

Begroting van personenschade: welke lessen zijn er nog te leren?

*Marnix Hebly**



1. Inleiding

Het 31e LSA-symposium staat in het teken van verleden, heden en toekomst, en van de vraag welke lessen er nog te leren zijn. De organisatie heeft mij gevraagd om een bijdrage over schadebegroting. Dat treft,

* Mr. dr. M.R. Hebly is als universitair docent privaatrecht verbonden aan Erasmus School of Law, Rotterdam. Deze bijdrage bouwt ten dele voort op zijn proefschrift *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019. De auteur dankt mr. R.A. Hebly voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie.

want juist bij de schadebegroting spelen verleden, heden en toekomst een rol van betekenis, en zijn er wat mij betreft ook nog wel lessen te leren. Deze bijdrage gaat over vergoeding van personenschade met een voortdurend karakter. Daarbij kan worden gedacht aan permanente arbeidsvermogensschade en aan doorlopende kosten voor hulp en zorg in geval van blijvend letsel. Ook de immateriële schade kan in een dergelijk geval worden beschouwd als een schadepost die zich over een tijdspanne uitstrekt. Het probleem dat bij dit soort doorlopende schadeposten speelt, is dat de schade zich niet eenvoudig laat herleiden tot een enkel schadevergoedingsbedrag. De drie onderwerpen waaraan ik in deze bijdrage aandacht besteed, hebben daarmee te maken.

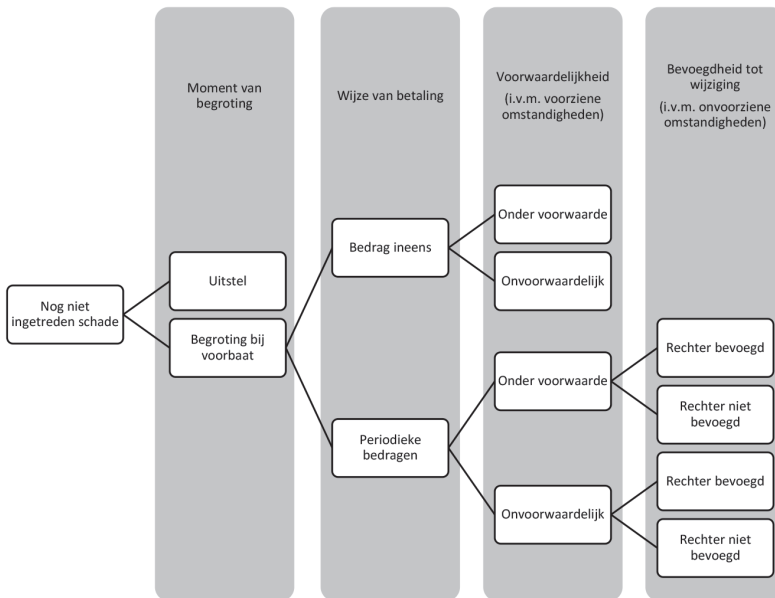
Eerst komt aan bod de schadevergoeding door middel van betaling van periodiek uit te keren bedragen: een mogelijkheid die naar mijn mening meer moet worden benut (par. 2). Vervolgens wordt ingegaan op aspecten van kapitalisatie van toekomstschade (par. 3), te weten de rekenrente en de mogelijkheid van kapitalisatie met een peildatum in het verleden. Tot slot wordt aandacht besteed aan de vraag welk moment voor de begroting van immateriële schade bepalend moet zijn, en naar de (daarmee verweven) vraag vanaf welk moment de wettelijke rente over het smartengeld zou moeten lopen (par. 4). Ik zal bepleiten dat dit het moment van de daadwerkelijke begroting is.

2. Periodieke betaling

2.1 De mogelijkheden van artikel 6:105 BW

De begroting van voortdurende en toekomstige schade wordt beheerst door artikel 6:105 BW. De kern van dat artikel is dat het slachtoffer vergoeding kan vorderen van schade die weliswaar nog niet is geleden, maar al wel kan worden verwacht, bijvoorbeeld omdat sprake is van ernstig en blijvend lichamelijk letsel, met voortdurende arbeidsongeschiktheid tot gevolg. In het kader van artikel 6:105 BW moet een afweging worden gemaakt tussen voortvarendheid, finaliteit en maatwerk. Voorstelbaar is dat het voor het slachtoffer onwenselijk is als hij steeds elk deel van zijn schade moet afwachten voordat hij iets van de aansprakelijke kan vorderen. Anderzijds kan zijn schade pas het meest nauwkeurig worden

vastgesteld zodra zij is geleden. Het artikel biedt de rechter een grote mate van vrijheid om op dit punt keuzes te maken (lees telkens: ‘de rechter *kan* ...’).¹ Hoewel in de letselschadepraktijk een duidelijke voorkeur bestaat voor een bedrag ineens, biedt artikel 6:105 BW een breder palet aan mogelijkheden, dat juist voor letselschadezaken relevant kan zijn. Schematisch weergegeven ziet de bepaling er als volgt uit:



In de eerste plaats moet worden beslist of de schadebegroting geheel of gedeeltelijk moet worden uitgesteld, of dat deze bij voorbaat geschiedt. Kan op korte termijn met meer zekerheid over de schade worden geoordeeld, bijvoorbeeld omdat een medische ‘eindtoestand’ wordt verwacht,

¹ MvA II, PG Boek 6, p. 368.

dan ligt uitstel voor de hand.² En anders kan de rechter overgaan tot begroting bij voorbaat, na afweging van goede en kwade kansen. De inschattingen die worden gemaakt ten aanzien van toekomstig inkomstenverlies of terugkerende kosten, resulteren in een reeks schadebedragen die worden gerelateerd aan de toekomstige maanden, kwartalen of jaren waarin de schade wordt verwacht. Vervolgens voorziet artikel 6:105 BW in twee opties: betaling van een bedrag ineens of betaling van periodiek uit te keren bedragen. In beide gevallen kan de rechter aan de veroordeling voorwaarden verbinden. In het geval van veroordeling tot betaling van periodieke bedragen kan hij in zijn uitspraak ook een wijzigingsbevoegdheid opnemen. De rechter kan bij periodieke vergoeding de aansprakelijke bovendien een verplichting tot zekerheidstelling opleggen, zodat de benadeelde niet het risico loopt dat een kapitaalkrachtige wederpartij na verloop van tijd niet meer in staat is de uitkering te voldoen.³

2.2 Periodieke vergoeding ‘parallel’ met schade

Hoewel de tekst van artikel 6:105 BW grotendeels is gewijd aan de periodieke vergoeding, en in de parlementaire geschiedenis van dit artikel naar deze vergoedingswijze ook de meeste aandacht uitgaat, komt deze variant in de praktijk nauwelijks voor.⁴ Niettemin vermoed ik dat deze wijze van uitkeren voor slachtoffers belangrijke voordelen heeft. De vergoeding loopt zo veel mogelijk ‘parallel’ met de schade: periodieke schade wordt periodiek vergoed. Als schadevergoeding ertoe strekt de benadeelde zo veel mogelijk feitelijk en ten minste financieel te plaatsen in de positie

2 TM, PG Boek 6, p. 365.

3 TM, PG Boek 6, p. 365.

4 Zie o.m. S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personen-schade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 24, Asser/Sieburgh 6-II 2017/42, *M.R. Hebly, Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 85. Vgl. ook HR 13 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3329, *NJ* 1986/246, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*) voor overlijdensschade en HR 27 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0092, *NJ* 1989/48, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Piers*) voor letselschade. Illustratief zijn ook de opmerkingen van slachtoffers in S.D. Lindenbergh, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013, p. 64 en 94.

waarin hij zou hebben verkeerd zonder ongeval, komt een periodieke uitkering daar dan niet meer aan tegemoet dan een som ineens? Zodra de benadeelde komt te overlijden⁵ stopt de uitkering, zodat de aansprakelijke in zoverre geen vergoedingen hoeft uit te keren voor schade die niet daadwerkelijk is geleden. Indachtig het doel van schadevergoeding zou periodieke betaling *eerder regel dan uitzondering* moeten zijn. Veelzeggend is dat verreweg de meeste rechtsstelsels de mogelijkheid van periodieke betaling erkennen, in het bijzonder voor gevallen van langdurige personenschade.⁶

2.3 De som ineens: een lastige beleggings- en bestedingskwestie?

De benadeelde wordt bij periodieke uitkering niet geconfronteerd met de vraag hoe hij een groot geldbedrag het beste kan beleggen of besteden. Het is opmerkelijk dat er een zo sterke voorkeur bestaat voor een bedrag ineens, terwijl maar weinig bekend is over wat slachtoffers precies doen met het geld dat zij ontvangen.⁷ Weliswaar kan het slachtoffer een groot geldbedrag benutten om zinvol te investeren in ‘een nieuw leven’ na het ongeval; buitenlands onderzoek suggereert evenwel dat er een gereede kans bestaat dat het geld op ‘minder verantwoorde wijze’ wordt besteed, en dus niet wordt opzijgezet en belegd ter ongedaanmaking van latere schade.⁸ Dat mag niet verwonderen. Psychologisch onderzoek laat immers bij herhaling zien dat de menselijke geest vooral denkt aan het ‘hier en nu’. Bij afwegingen tussen heden en toekomst heeft het heden

5 Door een oorzaak die losstaat van het ongeval, want anders komt mogelijk overlijdensschade in beeld.

6 U. Magnus (red.), *Unification of Tort Law: Damages*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 204-205. Zie bijv. vergelijkend met het Engelse recht F.F. Anker, J. Duarte en M.C. Samsom, ‘Uitkering voor personenschade: som ineens of periodiek? Een vergelijking met het Engelse recht’, in: F.T. Oldenhuis en H. Vorrseman (red.), *Schadebegroting in letselschadezaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 119-135.

7 Vgl. S.D. Lindenbergh, ‘Vaststelling van letselschade. Veel aandacht voor een fictieve toekomst, weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid’, *MvV* 2008-6, p. 122-124 en dezelfde, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013, p. 7-9.

8 Zie voor verwijzingen J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Monografieën BW nr. B36), Deventer: Kluwer 1992, nr. 46.

in ons brein steeds een streepje voor, en dat leidt niet tot verstandig gedrag vanuit financieel perspectief. Mensen gaan niet steeds verstandig met geld om, omdat er een te grote verleiding uitgaat van onmiddellijke beloningen: liever een beloning nu dan een grotere beloning later. Men spreekt wel van *present bias* of het *immediacy effect*.⁹ Wordt er met een bedrag ineens niet te veel op vertrouwd dat het slachtoffer zal handelen als een rationele *homo economicus* met het oog op zijn financiële belangen in de verre toekomst? Vanuit wetenschappelijk perspectief vallen bij dit mensbeeld de nodige vraagtekens te plaatsen. Het slachtoffer heeft weliswaar de vrijheid om naar eigen inzicht te beschikken over een eenmaal uitgekeerde *lump sum*-vergoeding, maar ten aanzien van letselschadeslachtoffers – die zich nu eenmaal in meerdere opzichten in een kwetsbare positie bevinden, niet in de laatste plaats *vanwege* het ongeval – heeft de rechtspraktijk op dit punt een verantwoordelijkheid. Advocaten moeten het belang van hun cliënt vooropstellen, en het past bij hun rol als *dominus litis* om juist ook de langetermijnbelangen te bewaken waar de cliënt deze zelf uit het oog dreigt te verliezen. Hetzelfde geldt tot op zekere hoogte voor verzekeraars, voor zover zij de gedragsregels van de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) onderschrijven. Die regels stellen immers het belang van het slachtoffer centraal, waaronder ook zal moeten worden begrepen diens belangen in de (verder gelegen) toekomst. Wellicht dat ook het algemene maatschappelijke draagvlak voor de letselschadepraktijk sterker wordt als de publieke beeldvorming minder wordt bepaald door grote *lump sums*: van een periodieke vergoeding voor periodieke schade zal – vermoed ik – meer het signaal uitgaan dat letselschadeprofessionals daadwerkelijk ernst maken met de financiële zekerheid van het slachtoffer op de lange termijn. Want dat is de kern: juist voor de financiële zekerheid van het slachtoffer kunnen periodieke betalingen een belangrijke, beschermende functie hebben. In de woorden van Cropper en Wass:

9 Zie bijv. W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011. Uitgever is W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

‘(...) the claimant is provided with real financial certainty and security that will allow him/her the peace of mind to spend this year’s periodical payment on his/her care needs, safe in the knowledge that there will be another payment made next year and every year for life thereafter.’¹⁰

Bij periodieke vergoeding spelen bepaalde financieel-rekenkundige kwesties niet. Zo speelt de rekenrente geen rol, wat in het bijzonder relevant lijkt in tijden als deze waarin sprake zou zijn van een ‘historisch lage’ rente. De aansprakelijke betaalt immers niet een groot bedrag op de toekomstige schade vooruit, waardoor de rendementsvraag, anders dan bij betaling van een som ineens, niet speelt. Bij periodieke uitkering blijft aldus het investeringsprobleem liggen waar het hoort, namelijk bij de tot schadevergoeding gehouden partij of althans diens verzekeraar (die toch in het algemeen beter in staat zal zijn om daarmee om te gaan dan het slachtoffer). En het probleem van inflatie kan – betrekkelijk eenvoudig – worden ondervangen door aan de veroordeling de voorwaarde te verbinden dat de uitkering periodiek wordt geïndexeerd.¹¹ Wellicht dat op deze manier ook kosten van rekenkundige expertise kunnen worden bespaard.

2.4 Bedragen liggen in beginsel vast

Het is belangrijk om in te zien dat het bij periodieke uitkeringen niet gaat om periodieke *begroting*, maar om gespreide *betaling* aan het slachtoffer.¹² De schadebedragen zijn immers al bij voorbaat begroot. Dat relateert wat mij betreft een vaak gehoord argument voor een som ineens, namelijk dat de benadeelde telkens opnieuw zou worden belast met de schadeafwikkeling, en dat ook de aansprakelijke het dossier niet kan

10 R. Cropper en V. Wass, ‘Periodical Payment Awards and the Transfer of Risk’, in: J.O. Ward en R.J. Thornton, *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Bingley: Emerald Publishing 2009, p. 187.

11 MvA II, PG Boek 6, p. 368.

12 Vgl. F.F. Anker, J. Duarte en M.C. Samsom, ‘Uitkering voor personenschade: som ineens of periodiek? Een vergelijking met het Engelse recht’, in: F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Schadebegroting in letselschadezaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 119.

sluiten.¹³ Ik verwacht dat dat wel meevalt, omdat de bedragen die periodiek moeten worden betaald, zoals gezegd, in beginsel juist vastliggen vanaf het begrotingsmoment. Bij periodieke betaling bestaat in zoverre dus ook het risico van misschatting, zij het dat geen inschattingen nodig zijn voor factoren als rendement, inflatie et cetera. De uitkering is slechts voor verandering vatbaar, voor zover de rechter aan de veroordeling bepaalde voorwaarden verbindt of in zijn uitspraak een wijzigingsbevoegdheid opneemt (op grond van art. 6:105 lid 2 BW). Hoewel de parlementaire geschiedenis op dit punt niet uitblinkt in duidelijkheid, valt er wel uit af te leiden dat periodieke uitkeringen niet om het minste of geringste vatbaar moeten zijn voor wijziging. Dat zou een ‘bron van processen’ vormen, en daarmee zou de rechtszekerheid in het geding komen.¹⁴ Kiest de rechter ervoor om een wijzigingsbevoegdheid op te nemen, dan ligt het dus voor de hand dat hij aangeeft welke feiten en omstandigheden tot wijziging aanleiding kunnen geven, zodat niet elke kleinigheid tot discussie leidt.

Op dit punt valt nog wel wat ervaring op te bouwen. Mogelijk kan de bestaande praktijk van voorbehouden in vaststellingsovereenkomsten daarbij inspiratie bieden. Het is immers niet ongebruikelijk dat partijen de toekomtschade niet definitief regelen, bijvoorbeeld omdat niet alle medische kosten op voorhand te overzien zijn, het letsel in de toekomst mogelijk kan verergeren, of veranderingen worden verwacht in sociale voorzieningen. Tegelijkertijd wordt – uiteraard – niet voor elke eventualiteit een voorbehoud opgenomen. In de letselschadepraktijk lijkt men ten aanzien van deze punten redelijk goed in staat om voortvarendheid, finaliteit en maatwerk tegen elkaar af te wegen.

2.5 *Belang van het slachtoffer prevaleert*

Men zou tegen de periodieke vergoeding kunnen aanvoeren dat dit voor de aansprakelijke bezwaarlijk is, omdat hij wordt opgezadeld met een

13 Bijv. J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Monografieën BW nr. B36), Deventer: Kluwer 1992, nr. 46 en overzichtelijk Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 5.

14 TM, PG Boek 6, p. 365.

terugkerende betalingsverplichting.¹⁵ Wordt een periodieke vergoeding voor permanent verlies van arbeidsvermogen fiscaal belast, dan zou dit inderdaad kunnen resulteren in een forse belastingschade, te dragen door de aansprakelijke.¹⁶ Het lijkt beter dat de vergoeding voor permanent verlies van arbeidsvermogen, ongeacht de wijze waarop deze wordt betaald, niet zou worden belast, zoals in de literatuur wel wordt bepleit.¹⁷ Voorkomen moet worden dat mogelijkheden waarin artikel 6:105 BW uitdrukkelijk voorziet, structureel worden afgesneden door de (dreiging van) fiscale consequenties.

Ook kan bezwaarlijk worden genoemd dat in verband met de periodieke betaling voortdurend reserveringen moeten worden gemaakt door de aansprakelijke of diens verzekeraar. Dat zal zo zijn, maar de vraag is of dat bezwaar er structureel toe moet leiden dat de periodieke betaling geen reële optie vormt. Ik roep in herinnering dat de rechter op grond van artikel 6:105 lid 1 BW de aansprakelijke een verplichting tot zekerheidstelling kan opleggen. Uit het bestaan van die mogelijkheid – en de achterliggende gedachte van bescherming tegen insolventie – kan toch niet anders worden afgeleid dan dat het de *bedoeling* is dat de aansprakelijke met een voortdurende betalingsverplichting kan worden belast, waardoor het slachtoffer een doorlopende zekerheid van betaling verkrijgt, en dus zelfs tot ‘voorbij’ de draagkracht van de aansprakelijke? Daarmee is moeilijk te rijmen dat vorderingen tot betaling van periodiek uit te keren bedragen telkens zouden kunnen worden getorpedeerd met een beroep op de ‘plicht’ van het slachtoffer om de schade te beperken.¹⁸ Praktisch zou de maximaal verzekerde som hier natuurlijk een beperkende factor kunnen vormen: de periodieke uitkering zou immers feitelijk kunnen wegvallen

15 Vgl. Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 5.

16 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 45-46.

17 Zie E. Breedveld, ‘Vergoeding voor letselschade: fiscaal (on)belast?’, *Verkeersrecht* 2016-2, p. 43-45.

18 Het gaat hier strikt genomen ook niet om een kwestie van beperking van schade – het gaat nu juist om toekomstige schade die naar haar aard niet afwendbaar zal zijn – maar om de (vervolg)vraag naar de vergoedingswijze.

wanneer eenmaal de verzekerde som wordt bereikt.¹⁹ De aansprakelijkheidsverzekering biedt in dat geval kennelijk onvoldoende dekking ten opzichte van waar de aansprakelijke jegens het slachtoffer toe gehouden is. Dat zou toch in eerste instantie het probleem van de aansprakelijke moeten zijn, niet dat van het slachtoffer.

Wellicht dat een ander praktisch aspect hier ook meespeelt, namelijk dat van de buitengerechtelijke kosten. Zo koppelt de PIV-staffel de hoogte daarvan aan de hoogte van het uiteindelijke schadebedrag, waarmee impliciet wordt uitgegaan van een bedrag ineens als vergoedingswijze. Als deze praktische kostenbenadering feitelijk leidt tot een ‘rem’ op de periodieke uitkeringen, dan moet daar nog eens goed over worden nagedacht. Denkbaar is dat bij betaling in de vorm van periodieke uitkeringen alsnog een ‘ruwe’ kapitalisatieberekening wordt gemaakt om het ‘belang van de zaak’ in te schatten, specifiek met het oog op de inschatting van wat redelijke kosten zouden kunnen zijn. De bedragen die periodiek moeten worden uitgekeerd, staan immers in beginsel vast.

Bij het voorgaande dient men zich overigens in het algemeen af te vragen hoe zwaar het belang van de aansprakelijke, of diens aansprakelijkheidsverzekeraar, bij de afwegingen in het kader van artikel 6:105 BW weegt. In de literatuur is terecht wel verdedigd dat de belangen van het slachtoffer het zwaarst zouden moeten wegen.²⁰ In diezelfde richting wijst ten slotte artikel 10:102 Principles of European Tort Law:

19 Anders dan bij een som ineens worden de toekomstige schadebedragen immers niet contant gemaakt met een factor die rekening houdt met rendement. Door kapitalisatie kan aldus de vergoeding worden ‘verkleind’ tot onder de verzekerde som, waarna het aan het slachtoffer is om het uitgekeerde bedrag te laten renderen tot boven de verzekerde som.

20 J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Monografieën BW nr. B36), Deventer: Kluwer 1992, nr. 47. Anders bijv. concl. A-G Mok bij HR 13 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3329, NJ 1986/246, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*), nr. 3, ‘aangezien de schadegerechtigde gehouden is mee te werken aan beperking van de schade’.

‘Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate *with particular regard to the interests of the victim.*’

2.6 Opdracht voor de praktijk

Al met al denk ik dus dat er positieve ontwikkelingen te behalen zijn waar het gaat om schadevergoeding in de vorm van periodieke uitkeringen. Wat mij betreft dient *uitgangspunt* te zijn dat schade die periodiek wordt geleden, periodiek wordt vergoed. Dat sluit immers het best aan bij het doel van schadevergoeding: de benadeelde ten minste financieel in de positie plaatsen waarin hij zou hebben verkeerd bij uitblijven van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Artikel 6:105 BW maakt deze wijze van vergoeden uitdrukkelijk mogelijk, maar lijkt op het punt van de periodieke schadevergoeding vooralsnog een dode letter, terwijl er ongetwijfeld slachtoffers zijn die daarmee beter zijn geholpen dan met een bedrag ineens. Wetenschappelijk gezien kan men immers vraagtekens plaatsen bij het idee dat mensen steeds verstandig handelen met het oog op hun verre (financiële) toekomst; een aanname die in feite in de *lump sum*-uitkering besloten ligt. Dat deze vergoedingswijze uiteindelijk duurder kan uitpakken voor de aansprakelijke, betekent allerminst dat het slachtoffer daarop slechts in uitzonderingsgevallen aanspraak zou moeten hebben. De belangenbehartigers van slachtoffers zijn als eerste aan zet: zij moeten deze gevallen herkennen, en de mogelijkheden die artikel 6:105 BW biedt zoveel mogelijk ten gunste van hun cliënt zien te benutten. De belangen van het slachtoffer zouden bij deze afweging zwaarder moeten wegen dan die van de aansprakelijke of diens verzekeraar. Ook van de rechter mag op dit punt welwillendheid worden verwacht.

3. Kapitalisatie

3.1 Rekenrente ter discussie

Dan de kapitalisatie. Ook ten aanzien van het gebruikelijke gekapitaliseerde bedrag ineens voor toekomstige schade vallen er wat mij betreft nog lessen te leren. Kapitaliseren komt er – kort gezegd – op neer dat bedragen die in de toekomst aan het slachtoffer ter beschikking moeten staan, worden herleid tot een enkel totaalbedrag op een bepaalde

peildatum.²¹ Daarbij spelen rendement en inflatie een belangrijke rol. Rendement, omdat het slachtoffer in feite een *vervroegde* betaling ontvangt en het geld in de ‘tussentijd’ kan laten renderen. En inflatie, omdat de waarde van geld vermindert: voor hetzelfde bedrag kan men effectief minder kopen naarmate de tijd verstrijkt. Rendement en inflatie bepalen in het algemeen de zogenoemde ‘rekenrente’. Lange tijd is ‘standaard’ een rendement van 6% en een inflatie van 3% aangehouden – per saldo een rekenrente van 3% – maar dat lijkt in het huidige tijdsgewricht onhoudbaar.²² Ook rechters geven zich inmiddels rekenschap van het huidige renteklimaat door lagere rekenrentes te hanteren.²³ Dat getuigt weliswaar van meer realiteitszin, maar de onzekerheid die nu op dit vlak heerst, lijkt uiteindelijk onhoudbaar. Het is dan ook te betreuren dat het lot van de conceptrichtlijn Rekenrente van De Letselschade Raad onzeker is.²⁴

3.2 Een kwestie van rechtszekerheid en redelijkheid

De onzekerheid omtrent de rekenrente steekt schril af tegen de fixatie van de wettelijke rente van artikel 6:119 BW. De wettelijke rente dient, als ik het goed zie, het omgekeerde doel van dat van de rekenrente. Bij wettelijke rente gaat het om de compensatie van nadeel wegens vertraging van betaling; met de rekenrente wordt het voordeel wegens vervroeging van betaling weggecijferd.²⁵ De wettelijke rente is gefixeerd, met het oog op de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht: geschillen over

-
- 21 M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 86 e.v., S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 24
- 22 Zie o.m. R.M.J.T. van Dort, ‘Fiscale opfrisser, een opmerkelijk vonnis en de rekenrente naar minder dan 2%’, *TVP* 2014-1, p. 8-17 en J.G. Keizer, ‘WaARBorgen dat het slachtoffer zijn toekomstschade daadwerkelijk kan dragen’, *L&S* 2018-3, p. 6-15.
- 23 Rb. Zeeland-West-Brabant 9 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3178, *JA* 2019/139, Rb. Midden-Nederland 25 september 2019, *JA* 2019/174 m.nt. J. Laumen-de Valk en Rb. Gelderland 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4509.
- 24 Website Letselschade Raad, ‘Conceptrichtlijn Rekenrente nog in ontwikkeling’, https://deletselschaderaad.nl/?post_type=actueel&p=1353 (geraadpleegd 24 januari 2020).
- 25 Vgl. C.J.M. Klaassen, ‘Het ontstaansmoment van schade in relatie tot de verschuldigdheid van wettelijke rente en faillissement’, in: C.J.M. Klaassen en A.J.

het bestaan en de omvang van de concrete verdragingschade worden zo voorkomen. Ten aanzien van de rekenrente zouden de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht uiteindelijk ook moeten prevaleren.

Bij de zoektocht naar een oplossing lijkt het mij bovendien belangrijk om voor ogen te houden wat we precies doen bij het verrekenen van potentieel rendement. Men zou kunnen zeggen dat het hier niet zozeer draait om begroting van toekomstschade – de toekomstige schadebedragen zijn als zodanig namelijk al vastgesteld in een eerdere gedachtestrategie – maar om een vorm van voordeelstoerekening.²⁶ Door de vooruitbetaling van die bedragen, in de vorm van een som ineens, ontstaat ‘naast schade tevens voordeel’, namelijk het voordeel in de vorm van rendement op de vergoeding. De consequentie van deze gedachtestrategie is dat de discussie over de rekenrente ook moet worden gevoerd in het licht van artikel 6:100 BW. Dat betekent dat het verwachte rendementsvoordeel slechts in rekening wordt gebracht voor zover dit *redelijk* is. De rendementskwestie draait wat mij betreft dus niet alleen om cijfers, maar wordt uiteindelijk beheerst door de redelijkheid. Deze benadering brengt bovendien met zich dat het in beginsel aan de *gedaagde* is om te stellen en bij (voldoende gemotiveerde) betwisting te bewijzen dat eiser een rendementsvoordeel zal genieten.²⁷

Wat mij betreft is het in het algemeen redelijk om de benadeelde op het punt van het verwachte rendement het ‘voordeel’ van de twijfel te geven. Dat betekent dat mag worden uitgegaan van een zeer bescheiden rendement (of de rendementsverdiscontering zelfs geheel achterwege kan

Akkermans, *Het moment van ontstaan van schade*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 18, die spreekt van een ‘korting’.

26 Vgl. M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, ‘Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht’, in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Schadebegroting en tijdsverloop* (preadviezen 2016), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 355.

27 Vgl. HR 12 januari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB4520, *NJ* 1973/177 m.nt. A.R. Bloembergen (*Stichting Nutziekenfonds/Mahieu*) en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*).

worden gelaten) omdat het niet redelijk is de benadeelde bloot te stellen aan een al te groot risico dat het verwachte rendement uiteindelijk niet haalbaar blijkt. De rekenrentediscussie moet dus niet primair in het teken staan van vrees voor ‘over- of ondercompensatie’, maar van de vraag in hoeverre het redelijk is de benadeelde met het risico op te zadelen dat hij met een bij voorbaat betaalde som ineens zijn schade in de verre toekomst niet zal kunnen dekken. Wat mij betreft moet meer structureel de kans worden geaccepteerd dat het slachtoffer rendementsvoordeel zou kunnen genieten op het hem toegekende bedrag. Dat lijkt me redelijk, zeker wanneer het óók vanwege de belangen van de aansprakelijke is dat wordt gekozen voor betaling van een som ineens als alternatief voor periodiek uit te keren bedragen: een optie waarbij per slot van rekening minder risico’s komen te liggen bij het slachtoffer (zie hiervoor). Uit het arrest *Van Straaten/Brandt* volgt bovendien dat van voordeelstoerekening slechts sprake kan zijn indien een voordeel werkelijk is genoten, of naar redelijke verwachtingen daadwerkelijk genoten zal worden.²⁸ Dat impliceert een zekere terughoudendheid met het verrekenen van ‘abstracte’ voordelen. Weliswaar is niet uitgesloten dat ten behoeve van de ‘eenvormige beoordeling’ wordt gekozen voor een meer abstracte benadering van het toe te rekenen voordeel – bijvoorbeeld door het hanteren van een richtlijn waarmee percentages op zaakoverstijgend niveau worden vastgelegd, bijvoorbeeld voor een periode van een paar jaar – maar ook daarbij dient een bescheiden toerekening van rendementsvoordeel wat mij betreft uitgangspunt te zijn.²⁹ Het lijkt tenslotte vooral een fictie dat iedere schadevergoeding renderend over de volledige looptijd wordt belegd: we weten, zoals gezegd, maar weinig over wat slachtoffers precies doen met het geld dat aan hen wordt uitgekeerd.

3.3 *Kapitalisatiepeildatum in het verleden*

Waar het gaat om kapitalisatie van toekomstschade, valt nog een andere les te leren. Sinds zijn beruchte *Peildatum*-arresten staat de Hoge Raad

28 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/122 (*Van Straaten c.s./Brandt c.s.*), r.o. 4.5.

29 Zie over voordeelstoerekening in effectenleasezaken HR 3 februari 2017, ECLI: NL:HR:2017:164, *NJ* 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/De Vries*), r.o. 3.6.2.

toe dat *reeds geleden* schade wordt gekapitaliseerd, oftewel met een kapitalisatiepeildatum in het verleden. Over de berekende geldsom wordt dan wettelijke rente berekend per kapitalisatiepeildatum.³⁰ Daarmee wordt afgeweken van de systematiek van artikel 6:105 BW, die uitgaat van schade die op het tijdstip van de *beoordeling* reeds is ingetreden en schade die op dat moment toekomstig is. De reden om deze wat vreemde manier van schadeberekenen toe te staan moet worden gevonden in het vóór 1992 geldende recht.³¹ De truc voorkomt dat het slachtoffer veel wettelijke rente zou mislopen wanneer de rente, kort gezegd, niet periodiek was aangezegd. Onder huidig recht bestaat dit probleem niet meer en verliest de constructie haar functie. Wel leidt de benadering tot onzekerheid en discussie, omdat zij inconsistent is. Er wordt een schadebedrag berekend naar een peildatum in het verleden (alsof het per dat moment gaat om toekomstige schade), maar volgens de Hoge Raad mag niet worden weggekeken van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan in de periode tussen die peildatum en de schadevaststelling.

Terecht is op de mogelijkheid van kapitalisatie met een peildatum in het verleden zeer kritisch gereageerd in de literatuur. Ook ik heb in mijn proefschrift betoogd dat de Hoge Raad moet terugkomen op zijn eerdere *Peildatum*-arresten.³² Wat mij betreft moet de ‘vrijheid’ van de rechter om ‘toekomstige schade’ te kapitaliseren naar een peildatum in het verleden worden beperkt tot gevallen waarin de wettelijke rente onder oud recht aan de orde is. Ondanks de gelijklopende voorzet van A-G Hartlief³³ houdt de Hoge Raad in 2019 in het *Betonpalen*-arrest vast aan de

30 HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, *NJ* 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (*Eerste Peildatum-arrest*), HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7884, *NJ* 2003/603 en *AV&S* 2003, p. 214 e.v. m.nt. R.Ph. Elzas (*Tweede Peildatum-arrest*) en HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, *NJ* 2012/613 (*Derde Peildatum-arrest*).

31 M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 93-96.

32 M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 99.

33 Concl. A-G Hartlief bij HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, *RvdW* 2019/933, nr. 3.27.

lijn van zijn eerdere *Peildatum*-jurisprudentie.³⁴ Het is de praktijk niet-temin sterk aan te raden om ver weg te blijven van de constructie van de peildatum in het verleden, en de kapitalisatiemethode uitsluitend toe te passen ten aanzien van *daadwerkelijk* toekomstige schade. Dat voorkomt onzekerheid en onnodige discussie.

4. Immateriële schade: begrotingsmoment en smartengeld³⁵

4.1 Immateriële schade als duurschade

We stappen over naar het derde onderwerp: de vergoeding van immateriële schade. Ook daarbij speelt het probleem dat het doorgaans gaat om doorlopende schade die pleegt te worden herleid tot een enkel schadevergoedingsbedrag. Dat roept de vraag op naar welk moment de immateriële schade moet worden begroot, en vanaf welk moment de wettelijke rente over het smartengeld zou moeten lopen.

Bij de vaststelling van het smartengeld zijn de gevolgen van het letsel voor de benadeelde van belang. Daaruit moeten immers de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn en het gemis aan levensvreugde voor de benadeelde worden afgeleid, hoe lastig deze ook kunnen worden geobjectiveerd.³⁶ Vooral bij langdurig en blijvend letsel is duidelijk dat deze gevolgen zich ontvouwen over een langere periode: het slachtoffer ondergaat opeenvolgende pijnlijke behandelingen, doet verschillende pogingen tot re-integratie, kan voor de rest van zijn leven zijn favoriete sport niet meer beoefenen, moet nog jarenlang dag in dag uit leven met zijn

34 HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, *RvdW* 2019/933, r.o. 3.2.

35 Deze paragraaf vormt een verkorte weergave van mijn eerder verschenen bijdrage M.R. Hebly, 'Wettelijke rente over smartengeld wegens letsel. Pleidooi voor een consistent uitgangspunt', *Verkeersrecht* 2019-11, p. 392-397. Dat artikel was op zijn beurt gebaseerd op mijn proefschrift, M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 209-213.

36 HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, *NJ* 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druifff/Bouw*) en S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 28.

beperkingen, et cetera. Uit het veroorzaakte letsel vloeien gedurende een langere periode opeenvolgend allerlei immateriële nadelen voort. Goed beschouwd neemt de immateriële schade dus per saldo toe naarmate deze gevolgen zich met de tijd laten voelen.

Immateriële schade door langdurig of blijvend letsel moet dus vooral worden gezien als een vorm van *duurschade*.³⁷ Dat betekent dat immateriële schade dus ook toekomstige schade is voor zover de nadelige gevolgen zich uitstrekken tot voorbij het oordeelsmoment. Het is gebruikelijk om vergoeding te vorderen van ‘geleden en nog te lijden immateriële schade’, en artikel 6:105 BW is hier dus ook van toepassing.³⁸ De rechter moet de geleden immateriële schade begroten aan de hand van alle feiten en omstandigheden die zich tot aan het moment van zijn beoordeling hebben voorgedaan. Daarnaast begroot hij de nog te lijden immateriële schade bij voorbaat, na afweging van goede en kwade kansen.³⁹

4.2 *Problematische fictie: schade wordt geleden op ongevalsmoment*

Problematisch is echter dat doorgaans wordt uitgegaan van de fictie dat de gehele immateriële schade wordt geleden op het moment van het ongeval.⁴⁰ Dat leidt er dan toe dat de aanspraak op smartengeld direct wettelijke rente draagt. Als ervan wordt uitgegaan dat alle immateriële schade

37 M.R. Hebly, ‘Begroting van immateriële schade: over de betekenis van de duur van het lijden bij blijvend en bij dodelijk letsel’, *TVP* 2019-2, p. 27.

38 Concl. A-G Hartkamp bij HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, *NJ* 1992/714 (*AMC/O*), S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 230 en M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 203.

39 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.’

40 S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 28. In dit verband wordt wel verwezen naar HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, *NJ* 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (*Eerste Peildatum-arrest*), r.o. 3.11, hoewel de Hoge Raad hier niet principieel beslist. Zie in het kader van de verjaring (naar oud recht)

onmiddellijk met het ongeval wordt geleden, dan ligt het bovendien voor de hand om het smartengeld vast te stellen op grond van het smartengeld-niveau ten tijde van het ongeval.⁴¹ Door te kijken welke bedragen *destijds* in vergelijkbare gevallen werden toegewezen, ontstaat een beeld van het ‘smartengeldpeil’ op het moment van het ongeval. Voor een ongeval uit 1996 betekent dit bijvoorbeeld dat de rechter de smartengeldbundel uit 1996 gebruikt om de schade te waarderen naar de billijkheidsmaatstaven van 1996. Het bedrag dat aldus wordt vastgesteld, wordt vervolgens vermeerderd met wettelijke rente.

Deze benadering is inconsistent, omdat de rechter alle inmiddels opgekomen feiten en omstandigheden op het moment van zijn beoordeling moet meewegen.⁴² Op het moment van het ongeval zijn de feitelijke gevolgen daarvan doorgaans nog niet goed te overzien, of soms zelfs volstrekt onduidelijk, bijvoorbeeld omdat het herstel van het slachtoffer zich nog niet laat voorspellen. De feitenrechtspraak laat zien dat de praktijk hiermee worstelt.⁴³ Regelmatig wordt het smartengeld pas na verloop van jaren vastgesteld, op basis van wat er met het verstrijken van de jaren bekend is geworden over de ontwikkelingen van het slachtoffer. In dit soort gevallen rijst de vraag of het smartengeld moet worden vastgesteld naar ‘maatstaven van toen’ of naar ‘maatstaven van nu’. De Hoge Raad heeft op dit punt nog geen principiële beslissing genomen. Men lijkt ervan uit te gaan dat het tot de vrijheid van de rechter mag worden gerekend de schade te begroten naar datum ongeval dan wel datum waardering. Omdat de gevolgen nogal kunnen verschillen, ligt hier structureel een strijdpunt op de loer. Dat is onwenselijk en onnodig.

HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3686, *NJ* 2001/655 (*Van Brakel/Diaconessenhuis*), r.o. 3.3.

41 S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld en wettelijke rente’, *A&V* 2000-6, p. 137 en S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 28.

42 Vgl. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.18.

43 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461, r.o. 4.15, Rb. Gelderland 11 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5285, *JA* 2019/27 r.o. 4.4-4.8,

4.3 *Oplossing: moment van beoordeling is in alle opzichten beslissend*

Wat mij betreft is het tijd voor een principiële keuze: het moment van de rechterlijke beslissing moet in alle opzichten beslissend zijn.⁴⁴ Dus voor wat betreft de feiten en omstandigheden die de rechter bij zijn waardering betreft, de maatstaven ter vaststelling van het smartengeld en de looptijd van de wettelijke rente. Ook voor de buitengerechterlijke afwikkeling lijkt mij dit het beste uitgangspunt. Ik zie hiervoor een aantal argumenten.

Ten eerste is de waardering naar datum ongeval inconsistent: men gaat uit van de fictie dat de immateriële schade in het geheel is geleden op het moment van het ongeval, maar de gevolgen van het ongeval laten zich op dat moment doorgaans nog niet goed inschatten. De schade wordt begroot op grond van concrete feiten en omstandigheden die zich in de periode na het ongeval voordoen. In voorkomende gevallen gaat het om ontwikkelingen van vele jaren tussen het moment van het ongeval en het uiteindelijke moment van begroting.

Daarnaast kan de waardering naar datum ongeval ertoe leiden dat de benadeelde een aanzienlijke som wettelijke rente pakt over het smartengeld, waarvoor ik geen goede rechtvaardiging zie. Natuurlijk had het slachtoffer bij onmiddellijke uitkering eerder kunnen beschikken over het smartengeld en daarop mogelijk rendement kunnen maken. Maar nu het doorgaans gaat om *duurschade*, die wordt geleden in de periode na het ongeval en die zich na verloop van tijd concreter laat vaststellen, zie ik geen reden om uit te gaan van onmiddellijke opeisbaarheid. De door mij voorgestelde benadering lost bovendien complicaties op die kunnen optreden wanneer het ingangsmoment van de wettelijke rente zich niet goed laat bepalen omdat de schadeveroorzakende ‘gebeurtenis’ niet op een enkel moment plaatsvindt maar een langere tijdsperiode beslaat,

44 Vgl. M.R. Hebly en S.D. Lindenberg, ‘Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht’, in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Schadebegroting en tijdsverloop* (preadviezen 2016), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 352. Zie ook Y. Bosschaart, annotatie bij Hof Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2753, *JA* 2020/4.

zoals het geval kan zijn bij langdurig seksueel misbruik⁴⁵ of regelmatige mishandeling.⁴⁶

De aansprakelijke kan zich pas van zijn verbintenis kwijten vanaf het moment dat minstens *bepaalbaar* is op welk bedrag het slachtoffer aanspraak heeft. Anders dan de vergoeding van vermogensschade wordt smartengeld *naar billijkheid* vastgesteld. Het is uiteindelijk aan de rechter om te oordelen wat billijk is. En hij doet dat dus mede op basis van de ongevalsgevolgen voor zover die hem inmiddels bekend zijn. Dat betekent dat tot het moment waarop de rechter oordeelt structureel onzeker is op welk bedrag het slachtoffer precies aanspraak heeft. Het spreekt daarom niet aan om ervan uit te gaan dat de aansprakelijke sinds het ongeval in verzuim is met betaling. De aansprakelijke heeft op het moment van het ongeval geen redelijke mogelijkheid tot directe voldoening. Daarom zou wat mij betreft de wettelijke rente pas moeten lopen vanaf het moment waarop een concreet bedrag aan smartengeld is vastgesteld.

Ook een ander aspect is hier nog van belang. Het mag niet verbazen dat de discussie over begroting ‘naar normen van toen’ of ‘naar normen van nu’ sterker wordt gevoerd in een tijd waarin een vrij brede consensus bestaat dat een algemene verhoging van het smartengeldpeil wenselijk is.⁴⁷ Die

45 Zie bijv. Rb. Gelderland 14 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5524, Hof Den Bosch 25 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3326 en Hof Amsterdam 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4200, *JA* 2011/171. Het Hof Arnhem-Leeuwarden ging in een zaak over meermalig seksueel misbruik over tot veroordeling ‘ex aequo et bono’ van € 15.000 aan wettelijke rente over het smartengeld omdat de schade ‘op meerdere tijdstippen in die periode is ontstaan, respectievelijk is vergroot’. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 6 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5859, r.o. 4.6.

46 In een dergelijk geval sloot bijv. de Rechtbank Gelderland voor de ingangsdatum van de wettelijke rente aan bij een moment in het midden van de periode waarbinnen de mishandelingen hebben plaatsgevonden. Zie Rb. Gelderland 9 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2398, *NJFS* 2014/138.

47 Zie o.m. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75 e.v., T. Hartlief, ‘Een steen in stilstaand water’, *NJB* 2014/1723, C.C. van Dam, ‘Begroting en verhoging van het smartengeld, Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten’, *VR* 2013/93, N. Frenk, ‘De waarde van smartengeld. Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties’, *VR*

ontwikkeling zet natuurlijk druk op de vraag welk smartengeldniveau te gelden heeft: het niveau ten tijde van het ongeval, of het niveau ten tijde van het oordeel? De veranderende opvattingen met betrekking tot het smartengeld laten zich lastig meewegen in het oordeel van de rechter, als hij steeds zou moeten teruggrijpen op het smartengeldniveau ten tijde van het ongeval. Vaststelling naar billijkheid betekent, wat mij betreft, dat de rechter moet oordelen naar de actuele maatschappelijke opvattingen over compensatie van leed.⁴⁸ Dat kan dus betekenen dat de rechter tot een hoger bedrag aan smartengeld komt dan wanneer hij het smartengeldpeil ten tijde van het ongeval zou hanteren. Dat zou winst kunnen zijn voor het slachtoffer. Daar staat tegenover dat de aansprakelijke niet direct vanaf het ongeval wettelijke rente verschuldigd is over het vastgestelde bedrag.

5. Resumé

Het verdient aanbeveling dat de letselschadepraktijk serieuze aandacht gaat besteden aan de periodieke vergoeding. Betaling van periodiek uit te keren bedragen lijkt – meer dan een som ineens – tegemoet te komen aan het hoofddoel van schadevergoeding: de benadeelde zo veel mogelijk feitelijk en ten minste financieel plaatsen in de positie waarin hij zonder ongeval zou hebben verkeerd. Daarom zou de periodieke betaling *eerder regel dan uitzondering* moeten zijn. Niet voor niets biedt de wet deze mogelijkheid en er zullen, naar ik vermoed, daadwerkelijk slachtoffers zijn die daar uiteindelijk beter mee geholpen zijn dan met een som ineens.

Als het gaat om kapitalisatie van toekomstschade, moet worden gestreefd naar stabiliteit met betrekking tot de rekenrente. Rechtszekerheid en hanteerbaarheid moeten hier prevaleren. Wat mij betreft draait het niet zozeer om een cijferkwestie, maar vooral om de vraag wat redelijk is, omdat

2013/92, S.D. Lindenbergh, ‘De waarde van smartengeld’, *I/R* 2013/97, J.F. Roth, ‘Smartengeld: naar een hogere vergoeding’, *L&S* 2015-4, p. 3-4 en M.R. Hebly, ‘Strafrechter wijst “recordbedrag” aan smartengeld toe. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532’, *L&S* 2018-3, p. 45-46.

48 Vgl. Rb. Gelderland 11 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5285, *JA* 2019/27, r.o. 4.4-4.8.

het in feite gaat om een vraag van voordeelstoerekening. De rekenrente-discussie moet primair in het teken staan van de vraag in hoeverre het redelijk is de benadeelde met het risico op te zadelen dat hij met een bij voorbaat betaalde som ineens zijn schade in de verre toekomst niet zal kunnen dekken. Wat mij betreft zou meer structureel de kans moeten worden geaccepteerd dat het slachtoffer rendementsvoordeel zou kunnen genieten op het hem toegekende bedrag: de som ineens mag in zoverre dus best 'een onsje meer zijn'.

Daarnaast verdient aanbeveling om onder huidig recht niet te kapitaliseren naar een peildatum in het verleden, ook al laat de Hoge Raad die mogelijkheid voortbestaan. De constructie leidt tot onzekerheid en discussie, omdat zij inconsistent is, en heeft onder het sinds 1992 geldende recht geen functie meer.

Ten aanzien van de aanspraak op smartengeld moet een principiële keuze worden gemaakt wat betreft het begrotingsmoment en het aanvangsmoment van de wettelijke rente. Wat mij betreft is het moment van het rechterlijke oordeel in alle opzichten beslissend, dus voor wat betreft de feiten en omstandigheden die de rechter bij zijn waardering betreft, de maatstaven ter vaststelling van het smartengeld en de looptijd van de wettelijke rente.