

# Begroting van immateriële schade: over de betekenis van de duur van het lijden bij blijvend en bij dodelijk letsel

*Mr. dr. M. R. Hebly* \*

## 1. Inleiding

Deze bijdrage handelt over de betekenis van de duur van het lijden bij begroting van immateriële schade in verband met blijvend en wegens dodelijk letsel. Volgens de Hoge Raad is de duur van het lijden een omstandigheid die de rechter bij de begroting van het smartengeld in het bijzonder dient mee te wegen, maar in de literatuur wordt opgemerkt dat de betekenis van deze factor niet steeds duidelijk is. Deze bijdrage beoogt op dit punt de stand van zaken in de rechtspraak en in de Nederlandstalige literatuur weer te geven en een nadere analyse te bieden van de betekenis van deze factor.

In paragraaf 2 wordt eerst uiteengezet aan de hand van welke factoren de (feiten)rechter de vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade in verband met letsel moet vaststellen, waarna het duurschadekarakter van de immateriële schade wegens letsel wordt geanalyseerd. Vervolgens worden twee gedachtelijnen nader uitgewerkt. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de ‘klassieke’ benadering, volgens welke jonge slachtoffers met blijvend letsel meer smartengeld krijgen omdat zij (naar verwachting) gedurende een langere periode hinder zullen ondervinden van blijvend letsel. Paragraaf 4 staat in het teken van het overlijden van het slachtoffer, dat de lijdensduur ‘beperkt’. Alvorens tot een afronding te komen, wordt in paragraaf 5 kort ingegaan op de betekenis van de lijdensduur volgens alternatieve, meer gestandaardiseerde benaderingen van vaststelling van smartengeld.

## 2. De lijdensduur als factor

### 2.1 Begroting van immateriële schade wegens letsel

Wanneer iemand letsel oploopt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, heeft diegene onder omstandigheden aanspraak op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.

Artikel 6:106 sub b Burgerlijk Wetboek (BW) noemt expliciet het oplopen van lichamelijk letsel; geestelijk letsel kwalificeert onder omstandigheden als persoonsaantasting op andere wijze. Aan de vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade komt in de sfeer van de letselschade in ieder geval een tweeledige functie toe: zij heeft een zekere compensatiefunctie en kan ook bijdragen aan genoegdoening.<sup>1</sup> De vergoeding van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, wordt krachtens artikel 6:106 BW vastgesteld naar billijkheid. Bij de waardering is de feitenrechter volgens de Hoge Raad in hoge mate vrij, zo volgt uit het arrest Druiff/Bouw:

‘De begroting van deze schade is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Zij is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst, terwijl de rechter daarbij ook niet gebonden is aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijs. Wel zal in cassatie kunnen worden getoetst of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, of ter zake van de wijze van begroting.’<sup>2</sup>

De Hoge Raad toetst of de rechter het begrip schade juist (of althans niet onjuist) hanteert door te bezien of de rechter de

1. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377. Zie ook T. Hartlief, *Schadevergoedingsrecht*, in: T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018/247, S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998, p. 5 e.v. en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 387. Zie ook de tamelijk uitvoerige overwegingen in Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, JA 2013/54 m.nt. M.S.E. van Beurden, r.o. 4.13 e.v.
2. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druiff/Bouw), r.o. 3.2. Dat de rechter niet zou zijn gebonden aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijs lijkt inmiddels – ook met betrekking tot de smartengeldbegroting – als achterhaald te mogen worden beschouwd: bij een geschil over feiten die in het debat over de omvang van de schade worden gesteld en die de rechter relevant acht voor de schadebegroting, wordt de feitenrechter geacht in beginsel de gewone regels van stelplicht en bewijslast toe te passen. Vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.3.11 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (Tennet/ABB), r.o. 4.4.4. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 88-93.

\* Mr. dr. M.R. Hebly is als universitair docent verbonden aan de sectie Burgerlijk recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze bijdrage bouwt voort op de dissertatie van de auteur (*Schadevaststelling en tijd*, Den Haag: Boom juridisch 2019), waarop hij op 27 juni jl. is gepromoveerd. De auteur dankt Janou Kempkes voor haar onderzoeks-assistentie ten behoeve van dit artikel.

voor de begroting van het smartengeld relevante factoren aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd. De feitenrechter is dus in hoge mate vrij in de vraag *hoe*, maar niet geheel met betrekking tot de vraag *wat* hij waardeert.<sup>3</sup> Bij de begroting van het smartengeld dient hij weliswaar rekening te houden met *alle* omstandigheden, maar in een paar arresten heeft de Hoge Raad inmiddels gewezen op omstandigheden die in geval van letsel *met name* van belang zijn, te weten enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Daarnaast zal de rechter rekening moeten houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde.<sup>4</sup> In lijn met de – leidende – compensatiegedachte staat in geval van letsel primair de omvang van het immateriële nadeel centraal, reden waarom in het bijzonder betekenis wordt toegekend aan de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.<sup>5</sup> Hoewel daarbij volgens de Hoge Raad rekening moet worden gehouden met de duur van het lijden, zou de vraag naar de betekenis daarvan voor de omvang van het smartengeld allerminst zijn uitgekristalliseerd.<sup>6</sup>

## 2.2 Immateriële schade als duurschade

Men kan de duur van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde letterlijk opvatten als de tijdruimte waarover de aldus omschreven nadelen worden geleden. Wanneer immateriële schade wordt opgevat als vermindering van welzijn of wordt gevat in begrippen als pijn, verdriet en gederfde levensvreugde, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat de schade doorgaans niet op een enkel moment ‘valt’ maar gedurende een kortere of langere tijdsperiode wordt geleden, en dus ook een toekomstig element bevat voor zover de ‘schadeperiode’ zich uitstrekt tot voorbij het moment waarop de rechter oor-

deelt.<sup>7</sup> In de praktijk pleegt men dan ook vergoeding te verdienen van ‘geleden en nog te lijden immateriële schade’, en wordt uit inmiddels opgekomen feiten en omstandigheden afgeleid wat de omvang is van zowel de reeds ingetreden als de (op het begrotingsmoment nog) toekomstige schade (vergelijk art. 6:105 BW).<sup>8</sup>

Ander nadeel dan vermogensschade wordt doorgaans vergoed door middel van een geldbedrag ineens. Het nadeel laat zich in theorie weliswaar opsplitsen in opeenvolgende tijdvakken, in de praktijk is een benadering per deel evenwel niet gebruikelijk, laat staan dat bij de begroting rekening wordt gehouden met kapitalisatie-elementen als rendement en inflatie. Toekenning van periodiek uit te keren smartengeld is hoogst ongebruikelijk, wat valt te verklaren doordat het hier in feite zou gaan om verfijningen wat betreft de berekeningsmethode, terwijl de omvang van het smartengeld uiteindelijk ‘meer ruwweg naar billijkheid’ wordt vastgesteld.<sup>9</sup> Dat doet op zichzelf niet af aan de gedachte dat nadelen op het immateriële vlak niet ‘ineens’ worden geleden, maar zich van moment tot moment ontvouwen.

Wellicht dat het niet direct tot de verbeelding spreekt immateriële schade te beschouwen als een reeks van opeenvolgende ‘schadecomponenten’ die tezamen de gehele duurschade vormen, zoals bij voortdurende vermogensschade (denk aan blijvend verlies van arbeidsvermogen of het doorlopend maken van kosten vanwege zorgbehoefte). Pijn, verdriet en derving van levensvreugde vormen immers nadelen in de sfeer van de *beleving* van de benadeelde die zich naar hun aard niet goed laten meten. Een en ander maakt dat bij de vaststelling van het smartengeld moet worden uitgegaan van factoren waarvan in het algemeen kan worden aangenomen dat zij een indicatie geven van de omvang van het nadeel.<sup>10</sup> Zo overweegt de Hoge Raad in het Coma-arrest:

3. Lindenbergh 1998, p. 69.

4. Zie HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (AMC/O), r.o. 3.3, HR 17 november 2000, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druifff/Bouw), r.o. 3.2, HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2117, NJ 2010/61 m.nt. M.H. Wissink (Wrongful birth II), r.o. 5.3 en HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest), r.o. 3.5.

5. Vgl. Hartlief 2018/249. Legt men de nadruk op het perspectief van rechtshandhaving, dan zou de omvang van het nadeel niet of althans veel minder bepalend hoeven te zijn. Zie daarover uitvoerig Verheij 2002, p. 530 e.v.

6. S.D. Lindenbergh, Smartengeld anno 2017, in: M. Donkerlo, Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade, Den Haag: ANWB/Verkeersrecht 2017, p. 9, P.J. Klein Gunnewiek & M.S.E. van Beurden, Smartengeld in beweging (?) – een update, PIV-Bulletin oktober 2017, p. 6-7 en L.G.J. Hendrix, Annotatie bij: Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, TvGR 2018, afl. 1, p. 82-83.

7. Concl. A-G Hartkamp bij HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (AMC/O), Lindenbergh 1998, p. 230 en M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, Schadebegroting en tijdsverloop. Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2016, Den Haag: Boom juridisch 2016/89 en M.R. Hebly, Schadevaststelling en tijd (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 203. Vgl. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3686, NJ 2001/655, waarin de Hoge Raad in het kader van het aanvangsmoment van de verjaring spreekt van ‘doorlopende schade, in die zin dat leed en verdriet voortduren’. Vgl. ook de Principles of European Tort Law, art. 10:301(2): de rechter moet rekening houden met ‘all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance’ (het neutrale ‘grievance’ staat voor begrippen als ‘harm’ en ‘damage’).

8. Bijv. uitdrukkelijk HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), r.o. 4.18: ‘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.’

9. Lindenbergh 1998, p. 230-231. Zie ook Hebly 2019, p. 205.

10. Lindenbergh 1998, p. 232 spreekt van het gebruik van ‘afgeleiden’, waarbij tot op zekere hoogte zou worden geabstraheerd van het ‘werkelijke leed’.

'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 beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is geweest.'<sup>11</sup>

De aard, ernst en duur van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde moeten dus worden afgeleid uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde.<sup>12</sup> De gevolgen van het letsel, die dus fungeren als factoren waar in meer objectieve zin de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn en het gemis aan levensvreugde uit kunnen worden afgeleid, ontvouwen zich gaandeweg naarmate de tijd verstrijkt. Een en ander betekent dat naarmate die gevolgen zich van moment tot moment ontvouwen, de immateriële schade per saldo toeneemt: het nadeel groeit aldus deel voor deel aan.<sup>13</sup> Daarin schuilt mijns inziens het duurkarakter van de immateriële schade bij letsel.<sup>14</sup>

In lijn met deze gedachte – immateriële schade wegens letsel moet worden geacht per saldo toe te nemen naarmate de feitelijke gevolgen van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zich ontvouwen met het verstrijken van de tijd – zou men verwachten dat uiteindelijk een min of meer evenredig verband bestaat tussen de omvang van het smartengeld en de (totale) duur van het lijden. Ik zie in elk geval twee manieren waarop die abstracte samenhang tot uiting zou kunnen komen in concrete situaties. Ten eerste: jonge slachtoffers zouden meer

smartengeld toegewezen moeten krijgen dan oudere slachtoffers met vergelijkbaar blijvend letsel, omdat jonge slachtoffers (naar verwachting) langer zullen moeten leven met de gevolgen daarvan. En ten tweede: vanaf het moment waarop het slachtoffer komt te overlijden, lijdt het niet langer schade en vindt de lijdensduur daarin uiteindelijk zijn beperking, wat een 'matigend' effect zou moeten hebben op het smartengeldbedrag. In de volgende paragrafen zal ik nader ingaan op deze beide hypothesen.

### 3. Jonge slachtoffers met blijvend letsel krijgen meer smartengeld

#### 3.1 Rechtspraak suggereert een verband

Wie langer lijdt, lijdt meer, zo zou men kunnen stellen. Wie vanaf zijn 20ste levensjaar een arm moet missen, leeft langer met beperkingen dan iemand die vanaf zijn 60ste dat lot moet dragen.<sup>15</sup> Inderdaad valt in de rechtspraak te herkennen dat leeftijd wordt geacht de duur van het lijden mede te bepalen, in die zin dat ongevalsslachtoffers met een lagere leeftijd worden verwacht een langere periode hinder te ondervinden van blijvend letsel, althans dat de gevolgen daarvan doorgaans ingrijpender zijn voor personen die nog een langer leven voor zich hebben.<sup>16</sup> Dikwijls blijft het overigens bij de meer algemene overweging dat mede rekening wordt gehouden met de jeugdige leeftijd van het slachtoffer. Daarin zou men kunnen lezen dat de rechter zich inderdaad rekenschap geeft van het feit dat de gevolgen in de immateriële sfeer een langere tijdspanne beslaan en het nadeel in zoverre een grotere omvang heeft, maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn. Zo is denkbaar dat jeugdige slachtoffers juist beter met handicaps (kunnen leren) omgaan dan ouderen die met vergelijkbaar letsel te kampen hebben.<sup>17</sup> Opmerking verdient dat de factor leeftijd zelden wordt geëxpliciteerd, waardoor het lastig is om op dit punt harde uitspraken te doen.<sup>18</sup>

De vraag of de hogere leeftijd van het slachtoffer ook omgekeerd wijst in de richting van een lager smartengeldbedrag, omdat de (verwachte) lijdensduur in zoverre korter is, laat zich minder eenduidig beantwoorden. In een geval van een 86-jarige die bij een aanrijding betrokken raakt, en als gevolg waarvan zijn rechteronderbeen moet worden geamputeerd, acht de Rechtbank Den Haag het aannemelijk dat de periode

11. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest), r.o. 3.5.

12. HR 17 november 2000, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druif/Bouw) en S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, Schadevergoeding: personenschade (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015/28.

13. Uitvoerig Hebly 2019, p. 201. Daaraan doet niet af dat de rechter in het kader van de ingangsdatum van de wettelijke rente doorgaans uitgaat van het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis als het tijdstip waarop de schade (geheel) wordt geacht te zijn geleden.

14. Anders Verheij, die stelt dat immateriële schade met tijdsverloop op termijn kan 'tenietgaan' dan wel 'verdwijnen', omdat naar een later gemeten moment geen nadeel meer bestaat (want: geen verschil met de hypothetische toestand), wat zijns inziens op gespannen voet staat met de compensatoire functie van smartengeld. Zie Verheij 2002, p. 435-436. Die redenering mist mijns inziens dat gevolgen die vanaf een bepaald moment niet meer 'zichtbaar' of 'voelbaar' zijn wel degelijk zijn ingetreden, en dat er dus wel degelijk immaterieel nadeel is geleden. De benadeelde wordt dus ook niet 'financieel verrijkt' door in die gevallen wel 'achteraf' smartengeld toe te kennen.

15. Vgl. Lindenbergh 1998, p. 249-250 en G.J.M. Verburg, Vaststelling van smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 150-151.

16. Zie bijv. Hof Amsterdam 19 maart 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AJ5916, VR 1993/32, Rb. Amsterdam 3 februari 1993, ECLI:NL:RBAMS:1993:AJ5982, VR 1993/157, Rb. Arnhem 22 december 1994, VRS 2000/97 en Rb. Den Haag 4 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6268, JA 2010/93.

17. Bijv. Rb. Arnhem (ktr.) 13 juni 1988, VRS 1997/149, waarin de kantonrechter rekening houdt met de jeugdige leeftijd, waardoor het kind in staat zal zijn zich aan te passen aan de handicap (het verlies van twee vingers van de linkerhand).

18. Zie Verburg 2009, p. 150-151, die bepleit dat meer rekening moet worden gehouden met de leeftijd van het slachtoffer, in die zin dat de verwachte duur van de blijvende nadelige gevolgen beter tot uitdrukking kan komen in de (motivering van de) hoogte van het smartengeld.

waarover immateriële schade zal worden geleden inderdaad relatief beperkt zal zijn, gelet op de hoge leeftijd van het slachtoffer.<sup>19</sup> De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt ten aanzien van het geval van een nog zeer actieve 75-jarige die ernstig letsel oploopt bij een verkeersongeval, dat de leeftijd van het slachtoffer en daarmee de duur van het lijden daarentegen *geen significante invloed* hebben op de omvang van de vergoeding, in die zin dat die vergoeding lager zou moeten uitvallen vanwege een beperkte lijdensduur. De rechtbank overweegt daarbij dat, gezien de hoge mate waarin het slachtoffer nog actief en sportief in het leven stond, een redelijke verwachting is dat zij nog 'een significant aantal jaren in kwalitatief goede gezondheid had kunnen leven' als het ongeval niet had plaatsgevonden, waarin actief bezig zijn en sportieve activiteiten een grote rol zouden hebben gespeeld, en dat haar dat door het ongeval is ontnomen.<sup>20</sup> In een zaak bij het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, waarin het gaat om een echtpaar van 71 en 74 dat slachtoffer wordt van een verkeersongeval, overweegt het Gerecht dat de leeftijd van de slachtoffers en *daarmee* de duur van het lijden wel invloed hebben op de omvang van de vergoeding, in die zin dat die vergoeding lager zou moeten uitvallen omdat sprake is van een beperkte lijdensduur. Maar ook in dit geval neemt de rechter in ogenschouw dat het echtpaar nog actief in het leven stond en er een redelijke verwachting was dat het echtpaar nog een aantal jaren in kwalitatief goede gezondheid had kunnen leven, als het ongeval niet had plaatsgevonden.<sup>21</sup>

Ook voor zover de hoge leeftijd van het slachtoffer expliciet wordt betrokken bij de begroting van het smartengeld, lijkt voorzichtigheid geboden met betrekking tot de aanname dat van een hogere leeftijd steeds daadwerkelijk een drukkend effect uitgaat. Hoewel het niet vreemd aandoet in het algemeen uit te gaan van een zeker omgekeerd evenredig verband tussen enerzijds de leeftijd van het slachtoffer en anderzijds de (verwachte) duur van het lijden, lijkt uiteindelijk vooral beslissend te zijn op welke wijze het letsel in het concrete geval het leven van het slachtoffer beïnvloedt.

### 3.2 *Risico van leeftijdsdiscriminatie?*

Hendrix plaatst recentelijk vraagtekens bij de 'klassieke' benadering, volgens welke een jonger iemand doorgaans langer met de gevolgen van blijvend letsel zal worden geconfronteerd dan een ouder iemand, en in zoverre naar verwachting dus langer lijdt. Zij heeft niet alleen twijfels bij de prevalerende compensatiegedachte, maar vraagt zich ook af of een dergelijke aanname niet een vorm van ongerechtvaardigde *leeftijdsdiscriminatie* inhoudt.<sup>22</sup> Die vraag lijkt gerechtvaardigd, zeker ook in het licht van het recente debat over de betekenis van op geslacht gebaseerde veronderstellingen ten aanzien van het (verloren)

verdienvermogen.<sup>23</sup> Het lijkt – zeker in het huidige tijdsgezicht – weinig acceptabel op basis van algemene aannames met betrekking tot geslacht tot uiteenlopende waarderingen te komen van vergelijkbaar letsel van mannen en vrouwen. Geslacht als zodanig lijkt dan ook niet *direct* relevant voor de bepaling van de omvang van het smartengeld.<sup>24</sup> Ligt dat dan anders bij de factor leeftijd? Wat mij betreft niet. De leeftijd van het slachtoffer is immers niet op zichzelf een factor op basis waarvan onderscheid wordt gemaakt, maar geeft wel een indicatie van de tijd gedurende welke het slachtoffer (naar verwachting) met het blijvende letsel zal leven en daarvan gevolgen ondervindt. De aanname dat oudere slachtoffers doorgaans minder lang dan jongere slachtoffers zullen leven met de gevolgen van vergelijkbaar blijvend letsel lijkt mij alleszins reëel, en het 'doortrekken' van die verwachting naar de waardering in (en vergelijking van) individuele gevallen acht ik als zodanig weinig problematisch.<sup>25</sup> De factor lijdensduur is op zichzelf ook niet doorslaggevend, maar vormt een factor die opgaat in de meeromvattende begroting naar billijkheid, waarbij juist ook allerlei andere concrete en min of meer leeftijdgerelateerde omstandigheden kunnen worden gewaardeerd. Ik denk aan de omstandigheid dat een eenzame oudere weinig sociale inbedding meer heeft en door zijn letsel is gedoemd tot een nog eenzamer bestaan, of dat iemand op hogere leeftijd zodanig verminkt raakt dat hij niet meer op zijn kleinkinderen kan passen en daarmee een grote vreugdebron verliest. Dergelijke persoonlijke omstandigheden, die min of meer aan levensfase en leeftijd zijn gebonden, kunnen juist weer in ophogende richting worden meegewogen naast de lijdensduur als zodanig, die als min of meer 'objectief kwantificeerbare' omstandigheid de andere richting uit wijst. In zoverre zie ik hier dus weinig plaats voor het argument van leeftijdsdiscriminatie.

## 4. Overlijden beperkt de lijdensduur

### 4.1 *Dodelijk letsel*

De betekenis van de lijdensduur laat zich ook benaderen vanuit een andere invalshoek, namelijk vanuit de situatie van letsel met de dood als gevolg. De gedachte is dat vanaf het

19. Rb. Den Haag 6 juli 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4327, VR 2000/198, r.o. 4.2.

20. Rb. Midden-Nederland 14 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5346, VR 2016/192, r.o. 4.5.

21. GiEA Curaçao 19 december 2016, ECLI:NL:OGAEAC:2016:132, VR 2017/28, r.o. 4.23.

22. Hendrix 2018, p. 82-83.

23. Aanleiding vormde Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276 en het 'contraire' oordeel van het College voor de Rechten van de Mens op 19 augustus 2014, ECLI:NL:XX:2014:675, waarover onder meer de noten van J.C.J. Dute in JA 2013/171 en R.A. Hebly in L&S 2013/214. Zie onder meer ook E.S. Engelhard, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht. Over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen door letsel, NTBR 2015, afl. 9, p. 257-265, M.A. Loth, Schadebegroting en mensenrechten, AV&S 2014/17, afl. 5-6, p. 117-118 en I. Karimi, Arbeidsvermogensschade van jonge kinderen. Naar een nieuwe wijze van schadeberekening vanuit het perspectief van gelijkebehandelingswetgeving, TVP 2018, afl. 2, p. 37-48.

24. Zie Lindenbergh 1998, p. 250 en S.D. Lindenbergh, Schade aan het lichaam als bron van inkomsten. Onderscheid naar geslacht bij schadebegroting?, Nemesis 2001, p. 178-185.

25. Niemand lijkt ook in twijfel te trekken dat jonge personenschadeslachtoffers hogere bedragen ontvangen wegens blijvend verlies van arbeidsvermogen, omdat zij doorgaans kunnen worden verwacht langer en daardoor meer inkomsten te derven.

moment waarop het slachtoffer komt te overlijden, hij (zelf) niet langer schade lijdt en de duur van zijn lijden daarin uiteindelijk zijn beperking vindt. Daarvan zou dan een ‘matigend’ effect uitgaan op het uiteindelijke bedrag aan smartengeld. Voor de analyse lijkt het van belang twee gevalstypen uit elkaar te houden: situaties waarin het slachtoffer zeer kort na de gebeurtenis komt te overlijden en situaties waarin het slachtoffer na enige tijd overlijdt. Beide komen hierna aan de orde. Op de relatief overzichtelijke gevallen waarin het slachtoffer van een ongeval of misdrijf op slag dood is, wordt verder niet ingegaan. In die gevallen moet worden aangenomen dat het slachtoffer geen voor vergoeding vatbare schade lijdt door de onmiddellijkheid van zijn dood; hooguit hebben bepaalde naasten en nabestaanden aanspraak op vergoeding van (hun) overlijdensschade.<sup>26</sup> Bijzondere situaties kunnen zich voordoen wanneer het slachtoffer (direct) in coma raakt; ook die gevallen blijven buiten de analyse.

#### 4.2 *Het slachtoffer komt zeer kort na de gebeurtenis te overlijden*

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer de benadeelde weliswaar zeer kort na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis komt te overlijden, maar niettemin enige en daarmee *voldoende* tijd in leven is gebleven om voorafgaand aan de dood immateriële schade te kunnen lijden. Het immateriële nadeel hoeft dan niet slechts te zijn gelegen in ervaren pijn in verband met dodelijk letsel, maar kan ook (of vooral) zijn gelegen in de ervaring van doodsangst en de wetenschap van naderend overlijden.<sup>27</sup> Denk aan gevallen waarin het slachtoffer door een ongeval te water raakt en verdrinkt, geen uitweg meer heeft uit een brandend gebouw of zich bevindt in een neerstortend vliegtuig. Naar Nederlands recht moet worden aangenomen dat deze slachtoffers weliswaar ander nadeel dan vermogensschade kunnen lijden dat *in abstracto* voor vergoeding vatbaar is, praktisch wordt hun aanspraak nooit geëffectueerd, omdat niet de vereiste mededeling kan worden gedaan op grond waarvan de aanspraak op smartengeld kan overgaan op de erfgenamen van het slachtoffer (art. 6:95 lid 2 BW). Het mededelingsvereiste is in de literatuur stevig bekritiseerd<sup>28</sup> en is in de meeste ons omringende rechtssystemen, waar een vergelijkbare regel gold, afgeschaft.<sup>29</sup> Hoewel ook ik het moeilijk vind om die regel te rechtvaardigen, dient wel te worden bedacht dat bij het afschaffen ervan nieuwe uitdagingen kunnen opkomen voor de rechtspraak. Zo valt te voorspellen dat na eventuele afschaffing van het mededelingsvereiste kwesties zoals de zojuist genoemde voorbeelden (de verdrinkings-

dood, het brandende gebouw, het neerstortende vliegtuig) aan de rechter worden voorgelegd. Lastige vragen kunnen rijzen. Zo is denkbaar dat discussie ontstaat over de vraag of in een dergelijk geval, waarin het slachtoffer aldus ‘de dood in de ogen heeft gekeken’, reeds om die reden aanspraak bestaat op smartengeld (‘zuivere angstschade’), of dat toch minstens sprake moet zijn van geestelijk of psychisch letsel om door de ‘poort’ van artikel 6:106 sub b BW te komen.<sup>30</sup> Lindenbergh voorziet dat in dergelijke gevallen de omvang van het smartengeld moet worden bepaald aan de hand van de ernst van het lijden, waarbij vooral het *voorzicht van het overlijden* (doodsangst en wetenschap van naderend overlijden) gewicht in de schaal zal leggen, maar het lijkt hem redelijk dat de *korte duur* van het lijden dan een sterk drukkend effect op de omvang van het smartengeld heeft. Dat lijkt inderdaad een redelijk uitgangspunt. Het maakt overigens de waardering van het nadeel niet direct eenvoudig. Weliswaar zal praktisch van betekenis zijn dat bepaalde erfgenamen vanaf het moment van het overlijden ook een eigen aanspraak op vergoeding van affectieschade hebben, bij eventuele afschaffing van het mededelingsvereiste kunnen niettemin goede redenen bestaan voor erfgenamen om de (relatief geringe) smartengeldvordering van de overledene te gelde te maken, al was het maar omdat die aanspraak juist een vorm van erkenning specifiek van het *eigen leed* van de overledene kan betekenen (en ondanks dat dat van korte duur is geweest).

Verheij pleit recentelijk voor een andere denkrichting waar het gaat om slachtoffers van verkrachting en moord. In de situatie waarin een slachtoffer eerst wordt verkracht en vervolgens vermoord, ontkomt de aansprakelijke in zoverre aan civielrechtelijke aansprakelijkheid, dat hij het doen van een mededeling in de zin van artikel 6:95 lid 2 BW door het slachtoffer door het plegen van de moord heeft weten te voorkomen. In de ogen van Verheij wekt het bevreesdheid dat de pleger van een zo ernstig misdrijf dit in zijn macht heeft. Vanuit de gedachte dat de moordenaar geen ‘voordeel’ mag halen uit zijn misdaad – en overigens ook vanuit een meer algemeen idee van bescherming van het recht op leven en het recht op fysieke integriteit – stelt Verheij dat in dergelijke gevallen artikel 6:2 lid 2 BW eraan in de weg zou moeten staan dat de dader het mededelingsvereiste van artikel 6:95 lid 2 BW aan de erfgenamen van zijn slachtoffer tegenwerpt.<sup>31</sup> Ik voel wel sympathie voor zijn gedachtegang, maar die is vooral terug te voeren op het meer algemene probleem van het mededelingsvereiste. Ook ontstaat een nieuw afbakeningsprobleem (zoals Verheij zelf overigens ook toegeeft): waarom zou slechts bij bijzonder ernstige misdrijven, zoals verkrachting en/of mishandeling gevolgd door moord, het mededelingsvereiste kunnen worden omzeild, waar dat bij ‘gewone’ ongevallen blijft gelden? Men zou tenslotte kunnen beargumenteren dat het ook bij gewone ongevallen waardoor het slachtoffer in korte

26. Het overlijden wordt als zodanig immers niet aangemerkt als lichamelijk letsel dat aanspraak geeft op smartengeld. Vgl. R. Rijnhout, *Vergoeding voor (im)materiële schade na de dood: over perte d'une chance de survie en lost years*, *NTBR* 2018, afl. 4, p. 23-30.

27. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 28.

28. Zie bijv. Lindenbergh 1998, p. 326 e.v., S.D. Lindenbergh, *De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld*, *TVP* 2003, p. 1 e.v., Verheij 2002, p. 541 en R.P.J.L. Tjittes, *Smartengeld voor bewustelozen*, noot bij ‘De comateuze timmerman’, *NTBR* 2003, p. 53.

29. Lindenbergh 2008, p. 81.

30. Zie over angstschade in dit tijdschrift recentelijk A.M. Overheul, *Angst voor de dood als schade(post)*, *TVP* 2018, afl. 4, p. 119-125.

31. A.J. Verheij, *Vererft de vordering tot smartengeld van het slachtoffer van verkrachting en moord?*, *VR* 2018, afl. 11, p. 415-421.

tijd komt te overlijden aan de aansprakelijke is toe te rekenen dat het slachtoffer geen mededeling heeft kunnen doen in de zin van artikel 6:95 lid 2 BW. Een praktische uitdaging zou vervolgens ook rijzen bij de waardering van het nadeel. Volgens Verheij zou de Nederlandse rechter zich moeten richten op het bedrag dat zou zijn toegekend indien het slachtoffer niet was overleden. Volgens hem geeft dat een zeker houvast en valt die aanpak te verkiezen boven een zelfstandige waardering van het leed voorafgaand aan het overlijden. Ten aanzien van dit laatste punt kan worden getwijfeld over de afbakening met gevallen waarin geen sprake is van moord. Het brengt immers een sterke ongelijkheid teweeg tussen situaties van verkrachting gevolgd door moord enerzijds en de hiervoor genoemde voorbeelden van de verdrinkingsdood, het vastzitten in het brandende gebouw en het neerstorten in een vliegtuig. Die gevallen worden eveneens gekenmerkt door kortdurend maar intens lijden en lijken in zoverre enigszins vergelijkbaar; ‘abstraheren’ van het overlijden ligt in die gevallen evenwel niet voor de hand. Een rechtvaardiging voor het onderscheid zou wellicht kunnen worden gevonden in de gedachte dat bij smartengeld in verband met zedenmisdrijven niet zozeer de compensatiegedachte en daarmee de feitelijke gevolgen voor het slachtoffer centraal staan, maar dat de vergoeding veel meer in het teken staat van de bevrediging van het geschokte rechtsgevoel en van de veroordeling van het gedrag van de dader.<sup>32</sup> Dat zou kunnen betekenen dat dus ook de betekenis van de (beperkte) lijdensduur van minder gewicht is.

#### 4.3 *Het slachtoffer overlijdt na enige tijd*

Een en ander ligt iets anders in gevallen waarin het slachtoffer nog een langere tijdsperiode met de gevolgen van de gebeurtenis leeft en pas op een later gelegen moment (bijvoorbeeld na weken, maanden of jaren) aan de gevolgen van het letsel komt te overlijden.<sup>33</sup> Praktisch is immers van betekenis in hoeverre het slachtoffer bij leven mededeling kan doen in de zin van artikel 6:95 lid 2 BW, waardoor zijn aanspraak op smartengeld na zijn overlijden daadwerkelijk overgaat op zijn erfgenamen. Bovendien zal doorgaans sprake zijn van een langere lijdensduur. Ervan uitgaande dat immateriële schade wegens letsel in de regel moet worden gezien als duurschade, lijkt aannemelijk dat hoe meer tijd er verstrijkt tussen de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis en het daardoor veroorzaakte overlijden, des te langer het slachtoffer met de gevolgen van de gebeurtenis te kampen heeft gehad, en des te langer zijn pijn, verdriet en gederfde levensvreugde hebben voortgeduurd. Het overlijden maakt daar uiteindelijk een einde aan, zo kan consequent worden geredeneerd.<sup>34</sup> Hoewel deze gedachtelijn voor de hand ligt, wordt in tamelijk recente rechtspraak ook wel anderszins geoordeeld. In een zaak waarin een 54-jarige man een hoge dwarslaesie oploopt als gevolg van een aanrijding en

na drie maanden ‘leven met een kwaliteit van de armste soort’ overlijdt, maakt de Rechtbank Overijssel korte metten met het verweer van de aansprakelijke partij dat de (korte) duur van het lijden een sterk drukkend effect heeft op het smartengeld, waarbij de rechtbank overweegt dat smartengeld niet wordt ‘berekend’ aan de hand van een soort ‘maatman’ die, afhankelijk van de duur van het leed, rekenkundig zou moeten worden herleid tot een bedrag voor het individuele geval.<sup>35</sup>

Illustratief is ook een zaak bij de Rechtbank Rotterdam, waarin het gaat om een vrouw bij wie door een uroloog niet tijdig een kwaadaardige tumor werd ontdekt, hetgeen de uroloog kon worden verweten en als gevolg waarvan de vrouw vroegtijdig kwam te overlijden. De rechtbank overweegt:

‘Dit heeft geresulteerd in een lijdensweg van dertien maanden waarin [persoon1] werd geconfronteerd met veel pijn en angst, vermindering van haar waardigheid, zorgen om haar kinderen en verdriet om het afscheid dat zij van haar kinderen moest nemen totdat zij uiteindelijk op de relatief jonge leeftijd van 50 jaar overleed. (...) Uit de verklaring van de [verzoekers] (haar kinderen) blijkt, dat de gedachte voor haar ondraaglijk was dat zij, als gevolg van deze ernstige en herhaalde fout, ten dode was opgeschreven terwijl ze midden in het leven stond en anderen van haar afhankelijk waren. Ook de korte tijdsspanne die ze na de diagnose had om orde op zaken te stellen heeft aan haar lijden bijgedragen.’<sup>36</sup>

De Rechtbank Rotterdam wijst – mede ingegeven door de gedachte dat het algemene smartengeldpeil in Nederland zou moeten worden verhoogd – een bedrag van € 200.000 ter zake van immateriële schade toe. Deze uitspraak leert dat niet alleen de lijdensduur mede door het overlijden wordt bepaald (want: beperkt), maar dat ook het lijden met het vooruitzicht van de dood een zwaarwegend, zo niet het zwaarst wegende lijdensaspect kan vormen. De relatief korte tijd die het slachtoffer nog reesterde, wees volgens de Rechtbank Rotterdam juist in de richting van een hoger smartengeld. Hendrix vraagt zich af of een lager smartengeld gerechtvaardigd zou zijn geweest, wanneer dit slachtoffer nog een langere periode te leven zou hebben:

‘Kan men hieruit de voorzichtige conclusie trekken dat in het geval die periode langer was geweest, de hoogte van de vergoeding dus anders, dat wil zeggen lager, was geweest? Wellicht een juiste redenering, want het is niet ondenkbeeldig dat de meeste slachtoffers van vergelijkbare medische behandelingsfouten liever van hun arts te horen krijgen dat ze nog een levensverwachting van bijvoorbeeld vijf jaar hebben dan een levensverwachting van slechts één jaar. In dergelijke zaken valt er wellicht wat voor te zeggen

32. Vgl. Lindenbergh 2008, p. 10-11.

33. Dat kan overigens ook het geval zijn bij dodelijk geestelijk letsel. Zie bijv. over suicide als gevolg van een door een ongeval veroorzaakte depressie M.R. Hebly, Suicide na een arbeidsongeval: een (on)geval apart?, NTBR 2010/32.

34. Vgl. Lindenbergh 2008, p. 28.

35. Rb. Overijssel 23 februari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:944, JA 2015/68 m.nt. M.S.E. van Beurden, r.o. 4.8.

36. Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, VR 2018/149, r.o. 4.5.

het smartengeld juist te verhogen naarmate het lijden, in de zin van de resterende levenstijd, korter is geweest. Waarschijnlijk had het slachtoffer in casu ervoor getekend nog wat extra tijd te hebben gehad (...).<sup>37</sup>

Mijns inziens leert deze uitspraak niet zozeer iets over de lijdensduur als factor, maar laat deze vooral zien hoezeer de factor verdriet wegens bekorting van de levensverwachting gewicht in de schaal kan leggen, een factor die bij de vaststelling van de omvang van het smartengeld eveneens in het bijzonder van betekenis is.<sup>38</sup>

Men kan zich ten slotte nog afvragen in hoeverre het overlijden van het slachtoffer in de periode tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de (definitieve) schadevaststelling van betekenis zou moeten zijn voor de begroting van het smartengeld. Wanneer het latere overlijden geen verband houdt met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, lijkt het geen twijfel te lijden dat het overlijden een ‘matigende’ invloed heeft op de omvang van het smartengeld, omdat het lijden in tijdsduur beperkt is gebleven en het slachtoffer ook anderszins zou zijn overleden.<sup>39</sup> Toch is voor gevallen waarin het overlijden wel aan de gebeurtenis kan worden toegeschreven bepleit dat het ‘tussentijdse’ overlijden van het slachtoffer niet van invloed zou moeten zijn op de omvang van het smartengeld. Zo meent Spier in zijn conclusie voor het arrest in de asbestzaak Van Buuren/Heesbeen, na te hebben vastgesteld dat de parlementaire geschiedenis op dit punt geen expliciet antwoord biedt, dat het bewust traineren van de schadeafhandeling in de hand zou worden gewerkt indien het overlijden van het slachtoffer als zodanig een matigende factor op de hoogte van het smartengeld vormt.<sup>40</sup> Zie ik het goed, dan relateert het probleem dat Spier signaleert meer in het algemeen aan de problematiek in het kader van artikel 6:105 BW: waar toekomstige schade ‘op het spel staat’, kan het voor de aangesproken partij lonend zijn om eventuele ‘schadedrukkende’ feiten en omstandigheden af te wachten.<sup>41</sup> Het probleem is dus niet eigen aan het smartengeld, maar aan voortdurende schade in het algemeen.<sup>42</sup> Bovendien laat een en ander onverlet dat bij de vaststelling van nog te lijden immateriële schade, meer specifiek ten aanzien van de factor lijdensduur, bij het

afwegen van goede en kwade kansen rekening wordt gehouden met het feit dat het slachtoffer op het moment van begroting weliswaar nog leeft, maar dat de kans groot is dat hij enige tijd daarna komt te overlijden.

### 5. Betekenis van de lijdensduur bij ‘alternatieve’ methoden

Het in dit artikel centraal gestelde probleem – de betekenis van de lijdensduur bij de begroting van het smartengeld – laat zich ook vanuit een ander perspectief belichten, namelijk door te bezien welke rol deze tijdfactor krijgt toegedicht in voorgestelde ‘alternatieve’ methoden van vaststelling van smartengeld. Denkbaar is dat de lijdensduur wordt meegewogen door per tijdseenheid – een week, een dag, een uur – een bepaald ‘vast’ bedrag voor pijn, verdriet en derving van levensvreugde toe te kennen, en dat te vermenigvuldigen met het aantal tijdseenheden dat het slachtoffer (naar verwachting) schade lijdt.<sup>43</sup> Zo zouden Amerikaanse advocaten met enige regelmaat gebruik maken van dit zogenoemde *per diem*-argument om tot een hoog bedrag voor *pain and suffering* te komen, of juist de ontoereikendheid van een bepaald eindbedrag te suggereren door dat ‘terug te rekenen’ naar het kenmerkende bedrag per tijdseenheid. Het *per diem*-argument wordt wel gezien als een factor die heeft bijgedragen aan de forse stijging van het vergoedingsniveau, reden waarom de toelaatbaarheid ervan voortdurend in debat is.<sup>44</sup> Een dergelijke berekening per tijdseenheid is te herkennen in een uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, waarin het ging om de omvang van het smartengeld in verband met tijdens het werk opgelopen rugklachten. Het Gerecht zoekt aansluiting bij een eerdere zaak, waarin aan een werknemer met eveneens rugklachten een bedrag van € 3500 werd toegekend, maar vermenigvuldigt dit bedrag simpelweg met tien:

‘Het gerecht neemt tot uitgangspunt (...) dat een causaliteitsduur van 1 jaar goed is een bedrag ad € 3.500,00 aan smartengeld. Dit brengt zich mee dat in de onderhavige casus, waarin causaliteit gedurende 10 jaar wordt aangenomen, een bedrag ad € 35.000,00 (...) redelijk is.’<sup>45</sup>

Een en ander vertoont gelijkenissen met de ‘QALY-methode’, in dit tijdschrift eerder uiteengezet door Visscher. Volgens hem kan het uit de gezondheidseconomie stammende concept van *Quality Adjusted Life Years*, dat uitdrukking geeft aan de invloed van medische condities – waaronder letsel en ziekte – op de kwaliteit van leven, worden toegepast om de omvang van immateriële schade tot uitdrukking te brengen. Kort gezegd wordt het zogenoemde ‘QALY-gewicht’ dat aan een bepaalde gezondheidstoestand kan worden gekoppeld – 1.00 staat voor perfecte gezondheid, 0.00 voor dood – vermenigvuldigd met de *tijdsduur* daarvan. Aan een QALY wordt een

37. Hendrix 2018, p. 83.

38. Zo bleek reeds uit HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (AMC/O), r.o. 3.3: ‘Onder het verdriet is ook begrepen het verdriet dat het slachtoffer heeft doordat als gevolg van deze gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort.’

39. Vgl. Rb. Overijssel 12 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1020, r.o. 4.11.

40. Concl. A-G Spier bij HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6927, NJ 2007/285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), nr. 5.7 e.v.

41. Illustratief is Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193, waarin ‘tussentijds’ de economische en financiële crisis uitbrak.

42. Bovendien komt een en ander in een iets ander daglicht te staan, nu het overlijden van het slachtoffer, voor zover gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, voor bepaalde naasten en nabestaanden inmiddels een aanspraak op vergoeding van affectieschade in het leven roept.

43. Een dergelijke benadering werd door de Rechtbank Overijssel in de in par. 4.3 genoemde uitspraak uitdrukkelijk van de hand gewezen.

44. Verburg 2009, p. 216-217.

45. GiEA Aruba 15 maart 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:182, JA 2017/74, r.o. 2.5.

bepaalde geldswaarde gekoppeld. Door een veroorzaakte QALY-daling te vermenigvuldigen met de duur ervan zou aldus de immateriële schade in verband met het letsel tot uitdrukking kunnen worden gebracht.<sup>46</sup> Eerder zijn overigens ook pogingen gedaan de vaststelling van de omvang van het smartengeld te vatten in een formule. Zo werd in 1984 door de Verbondscommissie Schaderegulingsbeleid van het Verbond van Verzekeraars een formule voorgesteld, bedoeld voor de vaak voorkomende letsels, waarin voor tijdelijke invaliditeit een bedrag werd vastgesteld van  $f$  15 per dag dat iemand in een ziekenhuis verblijft en  $f$  10 voor elke dag buiten het ziekenhuis indien het letsel (nog) niet is geconsolideerd. Bij blijvende invaliditeit geeft de formule  $f$  400 per punt (percentage) functionele invaliditeit alsmede  $f$  10 per punt (percentage) functionele invaliditeit te vermenigvuldigen met het aantal statistisch te verwachten levensjaren.<sup>47</sup>

Wat deze meer genormeerde of althans gestroomlijnde alternatieve methoden van smartengeldvaststelling gemeen hebben, is dat de omvang van het nadeel rechtstreeks wordt gerelateerd aan de (verwachte) duur van het lijden. In zoverre leiden die methoden ertoe dat de lijdensduur een van de meest beslissende factoren wordt voor de omvang van het smartengeld, die op lineaire wijze doortikt in het smartengeldbedrag. Dat de rol van de factor tijd op dit punt zo duidelijk naar voren wordt geschoven, laat zich wellicht als volgt verklaren. In het denken over de omvang van immaterieel nadeel lijkt besloten te liggen dat deze in het bijzonder wordt bepaald door twee dimensies: de intensiteit van het leed en de duur ervan. Lijden twee slachtoffers even intens, maar lijdt de een langer dan de ander, dan is het nadeel van de eerste het grootst. Lijden zij even lang, maar lijdt een van de twee intenser, dan is diens nadeel groter. Waar de intensiteit van het lijden zich (bij mijn weten) niet goed laat kwantificeren, kan wel worden gerekend met meer 'objectieve' tijdseenheden. Hoewel niet is uitgesloten dat deze meer abstracte gedachte ten grondslag ligt aan het denken over immateriële schade in het algemeen, blijkt uit het voorgaande dat zij evenwel niet zo uitdrukkelijk aan de oppervlakte verschijnt en een rechtstreeks, lineair verband tussen de (verwachte) lijdensduur en de omvang van het smartengeld niet kan worden ontwaard.

## 6. Afronding

In deze bijdrage is de betekenis van de duur van het lijden voor de begroting van immateriële schade wegens letsel geanalyseerd. Het ligt voor de hand om immateriële schade wegens (blijvend) letsel te beschouwen als duurschade; nadelen op het immateriële vlak ontvouwen zich immers van moment tot moment met het verstrijken van de tijd. Een en ander impli-

ceert een (min of meer evenredige) samenhang tussen de omvang van de immateriële schade en de lengte van de periode waarin het slachtoffer moet leven met de feitelijke gevolgen van een ongeval of misdrijf. Dat verklaart waarom jeugdige slachtoffers doorgaans meer smartengeld ontvangen dan oudere slachtoffers die met vergelijkbaar blijvend letsel hebben te kampen. Voorzichtigheid blijft evenwel geboden: uiteindelijk lijkt immers vooral beslissend op welke wijze het letsel in het concrete geval het leven van de getroffene beïnvloedt. Komt het slachtoffer enige tijd na de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis te overlijden, dan wordt de duur van het lijden in zoverre beperkt, maar kunnen andere factoren – doodsangst en verdriet wegens bekorting van de levensverwachting, maar ook de ernst van de normschending – juist weer in (sterk) ophogende richting worden meegewogen. Uiteindelijk gaat de factor lijdensduur immers op in de meeromvattende begroting naar billijkheid.

46. L.T. Visscher, QALY-tijd in de vaststelling van smartengeld bij letsel?, TVP 2013, afl. 4, p. 93-101.

47. J.A. Pieters & J.J. van Busschbach, Een empirisch onderzoek naar de vaststelling van smartengeld in geval van letsel, VR 1989, p. 141-146, Th. van der Veen, Rechtsoverwegingen over immateriële schade, Prg. 1992, p. 35 e.v., Lindenbergh 1998, p. 238 en C.J.J.M. Stolker & F.H. Polerick, Smartengeld – wat zijn we eigenlijk aan het doen?, in: F. Stadermann e.a., Bewijs en letselschade, Lelystad: Vermande 1998, p. 71 e.v.