* geven die zij anders veelal ontberen.

Het gaat bij erkenning door het toekennen van smartengeld om een vergoeding met een ander accent dan (enkel) compensatie, en dat kan van betekenis zijn voor de omvang van het toe te wijzen bedrag. Het smartengeld heeft hier een in (nog) hoge(re)

⁶¹ Zie daarover ook Du Perron, *Preadvies* 2003, p. 105 e.v.

⁶² Het is geen toeval dat de uitspraak dat een emotioneel belang geen voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW (HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey)) tot zoveel verontwaardiging heeft geleid. Zie Van Maanen, *NTBR* 1999, p. 47 e.v. (met reactie van Nieskens-Ispording en naschrift *NTBR* 1999, 137-138); Van Dam, *VR* 2000, p. 73 e.v.; Wiggers-Rust, *NTBR* 2000, p. 150 e.v.; Snijders 2002, p. 19 e.v.; Sieburgh 2003, p. 173 e.v., alsmede Du Perron, *Preadvies* 2003, p. 147 e.v. en de debatten naar aanleiding daarvan (Handelingen NJV 2003-2). De gedachte dat de rechter geen psychiater is, doet hieraan niet af: de rechter oordeelt over wat rechtens is, maar het recht mag niet blind zijn (en is dat gelukkig ook niet) voor emotionele belangen.

⁶³ Zie bijv. EHRM 27 september 1995, *Reports* 1996-I, 97 (McCann/Verenigd Koninkrijk), § 219. Zie voor een uitgebreid overzicht van jurisprudentie op dit punt D. Shelton, *Remedies for international human rights law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 259-260. Zie voor een Nederlands voorbeeld HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. J. de Boer (W/Staat), en over deze problematiek meer uitvoerig Lindenbergh, *BWKJ* 2005, p. 305 e.v.

⁶⁴ Hartlief, *NTBR* 2003, p. 72 e.v., alsmede Hartlief, *VR* 2004, p. 4.

⁶⁵ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) en HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. A.R. Bloembergen (nietigverklaring huwelijk).

⁶⁶ Zie Frenk, *WPNR* 2003, p. 199.

⁶⁷ Vgl. Bijv. Rb. Arnhem 16 mei 2007, *NJF* 2007, 367 (aan vader van vermoorde dochter wordt € 12.000 smartengeld toegewezen wegens schade door confrontatie; buitengerechtelijke kosten, begroot op € 15.000, worden i.v.m. art. 241 Rv. toegewezen tot bedrag van € 904).

⁶⁸ Zie bijv. Van de Bunt 2003, p. 249, die aangeeft dat ook door fondsen, dus buiten het aansprakelijkheidsrecht, erkenning kan worden bewerkstelligd.

⁶⁹ Hartlief, *VR* 2004, p. 80, plaatst de verschillende functies hier ten onrechte tegenover elkaar.

⁷⁰ Zie over de verschillende aspecten van erkenning in verband met aansprakelijkheid voor letselschade Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 81 e.v.

mate symbolische functie, omdat het accent niet zozeer ligt op goed maken van het nadeel – dat zal hier naar zijn aard moeilijk kunnen – maar op erkenning door het recht dat nadeel is geleden. Met name in gevallen waarin het recht anders geen enkele reactie ten behoeve van de benadeelde kent, terwijl deze niettemin ernstig is getroffen, kan deze functie een rol spelen bij de fundering van een recht op smartengeld. Het (meer) symbolische karakter brengt mee dat ook met een (meer) symbolisch bedrag kan worden volstaan, althans dat het bedrag niet primair aan de omvang van het in concreto geleden of te verwachten leed hoeft te worden gerelateerd. Het feit dat het gaat om ‘derden’ lijkt ook mee te brengen dat betrekkelijk bescheiden bedragen hier hun functie kunnen vervullen; hun positie is nu eenmaal een andere dan die van het rechtstreeks getroffen slachtoffer. Ook in andere landen – die doorgaans wel een recht op smartengeld kennen in deze gevallen – gaat het niet om grote bedragen.⁷¹ Uiteraard betekent dit niet dat met een *symbolisch laag* bedrag kan worden volstaan, omdat daarvan juist een tegengestelde symboliek kan uitgaan.⁷² Ik laat hier ten slotte niet onvermeld dat er tevens rechtseconomische argumenten zijn die een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden ondersteunen en juist – in verband met de prikkelwerking van de sanctie – een zeer hoog bedrag indiceren.⁷³

2.3.4 Schending van de persoonlijke levenssfeer: handhaving van een anders weerloos recht

Sommige persoonsbelangen zijn in die zin weerloos, dat schending ervan niet of nauwelijks tot aanwijsbare schade van betekenis leidt. Zo leidt discriminatie doorgaans tot frustratie, maar zelden tot ziekte. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor aantastingen van de persoonlijke levenssfeer. Dergelijke rechten genieten weliswaar een hoog aanzien, maar kennen rechtens een gebrekkige bescherming.⁷⁴ Het kwaad is bij schending vaak al geschied, zodat een verbodsactie te laat komt. Veelal wordt geen vermogensschade van betekenis geleden⁷⁵ en dikwijls is de wél geleden schade niet eenvoudig in beeld te brengen met behulp van gebruikelijke aanduidingen op het gebied van personenschade zoals lichamelijk en geestelijk letsel, en is het ook overigens niet eenvoudig aan te geven waaruit de schade precies bestaat.⁷⁶ Niettemin is doorgaans wel aannemelijk dat er (enige) schade is geleden en bestaat er een behoefte om de schending rechtens niet onbeantwoord te laten, omdat het recht anders in feite inhoudsloos is.⁷⁷ Door bij dergelijke schendingen een recht op smartengeld te aanvaarden kan het aansprakelijkheidsrecht een bijdrage leveren aan de handhaving van deze rechten.⁷⁸ Om deze reden is er

⁷¹ Vgl. voor België Van Schoubroeck, *VR* 2004, p. 102 e.v.

⁷² Men denke aan toewijzingen in België van een symbolische franc bij het verlies van een schoonouder.

⁷³ Zie Suurmond en Van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1936 e.v.

⁷⁴ Zie uitvoerig Lindenbergh, *BWKJ* 2005, p. 305 e.v.

⁷⁵ Soms is dat niettemin wel degelijk het geval. Men denke aan gevallen waarin schending van art. 6 EVRM (eerlijk proces) leidt tot de teloorgang van een bedrijf. Vgl. voor een dergelijk geval waarin overigens geen causaal verband werd aangenomen EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534 (Dombo). Vgl. bijv. voorts m.b.t. reputatieschade, waar het vermogensschade-aspect ten onrechte nogal eens uit het oog wordt verloren, Tjittes 2002, p. 139 e.v.

⁷⁶ Vgl. bijv. de rechtspraak van de bestuursrechter (bijv. CRvB 7 juli 2006, *AB* 2007, 221 (Jansen)), waarin de bestuursrechter aanneemt dat de duur van de procedure het bestaan van spanning en frustratie veronderstelt, tenzij het bestuursorgaan het tegendeel aannemelijk maakt).

⁷⁷ Zie vooral Verheij, diss. 2002, p. 445 e.v.

⁷⁸ Daartoe kan mede vanuit Europeesrechtelijk perspectief aanleiding bestaan. Zie HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann); HvJEG 10 april 1984, zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (Harz); HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (DraempaehI; *NJ* 1998, 435); HvJEG

voor gepleit om het begrip ‘aantasting in de persoon’ aldus te interpreteren dat daaronder mede vallen schendingen van persoonlijkheidsrechten, ook zonder dat sprake is van fysieke of psychische ziekte, zodat ook dan smartengeld kan worden toegewezen.⁷⁹ Bij ontstentenis van een dergelijke sanctie zou het belang van de benadeelde immers weerloos blijven. Hier ligt een parallel met de hiervoor besproken erkenning: door een sanctie in de vorm van smartengeld te aanvaarden vindt het daardoor beschermde belang rechtens erkenning. Daarbij kan in de praktijk ook het element van de kosten van toegang tot het recht van betekenis zijn: een stevig smartengeld kan handhaving in rechte mogelijk en aantrekkelijk maken. Anders gezegd: zonder toewijzing van een substantieel bedrag kost de handhaving meer dan zij oplevert.⁸⁰

Het accent op het handhavingskarakter van de sanctie is ook van betekenis voor de omvang van het smartengeld in dergelijke gevallen. Zou men – zoals bij letsel – de omvang van het smartengeld vooral vanuit een compensatoir perspectief, en dus aan de hand van een inschatting van de omvang van het geleden nadeel vaststellen, dan zal het hooguit gaan om zeer bescheiden vergoedingen. Weliswaar is het begrip schade naar zijn aard tamelijk rekbaar en kan men daarin ook het ‘geschokte rechtsgevoel’ meewegen⁸¹, maar uiteindelijk verschiet de dragende gedachte achter de sanctie van kleur, van compensatie van nadeel tot ‘zuivere’ rechtshandhaving, en nadert zij daarmee tenslotte de figuur van ‘*punitive damages*’.⁸² Dat de omvang van het smartengeld in dergelijke gevallen langs andere lijnen tot stand komt dan bij compensatie, erkende bijvoorbeeld het Arnhemse Hof, dat schadevergoeding toewees aan een moeder van twee (door de vader) ontvoerde kinderen. Het hof oordeelde dat, nu de toewijzing van immateriële schade op een andere grond was komen te rusten dan in eerste instantie (niet geestelijk letsel van de moeder, maar schending van haar persoonlijke levenssfeer), de omvang van het toe te wijzen bedrag opnieuw diende te worden beoordeeld.⁸³ Al naar gelang het type geval kan het hier volgens mij soms gaan om meer symbolische bedragen dan wanneer compensatie centraal staat, en soms juist om substantieel hogere, wanneer expliciet een preventief signaal wordt beoogd.

2.4 Uitleiding

Het voorgaande laat zien dat het brede toepassingsgebied van het smartengeld meebrengt dat de (accenten in) functies van smartengeld per type geval verschillen. In de literatuur van de afgelopen jaren worden de verschillende functies volgens mij soms te zeer tegenover elkaar geplaatst en wordt gesuggereerd dat zij elkaar uitsluiten. Ik heb zelf in mijn dissertatie de compensatiefunctie nogal voorop geplaatst.⁸⁴ Voor letsel – in

21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland). Zie voorts M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer 2001, p. 261 e.v. alsmede Lindenbergh, *BWKJ* 2005, p. 305 e.v.

⁷⁹ Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 150 e.v.; Lindenbergh, *Preadvies* 1999; Verheij, diss. 2002, p. 487 e.v. Zie voorts hierna § 3.4.7.

⁸⁰ Vgl. over dit aspect in verband met de roddelpers Van Harinxma thoe Slooten 2006 en Boukema, *NJB* 2008, p. 1464 e.v.

⁸¹ Vgl. reeds *TM*, *PG Boek 6*, blz. 377, EV I, *PG Boek 6*, blz. 387 en HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma).

⁸² Zie over deze glijdende schaal beeldend Verheij, diss. 2002, p. 464 e.v. Zie over de gedachte van *punitive damages* in dit verband A-G Koopmans, *Concl.* voor HR 29 november 1991, *NJ* 1993, 150 (Ambtenarenpensioen).

⁸³ Hof Arnhem 22 maart 2005, *JA* 2005, 47.

⁸⁴ Lindenbergh, diss. 1998, p. 33 e.v.

de praktijk veruit de grootste categorie van gevallen – ligt daarop ook het accent. Verheij is juist erg kritisch over de compensatiefunctie geweest, maar heeft zich daarbij vooral op andere gevaltypen gericht en in dat verband de functie van rechtshandhaving aangeprezen.⁸⁵ Du Perron merkt in zijn recensie van het proefschrift van Verheij op dat ‘de waarheid’ soms ‘meer in het midden’ ligt.⁸⁶ Ik denk dat op dit gebied niet zozeer sprake is van ‘de waarheid’, maar veeleer van een verschil in accenten in verschillende typen gevallen. Dat maakt de problematiek van het smartengeld juist zo rijk.

De oplettende lezer zal hebben opgemerkt dat ik in het voorgaande soms andere accenten heb gelegd dan in mijn dissertatie. Dat is deels omdat ik het nu anders zie, en deels omdat ik nu een andere benadering heb gekozen. Hoewel ik in mijn dissertatie de compensatiefunctie centraal plaatste, en die als uitgangspunt koos voor de vormgeving van het recht op smartengeld, heb ik ook wel andere functies, zoals erkenning⁸⁷ en rechtshandhaving⁸⁸ aangestipt. Tegen een eigen rol van de genoegdoeningsfunctie heb ik mij destijds nogal verzet omdat deze in de literatuur mijns inziens ten onrechte werd aangegrepen als restfunctie voor alle mogelijke gevallen en omdat haar betekenis daarvoor ernstig werd overschat.⁸⁹ Intussen vind ik de term wel geschikt om het morele gehalte van de sanctie in bepaalde gevallen aan te duiden, zoals dat bijvoorbeeld een rol speelt in de hiervoor besproken gevallen van seksueel misbruik.

De aandacht voor rechtshandhaving vind ik niet alleen boeiend met het oog op de handhaving van persoonlijkheidsrechten met smartengeld, maar is een kwestie die meer algemeen in het aansprakelijkheidsrecht om aandacht vraagt.⁹⁰ Het zuiver restoratieve karakter (de sanctie is in geld uitgedrukt nooit hoger dan de schade) dat in het schadevergoedingsdenken nu eenmaal een centrale rol vervult, voldoet niet altijd aan de noden van deze tijd en soms zijn pittiger sancties nodig. Overigens denk ik dat het schadebegrip wat dit betreft ook nog de nodige ‘rek’ biedt, evenals de waarderingsmaatstaven. De woorden ‘naar billijkheid’ in art. 6:106 BW laten wat dat betreft in theorie, maar ook in de praktijk, veel toe.⁹¹

Ik sta thans ook minder terughoudend tegenover een privaatrechtelijke boete dan tien jaar geleden.⁹² Ik kan mij voorstellen dat in sommige gevallen de gebondenheid van de sanctie aan de schadeomvang voor het aansprakelijkheidsrecht te zeer een handicap vormt om effectief te zijn, al ben ik nog niet uitgedacht over de vraag voor welke gevallen dat geldt.⁹³ Nu moet er wel voor worden gewaakt dat het beeld ontstaat dat het smartengeld – dat immers zoveel verschillende functies kan vervullen – een panacee is voor ieder handhavingstekort. Weliswaar is het woord ‘smartengeld’ in het verleden wel in twee betekenissen uitgelegd: als geld voor smart van de benadeelde, en om de aan-

⁸⁵ Verheij, diss. 2002, hoofdstuk X.

⁸⁶ Du Perron, *RM Themis* 2003, p. 155.

⁸⁷ Lindenberg, diss. 1998, p. 206.

⁸⁸ Zie in verband met persoonlijkheidsrechten uitvoerig mijn preadvies, Lindenberg, *TPR* 1999, p. 1665 e.v.

⁸⁹ Lindenberg, diss. 1998, p. 38 e.v.

⁹⁰ Zie bijv. Van Boom, Oratie 2006. Zie ook Hartlief, *NJB* 2005, p. 830 e.v.

⁹¹ Volgens de parlementaire geschiedenis beogen zij tot uitdrukking te brengen dat de rechter rekening dient te houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de mate van schuld van de aansprakelijke. Aldus EV I, *PG Boek 6*, p. 388. Ook in de Toelichting Meijers bestond reeds oog voor andere functies van smartengeld, zoals preventie. TM, *PG Boek 6*, p. 377.

⁹² Zie Lindenberg, diss. 1998, p. 45 e.v.

⁹³ De door Zwitser, *RM Themis* 2005 geschetste problematiek van wanprestatie jegens consumenten geeft bijvoorbeeld te denken. Zie ook Kerkmeester, *NJB* 1998, p. 1807 e.v. en Van der Heijden, *NJB* 2001, p. 1749 e.v. Zie voor recente ontwikkelingen in verband met het mededingingsrecht bijv. Boot, *AA* 2008, p. 200 e.v.

sprakelijke *smart* (slim) te maken (iets te leren)⁹⁴, maar met betrekking tot dat laatste zijn de mogelijkheden ervan niet onbegrensd. Het smartengeld heeft in de huidige wettelijke regeling vooral een rol gekregen in de sfeer van de bescherming van de menselijke persoon. Daarop zijn ook de gevallen geënt waarin de wetgever een recht op smartengeld heeft aanvaard.⁹⁵ Zeker wanneer men daarbuiten meer wil handhaven, ligt het in de rede om met het oog daarop afzonderlijke sancties vorm te geven.

⁹⁴ In de laatste betekenis is in de Verenigde Staten wel de term *smart money* gebruikt. Zie *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342 (1872).

⁹⁵ Zie over die gevallen nader hierna hoofdstuk 3.

Hoofdstuk 3

Wanneer smartengeld?

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is besproken welke functies het smartengeld zoal heeft. Die functies dienen er mede toe het bestaan van een recht op smartengeld te verklaren en te rechtvaardigen. In dit hoofdstuk gaat het om de vraag in welke gevallen iemand recht heeft op smartengeld. Daarbij staat het wettelijke stelsel centraal en zal worden ingegaan op de rechtsontwikkeling van de afgelopen jaren om te laten zien hoe de rechtspraktijk haar weg vindt binnen de door de wetgever geboden kaders. In dat verband zal aandacht worden besteed aan een aantal markante uitspraken van de Hoge Raad en aan de ontwikkelingen in de literatuur. De problematiek van het smartengeld voor naasten en nabestaanden – die de afgelopen jaren veel pennen in beweging heeft gebracht – komt in het volgende hoofdstuk afzonderlijk aan bod.

3.2 Het wettelijk stelsel

De meest relevante bepalingen over smartengeld zijn art. 6:95 BW, dat aangeeft dat ander nadeel dan vermogensschade slechts voor vergoeding in aanmerking komt voorzover de wet dat bepaalt, en art. 6:106 BW, dat opsomt in welke gevallen er een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade bestaat. Zowel in als buiten het privaatrecht vindt men incidenteel andere wettelijke bepalingen waarin wordt aangegeven dat ander nadeel dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt.⁹⁶ Ook zij zijn in feite te zien als uitwerkingen van art. 6:95 BW.

Voor de praktijk zijn veruit de belangrijkste uitwerkingen te vinden in art. 6:106 lid 1 BW. Volgens die bepaling bestaat een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wanneer het *oogmerk* bestond om zodanig nadeel toe te brengen (lid 1 onder a), wanneer het gaat om een aantasting van de *persoon* (lid 1 sub b), of wanneer het gaat om de aantasting van de *nagedachtenis* van een overledene (lid 1 sub c).⁹⁷ Aan de rechtsontwikkeling met betrekking tot deze categorieën wordt hierna afzonderlijk aandacht besteed.

De regeling van de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding (art. 6:95 e.v. BW, en dus ook art. 6:106 BW) geldt voor alle privaatrechtelijke wettelijke verplichtingen

⁹⁶ Zie, behalve art. 6:106 BW, art. 7:510 BW (reisovereenkomst), art. 16 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, art. 3 lid 4 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, art. 49 lid 2 Wet bescherming persoonsgegevens, art. 74b Wetboek van Strafrecht, art. 89 lid 1 en lid 6 Wetboek van Strafvordering, art. 67 lid 1 Overleveringswet, art. 59 lid 1 Uitleveringswet, art. 44 Uitvoeringwet Internationaal Strafhof, art. 67 Wet overdracht tenuitvoerlegging straffen, art. 164 lid 9 Wegenverkeerswet, art. 11.7 lid 6 Wet luchtvaart, art. 6 lid 4 Rijkswet administratieve bijstand douane, art. 106 lid 1 Vreemdelingenwet.

⁹⁷ Zie voor pogingen tot herformulering Overeem, *VR* 1999, p. 163: 'Indien de benadeelde lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is aangetast of op andere wijze *ernstig* in zijn persoon is aangetast' en Abas, *NTBR* 2007, p. 198: 'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding, indien hij in een persoonlijkheidsrecht is aangetast.' Beide pogingen leiden er niet toe dat er met de bepaling iets kan worden bereikt wat thans met art. 6:106 BW niet zou kunnen.

tot schadevergoeding, dus ook voor bijvoorbeeld de risicoaansprakelijkheden,⁹⁸ voor de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 lid 2 BW,⁹⁹ alsmede in geval van tekortkoming in de nakoming van een verbintenis.¹⁰⁰ Op primaire contractuele schadevergoedingsplichten – zoals die welke voortvloeien uit schadeverzekeringen – is de regeling niet van toepassing, omdat hun inhoud door (uitleg van) de desbetreffende overeenkomst wordt beheerst.¹⁰¹ Schadeverzekeringen behelzen overigens, op enkele uitzonderingen na¹⁰², geen vergoedingen voor immateriële schade. Bij gebrek aan een eigensoortige schadevergoedingsregeling wordt ook buiten het privaatrecht aansluiting gezocht bij de regeling van Afdeling 6.1.10 BW, ook op het punt van het smartengeld. Het gaat hier vooral om het bestuursrecht.¹⁰³ De bestuursrechter volgt in grote lijnen de civiele rechter bij de toepassing van art. 6:106 BW, zij het dat hij soms de civiele rechter in zijn denken wat vooruit lijkt te zijn, doordat hij vaker vergoedingen toewijst wegens 'spanning en frustratie' indien de benadeelde zijn recht niet tijdig heeft gekregen.¹⁰⁴

Het wettelijk stelsel brengt mee dat, wanneer er een verplichting tot schadevergoeding bestaat en de benadeelde valt onder één van de in art. 6:106 lid 1 BW opgesomde gevallen, telkens – dus ongeacht de aard van de aansprakelijkheid – een verplichting tot vergoeding van immateriële schade bestaat.¹⁰⁵ In de literatuur is niettemin bepleit dat bij sommige aansprakelijkheden een recht op vergoeding van immateriële schade juist achterwege zou dienen te blijven. Zo heeft Hartlief gesuggereerd dat bij aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:611 BW (goed werkgeverschap) een minder royale schadevergoedingsplicht zou passen en bijvoorbeeld smartengeld niet op zijn plaats zou zijn.¹⁰⁶ De Hoge Raad heeft op dit punt intussen gekozen voor een bijzonder schadevergoedingsregiem dat is afgestemd op het niveau van een 'be-

⁹⁸ In het Duitse recht is dit eerst onlangs aanvaard. Door het Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften van 19 juli 2002 is § 847 BGB komen te vervallen en is het recht op smartengeld verwoord in § 253 II BGB, waardoor het algemene gelding heeft gekregen voor alle aansprakelijkheidsgronden. Zie uitvoerig Jaeger en Luckey 2008, p. 22 e.v.

⁹⁹ Zie uitdrukkelijk HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuijs), rov. 5.2: 'Onderdeel 1a en 1b zijn gegrond op de onjuiste rechtsopvatting dat indien krachtens art. 7:658 BW immateriële schadevergoeding is verschuldigd, de regeling van art. 6:106 daarop niet van toepassing zou zijn. Niet valt in te zien dat met betrekking tot immateriële schade in het kader van art. 7:658 andere normen hebben te gelden dan die, neergelegd in art. 6:106, dat deel uitmaakt van de afdeling die aan wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding is gewijd. Hetzelfde geldt als de rechter een schadevergoedingsverplichting zou gronden op art. 7:611 BW (...).' Zie over dit aspect van het arrest Lindenbergh, *MvV* 2005, p. 87.

¹⁰⁰ Zie uitvoerig Krans, diss. 1999, p. 239 e.v. Zie voorts voor een recent pleidooi om in dat verband tot een royale interpretatie van art. 6:106 lid 1 sub a BW te komen, Zwitser, *RM Themis* 2005, p. 72 e.v.

¹⁰¹ HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210 m.nt. M.M. Mendel (Hoogenboom/Unigarant). Niettemin kan contractueel aansluiting worden gezocht bij de regeling van Afdeling 6.1.10 BW, expliciet, dan wel via uitleg. Vgl. voor het laatste HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 281 m.nt. M.M. Mendel (Centraal Beheer/Forbo).

¹⁰² Denk aan de 'Schadeverzekering inzittenden' en verzekeringen ter uitvoering van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek (art. 7).

¹⁰³ Zie Scheltema en Scheltema 2008, p. 375 e.v. Zie voor de ambtenarenrechter ook Van den Brekel, *TVP* 2005, p. 86 e.v.

¹⁰⁴ Zie o.a. CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73 m.nt. H.E. Bröring. Vgl. over de mogelijkheden op dit punt in het civiele recht Lindenbergh, *AA* 2007, p. 777 e.v. Zie over de betekenis van EHRM-rechtspraak voor het nationale schadevergoedingsrecht ook EHRM 10 november 2004, *AB* 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen (Riccardi Pizzati/Italië); EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006, 294 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino/Italië) en EHRM 15 februari 2008, *AB* 2008, 140 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Arvanitaki-Roboti e.a./Griekenland).

¹⁰⁵ De aard van de aansprakelijkheid kan niettemin meewegen bij de vaststelling van de omvang van het smartengeld. Zie nader hierna § 5.2.3.

¹⁰⁶ Hartlief, *AV&S* 2003, p. 11.

hoorlijke verzekering'.¹⁰⁷ Of een dergelijke verzekering nog 'behoorlijk' is wanneer zij geen dekking biedt voor ander nadeel dan vermogensschade is nog onduidelijk. Hier spelen verschillende gezichtspunten een rol. Weliswaar bieden sommige first-partyverzekeringen dekking voor immateriële schade en geniet vergoeding van immateriële schade als vorm van personenschade een hoge prioriteit, zeker in verhouding tot zaakschade die in dergelijke gevallen steeds moet worden vergoed.¹⁰⁸ Maar daar staat tegenover dat het bij aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW gaat om ongevallen waarvan het ontstaan niet aan de werkgever, maar veelal juist aan de werknemer zelf zal zijn toe te schrijven.¹⁰⁹ Gelet op het bijzondere karakter van de grondslag van deze aansprakelijkheid (geen aansprakelijkheid wegens het niet voorkomen van het ongeval, maar wegens het niet voorzien in een rechtspositionele voorziening om schade te dekken) acht ik de dekking van immateriële schade in dit verband van minder groot belang.

De bepalingen van art. 6:95 en 106 BW zijn zo geformuleerd dat wanneer voldaan is aan de vereisten voor aansprakelijkheid en tevens sprake is van één van de in art. 6:106 BW opgesomde gevallen, een *recht* op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade bestaat. Aldus komt op de aansprakelijke een verbintenis tot schadevergoeding te rusten en ontstaat in het vermogen van de gelaedeerde een vermogensrecht, ongeacht of zich daarover een rechter heeft uitgelaten.¹¹⁰ Hoewel ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade in het Ontwerp Meijers aanvankelijk een ander stelsel werd voorgestaan¹¹¹, is in een later stadium uitdrukkelijk gekozen voor de huidige bepaling, die niet het *bestaan* van het recht op vergoeding, maar alleen de vaststelling van de *omvang* aan het billijkheidsoordeel van de rechter overlaat.¹¹² Niettemin heeft de Hoge Raad in 2001 in een geval van belediging geoordeeld dat de rechter bij de begroting van de immateriële schade een discretionaire bevoegdheid heeft, die inhoudt dat hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden, maar dat hij ook de bevoegdheid heeft om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen.¹¹³ Het arrest is terecht stevig bekritiseerd door Brunner, die aangeeft dat deze uitspraak niet in lijn is met hetgeen de parlementaire geschiedenis op dit punt voorstond, omdat zij suggereert dat de discretionaire bevoegdheid niet alleen de vaststelling van de omvang omvat, maar ook de kwestie of een recht op vergoeding bestaat.

¹⁰⁷ Zie HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178; *JAR* 2008, 57; *VR* 2008, 56, waarin de Hoge Raad de omvang van de verplichting laat afhangen van de vraag wat een behoorlijke verzekering zou dekken. Zie ook in deze richting Lindenbergh, Oratie 2006, p. 17-18. Zie over dit verzekeringsaspect ook Van Boom, Wansinkbundel 2006, p. 61 e.v. Het zou daarbij kunnen gaan om schadeverzekeringen voor inzittenden, die tevens immateriële schade (kunnen) dekken.

¹⁰⁸ Aldus HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker). Ook A-G Spier (Conclusie voor HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal), onder 4.23 e.v.) wijst op deze gezichtspunten en acht een vergoeding voor immateriële schade wel op haar plaats (althans zou voor het tegendeel 'niet willen pleiten').

¹⁰⁹ Is het ongeval aan een derde te wijten, dan zal de werknemer zich doorgaans tot die derde wenden omdat diens aansprakelijkheid het regiem van art. 6:95 e.v. volgt en doorgaans door (WAM)verzekering zal zijn gedekt.

¹¹⁰ Zie over de vermogensrechtelijke aspecten van het recht op smartengeld nader hoofdstuk 6.

¹¹¹ PG Boek 6, p. 377: 'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdende met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen (...)'.

¹¹² GO, PG Boek 6, p. 380: 'De aanhef van het eerste lid is in het gewijzigd ontwerp enigszins anders geformuleerd, zulks zowel ter verkrijging van een simpeler redactie als om duidelijker te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter.'

¹¹³ HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91, m.nt. C.J.H. Brunner; *TVP* 2001, p. 109-110 (G.J.M. Verburg); *NTBR* 2001, p. 388-389 (T. Starren).

De door de Hoge Raad gekozen route acht ook ik weinig fraai.¹¹⁴ Indien men in een dergelijk geval een schadevergoeding rechtens niet passend acht, ligt het veeleer voor de hand om dat te motiveren met de gedachte dat het gedrag in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig was, dan wel dat dit geen persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW oplevert. Juist bij persoonsaantastingen zoals schending van eer en goede naam, maar ook in bepaalde gevallen van schending van (andere) fundamentele rechten, ligt de nadruk veeleer op de handeling van de laedens dan (zoals bij persoonsaantastingen als lichamelijk en geestelijk letsel) op de gevolgen voor de benadeelde.¹¹⁵ Dit biedt de mogelijkheid om dat handelen als zodanig op al zijn merites te beoordelen en daarin ook de wenselijkheid van het in de gegeven omstandigheden aannemen van een vergoeding te betrekken. Wanneer men eenmaal een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW aanneemt, komt het gewrongen over om vervolgens een schadevergoeding af te wijzen. Het gaat hier om rechtsoordelen waarbij de rechter ten aanzien van de waardering van de feiten een zekere speelruimte heeft, maar een discretionaire bevoegdheid in de zin van volledige beleidsvrijheid voor de feitenrechter lijkt mij hier niet op haar plaats.¹¹⁶

3.3 Het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel

De wet verbindt in art. 6:95 BW (en in art. 6:106 lid 2) gevolgen aan het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel: vermogensschade komt in beginsel steeds en volledig voor vergoeding in aanmerking, ander nadeel slechts voor zover de wet er recht op geeft, en 'naar billijkheid'.¹¹⁷ Het onderscheid tussen beide 'schadesoorten' is evenwel allerminst scherp.¹¹⁸ Dat komt doordat de werkelijkheid zich niet eenvoudig in deze twee categorieën laat indelen en omdat hier eigenlijk verschillende gedachtelijnen door elkaar heen lopen. Hoewel de wet dat niet met zoveel woorden bepaalt, ligt aan het schadevergoedingsrecht de gedachte ten grondslag dat schadevergoeding ten doel heeft de benadeelde zoveel mogelijk te plaatsen in de situatie waarin hij zich zonder de normschending waarop de aansprakelijkheid berust (vermoedelijk) zou hebben bevonden. Dat vertrekpunt bepaalt dan ook de maatstaf voor de vaststelling van de schadevergoeding.¹¹⁹ Dat betekent dat feitelijk herstel voorop staat en dat de kosten daarvan binnen de grenzen van de redelijkheid voor vergoeding in aanmerking komen.¹²⁰ Hier kan, met name bij letsel, sprake zijn van een soort 'transformatie' van schade: pijn is ander nadeel dan vermogensschade, de kosten van een pijnbehandeling vormen vermo-

¹¹⁴ Het lijkt er overigens op dat de Hoge Raad veeleer het hofarrest heeft willen 'redden' dan een principiële uitspraak heeft willen geven.

¹¹⁵ Zie nader Lindenbergh, diss. 1998, p. 156.

¹¹⁶ Men kan zich overigens afvragen of de Hoge Raad volledige beleidsvrijheid op het oog had, nu hij met de woorden 'indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt' kennelijk een zekere (en dus toetsbare) motivering vergt.

¹¹⁷ Zie over de bijzondere eisen van art. 6:106 lid 2 BW nader § 6.2.

¹¹⁸ Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 95, aant. 18 en Lindenbergh, diss. 1998, p. 78 e.v.

¹¹⁹ Zie *Mon. BW B34* (Lindenbergh), nr. 6. Zie voor een – naar de aard der zaak noodzakelijkerwijs – iets andere invalshoek bij overlijden art. 6:108 BW.

¹²⁰ Zie voor gevallen waarin geen kosten werden gemaakt maar niettemin – terecht – wordt aangenomen dat dat sprake is van (vermogens)schade: HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444 (PTT-kabel; zaaksbeschadiging), HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof; tijd besteed aan verzorging van gewond kind) en HR 11 juli 2008, *LJN* BC9365 (vergoeding van derving van levensonderhoud). M.i. ten onrechte kwalificeert A-G Langemeijer (conclusie onder 3.12) de inspanningen ter zake van opvoeding en verzorging van de kinderen na overlijden van – in dit geval – de moeder als immateriële schade.

genschade, zij het ter beperking van ander nadeel dan vermogensschade.¹²¹ Dikwijls is herstel evenwel niet mogelijk, soms is het vanwege hoge kosten onverantwoord. Dat laatste zal zich bij aantastingen van de menselijke persoon overigens niet snel voordoen. Is herstel niet mogelijk of verantwoord, dan komt het aan op compensatie van resterend nadeel. Voor zover het resterende nadeel in de financiële sfeer ligt (bijvoorbeeld verlies aan arbeidsvermogen door invaliditeit) spreekt men van vermogensschade.¹²² Voor zover het gaat om resterend nadeel dat niet eenvoudig tot het vermogen is te herleiden spreekt men van 'ander nadeel'. Omdat 'ander nadeel' alleen een 'negatieve' aanduiding kent, aangezien de wetgever het afzet tegen vermogensschade (die hij overigens evenmin heeft gedefinieerd) is het niet eenvoudig om aan de hand van een positieve omschrijving van het nadeel te beslissen of het gaat om immateriële schade die voor vergoeding in aanmerking komt. De wetgever heeft dit probleem in feite omzeild doordat art. 6:106 BW niet uitgaat van een aanduiding van het nadeel, maar van een omschrijving van typen gevallen waarin een recht op vergoeding bestaat.

Het voorgaande brengt mee dat verschillende schadeposten zich op een grensvlak bevinden en langs beide lijnen zouden kunnen worden benaderd. Op dit punt is sprake van een soort schemergebied. Kosten van aanpassingen van de werkplek aan handicaps zullen veelal worden aangemerkt als (redelijke) kosten ter beperking van vermogensschade (verlies aan arbeidsvermogen). Voor kosten ter zake van een vakantie die de gelaedeerde maakt, is dat lastiger. Weliswaar raakt het maken van kosten van een vakantie onmiskenbaar de vermogenssfeer en kunnen zij daardoor per definitie als vermogensschade worden aangemerkt, maar daarmee is niet gezegd dat zij steeds en geheel voor vergoeding in aanmerking komen.¹²³ Hier ligt de grens in de redelijkheid en deze vergt een afweging van de verwachte bijdrage aan het herstel in verhouding tot de omvang van de kosten.¹²⁴ Wanneer een slachtoffer van letsel als gevolg van zijn handicaps hogere kosten moet maken dan hij zonder het ongeval voor zijn gebruikelijke vakanties zou hebben hoeven maken, ligt de kwestie weer iets anders. Het gaat dan immers meer om herstel in de feitelijke situatie waarin hij zonder de schadetoebrengende gebeurtenis (vermoedelijk) had verkeerd. Overigens liggen hier ook grenzen: de benadeelde die vroeger duikvakanties nam en dat door zijn handicaps niet meer kan, zal geen aanspraak kunnen maken op een vakantie met een onderzeeër (gesteld dat dit een vorm is die zijn oorspronkelijke beleving het meest benadert). Hetzelfde geldt mijns inziens ten aanzien van hogere kosten die een benadeelde in verband met zijn handicaps moet maken voor de uitoefening van hobby's die hij zonder letsel uitoefende.¹²⁵ Aan de hand van de redelijkheid moet hier een grens worden gevonden en het gaat hier uiteindelijk om de vraag voor welk niveau van levenskwaliteit de aansprakelijke heeft op te komen.¹²⁶ Het is dus veeleer het redelijkheids criterium dat beslissend is dan (de wet-

¹²¹ Zie Lindenbergh, LSA 2004, p. 1 e.v.

¹²² Of nadeel in de financiële sfeer ligt is overigens ook niet steeds eenvoudig vast te stellen. Zie voor uitgaven, gedaan ter verkrijging van onstoffelijk voordeel HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 m.nt. Jac Hijma (Burger/Brouwer Motors).

¹²³ Vgl. bijv. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof), waarin de Hoge Raad de tijd, besteed aan bezoek kwalificeert als 'hoezeer ook vermogensschade', maar deze niet voor vergoeding in aanmerking laat komen.

¹²⁴ Zie daarover Bolt 2002, p. 1 e.v.

¹²⁵ Zie daarover Dijkshoorn, TVP 2007, p. 67 e.v. en Flentrop-Turner, NbBW 1999, p. 61 e.v. Zie ook Hof Arnhem 30 november 2004, VR 2005, 73, dat de extra kosten van sport in het concrete geval buiten het smartengeld houdt.

¹²⁶ Zie over de betekenis van het niveau van levenskwaliteit bij vergoeding van letselschade ook Hartlief, TVP 2001, p. 58 e.v.

telijke gevolgen van) het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel. Verschillende gezichtspunten zullen hier een rol spelen, zoals in hoeverre de gewenste maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan concreet herstel van de situatie zonder ongeval en wat de kosten zijn die daarvoor moeten worden gemaakt. Daarbij moet worden bedacht dat nu eenmaal lang niet alles is te herstellen en men soms het feitelijke verlies moet nemen. Juist daarvoor dient het smartengeld ter compensatie. In dat verband is dan – logischerwijs – niet beslissend hoe de benadeelde van plan is het smartengeld te gaan besteden.

Deze kwestie is inmiddels uitgemaakt in het arrest Druijff/Bouw.¹²⁷ Dat betrof een werknemer die als gevolg van een arbeidsongeval ernstig invalide was geraakt en aan wie door kantonrechter een bedrag van f 200.000 aan smartengeld was toegewezen. In de procedure had de eiser uitsluitend het smartengeld aan de orde gesteld teneinde te trachten de rechter te bewegen tot een hoger (top)bedrag te komen. In zijn motivering had de kantonrechter zich overgegeven aan bespiegelingen over het doel van smartengeld en had hij onder meer overwogen:

‘Compensatie van ervaren nadeel kan naar billijkheidsmaatstaven geacht worden te zijn gelegen in een beperking van het leed, onder meer door het bieden van een mogelijkheid voor eiser om vanuit een eigen vermogenspositie tot een contra-gebaar in staat [te zijn] ten opzichte van diegenen van wie de gelaedeerde voor zijn dagelijkse bestaan afhankelijk is, een en ander volgens zijn eigen, discretionaire bevoegdheid. Daarnaast kan daarmee de gedachte ontwikkeld zijn dat eiser met behulp van een extra-gelddedrag in staat wordt gesteld activiteiten – bijvoorbeeld een vakantie met hulpverlening – te bekostigen om zijn ongenoegen te verzachten.’

Tegen deze achtergrond heeft de eiser vervolgens in hoger beroep een rekenvoorbeeld gepresenteerd van hetgeen een jaarlijkse extra vakantie onder begeleiding van hulpverleners zou kosten, om aldus aan te tonen dat de toegewezen f 200.000 daartoe veruit ontoereikend was. De rechtbank liet zich niet door dat rekenvoorbeeld beïnvloeden. De Hoge Raad overwoog op dit punt (rov. 3.3):

‘In het licht van hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen [een algemene uiteenzetting van uitgangspunten voor de vaststelling van het smartengeld, SDL], kan een betoog als hier aan de orde in het kader van de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade geen verdere betekenis hebben, dan dat het ertoe dient om de rechter door middel van een voorbeeld duidelijk te maken dat de aard en ernst van het letsel van de betrokkene mede van invloed zijn op de omvang van de kosten, verbonden aan de maatregelen ter veraangenaming van diens leven. (...) De aard van de onderhavige vergoeding brengt echter mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding.’

Deze gedachtegang lijkt mij juist. Presenteert men een schadepost als kosten van een redelijke maatregel die door het letsel wordt gerechtvaardigd, dan moet die schadepost worden beoordeeld in het kader van de vergoeding van vermogensschade. Heeft men eenmaal het speelveld van ‘ander nadeel’ betreden, dan gelden er andere regels, namelijk die van de compensatie van resterend nadeel naar billijkheid. Daarbij gaat het om

¹²⁷ HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/Bouw); AV&S 2001, p. 26 e.v. (S.D. Lindenbergh).

een algemene waardering van de ernst van het letsel en niet om mogelijke bestedingswijzen. Overigens laat de Hoge Raad terecht doorschemeren dat het prijsniveau van maatregelen ter veraangenaming van het leven natuurlijk niet zonder betekenis is voor het billijkheidsoordeel over het smartengeld.¹²⁸ Men moet met het smartengeld wel iets kunnen.¹²⁹

Het voorgaande illustreert overigens niet alleen dat het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel niet altijd eenvoudig is te maken, maar ook dat schadeposten zich dus niet eenvoudig laten scheiden. Dat betekent dat vermogensschade en ander nadeel in zekere zin kunnen worden gezien als communicerende vaten. Naarmate meer feitelijke schadeposten als vermogensschade in ogenschouw worden genomen, slinkt immers het speelveld voor de vergoeding van ander nadeel, en omgekeerd.¹³⁰

3.4 De categorieën van artikel 6:106 BW

3.4.1 Algemeen

De wetgever heeft in art. 6:106 lid 1 BW gekozen voor een opsomming van gevallen waarin een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade bestaat. Het gaat om het 'oogmerk om zodanig nadeel toe te brengen', 'aantasting van de nagedachtenis van een overledene' en om 'persoonsaantastingen', onderverdeeld in 'lichamelijk letsel', 'schending van eer en goede naam' en 'aantasting van de persoon op andere wijze'. De structuur van art. 6:106 BW brengt mee dat eerst aan de hand van de in het artikel beschreven categorieën dient te worden gezien of er een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade bestaat. De eiser moet daartoe wel voldoende stellen.¹³¹ Is dat eenmaal vastgesteld, dan dient aan de hand van de billijkheid de omvang van het smartengeld te worden bepaald.¹³² Dat betekent dat het bijvoorbeeld in een geval van lichamenlijk letsel met tevens psychische gevolgen niet nodig is dat afzonderlijk wordt geoordeeld dat er naast lichamenlijk letsel sprake is van een 'andere aantasting van de persoon' in de vorm van geestelijk letsel. Is eenmaal lichamenlijk letsel vastgesteld, dan heeft de benadeelde volgens art. 6:106 BW op die grond recht op smartengeld en kunnen de psychische gevolgen eenvoudig bij de begroting van de omvang van het bedrag worden meegenomen.¹³³

In het licht van art. 6:95 BW (alleen vergoeding van ander nadeel voor zover de wet daar recht op geeft), gaat het in art. 6:106 lid 1 BW om een limitatieve opsomming. De bepaling biedt niettemin ruimte voor rechtsontwikkeling door aan het slot van het eerste lid onder b te bepalen dat ook bij 'andere' persoonsaantastingen dan lichamenlijk letsel of schending van eer en goede naam een recht op smartengeld bestaat. Met name op dat punt hebben zich de afgelopen jaren enkele ontwikkelingen voorgedaan. Ook

¹²⁸ Zie ook Spier, Oratie 2002, p. 14, die aangeeft dat men met het smartengeld wel 'iets' moet kunnen.

¹²⁹ Zie over de omvang nader hoofdstuk 5.

¹³⁰ Deze gedachte is ook wel opgeworpen als verklaring voor uiteenlopende smartengeldniveaus in verschillende landen. Zie daarover nader § 5.5.

¹³¹ Vgl. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 35 (Joegoslavische militairen/Staat), waarin het hof had geoordeeld dat onvoldoende was gesteld omtrent de persoonlijke omstandigheden van eisers en de Hoge Raad oordeelde dat uitleg van de gedingstukken op dit punt is voorbehouden aan de feitenrechter.

¹³² De rechter dient wel eerst het bestaan van een persoonsaantasting vast te stellen, pas daarna mag hij tot begroting overgaan. Zie HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348 (S.J./Staat); *Bb* 2004, 19 (T.F.E. Tjong Tjin Tai).

¹³³ Zie bijv. uitdrukkelijk in deze zin Hof 's-Gravenhage 7 februari 2006, *VR* 2007, 81.

met betrekking tot andere categorieën zijn relevante ontwikkelingen te signaleren. De verschillende in art. 6:106 lid 1 BW genoemde categorieën worden daarom hierna afzonderlijk belicht.

3.4.2 Oogmerk en nagedachtenis

Hoewel de kern van art. 6:106 lid 1 BW wordt gevormd door de onder b vermelde persoonsaantastingen, kent de bepaling nog twee andere categorieën van gevallen waarin een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wordt geboden: wanneer het *oogmerk* bestond om zodanig nadeel toe te brengen (onder a) en bij aantasting van de nagedachtenis van een overledene (onder c).

Volgens art. 6:106 lid 1 onder a BW heeft de benadeelde in de eerste plaats recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade indien de aansprakelijke het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen. Nadere eisen, bijvoorbeeld aan de ernst van de gevolgen van het handelen, stelt de bepaling niet. Uit de woorden 'zodanig nadeel' blijkt dat het oogmerk specifiek moet zijn gericht op het toebrengen van ander nadeel en dat de handeling dus moet hebben plaatsgevonden met de bedoeling om de benadeelde te kwetsen.¹³⁴ Nu dat zelden bewijsbaar het geval is, heeft de bepaling weinig praktische betekenis.¹³⁵ In de rechtspraak zijn dan ook nauwelijks voorbeelden te vinden van toewijzingen op deze grondslag. Een markante uitzondering vormt het arrest van de Hoge Raad over een vader die – zo werd afgeleid uit een brief op een diskette en uit een verklaring van de vader zelf – teneinde zijn echtgenote te kwetsen hun beider kind ombracht.¹³⁶ Over de vraag of de rechtbank en het hof een juiste invulling hebben gegeven aan het oogmerk criterium laat de Hoge Raad zich evenwel niet uit.¹³⁷ Hij concentreert zich op de vraag of de vordering mogelijk is naast de – exclusieve – regeling van de overlijdensschade in art. 6:108 BW.¹³⁸

In de literatuur is verschillende malen gepleit voor een ruimhartiger uitleg van het oogmerk criterium.¹³⁹ Zo heeft Zwitser recent bepleit dat de bepaling zou moeten worden toegepast bij opzettelijke wanprestatie, ook al is deze niet (bewijsbaar) primair gericht op het toebrengen van immaterieel nadeel.¹⁴⁰ Het smartengeld zou dan moeten vergoeden dat bijvoorbeeld verzekeraars weigeren tijdig of volledig de schadepeningen uit te keren en zou – geïnspireerd door de doorgaans door professionele partijen bedongen ver-

¹³⁴ Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 96 e.v.

¹³⁵ Vgl. Hof Amsterdam 16 augustus 2007, *JA* 2008, 16: opzettelijk vernielen van een pottenbakkersoven betekent niet dat het oogmerk was gericht op toebrengen van smart aan vennoten. Zie niettemin VzngRb. Zwolle 29 april 2008, KG ZA 08-146, waarin de rechter aanneemt dat het oogmerk bij een publicatie erop gericht was een ander te kwetsen.

¹³⁶ HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 m.nt. J.B.M. Vranken (R./van de W.); *NTBR* 2002, p. 206 e.v. (E.D.F. Engelhard; *VR* 2002, 13 (A.J. Verheij). Zie over de vraag of het oogmerk ook kan worden aangenomen indien de aansprakelijke ontoerekeningsvatbaar was, bevestigend met een beroep op art. 6:165 BW, J.B.M. Vranken in zijn noot onder het arrest. Zie ook HR 23 juni 1998, *NJ* 1998, 860, waarin bij ontoerekeningsvatbaarheid wordt aangenomen dat het gaat om een geestelijke tekortkoming i.d.z.v. art. 6:165 lid 1 BW. Zie voor een gelijkend geval waarin het ging om een man die twee van zijn kinderen had omgebracht Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 1998, *VR* 1999, 63 (A.J. Verheij). Hoewel het oogmerk om te kwetsen hier niet zo duidelijk aanwezig was, neemt het hof het 'voorshands' aan.

¹³⁷ De rechtbank had art. 6:106 lid 1 onder a BW overigens mede gehanteerd om te oordelen dat de man onrechtmatig had gehandeld jegens de vrouw. Dat lijkt me niet juist: de onrechtmatigheid en de overige vereisten voor aansprakelijkheid worden (ook in gevallen waarop art. 6:106 lid 1 onder a BW van toepassing is) beheerst door art. 6:162 BW.

¹³⁸ Daarover bestond in de literatuur verschil van mening. Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 99-100.

¹³⁹ Zie voor een overzicht *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 21.

¹⁴⁰ Zwitser, *RM Themis* 2005, p. 72 e.v.

goeding van buitengerechtelijke incassokosten – mede moeten dienen om de aandacht en tijd voor particulieren gemoeid met wanprestatie van professionele wederpartijen te compenseren. Art. 6:106 lid 1 onder a BW is daarvoor niet geschreven en naar mijn idee ook niet geschikt, omdat het refereert aan (tenminste enige vorm van) bewustheid¹⁴¹ die aannemelijk zal moeten worden gemaakt, hetgeen in de praktijk in dergelijke gevallen, ook bij een royale interpretatie, veelal aan toewijzing van smartengeld in de weg zal staan. De voorbeelden roepen niettemin de vraag op of het recht hier thans voldoende adequate instrumenten voor handhaving biedt. Voor te late betaling geldt de wettelijke rente als maatstaf en ligt het mijns inziens in de rede om – als dralen bij uitbetaling aan de orde is – de oplossing te zoeken in een hogere rente.¹⁴² Bij vertraging in de verrichting van andere prestaties of andersoortige tekortkomingen geldt inderdaad dat een consument veelal weinig schade zal kunnen opvoeren. Dat geldt ook voor door de consument ‘buitengerechtelijk’ bestede tijd en aandacht.¹⁴³ Wil men de consument hier werkelijk ter wille zijn, dan lijkt mij verbetering van de toegang tot het recht op nakoming effectiever dan schadevergoeding, omdat hij in deze gevallen (ook) steeds de gang naar de rechter zal moeten maken. Bovendien zal het hier uit een oogpunt van effectiviteit om zeer aanzienlijke bedragen moeten gaan. De enkele vergoeding van smart of ergernis zet hier – vrees ik – geen zoden aan de dijk.

Volgens art. 6:106 lid 1 onder c BW bestaat ook bij aantasting van de nagedachtenis van een overledene recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.¹⁴⁴ In de praktijk vinden dergelijke aantastingen – kennelijk – zelden plaats; er wordt nauwelijks over geprocedeerd en toepassing van de bepaling geeft weinig problemen.¹⁴⁵

3.4.3 Lichamelijk letsel, coma, *wrongful life*

Veruit de meeste toekenningen van smartengeld vinden plaats in gevallen van lichamelijk letsel. Deze categorie geeft, afgezien van de vaststelling van de *omvang* van het smartengeld¹⁴⁶, op zichzelf weinig aanleiding voor problemen.¹⁴⁷ Niettemin hebben de afgelopen jaren twee fundamentele kwesties die met letsel samenhangen de aandacht getrokken: het comateuze slachtoffer en de problematiek van *wrongful life*. Deze typen gevallen verdienen daarom de aandacht.

Coma

Een klassiek twistpunt op het gebied van het smartengeld bij letsel wordt gevormd door de vraag of iemand die als gevolg van letsel in een voortdurende comateuze toestand

¹⁴¹ Ook al zwakt men de daaraan te stellen eisen aanzienlijk af, zoals Zwitser doet.

¹⁴² Zie art. 6:119 BW. Zie over geldontwaarding en wettelijke rente § 5.3.

¹⁴³ Zie voor een (gestrande) poging om ‘particuliere’ tijd, door een vader besteed aan de inventarisatie van de letsel schade van zijn 12-jarige dochter, vergoed te krijgen Rb. Breda 31 januari 2007, *JA* 2007, 74. Zie over de vergoeding van bestede tijd ook Lindenbergh, *Tijd en schade* 2006, p. 109 e.v.

¹⁴⁴ Zie over de achtergrond en vormgeving van de bepaling Lindenbergh, *diss.* 1998, p. 112 e.v.

¹⁴⁵ Zie voor schaarse voorbeelden Rb. Amsterdam 8 december 1999, *Mediaforum* 2000, 25 (overledene beschuldigd van wapenhandel en belastingfraude, geen onrechtmatigheid aangenomen); Rb. Amsterdam 27 maart 2002, *Mediaforum* 2002, p. 170 (suggestie dat vliegtuigongeluk te wijten was aan roekeloosheid van overleden gezagvoerder, € 7.500 smartengeld); Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2005, *NJF* 2006, 236 (ruzie tussen broers; in aanwezigheid van derde krenken van erflaatster leidt niet zonder meer tot aantasting van haar eer en goede naam).

¹⁴⁶ Zie daarover nader hoofdstuk 5.

¹⁴⁷ Terecht oordeelde Rb. Arnhem 23 april 2008, *LJN* BD1779 dat voor de vraag of er sprake is van lichamelijk letsel niet beslissend is of het in een ongevallepolis als zodanig wordt gekwalificeerd.

geraakt recht heeft op smartengeld. Hoewel hier onmiskenbaar kan worden gesproken van lichamelijk letsel en het geval dus onder de tekst van art. 6:106 BW valt, kunnen dan vraagtekens worden geplaatst vanuit het perspectief van de functies van het smartengeld (lijdt een dergelijk slachtoffer schade?, ondervindt het slachtoffer genoeg van een vergoeding?, wat is anderszins het nut van een vergoeding in een dergelijk geval?).¹⁴⁸ Om die reden zijn in de literatuur uiteenlopende standpunten ingenomen.¹⁴⁹

De Hoge Raad heeft zich intussen gebogen over een zaak waarin een man als gevolg van letsel in een comateuze toestand was geraakt en vervolgens was overleden.¹⁵⁰ Kenmerkend voor deze zaak was dat de rechtbank had aangenomen dat de man voor zijn overlijden gedurende enige tijd in een zogenaamde 'soporeuze' toestand had verkeerd en zich in enige mate bewust moet zijn geweest van zijn lijden. Om die reden had de rechtbank een bescheiden bedrag aan smartengeld (f 5.000) toegewezen. Bovendien had de rechtbank aangenomen dat de smartengeldvordering was overgegaan op de erfgenamen, hetgeen in cassatie als uitgangspunt gold, zodat niet aan de orde kwam onder welke omstandigheden in dergelijke gevallen mag worden aangenomen dat aan art. 6:106 lid 2 BW (vereiste van een mededeling voor overgang onder algemene titel) is voldaan.

Na uitvoerige overwegingen, die laten zien dat de Hoge Raad op verschillende gedachten hinkt (objectivering van nadeel, tegemoetkoming aan het subjectieve geschokte rechtsgevoel), vernietigt de Hoge Raad het vonnis van de rechtbank, in essentie omdat de rechtbank heeft miskend dat de benadeelde ook gedurende de periode van bewusteloosheid schade heeft geleden, en wel in de vorm van gederfde levensvreugde. Hartlief en Vranken leiden uit de uitspraak af dat bij volledige coma en opvolgend overlijden geen recht op smartengeld bestaat.¹⁵¹ Ik lees in het arrest dat de Hoge Raad toch wel voelt voor een meer objectieve benadering van het nadeel en ook in een dergelijk geval een vergoeding op zijn plaats acht.¹⁵² Hij zou daarmee rechtspraak volgen van de ons omringende landen, waarin wordt uitgegaan van meer of minder geobjectiveerde vormen van nadeel (Engeland: *loss of amenities*, Duitsland: aantasting van de menselijke waarde, Frankrijk: *l'évaluation objective*).¹⁵³ In dat geval resteren er wel twee netelige kwesties. In de eerste plaats moet de 'hobbel' van art. 6:106 lid 2 BW worden genomen. Die bepaling stelt voor vererving van het recht op smartengeld (overgang onder algemene titel) de eis dat benadeelde aan de aansprakelijke mededeling heeft gedaan dat hij aanspraak maakt op smartengeld. Doordat de Hoge Raad in het arrest benadrukt dat het recht op smartengeld een hoogstpersoonlijk karakter heeft, hetgeen volgens de wetgever juist de ratio is van de eis van art. 6:106 lid 2 BW, heeft hij het niet gemakkelijk gemaakt die eis te omzeilen of met een korrel zout te nemen.¹⁵⁴ Feitelijk zal een derge-

¹⁴⁸ Zie hiervoor § 2.3.1.

¹⁴⁹ Zie voor een overzicht van voor- en tegenstanders *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 10. Zie voorts de uitvoerige conclusie van A-G Spier voor HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 (coma).

¹⁵⁰ HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken, *VR* 2004, 93. Zie over het arrest Hartlief, *WPNR* 2003, p. 111 e.v.; Tjittes, *NTBR* 2003, p. 49 e.v.; Kottenhagen, *TVP* 2003, p. 20 e.v.; Michiels van Kessenich, *NbBW* 2002, p. 141.

¹⁵¹ Hartlief, *WPNR* 2003, p. 111-112. Vranken (noot onder het arrest, onder 1) laat in het midden of dat nu is vanwege het ontbreken van besef van leed of vanwege art. 6:106 lid 2 BW.

¹⁵² Waarom zou hij anders het rechtbankvonnis op deze grond hebben gecasseerd? Maar het is gissen, en – zoals Tjittes, *NTBR* 2003, p. 51, treffend zegt – 'jammer, want waar je in een geval als het onderhavige met de juristerij alle kanten op kan, is alleen een normatieve fundering overtuigend.'

¹⁵³ Zie Verheij, diss. 2002, p. 71 e.v.; Tjittes, *NTBR* 2003, p. 51-52 en Kottenhagen, *TVP* 2003, p. 20 e.v.

¹⁵⁴ Zie uitvoerig Tjittes, *NTBR* 2003, p. 53, die stelt dat wat de Hoge Raad met de ene hand geeft (objectivering van schade) met de andere hand neemt (vasthouden aan het hoogstpersoonlijke karakter en art. 6:106 lid 2 BW).

lijke vordering dus – hoewel intussen vrijwel niemand nog het nut van deze bepaling inziet¹⁵⁵ – op deze klip stranden. In de tweede plaats zal bij toewijzing van smartengeld in dergelijke gevallen de omvang van het bedrag moeten worden bepaald. Nu kan dat geschieden aan de hand van een waardering van het geobjectiveerde nadeel dat met het verlies aan bewustzijn gepaard gaat ('gederfde levensvreugde'). De Hoge Raad suggereert dat ook door te benadrukken dat het objectieve karakter van het nadeel van betekenis is voor de omvang van het smartengeld, maar in dit verband is moeilijk te duiden hoe de rechter bij deze begroting ook rekening moet houden met het 'geschokte rechtsgevoel' van de benadeelde.¹⁵⁶ Het roept voorts de vraag op wat dat betekent in gevallen waarin de benadeelde (heel) kort na de verwonding komt te overlijden. Dit probleem speelt overigens niet alleen bij bewusteloze slachtoffers, maar kan zich in alle gevallen van letsel voordoen.¹⁵⁷ Dan zal de omvang van het smartengeld moeten worden bepaald aan de hand van de ernst van het lijden, waarbij vooral het vooruitzicht van het overlijden (doodsangst en wetenschap van naderend overlijden) gewicht in de schaal zal leggen, maar het lijkt me redelijk dat de (korte) duur van het lijden dan een sterk drukkend effect op de omvang van het smartengeld heeft.¹⁵⁸ Met name in Duitsland heeft deze problematiek tot rechtspraak aanleiding gegeven.¹⁵⁹ Het *Bundesgerichtshof* heeft, na aanvankelijk te oordelen dat in geval van bewusteloosheid principieel een substantiële vergoeding op haar plaats is vanwege schending van de menselijke waardigheid, in gevallen waarin het slachtoffer kort na het ongeval overlijdt aanvaard dat de korte duur van de periode van overleven een verlagende invloed heeft op het smartengeld.¹⁶⁰ Overlijdt het slachtoffer onmiddellijk aan zijn verwondingen, dan is er immers voor smartengeld geen plaats, nu verlies van het leven als zodanig voor de benadeelde (overledene) geen aanspraak op schadevergoeding geeft.¹⁶¹

Wrongful life

Een andere markante beslissing met betrekking tot het smartengeld bij lichamelijk letsel betreft de problematiek van *wrongful life*: heeft een kind dat wordt geboren met ernstige handicaps als gevolg van chromosomale afwijkingen die, waren zij voor de geboorte door juiste diagnose vastgesteld, aanleiding zouden zijn geweest voor de beslissing om over te gaan tot abortus provocatus, recht op schadevergoeding?¹⁶² De kwestie betreft deels het probleem van de grondslag van de vordering van het kind (is door degene die geen juiste diagnose heeft gesteld jegens het kind een norm geschonden?), en deels het schadebegrip (wat is de schade, nu een vergelijking met de situatie zonder normschending – 'geen kind' – problematisch is?). De Hoge Raad heeft in een principiële uit-

¹⁵⁵ Zie over deze bepaling nader hierna § 6.2.

¹⁵⁶ Zie rov. 3.4.4 en 3.5.

¹⁵⁷ Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van vergoeding van '*pre-death anxiety*' Rogers 2000, p. 261 e.v.

¹⁵⁸ A-G Spier, conclusie voor HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren Van Swaay/Heesbeen), onder 5.15.1, lijkt niettemin van mening dat het overlijden als zodanig geen invloed op de omvang van het smartengeld toekomt, maar dat betreft een geval van mesotheloom, waarin het (ernstige) lijden een zekere duur had.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld over de kwestie bij verdrinkingsdood (treedt die onmiddellijk in of is eerst substantieel geleden?) Jaeger en Luckey 2008, p. 100.

¹⁶⁰ BGH, *NJW* 1998, 2741. Zie uitvoerig over deze problematiek, mede in het licht van smartengeld voor nabestaanden Stahmer 2004, p. 89 e.v.

¹⁶¹ Alleen in Portugal is dit anders. Zie Bona, Mead, Lindenbergh 2005, p. 323.

¹⁶² De zaak is ook relevant met het oog op smartengeld voor de ouders. Zie daarover nader § 3.4.7.

spraak beide hobbels genomen.¹⁶³ Het nalaten van adequaat prenataal onderzoek wordt aangemerkt als onrechtmatig handelen jegens het kind. Voor wat betreft de vermogensschade van het kind zoekt de Hoge Raad voor de vormgeving van het begrip schade steun in de rechterlijke begrotingsvrijheid van art. 6:97 BW.¹⁶⁴ Vervolgens overweegt hij met betrekking tot het smartengeld:

‘Mede tegen de achtergrond van het hiervoor (...) overwogene, heeft Kelly bovendien recht op vergoeding van immateriële schade. Zij is immers door haar (aanzienlijke) handicaps, die haar ouders haar hadden willen besparen, in haar persoon aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW.’

De Hoge Raad kwalificeert de handicaps derhalve eenvoudig als lichamelijk letsel in de zin van art. 6:106 BW.¹⁶⁵ Niettemin is er – kennelijk – reden om het smartengeld anders te begroten dan op dit punt gebruikelijk is¹⁶⁶:

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

Deze overweging suggereert dat in het geval van *wrongful life* een wat andere waardering van de immateriële schade op haar plaats is dan in andere gevallen van letsel dat handicaps heeft veroorzaakt. Doorgaans pleegt bij letsel de omvang van het smartengeld, met instemming van de Hoge Raad, te worden vastgesteld aan de hand van een vergelijking van de aard en ernst van het letsel met andere gevallen.¹⁶⁷ Hartlief grijpt de overweging aan om te bepleiten dat bij schadevergoeding van jonge kinderen niet zozeer moet worden vergeleken met de situatie ‘zonder de fout’, maar veeleer praktisch moet worden gekeken naar de vraag hoe smartengeld een bijdrage kan leveren aan de situatie ‘nu’, waarin het kind met ernstige handicaps moet leven.¹⁶⁸ Hoewel ik voor die zienswijze in het algemeen wel sympathie voel (in elk geval meer dan voor de vele complicaties die bij vaststelling van het verlies aan arbeidsvermogen van kinderen thans een rol spelen), lees ik in de geciteerde overweging van de Hoge Raad geen aanwijzing in die richting. Begrijp ik het goed, dan heeft de Hoge Raad met deze overweging tot uitdrukking willen brengen dat een gehandicapt leven geen verloren leven of een per se ongelukkig leven is.¹⁶⁹ Dat neemt niet weg dat de mate waarin als gevolg van de handi-

¹⁶³ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie over het arrest (onder meer) Buijsen, *NJB* 2005, p. 835 e.v.; Hartlief, *NTBR* 2005, p. 232 e.v.; Kottenhagen, *TVP* 2005, p. 33 e.v.

¹⁶⁴ Hartlief, *NTBR* 2005, p. 243, spreekt hier terecht van een ‘functionele inzet van het schadevergoedingsrecht’.

¹⁶⁵ Zie reeds Lindenbergh, *AA* 2003, p. 374.

¹⁶⁶ Zie over begroting nader § 5.2.

¹⁶⁷ Zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druif/Bouw) en HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma). De geciteerde overweging staat in elk geval in schril contrast met de overwegingen in het laatstgenoemde arrest, waarin de Hoge Raad juist benadrukt dat het smartengeld hoe dan ook slechts aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld.

¹⁶⁸ Zie over deze kwestie meer in het algemeen Kremer, *TVP* 2002, p. 125 e.v.; Giessen en Tjittes 2004, p. 73 e.v.

¹⁶⁹ Aldus Bakels, *AA* 2006, p. 569.

caps immaterieel nadeel wordt geleden toch in de eerste plaats zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de aard en ernst van de handicaps.

3.4.4 Schending van eer en goede naam

Schending van eer en goede naam vormt in zekere zin een nog klassiekere grond voor toewijzing van smartengeld dan lichamelijk letsel, omdat die reeds onder het oude recht – zij het onder de, geleidelijk in de rechtspraak uitgeholde, voorwaarde van opzet – in de wet een plaats had.¹⁷⁰ De kwesties waarover bij deze categorie van gevallen debat wordt gevoerd betreffen niet zozeer de omstandigheden waaronder een recht op smartengeld bestaat¹⁷¹, maar veeleer de omvang van het smartengeld, de verhouding tot andere sancties¹⁷², en de vraag of het schadevergoedingsrecht hier voldoende effectief is.¹⁷³ Enkele uitspraken van de afgelopen jaren laten intussen zien dat hier soms – zeker in verhouding tot gevallen van letsel – vrij aanzienlijke smartengeldbedragen worden toegewezen.¹⁷⁴ In veruit de meeste gevallen gaat het evenwel om bescheiden bedragen.¹⁷⁵ Overigens mag niet worden vergeten dat reputatieschade veelal ook (mede) langs de weg van vermogensschade kan worden benaderd, hetgeen tot hoge vergoedingen kan leiden.¹⁷⁶ Dat en onder welke omstandigheden een recht op smartengeld hier op zijn plaats is, lijkt al lang niet meer voorwerp van debat.

3.4.5 Aantasting op andere wijze, algemeen

De wetgever heeft – in navolging van het Duitse recht¹⁷⁷ – gekozen voor een gesloten stelsel van gevallen waarin een aanspraak op smartengeld bestaat. Niettemin biedt het slot van het bepaalde in art. 6:106 lid 1 onder b BW ('op andere wijze in zijn persoon is aangetast') ruimte voor rechtsontwikkeling. Uitgangspunt is daarbij dat niet alles wat de mens onaangenaam treft recht geeft op smartengeld¹⁷⁸, maar dat er niettemin redenen kunnen zijn om ook buiten gevallen van lichamelijk letsel en schending van eer en goede naam een recht op smartengeld te aanvaarden. In de literatuur is de afgelopen jaren amper aandacht besteed aan de verkenning van de mogelijkheden en wenselijkheden op dit punt.

¹⁷⁰ Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 103 e.v.

¹⁷¹ Zie over HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. C.J.H. Brunner en de kwestie of de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft bij de toewijzing van smartengeld hiervoor, § 3.2.

¹⁷² Vgl. Rb. Amsterdam 28 juni 2000, *NJ* 2000, 621 (betekenis rectificatie voor smartengeld); Ktr Heerlen 7 november 2007, *JA* 2008, 19 (€ 500 smartengeld wegens diffameren van klasgenoot via internet; relevantie van excuses).

¹⁷³ Zie Van Schaik, *Mediaforum* 1999, p. 169 e.v.; Van der Heijden, *NJB* 2001, p. 1749 e.v.; Schuijt, *Mediaforum* 2003, p. 50-51; Van Harinxma thoe Slooten, diss. 2006; Lindenbergh, *Mediaforum* 2007, p. 165 e.v.; Boukema, *NJB* 2008, p. 1464 e.v.

¹⁷⁴ Zie Rb. Arnhem 1 april 1999, *NJKort* 1999, 49; *Mediaforum* 1999-5, nr. 27 (A.J. Nieuwenhuis) (toewijzing f 150.000 smartengeld aan advocaat die in rapport van Commissie Van Traa werd beschuldigd van foute praktijken); Rb. Amsterdam 25 april 2007, *Mediaforum* 2007, nr.17 (S.D. Lindenbergh) (toewijzing € 60.000 smartengeld aan man, € 30.000 aan zijn vriendin).

¹⁷⁵ Zie voor een overzicht *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 25.

¹⁷⁶ Zie Tjittes 2002, p. 139 e.v.

¹⁷⁷ Vgl. § 253 BGB.

¹⁷⁸ Vgl. bijv. afwijzend Rb. Arnhem 6 februari 2008, *JA* 2008, 59 (man ontdekt dat hij als gevolg van een fout van zijn advocaat ten onrechte niet is gescheiden, hetgeen na het overlijden van zijn vrouw ook niet meer kan; rechtbank neemt geen persoonsaantasting aan).

In mijn dissertatie heb ik aan de hand van aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en ontwikkelingen in andere landen uiteengezet dat het begrip persoonsaantastingen langs twee lijnen verder zou kunnen worden vormgegeven.¹⁷⁹ Ieder van de in de wet genoemde persoonsaantastingen, 'lichamelijk letsel' en 'schending van eer en goede naam', kan worden gezien als representant van een verschillend type aantasting, die breder kan worden beschouwd: aantasting van de gezondheid (zowel fysiek als psychisch), en schending van een fundamenteel (persoonlijkheids)recht, dus niet alleen eer en reputatie, maar ook andere persoonlijkheidsbelangen.¹⁸⁰ Voor wat betreft de eerste categorie (aantastingen van de gezondheid) was in de rechtspraak reeds een ontwikkeling te bespeuren dat niet alleen lichamelijk letsel, maar ook geestelijk letsel als 'smartengeldwaardig' werd aangemerkt.¹⁸¹ Die ontwikkeling heeft zich de afgelopen jaren mede onder invloed van de literatuur voorgezet. Kenmerkend voor deze groep van gevallen (geestelijk letsel) is de ernst van de gevolgen voor de gezondheid van de benadeelde. Voor wat betreft de tweede categorie (schending van persoonlijkheidsrechten) gaat het niet zozeer om de ernst van de gevolgen voor de gezondheid, maar spelen naast gevolgen voor de benadeelde ook andere gezichtspunten een rol bij de vraag of een recht op smartengeld op zijn plaats is.¹⁸² Destijds was er op dit punt slechts sporadisch rechtspraak aan te wijzen, maar ook hier bestaan er inmiddels aanwijzingen dat de rechter wel wat ziet in de verdere ontwikkeling van deze categorie.

Ook Verheij heeft in zijn dissertatie uitvoerig aandacht besteed aan de invulling van het begrip persoonsaantasting van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Hij plaatst de functie van rechtshandhaving centraal en kiest in dat verband meer in het algemeen, en derhalve niet alleen met betrekking tot een deelcategorie van 'andere persoonsaantastingen' (schending van persoonlijkheidsrechten), voor een invulling van het begrip persoonsaantasting aan de hand van gezichtspunten.¹⁸³ Hoewel hij spreekt van 'het strakke keurslijf van art. 6:106', lijkt (ook) zijn gezichtspuntenbenadering in de huidige regeling van art. 6:106 te moeten worden ingepast.¹⁸⁴

Hierna zal worden gezien hoe beide typen 'andere' persoonsaantastingen, te weten geestelijk letsel en schending van persoonlijkheidsrechten, intussen nader vorm hebben gekregen.

3.4.6 Aantasting op andere wijze, geestelijk letsel

De rechtspraak laat onmiskenbaar zien dat het onrechtmatig toebrengen of veroorzaken van een psychische aandoening, ook zonder dat tevens sprake is van lichamelijk letsel¹⁸⁵, zelfstandig kan worden aangemerkt als persoonsaantasting die recht geeft op

¹⁷⁹ Lindenbergh, diss. 1998, hoofdstuk 5.

¹⁸⁰ Zie meer uitvoerig Lindenbergh, Preadvies 1999.

¹⁸¹ Vgl. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. C.J.H. Brunner (Ontvanger/Bos); HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (kraaiende hanen); HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. C.J.H. Brunner (wrongful birth I); HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662, m.nt. Maeijer (Kip & Sloetjes/Rabo); HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (P/Fiom); HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO); HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

¹⁸² Lindenbergh, diss. 1998, p. 155 e.v.

¹⁸³ Verheij, diss. 2002, p. 487 e.v. Zie over de door Verheij met een gezichtspuntenbenadering vanuit het perspectief van rechtshandhaving bereikte resultaten kritisch Lindenbergh, *NTBR* 2002, p. 481 e.v.

¹⁸⁴ Verheij, diss. 2002, p. 487: 'gevallen waarin de rechtshandavingsfunctie ex art. 6:106 lid 1 sub b BW recht geeft op vergoeding van immateriële schade'.

¹⁸⁵ Is er tevens sprake van lichamelijk letsel, dan pleegt reeds op die grond smartengeld te worden toegevoerd, waarbij eventuele psychische gevolgen worden beoordeeld in het kader van de omvang van het toe te wijzen bedrag. Zie hiervoor § 3.4.1.

smartengeld.¹⁸⁶ De gevallen waarin een dergelijk geestelijk letsel is ontstaan kunnen een zeer uiteenlopend karakter hebben, zoals confrontatie met een schokkende gebeurtenis¹⁸⁷, een uit de hand gelopen zakelijk geschil¹⁸⁸, hinder¹⁸⁹, overbelasting door het werk of andere werkgerelateerde oorzaken¹⁹⁰, et cetera.¹⁹¹

Overigens moet worden benadrukt dat de vraag of de benadeelde met geestelijk letsel recht heeft op smartengeld slechts één van de deelvragen is die speelt in het kader van de aansprakelijkheid in dergelijke gevallen. In de eerste plaats kan het feit dat het gaat om psychische aandoeningen van betekenis zijn voor de aansprakelijkheidsvraag (is onrechtmatig gehandeld of tekortgeschoten jegens de benadeelde?). Men denke aan de vraag of een werkgever in een concreet geval is tekortgeschoten in zijn zorg ten aanzien van de psychische gezondheid van zijn werknemer¹⁹² en aan de relativiteitsvraag of (ook) jegens degene die wordt geconfronteerd met een schokkende gebeurtenis waarbij een ander letsel heeft opgelopen onrechtmatig is gehandeld.¹⁹³ In de tweede plaats spelen veelal tevens vragen van causaliteit een rol: is de schade het gevolg van de normschending of zijn er andere oorzaken in het spel?¹⁹⁴ En in de derde plaats moet worden bedacht dat psychische aandoeningen in feite evenzeer tot invaliditeit kunnen leiden als fysieke aandoeningen, zodat het (lang) niet alleen gaat om smartengeld, maar doorgaans ook, of zelfs in de eerste plaats, om vergoeding van vermogensschade (kosten van behandeling, verlies aan arbeidsvermogen). Ten slotte kan het wettelijk stelsel inzake schade bij overlijden of verwonding van een naaste van betekenis zijn, met name wanneer het gaat om psychische aandoeningen als gevolg van de confrontatie met het verlies of de verwonding van een naaste.¹⁹⁵ Dat laatste aspect bespreek ik in § 4.3.3.

Voor wat betreft het recht op smartengeld in geval van geestelijk letsel wordt in de rechtspraak een zekere drempel gehanteerd: meer of minder sterk psychisch onbehagen is geen geestelijk letsel.¹⁹⁶ Maar wanneer het slachtoffer bijvoorbeeld lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld in de vorm van een posttraumatische stress stoornis als gevolg van de confrontatie met een dodelijk ongeval is er wel sprake van geestelijk letsel dat recht geeft op smartengeld.¹⁹⁷ Inmiddels heeft de Hoge Raad de aan geestelijk letsel als persoonsaantasting te stellen eisen als volgt gepreciseerd:

¹⁸⁶ Aldus uitdrukkelijk HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. C.J.H. Brunner (Ontvanger/Bos).

¹⁸⁷ Vgl. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

¹⁸⁸ HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Maeijer (Kip & Sloetjes/Rabo); Lindenbergh, *NJB* 1998; HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO); HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168 m.nt. W.D.H. Asser (Beliën/Noord Brabant), *AV&S* 2004, p. 77 e.v. (A.J. Verheij).

¹⁸⁹ Vgl. HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (Kraaiende hanen).

¹⁹⁰ Zie (zeer) uitvoerig Vegter, diss. 2005.

¹⁹¹ Vgl. HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (P/Fiom), waarin het ging om een meisje dat ten onrechte uit een inrichting werd ontslagen.

¹⁹² Zie Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 14 e.v. en Vegter, diss. 2005.

¹⁹³ Vgl. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus). Zie over deze problematiek nader § 4.3.

¹⁹⁴ Vgl. bijv. HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), waarin de psychische schade niet was terug te voeren op de fout van de bank. Zie ook uitvoerig Vegter, diss. 2005, p. 102 e.v. Zie voorts bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 16 juli 2008, *LJN* BD7282: depressie volgens art. 6:98 BW niet toe te rekenen aan afbreken van onderhandelingen.

¹⁹⁵ Vgl. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

¹⁹⁶ HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. C.J.H. Brunner (Ontvanger/Bos) en HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. C.J.H. Brunner (Wrongful birth I).

¹⁹⁷ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

‘De partij die zich op aantasting van de persoon beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld.’¹⁹⁸

Dat zal in de regel betekenen dat rapportage door een deskundige onontbeerlijk is, maar ook dat in het ene type geval (bijvoorbeeld bij seksueel misbruik of een andersoortige traumatische gebeurtenis) het bestaan van geestelijk letsel eerder aannemelijk zal zijn dan in het andere (een zakelijk geschil of hinder). De rechter zal het bestaan van geestelijk letsel wel uitdrukkelijk moeten vaststellen en mag niet direct ‘overspringen’ naar de begroting.¹⁹⁹ De rechtspraak laat overigens zien dat in Nederland vooralsnog betrekkelijk zelden smartengeld wordt toegewezen in gevallen van (enkel) geestelijk letsel en dat het bovendien gaat om (zeer) bescheiden bedragen.²⁰⁰

Men kan de vraag stellen waarom voor het aannemen van een recht op smartengeld in geval van geestelijk letsel door de rechter een zekere drempel wordt gehanteerd, terwijl dat bij lichamelijk letsel (doorgaans²⁰¹) niet gebeurt.²⁰² Dit laat zich denk ik als volgt verklaren en ook wel rechtvaardigen. In de eerste plaats heeft de wetgever willen voorkomen dat alles wat de mens psychisch of emotioneel raakt een recht op smartengeld zou meebrengen.²⁰³ In de tweede plaats zijn psychische aandoeningen minder eenvoudig vast te stellen en te objectiveren dan fysieke letsels.²⁰⁴ En in de derde plaats bestaat er ruimte om onder (hierna te bespreken) omstandigheden een recht op smartengeld aan te nemen ook zonder dat er sprake is van een psychisch ziektebeeld, zodat de drempel niet altijd onverkort geldt.

3.4.7 Aantasting op andere wijze, persoonlijkheidsrechten

In een aantal gevallen aanvaardt de Hoge Raad ook een recht op vergoeding van immateriële schade wanneer geen sprake is van lichamelijk of geestelijk letsel of van schending van eer en goede naam, maar wel sprake is van aantasting van een fundamenteel recht. Hoewel onder het oude recht ook wel aanwijzingen in deze richting zijn te vinden²⁰⁵, heeft de Hoge Raad zich aanvankelijk terughoudend opgesteld.²⁰⁶ Inmiddels heeft hij niettemin uitdrukkelijk beslist dat bepaalde schendingen van bepaalde funda-

¹⁹⁸ HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168 m.nt. W.D.H. Asser (Beliën/Noord Brabant), *AV&S* 2004, nr. 14, p. 77 e.v. (A.J. Verheij) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348 (S.J./Staat).

¹⁹⁹ Aldus HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348 (S.J./Staat); *Bb* 2004, 19 (T.F.E. Tjong Tjin Tai).

²⁰⁰ Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 54.

²⁰¹ Bij zeer geringe letsels wordt de smartengeldvordering nog wel eens afgewezen.

²⁰² Dit is overigens in overeenstemming met hetgeen elders pleegt te worden aangenomen. Vgl. bijv. art. VI-2:201 DCFR sub 2 b: ‘personal injury includes injury to mental health only if it amounts to a medical condition’.

²⁰³ Vgl. bijv. EV I, *PG Boek 6*, p. 387, waar wordt gesproken van psychische storingen die ‘ernstig genoeg’ moeten zijn om van een aantasting van de persoon te spreken. Zie voor een meer in het algemeen met betrekking tot het smartengeld terughoudende opstelling *MvA II*, *PG Boek 6*, p. 372 e.v.

²⁰⁴ Zie meer in het algemeen over de kwestie waarom psychisch letsel terughoudender wordt benaderd dan fysiek letsel Vegter, diss. 2005, p. 38.

²⁰⁵ HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (Naturistengids); HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 58 (K/Staat).

²⁰⁶ Vgl. HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (wrongful birth II), waarin het Hof een recht op smartengeld had aangenomen wegens schending van het recht op gezinsplanning, maar door de Hoge Raad werd geoordeeld dat (althans naar oud recht) in geval van *wrongful birth* alleen recht op smartengeld bestaat wanneer sprake is van geestelijk letsel.

mentele rechten als zodanig een recht op smartengeld rechtvaardigen, ook zonder dat sprake is van lichamelijk of geestelijk letsel. Het ging om een ernstige aantasting van de persoonlijke integriteit van bewoners van een woning die tijdens rellen waarbij de politie het liet afweten door reischoppers werd belegerd,²⁰⁷ en om schending van het fundamentele recht van ouders om zelf te beschikken over de eigen voortplanting doordat een verloskundige had nagelaten geïndiceerd erfelijkheidsonderzoek te verrichten, waardoor de ouders niet geïnformeerd hadden kunnen beslissen over abortus en er vervolgens een ernstig gehandicapt kind werd geboren.²⁰⁸

Kenmerkend voor deze gevallen is mijns inziens dat het gaat om schending van fundamentele rechten die beogen kernbelangen van de menselijke persoonlijkheid (persoonlijke levenssfeer, beslissing over voortplanting) te waarborgen.²⁰⁹ Hoewel in de betrokken gevallen tevens andere sancties aan de orde waren (vergoeding van vermogensschade in de vorm van verhuiskosten, respectievelijk vergoeding van kosten van opvoeding van het kind), kan het smartengeld hier een rol vervullen bij de erkenning van het specifiek geschonden belang en bij de handhaving van rechten van individuele rechtzoekenden.²¹⁰ De figuur van het smartengeld kan overigens ook, en wellicht juist, een rol vervullen in gevallen waarin anderszins geen sanctie volgt, of waarin het gaat om een tekortkoming in de rechtsbedeling. Illustratief is hier het voorbeeld van de Iranese vluchteling die ten onrechte niet was toegelaten tot Nederland en na vijf jaar procederen alsnog werd toegelaten, maar volgens de Hoge Raad geen recht had op vergoeding van schade door derving van inkomsten uit arbeid.²¹¹ In een dergelijk geval lijkt mij vergoeding van 'ander nadeel' dan vermogensschade vanwege ernstige vertraging in de handhaving van het recht (op toelating) een passende sanctie om het verlies aan vertrouwen in de rechtstaat enigszins te herstellen.²¹² In deze gevallen heeft het smartengeld niet zozeer de rol van compensatie van gezondheidsschade, maar veeleer de functie om schendingen van het recht 'recht te zetten'. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens spreekt in dat verband van een '*just satisfaction*'. Dat brengt tot uitdrukking dat het wellicht niet zozeer gaat om een 'straf' voor de veroorzaker, maar veeleer om de bevrediging van het rechtsgevoel van de benadeelde.²¹³

De geschetste ontwikkeling roept in de eerste plaats de vraag op in welke gevallen hier een rol is weggelegd voor het smartengeld, en in de tweede plaats aan de hand van welke factoren in een dergelijk geval de omvang van het smartengeld dient te worden vastgesteld.

In welke gevallen bij andere persoonsaantastingen dan door fysiek of psychisch letsel of door schending van eer en goede naam een recht op smartengeld dient te bestaan, zal moeten worden vastgesteld aan de hand van verschillende gezichtspunten.²¹⁴ Men denke in de eerste plaats aan de aard van het geschonden belang. Zo verdienen nauw met de persoonlijkheid verbonden fundamentele belangen, zoals bijvoorbeeld de persoonlijke levenssfeer, bewegingsvrijheid en zelfbeschikking over voortplanting, naar hun aard een bijzondere bescherming. Maar ook het feit dat een persoonlijkheidsbelang

²⁰⁷ HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. J.B.M. Vranken (Groninger Oudejaarsrellen); *Bb* 2005, 40 (S.M. Singh).

²⁰⁸ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken (Kelly).

²⁰⁹ Zie uitvoerig Lindenbergh, Preadvies 1999, p. 1673 e.v.

²¹⁰ Zie hiervoor § 2.3.4.

²¹¹ Zie over het beschermingsbereik van het Vluchtelingenverdrag recent Zieck, *NJB* 2008, p. 1022 e.v.

²¹² Zie meer uitvoerig Lindenbergh, *AA* 2007, p. 777 e.v.

²¹³ De Hoge Raad heeft in het kader van het smartengeld wel vaker betekenis toegekend aan 'de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde'. Zie HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 (coma), rov. 3.5.

²¹⁴ Zie voor een aftasten van mogelijkheden ook uitvoerig Verheij, diss. 2002, p. 500 e.v.

anderszins 'hoog op de agenda' staat, zoals het recht op gelijke behandeling, kan een reden zijn om het met smartengeld te handhaven.²¹⁵ Voorts zullen van belang zijn de ernst van de schending²¹⁶, de wijze waarop het belang is geschonden en de vraag of de schending op andere wijze, zoals door een declaratoire uitspraak of door een rectificatie, is of kan worden gesanctioneerd.²¹⁷

Voor wat betreft de factoren die in deze categorie van gevallen de *omvang* van de vergoeding (of zo men wil de sanctie) bepalen kan onderscheid worden gemaakt tussen de 'schade' die het gevolg is van de schending als zodanig, en overige schade.²¹⁸ De aard en functie van de schadevergoeding wegens de schending als zodanig zijn anders (namelijk meer gericht op sanctionering of erkenning) dan de aard van de vergoeding van de gevolgen (waarbij veeleer concreet herstel en compensatie vooropstaan), hetgeen van betekenis kan zijn voor de omvang van de vergoeding.²¹⁹ In dit verband is illustratief dat het Arnhemse Hof dat schadevergoeding toeweest aan een moeder van twee (door de vader) ontvoerde kinderen oordeelde dat, nu de toewijzing van immateriële schade op een andere grond was komen te rusten dan in eerste instantie (niet geestelijk letsel, maar schending van de persoonlijke levenssfeer), de omvang van het toe te wijzen bedrag opnieuw diende te worden beoordeeld.²²⁰ Illustratief is in dit verband ook de *wrongful life*-zaak, waarbij de vraag opkomt of bij de begroting van het smartengeld onderscheid mag worden gemaakt tussen beide ouders, nu de Hoge Raad zo benadrukt dat hun recht op smartengeld stoelt op de schending van een fundamenteel recht op zelfbeschikking dat aan beide ouders toekomt.²²¹ Ook wanneer men voor beide ouders een dergelijk recht aanneemt, vind ik het verdedigbaar dat schending jegens de één anders wordt gewaardeerd dan schending jegens de ander, bijvoorbeeld omdat kan worden aangenomen dat de schending jegens de moeder als ernstiger wordt aangemerkt of haar in casu zwaarder treft. Voorts lijkt mij in dergelijke gevallen differentiatie mogelijk (en wenselijk) naar gelang de ernst van de situatie. Zo lijkt mij dat aantasting van het recht om zelf te beschikken over voortplanting een substantieel hoger smartengeld (bijvoorbeeld € 25.000 per ouder) rechtvaardigt in geval een ernstig gehandicapt kind wordt geboren, en juist een minder hoog smartengeld (bijvoorbeeld € 5.000 per ouder) wanneer een gezond kind wordt geboren en komt vast te staan dat het kind weliswaar 'ongelegen' komt, maar de ouders niettemin een kindervens 'op termijn' hadden.²²² De Hoge Raad suggereert overigens ook dat bij schending van fundamentele rechten allerlei differentiaties denkbaar zijn, door in de *wrongful life*-zaak te spreken van 'een zo ingrijpende aantasting' van 'een zo fundamenteel recht'. Ten slotte is nog interessant in hoeverre voor de vraag of een vergoeding wegens de schending als zodanig op haar plaats is, meeweegt dat de ernst van de (totale) gevolgen reeds tot een forse schade-

²¹⁵ Vgl. bijv. Hof Amsterdam 29 mei 2008, *LJN* BD8720 (werkgever moet werknemer € 750 smartengeld betalen ergens discriminatie door collega).

²¹⁶ Zie voor een verkenning in de sfeer van strafrechtelijke vergrijpen Van der Helm, *Trema* 2006, p. 296 e.v.

²¹⁷ Zie, geïnspireerd door het Duitse recht, Lindenbergh, diss. 1998, p. 155 en Lindenbergh, *Preadvies* 1999, p. 1694 e.v.

²¹⁸ Vgl. art. VI-2:203 DCFR, waar 'infringement of dignity, liberty and privacy *as such*' wordt aangemerkt als juridisch relevante schade.

²¹⁹ Zie ook Verheij, diss. 2002, p. 530 e.v.

²²⁰ Hof Arnhem 22 maart 2005, *JA* 2005, 47. Zie reeds hiervoor § 2.3.4.

²²¹ Zie voor verdere vragen die de toewijzing aan de ouders in de *wrongful life*-zaak in dit verband oproept Hartlief, *NTBR* 2005, p. 239-240.

²²² Niet juist lijkt mij in dit verband Rb. Alkmaar 24 mei 2006, *JA* 2006, 87, waarin de rechtbank een recht op smartengeld voor de moeder afwijst omdat de schade '(tenminste) geheel goed gemaakt' is met het immateriële voordeel dat zij heeft van haar kind. De rechtbank miskent hier dat de grond voor een recht op smartengeld ligt in een aantasting van het recht om zelf te beschikken over voortplanting.

vergoeding aanleiding geeft. Men kan dan immers zeggen dat er aan een bijzondere sanctiëring van de schending als zodanig vanuit een oogpunt van handhaving minder behoefte bestaat. Hier toont zich evenwel dat de vergoeding in dergelijke gevallen twee gezichten heeft. Enerzijds dient zij er toe de schending te sanctioneren, anderzijds kan worden aangenomen dat zij, juist omdat zij doorgaans alleen bij ernstige schendingen zal worden opgelegd, tevens zal dienen om de daardoor geleden immateriële schade te compenseren. De rechter zal in gevallen van dit type met behulp van toewijzing van concrete bedragen een weg moeten uitzetten om aan deze gezichtspunten recht te doen. Ten behoeve van de rechtsontwikkeling verdient het aanbeveling dat hij zich in de motivering zoveel mogelijk rekenschap geeft van zijn beweegredenen.

Hoewel deze categorie van gevallen nog in de juridische kinderschoenen staat en de rechter zal moeten verkennen in welke gevallen een recht op smartengeld op zijn plaats is en tot welke omvang, sluit deze ontwikkeling aan bij ons omringende landen.²²³ Het gaat hier om een element van een ontwikkeling die ook elders in het aansprakelijkheidsrecht kan worden gesignaleerd, namelijk de oplevende belangstelling voor de handhaving van persoonlijkheidsrechten. Het betreft hier een privaatrechtelijke 'variant' van fundamentele (veelal mensen)rechten.²²⁴ Dat het hier gaat om een categorie die ook elders in het aansprakelijkheidsrecht een eigen rol vervult, blijkt bijvoorbeeld ook uit de dissertatie van Vegter, waarin met betrekking tot psychische schade in verband met arbeid een onderscheid wordt gemaakt tussen de 'schadevergoedingsrechtelijke' en de 'grondrechtelijke' benadering. In breder verband wordt deze ontwikkeling wel aangeduid als constitutionalisering van privaatrecht.²²⁵

3.5 Uitleiding

Het voorgaande laat zien dat de rechtspraak over het geheel genomen aardig uit de voeten kan met de structuur van de wettelijke regeling en de daarin geboden mogelijkheid voor rechtsontwikkeling. Ontwikkelingen hebben zich de afgelopen jaren in de rechtspraak vooral voorgedaan met betrekking tot bijzondere gevallen van lichamelijke letsel (coma en *wrongful life*), met betrekking tot geestelijk letsel en met betrekking tot schending van persoonlijkheidsrechten.

Voor wat betreft het geestelijk letsel lijkt de situatie met betrekking tot het smartengeld thans tamelijk uitgekristalliseerd: psychisch onbehagen is in de regel onvoldoende om te kunnen spreken van een persoonsaantasting, de rechtspraak vergt objectieve aanwijzingen van psychische ziekte. Ontwikkelingen zijn op dit gebied nog wel te verwachten met betrekking tot voorvragen, zoals die naar de normschending en het causaal verband. In het volgende hoofdstuk zal over het eerste een en ander worden gezegd in verband met de schade door een schokkende gebeurtenis.

In bepaalde gevallen geldt de eis van fysiek of geestelijk letsel niet als voorwaarde voor het aannemen van een persoonsaantasting. Naast gevallen van schending van eer en goede naam kan ook bij aantasting van andere tamelijk weerloze, maar wel fundamentele persoonlijkheidsbelangen een sanctie op haar plaats zijn. Het gaat hier vanuit een oogpunt van rechtsontwikkeling om een 'groeifonds'²²⁶: niet alleen zal moeten worden verkend in welke gevallen een smartengeld op zijn plaats is, ook zal – mede vanuit

²²³ Zie Lindenbergh 1998, p. 132 e.v. en A.J. Verheij 2002.

²²⁴ Zie Lindenbergh, Preadvies 1999.

²²⁵ Zie, met verdere bronverwijzingen, Barkhuysen en Lindenbergh 2006.

²²⁶ Zie voor deze term in ander verband Nieuwenhuis, *NTBR* 2006, p. 169.

een oogpunt van rechtshandhaving – moeten worden gezien welke betekenis de behoefte aan bescherming van deze belangen heeft voor de omvang van de toe te wijzen bedragen.

Eén categorie van gevallen is in dit hoofdstuk buiten beschouwing gebleven, terwijl zich ten aanzien daarvan wel belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan. Het betreft het smartengeld voor naasten van ernstig gewonden en voor nabestaanden van dodelijk getroffen slachtoffers. Deze problematiek hangt niet zozeer samen met art. 6:106 BW – verlies of verwonding van een naaste zou op zichzelf in theorie kunnen worden aangemerkt als aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW – maar met het in art. 6:107, 107a en 108 BW neergelegde stelsel, dat de vergoeding van schade van derden bij letsel en overlijden limitatief en exclusief regelt. Dat, en de omvang die deze problematiek intussen heeft aangenomen, rechtvaardigt behandeling in een afzonderlijk hoofdstuk.

Hoofdstuk 4

Smartengeld voor naasten en nabestaanden

4.1 Inleiding

Van de ontwikkelingen van de afgelopen tien jaar op het gebied van het smartengeld vormt de problematiek van het smartengeld voor naasten en nabestaanden, mede gezien in verband met de zogenaamde 'shockschade', onmiskenbaar de meest opzienbarende. Vermoedelijk aangezet door de literatuur is in de rechtspraak verkend wat de (on)mogelijkheden zijn voor derden om in geval van verwonding of verlies van een naaste voor schadevergoeding in aanmerking te komen. De minister van Justitie heeft vervolgens de door literatuur en rechtspraak geworpen handschoen met betrekking tot een wettelijke voorziening voor naasten en nabestaanden opgepakt en heeft ter zake een wetsontwerp geformuleerd. Dat wetsvoorstel is onder meer naar aanleiding van kritiek uit de literatuur daarna gewijzigd en is in een vergevorderd stadium van wetgeving om tamelijk ondoorgroendelijke – en dus vermoedelijk politieke – redenen in de ijskast beland, waarbij is aangestuurd op nader onderzoek naar de behoeften van slachtoffers. Ondertussen moet de rechtspraak het stellen met de door de Hoge Raad in dezelfde periode geboden opening van een eigen recht op schadevergoeding uit onrechtmatige daad van degenen die met een schokkende gebeurtenis zijn geconfronteerd. Omdat beide ontwikkelingen met elkaar samenhangen zullen zij in dit hoofdstuk samen worden besproken, ook al betreft de kern van de laatstgenoemde problematiek (schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis) niet zozeer, en zeker niet alleen, het smartengeld.

Hier moet overigens worden opgemerkt dat het juridische spraakgebruik zich intussen ter aanduiding van de problematiek de woorden 'shockschade' en 'affectieschade' heeft eigengemaakt. Voor niet-juristen – waaronder gelaedeerden maar ook mogelijk betrokken deskundigen²²⁷ – is deze terminologie volstrekt onbegrijpelijk, maar ook onder juristen leidt zij dikwijls tot misverstanden. De termen suggereren ten onrechte dat er op het niveau van de *schade* (de gevolgen voor de benadeelde in de vermogens- en in de immateriële sfeer) een onderscheid is te maken tussen schade als gevolg van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis en schade als gevolg van verwonding of het verlies van een naaste. Zij dienen er slechts toe om categorieën van gevallen aan te duiden waarvoor verschillende juridische regimes gelden die hun oorsprong vinden in de systematiek van het aansprakelijkheidsrecht. In die systematiek staat niet de aard, maar de oorzaak van de schade centraal. Voor juristen, en zeker voor rechters die moeten verwoorden hoe zij over dergelijke zaken oordelen, is het ter voorkoming van misverstanden verstandiger om het onzuivere woordgebruik te vermijden en zich te houden aan de door de wetgever gekozen terminologie (onrechtmatigheid, causaal verband, vermogensschade, ander nadeel, etc.). Hoewel ik niet de illusie heb het ongelukkige woordgebruik nog te kunnen keren, zal ik hierna ter onderscheiding van de beide categorieën kiezen voor het gebruik van de omschrijvingen schade door confrontatie met een schokkende of traumatische gebeurtenis, en schade door verwonding of het verlies van een naaste.

²²⁷ Zie Van Tilburg, *VR* 2004, p. 7 e.v.

Verder zij opgemerkt dat het in *beide*²²⁸ categorieën van gevallen kan gaan zowel om vermogensschade, als om ander nadeel. Hoewel hier de nadruk ligt op de vergoeding van immateriële schade, zal ik zo nu en dan ook iets opmerken over de vergoeding van vermogensschade, omdat zij in de praktijk in deze gevallen (zeker in kwantitatief opzicht) vaak van nog meer betekenis is dan het smartengeld. Men denke bijvoorbeeld aan de kosten van psychiatrische behandeling en aan het verlies aan arbeidsvermogen van iemand die als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis psychisch ernstig ziek wordt.

Hierna volgt eerst een beschrijving van de verkenning van de grenzen van het wettelijk stelsel, zoals die in de afgelopen jaren in de rechtspraak heeft plaatsgevonden. Daarna ga ik meer specifiek in op de rechtspraak ten aanzien van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis, en vervolgens op de ontwikkelingen met betrekking tot het smartengeld voor naasten en nabestaanden. Ik sluit af met een beoordeling van de ontwikkelingen.

4.2 Verkenning van de grenzen van het wettelijk stelsel door de rechter

4.2.1 Het wettelijk stelsel en zijn consequenties in een notendop

Voor een goed begrip van de problematiek is een korte schets van de achtergrond van het huidige wettelijke stelsel onontkoombaar. Het huidige recht gaat, in navolging van het oude recht en evenals vele andere rechtsstelsels²²⁹, uit van de hoofdregel dat in geval van letsel alleen de gekwetste zelf een aanspraak op schadevergoeding toekomt. Anderen, die schade lijden als gevolg van het letsel of het overlijden van een naaste, worden door de wet gekwalificeerd als 'derden' en hebben slechts recht op vergoeding van die schade voorzover de wet daarop uitdrukkelijk recht geeft.²³⁰ In wezen bestaat er voor derden telkens alleen een aanspraak op vergoeding van vermogensschade die zich van de gelaedeerde naar de derde heeft verplaatst. De wettelijke voorzieningen op dit punt (art. 6:107, 107a en 108 BW) bieden de derde in zoverre een aantrekkelijke grondslag dat voor hun vordering niet nodig is dat komt vast te staan dat *jegens hen* een norm is geschonden, maar dat een normschending jegens de (primair) gekwetste toereikend is (het zogenaamde hybride karakter van de aansprakelijkheid). De bepalingen hebben evenwel ook een beperkt en een beperkend karakter: alleen de in de wettelijke bepalingen genoemde personen hebben recht op vergoeding van alleen de daar genoemde schadeposten (het zogenaamde limitatieve karakter), en het stelsel laat niet toe dat derden ter zake van schade die zij lijden door de verwonding of het verlies van een naaste, buiten de door die bepalingen bestreken schade, een eigen aanspraak op vergoeding geldend maken op grond van een 'zelfstandige' jegens hen gepleegde onrechtmatige daad of tekortkoming (het exclusieve karakter).²³¹ De ratio van dit stelsel is enerzijds om aan derden duidelijkheid te bieden over hun aanspraken, zonder dat in individuele gevallen telkens aan de hand van relativiteit en causaliteit beslist behoeft te worden of hen

²²⁸ Ten onrechte wordt vaak gesuggereerd dat het bij schade door verlies of verwonding van een naaste alleen om immateriële schade zou gaan.

²²⁹ Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht Bona, Mead, Lindenbergh, 2005.

²³⁰ Zie voor een uiteenzetting en kritische beschouwing van het leerstuk van derdenschade in Nederland Hartlief, *TVP* 2006, p. 98 e.v. Zie voorts de overige bijdragen aan dat themanummer van *TVP*, alsmede Engelhard, *VR* 2008, p. 1 e.v.

²³¹ Zie over de betekenis van dit stelsel, dat de Hoge Raad in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, rov. 4.1. en 4.2 uitdrukkelijk volgt, voor het smartengeld uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 179 e.v.

een aanspraak toekomt, en anderzijds om het aantal claimanten en claims binnen de perken te houden. De motieven voor dat laatste zijn overigens niet voor alle schadepos-ten gelijk. Zo had de wetgever destijds specifieke bezwaren tegen een recht op smartengeld voor nabestaanden²³², en berust de beperking ten aanzien van het verhaal van schade van de werkgever op het idee dat hij die schade beter zelf kan dragen of afwen-telen.²³³

Het aldus vormgegeven stelsel heeft scherpe kanten. Dat bleek met name in het arrest Van der Heijden/Holland uit 1983, waarin een moeder schade leed als gevolg van een aanrijding waarbij haar twee jaar oude dochter was omgekomen.²³⁴ Doordat de (psychische) schade van de moeder werd gepresenteerd, althans geïnterpreteerd, als een gevolg van het overlijden van haar kind, leed de vordering schipbreuk vanwege het limitatieve stelsel inzake overlijdensschade, thans neergelegd in art. 6:108 BW.²³⁵ Het heeft eigenlijk lang geduurd voordat de door annotator Brunner gesuggereerde route in cassatie aan de orde is gesteld: het vorderen van vergoeding van schade die niet het gevolg is van het overlijden, maar van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis op grond van een zelfstandige jegens de moeder gepleegde onrechtmatige daad, in de literatuur wel aangeduid als de 'Brunner pas'.²³⁶ Het is in zekere zin wrang dat mevrouw Van der Heijden, als inzittende van de auto waarin zich ook haar dochter bevond en dus als zeer direct betrokkene, naar thans bekende maatstaven stellig een aanspraak op vergoeding van haar schade zou hebben gehad.

4.2.2 De zaak Baby Joost, een slechte aanloop, maar toch een relevant arrest

Een eerste poging om in cassatie te verkennen welke ruimte er is voor 'derden' om een zelfstandige vordering ter zake van eigen schade geldend te maken is de zaak Baby Joost.²³⁷ Ter zake van de schade van Joost zelf, die als gevolg van een fout bij een ope-ratie aan een liesbreuk ernstig gehandicapt raakte, was een regeling getroffen. De ou-ders hadden zich daarbij expliciet het recht voorbehouden om zelfstandig vergoeding van hun eigen schade te vorderen. In feitelijke instantie beroepen de ouders zich primair op (anticipatoire toepassing van) art. 6:107 BW, op de gedachte dat naast Joost ook de ouders partij zijn bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst en dat aldus (ook) jegens hen wanprestatie is gepleegd, en ten slotte op een jegens hen gepleegde on-rechtmatige daad, bestaande uit een ernstige aantasting van hun gezinsleven. Nadat de rechtbank op grond van wanprestatie aan ieder van de ouders een bedrag van f 50.000 had toegewezen, heeft het hof dat vonnis vernietigd en de vorderingen van de ouders alsnog afgewezen.

In cassatie komt de vraag of de schade van de ouders als schade van 'derden' voor vergoeding in aanmerking helaas niet meer uit de verf. Het gaat in cassatie slechts om de vraag of de ouders partij waren bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst en of jegens hen wellicht het recht op eerbiediging van het gezinsleven (art. 8 EVRM) is geschonden. Beide vragen beantwoordt de Hoge Raad, in navolging van het hof, ont-kennend. Met een bevestigende beantwoording van de eerste vraag (zijn de ouders par-

²³² EV I, *PG Boek 6*, p. 388-390 en *MvA I Inv.*, *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1273-1274.

²³³ *MvT Inv.*, *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1281.

²³⁴ HR 8 april 1983, *NJ 1984*, 717 m.nt. C.J.H. Brunner (Van der Heijden/Holland).

²³⁵ Vgl. voor het oude recht in dezelfde zin art. 1406 BW(oud).

²³⁶ Lankhorst, diss. 1992, p. 32.

²³⁷ HR 8 september 2000, *NJ 2000*, 734 m.nt. A.R. Bloembergen. Zie over het arrest onder meer Hartlief, *AA 2000*, p. 863 e.v., Kottenhagen, *L&S 2000*, p. 5 e.v., Lindenbergh, *NbBW 2000*, p. 150 e.v., Van Dam, *VR 2001*, p. 1 e.v., Giesen 2003, p. 15 e.v.

tij?) was de kous overigens niet af geweest: Bloembergen wijst er in zijn noot op dat dan de beperkingen van art. 1407 BW(oud) (voorzover het gaat om schade door letsel heeft alleen het slachtoffer zelf recht op vergoeding) aan hun aanspraak in de weg zou hebben gestaan.²³⁸ De tweede kwestie (is het recht op *family life* van de ouders geschon- den?), doet de Hoge Raad wel heel klinisch af: het oordeel van het hof dat art. 8 EVRM niet strekt tot bescherming van het onderhavige belang van de ouders 'geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting', is 'niet onbegrijpelijk' en 'behoefde geen nadere moti- vering'. Ook de gedachte van Advocaat-Generaal Langemeijer, dat de artsen geen in- breuk hebben gemaakt op het recht van de ouders om persoonlijk en ongestoord be- trekkingen te onderhouden met hun kind, is – zoals Bloembergen terecht opmerkt – niet overtuigend: een gezinsleven met een ernstig gehandicapte zoon is bepaald niet 'onge- stoord'. Dit element van het arrest heeft dan ook terecht kritiek ontmoet.²³⁹ In de kern denk ik dat de verwerping van het beroep op art. 8 EVRM niettemin – in elk geval naar de toenmalige stand van het recht – wel terecht is. De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens laat zien dat art. 8 EVRM vooral een rol speelt in fa- milierechtelijke, en niet in aansprakelijkheidsrechtelijke verhoudingen. Ik kom hierop te- rug in § 4.4.4.

Het is voor de ouders van Joost wellicht een schrale troost, maar ondanks het fa- len van de proefprocedure is hun zaak voor de rechtsontwikkeling toch van betekenis geweest. De problematiek heeft de aandacht getrokken van de politiek en het arrest is mede aanleiding geweest voor het wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaanden.²⁴⁰ Voorts heeft de zaak – mede in verband met het kort daarvoor gewe- zen arrest in de zaak Johanna Kruidhof²⁴¹ – ook het belang van de vermogensschade van derden op de kaart gezet²⁴², hetgeen heeft geleid tot voorbereidingen voor een wetsontwerp inzake inkomensschade die naasten lijden in verband met de tijd die zij be- steden aan de zorg voor een gehandicapt gezinslid.²⁴³

4.2.3 Oogmerkarrest, een eerste opening

Meer succes werd geboekt in het hiervoor (§ 3.4.2) reeds genoemde oogmerkarrest. Het ging hier om een man die, teneinde zijn (bijna-ex)vrouw te kwetsen, hun beider kind om het leven bracht.²⁴⁴ De rechtbank en het hof wezen de vordering van de vrouw tot ver-

²³⁸ Anders Vranken, *WPNR* 2001, p. 836-837 en Giesen 2003, p. 25. Het gaat in het stelsel van 1407 BW (oud) (en voor een contractuele verhouding geldt wat dit betreft hetzelfde) niet om de vraag of de eiser een vorderingsrecht heeft op een 'eigen' grondslag (jegens hem gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie), maar of zijn schadevergoedingsbelang wordt beschermd, en daaraan staat het exclusieve karakter van de derdenschaderegeling in de weg. Zie HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958 m.nt. C.J.H. Brunner (Rockwool/Poly). Zie ook het in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken gemaakte onderscheid tussen 'confrontatieschade' en 'verliesschade', waarvan de laatste niet voor vergoeding in aanmerking komt. Denkbaar is natuurlijk dat contractueel expliciet wordt afgeweken van de regeling van Afdeling 6.1.10 BW. Of men het stelsel *juist* vindt, is een andere vraag. Zie nader onder 4.3.3.

²³⁹ Zie bijv. Giesen 2003, p. 26 e.v., die komt tot een herformulering op dit punt.

²⁴⁰ Zie de belangstelling van de minister voor de zaak (TK 1999-2000, 26 630, nr. 2, p. 6-7) en de motie van Tweede Kamerlid Vos (TK 2000/01, 27 400 VI, nr. 31).

²⁴¹ HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof).

²⁴² Zie reeds Storm, *TVP* 1999, p. 10 e.v. en voorts Vranken, *WPNR* 2001, p. 835 e.v., Van Boom, *AV&S* 2001, p. 95 e.v. en Van Dam, *VR* 2001, p. 1 e.v.

²⁴³ Vgl. de hiertoe strekkende en met algemene stemmen aangenomen motie van de Kamerleden Wolfsen en Luchtenveld (Kamerstukken 2002/03, 28 781, nr. 10 en Handelingen II 2004/05, nr. 62, p. 3984). Het wetsvoorstel is nog niet openbaar, maar verkeert blijkens de behandeling van de justitiebegroting (Kamerstukken 2007/08, 31 200, VI, nr. 2, p. 199) in de ontwerpfasie.

²⁴⁴ De gebeurtenis vond plaats twee dagen voor de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking.

goeding van immateriële schade toe²⁴⁵ en in cassatie ging het om de vraag of dat niet in strijd was met het wettelijke stelsel inzake schadevergoeding bij overlijden. Voor die gedachte was steun te vinden in het hiervoor genoemde arrest Van der Heijden/Holland en in de literatuur.²⁴⁶ De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand en oordeelt met zoveel woorden dat het stelsel van de wet, en met name art. 6:108 BW, niet in de weg staat aan vergoeding van immateriële schade indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander zodanig nadeel toe te brengen.²⁴⁷ In het bijzondere geval dat de dader het oogmerk heeft om een naaste of nabestaande te kwetsen, biedt het stelsel van de art. 6:107 en 6:108 BW dus ruimte voor een eigen vordering van de derde en heeft deze dus recht op smartengeld. Dat laat zich verklaren en rechtvaardigen door de ernst van de normschending en door het feit dat de primair gekwetste in feite slechts het middel is om de 'derde' te kwetsen.

In het arrest komt niet uit de verf of, wanneer eenmaal een recht op vergoeding van immateriële schade van de nabestaande wordt aangenomen, nog van betekenis is dat tenminste aannemelijk is dat de schade deels het gevolg is van het overlijden. Ten aanzien van dit *deel* zou kunnen worden gezegd dat het stelsel van art. 6:108 BW aan een recht op vergoeding in de weg staat. Over deze kwestie oordeelde de Hoge Raad in het hierna te bespreken Taxibus-arrest wel expliciet. Ik kom daarop terug onder 4.3.3.

4.2.4 Taxibus-arrest, een gesloten stelsel met een opening

Werd in het oogmerkarrest een eerste opening geboden voor een zelfstandige vordering van een nabestaande buiten art. 6:108 BW, in het Taxibus-arrest heeft de Hoge Raad meer algemeen geformuleerd onder welke omstandigheden daarvoor ruimte bestaat.²⁴⁸

De zaak betreft een moeder die getuige is van de onmiddellijke nasleep van een ongeval met een taxibusje dat voor haar vijfjarige dochtertje een dodelijke afloop had. De beschrijving van de gruwelijke wijze waarop de moeder haar overleden dochtertje aantrof (het busje was bij het achteruitrijden over het hoofd van het meisje gereden) is denk ik mede van invloed geweest op de uitkomst van de zaak. De moeder had haar vordering tot schadevergoeding bij de rechtbank zien stranden. Bij het hof had zij meer succes en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand. Het arrest is van belang omdat de Hoge Raad in een aantal 'vooropstellingen' aangeeft wat de stand van het recht is op dit punt, en omdat hij aangeeft onder welke omstandigheden iemand die wordt geconfronteerd met een traumatische gebeurtenis waarbij een ander letsel oploopt of komt te overlijden een eigen aanspraak uit onrechtmatige daad geldend kan maken. Het laatste zal ik meer uitwerken in de volgende paragraaf.

In zijn eerste 'vooropstelling' (rov. 4.1) staat de Hoge Raad stil bij de beperkingen, maar ook bij de betekenis van een recht op schadevergoeding en bij de – beperkte – rol van de rechter in dergelijke ernstige gevallen:

²⁴⁵ De rechtbank voor een bedrag van f 70.000, het hof maakte daar f 100.000 van.

²⁴⁶ Zie met name *Asser-Hartkamp 4-1*, nr. 467, waar in de drukken voor 2000 de stelling werd verkondigd dat het stelsel van art. 6:108 BW aan een dergelijke vordering in de weg stond. Zie uitdrukkelijk en uitvoerig anderszins Lindenbergh, diss. 1998, p. 99 e.v.

²⁴⁷ HR 26 oktober 2001, *NJ* 2001, 216 m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.3.

²⁴⁸ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus). Zie over het arrest Van Dam, *VR* 2002, p. 205 e.v., Den Hollander, *TVP* 2002, p. 33 e.v., Kottenhagen, *NTBR* 2002, p. 182 e.v., Leerink en Holthuis, *Adv. Bl.* 2002, p. 292, Lindenbergh, *AV&S* 2002, p. 63 e.v., *NbBW* 2002, p. 58 e.v., *Trema* 2002, p. 335 e.v., Van Maanen, *NJB* 2002, p. 1102 e.v., Van, *TVP* 2002, p. 43 e.v., Verheij, *L&S* 2002, nr. 1, p. 5 e.v.

‘In het onderhavige geval is sprake van een tragische gebeurtenis die de moeder ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot vergoeding van immateriële schade kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zekere mate een erkenning van het ondervonden leed betekenen. Deze erkenning kan echter niet de grond voor toewijzing zijn. Daartoe dient een rechtsgrond te worden aangewezen die leidt tot aansprakelijkheid voor schade als de onderhavige. Ten overvloede wordt daarbij aangetekend dat in vele gevallen sprake is van leed dat wordt ondervonden als gevolg van een verkeersongeval zonder dat iemand voor dit leed in rechte verantwoordelijk kan worden gehouden. In een aantal gevallen zal de dood of het letsel van een bij een verkeersongeval betrokken persoon leiden tot aanzienlijk (financieel) nadeel bij derden. Ook ten aanzien van hen geldt dat het recht beperkingen stelt aan de mogelijkheid van vergoeding van dit nadeel, omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden. Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar. De rechter kan daarover niet een allesomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt.’

Wat opvalt aan deze overweging is dat de Hoge Raad zich niet beperkt tot een strikt juridische afdoening, maar begint met het aan de dag leggen van empathie voor de situatie waarin de moeder verkeert. Dit is een element dat bijvoorbeeld ook opvalt in de uitspraak inzake *wrongful life*.²⁴⁹ Als daaruit een ontwikkeling kan worden afgeleid, dan juich ik die toe.²⁵⁰ In dergelijke zaken wordt recht gesproken over mensen en mede over hun grote emotionele belangen.²⁵¹ Ook al kan het recht op dat punt niet altijd soelaas bieden en is ook de rol van de rechter hier tot op zekere hoogte beperkt, het oog hebben voor de menselijke situatie en het expliciteren van mogelijkheden en onmogelijkheden van het recht kan hier bijdragen aan herstel, althans aan het voorkomen van teleurstelling en verdere schade.²⁵² Het lastige van dergelijke overwegingen is natuurlijk dat zij al snel ‘smaken naar meer’. Zo zou men met name willen weten waar aan is gedacht bij ‘andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld.’²⁵³ Wellicht valt te denken aan excuses, al dan niet gegeven in het kader van een *mediation*.²⁵⁴ Uiteraard kan de rechter daarover niet een ‘allesomvattend’ oordeel geven – de Hoge Raad lijkt hiermee te refereren aan zijn eerdere rechtspraak inzake ‘zuiver emotionele belangen’ waarin hij zich zeer terughoudend (zelfs afwijzend) heeft opgesteld²⁵⁵ – maar hij moet de betekenis die aan het oordeel van de rechter wordt gehecht wat mij betreft niet onderschatten.

²⁴⁹ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken.

²⁵⁰ Vgl. ook de noot van Vranken (onder 2) onder het arrest, alsmede Van Maanen, *NJB* 2002, p. 1105. Zie voorts Bakels, *AA* 2006, p. 568 e.v.

²⁵¹ Wellicht is de overweging mede ingegeven door het openhartige betoog in de schriftelijke toelichting van mr Sillevius Smitt.

²⁵² Het gaat hier om een element van de thans in Nederland nogal school makende ‘procedural justice’. Zie daarover Klaming en Bethlehem, *TVP* 2007, p. 119 e.v. Zie voor praktische ervaringen ook Dozy en Willink, *TVP* 2007, p. 125 e.v.

²⁵³ Zie daarover vooral Hartlief, *NTBR* 2003, p. 80 e.v.

²⁵⁴ Zie Snijders 2002, p. 25 e.v.

²⁵⁵ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey).

In een tweede ‘vooropstelling’ (rov. 4.2) geeft de Hoge Raad niet alleen de begrenzing aan van de mogelijkheden die het wettelijk stelsel biedt, maar ook van de mogelijkheden van de rechter om die grenzen te verleggen:

‘Het stelsel van de wet brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of affectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, geen vordering geldend kunnen maken tot vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. Art. 6:108 BW geeft immers in een dergelijk geval slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van [vergoeding van, SDL] bepaalde vermogensschade. Hoewel deze bepaling van tamelijk recente datum is, kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen. Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.’

Verdriet om het verlies van een naaste komt dus volgens de wet niet voor vergoeding in aanmerking en het is niet aan de rechter, maar aan de wetgever om daarover anders te beslissen.²⁵⁶ Dat hangt samen met het type beslissing, die immers niet voor een individueel geval wordt genomen, maar zowel voor wat betreft mogelijkheden als voor wat betreft begrenzings duidelijkheid moet bieden voor verschillende typen van gevallen. Daarvoor is de wetgever inderdaad beter toegerust dan de rechter. De Hoge Raad houdt zich overigens zelf met de woorden ‘kan er grond bestaan’ en ‘niet uitgesloten is...’ netjes op de vlakte voor wat betreft de wenselijkheid van een dergelijke regeling.²⁵⁷ In een latere overweging in het arrest oordeelt de Hoge Raad nog wel dat art. 8 EVRM niet tot een wettelijk recht op schadevergoeding verplicht.²⁵⁸

In zekere zin is het, in het licht van de overweging met betrekking tot de (beperkingen aan) de rechtsvormende taak van de rechter, opmerkelijk dat de Hoge Raad in de volgende ‘vooropstelling’ (rov. 4.3) zelf toch overgaat tot het formuleren van een categorie van gevallen waarvoor het wettelijk stelsel wél ruimte biedt²⁵⁹:

²⁵⁶ Zie reeds in deze zin Lindenbergh, diss. 1998, p. 203 e.v.

²⁵⁷ Vranken (in zijn noot onder 2) leest er niettemin in dat de Hoge Raad vindt dat het huidige stelsel niet voldoet.

²⁵⁸ Rov. 6.3. Zie over dit aspect nader onder 4.4.4.

²⁵⁹ Zoals aangegeven bracht de gruwelijkheid van het voorliggende geval mee dat de verleiding daartoe wel heel moeilijk kon worden weerstaan.

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond. De daardoor ontstane immateriële schade komt op grond van het bepaalde in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.’

Hoewel dit type vraag bij uitstek een kwestie is voor de rechter, omdat wetgeving de mogelijke gevallen onmogelijk adequaat kan afdekken²⁶⁰, zal in de volgende paragraaf worden besproken tot welke vragen de door de Hoge Raad gekozen formulering aanleiding geeft.

4.3 Uitwerking: schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis

4.3.1 Algemeen

Zoals hiervoor is aangegeven heeft de Hoge Raad met het oogmerkarrest en het Taxibus-arrest enige ruimte erkend voor een vordering tot schadevergoeding van anderen dan de direct gekwetste. Het gaat hier niet om een algemeen recht op schadevergoeding wegens verlies of verwonding van een naaste, maar om een aanspraak die een naaste slechts onder nogal bijzondere omstandigheden heeft, ofwel omdat specifiek het oogmerk bestond om hem te kwetsen (oogmerkarrest) dan wel wegens confrontatie met de gebeurtenis waarbij een ander letsel opliep die heeft geleid tot objectiveerbaar psychisch letsel (Taxibus-arrest). Het gaat hier om wat in de juridische volksmond ‘shockschade’ wordt genoemd. Die term is, zoals reeds eerder opgemerkt²⁶¹, niet alleen onzuiwer omdat het woord ‘*shock*’ een specifieke medische betekenis heeft, maar ook omdat zij ten onrechte suggereert dat het gaat om een bepaald type *schade*. Het element van de schade is in deze gevallen wel in zoverre van bijzondere betekenis, dat alleen een recht op schadevergoeding bestaat indien sprake is van objectiveerbaar psychisch letsel; ‘enkel’ verdriet, ook al is het nog zo groot, is dus niet genoeg.

Hierna zal worden bezien onder welke omstandigheden deze aanspraak bestaat (§ 4.3.2), en tevens hoe zij zich verhoudt tot het wettelijke stelsel inzake vergoeding van schade van derden bij letsel en overlijden (§ 4.3.3). Ten aanzien van beide aspecten zal niet alleen aandacht worden besteed aan het oordeel van de Hoge Raad, maar ook aan de uitwerkingen die daaraan sindsdien in literatuur en rechtspraak zijn gegeven.²⁶²

²⁶⁰ Ik zie dan ook weinig in het door Van Maanen, *NJB* 2002, p. 1102 e.v. gedane voorstel om de wetgever te laten ingrijpen. Zie ook Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 335.

²⁶¹ Zie § 4.1.

²⁶² Zie voor een creatieve oplossing buiten rechte Bunjes 1999, p. 294 e.v.

4.3.2 De norm uit het Taxibus-arrest en de toepassing daarvan

Nadat de Hoge Raad in een ‘vooropstelling’ in het algemeen heeft aangegeven onder welke omstandigheden kan worden aangenomen dat degene die met een schokkende gebeurtenis wordt geconfronteerd een aanspraak heeft op schadevergoeding (zie hiervoor onder 4.2.4), preciseert hij de maatstaf bij de bespreking van de cassatiemiddelen. In het cassatiemiddel in het principale beroep was aangevoerd dat voor een dergelijke aanspraak vereist is, dat degene die de aanspraak maakt door *aanwezigheid* direct betrokken was bij het ongeval. De Hoge Raad acht die opvatting niet juist:

‘Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden. De aard van deze schade brengt mee dat deze schade in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden en (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.’

In de omschrijving van de Hoge Raad ligt mijns inziens de nadruk op de wijze waarop de benadeelde met de schokkende gebeurtenis is geconfronteerd; de overige omstandigheden zullen niet steeds beslissend zijn.²⁶³ Een hevige emotionele schok zal zich in dergelijke gevallen veelal voordoen, het bestaan van geestelijk letsel is geen vereiste voor onrechtmatigheid, maar speelt vooral een rol in het kader van art. 6:106 BW²⁶⁴, en de verwonding of het verlies van een naaste hanteert de Hoge Raad zelf reeds als – uiteraard sprekende – illustratie door te spreken van ‘hetgeen zich met name kan voordoen’, waardoor dit geen harde eis lijkt. Ook confrontatie met andersoortige schokkende gebeurtenissen, zoals ‘bijna-ongevallen’ of schokkende gebeurtenissen waarbij anderen dan naasten overlijden of gewond raken, kan dus vermoedelijk kwalificeren.²⁶⁵

Door de wat royale formulering van het ‘rechtstreekse’ verband tussen het handelen en het geestelijk letsel (‘een rechtstreeks verband tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde *door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen* [curs. van mij] oploopt anderzijds’) en door de clausuleringen ‘in het algemeen’ en ‘hetgeen zich met name kan voordoen’ laat het door de Hoge Raad geformuleerde criterium nogal wat ruimte voor discussie.²⁶⁶ De door de Hoge Raad ge-

²⁶³ In mijn dissertatie (p. 174 e.v.) heb ik als criterium gesuggereerd of de geschrokkenen zelf in gevaar verkeerde. Ik realiseerde mij wel dat dat lang niet alle schade zou afdekken en ook niet steeds eenvoudig zou zijn toe te passen, maar het is wel een criterium dat nauw aanknoopt bij het beschermingskarakter van de gedragsnorm en het gedrag en juist niet bij het aspect van emotionele verbondenheid dat in de wet door art. 6:107 en 108 BW wordt beheerst. Door dat element er wel in te betrekken verliest men snel de grondslag voor de aansprakelijkheid (het gedrag) uit het oog en loopt men bij uitstek tegen de wettelijke derdenscha-deregeling aan.

²⁶⁴ Zie hiervoor § 3.4.6.

²⁶⁵ Zie voor een recent voorbeeld Rb. Arnhem 2 juli 2008, *LJN* BD7643 (bestuurder verleent vrachtwagenchauffeur geen voorrang; bestuurder en inzittende komen om, chauffeur lijdt aan post traumatische stress stoornis). Zie bijv. over arbeidssituaties Vegter, diss. 2005, p. 319 e.v. en Verheij 2002, p. 281 e.v.

²⁶⁶ Zie voor een uitvoerige analyse van dit criterium Lindenbergh, *AV&S* 2002, p. 63 e.v.

kozen bewoordingen roepen dan ook de vraag op welke gevallen al dan niet door deze formulering worden gedekt. Dat is van belang, omdat zich in de praktijk een welhaast oneindig aantal mogelijke vormen van confrontatie met een schokkende gebeurtenis voordoet.²⁶⁷

De rechtspraak sinds het Taxibus-arrest laat zien dat de rechter uitgenodigd is het door de Hoge Raad gekozen criterium veelvuldig te beproeven.²⁶⁸ In die rechtspraak vallen de volgende aspecten op.²⁶⁹ In de eerste plaats gaat het inmiddels om een aanzienlijk aantal zaken. Vorderingen wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis zijn uit de rechtspraak dan ook niet meer weg te denken en geven veelvuldig aanleiding tot geschillen.²⁷⁰ Het gaat daarbij om zeer uiteenlopende gebeurtenissen, zoals verkeersongevallen, misdrijven, medische fouten bij de geboorte²⁷¹ of anderszins²⁷², et cetera.²⁷³ In de tweede plaats is inmiddels de confrontatie-eis danig op de proef gesteld, met wisselend resultaat. De tendens lijkt te zijn dat er serieuze eisen worden gesteld aan de wijze waarop de geschokkene met de gebeurtenis is geconfronteerd: de enkele confrontatie met letsel of overlijden van een naaste pleegt onvoldoende te worden geacht²⁷⁴, tenminste enige betrokkenheid bij de plaats van de gebeurtenis wordt doorgaans als eis gesteld.²⁷⁵ In de derde plaats wordt veelvuldig schadevergoeding gevorderd na misdrijven, zoals mishandeling, moord en doodslag.²⁷⁶ Hoewel het hier niet gaat om schending van verkeers- of veiligheidsnormen, is buiten twijfel dat ook – zelfs eens te meer zou ik menen – het beschermingsbereik van deze normen zich uitstrekt tot anderen dan de direct gekwetste.²⁷⁷ In de rechtspraak wordt in dergelijke gevallen wel aangenomen dat, ook al had de aangesprokene niet het oogmerk de naaste te kwetsen, de

²⁶⁷ Zie voor excentrieke gevallen Hof Arnhem 19 december 2000, *VR* 2001, 188 (hondje wordt voor ogen van vrouw gegrepen door Mastino Napolitano, vrouw krijgt hartaanval, aansprakelijkheid aangenomen); Rb. Arnhem 21 juli 2004, *LJN* AR2559 (man rijdt op snelweg over lijk en lijdt daardoor psychische schade, aansprakelijkheid afgewezen).

²⁶⁸ Zie voor een analyse van deze rechtspraak Vos en Dans, *TVP* 2006, p. 111 e.v.

²⁶⁹ Ik laat hier buiten beschouwing de problematiek van de betekenis van eigen schuld van het primaire slachtoffer voor de vordering van de geschokkene. Zie daarover Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233, *TVP* 2003, p. 45 e.v. (A.J. Schoonen), *NbBW* 2003, p. 33 e.v. (Van Roon-Seinen); Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 341 e.v. en Van Dam, 2003, p. 16.

²⁷⁰ Vos en Dans, *TVP* 2006, p. 116.

²⁷¹ Zie daarover uitvoerig Kottenhagen, *NTBR* 2008, p. 2 e.v.

²⁷² Vgl. Rijnhout, *AA* 2008, p. 390 e.v.

²⁷³ Zie voor een overzicht *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.3.

²⁷⁴ Vgl. bijv. Rb. Roermond 12 mei 2004, *LJN* AP1094 (man wordt na koolmonoxidevergiftiging dood op toilet aangetroffen); Hof 's-Gravenhage 11 juni 2003, *PrG*. 2004, 6153 (P. Abas) (niet confrontatie met ongeval, maar dagelijkse confrontatie met persoonsverandering van vader is oorzaak, vergoeding afgewezen); Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, *VR* 2004, 83 (jongen overlijdt aan gevolgen van vuistslag, vader heeft geen recht op schadevergoeding, omdat vader niet bij vechtpartij was en vuistslag geen zichtbaar ernstig letsel veroorzaakte); Rb. Middelburg 31 januari 2001, *NJkort* 2001, 17 (dochter bezoekt vader die door landbouwwerktuig is overreden in ziekenhuis en wordt aldaar geconfronteerd met gevolgen, eiseres is volgens rechtbank onvoldoende betrokken bij het ongeval). Zie voor de vordering van de zoons, die wel bij het ongeval aanwezig waren Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591 (vordering toegewezen).

²⁷⁵ Vgl. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233 (moeder ziet niet, maar hoort wel dodelijk ongeval van dochter); Rb. Dordrecht 7 juni 2002, *LJN* AE3830 (elfjarig meisje dat ligt te slapen terwijl moeder en twee anderen in kamer ernaast worden beroofd en vermoord, wordt bij ontwaken geconfronteerd met gevolgen van de misdrijven; aansprakelijkheid aangenomen, in hoger beroep – Hof 's-Gravenhage 28 mei 2003, *LJN* AF9251 – vordering niet ontvankelijk verklaard).

²⁷⁶ De vordering leent zich niet voor behandeling in een strafzaak omdat deze niet van eenvoudige aard is (art. 51a en 361 lid 3 Sv.), aldus HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 364; HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 223; HR 3 juli 2007, *NJ* 2007, 413. Zie ook Van der Helm, *Trema* 2006, p. 296 e.v.

²⁷⁷ Zie Van Dam 2003, p. 9. Ook uitdrukkelijk in deze zin Hof Leeuwarden 19 juni 2002, *NJ* 2003, 206.

ernst van de normschending meebrengt dat minder hoge eisen dienen te worden gesteld aan de wijze waarop de naaste met de gevolgen is geconfronteerd.²⁷⁸ Voorts wordt het vereiste dat sprake is van objectief vaststelbare psychische gevolgen²⁷⁹ serieus genomen.²⁸⁰ Ten slotte valt op dat, ondanks het vaak zeer traumatische karakter van de gebeurtenissen, doorgaans betrekkelijk bescheiden bedragen (veelal rond € 10.000) worden toegewezen.²⁸¹

4.3.3 Samenloop schade door confrontatie en schade door verwonding/verlies

In de Taxibuszaak was door de aansprakelijke partij nog aangevoerd dat in een dergelijk geval het geestelijk letsel van de moeder niet los kan worden gezien van de dood van haar kind en dat de vordering daarom in het licht van het stelsel van de wet niet toewijsbaar was. De Hoge Raad legt het oordeel van het hof op dit punt als volgt uit:

'Het verlies van een kind kan voor de betrokken ouder een zodanig verdriet en zodanige problemen van verwerking van het verlies van dit kind opleveren dat daardoor geestelijk letsel ontstaat dat aantasting van de persoon oplevert. In een dergelijk geval laat het wettelijk stelsel niet toe dat aan deze ouder een schadevergoeding wegens verdriet om de dood van een kind, wordt toegekend. Het wettelijk stelsel verzet zich echter niet tegen een vergoeding van immateriële schade, wanneer deze schade een gevolg is van de aan het onrechtmatig handelen van de veroorzaker toe te rekenen schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval. Aan toekenning van een dergelijke vergoeding staat in het bijzonder niet in de weg dat ook verdriet is ontstaan door het letsel en de dood van het kind.'

Niettemin is het feit dat de schade mede het gevolg zal zijn van het verlies van het kind volgens de Hoge Raad wel van betekenis bij de vaststelling van het schadeomvang:

²⁷⁸ Zie voor een suggestie in deze richting Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 338. Zie voor een extreem voorbeeld HR 26 oktober 2001, *NJ* 2001, 216 m.nt. J.B.M. Vranken (oogmerk) en voorts expliciet in deze zin in gevallen waarin geen sprake was van het oogmerk de derde te kwetsen Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2003, *LJN* AF3886 (ex-echtgenote en broer vorderen schadevergoeding omdat hun moeder is overleden doordat hun ex-man/zwager opzettelijk op haar inreed); Rb. Arnhem 29 maart 2006, *NJF* 2006, 252 (schoonvader vordert schadevergoeding van schoonzoon die schoonmoeder om het leven brengt); Rb. Utrecht 30 januari 2008, *JA* 2008, 47; *NJF* 2008, 176 (5-jarig kind door buurjongen ernstig mishandeld met dood tot gevolg, smartengeld voor vader); Rb. Arnhem 16 april 2008, *NJF* 2008, 238; *JA* 2008, 76 (R. Rijnhout) (ouders vorderen schadevergoeding van moordenaars van hun dochter); Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JA* 2008, 98 (door nabestaanden van vermoorde Nadia gevorderde schadevergoeding). Zie evenwel expliciet anders Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *NJF* 2008, 159; *JA* 2008, 44 (R. Rijnhout) (ouders van kinderen die bij achtervolging na verkeersruzie zijn omgekomen vorderen schadevergoeding, geen directe confrontatie met gebeurtenis, omstandigheid dat het om een opzetdelict gaat leidt niet tot ander oordeel).

²⁷⁹ Hoewel de Hoge Raad in het Taxibus-arrest spreekt van 'een in de psychiatrie erkend ziektebeeld' kiest hij in latere arresten een wat algemenere formulering voor de omstandigheden waaronder in geval van geestelijk letsel een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW kan worden aangemenen. Zie hiervoor, § 3.4.6.

²⁸⁰ Vgl. bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233; Hof Amsterdam 27 februari 2003, *VR* 2004, 9; Rb. Middelburg 25 juni 2003, *VR* 2004, 23; Rb. Haarlem 23 juli 2003, *VR* 2005, 74; Hof 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *PrG* 2004, 6422; Rb. 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, *NJF* 2006, 266; Rb. Arnhem 29 maart 2006, *NJF* 2006, 252; Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591.

²⁸¹ Vgl. bijv. Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591 (twee zoons zijn getuige van ongeval waarbij hun vader door een landbouwwerktuig wordt overreden en lijden langdurig aan ernstige psychische klachten; hof wijst aan ieder 10.000 euro smartengeld toe).

‘Bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding zal de rechter ermee rekening moeten houden dat in een geval als het onderhavige een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood van haar kind, ter zake waarvan haar geen vergoeding kan worden toegekend, en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt.’²⁸²

Kort gezegd brengt het exclusieve karakter van het stelsel van de art. 6:107 en 108 BW niet mee dat er geen ruimte is voor een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis waardoor een naaste is getroffen, maar ‘tikt’ dat karakter wel ‘door’ bij de begroting van het smartengeld. Hoewel dat laatste op het eerste oog vanuit systematisch oogpunt een logische gedachte lijkt, bestaan er systematische, praktische en principiële bezwaren tegen.²⁸³

Het systematische bezwaar is dat het exclusieve karakter van de regeling van de derdenschade niet alleen het smartengeld, maar ook de vergoeding van vermogensschade regardeert.²⁸⁴ Redeneert men strikt volgens het systeem – zoals de Hoge Raad met deze overweging suggereert te doen – dan zou hetzelfde onderscheid moeten worden gemaakt met betrekking tot vermogensschade.²⁸⁵ Dat heeft bijvoorbeeld het Leeuwarder hof gedaan, maar die uitspraak laat onmiddellijk zien tot welk wonderlijk rekenwerk dat aanleiding geeft.²⁸⁶ Een praktisch bezwaar is natuurlijk dat het onderscheid niet is te maken.²⁸⁷ De Hoge Raad beperkt dat probleem gelukkig door de kwestie aan het billijkheidsoordeel van de feitenrechter over te laten. Die pakt dat soms praktisch op door in de motivering eenvoudig aan te geven dat hij bij de begroting aan dit aspect aandacht heeft besteed²⁸⁸, soms leidt het tot ‘deling’ van de schade in een wel en een niet toewijsbare helft²⁸⁹, en soms begrijpt de rechter kennelijk gewoon niet wat de bedoeling is.²⁹⁰ Voor de goede orde zij opgemerkt dat de benadeelde niet hoeft aan te geven – laat staan bewijzen – dat zijn schade *niet* het gevolg is van het verlies of de verwonding van een naaste; hij kan volstaan met stellen en zonodig bewijzen dat en welke

²⁸² Later (rov. 5.4, slot) zegt de Hoge Raad het wat minder precies: ‘De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moeten maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden.’

²⁸³ Zie ook zeer kritisch over dit onderscheid Verheij, *L&S* 2002, p. 11 e.v.; Hartlief, *NTBR* 2003, p. 76, acht het niettemin consequent.

²⁸⁴ Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 183-184. De Hoge Raad lijkt zich daarvan blijken de vooropstelling in rov. 4.1 zelf overigens ook bewust.

²⁸⁵ Zie eerder Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 340.

²⁸⁶ Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233. Het hof komt mede vanwege aftrek van eigen schuld van het kind (60%) tot toewijzing van een percentage van (50% van 40% =) 20% van de schade.

²⁸⁷ Vgl. Van Dam 2003, p. 14, die spreekt van een *mission impossible*. Zie voorts Van Tilburg, *VR* 2004, p. 12, die aangeeft dat het onderscheid niet aan de hand van valide criteria is te maken.

²⁸⁸ Vgl. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233; Hof Leeuwarden 19 juni 2002, *NJ* 2003, 20 (Hof schat de omvang van de immateriële schade zonder een verdeling te maken) en Rb. Haarlem 23 juli 2003, *VR* 2005, 74 (‘Gezien de rapportages die reeds zijn uitgebracht zal de rechtbank thans schattenderwijs vaststellen welk bedrag als vergoeding ter zake van immateriële schade als gevolg van het aan de confrontatie met de schokkende gebeurtenis toe te rekenen geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking komt.’).

²⁸⁹ Vgl. bijv. Rb. Middelburg 25 juni 2003, *VR* 2004, 23 (Rb. stelt de schade als gevolg van de confrontatie op 50% van de totale immateriële schade).

²⁹⁰ Zie Hof 's-Gravenhage 19 september 2006, *VR* 2007, 83. Het hof denkt kennelijk dat het gaat om toepassing van art. 6:101 BW en zet een redenering op over causale verdeling en billijkheidscorrectie. De uitkomst heeft daar gelukkig niet onder geleden.

schade hij heeft geleden als gevolg van de confrontatie.²⁹¹ Een principieel bezwaar ten slotte is dat wanneer eenmaal wordt aangenomen dat de geschrokkenene een zelfstandige vordering heeft, deze vordering – zoals telkens bij aansprakelijkheid – aanspraak geeft op vergoeding van de volledige schade. Dat geldt zowel voor de vermogensschade als – met inachtneming het karakter van de vaststelling naar billijkheid – voor ander nadeel. Voor het bij de begroting buiten beschouwing laten van bepaalde voor de feitelijke schadeomvang relevante feiten is hier dan ook geen plaats. Anders zou men in feite de aanwezigheid van een bijzondere predispositie (het hebben van gevoelens voor zijn naaste) tegen de gelaedeerde laten gelden. Dat is eens te meer onbillijk, omdat iets dergelijks niet gebeurt in het geval er bij de gelaedeerde in het geheel geen nauwe affectieve band met de primair gekwetste in het spel is.²⁹² De tijdens de parlementaire behandeling tegen een recht op smartengeld voor nabestaanden aangevoerde bezwaren gelden overigens ook niet in dit geval.²⁹³ Al met al lijkt me dat het door de Hoge Raad gepropageerde maken van onderscheid tussen ‘confrontatieschade’ en ‘verliesschade’ beter achterwege gelaten kan worden en dat de rechter er beter aan doet om de schade gewoon in haar geheel te begroten.²⁹⁴

In verband met het voorgaande is opmerkelijk dat de Hoge Raad zich in het *wrongful life*-arrest nog min of meer terloops uitlaat over de belasting van de vader met het leven met een ernstig gehandicapt kind, hetgeen in feite immateriële schade als gevolg van het letsel van het kind betreft. Nadat de Hoge Raad heeft aangegeven dat de vader, evenals de moeder, recht heeft op smartengeld wegens het fundamentele recht om zelf te beschikken over voortplanting, gaat hij in op de immateriële schade die voor de vader het gevolg is van het leven met een ernstig gehandicapt kind. Op dat punt overweegt hij:

‘Voor zover de vordering (...) echter erop berust dat het (gezins)leven van de vader aanmerkelijk en langdurig wordt overschaduwd door de problematiek die een ernstig gehandicapt kind met zich brengt, is zij hem terecht door het hof ontzegd omdat voor toewijzing van de vordering ook in zoverre, geestelijk letsel van de vader als gevolg van de gemaakte fouten zou zijn vereist. Dergelijk letsel is niet mede aan de vordering ten grondslag gelegd.’

Hoe deze overweging precies moet worden verstaan is niet duidelijk. Voor zover de vader schade lijdt door het gehandicapt zijn van het kind, komt deze immers buiten art. 6:107 BW niet voor vergoeding in aanmerking, ook niet als hij geestelijk letsel aannemelijk zou kunnen maken. In de *Taxibus*-zaak was immers onmiskenbaar sprake van geestelijk letsel, maar verzet volgens de Hoge Raad het stelsel van de wet zich tegen vergoeding van immateriële schade die het gevolg is van het overlijden van het kind. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad met deze uitspraak is teruggekomen op dat oordeel en ik houd de overweging dan ook voor een *slip of the pen*.²⁹⁵

4.3.4 Tussenbalans schade door confrontatie

²⁹¹ Vgl. art. 150 Rv.

²⁹² De in het *Taxibus*-arrest geformuleerde norm sluit aansprakelijkheid in die gevallen immers – terecht – niet uit.

²⁹³ Zie reeds Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 341.

²⁹⁴ In het oogmerkarrrest is dat in feite ook gebeurd. Kennelijk is daar in cassatie niet tegen opgekomen.

²⁹⁵ Zie ook Hartlief, *NTBR* 2005, p. 239-240.

De rechtspraak laat zien dat de opening die de Hoge Raad in het Taxibus-arrest heeft geboden voor een vordering ter zake van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis niet onbenut wordt gelaten. Aannemelijk is overigens dat de rechtspraak, zoals dat op het gebied van de letselschade gebruikelijk is vanwege het feit dat het grootste gedeelte van de zaken buiten rechte wordt afgedaan, slechts een topje van de ijsberg – in dit verband beter: *eisberg* – laat zien. Vanwege de rechtsonzekerheid op dit gebied is overigens aannemelijk dat over deze zaken relatief veel zal worden geprocedeerd. De rechtspraak laat ook zien dat de interpretatie van de door de Hoge Raad gegeven criteria niet probleemloos is. Dat was ook niet te verwachten en het is waarschijnlijk ook niet mogelijk om criteria te formuleren die wel sluitend zijn en tot aanvaardbare uitkomsten leiden in de veelheid aan (on)denkbare²⁹⁶ gevallen.

Voorts laat de rechtspraak zien dat het in de praktijk gaat om in omvang bescheiden toewijzingen. Weliswaar werd in de – uitzonderlijke – oogmerkzaak *f* 100.000 aan smartengeld toegewezen, maar doorgaans overstijgen de toewijzingen de € 10.000 nauwelijks.²⁹⁷

Ten slotte blijkt de rechter in het licht van het Taxibus-arrest niet bereid om te anticiperen op het wetsvoorstel inzake smartengeld wegens verlies of verwonding van een naaste.²⁹⁸ Bovendien werkt het exclusieve stelsel van de art. 6:107 en 6:108 BW in zoverre door in de zaken waarin wel een toewijzing plaatsvindt, namelijk doordat de Hoge Raad de rechter – mijns inziens ten onrechte – opdraagt om bij de begroting rekening te houden met samenloop van schade door confrontatie en schade door verlies of verwonding van een naaste en deze laatste buiten beschouwing te laten. Het zou beter zijn om – wanneer eenmaal aansprakelijkheid vast staat – dat onderscheid niet te maken en gewoon, zoals dat ook anders gebruikelijk is, de volledige schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen.

4.4 Naar een wettelijk recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden

4.4.1 Algemeen

In mijn dissertatie heb ik ampel aandacht besteed aan de problematiek van de vergoeding ter zake van verdriet om de (ernstige) verwonding of het overlijden van een naaste, omdat ik vond dat het recht op dit punt een lacune kende. Ik heb toen bepleit dat de wetgever op dit punt zou ingrijpen en stond daarin niet alleen.²⁹⁹ Mede naar aanleiding van de ontwikkelingen in de rechtspraak (Baby Joost-arrest) en een naar aanleiding daarvan in de Tweede Kamer ingediende motie³⁰⁰ is in 2003 een wetsvoorstel ter zake

²⁹⁶ Als ik de feiten uit Rb. Arnhem 21 juli 2004, *LJN* AR2559 (man rijdt op snelweg over lijk en loopt daarvoor psychisch letsel op; tijdens de behandeling daarvan komt tevens een jeugdtrauma – zijn vader had een aan hem geschonken lammetje buiten zijn toestemming geslacht – naar boven) aan studenten voorhoud, denken zij dat het een 'academische geval' betreft.

²⁹⁷ Zie reeds Van Dam 2003, p. 16.

²⁹⁸ Zie nog voor een creatieve wijze van anticipatie (daterend van voor het Taxibus-arrest) Hof Amsterdam 3 februari 2000, *VR* 2000, 86 (F.Th. Kremer), waarin het hof oordeelt dat met het oog op het verdriet van de nabestaanden een deel van een uitkering uit levensverzekering niet in mindering diende te worden gebracht op de overlijdensschade. Vgl. bijv. uitdrukkelijk anticipatie afwijzend Hof 's-Gravenhage 21 november 2001, *Prg.* 2001, 5801 (P. Abas) en Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *NJF* 2008, 159; *JA* 2008, 44 (R. Rijnhout).

²⁹⁹ Zie voor oudere bronnen Lindenbergh, diss. 1998, p. 195. Zie voorts recenter onder meer Tjittes, *RM Themis* 1999, p. 141 e.v., Lindenbergh, *NJB* 2001, p. 61 e.v., Verheij, diss. 2002, p. 205 e.v. en Van Dam 2003.

³⁰⁰ Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 31.

ingediend bij de Tweede Kamer. Dat wetsvoorstel is na behandeling in de Tweede Kamer op enkele punten aangepast, onder meer door aan de in het voorstel geformuleerde kring van tot schadevergoeding gerechtigden een hardheidsclausule toe te voegen.³⁰¹ In de Eerste Kamer heeft het debat over het wetsvoorstel vervolgens een onverwachte wending genomen, doordat men kennelijk is gaan twijfelen over de behoefte aan een dergelijke vergoeding, althans aan de wijze waarop daaraan het beste tegemoet gekomen kan worden. In afwachting van de resultaten van onderzoek naar de behoeften van slachtoffers is de behandeling van het wetsvoorstel in 2006 aangehouden.³⁰²

Hierna zal ik de contouren van het wetsvoorstel schetsen en de parlementaire behandeling en de reacties uit de literatuur op het wetsvoorstel bespreken. Vervolgens besteed ik aandacht aan het onderzoek naar behoeften van slachtoffers en aan ontwikkelingen elders en in Europees verband. Ik merk hier reeds op dat ik niet nog eens tot een (her)afweging van alle argumenten voor en tegen zal overgaan – dat is reeds genoegzaam gebeurd³⁰³ – maar mij zal beperken tot nieuwe elementen in het debat.

4.4.2 Het wetsvoorstel, de literatuur en de parlementaire behandeling

In het in 2003 ingediende wetsvoorstel is gekozen voor een aanvulling van de regeling van de schade van derden in art. 6:107 en 6:108 BW.³⁰⁴ Het voorstel voegt aan deze bepalingen nieuwe onderdelen toe waarin voor een beperkte kring van personen – bij ernstig letsel voor naasten (art. 6:107), bij overlijden voor nabestaanden (art. 6:108) – een recht op schadevergoeding wordt geregeld.³⁰⁵ Het gaat (kort gezegd) om de volgende gerechtigden: de partner, ouders van minderjarigen, minderjarige kinderen, duurzame verzorgers en duurzaam verzorgden. Met betrekking tot de omvang is gekozen voor een bij Algemene Maatregel van Bestuur vast te stellen vast bedrag; er wordt een bedrag genoemd van € 10.000 per naaste of nabestaande.³⁰⁶ Deze keuzes komen voort uit de wens om aan slachtoffers duidelijkheid te bieden over wie welke aanspraken heeft, om de omvang van de aansprakelijkheid overzichtelijk te houden en ook om de rechter zo min mogelijk extra te belasten.³⁰⁷

Het voorstel om voor naasten en nabestaanden een recht op vergoeding van immateriële schade in het leven te roepen is als zodanig in de literatuur en in de Tweede Kamer overwegend met instemming ontvangen.³⁰⁸ In de literatuur is niettemin aangegeven dat het voorstel niet ver genoeg ging en dat beter de gehele regeling van de schade van derden, en vooral ook de vergoeding van inkomensschade van derden, 'op de

³⁰¹ Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 9.

³⁰² Handelingen I 2005/06, nr. 38, p. 1853.

³⁰³ Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 193 e.v., Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v. en voorts Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 70 en MvT, Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 4.

³⁰⁴ Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 1-2.

³⁰⁵ Ook wordt voorgesteld art. 6:106 lid 2 BW te wijzigen. Ik kom daarop terug in § 6.2.

³⁰⁶ Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

³⁰⁷ Zie voor uitvoerige beschouwingen over de 'voors en tegens' van deze elementen Lindenbergh, diss. 1998, p. 203 e.v. Zie ook Kamerstukken I 2005/06, 28 781, C, p. 4.

³⁰⁸ Zie voor instemmende reacties van kamerleden Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 1-3. Zie voor een stemming tijdens een studiedag ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van Verkeersrecht, *VR* 2004, p. 3: 75% stemt voor een smartengeld voor nabestaanden, 67% stemt voor een smartengeld voor naasten van ernstig gewonden. Zie reeds eerder voor een meerderheid voor een recht op vergoeding tijdens de jaarvergadering van de Nederlands Juristen Vereniging in 2003 *Handelingen NJV* 2003-2, p. 85 e.v. Zie niettemin kritisch over een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden als zodanig Hartlief, *NTBR* 2003, p. 72 e.v. en *VR* 2004, p. 1 e.v. en Stolker, *RM Themis* 2003, p. 307 e.v.

schop' zou kunnen worden genomen.³⁰⁹ Inmiddels wordt op het punt van de vergoeding van inkomensschade van derden aan een wettelijke voorziening gewerkt.³¹⁰ Voor wat betreft de inhoud van het wetsvoorstel bestond er wel kritiek, met name³¹¹ op de gesloten kring van gerechtigden in combinatie met het vaste bedrag.³¹² Ook werden er vraagtekens geplaatst bij de hanteerbaarheid van het criterium 'ernstig en blijvend letsel'. Debat over deze punten in de Tweede Kamer heeft er vervolgens toe geleid dat aan de formulering van de kring van gerechtigden een hardheidsclausule is toegevoegd.³¹³ Deze strekt ertoe dat anderen dan de in de wet met zoveel woorden genoemde personen die niettemin een nauwe persoonlijke relatie met de primair gekwetste aannemelijk kunnen maken ook aanspraak kunnen maken op de vergoeding.³¹⁴ In antwoord op de kritiek op het vaste bedrag heeft de minister aangegeven dat met betrekking tot de hoogte het bedrag in de Algemene Maatregel van Bestuur kan worden gevarieerd.³¹⁵

Het debat heeft vervolgens in de Eerste Kamer een verrassende wending genomen. Hoewel het in het licht van de literatuur en de behandeling in de Tweede Kamer niet langer leek te gaan over de vraag of er een wettelijke voorziening met betrekking tot smartengeld voor naasten en nabestaanden moet komen, maar enkel nog over de vorm daarvan, wordt in de Eerste Kamer ineens de behoefte aan een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden in twijfel getrokken.³¹⁶ Dat is niet alleen opmerkelijk omdat het destijds bij de totstandkoming van de bestaande wettelijke regeling vooral de Eerste Kamer was die aandrong op het alsnog in het leven roepen van een recht op smartengeld voor nabestaanden³¹⁷, maar ook omdat in de Tweede Kamer nu juist zo was gehamerd op de behoefte aan een wettelijke voorziening op dit punt.³¹⁸ Als redenen voor de twijfel worden aangevoerd dat slachtoffers zich zonder problemen bij het huidige stelsel zouden neerleggen, niet is gebleken van een maatschappelijke druk van betekenis en dat het aantal personen dat tracht vergoeding te krijgen via de weg van de shockschade zeer beperkt is.³¹⁹ Die argumentatie is niet indrukwekkend. De stelling dat slachtoffers zich zonder problemen bij de huidige wettelijke regeling neerleggen staat in schril contrast met de inmiddels vele procedures over de hiervoor besproken schade

³⁰⁹ Zie vooral Van Boom, *NJB* 2001, p. 1301 e.v. en *AV&S* 2001, p. 95 e.v., Vranken, *WPNR* 2001, p. 835 en Van Dam 2003, p. 6, voetnoot 5. Zie meer recent ook nog Verheij, *VR* 2005, p. 205 e.v. en Engelhard, *VR* 2008, p. 1 e.v.

³¹⁰ Zie hiervoor, § 4.2.2.

³¹¹ Ook is er kritiek geuit op de toepasselijkheid van de verweermiddelenregels van art. 6:107 lid 2 en 108 lid 3 BW. Zie Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v.

³¹² Zie met betrekking tot de kring van gerechtigden kritisch onder meer Van Dam 2003, p. 8, Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v., Van Orsouw, *AV&S* 2004, p. 108 e.v. en Hartlief, *NJB* 2005, p. 830 e.v. Het vaste bedrag is vooral uitvoerig bekritiseerd door Van en Reijnen, *VR* 2002, p. 37 e.v. en verder onder meer door Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v., Van Orsouw, *AV&S* 2004, p. 108 e.v. en Hartlief, *VR* 2004, p. 5. Tijdens de stemming op de Verkeersrecht-dag gaf 55% de voorkeur aan een beperkte kring met een hardheidsclausule en 44% aan een variabel bedrag met een minimum en een maximum (*VR* 2004, p. 3).

³¹³ Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 9.

³¹⁴ De opening van de kring van gerechtigden en het (aanvankelijk) vasthouden aan een vast bedrag hebben mij ertoe gebracht (*NJB* 2005, p. 841 e.v.) mij af te vragen of er dan niet beter geheel voor een open model kan worden gekozen, waarin de rechter, aan de hand van aanwijzingen in de wetstoelichting, beslist over de gerechtigden en het bedrag. Zie daarover weer kritisch Frenk, *NJB* 2005, p. 1295.

³¹⁵ Handelingen II 2004/05, nr. 60, p. 3881-3882.

³¹⁶ Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D, p. 2.

³¹⁷ *VV I, PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1272.

³¹⁸ Nota bene vanuit het CDA, dat in de Eerste Kamer met de bedenkingen komt. Zie voor een overzicht van het verloop van de parlementaire behandeling en de opmerkelijke wisseling van standpunten Van Wees, *TVP* 2006, p. 124 e.v.

³¹⁹ Zie Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D, p. 2.

door confrontatie met een schokkende gebeurtenis; dat aantal personen is dus niet 'zeer beperkt'.³²⁰ Integendeel, in het licht van het feit dat het in naar schatting meer dan 95% van de letselschadezaken niet tot een procedure bij de rechter komt³²¹, is het tekenend dat er juist over deze problematiek zo veelvuldig wordt geprocedeerd. Het argument van de bescheiden 'maatschappelijke druk' is ook weinig overtuigend. Uiteraard kan men op dit punt geen massale demonstraties op het Malieveld verwachten, maar juist ten aanzien van dit onderwerp is niet alleen van slachtofferzijde, maar ook van de zijde van verzekeraars de behoefte aan een wettelijke voorziening onderschreven.³²² Dat is een consensus die in het aansprakelijkheidsrecht niet eenvoudig wordt bereikt, en dat zegt dus wel wat.

Voorts is in de Eerste Kamer de vraag gesteld of er sociaalwetenschappelijke gegevens bestaan ter ondersteuning van de aannames in het voorstel ter verdediging van de keuze voor een vast bedrag.³²³ Hoewel de minister aangeeft dat deze aannames worden ondersteund door Slachtofferhulp Nederland en impliciet worden bevestigd door onderzoek van de Nationale Ombudsman naar letselschadedossiers, zegt hij uiteindelijk toe te zullen trachten lopend onderzoek naar de behoeften van slachtoffers in deze richting bij te sturen. In afwachting van de resultaten van dat onderzoek wordt de behandeling van het wetsvoorstel aangehouden.³²⁴

4.4.3 Onderzoek naar behoeften van slachtoffers

Het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht van de Vrije Universiteit van Amsterdam verricht van 2006 tot 2008 in opdracht van het Ministerie van Justitie (WODC) onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht. De aanleiding daarvoor is dat het ministerie behoefte heeft aan empirische informatie op dit punt met het oog op eventuele voorbereiding van wetgeving op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en – inmiddels – ook met betrekking tot specifieke elementen in het wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaanden.³²⁵ Met het oog op het laatste is de onderzoeksopdracht tijdens de loop van de eerste fase van het onderzoek aangepast.³²⁶

De resultaten van de eerste fase van het onderzoek, een terreinverkenning door literatuurstudie en gesprekken met focusgroepen van deskundigen uit 'het veld', zijn gepresenteerd in 2007³²⁷; de tweede fase van het onderzoek, waarin wordt geprobeerd meer kwantitatieve gegevens te verzamelen, is ten tijde van het schrijven van dit boekje nog niet afgerond.³²⁸

De resultaten van de eerste fase laten meer in het algemeen zien dat onderscheid kan worden gemaakt tussen materiële en immateriële behoeften van slachtoffers.

³²⁰ De minister heeft nog gewezen op de zorg van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak op dit punt, *Handelingen I* 2005/06, nr. 38, p. 1852.

³²¹ Vgl. Weterings 2004, p. 26, die spreekt van '95-99%'.

³²² Zie ook op dit punt *Handelingen I* 2005/06, nr. 38, p. 1852.

³²³ *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, B, p. 2.

³²⁴ *Handelingen I* 2005/06, nr. 38, p. 1853.

³²⁵ Zie over het gebrek aan empirische gegevens ook Hartlief, *VR* 2004, p. 6 en Suurmond en Van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1934 e.v.

³²⁶ Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, E, p. 3.

³²⁷ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007.

³²⁸ Bij beide fasen van het onderzoek ben ik betrokken als lid van de onderzoeksbegeleidingscommissie. Ik mag uit dien hoofde tot enige tijd na publicatie van de resultaten daarover niet publiceren.

Als belangrijke determinant van de behoefte aan financiële compensatie komt naar voren de mate waarin de gevolgen van het ongeval de financiële bestaanszekerheid bedreigen. Van de immateriële behoeften van claimanten blijkt de behoefte aan erkenning (van de aansprakelijkheid, van wat er gebeurd is en wat daarvan voor het slachtoffer de gevolgen zijn) prominent. Voor slachtoffers is tevens relevant te achterhalen wat er precies gebeurd is, alsmede het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.³²⁹ Voorts blijkt voor het herstel van het slachtoffer niet enkel de uitkomst van een proces over schadevaststelling, maar tevens de weg daar naar toe van belang. Ook wordt gesteld dat het aansprakelijkheidsrecht de potentie lijkt te hebben tegemoet te komen aan immateriële behoeften van slachtoffers (zoals het verantwoordelijk stellen van de veroorzaker en de gelegenheid krijgen hun verhaal te doen), maar tevens dat dit potentieel in veel gevallen niet (volledig) wordt gerealiseerd en dat het proces herstelbelemmerend kan werken. Als mogelijke oorzaak daarvan wordt genoemd de nadruk in het proces op financiële compensatie en de geringe aandacht voor de immateriële behoeften van het slachtoffer.

Meer specifiek met het oog op het wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaanden laten de resultaten van de eerste fase van het onderzoek verdeeldheid zien in de houdingen van slachtoffers en was het aantal geïnterviewden te gering om generaliseerbare uitspraken te doen.³³⁰ Wel wordt geconstateerd dat de wijze waarop de vergoeding wordt uitgekeerd van belang kan zijn voor de mate waarin de met de vergoeding beoogde erkenning kan worden bereikt.³³¹

De tweede fase van het onderzoek zal meer duidelijkheid moeten verschaffen over kwantitatieve aspecten van behoeften: waaraan bestaat nu bij slachtoffers en hun naasten vooral behoefte? Overigens blijkt uit de eerste fase van het onderzoek dat verschillende behoeften van slachtoffers samenlopen (financiële en immateriële behoeften) en dat het recht op schadevergoeding tegelijkertijd in verschillende elementen kan voorzien (compensatie van schade, verantwoordelijk stellen van de aansprakelijke, erkenning van resterend leed, etc.). Tussen de behoefte aan een financiële compensatie en meer immateriële wensen zoals erkenning en genoegdoening bestaat dus geen tegenstelling.³³² Men hoede zich er dan ook voor uit de mededeling van slachtoffers dat het hen niet primair om het geld gaat, de conclusie te trekken dat dan geen behoefte bestaat aan een recht op schadevergoeding.³³³ In het aansprakelijkheidsrecht is het recht op schadevergoeding in de praktijk nu juist in veel gevallen het enige middel om erkenning te krijgen en de verantwoordelijkheid voor het gebeurde aan de orde te stellen.³³⁴ En omdat het naasten en nabestaanden aan een dergelijk recht nu juist dikwijls ontbreekt, blijven zij wat dit betreft buiten spel staan.

4.4.4 Buitenlandse ontwikkelingen en Europese aspecten

Naast de ontwikkelingen in het eigen nationale recht kan worden geconstateerd dat ook in andere Europese landen het recht op smartengeld voor nabestaanden (verder)³³⁵ aan

³²⁹ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, hoofdstuk 6.

³³⁰ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 80.

³³¹ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 80.

³³² Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 81.

³³³ Zie voor een suggestie in deze richting Hartlief, *NTBR* 2003, p. 80: 'Het gaat niet om (het) geld, maar om iets anders.'

³³⁴ Vgl. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey), waarin de Hoge Raad oordeelt dat een zuiver emotioneel belang een onvoldoende belang is om in rechte te worden ontvangen.

³³⁵ Zie reeds Lindenbergh, diss. 1998, p. 185 e.v.

terrein wint. Zo hebben ook Oostenrijk³³⁶ en Zweden³³⁷ in de afgelopen jaren een dergelijk recht erkend.³³⁸ Zie ik het goed, dan kennen in Europa thans alleen Duitsland, Denemarken en Nederland geen recht op smartengeld voor nabestaanden.³³⁹ Natuurlijk is de situatie elders niet beslissend voor Nederland³⁴⁰ en wellicht kan de nationaal-culturele achtergrond meebrengen dat per land een verschillend regiem op zijn plaats wordt geacht omdat er over de materie wezenlijk verschillend wordt gedacht, maar irrelevant lijkt de situatie elders mij toch evenmin. Ik vermoed dat de (in het verleden) bestaande verschillen op dit punt eigenlijk meer toevallig zijn en moeten worden verklaard vanuit een feitelijk historische ontwikkeling waarin al dan niet voor een afzonderlijke regeling voor schade van derden is gekozen.³⁴¹ De ontwikkeling van de laatste jaren is in ieder geval wel tekenend. Kennelijk wordt het belang van een recht op smartengeld voor naasten ook elders steeds meer, althans anders dan voorheen, op waarde geschat. Dat springt met name in het oog als het gaat om ongevallen waarbij slachtoffers van verschillende Europese nationaliteiten zijn betrokken en roept op een gegeven moment toch de vraag op waarom Nederland zou achterblijven.³⁴² Dat het hier overigens om een 'Europese lijn'³⁴³ gaat blijkt ook uit de Principles of European Tort Law³⁴⁴ en uit de Draft Common Frame of Reference.³⁴⁵

In Nederland, maar ook elders³⁴⁶, is voorts voor een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden steun gezocht in het Europese recht, in het bijzonder in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.³⁴⁷ In de rechtspraak is met name – onder meer in de Baby Joost-zaak en de Taxibus-zaak – een beroep gedaan op art. 8 EVRM (*family life*).³⁴⁸ De gedachte daar achter is dat het gezinsleven in de rechtspraak

³³⁶ OGH 16 mei 2001, *ZVR* 2001, nr. 52.

³³⁷ Hogsta Domstolen 17 oktober 2000, *NJA* 2000, p. 521 e.v. en een wetswijziging per 1 januari 2002.

³³⁸ Zie voor een overzicht Bona, Mead, Lindenbergh 2005, p. 422 e.v.

³³⁹ Zie bijv. voor Duitsland, waar overigens al decennia voor een dergelijk recht wordt gepleit, uitvoerig Stahmer 2004, alsmede Jaeger en Luckey 2008, p. 100 e.v.

³⁴⁰ Vgl. voor de *omvang* van het smartengeld in deze zin HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druiff/Bouw). Zie over dit aspect nader hoofdstuk 5.

³⁴¹ Zie voor een vergelijking van het Nederlandse met het Belgische recht op dit punt Lindenbergh *TPR* 2002. Zie voor de Belgische praktijk ook Van Schoubroeck, *VR* 2004, p. 102 e.v.

³⁴² Zo heeft het ongeval met de *concorde* in Parijs in juli 2000 met name in Duitsland op dit punt tot aanzienlijke verontwaardiging geleid. Zie Stahmer 2004, p. 2.

³⁴³ Dat op 'Europees niveau' al veel langer een voorkeur voor smartengeld voor nabestaanden bestond blijkt uit de door het Comité van de Raad van Ministers van Europa op 14 maart 1975 aangenomen resolutie inzake schadevergoeding bij letsel en overlijden, waarin een recht op smartengeld voor nabestaanden als 'principle' was opgenomen.

³⁴⁴ Vgl. art. 10:301 PETL. In de toelichting (European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer: Wien/New York, p. 173) wordt opgemerkt: 'The existence of these damages in fatal cases was never seriously challenged in our discussions. There was more controversy about such awards to relatives in non-fatal cases, mainly because of the greater practical difficulties. However, the majority view was that they should be accepted.'

³⁴⁵ Volgens art. VI-2:202 sub 1 DCFR wordt 'non-economic loss caused to a natural person as a result of another's personal injury or death' aangemerkt als 'legally relevant damage' wanneer die persoon in een bijzonder nauwe relatie tot de 'injured person' stond.

³⁴⁶ Vgl. Marco Bona, in: Bona, Mead, Lindenbergh 2005, p. 457 e.v.

³⁴⁷ Vgl. voor het Engelse recht McGregor 2003, p. 1561, waar in de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het recht op leven een aanknopingspunt wordt gevonden om de gefixeerde kring van gerechtigden in de Fatal Accidents Act aan de kaak te stellen. Zie voor het Duitse recht, waarin een beroep op fundamentele rechten vooral via het eigen Bundesverfassungsgericht loopt BVerfGer 8 maart 2000, *NJW* 2000, p. 2187-2189.

³⁴⁸ Zie HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost), HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *NJF* 2008, 159; *JA* 2008, 44 (R. Rijnhout) en Rb. 's-Gravenhage 5 december 2001, *NJkort* 2002, 5.

van het EHRM zoveel bescherming heeft gekregen dat het belang ervan ook in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet doorwerken. Voor dat laatste heb ik evenwel in de rechtspraak van het EHRM, die vooral is gericht op de familierechtelijke aspecten, (nog) geen aanwijzingen kunnen vinden. Dat neemt natuurlijk niet weg dat die rechtspraak het gewicht van het belang van een ongestoord gezinsleven bevestigt.³⁴⁹ De motivering van de verwerping van het beroep op art. 8 EVRM in de Baby Joost-zaak, dat het oordeel van het hof dat art. 8 EVRM niet strekt tot bescherming van het belang in kwestie geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, was in dat licht wel erg 'kort door de bocht'. In het Taxibus-arrest is de kwestie opnieuw aan de orde gesteld. Namens de moeder van het overleden meisje was in het cassatiemiddel in het incidentele cassatieberoep gesteld dat het beperkende karakter van het stelsel van art. 6:108 BW in strijd is met art. 8 EVRM, zodat het hof deze beperkingen (geen recht op vergoeding van immateriële schade wegens het overlijden) buiten beschouwing had moeten laten. De Hoge Raad overweegt:

'Het onderdeel faalt op grond van het volgende. In de eerste plaats heeft de bestuurder van de taxibus die het onderhavige ongeval heeft veroorzaakt, een verkeersnorm overtreden met als tragisch gevolg voor de moeder het verlies van haar dochter, doch het veroorzaken van dit ongeval is als zodanig niet een inbreuk op het recht op eerbiediging van 'family life' van de moeder. In de tweede plaats kan niet als juist worden aanvaard dat art. 8 EVRM ertoe noopt dat in de wetgeving wordt voorzien in een recht op (immateriële) schadevergoeding aan de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander. Het toekennen van schadevergoeding kan weliswaar mede worden gezien als een erkenning van en genoegdoening voor het verdriet wegens de dood van een kind, maar kan niet ertoe bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind (...) in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden. Ten slotte ziet het onderdeel eraan voorbij dat art. 6:108 niet een beperking inhoudt van een bestaand recht op schadevergoeding, doch juist de grondslag biedt voor een uitbreiding van het recht op schadevergoeding waarop de benadeelde ten opzichte van wie niet onrechtmatig is gehandeld, anders geen aanspraak zou kunnen maken. Zoals hiervoor (...) is overwogen gaat een verdere uitbreiding de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.'³⁵⁰

Ik denk dat deze motivering ten aanzien van art. 8 EVRM, hoezeer met dat artikel ook het gewicht van het gezinsleven wordt onderstreept, juist is: het gaat niet om gedrag dat rechtstreeks inbreuk maakt op het gezinsleven (en schadevergoeding kan dat ook niet voorkomen), maar om gedrag dat uiteindelijk feitelijke *gevolgen heeft* voor de wijze waarop het gezin is samengesteld of functioneert. Ik vermoed dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in zuiver private verhoudingen art. 8 EVRM ook niet snel zal aangrijpen om schadevergoedingsrechtelijke regels te formuleren³⁵¹, maar zeker weten doe ik dat natuurlijk niet. De rechtspraak met betrekking tot art. 8 EVRM is immers al eerder verrassend en (zeer) vergaand geweest.

Het laatste deel van de motivering van de Hoge Raad onderschrijf ik niet. In het middel was mede een beroep gedaan op art. 8 EVRM om op te komen tegen het oor-

³⁴⁹ Vgl. onder (veel) meer EHRM 8 juli 1987, *NJ* 1988, 828 m.nt. E.A. Alkema (W/United Kingdom).

³⁵⁰ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), rov. 6.3.

³⁵¹ Giesen 2003, p. 28 lijkt daarop ook te zinspelen.

deel van het hof dat, ook als wel een recht op vergoeding van schade door confrontatie bestaat, niettemin geen recht op vergoeding van immateriële schade wegens het verlies van het kind bestaat. De motivering van de Hoge Raad dat art. 6:108 BW geen beperking maar een uitbreiding biedt, is wat dat betreft in elk geval onjuist. Ik vind dat in gevallen waarin – zoals in de Taxibus-zaak – een eigen recht van de nabestaande op schadevergoeding wordt aangenomen, het verlies van de naaste gewoon moet worden meegenomen bij de schadebegroting. Juist dat aspect wordt gesteund door het gewicht dat het gezinsleven (ook) in de rechtsorde heeft.³⁵²

Een andere kwestie is of het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens nog op andere gronden een aanleiding kan vormen voor het erkennen van een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden. Het gaat dan niet zozeer om het aspect van het gezinsleven, maar om de rechtsbescherming tegen de overheid. In dat verband zijn vooral art. 2 (recht op leven) en art. 13 (effectief rechtsmiddel) EVRM van belang. Het EHRM heeft inmiddels herhaaldelijk geoordeeld dat bij schending van art. 2 of art. 3 EVRM, omdat zij moeten worden gerekend tot de *'most fundamental provisions of the Convention'*, een recht op compensatie van immateriële schade in beginsel beschikbaar moet zijn als onderdeel van de *'range of redress'*.³⁵³ Opmerkelijk is dat het EHRM in 2005 in een zaak tegen Engeland een schending van art. 13 EVRM heeft vastgesteld, omdat het Engelse recht geen aanspraak op schadevergoeding – en daarmee geen *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM – bood voor een vrouw wier broer door de politie was doodgeschoten.³⁵⁴ Hoewel het hier gaat om schendingen door de overheid en het bereik van deze gedachtegang dus in beginsel beperkt is tot geschillen met de overheid, is het ontbreken van een toegang tot de rechter voor de meeste nabestaanden vermoedelijk wel het kernprobleem van de afwezigheid van een recht op smartengeld voor nabestaanden. Het is bepaald niet uigesloten dat de schadevergoedingspraktijk van het EHRM onder art. 41 EVRM ook zijn weerslag zal hebben op het schadevergoedingsrecht van nationale rechtsstelsels. Een vergelijkbare ontwikkeling heeft zich immers voorgedaan met betrekking tot schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn (art. 6 EVRM).³⁵⁵ En wanneer een dergelijke tendens eenmaal in het nationale recht doorzet, ligt het voor de hand dat dat ook van betekenis is voor horizontale verhoudingen.

4.5 Uitleiding

De bespreking van de problematiek van de schade door confrontatie laat zien dat de Hoge Raad uitdrukkelijk een mogelijkheid heeft erkend voor een bijzondere groep personen om een eigen recht op schadevergoeding geldend te maken ter zake van schade die het gevolg is van confrontatie met een schokkende gebeurtenis. De Hoge Raad heeft zich op dit punt dus bepaald bereidwillig getoond en heeft bovendien empathie met de slachtoffers aan de dag gelegd. Het aldus erkende recht op schadevergoeding is

³⁵² Zie over het bij de begroting van het smartengeld buiten beschouwing laten van het verlies van de naaste reeds hiervoor § 4.3.3.

³⁵³ EHRM 3 april 2001, 27229/95 *EHCR* 2001-III (Keenan v. United Kingdom); EHRM 10 mei 2001, 29392/95 *ECHR* 2001-V (Z and Others v. UK); EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (2002) *EHRC* 2002-II (Paul and Audrey Edwards/UK).

³⁵⁴ EHRM 17 maart 2005, 50196/99 (Bubbins/UK).

³⁵⁵ Zie daarover Barkhuysen en Van Emmerik in hun noot onder EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006, 294 (Scordino/Italië).

evenwel bepaald niet zonder complicaties. Het criterium van de confrontatie is complex en leidt tot veel onzekerheid en procedures, er is hoe dan ook slechts een zeer beperkte categorie naasten en nabestaanden die aan het criterium zal voldoen, nodig is bovendien dat bij hen objectiveerbaar geestelijk letsel komt vast te staan hetgeen de nadruk op ziekte in de hand werkt, de rechter moet een (onmogelijk) onderscheid maken tussen schade door confrontatie en verdriet om verlies, en uiteindelijk gaat het ook als al deze 'hobbels' zijn genomen slechts om zeer bescheiden bedragen. Hoewel de uitdrukkelijke erkenning van een recht op vergoeding van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis dus een stap vooruit is, biedt deze weg voor veruit de meeste naasten van ernstig gewonde slachtoffers en nabestaanden geen soelaas.

De minister van Justitie heeft zich de roep van de wetenschap, de politiek, slachtoffers en verzekeraars aangetrokken en heeft een wetsvoorstel geformuleerd om de in het recht op dit gebied bestaande lacune in te vullen. Het voorstel strekt ertoe om aan naasten van ernstig gewonden en aan nabestaanden een vergoeding ter zake van door hen geleden immateriële schade toe te kennen, waarbij niet is vereist dat bij hen sprake is van objectiveerbaar geestelijk letsel. Een dergelijk recht heeft brede steun gekregen in de literatuur en de tegen de vormgeving gerichte bedenkingen zijn grotendeels ondervangen door aanpassingen van het voorstel in de vorm van een hardheidsclausule. Niettemin heeft de Eerste Kamer aangegeven nadere informatie te willen over de behoeften van slachtoffers. Daarom worden de resultaten van op dit punt lopend onderzoek afgewacht. Uit een voorstudie blijkt intussen dat het aansprakelijkheidsrecht mogelijkheden biedt voor slachtoffers om te voldoen in hun behoefte aan erkenning. Weliswaar geven slachtoffers veelal aan dat het hen niet primair om het geld gaat, maar daaruit mag mijns inziens niet de conclusie worden getrokken dat zij derhalve geen behoefte hebben aan een recht op schadevergoeding. In het aansprakelijkheidsrecht is het recht op schadevergoeding in de praktijk nu juist in veel gevallen het enige middel om erkenning te krijgen en de verantwoordelijkheid voor het gebeurde aan de orde te stellen. En omdat het naasten en nabestaanden aan een dergelijk recht nu juist dikwijls ontbreekt, terwijl zij niettemin serieuze en grote schade lijden, blijven zij wat dit betreft ten onrechte buiten spel staan. Het is te hopen dat in die situatie nu eindelijk verandering wordt gebracht. Met een wettelijke regeling ten aanzien van een recht op smartengeld voor nabestaanden zal het recht uiteraard niet alle erkenning bieden waaraan slachtoffers behoefte hebben – dat zal het recht hoe dan ook niet kunnen – maar dat neemt niet weg dat dit naar mijn idee een goede bijdrage zou zijn. Wie geen behoefte heeft aan een dergelijk recht, kan ervoor kiezen het niet geldend te maken of de vergoeding aan een goed doel te schenken. Het bestaan van een recht op vergoeding biedt evenwel een keuze aan de naaste die hij thans niet heeft.

Tijdens het debat over het smartengeld voor naasten en nabestaanden is gesuggerend de gehele problematiek van de schade van derden te heroverwegen. Ik denk dat de Hoge Raad terecht heeft aangegeven dat vormgeving en afbakening op dit gebied bij uitstek een taak voor de wetgever is en deze heeft op dat punt inmiddels ook de nodige initiatieven genomen. Zo is naast het 'wetsvoorstel affectieschade', waaraan nog wordt gewerkt, intussen het werkgeversregres uitgebreid met betrekking tot de kosten van reïntegratie.³⁵⁶ Denkbaar is dat het er uiteindelijk toe leidt dat de gehele visie op het stelsel ter zake van de schade van derden aanpassing verdient, maar ik zou het betrouwen als de bestaande initiatieven in afwachting van een totaalvisie in de ijskast zouden belanden. Voordat de wetgever een sluitende oplossing heeft gevonden voor alle moge-

³⁵⁶ Wet van 13 juni 2008, Stb. 2008, 199.

lijke schades van derden – zo dat al mogelijk is – zijn we zo een decennium of langer verder. Het lijkt er niet op dat justitiabelen die tijd buiten de rechtszaal zullen afwachten. Integendeel, zij zullen de route van het Taxibus-arrest blijven beproeven om via de rechter in hun behoefte aan erkenning en financiële genoegdoening te voorzien, en die route is niet adequaat omdat zij complex is, invaliderend werkt en slechts (heel) weinigen soelaas biedt.

Hoofdstuk 5

Omvang van het smartengeld

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is besproken hoeveel en welke veranderingen zich de afgelopen jaren hebben voltrokken, althans zijn aangekondigd, met betrekking tot schade door confrontatie en met betrekking tot het smartengeld voor naasten en nabestaanden. In dit hoofdstuk zal blijken dat op het punt van de omvang van het smartengeld verrassend weinig is gebeurd. De Hoge Raad heeft in enkele uitspraken (Druijff/Bouw, arrest inzake discretionaire bevoegdheid, coma-arrest, tweede *wrongful birth*-arrest) wel het een en ander gezegd over de wijze van vaststelling van het smartengeld en over de daarbij mee te wegen factoren, maar met betrekking tot de omvang van de bedragen lijkt in Nederland sprake van een zekere stagnatie. Dat is opmerkelijk omdat in ons omringende landen beslist forse ontwikkelingen zijn waar te nemen. Met de invoering van de euro zijn de verschillen bovendien eenvoudiger zichtbaar geworden.

In dit hoofdstuk komt eerst de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de wijze van vaststelling en de voor de omvang van het smartengeld relevante factoren aan de orde. Vervolgens ga ik in op de omvang van de bedragen en op de ontwikkeling daarvan in Nederland en in enkele van de ons omringende landen.

5.2 De wijze van vaststelling

5.2.1 Rechterlijke vrijheid, discretionaire bevoegdheid

De rechter heeft bij de begroting van schade de nodige vrijheid. De begroting van schade is sterk met de feiten verweven en kan volgens vaste rechtspraak 'in zoverre' in casus niet op juistheid worden getoetst. Aan de motivering van de begroting worden geen strenge eisen gesteld. De rechter is – eveneens volgens vaste rechtspraak – bij de begroting niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs.³⁵⁷ Waar de wet de rechter in het algemeen opdraagt om de schade te begroten 'in overeenstemming met de aard ervan' (art. 6:97 BW), vermeldt art. 6:106 BW dat 'ander nadeel dan vermogensschade' moet worden vastgesteld 'naar billijkheid'. Het feit dat de aard van de schade hier 'ander nadeel dan vermogensschade' betreft, brengt mee dat de rechter niet anders kan dan intuïtief schatten.³⁵⁸ Hij heeft op dat punt volgens de Hoge Raad zelfs een 'discretionaire' bevoegdheid:

'Volgens art. 6:106 BW heeft de benadeelde in geval van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding (...). Uit de zinsnede: 'een naar billijkheid vast te stellen schadevergoe-

³⁵⁷ Vgl. HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/Bouw); *AV&S* 2001, p. 26-29 (S.D. Lindenbergh); *TVP* 2001, p. 26-28 (R.H.J. Wildenburg). Zie over het algemene uitgangspunt dat de rechter bij vaststelling van schade niet is gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs kritisch De Groot en Akkermans, *NTBR* 2007, p. 501 e.v.

³⁵⁸ HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O) en HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. J. de Boer (W/Staat).

ding' en uit het in de conclusie van de Advocaat-Generaal (...) geciteerde gedeelte van de memorie van antwoord bij de genoemde bepaling volgt dat de rechter die op de voet van deze bepaling schadevergoeding toekent, een discretionaire bevoegdheid heeft met betrekking tot het bepalen van de omvang van die schadevergoeding. De rechter mag met alle omstandigheden van het geval rekening houden bij de begroting van de schade en hij heeft de bevoegdheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen.³⁵⁹

In cassatie kan alleen worden getoetst of de rechter blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, of ter zake van de wijze van begroting.³⁶⁰ Dat de Hoge Raad zich zal uitlaten over een door de feitenrechter toegewezen *bedrag* aan smartengeld is daardoor, hoewel misschien wenselijk³⁶¹, hoogst onwaarschijnlijk.³⁶² De belangrijkste reden voor deze terughoudendheid lijkt de werkbelasting van de Hoge Raad te zijn, maar ook de aard van het cassatie-instituut kent op dit punt zijn beperkingen.³⁶³

De vrijheid van de rechter met betrekking tot de begroting van (immateriële) schade is niet helemaal onbegrensd. Met name kan worden getoetst of de rechter blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het schadebegrip en ter zake van de wijze van begroting.³⁶⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat de rechter die smartengeld toewijst wel eerst zal moeten vaststellen dat is voldaan aan de in de wet genoemde eisen, zoals het bestaan van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW.³⁶⁵ Voorts zal de Hoge Raad kunnen toetsen of de rechter de voor de begroting relevante factoren aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. Op die factoren ga ik in § 5.2.3 nader in.

5.2.2 Rechterlijke praktijk: gevalsvergelijking

Voor wat betreft de *wijze* van begroting heeft de Hoge Raad expliciet aangegeven dat hij de in de praktijk gehanteerde methode van gevalsvergelijking onderschrijft. Overwoog de Hoge Raad in 1992 nog 'Het ligt in de rede' dat de rechter bij zijn begroting van immateriële schade let op door de rechter in vergelijkbare gevallen toegekende bedragen, in 2001 zegt de Hoge Raad het wat strenger:

'De rechter *dient* [curs. van mij, SDL] bij zijn begroting tevens te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, een en ander met in-

³⁵⁹ HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. C.J.H. Brunner, *TVP* 2001, p. 108-110 (G.J.M. Verburg), *NTBR* 2001, p. 388-389 (T. Starren). Zie over de vraag of de bevoegdheid van de rechter zover gaat dat hij een vergoeding achterwege mag laten kritisch hiervoor, § 3.2.

³⁶⁰ Onder meer HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druif/Bouw).

³⁶¹ Zie de conclusie van A-G Spier, *NJ* 2001, 215, sub 3.20, alsmede Giesen, *NJB* 2001, p. 120 e.v.

³⁶² Volgens Bloembergen (noot *NJ* 2001, 215 sub 4) heeft de Hoge Raad in *NJ* 1992, 714 (HIV-besmetting) door te overwegen dat de hoogte van het toegekende bedrag 'voor rekening van het hof moet blijven', niet-temin aangegeven dat hij dat bedrag (*f* 300.000) toen disproportioneel vond. (Bloembergen maakte deel uit van de kamer die het arrest wees.)

³⁶³ Zie Bloembergen, noot *NJ* 2001, 215, sub 4.

³⁶⁴ Zie bijv. HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. M. Scheltema, waarin het hof volgens de Hoge Raad ten onrechte was overgegaan tot schatting zonder onderscheid te maken tussen vermogensschade en ander nadeel.

³⁶⁵ Zie HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348; *Bb* 2004, 19 (T.F.E. Tjong Tjin Tai).

aanmerkingneming van de sedert de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding.’

Dat is geheel in overeenstemming met de praktijk op dit punt, waarin de rechter aan de hand van het driejaarlijks verschijnende smartengeldnummer van het tijdschrift *Verkeersrecht* komt tot een in het hem voorliggende geval passend bedrag.³⁶⁶ Het aspect van de geldontwaarding bespreek ik in § 5.3. De gewijzigde formulering van de Hoge Raad (‘De rechter dient...’) roept de vraag op of de rechter in zijn motivering ook verslag moet doen van die vergelijking. Hoewel dat met het oog op de begrijpelijkheid van het resultaat wel wenselijk is³⁶⁷, denk ik dat de Hoge Raad op dit punt in zijn toetsing terughoudend zal blijven.³⁶⁸ Springt de rechter evenwel zonder motivering ver uit de ‘band’ die door eerdere uitspraken wordt gevormd, dan zou de Hoge Raad kunnen ingrijpen.³⁶⁹

Ten aanzien van vergelijking met het buitenland is de Hoge Raad – evenals in 1992³⁷⁰ – veel terughoudender:

‘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.’³⁷¹

Dat oordeel laat zich kort aanduiden als ‘kijken mag’, maar het kan – gezien de woorden ‘geen rechtsregel belet’ – vermoedelijk niet als een aanmoediging worden opgevat.³⁷² Het laat zich verklaren doordat wat elders geldt, hier niet hoeft te gelden, al was het maar omdat dat ‘elders’ per land verschilt. Niettemin lijkt enige oriëntatie – zeker in een steeds meer eenwordend Europa – intussen wel gewenst.³⁷³ Ik kom ook hier op terug in § 5.5.

De vrijheid in de wijze van vaststelling en het gebrek aan min of meer harde aanwijzingen lijkt in de praktijk overigens op dit moment weinig problematisch te zijn. Het smartengeld wordt veelal door partijen in het kader van onderhandelingen over de totale schade, waarvan doorgaans vooral verlies aan arbeidsvermogen een belangrijk deel uitmaakt, na een oriëntatie op eerder door de rechter toegewezen bedragen vastgesteld. In die zin geeft de rechter ook hier, zij het indirect, richting aan het proces en aan de omvang van de bedragen. Het feit dat voor de omvang van het bedrag weinig harde richtlijnen bestaan kan daarbij juist een zeker voordeel bieden, doordat het partijen de

³⁶⁶ Zie laatstelijk Jansen 2006.

³⁶⁷ Zie voor een fraaie motivering bijv. Hof Arnhem 30 oktober 2007, *NJF* 2008, 2: ‘Gelet op de langdurige periode van seksueel misbruik over acht jaren en de jonge leeftijd (van het 6e tot het 14e levensjaar) waarop het misbruik plaatsvond, het feit dat het binnen de familiekring plaatsvond en de lange therapieperiodes, waarbij PTSS en depressie is geconstateerd en gezien recente uitspraken die opgenomen staan in de Smartengeldgids 2006, nrs. 1028, 1029, 1031, 1042 en 1058, oordeelt het hof een schadevergoeding van € 12.500,- op zijn plaats.’

³⁶⁸ Zie ook Lindenbergh, *AV&S* 2001, p. 28 onder 2.

³⁶⁹ In dezelfde zin A-G Spier in zijn conclusie voor HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren Van Swaaij/Heesbeen) onder 5.25. Vgl. evenwel de noot van Bloembergen, *NJ* 2001, 215, sub. 4, die ook dan terughoudendheid van de Hoge Raad verwacht.

³⁷⁰ HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O).

³⁷¹ *Rov.* 3.2 (slot).

³⁷² Zie bijv. nogal terughoudend t.a.v. gegevens over het buitenland Hof 's-Gravenhage 7 februari 2006, *VR* 2007, 81.

³⁷³ Zie voor een vergelijking in vogelvlucht, waarin de Eiffeltoren en Egyptische en Duitse pyramides figuren, Van Dam 2006, p. 323.

ruimte laat om het smartengeld in de onderhandelingen als 'variabele speelruimte' te hanteren.

In het licht van het voorgaande lijkt voor een zekere vorm van normering op dit punt in Nederland dan ook weinig animo te bestaan,³⁷⁴ ook omdat normering veelal wordt geassocieerd met beperking van de aansprakelijkheid. Men moet daarbij wel bedenken dat het huidige model, waarbij de rechter telkens terugblijkt naar in het verleden toegewezen bedragen, in feite ook een sterke vorm van normering inhoudt.³⁷⁵ Het leidt in de praktijk, zoals hierna zal blijken, ook tot een aanzienlijke stagnatie in de ontwikkeling van de smartengeldbedragen. Dat is niet eigen aan de methode van gevalsvergelijking – in Duitsland, waar die methode ook wordt gevolgd, is een veel sterkere ontwikkeling in bedragen te bespeuren – maar het is wel opvallend dat het in Nederland zo uitpakt. Het is in dat verband opmerkelijk dat het Engelse recht sinds enige jaren een methode kent waarbij op basis van de bestaande rechtspraak aan de hand van een beschrijving van letsels categorieën met bedragen en marges zijn geformuleerd – ook een vorm van normering dus – maar waarin jaarlijks aanpassingen plaatsvinden door de opstellers.³⁷⁶ Intussen heeft dit model geleid tot een weloverwogen en gestage verhoging van het smartengeld. Aldus blijkt een dergelijke methode, die op het eerste oog meer rigide lijkt dan de onze, beter te kunnen inspelen op ontwikkelingen op maatschappelijk en medisch gebied. Dat het tevens leidt tot een geleidelijke en weloverwogen verhoging van de smartengeldbedragen zou ons te denken moeten geven.³⁷⁷ Dat gaat in een dergelijk model kennelijk makkelijker dan in het Nederlandse, waarin iedere verandering telkens afhankelijk is van een concreet geval en van een concrete rechter.

5.2.3 Relevante factoren, recente rechtspraak

De rechter mag dan in hoge mate vrij zijn in de vraag *hoe* hij waardeert, hij is niet geheel vrij met betrekking tot de vraag *wat* hij moet waarderen. Op dat punt heeft de Hoge Raad de afgelopen jaren dan ook wel enkele aanwijzingen gegeven. Het gaat daarbij met name om de arresten *Druijff/Bouw*, *wrongful birth II* en om het *coma*-arrest.

In de zaak *Druijff/Bouw*, die was opgezet als één van de procedures om te trachten de top van de (hoogste) smartengeldbedragen in opwaartse richting te verschuiven³⁷⁸, geeft de Hoge Raad nog eens³⁷⁹ aan waar het bij de vaststelling van het smartengeld om gaat (rov. 3.2):

'Het gaat in deze procedure om de begroting van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade bestaande nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamenlijk letsel heeft opgelopen. Bij deze begroting dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden, in een geval als het onder-

³⁷⁴ Het probleem dat Giesen, *NJB* 2001, p. 120, noemt, lijkt dan ook vooral theoretisch. Wie behoren tot de 'brede kring' die de normering van de hoogte van de (immateriële) schadevergoeding wenselijk acht (p. 123), vermeldt hij ook niet.

³⁷⁵ Aldus ook uitdrukkelijk Donner, *VR* 2003, p. 351.

³⁷⁶ Zie The Judicial Studies Board, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, Oxford: Oxford University Press 2006.

³⁷⁷ Zie nader hierna § 5.5.

³⁷⁸ Zie Lindenbergh, *VR* 1999, p. 129 e.v.

³⁷⁹ Zie eerder vooral HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O).

havige in het bijzonder [met] de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene.³⁸⁰

Aldus plaatst de Hoge Raad de omvang van het nadeel (de aard en ernst van het letsel) centraal als maatstaf voor de omvang van het smartengeld.³⁸¹ Dat stemt overeen met de centrale positie die in gevallen van letsel aan de functie van compensatie wordt toegevoegd.³⁸²

Timmerman Druijff – die als gevolg van een val tijdens zijn werk ernstig invalide was geraakt – had aangevoerd dat het door de kantonrechter toegewezen bedrag (f 200.000) ontoereikend was, in het bijzonder omdat hem dat slechts in staat zou stellen jaarlijks f 8.500 te besteden aan activiteiten ter veraangenaming van zijn leven. Hij had voorgerekend dat een extra vakantie van twee weken in de winter onder begeleiding van twee hulpverleners naar een warm land – hetgeen volgens een revalidatiearts aanbevelenswaardig was – jaarlijks f 15.000 zou kosten. De rechtbank had die berekening naast zich neergelegd, omdat de vaststelling naar billijkheid volgens haar niet noopte tot onderzoek naar wat Druijff gedurende zijn leven extra kon doen ter veraangenaming van zijn leven en welk smartengeld daarmee gemoeid was. De Hoge Raad laat dat oordeel in stand:

‘In het licht van hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen (...) kan een betoog als hier aan de orde in het kader van de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade geen verdere betekenis hebben, dan dat het ertoe dient om de rechter door middel van een voorbeeld duidelijk te maken dat de aard en ernst van het letsel van de betrokkene mede van invloed zijn op de omvang van de kosten, verbonden aan de maatregelen ter veraangenaming van diens leven. (...) De aard van de onderhavige vergoeding brengt echter mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding.³⁸³

Zoals hiervoor in § 3.3 is aangegeven, sluit dat oordeel aan bij de aard van de immateriële schade: het gaat om een waardering van de door een ongeval geleden pijn en om het na fysiek en/of psychisch herstel resterende leed aan de hand van de aard en ernst van het letsel en niet om de vraag welke concrete besteding het slachtoffer voor ogen heeft. Dat neemt niet weg dat het toe te wijzen bedrag wel zodanig moet zijn dat de benadeelde er daadwerkelijk iets mee kan doen.³⁸⁴

In het tweede *wrongful birth*-arrest, dat in essentie ging over de vraag of een vrouw die na een mislukte sterilisatie alsnog een kind had gekregen aanspraak had op vergoeding ter zake van verlies aan arbeidsvermogen en op smartengeld, geeft de Hoge Raad nog een oordeel over de voor het smartengeld relevante omstandigheden:

‘In zijn rov. 6.7 heeft het Hof overwogen dat het bij de bepaling van de omvang van de vergoeding voor immateriële schade meeweegt dat het om een kennelijk onopzettelijke fout gaat. Voor zover onderdeel 3 bestrijdt dat het Hof deze omstandigheid mocht meewegen, faalt het, aangezien de rechter bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade alle omstandigheden van het geval,

³⁸⁰ HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/Bouw), rov. 3.2.

³⁸¹ Zie uitvoerig in deze zin Lindenbergh, diss. 1998, p. 242 e.v.

³⁸² Zie § 2.3.1.

³⁸³ Rov. 3.3.

³⁸⁴ Zie over de omvang van bedragen § 5.4.

waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt, mag meewegen. Voor zover het onderdeel klaagt dat het Hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, ziet het eraan voorbij dat een rechtsoordeel niet met een motiveringsklacht kan worden bestreden.³⁸⁵

Daarmee stelt de Hoge Raad buiten twijfel dat ook de grondslag en de verwijtbaarheid van de gedraging waarop de aansprakelijkheid in het concrete geval berust van betekenis is voor de omvang van het smartengeld. Eerder had hij al wel aangegeven dat de aard van de aansprakelijkheid relevant was voor de omvang van het smartengeld³⁸⁶ en dat is ook in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever.³⁸⁷ De relevantie van de aard van de aansprakelijkheid en de ernst van de normschending neemt niet weg dat – in elk geval in gevallen van letsel – de aard en ernst van het letsel de primaire maatstaf zullen vormen voor de omvang van het smartengeld en dat andere factoren veeleer een rol in de marge toekomt.³⁸⁸ Buiten gevallen van letsel kan het accent anders liggen.³⁸⁹

Ook in het coma-arrest heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de omstandigheden die van belang zijn voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld. Dat is in zekere zin opmerkelijk, omdat het in dat arrest vooral ging over de vraag of een comateus slachtoffer een aanspraak heeft op smartengeld.³⁹⁰ Het is niettemin begrijpelijk, omdat de aard van dat geval ertoe uitnodigt om te bezien waar het bij het smartengeld in essentie om gaat, en dat is voor de begroting natuurlijk ook beslissend. De Hoge Raad formuleert het aldus:

‘Bij de begroting van dergelijk nadeel moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden, waarbij in een geval als het onderhavige kan worden gedacht enerzijds aan de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds aan de aard van het letsel, de duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. De rechter zal bij deze begroting ook rekening moeten houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde. Bij de bepaling van de omvang van de vergoeding zullen de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal, kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete be-

³⁸⁵ HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (*wrongful birth II*).

³⁸⁶ HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O). In HR 17 november 2001, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druiff/Bouw) noemt de Hoge Raad deze factor niet. Zie daarover Lindenbergh, *AV&S* 2001, p. 27.

³⁸⁷ Vgl. *MvA I Inv.*, *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1274.

³⁸⁸ Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 251 en 298. Onjuist lijkt mij evenwel het oordeel van Hof Arnhem 18 februari 2003, *NJ* 2003, 500 dat met opzet alleen rekening mag worden gehouden indien de dader het oogmerk had om immateriële schade toe te brengen. Zie hiervoor § 2.3.2.

³⁸⁹ Zie nader § 5.2.4.

³⁹⁰ Zie over die kwestie hiervoor § 3.4.3.

leving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van na-
deel als hier bedoeld sprake is geweest.³⁹¹

Deze overweging geeft goed aan waar het om gaat: de omvang van het concrete imma-
teriële nadeel van het slachtoffer in kwestie kan niet anders worden benaderd dan aan
de hand van objectieve factoren, zoals de aard en ernst van het letsel.³⁹² Die zullen dan
ook de kern vormen van de waardering waarop het resultaat van de begroting berust.
Het leed als zodanig is immers niet meetbaar en zal uit wel bepaalde factoren moeten
worden afgeleid. Noodgedwongen leidt dat tot een globale waardering.³⁹³ Het is ook ge-
bruik om aan de hand van de aard en de ernst van het letsel te vergelijken met andere
gevallen. Daarnaast kunnen concrete individuele uitwerkingen van het leed op het leven
van de benadeelde en andere specifieke gevallenmerken, zoals het aan de aansprake-
lijke gemaakte verwijt, in ogenschouw worden genomen.³⁹⁴ In die zin is begroting enkel
aan de hand van het percentage functionele invaliditeit, zoals dat in de schaderegeling
nog wel eens in een vaste 'formule' (zoveel euro per procentpunt invaliditeit) tot uit-
gangspunt wordt genomen, te ruw.³⁹⁵

5.2.4 Relevante factoren; onderscheiden naar categorie

De hiervoor besproken arresten hadden voornamelijk betrekking op gevallen van licha-
melijk letsel. Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven ligt bij het smartengeld in dergelijke ge-
vallen de nadruk op compensatie van nadeel. Dat roept de vraag op in hoeverre de hier-
voor besproken door de Hoge Raad relevant geachte factoren ook buiten gevallen van
lichamelijk letsel van betekenis zijn voor de omvang van het smartengeld.

Voorop staat dat het smartengeld ook buiten gevallen van lichamelijk letsel zal
moeten worden vastgesteld door vergelijking met eerdere toewijzingen, zij het dat die
buiten gevallen van lichamelijk letsel soms in mindere mate voorhanden zijn.³⁹⁶ Ook
daarbij zal met geldontwaardiging rekening moeten worden gehouden. Verder zal het van
het type geval afhangen welke factoren beslissend zijn voor de omvang van het smar-
tengeld. Voor wat betreft geestelijk letsel, zoals bijvoorbeeld een post traumatische
stress stoornis als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis, zal door-
gaans ook de compensatiefunctie centraal staan en zal de aard en ernst van het letsel
het aanknopingspunt vormen voor de vergelijking met andere gevallen.³⁹⁷ Voor deze ge-
vallen bestaat dus ten aanzien van de begroting van het smartengeld geen wezenlijk
verschil met de gevallen van lichamelijk letsel. In geval van schending van eer en goede
naam, maar ook bij schending van (andere) persoonlijkheidsrechten zal bij de begroting
van het smartengeld de nadruk niet zozeer liggen op de ernst van de gevolgen van de
schending in de vorm van ziekte of invaliditeit, maar zullen – naast concrete gevolgen –
veelal andere factoren, zoals de aard van het geschonden belang en de wijze van

³⁹¹ HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma), rov. 3.5.

³⁹² Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 246 e.v.

³⁹³ Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 7 februari 2006, *VR* 2007, 81 (vrouw met dwarslaesie herstelt tot op zekere hoogte, maar kan veel 'net niet' en stelt dat dit ernstiger is dan iets in het geheel niet meer kunnen; hof oordeelt dat die omstandigheid bij het oordeel over het smartengeld is meegewogen en geen 'extra' vergoeding rechtvaardigt).

³⁹⁴ Zie, met verdere verwijzingen naar rechtspraak, *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 50.

³⁹⁵ Vgl. Rb. Arnhem 15 november 2001, *VR* 2002, 199.

³⁹⁶ Dat verschilt overigens per type geval. Zie over een overzicht van rechtspraak op verschillende gebieden Jansen 2006 en *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106.

³⁹⁷ Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 253 e.v.

schending bepalend zijn.³⁹⁸ Voor zover in deze gevallen tevens sprake is van een verschuiving in (het accent van) functies, bijvoorbeeld van compensatie naar erkenning of naar rechtshandhaving, zal dat ook bij de begroting van het smartengeld tot uitdrukking (moeten) komen. De Nederlandse rechter zal hier nog zijn weg moeten vinden.³⁹⁹

In het Duitse recht heeft de ontwikkeling van het smartengeld in het kader van de handhaving van het persoonlijkheidsrecht aanleiding gegeven tot toewijzing van forse bedragen. Dat heeft de vraag opgeroepen hoe deze toewijzingen zich verhouden tot – relatief⁴⁰⁰ – bescheiden bedragen in gevallen van letsel en andere persoonsaantastingen. Deze kwestie is principieel aan de orde gesteld door ouders die leden aan ernstige psychische stoornissen als gevolg van het feit dat zij door een verkeersongeval hun drie kinderen hadden verloren en ter zake DM 70.000 (vader), respectievelijk DM 40.000 (moeder) aan smartengeld toegewezen hadden gekregen. Zij beriepen zich op schending van het recht op gelijke behandeling en op schending van hun persoonlijkheidsrecht, omdat de hun toegewezen bedragen in geen verhouding stonden tot het aan Prinses Caroline van Monaco toegewezen bedrag van DM 180.000 wegens een in de entertainmentpers gepubliceerd verzonden interview, en tot de doorgaans in gevallen van dwarslaesies toegewezen bedragen van (toen) ongeveer DM 400.000. Het Duitse Bundesverfassungsgericht oordeelde dit onderscheid niet in strijd met § 3 Grundgesetz, omdat de sanctie bij schending van persoonlijkheidsrechten een andere grondslag heeft (namelijk § 1 Grundgesetz in plaats van § 847 (thans § 253 II) BGB) waardoor daarbij voor de vaststelling van de omvang andere factoren beslissend zijn, zoals het winst-oogmerk en het perspectief van preventie, die tot een aanzienlijke verhoging van de vergoeding kunnen leiden. Met betrekking tot de aansprakelijkheid voor letsel als gevolg van verkeersongevallen worden deze factoren niet beslissend geacht. Ook het onderscheid met gevallen van lichamelijk letsel achtte het Bundesverfassungsgericht niet ongrondwettelijk.⁴⁰¹ Voor het Nederlandse recht kan volgens mij eenzelfde gedachtegang worden gevolgd. Hoewel het Nederlandse recht geen afzonderlijke (grondwettelijke) grondslag kent voor een recht op smartengeld wegens schending van persoonlijkheidsrechten, laat het criterium van de billijkheid in art. 6:106 BW toe dat in verschillende categorieën van gevallen verschillende maatstaven worden gebruikt voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld. In de praktijk ziet men de rechter dat overigens ook al doen.⁴⁰²

5.3 Geldontwaarding, wettelijke rente en vertraging in de schadeafwikkeling

Het spreekt voor zich dat de rechter, die bij de vaststelling van het smartengeld vergelijkt met bedragen die in eerdere gevallen zijn toegewezen, rekening houdt met de sindsdien opgetreden geldontwaarding.⁴⁰³ Over de wijze waarop dat dient te geschieden heeft de Hoge Raad zich evenwel niet uitgelaten. In het door de rechter veelvuldig gebruikte

³⁹⁸ Zie, met vermelding van rechtspraak en literatuur, *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 56 en 58.

³⁹⁹ Zie reeds hiervoor § 3.4.7, alsmede Lindenbergh, *BWKJ* 2005.

⁴⁰⁰ Alles is hier betrekkelijk, want de in Duitsland bij letsel toegewezen bedragen zijn al fors hoger dan die in Nederland. Zie nader § 5.4.2.

⁴⁰¹ BverfGer 8 maart 2000, *VersR* 2000, 897.

⁴⁰² Vgl. Hof Arnhem 22 maart 2005, *JA* 2007, 47. Zie hiervoor § 3.4.7.

⁴⁰³ Het oordeel in HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen is wat dat betreft in overeenstemming met de heersende opvattingen. Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 46.

smartengeldnummer van Verkeersrecht wordt bij de uitspraken telkens, naast het daadwerkelijk toegewezen bedrag, een geïndexeerd bedrag vermeld. Deze indexering is gebaseerd op de prijsindexcijfers van de gezinsconsumptie van het Centraal Bureau voor de Statistiek.⁴⁰⁴ Het wettelijke instrument om bij schadevergoeding rekening te houden met geldontwaarding is evenwel de in art. 6:119 BW e.v. geregelde wettelijke rente. Dat roept de vraag op hoe zij zich tot elkaar verhouden.

Vooropgesteld zij dat de wettelijke rente over het toegewezen bedrag van aanzienlijke betekenis kan zijn. Door het Arnhemse hof werd in 1999 een bedrag van f 300.000 euro toegewezen, vermeerderd met wettelijke rente gerekend vanaf de datum van de eerste aanzegging (gelegen in 1989). Die rente bedroeg tot aan de dag van de uitspraak ongeveer f 265.000, een bedrag dat het toegewezen smartengeld in omvang benadert.⁴⁰⁵

Volgens de wet (art. 6:119 BW) is de schuldenaar wettelijke rente verschuldigd over de periode van verzuim, dat wil zeggen wanneer de vordering opeisbaar is en niet terstond wordt voldaan. Ten aanzien van het smartengeld pleegt te worden uitgegaan van de gedachte dat de immateriële schade op het moment van het ongeval wordt geleden en dat de rente over het toe te wijzen bedrag derhalve op die datum gaat lopen.⁴⁰⁶ De rechter die het smartengeld begroot zal dat dus – strikt genomen, maar nu het smartengeld nauwelijks stijgt is dit van minder betekenis – moeten doen door bij zijn vergelijking met eerdere toewijzingen te kijken naar het niveau van het smartengeld op de datum van het ongeval in het door hem te beoordelen geval.⁴⁰⁷ In de praktijk is dit overigens moeilijk te realiseren, omdat de datum van het ongeval bij de in de smartengeldgids vermelde uitspraken niet steeds is vermeld.⁴⁰⁸

Een andere kwestie is of vertraging in de afwikkeling van de schade, naast de wettelijke rente, een grondslag kan vormen voor vergoeding van immateriële schade⁴⁰⁹ of kan leiden tot een hoger smartengeld. Het gaat hier niet om het aspect van geldontwaarding, maar om het invaliderende karakter van vertraging dan wel om het sanctioneren van dralen of tegenwerken door de aansprakelijke partij of diens verzekeraar.⁴¹⁰ Het wettelijk stelsel laat het naast de wettelijk gefixeerde rente niet toe om, wanneer de schade als gevolg van vertraging in de betaling van een geldsom hoger is dan het wettelijk fixum, een hogere schadevergoeding toe te wijzen.⁴¹¹ Wanneer de aansprakelijke of diens verzekeraar – bewijsbaar – het oogmerk heeft om de benadeelde hiermee te kwetsen, dan lijkt me dat niettemin zonder meer reden voor een hoger smartengeld. Is dat niet het geval, dan zal het wettelijk fixum daaraan veelal in de weg staan. In de praktijk ziet men desondanks in krasse gevallen wel eens dat hierop een uitzondering wordt

⁴⁰⁴ Jansen 2006, p. 20.

⁴⁰⁵ Zie Lindenbergh, *A&V* 2000, p. 134 e.v. De aansprakelijkheid voor wettelijke rente wordt bovendien niet beperkt door de verzekerde som, aldus HR 2 april 1977, *NJ* 1978, 99, wel uiteraard door adequate bevoorschotting.

⁴⁰⁶ Zie HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 508 m.nt. J.B.M. Vranken.

⁴⁰⁷ Lindenbergh, *A&V* 2000, p. 137.

⁴⁰⁸ Zie voor een gebruiksaanwijzing van de vergelijking met behulp van indexering Jansen 2006, p. 20.

⁴⁰⁹ Hiervoor pleit Verheij, diss. 2002, p. 505.

⁴¹⁰ Vgl. Rb. Zwolle 7 februari 2007, *JA* 2007, 134 (stroeve afhandeling van schade werkt schadeverhogend).

⁴¹¹ Zie uitdrukkelijk HR 14 januari 2005, *NJ* 2007, 481 m.nt. Jac. Hijma (Ahold/Staat) en HR 14 januari 2005, *NJ* 2007, 482 m.nt. Jac. Hijma (Van Rossum/Fortis). Vgl. ook in deze zin Hof Amsterdam 1 maart 2007, *RAV* 2007, 35: geschil over bedrijfsschade, bij vaststelling vertragungsschade geen afwijking van wettelijke rente.

gemaakt.⁴¹² In dit kader kan overigens nog een rol spelen dat jegens de aansprakelijke partij weliswaar een grond bestaat voor schadevergoeding, maar jegens zijn verzekeraar – afgezien van de gevallen van een directe actie – niet. Kan de verzekeraar in het kader van de afwikkeling onzorgvuldig gedrag worden verweten, dan kan dat niettemin als onrechtmatige daad jegens de benadeelde worden aangemerkt.⁴¹³

5.4 De hoogte van de bedragen

5.4.1 Algemeen, tekenen van stagnatie

Het smartengeld dient er veelal – zeker in de gevallen van letsel – toe om de benadeelde te compenseren voor het nadeel dat niet anderszins kan worden hersteld en dat zich – redelijkerwijs – niet in vermogensschade laat vertalen. In bepaalde gevallen kan het accent liggen op een andere functie dan compensatie.⁴¹⁴ Ik concentreer mij hier op de gevallen van lichamenlijk en geestelijk letsel. Wanneer men ervan uitgaat dat het smartengeld er in die gevallen toe dient om uitgaven te doen om het leven wat te veraangename, ⁴¹⁵ dan is tenminste nodig dat men er daadwerkelijk wat mee kan.⁴¹⁶ Het ligt daarom voor de hand om bij de vaststelling van het smartengeld de ontwikkelingen in het prijspeil van consumptiegoederen te volgen. Bovendien is ook de ontwikkeling van de welvaart een element dat in het smartengeld zijn afspiegeling verdient.⁴¹⁷ Verder kan, in het licht van de weinig scherpe scheiding tussen vermogensschade en ander nadeel⁴¹⁸, voor de omvang van het smartengeld van belang zijn met welke elementen van de schade bij de vergoeding van vermogensschade rekening is gehouden. Daarbij moet wel worden bedacht dat het smartengeld er niet toe dient om specifieke vermogensschadeposten af te dekken, maar juist om een compensatie te bieden voor wat aan schade als gevolg van het letsel niet kan worden hersteld, en waarmee de benadeelde dus blijft zitten.⁴¹⁹ Ten slotte moet worden opgemerkt dat de bedragen uiteindelijk hun grens (moeten) vinden in wat betaalbaar is, maar van tekenen van onverzekerbaarheid lijkt op dit punt vooralsnog (lang) geen sprake.⁴²⁰

Beziet men de in Nederland toegewezen bedragen, dan spreekt daaruit een zekere terughoudendheid van de rechter. Het gaat over het algemeen om bescheiden be-

⁴¹² Zie bijv. Rb. Zutphen 7 november 2007, *NJF* 2007, 545; *JA* 2008, 13. De rechtbank verhoogt het met het oog op het lichamenlijk letsel vast te stellen smartengeld (€ 10.000) met € 5.000, omdat in de rapportage van de psychiater voldoende aanknopingspunten zijn te vinden voor de aanname dat het ontstaan van de depressieve klachten van eiser en de ernst van die klachten mede zijn terug te voeren op het feit dat OVZ de klachten van eiser ten onrechte niet als ongevalgevolg heeft willen erkennen en als gevolg daarvan lange tijd weigerachtig is geweest om door middel van bevoorschotting het wegvallen van eiser in de zaak financieel op te vangen als gevolg waarvan eisers hebben moeten besluiten de winkel, hun levenswerk, te sluiten.

⁴¹³ Vgl. in deze zin Rb. Zutphen 7 november 2007, *NJF* 2007, 545; *JA* 2008, 13, waarin de rechtbank aannam dat schending van Bedrijfsregeling 15 door de verzekeraar onrechtmatig was jegens de eiser. Zie over dit aspect ook Lindenbergh, *NTBR* 2002, p. 478 e.v.

⁴¹⁴ Zie daarover hoofdstuk 2, alsmede § 5.2.4.

⁴¹⁵ Zie hiervoor § 2.3.1.

⁴¹⁶ Vgl. Spier, Oratie 2002, p. 14.

⁴¹⁷ In deze zin Bloembergen (noot onder *NJ* 2001, 215, sub 2).

⁴¹⁸ Zie § 3.3.

⁴¹⁹ Zie § 3.3.

⁴²⁰ Zie Lindenbergh 2000, p. 397 e.v.

dragen. De in de smartengeldgids vermelde toewijzingen komen in de meeste gevallen niet boven de € 10.000 of 15.000 uit. Toewijzingen boven € 50.000 komen sporadisch voor en de hoogste bedragen – tot nu toe maximaal € 150.000⁴²¹ – worden slechts bij hoge uitzondering toegewezen.

Met betrekking tot de ontwikkeling van de bedragen lijkt sprake van een zekere stagnatie. De hoogste bedragen groeien nominaal al jaren niet of nauwelijks⁴²² en houden de indexatie (lang) niet bij. Ook wanneer men de toewijzing van f 300.000 (nominaal € 136.000) in 1992 als buitenbeentje beschouwde, lag het toch wel in de lijn van de verwachtingen dat de bedragen met de invoering van de euro en de kritiek op het bescheiden niveau in Nederland⁴²³ niet alleen naar boven zouden worden afgerond, maar in de afgelopen tien jaar wel wat meer zouden stijgen.⁴²⁴ Vooralsnog is het bij een afronding op een rond eurobedrag (150.000) gebleven, maar de (top)bedragen houden aldus geen gelijke tred met de geldontwaarding. De toewijzingen van f 300.000 in 1992⁴²⁵ en 1999⁴²⁶ zouden, geïndexeerd naar 2008, ongeveer € 200.000, respectievelijk € 170.000 bedragen. Nu is in theorie denkbaar dat zich sindsdien geen gevallen van dezelfde ernst hebben voorgedaan, maar wanneer men de zaken beziet waarin de afgelopen jaren de hoogste bedragen zijn toegewezen, dan lijkt dat toch geen aannemelijke verklaring.

5.4.2 Ontwikkelingen elders: *D-mark* is(t) euro

De stagnatie in Nederland valt eens te meer op wanneer men een blik over de grens werpt. Hoewel de ontwikkelingen elders voor ons land volgens de Hoge Raad niet beslissend zijn, lijken zij in een steeds meer eenwordend Europa toch op zijn minst relevant. Het is niet eenvoudig om betrouwbare informatie te vergaren over in de verschillende Europese landen toegewezen smartengeldbedragen. Daarbij speelt een rol dat niet in alle stelsels een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen toewijzingen ter zake van vermogensschade en van ander nadeel. Niettemin heb ik in de afgelopen jaren enkele malen een poging gedaan.⁴²⁷ Om een indruk te krijgen van de situatie elders heb ik in 2005 en 2006 gegevens verzameld met betrekking tot (gemiddelde) bedragen die zijn toegewezen bij een tamelijk specifiek letsel (verlies van een oog), alsmede met betrekking tot de in de desbetreffende landen toegewezen topbedragen. De gegevens laten zich (deels) vergelijken met in 1999 door mij verzamelde gegevens.

Tabel 1. Smartengeld bij verlies van een oog in €

	1999	2005/2006
Italië	72.000	80.000
Schotland		52.000
Engeland	46.300	49.300
Spanje	19.800	40.000

⁴²¹ Rb. 's-Hertogenbosch 11 april 2007, JA 2007, 99 (man raakt zeer ernstig gehandicapt door mislukte poging tot moord).

⁴²² Zie ook Lindenbergh 2006, p. 9 e.v.

⁴²³ Zie bijv. Woordkramer, 'Is smartengeld aan herijking toe?', VR 2000, p. 293.

⁴²⁴ Vgl. Lindenbergh, A&V 2000, p. 136.

⁴²⁵ HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O).

⁴²⁶ Hof Arnhem 7 december 1999, VR 2000, 90.

⁴²⁷ De gegevens zijn het resultaat van enquêtes onder de leden van de Pan European Organisation of Personal Injury Lawyers (PEOPIL). Hoewel er ten aanzien van de exactheid van de gegevens, de indexatie, etc. voorbehouden moeten worden gemaakt, geven zij vermoed ik toch een tamelijk betrouwbaar beeld.

Zwitserland	22.000	40.000
Duitsland	28.000	60.000 ⁴²⁸
Zweden	5.500	35.000 ⁴²⁹
Nederland	18.000	22.000
Noorwegen	13.000	15.000
Frankrijk	26.250	
Denemarken	8.200	17.700 ⁴³⁰

Tabel 2. Hoogste toegewezen smartengeldbedragen in €

	1999	2005/2006
Duitsland	256.000	500.000+ ⁴³¹
Italië	362.000	500.000
Engeland	232.000	330.000 ⁴³²
Schotland	234.800	290.000
Spanje		273.000
Oostenrijk		218.000 ⁴³³
Frankrijk		154.000 ⁴³⁴
Nederland	136.000 ⁴³⁵	136.000 ⁴³⁶
Zwitserland	126.000	135.000
Zweden	100.700	122.000 ⁴³⁷
Noorwegen	100.500	122.000
Denemarken	46.500	88.500

Wat opvalt is dat de bedragen met betrekking tot het verlies van een oog over het algemeen vrij gestaag zijn gestegen. Voor wat betreft de topbedragen lopen de bedragen per land verder uiteen, maar heeft vrijwel overal in zes jaar een forse stijging plaatsgevonden, behalve in Nederland. In Duitsland was in deze periode zelfs sprake van een verdubbeling. Vanuit 'Europees' perspectief valt bovendien op dat niet kan worden gezegd dat de getallen naar elkaar toe groeien, integendeel: de koplopers (en Denemarken) groeien het hardst.

5.5 Uitleiding

⁴²⁸ Schatting n.a.v. Oberlandesgericht Köln 1 juni 2001, U 158/00 (€ 75.000) en Landgericht Konstanz 18 juni 2003, 3 O 469/92 (€ 80.000), waar in beide gevallen tevens sprake was van ander letsel.

⁴²⁹ Volgens tabellen van de Trafikskadenämnden (Verkeersschadecommissie) bij 25-jarig slachtoffer.

⁴³⁰ Tort Liability Act, bedragen jaarlijks vastgesteld.

⁴³¹ Langericht Kiel 11 juli 2003, AZ O 13/03, toewijzing van € 500.000 en € 500 per maand voor zeer ernstig invalide kind van 3,5 jaar.

⁴³² Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases, Oxford 2006.

⁴³³ OGH 18 april 2002, ZVR 2002/66 (verkeersongeval).

⁴³⁴ Aix en Provence 7 september 2005, *Gaz. Pal.* 27/29 nov. 2.

⁴³⁵ Pres. Rb. Amsterdam, te kennen uit *NJ* 1992, 714 (HIV-besmetting).

⁴³⁶ Hof Arnhem 7 december 1999, *VR* 2000, 90 (jongeman raakt door auto-ongeval zeer ernstig gehandicapt).

⁴³⁷ Volgens tabellen van de Trafikskadenämnden (Verkeersschadecommissie) bij 25-jarig slachtoffer.

De vaststelling van de omvang van het smartengeld als zodanig blijkt, hoezeer zij in theorie vanwege de vergelijking van ‘tranen’ met ‘duiten’ onmogelijk lijkt, in de praktijk tot weinig problemen aanleiding te geven. De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren iets meer gepreciseerd hoe en aan de hand van welke omstandigheden de omvang van het smartengeld moet worden vastgesteld, maar ten opzichte van de bestaande praktijk bevatte de rechtspraak op dit punt weinig nieuws.

De smartengeld(top)bedragen lopen in Europa fors uiteen, maar gemiddeld gezien blijft Nederland steeds verder achter. De Hoge Raad houdt vast aan een autonome Nederlandse ontwikkeling van de smartengeldbedragen, althans hij moedigt bepaald niet aan om over de landsgrenzen heen te kijken, maar ik vraag me af of dat nog wel past in een Europa dat steeds verder ineengroeit. Het lijkt me overigens zeer de vraag of de Hoge Raad – gezien zijn terughoudendheid in cassatietoetsing – zou ingrijpen als de rechter wel op grote(re) schaal naar omringende landen zou kijken. Nu kan men natuurlijk menen dat de omvang van het smartengeld typisch een nationale aangelegenheid is, die samenhangt met de eigen invulling van het schadevergoedingsrecht. Het is evenwel de vraag of dat de verschillen tussen de verschillende landen kan verklaren (laat staan rechtvaardigen). Zelf heb ik een bevredigende verklaring voor deze verschillen, gebaseerd op onderscheid van de stelsels in functies, in koopkracht, in vergoeding van overige schadeposten, etc. niet kunnen vinden.⁴³⁸ Ik denk dat zij vooral zijn terug te voeren op autonome historische ontwikkelingen binnen ieder land, die soms mede worden ingegeven door culturele verschillen, maar veelal ook min of meer toevallig zijn.

Lopen de (top)bedragen in de verschillende landen dus aanzienlijk uiteen, ook bij de *ontwikkeling* van de bedragen lijkt in Nederland in verhouding tot ons omringende landen sprake van een opmerkelijke stagnatie. Hoewel de Hoge Raad opdraagt bij de vergelijking met eerdere toewijzingen met de geldontwaarding rekening te houden, lijken de bedragen daarmee in Nederland geen gelijke tred te houden. In 2007 is inmiddels weliswaar eenmaal € 150.000 toegewezen, maar wanneer op de eerder toegewezen topbedragen de indexering naar het prijspeil van de consumptiegoederen zou worden toegepast, zou de top in 2008 tegen de € 200.000 moeten liggen. Het niveau van de smartengeldbedragen in Nederland is daarmee – aanzienlijk – onder het gemiddelde van de onderzochte andere Europese landen beland.

Een verklaring voor de stagnatie ligt wellicht in de methode van vaststelling van het smartengeld in Nederland. Vergelijking met in het verleden door de rechter toegewezen bedragen brengt mee dat de rechter bij de begroting met twee benen in het verleden staat; een stap naar een andere toekomst lijkt dan wellicht al snel te gewaagd. Het Engelse recht laat voorts zien dat een meer gestandaardiseerde methode juist de mogelijkheid biedt om jaarlijks de bedragen aan te passen. Maar het is de vraag of de methode de verschillen kan verklaren, omdat andere landen die ook de methode van gevalsvergelijking hanteren, zoals bijvoorbeeld Duitsland, immers wel een forse ontwikkeling laten zien. Ik vrees dat Nederlandse terughoudendheid in essentie gewoon is terug te voeren op Hollandse zuinigheid. Het is de vraag of die voldoende recht doet aan de slachtoffers met ernstig letsel, zeker nu het ooit zo geroemde stelsel van sociale zekerheid, dat volgens sommigen de bescheiden smartengeldbedragen in Nederland mede zou rechtvaardigen, inmiddels aan serieuze corrosie onderhevig is. Er mag wat mij betreft dus wel wat bij.

⁴³⁸ Tijdens een lezing voor de Europese vereniging van letselschadeadvocaten in Brussel in 1999 heb ik de mogelijke verklaringen voor het verschil afgetast, maar rationele verklaringen heb ik uiteindelijk niet kunnen benoemen.

Hoofdstuk 6

Het recht op smartengeld als vermogensrecht

6.1 Inleiding

Het recht op smartengeld is een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW, een 'goed' in de zin van art. 3:1 BW en de vordering is een geldvordering.⁴³⁹ Het recht op schadevergoeding ontstaat volgens de regels van het aansprakelijkheidsrecht in het vermogen van de benadeelde zodra aan alle vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, hetgeen meestal het geval is op het moment van het ontstaan van de schade.⁴⁴⁰ Voor het smartengeld is dit niet anders: voor het ontstaan van het recht op smartengeld is geen (constitutieve) uitspraak van de rechter nodig.⁴⁴¹ Hoewel het recht op smartengeld dus in beginsel een 'gewoon' vermogensrecht is waarop de algemene regels van het vermogensrecht van toepassing zijn, gelden daarvoor een aantal uitzonderingen.⁴⁴² Die hebben de afgelopen jaren regelmatig de aandacht getrokken.

In de eerste plaats heeft het recht op vergoeding van immateriële schade in de ogen van de wetgever een hoogstpersoonlijk karakter, zodat het slachtoffer er zelf aanspraak op dient te maken.⁴⁴³ De wet brengt dit tot uitdrukking in art. 6:106 lid 2 BW, dat de overgang onder algemene en bijzonder titel van en het beslag op het recht op smartengeld aan bijzondere voorwaarden verbindt. Die bepaling is reeds lange tijd onderwerp van kritiek. Ik ga daarop in de volgende paragraaf (6.2) in.

In de tweede plaats kan worden gezegd dat het smartengeld een bijzonder karakter heeft, omdat het niet in de plaats treedt van een vermogensrecht en de bedoeling heeft om de benadeelde in staat te stellen met dat geld iets te doen om zijn leven te veraangemen.⁴⁴⁴ Het is dus 'geld met een bijzondere missie'. Deze gedachte is wel tot uitdrukking gebracht door te zeggen dat het geld daadwerkelijk aan de benadeelde zelf ten goede dient te komen.⁴⁴⁵ Het betreft hier een iets andere kwestie dan de vorige, omdat ook als aan de in art. 6:106 lid 2 BW gestelde vereisten (er is bijvoorbeeld een vordering in rechte ingesteld) is voldaan, deze vraag nog steeds actueel kan zijn. Men denke aan faillissement of schuldsanering van de benadeelde of aan afwikkeling van een huwelijksgemeenschap bij scheiding. Aan deze problematiek besteed ik aandacht in § 6.3. Deze problematiek is overigens niet eigen aan het smartengeld, maar speelt in feite voor alle schadevergoedingen ter zake van letsel, dus bijvoorbeeld ook voor de vergoeding ter zake van verlies aan arbeidsvermogen.

Ten slotte heeft het smartengeld een bijzondere positie als het gaat om de fiscus en de bijstand. Daarover maak ik een enkele opmerking in § 6.4.

6.2 Artikel 6:106 lid 2 BW

⁴³⁹ Vgl. over de toepasselijkheid van de regeling inzake wettelijke rente § 5.3.

⁴⁴⁰ Zie reeds Bloembergen, diss. 1965, nr. 94.

⁴⁴¹ Vgl. de tekst van art. 6:106 BW, alsmede uitdrukkelijk GO, *PG Boek 6*, p. 380.

⁴⁴² Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, hoofdstuk 9.

⁴⁴³ Vgl. TM, *PG Boek 6*, p. 378, MvA II, *PG Boek 6*, p. 381 en MO II, *PG Boek 6*, p. 383.

⁴⁴⁴ Zie onder meer § 2.3.1.

⁴⁴⁵ TM, *PG Boek 6*, p. 378.

De wetgever heeft met art. 6:106 lid 2 BW beoogd recht te doen aan het hoogst persoonlijke karakter van het recht op smartengeld en heeft daarom aan het (kunnen) intreden van bepaalde vermogensrechtelijke gevolgen nadere eisen gesteld:

'Het recht op een vergoeding (...) is niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.'

In mijn dissertatie heb ik uitvoerig aangegeven dat de ratio van deze bepaling op twee gedachten berust – de benadeelde dient uitdrukkelijk kenbaar te maken dat hij smartengeld wenst en het smartengeld dient daadwerkelijk aan hem ten goede te komen – maar dat er daarvan in het artikel maar één wordt gediend.⁴⁴⁶ Ook wanneer aan de in art. 6:106 lid 2 BW gestelde eisen is voldaan kan het smartengeld immers, zoals hierna zal worden besproken, in een faillissement, huwelijksgemeenschap et cetera vallen.

Het artikel doet dus maar zeer ten dele wat het volgens de wetgever beoogde, maar het kan in de praktijk wel een lastig obstakel vormen. In de eerste plaats zal niemand aan wie een ongeval is overkomen zich bezighouden met de door art. 6:106 lid 2 BW vereiste formaliteiten. In de tweede plaats is dat soms (bijvoorbeeld in geval van bewusteloosheid) eenvoudigweg feitelijk uitgesloten.⁴⁴⁷ En in de derde plaats kunnen, ook als er wel een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden, uitlegproblemen ontstaan.⁴⁴⁸ De ratio die met de bepaling wordt gediend (de benadeelde dient zelf kenbaar te maken dat hij smartengeld wenst) lijkt bovendien niet meer van deze tijd. Het smartengeld heeft een dusdanig erkende positie in het aansprakelijkheidsrecht verworven dat de wens om het te vorderen, zeker in gevallen van letsel, volstrekt als regel kan worden aangenomen.⁴⁴⁹ En wie – op grond van bijvoorbeeld 'gewetensbezwaren' – geen smartengeld wenst, die kan het eenvoudig achterwege laten om zijn recht geldend te maken. De bepaling van art. 6:106 lid 2 BW heeft dan ook – zelfs al voor de invoering ervan⁴⁵⁰ – geduchte kritiek ontmoet en er is intussen veelvuldig voor schrapping ervan gepleit.⁴⁵¹ Schrapping heeft eveneens plaatsgevonden in andere landen die een vergelijkbare bepaling kenden.⁴⁵²

De Hoge Raad houdt intussen uitdrukkelijk vast aan de in art. 6:106 lid 2 BW neergelegde eis, bijvoorbeeld in het problematische geval van bewusteloosheid van de benadeelde, maar is wel bereid om het bepaalde in art. 6:106 lid 2 BW coulant uit te leggen.⁴⁵³

⁴⁴⁶ Zie over de historische achtergronden van de bepaling Lindenbergh 1999.

⁴⁴⁷ Zie daarover hiervoor § 3.4.3.

⁴⁴⁸ Vgl. HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 121; *MvV* 2006, p. 75 e.v. (S.D. Lindenbergh); *JA* 2006, 36, *VR* 2006, 77.

⁴⁴⁹ Vgl. P-G Hartkamp (concl. voor HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 121) die als 'vuistregel' suggereert dat, in het geval waarin iemand stelt het slachtoffer te zijn geworden van een medische fout en daardoor blijvende letselschade te hebben opgelopen en het ziekenhuis aansprakelijk stelt voor 'de schade die het gevolg is van het letsel dat hij heeft opgelopen', zal moeten worden aangenomen dat 'de schade' ziet op alle vormen van schade waarvoor de wet een recht op vergoeding kent.

⁴⁵⁰ Vgl. reeds Van Dam 1991, p. 91.

⁴⁵¹ Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 326 e.v. en uitvoerig Lindenbergh, *TvP* 2003, p. 1 e.v., en voorts Verheij, diss. 2002, p. 541 en Tjittes, *NTBR* 2003, p. 53. Frenk, *WPNR* 2003, p. 201, constateert deze kritiek wel, maar laat haar onbesproken.

⁴⁵² In Duitsland is de bepaling die vererving en overdracht aan nadere eisen onderwierp op 1 juli 1990 geschrapt (BGBl 1990 I, 478); in Schotland is zij in 1993 (Section 3 Damages Act 1993) eveneens geschrapt.

⁴⁵³ Vgl. HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 121 (Ruijzendaal/St Paul).

Zoals hiervoor in het kader van de problematiek van het smartengeld voor de bewusteloze is besproken, heeft de Hoge Raad ook voor die gevallen vooropgesteld dat het hoogstpersoonlijke karakter van het recht op smartengeld meebrengt dat de benadeelde er zelf aanspraak op moet maken.⁴⁵⁴ Als men die eis serieus neemt – de Hoge Raad kon er in het desbetreffende geval om cassatietechnische redenen kennelijk aan voorbij gaan – dan brengt dat mee dat bewusteloze slachtoffers in de praktijk geen smartengeld krijgen. Dat verdraagt zich – zoals hiervoor al werd aangegeven⁴⁵⁵ – slecht met de verhandeling van de Hoge Raad dat bewusteloosheid er niet aan in de weg staat dat het slachtoffer immateriële schade lijdt. Technisch gesproken kan men natuurlijk zeggen dat de benadeelde wel schade heeft, maar dat hij, wanneer niet aan de eisen van de wet is voldaan, geen recht op vergoeding geldend kan maken; zinvol is dat evenwel niet. Denkbaar is dat men hier een vertegenwoordigingsconstructie (zaakwaarneming door naasten) hanteert⁴⁵⁶, maar in essentie is dat natuurlijk evenzeer in strijd met het hoogst persoonlijke karakter van het recht op smartengeld. De constructie veroordeelt hier zichzelf. De eis van het kenbaar maken van de wens om smartengeld te ontvangen levert hier dus in de praktijk een probleem op.

Ten aanzien van de inhoud van de volgens art. 6:106 lid 2 BW vereiste mededeling is de Hoge Raad niettemin coulant. In een geval waarin een advocaat namens het slachtoffer wel vergoeding van de door een medisch fout veroorzaakte schade had gevorderd, maar niet met zoveel woorden aanspraak had gemaakt op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, oordeelde de Hoge Raad dat voor het antwoord op de vraag of een mededeling aangemerkt kan worden als een mededeling in de zin van art. 6:106 lid 2 BW beslissend is welke betekenis degene aan wie de mededeling was gericht daaraan in de gegeven omstandigheden heeft toegekend en redelijkerwijs heeft mogen toekennen.⁴⁵⁷ In de gegeven omstandigheden achtte de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat geen mededeling was gedaan in de zin van art. 6:106 lid 2 BW onbegrijpelijk.⁴⁵⁸ Hoewel ik de uitspraak ten volle onderschrijf – in het huidige tijdsbestek, waarin koudwatervrees met betrekking tot het smartengeld is overwonnen, is het niet redelijk hoge eisen te stellen aan vormvoorschriften die vererving zouden moeten beteugelen – laat de zaak wel zien dat er over deze oneigenlijke kwestie nog tot in hoogste instantie moest worden geprocedeerd.⁴⁵⁹ En er zit toch ook iets gekks in: het hoogstpersoonlijke karakter (dat alleen geldt voor het smartengeld) vergt dat de benadeelde zelf aanspraak maakt op vergoeding daarvan, maar een brief van de advocaat waarin in het algemeen 'schadevergoeding' wordt gevorderd, is in de praktijk wél voldoende.

De regering heeft zich de kritiek op art. 6:106 lid 2 BW intussen weliswaar enigszins aangetrokken en heeft een aanpassing van de bepaling voorgesteld, maar die zal het hiervoor geschetste probleem (en ook andere problemen) niet oplossen.

Het hiervoor in hoofdstuk 4 besproken wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaanden bevat tevens een voorstel tot wijziging van art. 6:106 lid 2

⁴⁵⁴ Vgl. HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma).

⁴⁵⁵ Zie hiervoor § 3.4.3.

⁴⁵⁶ Zie voor een suggestie in deze richting *MvA I Inv.*, *PG Boek 6 Inv.*, p. 1277.

⁴⁵⁷ Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).

⁴⁵⁸ HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 121 (Ruijzendaal/St Paul).

⁴⁵⁹ Zie voor een sprekend voorbeeld van de betekenis van smartengeld na overlijden Ebele Dillema, zoals weergegeven door Bakels, *AA* 2006, p. 569, voetnoot 11: wanneer hij zou zijn overleden voordat het smartengeld was uitbetaald, had hij wel degelijk gewild dat het smartengeld naar de nabestaanden ging, als herinnering aan hem.

BW.⁴⁶⁰ De voorgestelde bepaling wordt niet alleen mede van toepassing verklaard op het (in art. 6:107 en 108 BW in het leven te roepen) smartengeld voor naasten en nabestaanden, maar ook wordt een inhoudelijke wijziging van de bepaling beoogd.⁴⁶¹ De bepaling zou als volgt moeten gaan luiden:

‘Het recht op vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, is niet vatbaar voor beslag. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.’

Alleen de voor overgang onder *bijzondere* titel geldende eis (het instellen van een vordering in rechte of vastlegging van de aanspraak in een overeenkomst) is komen te vervallen.⁴⁶² Weliswaar is ook de clausulering ten aanzien van het beslag (geen beslag tenzij...) komen te vervallen, maar zoals hierna zal worden besproken, betekent dat niet dat het smartengeld uit handen van de crediteuren van het slachtoffer blijft en dus – zoals de ratio het voorschreef – uitsluitend aan het slachtoffer zelf ten goede komt. Het in de literatuur zo fel bekritiseerde (en in andere landen juist verlaten) vereiste voor overgang onder algemene titel (vererving) is juist gehandhaafd.⁴⁶³ De minister geeft daarvoor als motivering:

‘Goed beschouwd verzet het hoogstpersoonlijke karakter van het recht op smartengeld zich tegen de vererving daarvan, omdat het smartengeld niet meer kan dienen om het leed van de benadeelde te verzachten. Dit zou evenwel meebrengen dat het niet voldoen daarvan een voordeel oplevert voor de laedens, hetgeen een onwenselijke stimulans zou zijn voor een trage schadeafwikkeling. De huidige regeling voorkomt dit, en is wel in overeenstemming met het andere element van het hoogstpersoonlijke karakter van het recht op smartengeld, namelijk dat de benadeelde zelf dient te beslissen of hij daar al dan niet aanspraak op wil maken.’⁴⁶⁴

Deze motivering is niet overtuigend. Anders dan zij suggereert ‘voorkomt’ art. 6:106 lid 2 BW niet dat de laedens door trage schaderegeling een meevaller ten deel valt, want zonder deze bepaling zou hij dat voordeel immers in het geheel niet hebben. Dan zou het recht op smartengeld immers gewoon vererven. Integendeel: de formele ‘hobbel’ die de bepaling voorschrijft kan nu juist in de praktijk meebrengen dat de aansprakelijke *geen* smartengeld hoeft te betalen omdat hem dat niet (tijdig) is aangezegd. De formele eis (de benadeelde moet zelf aanspraak maken op smartengeld) komt voort uit koudwatervrees voor het smartengeld en past – nog afgezien van de praktische problemen die zij meebrengt – niet meer in deze tijd. Voor de vergoeding ter zake van vermogensschade geldt deze eis ook niet. Die vererft gewoon.

⁴⁶⁰ Kamerstukken II 2003/04, 28 781, nr. 6, p. 16-17.

⁴⁶¹ Zie over het voorstel Frenk, *NbBW* 2004, p. 62 e.v. en Lindenbergh, *AV&S* 2004, p. 89 e.v.

⁴⁶² Zie reeds Lindenbergh, diss. 1998, p. 315 e.v. Zie voor een onverwacht probleem dat de huidige bepaling meebracht in het kader van de tegemoetkomingsregelingen voor asbestslachtoffers Frenk, *WPNR* 2003, p. 202.

⁴⁶³ Ook de formulering ‘voor overgang onder algemene titel is voldoende’ oogt nu nogal wonderlijk. Die formulering beoogde in de oorspronkelijke bepaling immers het verschil met het vereiste voor overgang onder bijzondere titel en beslag (vordering in rechte of vaststelling bij overeenkomst) tot uitdrukking te brengen. Dat vereiste is nu komen te vervallen.

⁴⁶⁴ Kamerstukken II 2003/04, 28 781, nr. 6.

De werkelijke reden voor de handhaving van de beperkingen aan de overgang onder algemene titel lijkt evenwel te zijn dat de minister bevreesd is voor een te hoog oplopende schadelast. Nabestaanden die in het wetsvoorstel een eigen recht op smartengeld krijgen, zouden daarnaast ook nog het smartengeld erven waarop het slachtoffer vanwege gedurende zijn leven geleden leed aanspraak heeft. Dat zou leiden tot een – kennelijk ongewenste – cumulatie van aanspraken.⁴⁶⁵ Zo schetst Frenk het voorbeeld dat vader en zoon enkele weken na een ongeval overlijden en moeder dan aanspraak heeft op smartengeld ter zake van verlies van man en zoon en bovendien vier smartengeldvorderingen erft.⁴⁶⁶ Maar als die cumulatie het probleem is, dan lost men dat met het voorgestelde art. 6:106 lid 2 BW natuurlijk niet op: is in overeenstemming met het voorgestelde art. 6:106 lid 2 BW tijdig aanspraak gemaakt op smartengeld, dan bestaat die cumulatie immers ook. Ook hier wordt dus eigenlijk alleen het praktische belang van het tijdig aanzeggen (met de hiervoor geschetste problemen van dien) onderstreept.⁴⁶⁷ Wil men het probleem van cumulatie werkelijk aanpakken, dan moet vererving van de smartengeldvordering van de naaste niet aan een formele eis worden onderworpen, maar geheel worden uitgesloten. Dat roept dan wel weer het door de minister aangegeven probleem op van de aansprakelijke die profiteert van vertraging in de schadeafwikkeling (beter even wachten tot de dood is ingetreden). En hoewel het door Frenk geschetste voorbeeld kras oogt, is het de vraag of cumulatie in deze gevallen werkelijk een groot probleem is (en voor wie).⁴⁶⁸ Het wetsvoorstel beoogt nu juist naasten en nabestaanden een eigen recht op smartengeld te geven voor het leed dat zij zelf lijden; dat is de essentie van het wetsvoorstel. Dat sommige nabestaanden (dat hoeven volgens het erfrecht niet dezelfde te zijn) daarnaast tevens erfgenaam van het slachtoffer kunnen zijn, staat daar los van. Zij kunnen uit dien hoofde geen ‘smartengeld vorderen’, zij erven de nalatenschap. Nu kan men menen dat dit alles bij elkaar te ver oploopt en te belastend wordt voor de aansprakelijke, maar dat kan men beslist ook anders zien. In een dergelijk geval heeft de aansprakelijke immers veel schade veroorzaakt (twee personen zijn ernstig gewond en vervolgens overleden), maar bovendien valt de omvang van de schadelast gegeven de tamelijk bescheiden bedragen in de praktijk vermoedelijk nogal mee. Het vererfde smartengeld ter zake van het eigen fysieke lijden zal in omvang worden gerelateerd aan de korte duur van dat lijden en dus bescheiden zijn⁴⁶⁹ en bij het smartengeld voor naasten gaat het toch al om bescheiden bedragen.⁴⁷⁰ Zouden vader en zoon met hun verwondingen in leven zijn gebleven, dan zou de schade wegens alleen al hun verlies aan arbeidsvermogen vermoedelijk vele malen groter zijn geweest.⁴⁷¹ Daar zou de aansprakelijke dan zonder enige twijfel voor moeten opkomen.

⁴⁶⁵ Kamerstukken II 2003/04, 28 781, nr. 7.

⁴⁶⁶ Frenk, *NbBW* 2004, p. 65.

⁴⁶⁷ Zie voor een voorbeeld van een praktische complicatie Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JA* 2008, 98 (nabestaanden Nadia), rov. 4.14: ‘Vast staat dat [...] in de momenten voor haar dood heeft geschreeuwd. Onmiskenbaar is dat zij daarmee doodsangst, schrik en pijn tot uitdrukking heeft gebracht. Het voert mede gelet op de in artikel 6:106 lid 2 BW aangebrachte beperking echter te ver daaruit af te leiden dat zij aan [...] heeft medegedeeld op vergoeding van smartengeld aanspraak te maken.’

⁴⁶⁸ Zie over dit ‘argument’, dat destijds als (oneigenlijke) stelling werd aangevoerd omdat men tegen een recht op smartengeld voor nabestaanden was (MvA II, *PG Boek 6*, p. 381) Lindenbergh, diss, 1998, p. 320.

⁴⁶⁹ Zie hiervoor § 3.4.3.

⁴⁷⁰ Denkbaar lijkt me overigens dat een rechter dat in een dergelijk geval ook bescheidener begroot (als de door de minister beoogde wijze van begroting dat toestaat).

⁴⁷¹ De erfenis kan overigens van invloed zijn op de vergoeding op grond van art. 6:108 BW. Niet redelijk lijkt het me evenwel om daarop ook haar eigen nabestaandensmartengeld in mindering te brengen.

Mijn conclusie op dit punt is dat in het voorgestelde art. 6:106 lid 2 BW de problemen die het formele vereiste voor de vererving met zich meebrengt uiteindelijk alleen maar worden benadrukt. De bepaling lost dus niets op, ook niet datgene wat ermee wordt beoogd te voorkomen. De bepaling kan dus toch maar beter gewoon worden geschrapt. Op de gevolgen voor beslag en dergelijke die dan bestaan, maar die ook de voorgestelde redactie niet voorkomt, ga ik in de volgende paragraaf in.

6.3 Beslag, faillissement, schuldsanering en huwelijksvermogensrecht

Aangezien het recht op smartengeld een vermogensrecht is dat een zekere (zij het soms aanvankelijk nog onbepaalde) waarde vertegenwoordigt, is het een relevant verhaalsobject voor crediteuren en is het ook in de (na)huwelijkse verhouding van belang om te weten aan wie het toekomt. Het is de vraag in hoeverre, het bepaalde in art. 6:106 lid 2 BW daarvoor van betekenis is en behoort te zijn.

Ten aanzien van beslag geldt het volgende. Volgens het huidige art. 6:106 lid 2 BW wordt een beperking gesteld aan het beslag op het recht op smartengeld. De ratio daarvan is dat het smartengeld aan de benadeelde zelf ten goede moet komen en niet in handen van zijn crediteuren mag vallen, omdat deze anders – nu het smartengeld niet in de plaats treedt van een verloren gegaan vermogensbestanddeel – een ‘pure meevaller’ zouden genieten.⁴⁷² Ook hier is de bepaling evenwel niet doeltreffend: volgens de huidige redactie geldt dat, wanneer ter zake een vordering in rechte is ingesteld of het recht bij overeenkomst is vastgelegd, het recht *wel* vatbaar is voor beslag.

Dat het naar geldend recht zo werkt, heeft de Hoge Raad voor faillissement uitdrukkelijk bevestigd: is het recht bij overeenkomst vastgelegd, dan valt het in de faillissementsboedel.⁴⁷³ Hoewel men daar voor gevallen van schuldsanering anders over kan denken – de benadeelde mag dan immers na afloop met een ‘schone lei’ beginnen, maar moet in gevallen van blijvende invaliditeit ook met het ‘zere lijf’ verder⁴⁷⁴ – heeft de Hoge Raad op dat punt dezelfde keuze gemaakt.⁴⁷⁵ In de praktijk gaat het hier overigens niet alleen om de vraag wanneer het geld precies in de boedel valt⁴⁷⁶, maar ook om de vraag wie ter zake wanneer welke bevoegdheden mag uitoefenen.⁴⁷⁷

Het is de vraag wat rechtens is als het voorgestelde art. 6:106 lid 2 BW in werking zou treden en het smartengeld voorafgaand aan of tijdens faillissement of schuldsanering daadwerkelijk wordt ontvangen. De voorgestelde bepaling bepaalt immers dat *het recht op vergoeding* niet vatbaar is voor beslag, maar wanneer dat recht in een concreet geldbedrag is omgezet is denkbaar dat wordt aangenomen dat het bedrag gewoon

⁴⁷² MvA II, *PG Boek 6*, p. 382.

⁴⁷³ HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 32 m.nt. P. van Schilfgaarde (Oberdorf/Linssen); *JOR* 2003, 27 (B. Wessels); *NbBW* 2003, p. 9 e.v. (S.H.E. Janssen).

⁴⁷⁴ Zo zou men het betoog van A-G Verkade (*NJ* 2007, 239) kunnen samenvatten. Zie meer in het algemeen over de (on)mogelijkheden om een vergoeding ter zake van letselschade buiten de schuldsanering te houden De Vaan, *MvV* 2008, p. 94 e.v.

⁴⁷⁵ HR 24 november 2006, *NJ* 2007, 239 m.nt. P. van Schilfgaarde (B/G). Zie zeer kritisch over deze uitspraak Verheij, *TVP* 2007, p. 23 e.v.

⁴⁷⁶ Uitstel van het vorderen van smartengeld zal overigens volgens art. 194 Fw (faillissement) en art. 357 Fw (schuldsanering) niet baten, zoals Glazenburg, *Executief* 2005, p. 157, terecht opmerkt.

⁴⁷⁷ Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 6 februari 2008, *NJF* 2008, 175, waarin het gaat om de vraag of een failliet een smartengeldvordering kan instellen. Volgens de rechtbank betreft het hier een wilsrecht dat wel door de failliet, maar in het licht van art. 6:106 lid 2 BW niet door de curator kan worden uitgeoefend.

in het vermogen van de benadeelde valt, met alle gevolgen van dien. Frenk lijkt daarvan uit te gaan,⁴⁷⁸ maar voert nog aan dat dan de benadeelde in elk geval zelf in zoverre genoegdoening heeft ondervonden dat er van de zijde van de aansprakelijke smartengeld is betaald. Dat lijkt me niet meer dan een spreekwoordelijke dode mus. Van de oorspronkelijke gedachte dat het smartengeld uitsluitend aan de benadeelde toekomt, omdat het niet als 'pure meevaller' in handen van diens crediteuren mag vallen, komt dan in elk geval niets terecht. Wil men dat doeltreffend regelen, dan ligt het voor de hand om dat in het insolventierecht te doen. Dat zou bovendien het voordeel hebben dat een algehele regeling voor letselschade – en dus ook voor de, in dit verband veelal belangrijker, vordering tot vergoeding van vermogensschade – zou kunnen worden getroffen.

De gedachte dat het smartengeld daadwerkelijk aan de benadeelde zelf ten goede moet komen, is niet alleen van betekenis voor het insolventierecht, maar ook voor de huwelijkse verhouding (althans vermogensrechtelijke relatie) waarin het slachtoffer tijdens het ongeval verkeert of na het ongeval dan wel na de uitkering komt te verkeren.⁴⁷⁹ Aanvankelijk is in de parlementaire geschiedenis gesteld dat het hoogstpersoonlijke karakter van de aanspraak op smartengeld meebrengt dat deze niet in de huwelijksgemeenschap moet vallen.⁴⁸⁰ Nadat de Hoge Raad in 1986 had aangegeven dat het smartengeld wel in de huwelijksgemeenschap viel⁴⁸¹, is dat standpunt vervolgens in die zin genuanceerd dat het smartengeld wel in een huwelijksgemeenschap valt als aan de eisen van art. 6:106 lid 2 BW is voldaan.⁴⁸² In de literatuur werd niettemin verdedigd dat ook daarna nog wel vormen van verknochtheid kunnen bestaan.⁴⁸³ De Hoge Raad is bereid gebleken die gedachtegang te volgen.⁴⁸⁴ Daarbij moet worden bedacht dat verknochtheid in het huwelijksvermogensrecht geen absoluut begrip is, maar in verschillende situaties (voor uitkering, na uitkering, voor huwelijk, tijdens huwelijk, na huwelijk, na besteding, tijdelijk letsel of blijvende invaliditeit), tot uiteenlopende resultaten (al dan niet verdelen, gehele of gedeeltelijke verrekening) aanleiding kan geven. Het voert te ver om dat hier allemaal uit te werken. Wel is duidelijk dat het bepaalde in art. 6:106 lid 2 BW daarvoor niet beslissend is.

Al met al constateer ik dat art. 6:106 lid 2 BW ook op het punt van het beslag, en evenzeer in de voorgestelde nieuwe formulering, een gedrocht blijft dat niet bereikt wat ermee wordt beoogd.⁴⁸⁵ Dat kan ook eigenlijk niet.⁴⁸⁶ Wil men van de gedachte dat het

⁴⁷⁸ Frenk, *NbBW* 2004, p. 63; Glazenburg, *Executief* 2005, p. 157, kennelijk niet.

⁴⁷⁹ Een ongeval vormt overigens niet zelden (mede) de oorzaak van het beëindigen van een relatie, soms gelukkig ook van het begin van een nieuwe, met de verpleegster of verpleger, naar het schijnt soms ook met de aansprakelijke partij.

⁴⁸⁰ TM, *PG Boek 6*, p. 378 en EV I, *PG Boek 6*, p. 389.

⁴⁸¹ HR 3 januari 1986, *NJ* 1987, 73 m.nt. A.E.E. Luijten (X/Y).

⁴⁸² MvA Inv. *PG Boek 6 Inv.*, p. 1277.

⁴⁸³ Zie met name J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, diss. Leiden, Deventer 1991, p. 32 e.v.

⁴⁸⁴ Zie HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693 m.nt. W.M. Kleijn (H/K), *A&V* 1998, p. 27 e.v. (Chr.H. van Dijk), *JBN* 1998, p. 2 e.v. (S.D. Lindenbergh), *FJR* 1998, p. 78 e.v. (L.C.A. Verstappen); HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 257 m.nt. L.C.A. Verstappen (A/Y) en HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 258 m.nt. L.C.A. Verstappen (B/Y).

⁴⁸⁵ De bepaling staat bovendien op de verkeerde plaats en had in het tweede lid van art. 6:95 BW thuis gehoord. Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 323 e.v. en *AV&S* 2004, p. 90.

⁴⁸⁶ De zwalkende koers in de parlementaire geschiedenis van art. 6:106 lid 2 BW ten aanzien van de verknochtheid van het smartengeld laat volgens mij ook goed zien dat dit niet de plaats is om de kwestie aan te vatten.

smartengeld alleen aan de benadeelde zelf toekomt werkelijk iets terecht laten komen, dan moet de oplossing niet worden gezocht in art. 6:106 BW maar moeten de problemen worden benaderd vanuit het gebied waar zij spelen: het insolventierecht en het huwelijksvermogensrecht. Die rechtsgebieden kennen – hoewel volgens sommigen huwelijk en faillissement overeenkomsten vertonen – ieder hun eigen maatstaven en afwegingen. De keuzes (wat mag de debiteur behouden?, mag een rolstoel of prothese worden uitgewonnen of geldt hier een ‘beslagvrije voet’?⁴⁸⁷) moeten in dat kader, en niet min of meer terloops en halfslachtig in het schadevergoedingsrecht, worden gemaakt. Art. 6:106 lid 2 BW draagt daaraan niets bij (behalve verwarring) en kan dus beter worden geschrapt. De problematiek verdient een adequate regeling in het insolventierecht.

6.4 Uitleiding

In het voorgaande zijn de belangrijkste conclusies ten aanzien van de problemen met betrekking tot het vermogensrechtelijke karakter van het recht op smartengeld al getrokken: art. 6:106 lid 2 BW kan – ook in de beoogde nieuwe formulering – maar beter zo snel mogelijk worden geschrapt. Als men werkelijk werk wil maken van het hoogstpersoonlijke karakter, dan zijn daarvoor maatregelen elders nodig. Voor een bijzondere behandeling van het recht op smartengeld in het insolventierecht moeten op dat gebied afwegingen worden gemaakt. In het huidige faillissements- en schuldsaneringsrecht valt het smartengeld al snel ten prooi aan de boedelcrediteuren. Voor het huwelijksvermogensrecht geldt dat de Hoge Raad geleidelijk vormen van verknochtheid (v)erkent en het recht op dat gebied behoedzaam verder vorm geeft.

Tot slot zij nog opgemerkt dat het recht op of de uitkering ter zake van smartengeld ook buiten het vermogensrecht van betekenis kan zijn, bijvoorbeeld voor de fiscus of voor de uitkering krachtens de Wet werk en bijstand die een slachtoffer geniet.⁴⁸⁸ Voor wat betreft de fiscus geldt als uitgangspunt dat het smartengeld dat op basis van art. 6:106 BW wordt toegewezen niet tot een bron van inkomsten zal kunnen worden herleid en daarom niet aan heffing voor inkomstenbelasting onderhevig is. De fiscus acht zich evenwel niet gebonden door (onjuiste) etikettering van een uitkering door partijen of door de rechter. Tot problemen heeft dit aspect de afgelopen jaren geen aanleiding gegeven.⁴⁸⁹ Het uitgekeerde smartengeld is wel gewoon onderhevig aan vermogensrendementsheffing. Voor wat betreft de bijstand bepaalt art. 31 lid 2 onder l en m Wet werk en bijstand dat ‘niet tot de middelen van de belanghebbende worden gerekend’ ‘bij ministeriële regeling aan te wijzen uitkeringen en vergoedingen voor materiële en immateriële schade’⁴⁹⁰, alsmede ‘giften en andere (...) vergoedingen voor materiële en immateriële schade voor zover deze naar het oordeel van het college uit een oogpunt van bijstandverlening verantwoord zijn’. Op dezelfde voet wordt volgens art. 34 lid 2 onder e Wwb een reeds ontvangen smartengeld ‘niet als vermogen in aanmerking genomen’. Het rendement van dat vermogen (bijvoorbeeld dividend) kan weer wel als inkomen worden aangemerkt.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Dit voorbeeld geeft tevens aan dat de problemen niet alleen het smartengeld, maar ook de vergoeding ter zake van vermogensschade kunnen betreffen.

⁴⁸⁸ Zie voor de vraag of een uitkering ter zake van leed relevant is voor door de ontvanger te betalen alimentatie voorts (bevestigend) HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 59.

⁴⁸⁹ Zie voor een overzicht van literatuur *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 74.

⁴⁹⁰ Zie Regeling Wwb 16 oktober 2003, *Stcr.* 2003, 204, art. 7.

⁴⁹¹ Zie CRvB 5 maart 2002, *JABW* 2002, 147; *RSV* 2002, 119; *USZ* 2002, 112.

Hoewel men zou verwachten dat ten aanzien van de vraag tot welke omvang het smartengeld buiten beschouwing wordt gelaten nadere (landelijke) richtlijnen bestaan, schijnen gemeenten op dit gebied een gevarieerd beleid te voeren.⁴⁹²

⁴⁹² Vgl. bijv. Cie bezwaarschriften Vlaardingen 7 april 2007, *L&S* 2007, 73: de gemeente laat eenderde van de uitkering (€ 43 125) buiten beschouwing, de commissie laat de gehele uitkering buiten beschouwing.

Een blik terug en een blik vooruit

7.1 Uitleiding

Terugkijkend op de afgelopen tien jaar valt op dat er ontwikkelingen zijn die verrassend sterk hebben doorgezet, zoals de vormgeving van een recht op vergoeding van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis en, zij het nog in mindere mate, vergoeding van immateriële schade wegens schending van een fundamenteel recht als zodanig. Het debat in de literatuur lijkt op deze punten de rechtspraak te hebben geïnspireerd. Er zijn ook gebieden waarop de tijd de afgelopen tien jaar vrijwel lijkt te hebben stilgestaan, zoals waar het de omvang van de smartengeldbedragen betreft. Dat laatste valt op, zeker wanneer men naar de ontwikkelingen in andere Europese landen kijkt.

Ook mijn eigen gedachtevorming is verder ontwikkeld. Over sommige onderwerpen ben ik geleidelijk wat anders gaan denken, ten aanzien van andere ben ik vooral in mijn eerdere gedachten gesterkt. Een voorbeeld van het eerste is de veelkleurigheid van de problematiek van de functies van smartengeld en het accent op het handavingsaspect in het smartengeld in het bijzonder, maar ook in het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Voorbeelden van het tweede zijn de wenselijkheid van een smartengeld voor naasten en nabestaanden, maar ook het ongelukkige karakter van art. 6:106 lid 2 BW, ook in de nieuw voorgestelde formulering. Op die beide punten is de wetgever aan zet en ik spreek de hoop uit dat die nu doorzet.

Er zijn in de afgelopen jaren natuurlijk ook vele ontwikkelingen geweest die niet specifiek met het smartengeld verband houden. Sommige daarvan zullen de komende jaren niettemin voor de ontwikkeling van het smartengeld van betekenis kunnen zijn.

Ik denk in de eerste plaats aan een steeds verder toenemende professionalisering in de rechtspraak die zich bezighoudt met de vergoeding van schade bij letsel. Op dat punt valt sinds de jaren '80 van de vorige eeuw een ontwikkeling waar te nemen die zich de komende jaren vermoedelijk wel zal doorzetten. Er wordt in steeds hogere mate gespecialiseerd, niet alleen aan de zijde van rechtshulpverleners, maar ook – onder meer door de 'letselkamers' – in de rechterlijke macht.⁴⁹³ Wellicht leidt het laatste tot meer coördinatie en een wat gedurfter beleid op het punt van de omvang van het smartengeld. Ik zou dat wel toejuichen.

In de tweede plaats is er een ontwikkeling in wetenschap en praktijk te signaleren dat er meer⁴⁹⁴ dan vroeger niet alleen oog is voor de techniek van het recht, maar ook voor de uitwerking van het recht in de praktijk.⁴⁹⁵ Mooi recht is natuurlijk een groot bezit, maar werkend recht is uiteraard nog beter. Dat laatste suggereert een tegenstelling die er in theorie niet is, maar onderzoek zal in de komende jaren verder moeten uitwijzen of dat in de praktijk ook klopt en waar de inefficiënties liggen. De komende jaren

⁴⁹³ Zie over deze ontwikkeling onder meer Dozy en Willink, *TVP* 2007, p. 125 e.v.

⁴⁹⁴ Helemaal nieuw is het ook weer niet. Vgl. Bloembergen en Van Wersch 1973.

⁴⁹⁵ Ik denk uit de afgelopen jaren vooral aan de initiatieven van Barendrecht (zie onder meer Van Willigenburg en Van der Linden, *TVP* 2005, p. 110 e.v.), en meer recent aan die van Akkermans c.s. (zie onder meer Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007).

zal ook moeten worden gezien wat de bevindingen ten aanzien van bijvoorbeeld de behoeften van slachtoffers betekenen voor het recht. Zij zijn uiteraard relevant bij het maken van keuzes, maar het (aansprakelijkheids)recht wordt niet alleen door behoeften van slachtoffers gestuurd. Afwegingen tussen de verschillende betrokken belangen (behoefte van slachtoffers, functies van smartengeld en betaalbaarheid van de schadelast) zullen op het punt van het smartengeld dan ook de komende jaren onderwerp van debat blijven.

Een derde ontwikkeling die zich de komende jaren ongetwijfeld zal voortzetten is de Europese integratie, niet alleen in formele zin, maar bijvoorbeeld ook voor wat betreft de informatievoorziening. Niet alleen wetenschappelijke projecten, zoals de *Principles of European Tort Law* en het *Common Frame of Reference* zullen verder tot ontwikkeling worden gebracht, ook 'Brussel' zal voortgaan met bijdragen aan harmonisatie van elementen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht⁴⁹⁶, en wellicht zal ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg een deuk in het zakje doen. Ik verwacht voorts dat het aansprakelijkheidsrecht van de nieuwe leden van de EU verder tot ontwikkeling zal komen en ook dat de informatie uit verschillende landen beter ontsloten zal worden. In dat licht zal het interessant zijn om te zien of de autonomie die de lidstaten zich juist met betrekking tot de omvang van de (sterk uiteenlopende) smartengeldbedragen permitteren zal doorzetten.

Voorts zijn er natuurlijk altijd 'nationale' ontwikkelingen in het recht, die ook van betekenis zullen zijn voor het smartengeld. Ik denk bijvoorbeeld aan het wetsvoorstel inzake 'affectieschade' en het voorontwerp inzake inkomensschade van derden, maar ook aan het wetsvoorstel inzake versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces⁴⁹⁷ en aan het wetsvoorstel inzake schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden⁴⁹⁸, waardoor de strafrechter meer invloed zal krijgen op de ontwikkeling van het smartengeld.

Ten slotte zullen er de komende jaren – zoals altijd – ook nog niet te voorspellen ontwikkelingen zijn die van betekenis zijn voor het smartengeld. Zo kunnen bijzondere traumatische gebeurtenissen ineens een impuls geven aan de rechtsontwikkeling. Laten we hopen dat de ontwikkeling van het recht daarvan niet geheel afhankelijk zal zijn en dat wetgever, rechtspraak en literatuur ook de komende jaren het recht op smartengeld verder tot ontwikkeling brengen.

⁴⁹⁶ Vgl. bijv. de 'barème' die in 2005 is ingevoerd als maatstaf voor vergoeding van immateriële schade bij EU-personeel (Annex A bij de *Common rules on the insurance of officials of the European Communities against the risk of accident and of occupational disease*). Zie kritisch over de barème J. Price, 'Le Barème', *TVP* 2004, p. 102 e.v.

⁴⁹⁷ Wetsvoorstel 30 143.

⁴⁹⁸ Wetsvoorstel 31 200.

Literatuur

- Abas, *NTBR* 2007
P. Abas, 'Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 lid 1 onder b BW', *NTBR* 2007, p. 194-198
- Akkermans en Van Wees, *TVP* 2007
A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007, p. 103-118
- Asser-Hartkamp 4-1
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deel 4-1, De Verbintenis in het algemeen, Deventer 2004
- Bakels, *AA* 2006
F.B. Bakels, 'Recht en verdriet', *AA* 2006, p. 568-570
- Barendrecht, *NJB* 2002
J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 605-617
- Barkhuysen en Lindenbergh 2006
Tom Barkhuysen en Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston 2006.
- Beer en Collignon-Smit Sibinga 2000
J.M. Beer en A.F. Collignon-Smit Sibinga, 'Smartengeld, een praktische benadering met oog voor de toekomst', *Verkeersrecht* (Smartengeldbundel), 2000, p. 6-11
- Bloembergen, diss. 1965
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht, Deventer 1965
- Bloembergen en Van Wersch 1973
A.R. Bloembergen en P.J.M. van Wersch, *Verkeersslachtoffers en hun schade*, Deventer 1973
- Bolt 2002
A.T. Bolt, 'Van materieel naar immaterieel en weer terug', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later*, Bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen, Deventer 2002, p. 1-4
- Bolt en Lensing 1993
A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 1993
- Bona, Mead, Lindenbergh 2005
Marco Bona, Philip Mead, Siewert Lindenbergh, *Fatal Accidents and Secondary Victims*, London: XPL 2005
- Van Boom, *NJB* 2001
W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten ondoordacht', *NJB* 2001, p. 1301-1302
- Van Boom, *AV&S* 2001
W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001, p. 95-98
- Van Boom, Oratie 2006
W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Oratie EUR, Den Haag 2006
- Van Boom, Wansink-bundel 2006

- W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser? Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet verzekeren van zijn werknemer', in: N. van Tiggele-Van der Velde e.a. (red.), *De Wansink-bundel Van draden en daden*, Deventer 2006, p. 61-72
- Boot, *AA* 2008
J. Boot, 'Privaatrecht en boete, Over *double damages* bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging', *AA* 2008, p. 200-208
- Boukema, *NJB* 2008
H.J. Boukema, 'Roddel, schuld en boete', *NJB* 2008, p. 1464-1470
- Van den Brekel, *TVP* 2005
M.C.J. van den Brekel, 'Vast tarief voor psychisch leed in het ambtenarenrecht?', *TVP* 2005, nr. 3, p. 86-88
- Brunner, *RM Themis* 2000
C.J.H. Brunner, 'Boekbesprekingen, S.D. Lindenbergh, Smartengeld', *RM Themis* 2000, p. 379-381
- Buijsen, *NJB* 2005
M.A.J.M. Buijsen, 'In overeenstemming met de aard van de schade? Over de toewijzing van de wrongful life-vordering in de zaak Kelly', *NJB* 2005, p. 835-840
- Bunjes, *VR* 1999
H.J. Bunjes, 'Shockschade – een experiment', *VR* 1999, p. 294-296
- Van de Bunt 2003
J.E. van de Bunt, 'Erkenning door fondsen van immateriële schade', in: G.E. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag 2003, p. 249-265
- Cousy, *AV&S* 2002
H. Cousy, 'Een 'indicatieve tabel' voor de evaluatie van menselijke schade', *AV&S* 2002, p. 156-159
- Van Dam 1991
C.C. van Dam, 'De vererving van de smartengeldvordering: op het raakvlak van aansprakelijkheidsrecht en erfrecht (art. 6:106 lid 2 NBW)', in: *Liber amicorum NBW*, De Die-bundel, Arnhem 1991, p. 87-91
- Van Dam, *VR* 2000
C.C. van Dam, 'Emotioneel belang en affectieschade. De onhoudbaarheid van het Jeffrey-arrest', *VR* 2000, p. 73-75
- Van Dam, *VR* 2001
C.C. van Dam, 'De ouders van Joost', *VR* 2001, p. 1-8
- Van Dam, *VR* 2002
C.C. van Dam, 'Het Taxibus-arrest', *VR* 2002, p. 205-209
- Van Dam 2003
C.C. van Dam, 'Smartengeld voor affectieschade en shockschade' in: M. Jansen, *Smartengeld, uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2003, p. 6-16
- Van Dam 2006
C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006
- Dijkshoorn, *TVP* 2007
W. Dijkshoorn, 'Keuzevrijheid op het grensvlak tussen vermogensschade en ander nadeel', *TVP* 2007, p. 67-73

- Donner, *VR* 2003
J.P.H. Donner, 'Voordracht minister van Justitie tijdens het symposium ter gelegenheid van het 50-jarig jubileum van Verkeersrecht', 31 oktober 2003, *VR* 2003, p. 349-351
- Dozy en Willink, *TVP* 2007
R.A. Dozy en J.M. Willink, 'Lessen uit 'letsels' – een kijkje in de keuken van de rechter', *TVP* 2007, p. 125-129
- Van Drunen *AA* 2005
B. van Drunen, 'Vertegenwoordiging bij 'wrongful life'-claims, een contradictio in terminis?', *Ars Aequi* 2005, p. 148-150
- Engelhard, *VR* 2008
E.F.D. Engelhard, 'Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp Inkomensschade en het wetsvoorstel Re-integratiekosten', *VR* 2008, p. 1-4
- Engelhard en Engelhard 2008
E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard, 'Shockschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag 2008, p. 227- 244
- Engelhard en Van Maanen
E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW, A15, Deventer 2008
- Faure 2000
M. Faure, 'Vergoeding van immateriële schade vanuit rechtseconomisch perspectief', in: Pepita Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade, tendensen en wensen*, Groningen/Antwerpen 2000, p. 107-126
- Faure 2003
M. Faure, 'Vergoeding van persoonlijk leed: een rechtseconomische benadering', in: G.E. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag 2003, p. 85-101
- Flentrop-Turner, *NbBW* 1999
C.J. Flentrop-Turner, 'Kosten ter voorkoming of beperking van immateriële schade', *NbBW* 1999, p. 61-64
- Frenk, *WPNR* 2003
N. Frenk, 'Boekbespreking, S.D. Lindenbergh, Smartengeld, diss. Leiden 1998, Deventer 1998, 391 blz./Over de genoegdoeningsfunctie, affectieschade, drempebedragen en de overgang van en het beslag op de aanspraak op smartengeld', *WPNR* 6523 (2003), p. 197-202
- Frenk, *NbBW* 2003
N. Frenk, 'Affectieschade: naar een wettelijke regeling', *NbBW* 2003, p. 33-35
- Frenk, *NbBW* 2004
N. Frenk, 'Herijking van de vermogensrechtelijke karakteristieken van het recht op smartengeld', *NbBW* 2004, p. 62-65
- Frenk, *NJB* 2005
N. Frenk, 'Voortschrijdend inzicht?', *NJB* 2005, p. 1295-1296
- Giesen, *NJB* 2001
I. Giesen, 'Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?', *NJB* 2001, p. 120-123

- Giesen 2003
I. Giesen, 'Baby Joost (HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 nt. ARB)' in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten, Verslag van een experiment*, Den Haag 2003, p. 15-30
- Giessen en Tjittes 2004
S.C.P. Giessen en R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind – de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend en ernstig letsel', in: S.D. Lindenbergh e.a., *Schade, vergoeden of beperken?*, Den Haag 2004, p. 73-90
- Glazenburg, *Executief* 2005
J. Glazenburg, 'Beslagverbod smartengeld en affectieschade', *Executief* 2005, p. 156-158
- De Groot en Akkermans, *NTBR* 2007
G. de Groot en A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501-509
- Haak, *NTBR* 2001
K.F. Haak, 'Functioneel privaatrecht voor leed en verdriet', *NTBR* 2001, p. 211
- Van Harinxma thoe Slooten 2006
L.R. van Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht in perszaken*, diss. Tilburg, Den Haag 2006
- Hartlief, *AA* 2000
T. Hartlief, 'Baby Joost en het verdriet van Nederland', *AA* 2000, p. 863-873
- Hartlief, *TVP* 2001
T. Hartlief, 'Arbeidsreïntegratie en resocialisatie', *TVP* 2001, p. 58-61
- Hartlief, *WPNR* 2003
T. Hartlief, 'Smartengeld bij bewusteloosheid', *WPNR* 2003, p. 111-112
- Hartlief, *AV&S* 2003
T. Hartlief, 'Vonk/Van der Hoeven, het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet', *AV&S* 2003, p. 2-13
- Hartlief, *NTBR* 2003
T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten', *NTBR* 2003, p. 72-82
- Hartlief 2003
T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van leed van naasten', in: G.E. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag 2003, p. 117-146
- Hartlief, *VR* 2004
T. Hartlief, 'Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht, Enkele opmerkingen over een wetsvoorstel naar aanleiding van een jubileum', *VR* 2004, p. 1-6
- Hartlief, *NTBR* 2005
T. Hartlief, 'Hollandse Toestanden: de Hoge Raad over 'Wrongful life'', *NTBR* 2005, 42, p. 232-248
- Hartlief, *NJB* 2005
T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834
- Hartlief, *TVP* 2006

- T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade?', Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *TVP* 2006, p. 98-104
- Hartlief, *NJB* 2007
- T. Hartlief, 'Ernstig letsel en eigen schuld: billijkheid of smartengeld?', *NJB* 2007, 2165, p. 2672-2675
- Van der Heijden, *NJB* 2001
- E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001, p. 1749-1756
- Van der Helm, *Trema* 2006
- J.J. van der Helm, 'De immaterieel benadeelde partij in het strafproces', *Trema* 2006, p. 296-300
- Den Hollander, *TVP* 2002
- H.J. den Hollander, 'Affectie, shock en geld', *TVP* 2002, p. 33-42
- Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007
- R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, WODC 2007
- Jaeger en Luckey 2005
- Lothar Jaeger en Jan Luckey, *Schmerzengeld*, Recklinghausen: ZAP-Verlag 2005
- Jansen 2006
- M. Jansen, *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2006
- Kerkmeester, *NJB* 1998
- H.O. Kerkmeester, 'Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans', *NJB* 1998, p. 1807-1813
- Van Kippersluis en Lindenbergh 2008
- P.M. van Kippersluis en S.D. Lindenbergh, 'Non pecuniary losses', in: M. Faure (ed.), *Edward Elgar Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, forthcoming
- Klaming en Bethlehem, *TVP* 2007
- L. Klaming en Bethlehem, 'Procedurele rechtvaardigheid, Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht', *TVP* 2007, p. 119-124
- Kottenhagen, *L&S* 2000
- R.J.P. Kottenhagen, 'Recente rechtspraak inzake shockschade: een doorbraak?', *L&S* 2000, nr. 2, p. 4-10
- Kottenhagen 2000
- R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade in Nederland. Over de wenselijkheid van een wettelijke regeling', in: Pepita Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Groningen/Antwerpen: Intersentia, p. 61-105
- Kottenhagen, *NTBR* 2003
- R.J.P. Kottenhagen, 'Vergoeding van shockschade. Een beschouwing naar aanleiding van het Kindertaxi-arrest: HR 22 februari 2002, *RvdW* 2002, 48', *NTBR*, 2003, nr. 5, p. 182-191
- Kottenhagen, *TVP* 2003

- R.J.P. Kottenhagen, 'annotatie HR 20 september 2002, RvdW 2002, 142', *TVP* 2000, nr. 1, p. 20-24
- Kottenhagen, *TVP* 2003
- R.J.P. Kottenhagen, 'Ik had niet geboren mogen worden', *TVP* 2003, p. 61-65
- Kottenhagen, *TVP* 2005
- R.J.P. Kottenhagen, 'De wrongful life-vordering door de Hoge Raad erkend', *TVP* 2005, p. 33-39
- Kottenhagen, *NTBR* 2008
- R.J.P. Kottenhagen, 'En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade.', *NTBR* 2008, nr.1, p. 2-16
- Krans, diss. 1999
- H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. Leiden, Deventer 1999
- Kremer, *TVP* 2002
- F.Th. Kremer, 'Normen bij schade van jonge kinderen', *TVP* 2002, p. 125-127
- Lankhorst, diss. 1992
- G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden, Deventer 1992
- Leerink en Holthuis, *Adv. Bl.* 2002
- P.M. Leerink en B. Holthuis, 'Shockschade, wie wel en wie niet?', *Adv. Bl.* 2002, p. 292-295
- Lindenbergh, diss. 1998
- S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden, Deventer 1998
- Lindenbergh, *NJB* 1998
- S.D. Lindenbergh, 'Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel, de deur op een kier?', *NJB* 1998, p. 351-356
- Lindenbergh 1999
- S.D. Lindenbergh, 'De overgang van het recht op schadevergoeding uit onrechtmatige daad', in: *Groninger opmerkingen en mededelingen* 1999, p. 58-68
- Lindenbergh, Preadvies 1999
- S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707
- Lindenbergh, *VR* 1999
- S.D. Lindenbergh, 'De hoogte van het smartengeld in Nederland; een verkenning van de top', *Verkeersrecht* 1999, p. 129-134
- Lindenbergh 2000
- S.D. Lindenbergh, 'Verzekeraarbaarheid van smartengeld', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer 2000, p. 397-405
- Lindenbergh, *A&V* 2000
- S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld en wettelijke rente', *A&V* 2000, p. 134-137
- Lindenbergh, *NbBW* 2000
- S.D. Lindenbergh, 'Geen smartengeld voor ouders van een ernstig gewond kind', *NbBW* 2000, p. 150-155
- Lindenbergh, *NJB* 2001
- S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten, tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001, p. 61-66
- Lindenbergh, *NbBW* 2002
- S.D. Lindenbergh, 'Schade door schrik, immateriële schade bij overlijden van een naaste', *NbBW* 2002, p. 58-63
- Lindenbergh, *AV&S* 2002

- S.D. Lindenbergh, 'Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis', *AV&S* 2002, p. 63-73
- Lindenbergh, *Trema* 2002
- S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade door schrik', *Trema* 2002, p. 335-343
- Lindenbergh, *NTBR* 2002
- S.D. Lindenbergh, 'Recensie: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*', *NTBR* 2002, p. 478-482
- Lindenbergh, *TPR* 2002
- S.D. Lindenbergh, 'Schade door verwonding of overlijden van een naaste', *TPR* 2002, p. 1421-1473
- Lindenbergh, *AA* 2003
- S.D. Lindenbergh, 'Blij met de geboorte van... een schadeclaim.', *Ars Aequi* 2003, vol. 52, p. 365-374
- Lindenbergh, *BWKJ* 2003
- S.D. Lindenbergh, 'Doeleinden en effecten van civielrechtelijke sancties', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, *BW-Krant Jaarboek* 19, Deventer 2003, p. 9-20
- Lindenbergh, *TVP* 2003
- S.D. Lindenbergh, 'De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld', *TVP* 2003, p.1-6
- Lindenbergh, *AV&S* 2003
- S.D. Lindenbergh, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade', *AV&S* 2003, p. 14-25
- Lindenbergh, *AV&S* 2004
- S.D. Lindenbergh, 'Artikel 6:106 lid 2 BW: wijzigen of afschaffen?', *AV&S* 2004, p. 89-90
- Lindenbergh, *LSA* 2004
- S.D. Lindenbergh, 'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal', in: *Schade: vergoeden of beperken*, *LSA*, Den Haag 2004, p. 1-20.
- Lindenbergh, *NJB* 2005a
- S.D. Lindenbergh, 'Wetsvoorstel affectieschade kan veel simpeler', *NJB* 2005, p. 841-843
- Lindenbergh, *NJB* 2005b
- S.D. Lindenbergh, 'Naschrift', *NJB* 2005, p. 1296
- Lindenbergh, *MvV* 2005
- S.D. Lindenbergh, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel HR 11 maart 2005, RvdW 2005, 37 (ABN/AMRO/N)', *MvV* 2005, p. 86-89
- Lindenbergh *BWKJ* 2005
- S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over de aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, *BWKJ* 2005, Deventer, p. 305-327
- Lindenbergh, *Tijd en schade* 2006
- S.D. Lindenbergh, 'Tijd en schade', in: *Tijd is geld*, Zeist 2006, p. 109-121
- Lindenbergh 2006
- S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld, ontwikkeling en stilstand', in M. Jansen (red.), *Smartengeld, uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2006
- Lindenbergh, *Oratie* 2006
- S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk, Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht*, *Oratie EUR*, Den Haag 2006

- Lindenbergh, *AA* 2007
S.D. Lindenbergh, 'De relativiteit van de toelating als vluchteling, HR 13 april 2007, *LJN*: AZ8751, *RvdW* 2007, 397 (Staat/Y)', *Ars Aequi* 2007, p. 777-784
- Mon. BW B34* (Lindenbergh)
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding, Algemeen, Deel 1*, Monografieën BW B34, Deventer, 2008
- Lünnemann en Piechocki 2001
K.D. Lunnemann en D.J.G. Piechocki, *Seksueel geweld betaald gezet, Juridische gids civiel- en strafrechtelijke schadevergoedingsmogelijkheden*, Nijmegen 2001
- Van Maanen, *NTBR* 1999
G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert', *NTBR* 1999, p. 47-49 (met reactie van Nieskens-Isphording en naschrift *NTBR* 1999, 137-138)
- Van Maanen, *NJB* 2002
G.E. van Maanen, 'Het shockschade-arrest van 22 februari 2002', *NJB* 2002, 23, p. 1102-1107
- Michiels van Kessenich, *NbBW* 2002
M.A.I.M.V. Michiels van Kessenich, 'Smartengeld bij bewusteloosheid?' *NbBW* 2002, p. 141-144
- Van Orsouw, *AV&S* 2004
E.M. van Orsouw, 'Wetsvoorstel affectieschade: algemene erkenning of individuele veronachtzaming van het leed van de nabestaande?', *AV&S* 2004, 20, p. 108-112
- Overeem, *VR* 1999
R. Overeem, 'Smartengeld in geval van psychisch leed; een beschouwing naar aanleiding van S.D. Lindenbergh, Smartengeld', *VR* 1999, p. 161-164
- Du Perron, *Preadvies* 2003
C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer* (Preadvies NJV). Deventer 2003, p. 105-161
- Du Perron, *RM Themis* 2005
C.E. du Perron, 'Boekbespreking A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon', *RM Themis* 2005, p. 153-156
- PG Boek 6
C.J. van Zeben, J.W. Du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer 1981
- PG Boek 6 (Inv.)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer 1990
- Rijnhout, *AA* 2008
R. Rijnhout, 'Een (on)vergoedbare nachtmerrie van ouders, Beantwoording rechtsvraag (335) verbintenissenrecht', *AA* 2008, p. 390-392
- Rogers 2000
W.V. Horton Rogers (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Tort and Insurance Law Vol. 2, Wien/New York 2000

- Schadevergoeding* (auteur), art. ..., aant. ...
A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Losbladige editie, Deventer
- Van Schaik, *Mediaforum* 1999
R. van Schaik, 'De calculerende pers', *Mediaforum* 1999, p. 169-173
- Scheltema en Scheltema 2008
M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer, 2008
- Van Schoubroeck, *VR* 2004
C. van Schoubroeck, 'Belgische reglementering en praktijk', *VR* 2004, p. 102-107
- Schuijt, *Mediaforum* 2003
G.A.I. Schuijt, 'Smartengeld wegens aantasting eer en goede naam of privacy', *Mediaforum* 2003, p. 50-51
- Sieburgh 2003
C.H. Sieburgh, 'Beschikt de burgerlijke rechter over onbegrensde krachten? De taak van de burgerlijke rechter bij verwerking van emoties en vergoeding van shockschade', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003, p. 173-198
- Snijders 2002
H.J. Snijders, 'Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de media-tie', in: I. Brand e.a. (red.), *Recht(er) en belang*, BW Krant-Jaarboek 2002, Deventer 2002, p. 9-26
- Spier, Oratie 2002
J. Spier, *Rampscenario's, De prijs van onzekerheid na de aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001*, oratie Maastricht, Deventer 2002
- Stahmer 2004
Nina Stahmer, *Entschädigung von Nichtvermogensschaden bei Tötung, Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Untersuchung des deutschen, französischen und englischen Rechts*, Hamburg, Dr. Kovac 2004
- Sterk, *VR* 2004
C.H.W.M. Sterk, 'Boekbespreking diss. Verheij', *VR* 2004, p. 36-40
- Stolker, *RM Themis* 2003
C.J.J.M. Stolker, 'Smartengeld: willen we niet teveel?' *RM Themis* 2003, p. 307-308
- Stolker en Poletiek 1998
C.J.J.M. Stolker en F.H. Poletiek, 'Smartengeld – wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie', in: *Bewijs en letselschade, Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1998*, Lelystad 1998, p. 71-86
- Storm, *TVP* 1999
H.M. Storm, 'Rechten van derden bij letselschade: nadere beschouwingen bij de zaak 'Baby Joost'', *TVP* 1999, p. 10-14
- Suurmond en Van Velthoven, *NJB* 2005
G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven, 'Vergoeding van affectieschade, te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *NJB* 2005, p. 1934-1936
- De Temmerman, *NTBR* 2000
B. de Temmerman, 'Recensies, S.D. Lindenbergh, Smartengeld', *NTBR* 2000, p. 326-332

- De Temmerman en De Kezel, *TVP* 2002
B. de Temmerman en E. de Kezel, 'Normering in België; de indicatieve tabel', *TVP* 2002, p. 103-114
- Van Tilburg, *VR* 2004
W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *VR* 2004, p. 7-12
- Tjittes, *RM Themis* 1999
R.P.J.L. Tjittes, 'Hollandse toestanden', *RM Themis* 1999, p. 141-142
- Tjittes 2002
R.P.J.L. Tjittes, 'Enige opmerkingen over het karakter van reputatieschade', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, een bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer 2002, p. 139-150
- Tjittes 2003
R.P.J.L. Tjittes, 'Wat niet weet, deert een beetje – Smartengeld voor bewustelozen na HR 20 september 2002, RvdW 2002, 142, De comateuze timmerman', in: G.E. van Maanen (red.): *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag 2003, p. 147-162
- Tjittes, *NTBR* 2003
R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen, noot bij 'De comateuze timmerman'', *NTBR* 2003, p. 49-55
- Tjittes, *RM Themis* 2003
R.P.J.L. Tjittes, 'Op de bres voor erkenningsgeld', *RM Themis* 2003, p. 309-310
- De Vaan, *MvV* 2008
L.A.C. de Vaan, '(Om)wegen naar een duurzame schone lei voor letselschadeslachtoffers na de schuldsanering', *MvV* 2008, p. 94-102
- Van 2000
A.J. Van, 'Recente ontwikkelingen op het gebied van de vergoeding van immateriële schade', in: Pepita Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Groningen/Antwerpen: Intersentia, p. 19-35
- Van, *TVP* 2002
A.J. Van, 'Het Kindertaxi-arrest: de visie van de belangenbehartiger', *TVP* 2002, p. 43-44
- Van en Reijnen, *VR* 2002
A.J. Van en F.B. Reijnen, 'De begroting van affectieschade', *VR* 2002, p. 37-41
- Vegter, diss. 2005
M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. Amsterdam (VU), Den Haag 2005
- Verburg, *TVP* 2001
G.J.M. Verburg, 'Toekenning smartengeld; discretionaire bevoegdheid rechter', *TVP* 2001, p. 109-110
- Verheij, *NTBR* 1998
A.J. Verheij, 'Vergoeding van affectieschade', *NTBR* 1998, p. 324-332
- Verheij, *RM Themis* 1998
A.J. Verheij, 'Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade', *RM Themis* 1998, p. 339-350
- Verheij, *NJB* 1999
A.J. Verheij, 'Shockschade', *NJB* 1999, p. 1409-1416
- Verheij, *RM Themis* 1999

- A.J. Verheij, 'Een pleidooi voor vergoeding van geringe immateriële schade', *RM Themis* 1999, p. 339-350
- Verheij 2000
A.J. Verheij, 'Vergoeding van affectieschade', in: Pepita Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Groningen/Antwerpen: Intersentia, p. 37-59
- Verheij, *NJB* 2001
A.J. Verheij, 'Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade, Enige (kritische) vragen en opmerkingen', *NJB* 2001, p. 1562-1569
- Verheij, 2002
A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van shockschade van professionele hulpverleners bij rampen', in: A.J. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen 2002, p. 281-301
- Verheij, diss. 2002
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. Amsterdam (VU), Nijmegen 2002
- Verheij, *L&S* 2002
A.J. Verheij, 'Vergoeding van shockschade sinds Hoge Raad 22 februari 2002', *L&S* 2002 nr.1, p. 5-13
- Verheij, *AA* 2003
A.J. Verheij, 'Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon', *AA* 2003, p. 481-486
- Verheij, *VR* 2005
A.J. Verheij, 'Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden, Oproep aan de minister van Justitie voor een meer systematische en empirisch onderbouwde aanpak', *VR* 2005, p. 205-211
- Verheij 2005
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Monografieën Privaatrecht 4, Deventer 2005
- Verstappen, *FJR* 1998
L.C.A. Verstappen, 'Smartengeld en vergoeding van inkomensschade zijn bijzonder verknochte goederen', *FJR* 1998, p. 78-94
- Visscher, diss. 2005
L.T. Visscher, *Een rechtconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, diss. EUR 2005
- Vos en Dans, *TVP* 2006
H.Th. Vos en E. Dans, 'Vergoeding van shockschade na het Kindertaxi-arrest', *TVP* 2006, p. 111-116
- Vranken, *WPNR* 2001
J.B.M. Vranken, 'Contractuele breekijzers of de koninklijke weg', *WPNR* 2001/6460, p. 835-840
- Van Wees, *TVP* 2006
K.A.P.C. van Wees, 'Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast', *TVP* 2006, p.124-128
- Weterings 2004
W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims, Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag 2004
- Wichers-Rust, *NTBR* 1999

- L.F. Wiggers-Rust, 'Gaaf het in het burgerlijk recht alleen om geld?' (verslag van de vergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht), *NTBR* 2000, p. 150-153
- Van Willigenburg en Van der Linden, *TVP* 2005
- S. van Willigenburg en J. van der Linden, 'Tilburgs normeringsproject: oorzaak van 'drift' in letselschadeland of oplossing?', *TVP* 2005, p. 110-115
- Woordkramer, *VR* 2000
- Woordkramer, 'Is smartengeld aan herijking toe?' *VR* 2000, p. 293
- Zieck, *NJB* 2008
- M.Y.A. Zieck, 'Toepassing van het relativiteitsvereiste strandt op eisen Vluchtelingenverdrag', *NJB* 2008, p. 1283-1289
- Zwitser, *RM Themis* 2005
- R. Zwitser, 'Immateriële schadevergoeding bij opzet en daarmee gelijk te stellen bewuste roekeloosheid in het contractenrecht', *RM Themis* 2005, p. 72-79

Rechtspraakregister (verwezen wordt naar paragraafnummers)

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 8 juli 1987, *NJ* 1988, 828 m.nt. E.A. Alkema (W/United Kingdom) 4.4.4
 EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534 m.nt. H.J. Sniijders en E.J. Dommering (Dombo) 2.3.4
 EHRM 27 september 1995, *Reports* 1996-I, 97 (McCann/Verenigd Koninkrijk) 2.3.3
 EHRM 3 april 2001, 27229/95 *EHCR* 2001-III (Keenan v. United Kingdom) 4.4.4
 EHRM 10 mei 2001, 29392/95 *ECHR* 2001-V (Z and Others v. UK) 4.4.4
 EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (2002) *EHRC* 2002-II (Paul and Audrey Edwards/UK) 4.4.4
 EHRM 10 november 2004, *AB* 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen (Riccardi Pizzati/Italië) 3.2
 EHRM 17 maart 2005, 50196/99 (Bubbins/UK) 4.4.4
 EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006, 294 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Scordino/Italië) 3.2; 4.5
 EHRM 15 februari 2008, *AB* 2008, 140 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Arvanitaki-Roboti e.a./Griekenland) 3.2

Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschap

- HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann) 2.3.4
 HvJEG 10 april 1984, zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (Harz) 2.3.4
 HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; *NJ* 1998, 435) 2.3.4
 HvJEG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland) 2.3.4

Hoge Raad

- HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444 (PTT-kabel) 3.3
 HR 2 april 1977, *NJ* 1978, 99 (Ennia/NS) 5.3
 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. C.J.H. Brunner (Haviltex) 6.2
 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958 m.nt. C.J.H. Brunner (Rockwool/Poly) 4.2.2
 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 m.nt. L.W. Heemskerk (Naturistengids) 3.4.7
 HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 58 (K/Staat) 3.4.7
 HR 29 november 1991, *NJ* 1993, 150 (Ambtenarenpensioen) 2.3.4
 HR 7 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O) 2.3.1; 5.2.1; 5.2.2; 5.2.3; 5.4.1
 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker) 3.2
 HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210 m.nt. M.M. Mendel (Hoogenboom/Unigarant) 3.2
 HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 59 (*Wiedergutmachung*) 6.4
 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. C.J.H. Brunner (Ontvanger/Bos) 3.4.5
 HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (kraaiende hanen) 3.4.5; 3.4.6
 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. J. de Boer (W/Staat) 2.3.3; 5.2.1
 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. C.J.H. Brunner (*wrongful birth* I) 3.4.5; 3.4.6
 HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Maeijer (Kip & Sloetjes/Rabo) 3.4.5; 3.4.6
 HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 281 m.nt. M.M. Mendel (Centraal Beheer/Forbo) 3.2
 HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 508 m.nt. J.B.M. Vranken 5.3
 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693 m.nt. W.M. Kleijn (H/K) 6.3

- HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (P/Fiom) 3.4.5; 3.4.6
 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO) 3.4.5; 3.4.6
 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) 2.3.3; 4.2.4; 4.4.4
 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof) 3.3;
 4.2.2
 HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. A.R. Bloembergen (L/C) 2.3.3
 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost) 4.2.2;
 4.4.4
 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/Bouw) 2.3.1;
 3.3; 3.4.3; 4.4.4; 5.2.1; 5.2.3; 5.2.4
 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91, m.nt. C.J.H. Brunner (discretionaire bevoegdheid 3.2;
 3.4.4; 5.2.1
 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 m.nt. J.B.M. Vranken (Oogmerk) 3.4.2; 4.2.3;
 4.3.2
 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus) 2.3.3; 3.4.5;
 3.4.6; 4.2.1; 4.2.2; 4.2.4; 4.4.4
 HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (*wrongful birth* II) 3.4.7; 5.2.3
 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma); *VR* 2004, 932.3.1;
 2.3.4; 3.4.3; 3.4.7; 5.2.3; 6.2
 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. M. Scheltema (Verhoeven/Lammers) 5.2.1
 HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 32 m.nt. P. van Schilfgaarde (Oberdorf/Linssen)
 6.3
 HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 35 (Joegoslavische militairen/Staat) 3.4.1
 HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 364 4.3.2
 HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168 m.nt. W.D.H. Asser (Beliën/Noord Brabant) 3.4.6
 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348 (S.J./Staat) 3.4.1; 3.4.6; 5.2.1
 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. J.B.M. Vranken (Groninger Oudejaarsrellen) 3.4.7
 HR 14 januari 2005, *NJ* 2007, 481 m.nt. Jac. Hijma (Ahold/Staat) 5.3
 HR 14 januari 2005, *NJ* 2007, 482 m.nt. Jac. Hijma (Van Rossum/Fortis) 5.3
 HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55 m.nt. Jac. Hijma (Burger/Brouwer Motors) 3.3
 HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 (ABN AMRO/Nieuwenhuijs) 3.2
 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly) 3.4.3; 3.4.7
 HR 3 februari 2006, *NJ* 2006, 121 (Ruijzendaal/St Paul) 6.2
 HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren Van
 Swaay/Heesbeen) 3.4.3; 5.2.2
 HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 257 m.nt. L.C.A. Verstappen (A/Y) 6.3
 HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 258 m.nt. L.C.A. Verstappen (B/Y) 6.3
 HR 24 november 2006, *NJ* 2007, 239 m.nt. P. van Schilfgaarde (B/G) 6.3
 HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 223 4.3.2
 HR 3 juli 2007, *NJ* 2007, 413 4.3.2
 HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (Maasman/Akzo) 3.2
 HR 11 juli 2008, *LJN* BC9365 (overlijdensschade) 3.3

Gerechtshoven

- Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 1998, *VR* 1999, 63 (A.J. Verheij) 3.4.2
 Hof Arnhem 7 december 1999, *VR* 2000, 90 5.4.1
 Hof Amsterdam 3 februari 2000, *VR* 2000, 86 (F.Th. Kremer) 4.3.4
 Hof Arnhem 19 december 2000, *VR* 2001, 188 4.3.2
 Hof Amsterdam 4 juni 2001, *RN* 2001, 1378 2.1
 Hof 's-Gravenhage 21 november 2001, *Prg.* 2001, 5801 (P. Abas) 4.3.4

Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233, *TVP* 2003, p. 45 e.v. (A.J. Schoonen), *Nb-BW* 2003, p. 33 e.v. (Van Roon-Seinen) 4.3.2; 4.3.3
 Hof Leeuwarden 19 juni 2002, *NJ* 2003, 206 4.3.2; 4.3.3
 Hof Arnhem 18 februari 2003, *NJ* 2003, 500 2.3.2; 5.2.3
 Hof Amsterdam 27 februari 2003, *VR* 2004, 9 4.3.2
 Hof 's-Gravenhage 28 mei 2003, *LJN* AF9251 4.3.2
 Hof 's-Gravenhage 11 juni 2003, *Prg.* 2004, 6153 (P. Abas) 4.3.2
 Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, *VR* 2004, 83 4.3.2
 Hof 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *Prg* 2004, 6422 4.3.2
 Hof Arnhem 30 november 2004, *VR* 2005, 73 3.3
 Hof Arnhem 22 maart 2005, *JA* 2005, 47 2.3.4; 3.4.7
 Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2005, *NJF* 2006, 236 3.4.2
 Hof 's-Gravenhage 7 februari 2006, *VR* 2007, 81 3.4.1; 5.2.2; 5.2.3
 Hof 's-Gravenhage 19 september 2006, *VR* 2007, 83 4.3.3
 Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591 4.3.2
 Hof Amsterdam, 1 maart 2007, *RAV* 2007, 35 5.3
 Hof Amsterdam 16 augustus 2007, *JA* 2008, 16 3.4.2
 Hof Arnhem 30 oktober 2007, *NJF* 2008, 2 5.2.2
 Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *NJF* 2008, 159; *JA* 2008, 44 (R. Rijnhout) 4.3.2; 4.3.4; 4.4.4
 Hof Amsterdam 29 mei 2008, *LJN* BD8720 3.4.7

Centrale Raad van Beroep

CRvB 5 maart 2002, *JABW* 2002, 147; *RSV* 2002, 119; *USZ* 2002, 112 6.4
 CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73 m.nt. H.E. Bröring 3.2
 CRvB 7 juli 2006, *AB* 2007, 221 m.nt. Jansen 2.3.4

Rechtbanken

Rb. Arnhem 1 april 1999, *NJkort* 1999, 49; *Mediaforum* 1999-5, nr. 27 (A.J. Nieuwenhuis) 3.4.4
 Rb. Amsterdam 8 december 1999, *Mediaforum* 2000, 25 3.4.2
 Rb. Amsterdam 28 juni 2000, *NJ* 2000, 621 3.4.4
 Rb. Middelburg 31 januari 2001, *NJkort* 2001, 17 4.3.2
 Rb. 's-Gravenhage 5 december 2001, *NJkort* 2002, 5 4.4.4
 Rb. Arnhem 15 november 2001, *VR* 2002, 199 5.2.3
 Rb. Amsterdam 27 maart 2002, *Mediaforum* 2002, p. 170 3.4.2
 Rb. Dordrecht 7 juni 2002, *LJN* AE3830 4.3.2
 Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2003, *LJN* AF3886 4.3.2
 Rb. Middelburg 25 juni 2003, *VR* 2004, 23 4.3.2; 4.3.3
 Rb. Haarlem 23 juli 2003, *VR* 2005, 74 4.3.2; 4.3.3
 Rb. Roermond 12 mei 2004, *LJN* AP1094 4.3.2
 Rb. Arnhem 21 juli 2004, *LJN* AR2559 4.3.2; 4.3.4
 Rb. 's-Gravenhage 15 september 2004, *NJF* 2005, 549; *L&S* 2005, 9 2.1
 Rb. 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, *NJF* 2006, 266 4.3.2
 Rb. Arnhem 29 maart 2006, *NJF* 2006, 252 4.3.2
 Rb. Alkmaar 24 mei 2006, *JA* 2006, 87 3.4.7
 Rb. Breda 31 januari 2007, *JA* 2007, 74 3.4.2
 Rb. Zwolle 7 februari 2007, *JA* 2007, 134 5.3
 Rb. 's-Hertogenbosch 11 april 2007, *JA* 2007, 99 5.4.1
 Rb. Amsterdam 25 april 2007, *Mediaforum* 2007, nr.17 (S.D. Lindenbergh) 3.4.4

Rb. Arnhem 16 mei 2007, <i>NJF</i> 2007, 367	2.3.3	
Rb. Zutphen 7 november 2007, <i>NJF</i> 2007, 545; <i>JA</i> 2008, 13		5.3
Ktr Heerlen 7 november 2007, <i>JA</i> 2008, 19	3.4.4	
Rb. Utrecht 30 januari 2008, <i>JA</i> 2008, 47; <i>NJF</i> 2008, 176	4.3.2	
Rb. Rotterdam 6 februari 2008, <i>NJF</i> 2008, 175	6.3	
Rb. Arnhem 6 februari 2008, <i>JA</i> 2008, 59	3.5.4	
Rb. Arnhem 16 april 2008, <i>NJF</i> 2008, 238; <i>JA</i> 2008, 76 (R. Rijnhout)		4.3.2
Rb. Arnhem 23 april 2008, <i>LJN</i> BD1779	3.4.3	
Vzngr Rb. Zwolle 29 april 2008, KG ZA 08-146	3.4.2	
Rb. Arnhem 21 mei 2008, <i>JA</i> 2008, 98	4.3.2; 6.2	
Rb. Arnhem 2 juli 2008, <i>LJN</i> BD7643	4.3.2	
Rb. 's-Hertogenbosch 16 juli 2008, <i>LJN</i> BD7282	3.4.6	
Overige instanties		
Fay v. Parker, 53 N.H. 342 (1872)	2.4	
BGH 6 juli 1955, <i>BGHZ</i> 18, 154	2.3.1	
BGH 16 februari 1993, <i>VersR</i> 1993, 585	2.3.1	
BverfGer 8 maart 2000, <i>VersR</i> 2000, 897	5.2.4	
Hogsta Domstolen 17 oktober 2000, <i>NJA</i> 2000, p. 521 e.v.	4.4.4	
OGH 16 mei 2001, <i>ZVR</i> 2001, nr. 52	4.4.4	
Oberlandesgericht Köln 1 juni 2001, U 158/00	5.4.2	
OGH 18 april 2002, <i>ZVR</i> 2002/66	5.4.2	
Landgericht Konstanz 18 juni 2003, 3 O 469/92	5.4.2	
Landgericht Kiel 11 juli 2003, AZ O 13/03	5.4.2	
Aix en Provence 7 september 2005, <i>Gaz. Pal.</i> 27/29 nov.	25.4.2	
Cie bezwaarschriften Vlaardingen 7 april 2007, <i>L&S</i> 2007, 73		6.4