

# Een effectief rechtsm bewusteloos slachto Opmerkingen naar aanleiding van een

Prof. mr. C.C. van Dam \*

143



\* Honorair Hoogleraar Europees Privaatrecht Universiteit Utrecht; Visiting Professor King's College London; redacteur Verkeersrecht.

## 1. Inleiding

In februari 2013 besliste de Rechtbank Midden-Nederland<sup>1)</sup> dat iemand die als gevolg van een verkeersongeval in een langdurige coma was geraakt, recht had op een smartengeld van € 100.000<sup>2)</sup>. Dit vonnis is om drie redenen van belang.

In de eerste plaats geeft het een ruime toepassing aan het arrest van de Hoge Raad inzake de comateuze timmerman. Dit ambivalent geformuleerde arrest heeft aanleiding gegeven tot verschillende interpretaties in de literatuur. De rechtbank koos voor een ruime interpretatie en bracht bovendien, anders dan de Hoge Raad, het recht op smartengeld rechtstreeks in verband met het recht op menselijke waardigheid en met het gelijkheidsbeginsel.

1. Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZO813, opgenomen in deze aflevering onder nummer VR 2013/153 en op [www.smartengeld.nl](http://www.smartengeld.nl) onder nr. 1.583; zie over dit vonnis ook M.S.E. van Beurden, JA 2013/54; B.I. Bethlehem, 'Smartengeld zonder bewuste smart', *TvP* 2013, p. 55-59; R.J.P. Kottenhagen, 'Smartengeld voor een comateus slachtoffer', *L&S* 2013, p. 6-13.
2. Uitgaande van volledige aansprakelijkheid; de rechtbank ging uit van 10% eigen schuld; zie par. 8.

# Middeel voor een offer baanbrekend vonnis

**In de tweede plaats maakte de rechtbank op intelligente wijze gebruik van rechtsvergelijking om vast te stellen of voor het smartengeld een substantieel dan wel een symbolisch bedrag aangewezen was.**

**In de derde plaats kende de rechtbank aan de benadeelde een substantieel bedrag toe, hoewel het arrest van de Hoge Raad eerder voor toekenning van een symbolisch bedrag aanleiding leek te geven. Daarmee geeft het vonnis ook indirect een impuls aan het herijken van andere bedragen die bij ernstig letsel worden toegekend.<sup>3)</sup>**

## 2. Feiten

Een 16-jarige jongen betaalt een hoge prijs voor zijn kortstondige avontuur op de achterbank van een supersnelle auto. Op de Amersfoortseweg in De Bilt geldt een maximum snelheid van 80 km/u maar de bestuurder rijdt, bij hevige regenval, bijna 200 km/u. Hij verliest de macht over het stuur, de auto raakt in de middenberm drie bomen, komt tegen de vierde tot stilstand, breekt in tweeën en vat vlam. De bestuurder en een passagier komen om. De 16-jarige jongen loopt ernstig hersenletsel op en ligt sindsdien in coma. Wat hij nog voelt, weet of denkt, is ook voor deskundigen onduidelijk. De kans op herstel wordt ingeschat als verwaarloosbaar gering.<sup>4)</sup>

De jongen wordt vertegenwoordigd door zijn zus die als bewindvoerder optreedt. Zij vordert vergoeding van de door de jongen geleden materiële schade en een smartengeld van € 150.000. De WAM-verzekeraar erkent aansprakelijkheid maar wijst de smartengeldvordering af en stelt dat 20% van de materiële schade voor rekening van de jongen moet blijven omdat hij geen veiligheidsgordel droeg.<sup>5)</sup>

## 3. Arrest Hoge Raad inzake de comateuze timmerman

In het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland staat de vraag centraal of bewustzijn een voorwaarde is voor de vergoeding van immateriële schade. Naar Nederlands recht is voor de beantwoording van deze vraag het arrest van de Hoge Raad inzake de comateuze timmerman richtinggevend.<sup>6)</sup>

In dit arrest stelt de Hoge Raad voorop dat de omstandigheid dat de benadeelde gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest, op zichzelf niet voldoende is om aan te nemen dat over deze periode geen aanspraak bestaat op vergoeding van immateriële schade. De omstandigheid dat iemand gedurende enige tijd in staat van bewusteloosheid heeft verkeerd, is wel van belang bij de beantwoording van de vraag of hij nadeel heeft geleden dat voor vergoeding in aanmerking komt en bij het antwoord op de vraag hoe deze vergoeding moet worden begroot.

Dat de benadeelde gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest, zal volgens de Hoge Raad in beginsel tot het oordeel kunnen leiden dat hij ('in het algemeen en behoudens aanwijzingen van het tegendeel') wat betreft die periode geen nadeel heeft geleden in de vorm van pijn en/of verdriet. Dit sluit aan bij de Engelse benadering waar de vergoeding voor pijn en verdriet subjectief wordt beoordeeld en de vergoeding voor gederfde levensvreugde objectief.<sup>7)</sup> Dat een bewusteloos iemand in de regel geen pijn of verdriet ervaart, lijkt overigens neurologie van de koude grond. We weten daarover niet veel meer dan dat het aanneemelijk is dat een bewusteloos iemand wel pijn en wellicht ook verdriet kan ervaren maar dat niet op dezelfde manier beleeft als iemand die wel bij bewustzijn is. Het is de vraag of deze andere beleving voldoende grondslag is om elk recht op vergoeding voor pijn en verdriet te elimineren.<sup>8)</sup>

Volgens de Hoge Raad kan er wel sprake zijn geweest van gederfde levensvreugde, omdat de benadeelde in de periode van bewusteloosheid niet van zijn leven heeft kunnen genieten. Daarvan is in geobjectiveerde zin sprake als de benadeelde zich (achteraf en in zekere mate) heeft gerealiseerd dat hij gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest en niet (meer) zijn gewone leven

3. Zie over deze discussie onder meer Niels Frenk en Cees van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen. Kan de Hoge Raad er wat aan doen?', *NJB* 2012, p. 2819-2821; N. Frenk, 'De waarde van smartengeld: enkele inleidende observaties', *VR* 2013, p. 250-255; C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld', *VR* 2013, p. 256-268; A.J. Verheij, 'Twee benaderingen van vergoeding van ideële schade', *VR* 2013, p. 269-276; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later* (Deventer: Kluwer, 2008), p. 75 e.v.; S.D. Lindenbergh, 'Tranen met duiten', in S.D. Lindenbergh en T. Hartlief (red.), *Tien penne streken over persoonschade* (Den Haag: SDU, 2009), p. 148 e.v.; H.J.J. de Bosch Kemper, 'Smartengeld in perspectief', in: M. Jansen (red.), *Smartengeld* (Den Haag: ANWB, 2009), p. 6 e.v.
4. Zie over de feiten het eerste tussenvonnis in deze zaak: Rb. Utrecht 2 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9253.
5. De WAM-verzekeraar had ook betoogd dat geen verplichting tot het vergoeden van arbeidsvermogensschade bestaat wanneer geen sprake is van enig bewustzijn bij het slachtoffer. In haar eerste tussenvonnis (zie noot 4) wijst de rechtbank dit betoog af (r.o. 4.14): 'Het recht op vergoeding van materiële schade is geen hoogstpersoonlijk recht en er geldt geen bewustheids eis voor het ontstaan van een aanspraak op vergoeding van materiële schade.' Wel kan de mate van bewustzijn een rol spelen bij de vaststelling en/of begroting van de omvang van de materiële schade. Ik neem aan dat de rechtbank hiermee doelt op het vaststellen van de verdien capaciteit van de benadeelde, al lijkt mij dat het in dat opzicht niet uitmaakt of iemand half bij bewustzijn is of in het geheel niet.
6. HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (Comateuze timmerman), *VR* 2003/93.
7. Zie voor een uitvoeriger beschouwing over het Engelse recht inzake smartengeld C.C. van Dam, 'Begroting van smartengeld in Engeland', *VR* 2012, p. 11-15 en K.W.A. Kharag, 'Smartengeldpraktijk Nederland vs. Engeland', *VR* 2012, p. 174-183.
8. In HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (taxibus), *VR* 2002/91, baseerde de Hoge Raad zijn beslissing eveneens op discutabele inzichten in een medische discipline door te bepalen dat bij de vergoeding van immateriële schade in geval van het overlijden van een naaste een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het verdriet om het verlies van de naaste en anderzijds de shock van het waarnemen van het ongeval of de onmiddellijke gevolgen.

☺

## Moet benadeelde enig besef hebben gehad van zijn gederfde levensvreugde?

heeft kunnen leiden. Voor deze periode kan dus volgens de Hoge Raad sprake zijn van immaterieel nadeel waarmee bij het begroten van de schade rekening moet worden gehouden, zij het naar zijn aard slechts in de vorm van 'een zekere genoegdoening'.

De rode draad van het arrest is derhalve dat (a) vergoeding van immateriële schade niet mag worden onthouden op de enkele grond dat de benadeelde bewusteloos is; (b) deze omstandigheid wel van belang is bij de begroting van de schade; (c) het te vergoeden nadeel het verlies van levensvreugde is dat objectief moet worden vastgesteld; (d) als indicatie voor de begroting geldt dat het hier naar zijn aard slechts gaat om een zekere genoegdoening.

Deze rode draad is nogal gerafeld, omdat omstreken is of de Hoge Raad bedoeld heeft dat de benadeelde zich zijn verlies van levensvreugde (achteraf) heeft moeten realiseren of niet. In die zaak verkeerde de timmerman na een coma in een soporuze toestand waarvan aannemelijk werd geacht dat hij enig besef had van wat hem was overkomen. Dat leidde bij diverse auteurs tot de conclusie dat voor het toekennen van smartengeld vereist is dat de benadeelde enig besef heeft (gehad) van de situatie waarin hij verkeert of verkeerde.<sup>9)</sup> Hier tegenover staan schrijvers die uit andere, ongeclausuleerde, overwegingen afleiden dat bewusteloosheid geen belemmering is voor de vergoeding van smartengeld en dat een andere opvatting in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid.<sup>10)</sup>

Het geeft te denken dat de uitleg van een arrest zoveel verdeeldheid in de literatuur zaait. Maar het omgekeerde geldt ook: verdeeldheid in de literatuur over de wenselijkheid van smartengeld voor bewustelozen wordt gereflecteerd in de Kazernestraat. Het valt niet uit te sluiten dat uiteenlopende visies binnen de civiele kamer in het arrest zijn vermalen tot de orakelachtige bewoordingen van een compromis. Illustratief is ook dat het arrest afwijkt van de conclusie van de AG Spier die voor de toekenning van smartengeld niet alleen bewustzijn als voorwaarde stelde maar ook dat het geld zou moeten worden besteed aan maatregelen die kunnen leiden tot verlichting van de toestand van het slachtoffer.

In een dergelijke situatie heeft de lagere rechtspraak vanzelfsprekend grote vrijheid om het arrest te interpreteren zoals het haar goedgevalt en daarbij mede rekening te houden met latere ontwikkelingen op het gebied van het schadevergoedingsrecht. Dat is precies wat de rechtbank hier lijkt te hebben gedaan.

## 4. Vonnis Rechtbank

De rechtbank begint met enkele zelfstandige algemene overwegingen over de vergoeding van immateriële schade, die niet direct verwijzen naar het arrest van de Hoge Raad. Hierin zijn drie kernpunten te onderscheiden. In de eerste plaats over-

weegt de rechtbank dat het aansprakelijkheidsrecht in de kern tot doel heeft het handhaven van een aanspraak van een benadeelde partij met als uitgangspunt het verschaffen van volledige schadevergoeding.

Ten tweede wijst de rechtbank er op dat de compensatie van immateriële schade abstract wordt vastgesteld, omdat voor de vaststelling en begroting niet van belang is hoe de benadeelde het geld zal besteden.<sup>11)</sup> Daarom is ook de mate waarin het slachtoffer vreugde beleeft aan het smartengeld doorgaans niet relevant.

Ten derde overweegt de rechtbank dat het bij de genoegdoeningsfunctie onder meer gaat om de afkeuring en veroordeling van het gedrag van de aansprakelijke partij (de zwaarte van de schuld) en dat deze functie ook zinvol is indien de benadeelde vanwege het verlies van bewustzijn geen navolbaar (rechts)gevoel (meer) heeft.<sup>12)</sup> Bovendien, aldus de rechtbank, is het in strijd met de menselijke waardigheid en met het gelijkheidsbeginsel om een onderscheid te maken tussen slachtoffers die zich van het verlies (volledig) bewust zijn, en slachtoffers bij wie dat niet het geval is, in het bijzonder indien dat gebrek aan besef een gevolg is van de gebeurtenis waar de aansprakelijkheid op is gebaseerd.<sup>13)</sup>

Volgens de rechtbank leidt het coma-arrest niet tot een andere conclusie en kan hieruit niet worden afgeleid dat in het algemeen enige mate van besef van gederfde levensvreugde vereist is om voor vergoeding van smartengeld in aanmerking te komen. De rechtbank past daarom een objectieve benadering toe ook indien de benadeelde zich niet, althans niet aantoonbaar, realiseert dat hem letsel of leed is toegebracht.

Ten aanzien van de begroting van de schade houdt de rechtbank wel rekening met de mate van bewusteloosheid. Op grond van een deskundigenverklaring stelt de rechtbank vast dat de benadeelde de mogelijkheid heeft om emoties en pijn te ervaren, aangename en onaangename ervaringen te hebben zonder die te kunnen plaatsen en in psychische zin te lijden. Uit de deskundigenverklaring blijkt niet dat de benadeelde beseft wat hem is overkomen. Deze conditie staat bekend als een bewustzijn-PLUS status. De rechtbank concludeerde dat de door de deskundige vastgestelde objectieve factoren betreffende de medische realiteit waarin het slachtoffer verkeert rechtvaardigen dat het slachtoffer in objectieve zin levensvreugde derft (r.o. 4.25).

Het is niet helemaal duidelijk wat de rechtbank hier precies bedoelt te zeggen. Voor het in objectieve zin derven van levensvreugde is immers geen bewustzijn vereist. Wellicht bedoelt de rechtbank dat het minimale bewustzijn een verhogend effect heeft of kan hebben op het smartengeld. Of dat zo is, valt het echter niet uit het vonnis af te leiden. De mate van bewustzijn zou wel van belang kunnen zijn bij de vergoeding voor pijn en verdriet die volgens de Hoge Raad subjectief moet worden beoor-

9. Zie in deze of soortgelijke zin C.J.M. Stolker, 'Smartengeld: willen we niet veel te veel?', *RM Themis* 2003, p. 307-309; T. Hartlief, 'Smartengeld bij bewusteloosheid', *WPNR* 6519 (2003), p. 111-112; G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, diss. Leiden (Kluwer: Deventer, 2009), p. 156; C.J.M. Klaassen, 'Wat niet weet, wat niet deert? Of toch wel een beetje?', in: T. Hartlief en S.D. Lindenberg (red.), *Tien penne streken over personenschade* (SDU: Den Haag, 2009), p. 127-145.
10. Zie in deze of soortgelijke zin R.P.J.L. Tjittes, 'Op de bres voor erkenningsgeld', *RM Themis* 2003, p. 309-310; R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen', *NTBR* 2003, p. 49-55; R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen', in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed* (Den Haag: Boom, 2003), p. 161 e.v.; S.D. Lindenberg, *Smartengeld 10 jaar later* (Deventer: Kluwer, 2008), p. 25; R.J.P. Kottenhagen, 'Vergoeding van smartengeld voor comateuze slachtoffers', *TVP* 2003, p. 20-24.
11. HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druifff/Bouw), *VR* 2001/9.
12. Dit is een nogal brede uitleg van het coma-arrest van de Hoge Raad die had overwogen dat de rechter bij de begroting van immateriële schade ook rekening moet houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde. Deze genoegdoeningsfunctie leek echter geen rol te kunnen spelen, omdat de Hoge Raad haar subjectief formuleerde en een bewusteloze vermoedelijk niet in zijn rechtsgevoel kan worden aangetast.
13. Dit is een positieve uitleg van een nogal negatief geformuleerde overweging van de Hoge Raad (r.o. 3.7.4).

deeld, maar dat deze overweging een rol heeft gespeeld kan evenmin uit het vonnis worden opgemaakt.

De rechtbank neemt bij de begroting voorts alle aspecten in ogenschouw die volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad in aanmerking moeten worden genomen.<sup>14</sup> Ten aanzien van de aard van de aansprakelijkheid overweegt zij dat de bestuurder van het motorrijtuig extreem gevaarlijk en roekeloos heeft gereden en dat het aan hem te maken verwijt zeer aanzienlijk is. Daarnaast is de aard van het letsel zeer ernstig en neemt de rechtbank ook de jeugdige leeftijd van het slachtoffer in aanmerking.

De consequentie van deze overwegingen van de rechtbank, namelijk hoeveel smartengeld in dit geval moet worden toegekend, blijft echter steken in het gebrek aan vergelijkbare gevallen. Een vergelijking met andersoortige ernstige letsels acht de rechtbank niet goed mogelijk (r.o. 4.28).

Bij gebrek aan vergelijkbare gevallen oriënteert de rechtbank zich op uitspraken in het buitenland. De centrale – en tevens beperkte – vraag hierbij is of aan comateuze slachtoffers een substantieel of een symbolisch bedrag wordt toegekend. De rechtbank baseert zich op een beperkt onderzoek, in de eerste plaats omdat partijen zich niet over dit punt hebben uitgelaten en ten tweede om de zaak niet verder te vertragen. Zij beperkt zich tot een verwijzing naar de Engelse Guidelines die voor de ernstigste gevallen van hersenletsel een bandbreedte van £185,000 (€ 222.000) en £265,000 (€ 318.000) aangeven en naar Duitse rechtspraak waaruit blijkt dat bij comateuze slachtoffers een vergoeding wordt toegekend die varieert van € 150.000 tot € 350.000. De rechtbank leidt hieruit af dat in Groot-Brittannië en Duitsland aan comateuze slachtoffers substantiële bedragen worden toegekend die ook binnen de totale reikwijdte van smartengeldbedragen in de hoogste categorieën lijken te vallen. Hoewel het algemene niveau van het smartengeld in deze landen niet zonder meer vergelijkbaar is met dat in Nederland, vindt de rechtbank in deze oriëntatie wel steun voor haar oordeel dat voor letsel als het onderhavige een substantiële smartengeldvergoeding billijk is. Gelet op al deze omstandigheden begroot de rechtbank bij wijze van eindbeslissing het smartengeld op € 100.000 indien wordt uitgegaan van volledige aansprakelijkheid.<sup>15</sup>

De overwegingen van de rechtbank lijken sterk te zijn geïnspireerd door het proefschrift van Verheij. Hij kwam tot de conclusie dat in Frankrijk, Duitsland en Engeland bewustzijn geen voorwaarde is voor het toekennen van smartengeld en dat in elk van deze drie landen een substantieel en niet een symbolisch bedrag wordt toegekend.<sup>16</sup> Door het begrip immateriële schade te objectiveren bleef de toekenning van smartengeld in deze landen formeel gebaseerd op de compensatiefunctie. Verheij betoogt dat deze lippendienst beter kan worden ingeruild voor het erkennen van de rechtshandhavingfunctie van het smartengeld. Deze houdt in dat het privaatrecht in staat moet zijn om te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht:

zonder actie geen recht.<sup>17</sup> Het vonnis van de rechtbank voegt de daad bij het woord van Verheij.

## 5. Rechtsvergelijking

Het rechtsvergelijkende onderzoek van de rechtbank was beperkt; het was slechts een globale oriëntatie, maar gezien de vraagstelling (substantieel of symbolisch smartengeld) was dit verantwoord. Partijen hadden buitenlandse uitspraken weliswaar niet in hun stellingen betrokken, maar zij hadden wel uitvoerig gedebatteerd over de hoogte van het smartengeld. Bovendien baseerde de rechtbank haar oordeel niet op het rechtsvergelijkende onderzoek, maar zocht zij daarin slechts steun voor haar oordeel. Met andere woorden: het rechtsvergelijkende argument was niet beslissend maar ondersteunend en een partijdebat zou hier weinig hebben toegevoegd. Hierbij komt dat de rechtbank met partijen afspraken had gemaakt over de snelheid van de gedingvoering. Met het oog daarop wilde zij geen verdere vertraging veroorzaken met een meer diepgravend onderzoek naar de buitenlandse rechtspraak. Dat valt goed te begrijpen nu het eerste tussenvonnissen bijna drie jaar oud was.

In de AMC-zaak uit 1992 heeft de Hoge Raad het gebruik van rechtsvergelijking door de Nederlandse rechter toegestaan. In deze zaak ging het om een patiënt die door een fout bij een bloedtransfusie besmet was geraakt met het hiv-virus. Het Hof had overwogen dat het voor de hand lag om bij de hoogte van het smartengeld acht te slaan op 'hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt'. Ten aanzien van dit laatste oriënteerde het Hof zich op een publicatie van mijn hand waaruit bleek dat de hoogste toegekende bedragen wegens immateriële schade in de meeste van de ons omringende landen (aanmerkelijk) hoger lagen dan in Nederland.<sup>18</sup> Op grond hiervan verwierp het Hof het betoog van het AMC dat er een bovengrens bestond van f 100.000 tot f 150.000<sup>19</sup> en achtte het voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de vordering van eiser van f 300.000 (iets meer dan € 136.000) zou toewijzen.

In cassatie bestreed het AMC onder meer het gebruik van rechtsvergelijking. De Hoge Raad overwoog echter:

**'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.'**<sup>20</sup>

De overweging van de Hoge Raad zou eng kunnen worden geïnterpreteerd als: 'Als u rechtsvergelijking leuk vindt, kunt u gerust uw gang gaan maar wij vinden het niet erg belangrijk.' Ik ga er echter vanuit dat de Hoge Raad duidelijk wilde maken dat de rechter in het buitenland toegekende bedragen niet als het enige argument voor een hoger smartengeld mag gebruiken. Hij moet ook andere argu-



**Het vonnis van de rechtbank voegt de daad bij het woord van Verheij.**



14. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O.), VR 1992/133; HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druiff/Bouw); HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (Comateuze timmerman).
15. Zie over de hoogte van dit bedrag par. 6 en over eigen schuld par. 8.
16. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU Amsterdam (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002), nrs 69, 76 en 79.
17. *Ibid.*, nr. 361.
18. C.C. van Dam, *A survey of the settlements concerning the compensation for immaterial damage in the EC* ('s-Gravenhage/Utrecht: Consumentenbond/Molengraaff Instituut, 1990). Voor Nederland gold destijds een maximum bedrag van 109.000 ecu (f 250.000). Voor Frankrijk was dit 73.000 ecu, voor België 119.000 ecu, voor het Verenigd Koninkrijk 135.000 ecu en voor Duitsland 244.000 ecu. Ook in Italië en Spanje golden bedragen van ruim boven de 200.000 ecu.
19. Hof Amsterdam 27 juni 1991, r.o. 4.9-4.11, te kennen uit HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O.).
20. In gelijke zin HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druiff/Bouw).

⑦ . . . . .

**Moet het toe-  
gekende bedrag  
symbolisch of  
substantieel zijn?**

. . . . . ②

menten aanvoeren die gebaseerd zijn op de gezichtspunten in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland is een voorbeeldig voorbeeld van intelligent gebruik van rechtsvergelijking indien het nationale recht lacunes of onduidelijkheden bevat. De rechtbank laat zich niet verleiden tot knip- en plakwerk maar zoekt een antwoord op de vraag of het toegekende bedrag symbolisch of substantieel moet zijn. Het antwoord daarop wordt vervolgens toegesneden op de Nederlandse situatie waar de hoogste smartengeldbedragen lager liggen dan in Groot-Brittannië en Duitsland. Een benadering die geheel in lijn is met wat de Engelse Law Lord Bingham<sup>21)</sup> opmerkte in Fairchild:

‘Development of the law in this country cannot of course depend on a head-count of decisions and codes adopted in other countries around the world, often against a background of different rules and traditions. The law must be developed coherently, in accordance with principle, so as to serve, even-handedly, the ends of justice.’<sup>22)</sup>

## 6. Fundamentele rechten

Gezien de hoogte van het door de rechtbank toegekende bedrag, kan worden vermoed dat zij niet alleen heeft gedacht aan ‘verlies van levensvreugde’ als grondslag voor het smartengeld, maar ook aan meer fundamentele waarden. Zo overwoog zij uitdrukkelijk dat een onderscheid tussen bewusteloze en niet bewusteloze slachtoffers in strijd is met de menselijke waardigheid en het gelijkheidsbeginsel. Daarmee haalt de rechtbank fundamentele rechten binnen bij de beoordeling van schadevergoeding in het algemeen en de vergoeding van immateriële schade voor bewustelozen in het bijzonder.<sup>23)</sup> In het arrest van de comateuze timmerman was de Hoge Raad op dit punt aanzienlijk terughoudender door te overwegen dat het respect voor de menselijke waardigheid en het recht op integriteit van de persoon meebrengt dat iemand geen aanspraak op vergoeding mag worden onthouden wegens het enkele feit dat hij bewusteloos is. Positief principiële is anders.<sup>24)</sup>

De benadering van de rechtbank ligt dicht aan tegen die van het Duitse Bundesgerichtshof. Duitsland kent aan smartengeld dezelfde functies toe (compensatie en genoegdoening) als Nederland, maar de Duitse uitleg van deze functies is geheel anders. Tot 1992 was het Bundesgerichtshof (BGH) van oordeel dat de genoegdoenings- en compensatiefuncties bij bewusteloze slachtoffers geen rol konden spelen en dat smartengeld slechts kon dienen als een vorm van symbolische verzoening.<sup>25)</sup> De bedragen lagen doorgaans rond de 20.000 DM (€ 10.000). In 1992 wijzigde het BGH zijn koers echter fundamenteel door te overwegen dat bewusteloosheid in feite een vernietiging van de persoonlijkheid betekent en dat deze zwaarste vorm van gezondheidsschade door middel van smartengeld

volledig moet worden vergoed. Het BGH verwees hiervoor naar het recht op menselijke waardigheid en het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid (art. 1 en 2 Grundgesetz). Op deze gronden beschouwde het BGH gezondheidsschade waarbij ontplooiing van de persoonlijkheid in het geheel niet meer mogelijk is als bijzonder zwaarwegend en oordeelde dat dit niet alleen tot volledige vergoeding moest leiden, maar ook een verhogend effect op het smartengeld diende te hebben.<sup>26)</sup> Deze principiële uitspraak had niet alleen een opwaarts effect op het smartengeld voor bewusteloze slachtoffers maar ook op smartengeld voor andere ernstige letsels.

In Nederland ligt de focus van de smartengelddiscussie grotendeels op de vergoeding van schade. Wat daarbij veelal uit het oog wordt verloren is dat deze schade voortvloeit uit de inbreuk op een recht en bij personenschade per definitie uit de inbreuk op een fundamenteel recht, namelijk het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit.<sup>27)</sup> Het aansprakelijkheidsrecht dient voor deze rechtsinbreuken een effectief rechtsmiddel te verschaffen, een rechtsmiddel dat niet alleen de feitelijke schade maar ook de ernst van de rechtsinbreuk reflecteert. Aldus verstaan gaat het bij de vergoeding van immateriële schade om onrechtcompensatie. Wie smartengeld aldus beschouwt als een remedie voor de schending van een fundamenteel recht, begrijpt ook dat deze remedie niet effectief is als alleen wordt gekeken naar de door de benadeelde subjectief geleden schade. Onrecht is meer dan de optelsom van schadeposten en de remedie kan daar dus ook bovenuit gaan als deze effectief moet zijn. Een benadeelde die ernstig gewond is geraakt, wordt daar per definitie niet beter van dan hij of zij was. Het gaat hier niet om punitieve elementen in de schadevergoeding of om vergelding van het onrecht jegens de veroorzaker maar om compensatie van het ondervonden onrecht wegens de inbreuk op een fundamenteel recht.

Smartengeld heeft een connotatie die al snel in de richting van zieligheid gaat: je krijgt geld toegestopt omdat je als gevolg van een ongeval zielig bent geworden. En als je er niks van merkt dat je zielig bent, krijg je dus ook niks. Dit wordt versterkt door het wettelijk vereiste dat de omvang van het smartengeld naar billijkheid moet worden vastgesteld. Dat klinkt toch anders dan dat de hoogte van het smartengeld angemessen (redelijk) moet zijn (Duitsland) of fair, just and reasonable (Engeland).

Bij het vaststellen van de hoogte van het smartengeld overweegt de rechtbank dat er in het Nederlandse recht geen vergelijkbare gevallen te vinden zijn.<sup>28)</sup> Er is sprake van zeer ernstig letsel maar als het gaat om het objectieve verlies aan levensvreugde acht de rechtbank een vergelijking met andere zeer ernstige letsels niet mogelijk. De enige leidraad voor de rechtbank om € 100.000 toe te wijzen, lag dus in de ernst van het letsel. De rechtbank heeft natuurlijk gelijk dat het onbegonnen werk is om het objectieve verlies aan levensvreugde van het slachtoffer in deze zaak te vergelijken met dat bij andere zeer ernstige letsels.

21. Zie ook C.C. van Dam, *Lord Bingham of Cornhill (1933-2010)*, NIB 2010, p. 2701-2702.
22. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others* [2002] 3 All ER 305, 334.
23. Hier kan in het bijzonder worden gedacht aan de positieve verplichtingen die de Staat heeft op grond van, onder andere, art. 2 en 3 EVRM. Zie over de horizontale effecten (op verhoudingen tussen burgers onderling) van deze positieve verplichtingen C.C. van Dam, ‘Het EVRM en de aansprakelijkheid van private partijen’ in: A. Dijkstra, B.F. Keulen en G. Knigge (red.), *Het Roer Recht. Liber Amicorum Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra* (Zutphen: Uitgeverij Paris, 2013), p. 67-79.
24. HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (Comateuze timmerman).
25. Dit is vergelijkbaar met wat de Hoge Raad in het coma-arrest formuleert als ‘een zekere genoegdoening’.
26. BGH 13 oktober 1992, NJW 1993/781; zie ook BGH 16 februari 1993, NJW 1993/1531. In Duitsland worden aansprakelijkheidsrecht en fundamentele rechten regelmatig met elkaar in verband gebracht: Zie bijvoorbeeld BGH 25 mei 1954, BGHZ 13, 334, 338 = NJW 1954/1404 = JZ 1954/698 (*Dr Schacht*); zie Cees van Dam, *European Tort Law*, 2e druk (Oxford: Oxford University Press, 2013), nr. 706-2.
27. Zie hierover in bredere zin A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU Amsterdam (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002), waarin hij de rechtshandhavingsfunctie van de smartengeldvergoeding centraal zet. Zie ook A.J. Verheij, ‘Twee benaderingen van vergoeding van ideële schade’, VR 2013, p. 269-276.
28. De enige mij bekende uitspraak, waar ook Kottenhagen, L&S 2013, p. 8, op wijst, is Rb. Den Haag 31 januari 1968, NJ 1968/421, waarin de smartengeldvordering werd afgewezen van iemand die na een ongeval tot aan zijn overlijden (zeven maanden) in coma was gebleven, omdat er geen met geld goed te maken leed of derving van levensvreugde was geweest.
29. HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (Comateuze timmerman).

De kern van het probleem is hier dat de Hoge Raad in het arrest van de comateuze timmerman een niet te hanteren maatstaf heeft aangereikt door te overwegen dat de consequentie van bewusteloosheid is dat de benadeelde niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn leven te genieten.<sup>29)</sup> Dit is op zichzelf natuurlijk niet onjuist, maar raakt niet het wezenlijke punt dat in geval van bewusteloosheid iemands fundamentele rechten zijn aangetast, in het bijzonder diens recht op menselijke waardigheid, op integriteit en op vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid.<sup>30)</sup>

Hiervan uitgaande verdient het de voorkeur om niet te kijken naar de aard maar naar de ernst van het letsel en met name naar de hieruit voortvloeiende objectieve beperkingen. Door aldus de nadruk te leggen op het aangedane onrecht, kan worden beoordeeld of het smartengeld zoals de rechtbank dat heeft toegekend enigszins consistent is met bedragen die in andere gevallen van zeer ernstig letsel worden toegekend.

Het door de rechtbank toegekende bedrag ligt aan de onderkant van bedragen die worden toegekend aan slachtoffers met ernstig hersenletsel (€ 95.000 tot € 178.000)<sup>31)</sup> en aan slachtoffers met een dwarslaesie (€ 98.000 tot € 126.000).<sup>32)</sup> Beide soorten letsel veroorzaken zeer ernstige beperkingen in het dagelijkse functioneren en in het ontplooiën van de persoonlijkheid. Deze beperkingen gelden a fortiori voor iemand die in coma verkeert. Dat de rechtbank volledige bewusteloosheid feitelijk als minstens zo ernstig inschaalt als een dwarslaesie lijkt mij vanuit een 'onrechtsperspectief' consistent. Op deze manier wordt ook recht gedaan aan het vereiste dat het bij het smartengeld gaat om een vergoeding voor de 'aantasting in de persoon'. Een wezenlijk aspect van deze aantasting wordt gevormd door beperkingen in het dagelijks functioneren en in iemands ontplooiingsmogelijkheden. In deze benadering zou het ook zeer wel verdedigbaar zijn geweest om te kiezen voor een bedrag dat dichterbij de eis van € 150.000 zou hebben gelegen. Dat laat onverlet dat de rechtbank een grote principiële stap heeft gezet door geen symbolisch maar een substantieel bedrag toe te wijzen.<sup>33)</sup>

## 7. Overgang smartengeldvordering (art. 6:106 lid 2 BW)

In de zaak voor de Rechtbank Midden-Nederland was het slachtoffer nog in leven en kon de bewindvoerder de smartengeldvordering in het belang van de benadeelde indienen. De comateuze timmerman was daarentegen overleden zonder volledig bij kennis te zijn gekomen en had daarom zijn aanspraak op smartengeld niet aan de aansprakelijke persoon kunnen mededelen. In casu was beslist dat de echtgenote deze mededeling kon doen op grond van zaakwaarneming.

Art. 6:106 lid 2 bepaalt dat het recht op vergoeding van immateriële schade niet vatbaar is voor overgang op de erfgenamen, tenzij het bij overeen-

komst 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 meegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken. Deze regel is in de parlementaire geschiedenis verklaard met het argument dat het hier gaat om een hoogstpersoonlijke vordering van de benadeelde.<sup>34)</sup> Voorts wilde de wetgever voorkomen dat een verkapt recht op smartengeld voor nabestaanden zou ontstaan als de vordering van de overledene zonder beperkingen op de nabestaanden zou overgaan.<sup>35)</sup>

In Duitsland gold op grond van § 847 lid 1, tweede zin, BGB een soortgelijke bepaling maar die is in 1990 na aanhoudende kritiek in de literatuur door de wetgever geschrapt. De correctie op de vrije vererving van de smartengeldvordering ligt sindsdien geheel waar die hoort te liggen, namelijk bij de hoogte van het toegekende smartengeld. Deze hoogte hangt af van het tijdsverloop tussen het ongeval en het overlijden: bij onmiddellijk overlijden bestaat geen recht op smartengeld.

In vergelijking met de oude Duitse regel is art. 6:106 lid 2 flexibeler maar de gedachte achter het stellen van extra voorwaarden aan de overgang van de vordering is niet langer overtuigend en de voordelen hiervan wegen niet op tegen de onsmakelijke race tegen de klok die art. 6:106 lid 2 vereist, in het bijzonder niet in een periode waarin juridische procedures het laatste zijn waaraan slachtoffer en de familie willen denken. In de praktijk wordt nog wel eens een oplossing gevonden in de figuur van de zaakwaarneming of in de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.<sup>36)</sup> Maar deze mogelijkheden lossen de kern van het probleem niet op en daarom dient art. 6:106 lid 2 te worden geschrapt.<sup>37)</sup> Anders wordt het rechtsmiddel van de vergoeding van immateriële schade in dit soort gevallen van zijn effectiviteit beroofd.<sup>38)</sup>

Een inconsequentie van het toekennen van smartengeld aan bewustelozen is dat er geen recht op smartengeld bestaat indien iemand (vrijwel) onmiddellijk na het ongeval komt te overlijden, terwijl dat toch kan worden beschouwd als een ernstiger inbreuk op iemands persoonlijkheid dan bewusteloosheid. Tjittes heeft in dit verband betoogd dat het enige tijd als mens voortleven zonder of met verminderd bewustzijn een grotere aantasting van de menselijke waardigheid is dan de onmiddellijke dood<sup>39)</sup>, maar het blijft toch lastig kiezen tussen wat erger is. Bovendien kan het recht op menselijke waardigheid nu eenmaal slechts worden geschonden bij iemands leven. Met zijn overlijden is zijn recht op leven geschonden en is alleen zijn nagedachtenis nog een te beschermen goed (vgl. art. 6:106 lid 1 sub c). Een betere verklaring voor de hierboven genoemde inconsequentie is dat zij is ingebakken in het aansprakelijkheidsrecht, dat traditioneel en in vrijwel alle landen het recht op leven veel minder beschermt dan het recht op lichamelijke integriteit. Dat is uiteraard geen argument om het recht op lichamelijke integriteit daarom ook maar wat minder te beschermen.



## Onsmakelijke race tegen de klok van art. 6:106 lid 2.



30. Zie mijn bijdrage 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', VR 2013, p. 256-268, in het bijzonder p. 264.
31. M. Donkerlo en M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld* (Den Haag: ANWB, 2012), nrs 248-255.
32. M. Donkerlo en M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld* (Den Haag: ANWB, 2012), nrs 374-383.
33. Hier valt een parallel te trekken met de door Th.L. van der Veen ontwikkelde smartengeldpiramide. Deze piramide geeft een indeling in zeven categorieën: gering, licht, matig, ernstig, zwaar, zeer zwaar en uitzonderlijk zwaar letsel, waarbij vooral de beperkingen die uit het letsel voortvloeien een belangrijke rol spelen: zie M. Donkerlo en M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld* (Den Haag: ANWB, 2012), p. 17.
34. De gedachte dat alleen de benadeelde over dit recht kan beschikken, dateert uit een tijd dat de vergoeding van immateriële schade als een uitzondering werd beschouwd. Thans vormt zij een belangrijk aspect van het effectieve rechtsmiddel voor het goedmaken van aangedaan onrecht; zie par. 6.
35. Parl. Gesch. Boek 6, p. 381.
36. Zie ook Rb. Rotterdam 29 april 1999, *JOR* 1999/134 en Hof Arnhem 24 juni 1997 en 14 december 1999, *NJ* 2000/742.
37. C.C. van Dam, 'De vererving van de smartengeldvordering: op het raakvlak van aansprakelijkheidsrecht en erfrecht', in: *Liber amicorum NBW. Opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. de Die* (Gouda Quint: Arnhem, 1991), p. 90-91. Zie in deze zin ook R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen', *NTBR* 2003, p. 53-55; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later* (Deventer: Kluwer, 2008), p. 80 e.v.
38. De Hoge Raad stelt aan de inhoud van de mededeling aan de aansprakelijke persoon geen hoge eisen: HR 3 februari 2006, *NJ* 2006/121 (Ruijendaal/St. Paul), VR 2006/77.
39. R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen', *NTBR* 2003, p. 52.

## 8. Eigen schuld

Ten aanzien van de eigen schuld acht de rechtbank op grond van getuigenverklaringen voorshands bewezen dat het slachtoffer tijdens het ongeval geen autogordel droeg en laat de bewindvoester toe tot het leveren van tegenbewijs. Vooruitlopend daarop overweegt de rechtbank dat als er van wordt uitgegaan dat het slachtoffer geen gordel droeg, er alleen sprake is van eigen schuld indien (a) het niet dragen van de gordel heeft bijgedragen aan het letsel van het slachtoffer en (b) de billijkheid vanwege de uiteenlopende ernst van de fouten en andere omstandigheden van het geval niet eist dat de WAM-verzekeraar volledig aansprakelijk is voor het letsel van het slachtoffer.

Ten aanzien van het eerste wordt de bewindvoester in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren van haar stelling dat door het extreem gevaarlijke en roekeloze rijgedrag van de bestuurder en de hoge snelheid waarmee de botsing plaats vond, het eventuele feit dat het slachtoffer geen autogordel droeg, niet in relevante mate heeft bijgedragen aan zijn letsel.

Voor het geval de bewindvoester niet slaagt in dit bewijs, overweegt de rechtbank dat het niet dragen van een autogordel in het algemeen leidt tot een verdeling van de aansprakelijkheid van (ongeveer) 25% voor de benadeelde en (ongeveer) 75% voor de aansprakelijke persoon. Gezien de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten (in het bijzonder het extreem gevaarlijke en roekeloze rijden van de bestuurder en het feit dat het slachtoffer de bestuurder en zijn voorliefde voor racen, ook op de openbare weg, niet kende) overweegt de rechtbank dat haar eindbeslissing op dit punt, indien geen tegenbewijs wordt geleverd, zal zijn dat de billijkheid een verdeling vereist van 90% voor de WAM-verzekeraar en 10% voor het slachtoffer.

Eerlijk gezegd vind ik dat de WAM-verzekeraar hier goed mee wekomt. Kan een bestuurder die met bijna 200 km/u bij hevige regenval over een weg rijdt waar een maximum snelheid van 80 km/u geldt werkelijk met droge ogen beweren dat een inzittende die als gevolg van het ongeval levenslang in coma raakt eigen schuld heeft wegens het niet dragen van een veiligheidsgordel? Het rijgedrag van de bestuurder ligt qua verwijtbaarheid op hetzelfde niveau als opzet waar een beroep op eigen schuld in het algemeen niet aanvaardbaar wordt geacht. Het zou zeer wel verdedigbaar zijn geweest als de rechtbank had geconcludeerd dat de fout van het 16-jarige slachtoffer in het niet viel bij die van de bestuurder.

## 9. Conclusie

De rechtbank geeft in een goed en breed gemotiveerd vonnis aan hoe het in diverse opzichten ongelukkig geformuleerde coma-arrest van de Hoge Raad kan worden toegepast in gevallen waarin het slachtoffer als gevolg van een ongeval in een coma raakt, ongeacht of hij daar later weer (enigszins) uit ontwaakt.

De rechtbank plaatst haar uitspraak niet alleen in een rechtsvergelijkend kader door op basis van buitenlandse rechtspraak te bepalen of een symbolisch dan wel een substantieel smartengeldbedrag moet worden toegekend. Zij plaatst haar uitspraak ook in een fundamenteel rechtelijk kader door het recht op menselijke waardigheid en het gelijkheidsbeginsel als leidraad te nemen. Aan deze benadering zou de Hoge Raad een voorbeeld kunnen nemen als een dergelijke zaak te gelegener tijd aan de cassatierechter wordt voorgelegd. Dan zal de Hoge Raad de bakens moeten verzetten, want bij het smartengeld gaat het toch echt om iets fundamenteels dan om wat hij noemde 'een vergoeding voor het ontbreken van de mogelijkheid om van het leven te genieten'. Ernstig letsel betekent een ernstige inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit, op menselijke waardigheid en op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid. In dat perspectief is een smartengeld een vorm van onrechtcompensatie en is € 100.000 bepaald niet te veel voor een vernietigde persoonlijkheid.

Partijen in de Utrechtse zaak zijn niet in beroep gegaan tegen het vonnis van de rechtbank. Dat is goed, omdat de zaak zich al veel te lang voortsleepte. Daarmee krijgt de Hoge Raad niet de kans om zich over dit onderwerp uit te spreken maar dat illustreert eens te meer dat het zwaartepunt van de rechtsontwikkeling op het gebied van smartengeld in de eerste plaats bij de feitenrechter ligt.<sup>40)</sup>

“ ..  
**De rechtbank heeft het recht op menselijke waardigheid en het gelijkheidsbeginsel als leidraad genomen.**

.. ”

40. Zie over de onderscheiden verantwoordelijkheden van de actoren in het smartengeldveld C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld', VR 2013, p. 267-268.