

62 Gedeelde smart, tweemaal vergoeden?

Over het opdelen van smartengeldanspraken in verschillende bedragen

S.D. Lindenbergh *

Wie had dat gedacht? Anno 2020 oordeelt de strafrechter vele malen vaker dan zijn civiele collega over letselschadevorderingen. De verklaring daarvoor ligt in de gelijktijdige wijziging van het voegingscriterium voor schadevergoedingsvorderingen in het strafproces (van ‘eenvoudig van aard’ naar ‘geen onevenredige belasting van het strafproces’)¹⁾ en invoering van de ‘voorschotregeling’,²⁾ waarmee de overheid in geval van gewelds- en zedenmisdrijven (en bij andere misdrijven tot € 5.000)³⁾ in feite betaling garandeert. En inmiddels is het ook ‘wettenschappelijk bewezen’: de civiele procedure wordt door slachtoffers van misdrijven niet benut.⁴⁾

Zien we hier een ‘verstraffing’ van het privaatrecht?⁵⁾ Dat valt te bezien, want de vordering van de benadeelde partij wordt in het strafproces beoordeeld naar de maatstaven van het materiele civiele recht.⁶⁾ Daarmee is niet gezegd dat dat niet leidt tot ‘straffe oordelen’⁷⁾ en soms ook tot wat rechterlijke ongehoorzaamheid aan de civielrechtelijke maatstaven,⁸⁾ maar over het geheel genomen lijkt de strafrechter met zijn nieuwe rol aardig uit de voeten te kunnen, zo illustreren de inmiddels enorme aantallen toewijzingen van benadeeldepartijvorderingen in het strafproces.⁹⁾

De betrekkelijk lage drempel voor beoordeling van civiele vorderingen in het strafproces leidt bovendien tot een keur aan rechterlijke oordelen, soms tot op hoog rechterlijk niveau, soms over feitenconstellaties die het in het civiele proces waarschijnlijk niet zo ver zouden hebben gebracht. Wanneer heeft de civiele kamer van de Hoge Raad bijvoorbeeld laatstelijk mogen oordelen over aansprakelijkheid voor een kapotte stofzuiger?¹⁰⁾

Zo zien we een deel van de rechtsontwikkeling in het schadevergoedingsrecht verschuiven van het civiele naar het strafproces. En zo worden soms interessante kwesties aan de rechter voorgelegd.

Een verkeersongeval en een delict

Een zaak die in het bijzonder mijn aandacht trok is de aanrijding van een fietser door een automobilist met ernstig letsel tot gevolg. De fietser:

‘Er is mij anderhalve week na het ongeval uitgelegd dat ik betrokken ben geraakt bij een verkeersongeval en dat ik daardoor een complete dwarslaesie (gebroken borstwervel) heb opgelopen. Mijn dwarslaesie houdt in dat ik vanaf mijn navel verlamd ben. Daarnaast heb ik mijn nek op twee plekken gebroken. Ik heb daardoor een maand lang een nekraag gedragen om verdere verlamming te voorkomen. Mijn gezicht was gebroken, waaronder mijn oogkas. In mijn schedel zat een scheur van zeven millimeter. Deze hebben ze kunnen terugbrengen naar twee millimeter. Ze hebben daar een plaat in geplaatst. Verder was mijn neus gebroken evenals mijn onder- en bovenkaak, er missen twee voortanden, ik heb en had hersenkneuzingen en -bloedingen, ik had een ingeklapte long aan de rechterzijde, een gekneusde ribbenkast, mijn linker elleboog was op drie plaatsen gebroken, van mijn linkervoet was de enkel verbrijzeld en gebroken en van mijn rechervoet waren alle pezen afgeknapt. Door dit letsel heb ik bijna twee maanden heftige pijnstilling moeten slikken. Ik heb inmiddels drie zware operaties ondergaan, om zagezgd weer “gemaakt” te worden.’¹¹⁾

Dat zou – afgezien van de ernst van het letsel – een ‘gewoon’ verkeersongeval kunnen zijn, waarin het aansprakelijkheidsrecht op overzichtelijke wijze voorziet met een voor ongemotoriseerden royaal aansprakelijkheidsregiem, gedekt door een verplichte verzekering. Maar in dit geval was er meer aan

* Prof. mr. S.D. Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij dankt Daan van Broeckhuijsen voor onderzoeksassistentie. Deze publicatie verscheen eerder in M. Sombroek c.s. (red.), *Cum Suis*, vriendenboek Carel Stolker, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 63-69.

1. Art. 361 lid 3 Sv.
2. Art. 36f lid 7 Sr.
3. Art. 36f lid 7 Sr.
4. W.M. Schrama & T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten. De rol van de civiele procedure: gebruik, knelpunten en oplossingsrichtingen*, Den Haag: WODC 2012 en R.S.B. Kool, M.R. Heblj, D.P. van Uhm, L. Orvini, C.R.R. Loeve & I. Giesen, *Schadeverhaal na een strafbaar feit via de kantonrechter. Een verkennend dossieronderzoek*, Den Haag: WODC 2014.
5. Vgl. C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995.
6. Zo onder meer HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379 m.nt. W.H. Vellinga (Overzichtsarrest vordering benadeelde partij).
7. Vgl. de toewijzing van ruim € 2.800.000 aan twee Amerikaanse slachtoffers van een steekpartij met terroristisch motief op het Centraal Station in Amsterdam: Hof Amsterdam 16 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3077.
8. Vgl. HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2923 (toewijzing van smartengeld wegens geldopname met een gestolen pinpas verdient heroverweging).
9. R.S.B. Kool, P. Backers, J.M. Emaus, F.G.H. Kristen, O.S. Pluimer, D.P. van Uhm, E.M. van Gelder, *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Utrecht: Utrecht Centre for Accountability and Liability Law 2016.
10. Vgl. HR 21 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:773, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (strafkamer).
11. Rb. Noord-Nederland 3 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5006, *PS-Updates.nl* 2019-1355, VR 2020/132.



Laat leed zich opdelen in het fysieke leed en het geschokte rechtsgevoel?



de hand. De automobilist reed rond middernacht zonder geldig rijbewijs in op een groep fietsers, reed na het ongeval door, heeft ook toen hij eenmaal was opgespoord aan het slachtoffer taal noch teken gegeven en is na het ongeval alle medewerking blijven weigeren waardoor de benadeelde lange tijd heeft moeten zoeken naar de relevante WAM-verzekeraar.

Toen de WAM-verzekeraar eenmaal was gevonden, is daarmee de schaderegeling opgepakt, uiteraard ook voor het smartengeld. Het slachtoffer heeft zich niettemin gevoegd in het strafproces tegen de automobilist, met een separate smartengeldvordering. De advocaat heeft die als volgt toegelicht:

‘Smartengeld heeft twee functies, te weten het goed maken van het door de benadeelde ondergane leed (compensatiefunctie) en het bevredigen van het geschokte rechtsgevoel van de getroffene door het verlangen van een opoffering van de wederpartij (genoegdoeningsfunctie). In dit geval neemt de verzekeraar van het bij het ongeval betrokken motorvoertuig de compensatiefunctie voor haar rekening. De verzekeraar heeft de aansprakelijkheid aanvaard voor de geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade. Over de vergoeding van deze schade vinden onderhandelingen plaats met de verzekeraar. De vordering tot toekenning van smartengeld in het kader van deze strafzaak ziet op de genoegdoeningsfunctie. Het slachtoffer vordert in deze strafzaak smartengeld wegens de aantasting in zijn persoon op andere wijze, zoals bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. De vordering ziet niet op vergoeding van de (immateriële) gevolgen (gevolgschade), maar op vergoeding van immateriële schade die bestaat uit de schending van zijn fundamentele rechten *als zodanig*. De gevorderde schadevergoeding is niet zozeer gericht op concreet herstel en compensatie van geleden schade, maar is meer gericht op sanctionering en erkenning. Het gaat daarbij om het verwijt dat het slachtoffer de verdachte maakt. De schending van een fundamenteel recht kan een zelfstandige grondslag voor smartengeld opleveren. (...) Bij schending van een fundamenteel recht is de schending *als zodanig* immateriële schade en geeft die schending *als zodanig* recht op smartengeld. Verdachte heeft buitensporig onrechtmatig gehandeld jegens het slachtoffer. (...) Deze grove normschending en aantasting van de fundamentele rechten van het slachtoffer rechtvaardigen het toekennen van een immateriële schadevergoeding van € 30.000,00.’

De rechtbank voelt er evenwel niet voor:

‘De rechtbank is van oordeel dat de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat in dit geval sprake is van een aantasting in de persoon van het slachtoffer op andere wijze, ongeacht of kan worden vastgesteld dat het slachtoffer geestelijk letsel heeft opgelopen. (...) De rechtbank is echter van oordeel dat deze aantasting in de persoon en het daaruit voortvloeiende recht op schadevergoeding niet los kunnen worden gezien van de door het ongeval veroorzaakte materiële en immateriële gevolgschade. Deze vormen van schade zijn naar het oordeel van de rechtbank zozeer met elkaar verweven dat het niet mogelijk is om een afzonderlijke schadevergoeding toe te kennen voor de vastgestelde aantasting in de persoon. De schendingen van het zelfbeschikkingsrecht en het recht op leven hangen nauw samen met de door het ongeluk veroorzaakte verlamming en de gevolgen daarvan. Deze omstandigheden spelen eveneens een grote rol bij de door het ongeluk veroorzaakte gevolgschade. De gevolgschade is bewust buiten de onderhavige vordering gelaten. Nu nog niet bekend is welke bedragen zullen worden toegekend ter vergoeding van de materiële en immateriële gevolgschade, kan de rechtbank niet beoordelen of daarnaast nog plaats is voor toekenning van een (aanvullende) schadevergoeding wegens de aantasting in de persoon. Verder is de rechtbank van oordeel dat ook de door de raadvrouw benoemde functies van smartengeld in een geval als dit niet los van elkaar kunnen worden gezien. Daartoe overweegt zij dat een vergoeding van materiële en immateriële gevolgschade ook reeds een vorm van genoegdoening in zich draagt.’

Gedeelde smart?

De vraag die hier voorligt, is of het leed dat de benadeelde in dit geval lijdt zich laat opdelen in enerzijds het leed als gevolg van de fysieke beperkingen en anderzijds het door de aard van de gedragingen geschokte rechtsgevoel. De daarmee samenhangende vraag is of dit tot twee verschillende smartengeldbedragen moet leiden. En op de achtergrond speelt bovendien de vraag of de aansprakelijkheid van de automobilist in het strafgeding kan worden gescheiden van de aansprakelijkheid waarvoor de WAM-verzekeraar buiten rechte opkomt.

Hoewel het in Nederland niet gebruikelijk is,¹² is denkbaar – in andere landen gebeurt het ook wel – dat verschillende categorieën leed worden onderscheiden. Zo is het missen van een been iets anders dan het missen van een vingerkootje en is het goed denkbaar om ieder afzonderlijk in een smartengeldbedrag uit te drukken. Denkbaar is ook om ten aanzien van het missen van een been te onderscheiden tussen de gemiste functies en de ontsiering van het lichaam. Zo kent het Belgische recht wel afzonderlijke vergoedingen voor ‘*pretium doloris*’ en ‘esthetische schade’. Ook kunnen de gevolgen van het missen van een been (niet meer kunnen voetballen, schaatsen, etc.) worden onderscheiden van de woede die roekeloos rijgedrag kan oproepen, maar een dergelijk onderscheid is al moeilijker in

12. Een bijzondere uitzondering is de vergoeding van ‘affectieschade’ naast vergoeding van ‘shockschade’, waarover S.D. Lindenbergh, ‘Affectieschade’ en ‘shockschade’, onderscheid, samenloop, vooruitblik’, *TVP* 2018/4, p. 142-147.

verschillende smartengeldbedragen om te zetten. De poging van de advocaat van het slachtoffer in de geschetste zaak om een 'knip' aan te brengen tussen de verschillende functies van smartengeld en dit te laten resulteren in een ten behoeve van genoegdoening afgesplitst smartengeldbedrag, past niet goed bij de Duitse achtergrond van de aan het smartengeld wel toegedachte genoegdoeningsfunctie.¹³⁾ Aan het woord is het Duitse *Bundesgerichtshof*:

'Zum einen steht bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht sie [de genoegdoeningsfunctie, SDL], sondern die Rücksicht auf Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung (...) im Vordergrund, während das Rangverhältnis der übrigen Umstände den Besonderen des Einzelfalles zu entnehmen ist (...). Zum anderen begründet die Genugtuungsfunktion keinen unmittelbaren Strafcharakter des Schmerzensgeldes (...). Sie ist vielmehr untrennbar mit der dem Schmerzensgeldanspruch zugleich innewohnende Ausgleichsfunktion verknüpft (...).'¹⁴⁾

Hoewel het smartengeld zich op het niveau van de functies dus niet goed in afzonderlijke bedragen laat opdelen,¹⁵⁾ lijkt het toch niet zo gek om aan te nemen dat, naarmate de genoegdoeningsfunctie meer op de voorgrond treedt omdat het rechtsgevoel in hoge(re) mate is geschokt, een hogere mate van schuld vraagt om meer genoegdoening en dus ook om een hoger smartengeld.

Maar de advocaat van het slachtoffer bepleitte hier eigenlijk nog iets anders: de WAM-verzekeraar zou het smartengeld wegens het letsel voor haar rekening nemen, de automobilist moest daarnaast smartengeld betalen wegens aantasting van de persoon 'op andere wijze' (art. 6:106, aanhef en onder b (slot), BW). Daarmee bepleitte de advocaat dat, wanneer er twee 'poorten' leiden naar een aanspraak op smartengeld, op ieder van beide gronden een afzonderlijk vergoedingsbedrag moet worden toegewezen. Dat laatste is naar Nederlands recht niet nodig; het is ook niet verhelderend, en het kan – de rechtbank heeft dat goed gezien – bovendien tot een 'wetssystematische 'dubbeltelling' leiden.

Art. 6:106 BW biedt in verschillende categorieën van gevallen een aanspraak op smartengeld. Het moet worden gezien als uitwerking van art. 6:95 lid 1 BW, dat een aanspraak op smartengeld slechts erkent voor zover de wet die biedt. Dat betekent dat, wanneer aan één van de gevallen als bedoeld in art. 6:106 BW is voldaan, de benadeelde 'binnen is'. Het is bijvoorbeeld niet nodig om, wanneer iemand lichamelijk letsel heeft opgelopen, aan te tonen dat hij tevens een in de psychiatrie erkend ziektebeeld heeft opgelopen om aldus ook een aanspraak op smartengeld wegens geestelijk letsel te verwerven. Meer leed leidt dan eenvoudig tot een hogere vergoeding.

In het onderhavige geval probeerde de advocaat van het slachtoffer een onderscheid aan te brengen in gevolgen door voor het smartengeld twee afzonderlijke 'bronnen' aan te boren: aantasting van de persoon in de vorm van lichamelijk letsel en aantasting in de persoon 'op andere wijze'. Maar omdat het slachtoffer in dit geval in zijn persoon was aangetast *doordat* bij op brute wijze was aangereden en daardoor ernstig lichamelijk letsel had opgelopen, kon dezelfde normschending niet nog eens 'te gelde worden gemaakt' als aantasting van de persoon 'op andere wijze' als bedoeld in art. 6:106, aanhef en onder b (slot), BW.

Tweemaal vergoeden?

Het opdelen van smartengeld in verschillende bedragen door dit in verschillende procedures op verschillende gronden (lichamelijk letsel resp. aantasting op andere wijze) te stoelen is niet alleen overbodig, het kan ook leiden tot dubbele vergoeding. Bezien we de geschetste casus immers in de verhouding tot de aansprakelijkheidsverzekeraar van de automobilist, dan heeft deze op te komen voor de volledige schade die de automobilist heeft veroorzaakt. In dat verband zal in het kader van de vaststelling van de omvang van het smartengeld rekening moeten worden gehouden met alle omstandigheden van het geval: de aard en ernst van het letsel, de gevolgen daarvan voor de benadeelde, maar ook met de aard en ernst van de normschending en het daardoor geschokte rechtsgevoel.¹⁶⁾ De aansprakelijkheidsverzekeraar kan zich niet met succes verweren met de stelling dat 'de ernst van de schuld' maar voor rekening van de veroorzaker blijft en dat de benadeelde het daardoor veroorzaakte deel van zijn schade maar bij de veroorzaker zelf moet ophalen.

Met het voorgaande is niet gezegd dat ernstig verwijtbaar gedrag geen hoger smartengeld zou rechtvaardigen: dat doet het wel degelijk, maar niet op een afzonderlijke grondslag: het ernstig verwijtbaar toebrengen van lichamelijk letsel is niet ineens een aantasting in de persoon 'op andere wijze'. Op vergelijkbare wijze kan men vraagtekens plaatsen bij de toewijzing van afzonderlijke smartengeldbedragen wegens 'vertraging in de schadeafwikkeling' door een verzekeraar.¹⁷⁾ Leidt de wijze van afwikkeling immers tot meer leed, dan kan eenvoudig een hoger smartengeldbedrag worden toegevoegd, zonder dat nodig is dat het gedrag van de betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar als 'afzonderlijk' onrechtmatig of als aantasting in de persoon 'op andere wijze' hoeft te worden aangemerkt.

Meer leed kan dus heel wel leiden tot méér vergoeding, maar een dubbele grondslag mag niet leiden tot een dubbele vergoeding.



Opdelen van smartengeld op verschillende gronden is overbodig en kan leiden tot dubbele vergoeding.



13. Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 377, voetnoot 2, waar voor de functies van smartengeld naar het Duitse recht wordt verwezen.
14. BGH 29 november 1994, *VersicherungsRecht* 1995, 351.
15. Dat gebeurt bijvoorbeeld ook niet in gevallen waarin het smartengeld wordt gebaseerd op art. 6:106, aanhef en onder a, BW (oogmerk), in welke gevallen de genoegdoeningsfunctie een meer prominente grondslag vormt. Zie bijv. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002/216 (*R/van de W.*).
16. HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*D/Bouw*).
17. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10759, *RAV* 2019/36, *VR* 2019/104, *PIV Bulletin* 2019/1 (*R. Meelker*): toewijzing van € 10.000 extra smartengeld wegens secundaire victimisatie.