35 jaar LSA

Een beestenbende bij de letselschadeadvocaten

Voor de vijfendertigste keer organiseerde de vereniging van letselschadeadvocaten LSA op de laatste vrijdag van januari het LSA Symposion. Dit jaar was 'Beretrots op 35 jaar LSA' het thema. Voor het lustrum was een bijzondere locatie uitgekozen, namelijk Burgers' Zoo in Arnhem. Ook de sprekers was gevraagd hun bijdrage te houden aan de hand van een dierenthema.

De organisatie van het lustrumsymposion had een gevarieerd programma samengesteld. Alex van Hooff, directeur van Burgers' Zoo, vertelde over de positieve impact die Burgers' Zoo op mensen kan hebben. Leon Giesen van Mondo Leone vertelde en zong over zijn schatgraverij. In 2020, op het LSA Symposion in Ermelo, had hij de letselschadeadvocaten al eens over Hitlers goudschat in Mittelwald verteld. Zijn nieuwe onderneming was weer op niets uitgelopen. Boswachter en televisiepersoonlijkheid Arjan Postma vertelde aan de hand van zijn kennis over de opbouw en verplaatsing van mierenkolonies hoe je de wereld kunt veranderen.

Vier vakinhoudelijke bijdragen – van Ton Hartlief, Arvin Kolder, Jaap Sap, Siewert Lindenbergh en Marnix Hebly – zijn hierna samengevat.

LSA Symposion – Zijn we nog trots op het personenschaderecht?

“Het personenschaderecht is niet meer de frontlinie van het aansprakelijkheidsrecht”

Ton Hartlief, advocaat-generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar Privaatrecht aan Universiteit Maastricht, behandelde de vraag of we anno 2024 nog trots op het personenschaderecht zijn. Hij stelde dat het personenschaderecht in het verleden de weg wees voor andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht. De personenschade vormde als het ware de frontlinie van dat aansprakelijkheidsrecht. “Maar we hebben ook een commercialiseringsslag gemaakt”, aldus Hartlief. “We hebben ook het inzicht verworven dat het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen, maar zeker ook het personenschaderecht scherpe kanten heeft.”

Volgens Hartlief zijn wat die scherpe kanten betreft, verbeteringen bereikt. Het aangekondigde onderzoek naar de kwaliteit van de belangenbehartiging en de instelling van de Kamer voor Langlopende Letselschadezaken zijn daar voorbeelden van. Hij stelde echter dat het laaghangend fruit nu wel is geplukt. “Je kunt het aansprakelijkheidsrecht blijven oppoetsen”, zo zei hij, “maar in de kern blijft het een problematisch systeem. We hebben nou eenmaal met inherente kenmerken van het aansprakelijkheidsrecht te maken die ook het letselschadeproces in negatieve zin beïnvloeden.”

Het kabbelende water
Hartlief riep het LSA Symposion in Scheveningen in juni 2022 in herinnering, toen hij de deelnemers net als deze keer als dagvoorzitter toesprak. Hij besprak toen onder meer de uitspraken over PIP-implantaten en Miragelplombe en de vraag of een ZZP’er na een verkeersongeval een beroep op de verzekeringsplicht van een opdrachtgever kan doen. Ook vroeg hij zich af of de Hoge Raad het shockschaderegime onder handen zou nemen. “Waar staan we nu?”, aldus Hartlief. “Ik geloof dat er rust is aan het front van het 6:77-regime en de vraag of de ZZP’er wel of geen bescherming bij een verkeersongeval krijgt, lijkt gekanteld naar de vraag of hij niet gewoon werknemer is. We hebben de Deliveroo-uitspraak gekregen en op dit moment zitten we te wachten op regelgeving van de wetgever om de werknemer af te bakenen van de ondernemer. En we hebben inderdaad vuurwerk gekregen van de Hoge Raad op het terrein van de shockschade. Maar dat is wel het enige vuurwerk dat we de afgelopen tijd hebben gezien. Op het festivalterrein van het aansprakelijkheidsrecht staan we met de personenschade al lang niet meer op het hoofdpodium. Het gebeurt op andere terreinen, in de wereld van de data, de persoonsgegevens, het WAMCA-register. Wat wij nodig hebben, is een disruptieve ontwikkeling, een steen in het kabbelende water van de personenschade!”

Draagt iedereen zijn eigen schade?
Volgens Ton Hartlief hebben zulke disruptieve ontwikkelingen zich al aangekondigd. Als eerste voorbeeld noemde hij de opkomst van de strafrechter in personenschadezaken en de invloed daarvan op het shockschaderegime. “Een tweede steen in de vijver”, vervolgde hij, “was de oratie vorig jaar van hoogleraar Bestuursrecht Jacobine van den Brink. Zij beweert dat wij in een compensatiemaatschappij leven en dat we het beginsel ‘iedereen draagt zijn eigen schade’ ten grave hebben gedragen. De afgelopen jaren hebben we immers met miljarden gesmeten. Ook de Raad van State en de directeur van het Centraal Planbureau maken zich daar zorgen over.” Hartlief noemde in dit verband de tegenslagregelingen bij overstromingen, Q-koorts, de toeslagenaffaire, ‘Groningen’, corona, geweldsmisdrijven, rampschaden en beroepsziekten. “Regel het nu eens goed”, zei hij en schetste er een beeld bij van tijdelijke ad hoc ingestelde regelingen, zonder wettelijke grondslag, waarbij rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid op de loer liggen. “Kijk eerst eens goed naar de fundamenten van het systeem”, zei Ton Hartlief. “In eerste instantie gaat het dan om aansprakelijkheid en verzekering en in dat systeem draagt iedereen zijn eigen schade. Dat adagium is echt niet ter aarde besteld.”

Een grote schaamlap
Na een rondje langs de velden, waarbij hij de jongste ontwikkelingen benoemde ten aanzien van aansprakelijkheid en verzekering na ongelukken in de particuliere sfeer, bij sport en spel en in het verkeer, na medische incidenten, na geweld en criminaliteit en na rampen en zware ongevallen, concludeerde Hartlief dat het nogal uitmaakt in welke context de schade valt. “Kom je überhaupt binnen langs de poort van het aansprakelijkheidsrecht?”, vervolgde hij. “En als je er al langs komt, is de situatie niet voor iedereen even rooskleurig. De ene keer valt de gedupeerde een gunstiger regime

ten deel dan de andere keer.” Verbeteringen zijn mogelijk, aldus Hartlief, daarbij wijzend naar de politiek, de verzekeringsmarkt en de Hoge Raad. “Bij beroepsziekten is wat mij betreft de politiek nu echt aan zet”, stelde hij. “Nu lopen de meesten zich stuk op de muren van het aansprakelijkheidsrecht of ze beginnen er niet eens meer aan. Dat is natuurlijk een heel trieste vaststelling. We krijgen langzamerhand een grote schaamlap, een lappendeken aan tegemoetkomingsregelingen die het zicht op het onderliggende niet functionerende systeem van het aansprakelijkheidsrecht probeert weg te nemen. Zo moet het niet doorgaan. Wat er wel moet komen is een directe verzekering, al was het maar omdat die meer mensen sneller bedient met een adequate vergoeding, zonder de ellende van het aansprakelijkheidsrecht.”

Het compensatiehuis versterken

In zijn betoog benadrukte Ton Hartlief dat er ook een groter beroep op de markt voor verzekeringsoplossingen kan worden gedaan, waarbij hij het Franse Garantie des Accidents de la Vie als voorbeeld stelde, en dat we de Hoge Raad nog meer aan de knoppen kunnen laten draaien, bijvoorbeeld door de draad van artikel 7:611-verzekeringsplicht weer op te pakken. “Het totaalplaatje is niet fraai”, zo besloot Hartlief. “Er blijven gelukkigen die de poort binnenkomen en pechvogels die het met de sociale zekerheid en eigen voorzieningen moeten doen. Of we trots op dat plaatje mogen zijn, is een retorische vraag. Ooit zijn we gewend geraakt aan spectaculaire aanvullingen door de Hoge Raad, maar die ontwikkelingen zijn tot stilstand gekomen en ik verwacht niet dat de Hoge Raad dat waakvlammetje weer snel zal laten opflakkeren. Tegen die achtergrond is het de kunst de politiek in beweging te krijgen. Stop met het dumpen van geld. Beter is het om de basis van het compensatiehuis, de pijlers aansprakelijkheid en verzekering, te versterken, want je weet maar nooit hoe een koe een haas vangt.”

LSA Symposion – Hoe zit het met de aansprakelijkheid voor dieren?

Artikel 6:179 BW: een wolf in schaapskleren

Arvin Kolder, advocaat bij Kolder Advocatuur en bijzonder hoogleraar Personenschade aan Rijksuniversiteit Groningen, behandelde artikel 6:179 BW: de bezitter van een dier is aansprakelijk voor de door het dier aangerichte schade. Grondslag voor die aansprakelijkheid is het gevaar dat de eigen energie van het dier een onberekenbaar element bevat. Alleen als dit gevaar zich verwezenlijkt behoort de bijzondere aansprakelijkheidsregel voor dieren te gelden. "Er gaat een hele wereld schuil achter deze eenvoudige rechtsregel", aldus Kolder. "Wanneer bijvoorbeeld het dier als instrument van de eigenaar handelt, is er geen aansprakelijkheid van 6:179, maar hooguit van 6:162."

Kolder behandelde in zijn inleiding tal van eigenaardigheden van artikel 6:179 BW. Een klassieke zaak in dit verband is die van automobilist Zengerle versus boer Blezer.[1] Blezers koeien staken de weg over en Zengerle reed er tegenaan. Advocaat-generaal Asser concludeerde in deze zaak dat het oversteken van de weg ongetwijfeld dankzij de eigen energie van de koe geschiedde – het dier werd niet over de weg gedragen – maar die energie werd als het ware door boer Blezer in toom gehouden. Er was niet komen vast te staan dat de koe zich anders had gedragen dan overeenkomstig de wens van Blezer. Er was dus geen sprake van eigen energie in de zin van art 6:179 BW. "Wie een claim indient op grond van 6:179 BW zal moeten aantonen dat er sprake was van de eigen energie van het dier. Dat is niet in alle gevallen even gemakkelijk en in de literatuur zijn daar wel wat wisselende opvattingen over. Ik sluit me toch aan bij degenen die vinden dat wie stelt het moet bewijzen."

Gedragingen
Arvin Kolder stond in zijn presentatie stil bij diverse aspecten die bij de beoordeling van claims relevant zijn. Zo moet er sprake zijn geweest van een zelfstandige gedraging van het dier en niet van een gedrag op commando. De rechtspraktijk laat zien dat deze bepaling voor velerlei uitleg vatbaar is. Dit geldt ook voor de notie 'te verwachten gedrag' als tegenwicht van 'onberekenbaar gedrag'. Van belang is dat het gedrag van het dier niet in absolute zin onberekenbaar is, maar in betrekkelijke zin, namelijk gerelateerd aan de menselijke machtsuitoefening over het dier, dus of de gedraging buiten de menselijke invloed op het dier valt. Het is daarom de vraag of het dier 'autonoom' handelt, volgens zijn eigen wil, ongeacht of die gedraging wel of niet was te verwachten.

Besmettingsschade
Een ander probleempunt is de besmettingsschade. Arvin Kolder: "Wanneer een dier een besmettelijke ziekte op een ander dier of op een mens overbrengt, valt dat dan onder de eigen energie in de zin van 6:179? De Q-koortsproblematiek laat de relevantie van deze vraag zien. Het dier is wel vanwege de eigen energie in die stal terechtgekomen, maar net het laatste stapje, het overspringen van die ziektekiemen, daar hoeft het dier niets voor te doen. Volgens de Hoge Raad valt dit niet onder 6:179 BW. De Q-koortsproblematiek moet dan ook via een andere route worden opgelost, 6:162 BW misschien of 6:175 BW gevaarlijke stoffen." Vergelijkbare probleempunten zijn er onder meer wanneer de schade niet 'rechtstreeks' door het dier is veroorzaakt of als er van buiten komende oorzaken zijn, zoals vuurwerk, bliksem of menselijke invloeden, zoals in de Bokito-affaire het geval was.

Dieren en hun bezitters
"Wat is nou eigenlijk een dier in de zin van wetsbepaling 6:179 BW?", vervolgde Kolder. "Dieren waren tot 1 januari 2013 'zaken', maar dierenliefhebbers vonden dat minder prettig en nu zijn dieren geen zaken meer, maar wat voor zaken geldt, geldt ook voor dieren. Daar houdt de politiek zich dan mee bezig." Aanvullend besprak Kolder casussen met bacteriën en virussen, met in het wild levende dieren en met ontsnapte en weggelopen dieren. "Wie is de bezitter van die dieren?" wierp hij vervolgens op. Ook op dat vlak zijn uiteenlopende casussen te vertellen, over een ontsnapte tijger, een bijtende hond, een zwerfkat waarover iemand zich had ontfermd, een paard dat door iemand werd verzorgd, een hond die door iemand was geadopteerd - telkens met discussie over wie 'de bezitter' van het dier in kwestie was. "Heb je de bezitter eenmaal gevonden, dan ben je er nog niet", vervolgde Kolder, "want dan moet je nog vaststellen of er eventueel een bedrijfsmatige gebruiker is en waarom dat zo is. Artikel 6:181 BW bepaalt immers dat als een ander jouw dier bedrijfsmatig gebruikt, dan wordt de aansprakelijkheid verlegd van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker."

Tenzij-clausule
De in Kolders woorden ‘vermaledijde’ tenzij-clausule – hij noemde het hersengymnastiek – illustreerde hij met casussen over bijtende honden. “Een waakhond bijt een inbreker. Die inbreker wandelt door de poort van 6:179, eigen energie van het dier. De aangesproken bezitter kan zich echter met succes op de tenzij-clausule beroepen: er was sprake van noodweer en dat rechtvaardigt de hond. De bezitter had zelfs het commando ‘bijten’ mogen geven. Een ander geval: de arrestatie van een man in een woonwijk. Er is veel politie ter plaatse, met honden erbij. Zonder commando bijt een hond iemand die vervelend staat te doen. Die man loopt letsel op en spreekt de politie aan. Het was echter een bedreigende situatie. Gelet op de ambtsinstructie, de Politiewet, had ook het commando ‘bijten’ mogen worden gegeven en dus kan met succes een beroep op de tenzij-clausule worden gedaan.”

Reflexwerking
Arvin Kolder besprak niet alleen de personenschades, maar ook de zaakschades. Hij ging in op de toerekening en lichtte de reflexwerking toe: “De bezitter van het dier is risicoaansprakelijk voor schade die het dier aan derden toebrengt. Stel je nu de omgekeerde situatie voor. Door een fout van een derde wordt de bezitter slachtoffer van de eigen energie van zijn dier. De dierenarts vraagt de bezitter bijvoorbeeld zijn kat vast te houden, maar door een fout van de dierenarts krabt de kat de bezitter. De bezitter kan dan die dierenarts aanspreken, volgens 6:162 een behandelfout, maar krijgt dan de reflexwerking van 6:179 als eigen schuld voor een deel om de oren. Een dogmatisch gedrocht, maar ik stip het toch even aan.”

“De aansprakelijkheid voor dieren, daar zit dus een hele wereld achter”, besloot Arvin Kolder. “En we kunnen ook nog het een en ander verwachten!” Hij noemde schadevoorkomingsplichten als gebiedsverboden en muilkorfgeboden, verplicht cursussen, een WA-verzekering voor hondenbezitters, “en misschien moeten we onszelf wel tegen dit soort risico’s van alledag gaan beschermen. We moeten zelf een voorziening kunnen treffen. In Frankrijk kan dat wel, in Nederland nog niet. Is tot slot 6:179 nu een slangenkuil? Dat is iets te veel gezegd. Wees wel op je hoede, want het is een wolf in schaapskleren.”

Voetnoot:
1. HR 23 februari 1990, NJ 1990/365 (Zengerle/Blezer)

LSA Symposion – Kan het ook anders?

“Met een luis in de pels heb je geen rechter meer nodig”

Jaap Sap, raadsheer in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, sprak tijdens het LSA Symposion als voorzitter van verschillende paritair samengestelde commissies die over letselschaderegelingen adviseren. Bij het ministerie van Defensie gaat het om militairen die een posttraumatische stressstoornis hebben opgelopen, bij de Nationale Politie om politiemensen met dezelfde stoornis en bij de Nederlandse Spoorwegen om werknemers die aan chroom-6 blootgesteld zijn geweest. Op het LSA Symposion besprak Jaap Sap de eigenschappen en het belang van dergelijke commissies.

“Zijn wij met elkaar wel op de goede weg? Doen wij de dingen die noodzakelijk zijn? Zijn we niet bezig geld te verdienen over de rug van het slachtoffer? Of zijn we zozeer in ons eigen gelijk vastgeroest dat elk conflict op de spits wordt gedreven en alles opeens principieel lijkt te zijn? Deze vragen houden mij al langere tijd bezig. En dat is ook de context van het verhaal dat ik u ga vertellen”, aldus Jaap Sap. Zijn verhaal betrof het schaderegelingsproces in de situatie dat de aansprakelijkheid geen onderwerp van discussie meer is. De procedurele normering van dat proces, met de GBL, de deelgeschilprocedure, mediation, de Kamer voor Langlopende Letselschadezaken en pilots op het gebied van buitengerechtelijke kosten en één medisch adviseur, die normering heeft volgens Jaap Sap onbedoelde effecten: de rechter wordt vaker ingeschakeld (49 keer in 2005, 188 keer in 2022), bij de rechter worden tegenstellingen uitvergroot en vaak is er sprake van secundaire victimisatie. “De huidige werkwijze is op tegenstellingen gericht en met het systeem waarin wij werken, kan dat haast niet anders. Er is een grote noodzaak tot ongelijkheidscompensatie en een gemakkelijkere toegang tot de rechter stimuleert volgens mij de escalatie van de hele zaak. Daardoor verjuridiseert het proces – en veel sneller dan we eigenlijk zouden willen. Dat is inherent aan de manier waarop wij denken en waarop wij werken. En morgen, wanneer u weer aan het werk gaat, hebt u een leuke mening gehoord, maar ‘in the end of the day’ verandert er helemaal niets.”

Regelingen
Volgens Jaap Sap laten de paritair samengestelde adviescommissies bij personenschaderegelingen zien hoe het anders kan, “maar het vereist enige bereidheid om ook daadwerkelijk iets anders te willen”, zo zei hij. Sap kent drie van zulke commissies van binnenuit, bij het ministerie van Defensie, de Nationale Politie en de Nederlandse Spoorwegen. De regelingen in kwestie tonen verschillen en overeenkomsten. De toegang tot de regeling staat bij Defensie en de Politie vast, maar is bij de NS onderwerp van advies. Ook de mate waarin naar het BW wordt gekeken, varieert: Defensie vergoedt schade op grond van het BW, de Politie vergoedt schade naar billijkheid met een oriëntatie op het BW en de NS biedt een gefixeerde vergoeding. Bij Defensie en Politie hebben de slachtoffers een rechtspositionele aanspraak en bij de NS staat de aanspraak los van aansprakelijkheid. Defensie, Politie en NS hebben een eigen adviescommissie, waarvan het advies bij Defensie en Politie zwaarwegend is en bij de NS niet. “En mij gaat het om die adviescommissie”, benadrukte Sap.

Paritair
De adviescommissies zijn paritair samengesteld, dus met een afvaardiging van de werkgever, van de werknemersorganisatie en een onafhankelijke voorzitter. Ze hebben een eigen secretariaat. Iedereen kan de commissie om advies vragen. Wanneer de commissie dat noodzakelijk vindt, komt er een hoorzitting. De commissie stuurt vervolgens een schriftelijk advies aan de werkgever en die neemt een besluit. Het is de bedoeling dat met dat besluit ook het gegeven advies aan de werknemer wordt toegestuurd. De adviezen van de commissie gaan over uiteenlopende thema’s. Sap noemde de relatie tussen de restschade en de rechtspositionele aanspraak, het wel of niet verrekenen van smartengeld, het hypothetische verloop van loopbanen, het openbreken van een vaststellingsovereenkomst, de toegepaste rekenmethodiek en de omvang van huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid.

Spanningsvelden
Jaap Sap vertelde tijdens het LSA Symposion over de spanningsvelden die zich in en rond de adviescommissies kunnen voordoen. De organisatie in kwestie kan twijfels bij de onafhankelijkheid van de commissie hebben en in het verlengde daarvan een advies niet accepteren of niet opvolgen. Ook kan het gebeuren dat de organisatie invloed op de uitkomsten wil hebben. “Dat begrijp ik wel”, aldus Sap, “want het is een belanghebbende partij. Een van de organisaties wilde eerst een conceptadvies en daar wat van vinden, en pas daarna het echte advies. Daar moet je niet aan

beginnen vind ik.” Ook de openbaarheid van de adviezen kan een discussiepunt zijn. Sap: “Wij brengen een advies uit en dat advies verdwijnt op het bureau van de juridische dienst. De betrokkene kent dat advies niet. De organisatie weet precies wat de lijnen zijn aan de hand van waarvan de commissie denkt en de betrokkene weet dat niet. Die kan zich daar niet op oriënteren. Zo heb je natuurlijk geen level playing field.”

Voordelen

“De commissies zijn laagdrempelig, maken deel uit van de organisatie, werknemers kunnen per e-mail om een advies vragen”, zo somde Jaap Sap de procedurele voordelen op. “De commissies werken relatief vlot, zijn oplossingsgericht en streven naar finale geschiloplossing. Belangrijk is ook dat de mensen die bij die commissies komen, oud-functionarissen zijn. Zij voelen zich gehoord door hun eigen organisatie, waarvoor ze jarenlang hebben gewerkt en waardoor ze arbeidsongeschikt zijn geraakt. Dat is een niet te onderschatten element.” Sap denkt dat zulke adviescommissies in meer situaties kunnen worden ingezet dan nu het geval is – hij noemde het werkveld van ziekenhuizen en artsen – en benadrukte dat ze vooral heel dicht bij de organisatie moeten worden gehouden. “De organisatie moet zich wel committeren aan het feit dat de zaak op die manier moet worden opgelost. Ook de verzekeraars kunnen zich daaraan committeren. De adviescommissies zijn geen Kifid of ombudsman of klokkenluider, maar misschien zijn ze wel een luis in de pels. En met een luis in de pels heb je meestal geen rechter meer nodig.”

LSA Symposion – De koe bij de hoorns gevat

Een Rotterdamse Schaal voor de toekenning van smartengeld

Siewert Lindenbergh, hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law en advocaat-generaal bij de Hoge Raad, en Marnix Hebly, universitair hoofddocent Privaatrecht aan de Erasmus School of Law, bespraken de noodzaak tot ordening van smartengeldbedragen. Met Engeland als bron van inspiratie ontwikkelen zij momenteel een Rotterdamse smartengeldschaal.

Siewert Lindenbergh, in 1998 in Leiden gepromoveerd op een proefschrift over smartengeld, beet het spits af met een overzicht van ontwikkelingen in de afgelopen decennia. Hij bracht in herinnering dat eind jaren tachtig nauwelijks nog over smartengeld werd gediscussieerd en gepubliceerd. Met inmiddels drie dissertaties, veel artikelen, spraakmakende rechtspraak en belangrijke arresten van de Hoge Raad is de situatie nu heel anders. Met betrekking tot de shockschade besprak hij het taxibusarrest, de viltzaak en het arrest Hoogeveen, “waarin de Hoge Raad ook iets ten aanzien van geestelijk letsel heeft gepreciseerd, al begrijp ik niet precies wat er nu staat”, aldus Siewert Lindenbergh. Inmiddels is er ook smartengeld voor naasten en nabestaanden en is het al tijd voor de evaluatie van de wet Affectieschade. “En wat zien we?” aldus Lindenbergh, “De strafrechter past het heel veel toe, in tientallen, misschien wel honderden zaken per jaar, maar de civiele rechter doet dat nauwelijks.” Angst voor ‘schnüffeln in Schlafzimmern’ om de hechtheid van relaties te onderzoeken speelt daar misschien een rol bij. Of broers en zussen ook een aanspraak zouden moeten hebben, is momenteel het belangrijkste discussiepunt.

Geestelijk letsel
Een andere belangrijke ontwikkeling in de afgelopen jaren, aldus Lindenbergh, betreft de aantasting in de persoon op andere wijze. “Daar hebben we duidelijkheid over gekregen in het EBI-arrest uit 2019 met een uitgebreide conclusie van advocaat-generaal Hartlief”, lichtte Lindenbergh toe. “Daarover zegt de Hoge Raad dat er twee sporen zijn. Je hebt geestelijk letsel aan de ene kant, wat dan naar objectieve maatstaven moet vast te stellen zijn. De shockschadethematiek is zo’n voorbeeld van naar objectieve maatstaven vast te stellen geestelijk letsel. Maar dat geestelijk letsel kan ook allerlei andere oorzaken hebben: burenruzies, zakelijke geschillen, van alles kan daaraan ten grondslag liggen. We hebben daar in de rechtspraak voorbeelden van. Het tweede spoor is minder medisch van aard en vooral een juridische kwestie, namelijk dat ook de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan kunnen rechtvaardigen dat er een aanspraak op smartengeld is. Een voorbeeld daarvan in de wet is de schending van eer en goede naam. Voor dat type normschending ga je meestal niet naar de dokter, maar je mag wel aannemen dat het een ernstige normschending is, die ook gevolgen zal hebben.”

Nationale folklore
Siewert Lindenbergh vervolgde met een overzicht van toegekende smartengeldbedragen, beginnend met een zaak uit 1989, een hiv-besmetting, waarin 300.000 gulden (circa 136.000 euro) werd toegewezen. “Dat was toen dik boven de top”, aldus Lindenbergh. “Advocaat-generaal Spier schreef in een noot daarbij dat ‘the sky the limit’ was, maar dat viel best mee, want het duurde bijna tien jaar voordat er opnieuw 300.000 gulden werd toegewezen en het duurde zelfs tot 2007 voordat min of meer het equivalent in euro’s werd toegewezen, namelijk 150.000 euro.” Na een letselschadedag in Groningen en een themanummer van *Verkeersrecht* waarin verschillende auteurs hun verwondering uitspraken over de tot stilstand gekomen ontwikkeling van het smartengeld, werd die stilstand ook in de rechtspraak opgemerkt. Inmiddels hebben Rechtbank Rotterdam en Rechtbank Den Haag in strafzaken verschillende keren een bedrag van 350.000 euro aan smartengeld toegewezen. Lindenbergh vergeleek de situatie in Nederland met die in Engeland en Duitsland. Toen in 1998 in Nederland een bedrag van 136.000 euro werd toegekend, zat Engeland al op een niveau van 150.000 euro en Duitsland op 250.000 euro. In 2023 waren de niveaus 350.000 euro in Nederland, 465.000 euro in Engeland en 1.000.000 euro in Duitsland. “Zijn deze verschillen te verklaren”, vroeg Lindenbergh zich af. “Je zou kunnen kijken naar sociale zekerheid, koopkracht, gedekte schade-elementen, procesfinanciering en fiscaliteit, maar daar komen we niet uit. Eigenlijk kunnen we vaststellen dat de smartengeldontwikkeling toch een soort nationale folklore is.”

Nieuwe ordening
Om die nationale folklore enige structuur te geven, denken Lindenbergh, Hebly en hun collega's in Rotterdam na over een betere ordening van de smartengeldniveaus in Nederland. Op het LSA Symposion zei Marnix Hebly te verwachten dat de Rotterdamse Schaal, zoals de nieuwe ordening is genoemd, over anderhalf jaar kan worden opgeleverd. De Engelse *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, die voor het eerst in 1992 verscheen en regelmatig (ongeveer om de twee jaar) wordt geactualiseerd, dient daarbij als voorbeeld. In deze gids worden letselcategorieën onderscheiden, met daarbij bandbreedtes ('brackets') voor bedragen en gezichtspunten voor verdere oriëntatie. De gids is niet dwingend, maar bewerkstelligt wel een sterke stroomlijning. De richtlijnen in de gids zijn op de rechtspraak gebaseerd en worden ook door het Judicial College (voorheen de Judicial Studies Board) samengesteld.

Universeel
"We willen proberen het Nederlandse huis van het smartengeld te beschrijven op de manier zoals de Engelsen dat doen", vertelde Hebly. "Dat is makkelijker gezegd dan gedaan, want we moeten wel wat vertaalslagen maken. Maar een belangrijk uitgangspunt is voor ons, dat de relatieve waardering van letsels iets universeels lijkt te hebben. Dit geldt ook voor de waardering van de ernst van de letsels. Globaal genomen kan waarschijnlijk dezelfde schaal worden toegepast. Bijvoorbeeld het verschil tussen de amputatie van een hand ten opzichte van een arm of in verhouding tot blindheid, doofheid en misschien wel verlamming, die onderlinge verhoudingen tussen letsels zouden ook voor ons leidend kunnen zijn." Toch benadrukte Hebly dat een vergelijkbaar model voor de Nederlandse situatie bottom-up vanuit de rechtspraak moet worden getrokken, "en dat is niet eenvoudig, erop gelet dat de rechters zelf ook nog zoekende zijn."