

Begroot de strafrechter anders dan zijn civiele

Mr. E.W. Bosch *

14



* Advocaat bij Vogelaar Bosch Spijer Advocaten te Maasdijk. Dit artikel verscheen eerder in het Smartengeldboek 2024, 29^e druk.

1. Inleiding

Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de gelaedeerde, op grond van artikel 6:106 BW, recht op een naar billijkheid vast te stellen bedrag. Dit geldt onder meer als de gelaedeerde lichamelijk letsel opliep, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Door de uitbreiding van de mogelijkheid voor slachtoffers van strafrechtelijk gesanctioneerde gedragingen om de door hen geleden schade te verhalen in het strafrecht, is in de afgelopen jaren een tendens te zien dat het steeds vaker de strafrechter is die de knopen doorhakt in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹⁾ Een van deze knopen is de begroting van smartengeld.

Hoewel het toetsingskader voor de begroting van het smartengeld voor de civiele en de strafrechter hetzelfde is, zal uit het hiernavolgende (§ 2) blijken dat tot op heden de hoogst toegewezen bedragen in het strafrecht hoger zijn dan in het civiel recht. In deze bijdrage onderzoek ik of er een verklaring is voor het geconstateerde verschil in de hoogst toegewezen bedragen (§ 3). Daarna bespreek ik welke initiatieven er zijn om tot harmonisatie te komen (§ 4). Deze bijdrage sluit ik af met een oproep

1. Vgl. J. Candido en S.D. Lindenbergh, 'Strafrechter en smartengeld. De civiele vordering in het strafproces als aanjager van een rechtsontwikkeling', *NTBR* 2014/21, afl. 5; E.W. Bosch, 'Letselschade op de grens van civiel en strafrecht', in: A. Kolder e.a., *'Over de grens?!' Voordrachten gehouden op het 34e Symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten op 27 januari 2023*, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 121-148.

de hoogte van het smartengeld collega?

aan de rechtspraak om, vooruitlopend op de uitkomsten van de hiervoor bedoelde initiatieven, het verschil tussen het hoogste in het strafrecht toegewezen bedrag en de hoogte door de civiele rechter toegewezen bedragen weg te nemen (§ 5). Daarbij zie ik een duidelijke rol voor de belangenbehartiger van het gelaedeerde en herhaal ik, ook in deze context, mijn eerdere oproep op het LSA Congres in januari 2023 om ter bevordering van de rechtsontwikkeling niet *minder*, maar juist *meer* te procederen in letselschadezaken.

2. De maximaal toegewezen bedragen

2.1. Publiek geheim

Inmiddels is het een publiek 'geheim' dat de strafrechter hogere smartengeldvergoedingen toewijst dan zijn civielrechtelijke evenknie. Ter onderbouwing van deze stelling zal onderstaand eerst stil worden gestaan bij de hoogte door de civiele rechter toegewezen bedragen. Daarna worden de hoogte door de strafrechter toegewezen smartengeldvergoedingen besproken.

2.2. Het hoogste door een civiele rechter toegewezen bedrag

Lange tijd was € 150.000, in 2007 door de rechtbank Den Bosch toegewezen aan een gelaedeerde van een poging tot moord, de hoogte door een rechter toegewezen smartengeldvergoeding. Gelaedeerde in die zaak was verdoofd, daarna met een hamer op het hoofd geslagen en vervolgens is getracht hem te verstikken. Er is blijvend zwaar lichamelijk en psychisch letsel ontstaan. Gelaedeerde is linkszijdig verlamd, rolstoelgebonden, hij heeft cognitieve stoornissen en hij heeft een oog verloren. Hij is volledig arbeidsongeschikt en aangewezen op 24 uur hulp per dag. Zijn kinderen zijn in een pleeggezin geplaatst, waardoor hij zijn gezin is kwijtgeraakt.²⁾ Dit betrof ondanks de strafrechtelijke aard van de gedraging een vonnis van de civiele rechter, al had deze zaak in het huidige tijdsgewricht een grote kans gehad te worden beslecht door een strafrechter in het kader van een vordering benadeelde partij.

In de jaren nadien zijn er geen hogere bedragen toegewezen. In het themanummer 'Smartengeld' van Verkeersrecht dat uitkwam in de zomer van 2013 schreef Frenk:

"Sinds 1992 heeft bij de ernstigste letsels de hoogte van het smartengeld geen

enkele ontwikkeling doorgemaakt. Al meer dan 20 jaar is € 136.134,- de bovengrens. Zelfs de geldontwaarding is in al die jaren nauwelijks verdisconteerd. Als dat wel zou zijn gebeurd, zou dit bedrag nu ruim twee ton moeten zijn. Feitelijk is er dan ook geen sprake van stagnatie, maar van achteruitgang. En dat terwijl in dezelfde periode in een aantal van de ons omringende landen de bedragen wel fors zijn gestegen. In Duitsland zelfs verdubbeld."³⁾

Ondanks het feit dat de oproep in dit themanummer om in Nederland tot een hoger vergoedingsniveau te komen redelijk breed gedragen werd⁴⁾ – ook de wetenschap roerde zich op dit punt⁵⁾ – is de verhoging aanvankelijk slechts schoorvoetend ingezet in het (civiel) recht.⁶⁾ Een van de eerste uitspraken waarin expliciet werd gerefereerd aan de discussie over de omvang van het smartengeld is van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2014 waarin het hof overwoog:

"Omdat het hof ook rekening wil houden met de in de literatuur gevoerde discussie over de hoogte van het smartengeld, zal het hof het voornoemde bedrag met 10% verhogen, zodat het toe te wijzen smartengeld (...) neerkomt op (...) € 67.155,-"⁷⁾

Weliswaar verwijst het hof naar de in de literatuur gevoerde discussie, doch onduidelijk is, het arrest laat dit in het midden, hoe het hof tot de door haar gehanteerde tien procent verhoging kwam. Een opmerkelijk detail is overigens dat daar waar het hof stelt het smartengeld met tien procent te verhogen, het hof desalniettemin aanmerkelijk lager uitkomt dan de rechtbank Utrecht eerder deed in eerste aanleg. Die wees namelijk eerder € 100.000 toe in deelgeschil.⁸⁾ Hier rijst dan ook de vraag: verhoogde het

Geen sprake van stagnatie, maar van achteruitgang.

- Rb. 's-Hertogenbosch 11 april 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA2723, JA 2007/99.
- N. Frenk, 'De waarde van smartengeld, Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', VR 2013, afl. 7/8, p. 251.
- J.F. Roth, 'Smartengeld', redactioneel L&S 2010, nr. 1, p. 3.
- Vgl. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 76; N. Frenk, 'De waarde van smartengeld, Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', VR 2013, afl. 7/8, p. 251-255; C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', VR 2013, afl. 7/8, p. 257-268; G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', VR 2013, afl. 7/8, p. 277-282; T. Hartlief, 'Een steen in stilstand water', N/B 2014/33, p. 2287.
- Vgl. Rb. Utrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7503, JA 2012/86; Rb. Oost-Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, JA 2014/115; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, JA 2014/124; Rb. Noord-Holland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8699; Rb. Midden-Nederland 14 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5346; Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, JA 2017/84; Rb. Noord-Nederland 18 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:822; Rb. Gelderland 11 december 2018, JA 2019/27; zie ook E.W. Bosch, annotatie onder Rechtbank Limburg 13 augustus 2019 ECLI:NL:RBLIM:2019:7973, JA 2019/158.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181.
- Rb. Utrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7503, JA 2012/86.

9. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:735 (*X/ Unive*).
10. Rb. Midden-Nederland 19 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:106, JA 2022/52.
11. Vgl. J. Candido en S.D. Lindenberg, 'Strafrechter en smartengeld. De civiele vordering in het strafproces als aanjager van een rechtsontwikkeling', *NTBR* 2014/21, afl. 5.; E.W. Bosch, 'Letselfschade op de grens van civiel en strafrecht', in: A. Kolder e.a., 'Over de grens?! Voordrachten gehouden op het 34e Symposium van de Vereniging van Letselfschade Advocaten op 27 januari 2023', Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 121-148.
12. Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6968, JA 2016/10, m.nt. M.E. Franke.
13. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4193.
14. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, JA 2018/80, in een door de auteur bepleite zaak.
15. Rb. Noord-Nederland 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4190.
16. Rb. Den Bosch 11 april 2007, JA 2007/99.
17. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2126. De verdachte heeft vijfmaal met een revolver in de richting van de gelaedeerde geschoten. Gelaedeerde is door drie kogels getroffen in zijn rug, door één kogel in het linker onderbeen en door één kogel in de schaamstreek. Hierdoor ontstond er een hoge dwarslaesie en uit de in het dossier aanwezige medische gegevens en eveneens uit hetgeen gelaedeerde ter terechtzitting van het hof heeft toegelicht, blijkt hoe overweldigend de gevolgen van deze ernstige handicap voor hem zijn op veel verschillende vlakken van zijn leven en zijn toekomstplannen. Daarnaast heeft de gelaedeerde eveneens geestelijk letsel opgelopen in de vorm van een posttraumatische stressstoornis.
18. Rb. Noord-Nederland 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4190.
19. Rb. Rotterdam 24 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:13006, JA 2021/12, m.nt. E.W. Bosch. Door de mishandeling ontstond blijvend hersenletsel, met als gevolg een halfzijdige verlamming, stoornissen in de kennende functies van de hersenen en een vermindering van de alertheid. Gelaedeerde wordt door het hersenletsel ernstig beperkt in de zelfstandige uitvoer van zijn algemene dagelijkse levensverrichtingen, mobiliteit en communicatie.
20. Rb. Rotterdam 24 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9243. De gelaedeerde is van dichtbij door zijn hoofd geschoten. Gelaedeerde is een jongeman van negentien jaar, die door het ontstane letsel verkeert in een minimale staat van bewustzijn. Hij zal naar verwachting de rest van zijn leven intensieve (medische) zorg nodig hebben en afhankelijk zijn van derden.
21. Rb. Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6727. De gelaedeerde is meerdere keren gestompt, geslagen en geschopt op haar lichaam en hoofd, waarbij zij ook met een pijp is geslagen. Bij gelaedeerde zijn vele bloeduitstortingen over het gehele lichaam geconstateerd, waaronder op haar romp en haar hoofd. Daarnaast is er sprake van zeer ernstig hersenletsel door een bloedoplossing tussen de hersenen en de schedel en diffuse schade van hersencellen.
22. HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (*Overzichtsarrest*).
23. J. Candido en S.D. Lindenberg, 'Strafrechter en smartengeld. De civiele vordering in het strafproces als aanjager van een rechtsontwikkeling', *NTBR* 2014/21, afl. 5.

hof de vergoeding met tien procent? Of werd de vergoeding (uiteindelijk) verlaagd met afgerond 33%? Wellicht beide. De hoogst toegewezen bedragen komen echter niet van hun plaats.

Meer recent, op 26 januari 2021, bekrachtigt het Hof Arnhem-Leeuwarden nog een smartengeldvergoeding van € 150.000 bij een hoge dwarslaesie, ontstaan bij een fietser door een verkeersongeval. Er was in die zaak € 200.000 gevorderd.⁹⁾ Het ging in deze zaak om de gevolgen van een verkeersongeval. De gevolgen voor gelaedeerde bestonden uit een hoge dwarslaesie en daarnaast was sprake van diverse breuken (van het linker-schouderblad, het borstbeen, het linker sleutelbeen en het linker middenhandsbeentje en diverse ribbreuken) en een klaplong. Gelaedeerde is rolstoelafhankelijk en hulp- en zorgbehoevend geworden. Na het ongeval zijn bovendien diverse invaliderende complicaties opgetreden (o.a. spasmen in benen en romp en terugkerende problemen met de urinewegen en de stoelgang). Alhoewel het om onvergelykbare gevallen gaat, alleen de toedracht in deze zaak is al anders dan in de zaak uit 2007, zijn het beide wel situaties met zeer ernstige gevolgen, waardoor zij in de zwaarste categorie vallen.

Op 19 januari 2022 wijst de meervoudige kamer van de rechtbank Midden-Nederland € 200.000 smartengeld toe in een deelgeschil.¹⁰⁾ Ook in deze zaak ging het om de gevolgen van een verkeersongeval dat leidde tot meervoudig letsel. Dat letsel bestond onder meer uit een hoge dwarslaesie en hersenletsel. Hierdoor was er sprake van een comateuze toestand gedurende twee weken; in de periode daarna, tot het overlijden van gelaedeerde negen maanden na het ongeval, is sprake geweest van een aanhoudend verlaagd bewustzijn. Na bespreking van de aard en ernst van het letsel, de gevolgen daarvan voor de gelaedeerde, de aard van de aansprakelijkheid en het smartengeldniveau in de rechtsstelsels van de ons omringende landen oordeelt de rechtbank dat een vergoeding van € 200.000 billijk is. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is € 200.000 (niet geïndexeerd) de hoogste door een rechter in een civiele procedure toegekende smartengeldvergoeding.

2.3. Het hoogste door een strafrechter toegewezen bedrag

Door de hiervoor al gesignaleerde uitbreiding van de rechten van slachtoffers in het strafrecht kwam de strafrechter steeds vaker te oordelen over de omvang van het smartengeld.¹¹⁾ Vanaf medio 2015 is een duidelijke stijging te ontwaren in de maximaal toegewezen smartengeldbedragen in het strafrecht. In het vonnis van de rechtbank Gelderland van 11 november 2015 wijst de strafrechter zonder veel omhaal een smartengeldbe-

drag toe van € 200.000 aan een gelaedeerde die zeer ernstige brandwonden opliep als gevolg van een aanslag met een brandbom.¹²⁾ Dit bedrag werd door het hof in hoger beroep verhoogd naar € 225.000.¹³⁾

Op 8 maart 2018 wijst het Hof Den Haag, conform vordering, € 250.000 toe aan een gelaedeerde met het 'locked in'-syndroom.¹⁴⁾ Op 19 oktober 2018 wees de rechtbank Noord-Nederland eveneens € 250.000 smartengeld toe aan een gelaedeerde die, doordat hij vijfmaal was beschoten, een hoge dwarslaesie had.¹⁵⁾ Daarmee was binnen enkele jaren het maximaal in Nederland toegewezen bedrag verhoogd van € 150.000¹⁶⁾ naar € 250.000. Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden wijst op 12 maart 2020 een vergoeding toe van € 250.000¹⁷⁾, waarmee het hof het eerdere vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 19 oktober 2018 bevestigde.¹⁸⁾

Op 24 december 2020 verhoogt de rechtbank Rotterdam het maximaal toegewezen bedrag tot € 350.000.¹⁹⁾ Dat bedrag wordt door de rechtbank Rotterdam nogmaals toegewezen op 24 september 2021.²⁰⁾ Ook de rechtbank Den Haag wijst, op 12 juli 2022, een vergoeding toe van € 350.000.²¹⁾ Dit is momenteel het hoogst door een (straf)rechter toegewezen bedrag in Nederland.

2.4. Tussenconclusie

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie blijkt dat de civiele hoven niet verder komen dan € 150.000, terwijl op rechtbankniveau de grens momenteel op € 200.000 ligt. De strafrechter, althans de rechtbanken Rotterdam en Den Haag, wees als hoogste bedrag € 350.000 aan smartengeld toe. Dat is voorwaar een groot verschil. De vraag is of er een (sluitende) verklaring is voor dit verschil.

3. Is het verschil verklaarbaar?

3.1. Inleiding

Het is opmerkelijk dat wanneer voor de schadebegroting bij de beoordeling van een vordering benadeelde partij het civiele recht geldt,²²⁾ dat de strafrechter het plafond voortsnog legt op € 350.000, terwijl zijn civiele collega in eerste aanleg blijft steken op € 200.000, althans in hoger beroep op € 150.000. Er is (nog) geen (wetenschappelijk) onderzoek gedaan naar de vraag waarom het in het strafrecht toegewezen maximumbedrag zoveel hoger ligt dan in het civiel recht. Candido en Lindenberg concludeerden in 2014 wel dat de strafrechter niet alleen over de vraag wanneer smartengeld toewijsbaar is, maar ook over de omvang daarvan een eigen beleid voert.²³⁾ Er worden in de literatuur en rechtspraak diverse argumenten naar voren gebracht waarmee men tracht het verschil te verklaren. Zo wordt wel gesteld dat de maatschappelijke

druk in het strafrecht groter is.²⁴⁾ Ook wordt betoogd dat de strafrechter diens oordeel minder goed zou motiveren.²⁵⁾ Voorts wordt nogal eens gewezen op de aard van de aansprakelijkheid, althans de mate van verwijtbaarheid, die in het strafrecht anders zou zijn. Met name de verwijtbaarheid zou in het strafrecht meer prominent voorop staan²⁶⁾ dan in civiele zaken waarbij het ook kan gaan om een gemiddeld oppassende bestuurder van een motorrijtuig, die in een fractie van een seconde verblind door een laaghangende zon geheel onbedoeld een fietser geen voorrang verleent. Het is echter de vraag of deze argumenten hout snijden. Ik zal de hiervoor besproken argumenten achtereenvolgens bespreken.

3.2. *Is de maatschappelijke druk in het strafrecht groter?*

Een eerste mogelijke verklaring is het verschil in de aard van de procedure. In een bijdrage van Felix en Schild in het Nederlands Juristenblad schrijven zij dat strafrechters de maatschappelijke druk voelen om slachtoffers van strafbare feiten enigszins te compenseren voor geleden immateriële schade.²⁷⁾ Het is echter de vraag of deze maatschappelijke druk zich beperkt tot de strafrechter. Zou een civiele rechter minder druk voelen dan zijn collega strafrechter? Ook de civiele rechter wordt immers met regelmaat geconfronteerd met vorderingen die voorspruiten uit (al dan niet opzettelijk) ernstig geweld. Dat soort zaken zijn niet voorbehouden aan de strafrechter, maar worden ook bij de civiele rechter voorgelegd. Felix en Schild laten in het midden hoe dat verschil in maatschappelijke druk, zo dat verschil al bestaat, verklaard wordt.

Een verschil tussen beiden is echter wel dat de strafrechter zich meer dan zijn civiele collega geconfronteerd ziet met maatschappelijke aandacht. Zeker in grotere en geruchtmakendere zaken is veel pers aanwezig, die soms zelfs bijna live via X (voorheen Twitter) verslag doet van hetgeen verhandeld wordt tijdens de zitting.²⁸⁾ Doorgaans voltrekken zittingen zich bij de civiele rechter in persoonschadezaken in betrekkelijke anonimiteit. Hierdoor kan licht de indruk ontstaan bij de rechterlijke macht dat in strafzaken de samenleving meer 'meekijkt'. Los van de vraag of dit 'meekijken' de strafrechter (onbewust) beïnvloedt, is dit ten aanzien van de vordering benadeelde partij erg betrekkelijk. Waar de woorden van de verdachte, de officier van justitie en de raadsman van de verdachte soms bijna letterlijk geciteerd worden, komt de verslaglegging van de behandeling van de vordering benadeelde partij veelal niet verder dan een zakelijke mededeling dat die vordering besproken wordt. Zonder dat details worden genoemd.

Naar het mij voorkomt is dit niet de meest

aansprekende verklaring voor het geconstateerde verschil, al is zeker niet uit te sluiten dat in de strafrechtelijke context de strafrechter bevattelijker was voor de hiervoor besproken breed gedragen maatschappelijke oproep om met name de maximaal toegewezen smartengeldbedragen te verhogen.²⁹⁾ In de literatuur vond ik hier echter geen aanknopingspunten voor, mogelijk dat juridisch empirisch onderzoek op dit punt meer inzicht zou kunnen creëren.

3.3. *Motiveert de strafrechter zijn oordeel beperkter?*

Een volgende reden die wordt aangevoerd om het verschil te verklaren is dat de strafrechter zijn oordeel omtrent de hoogte van het toegewezen smartengeld beperkter zou motiveren. Deze verklaring vindt steun in een civiel arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, dat in reactie op de in het strafrecht gewezen jurisprudentie waarnaar door de gelaedeerde werd verwezen, overwoog:

“Daar komt bij dat de motivering over het smartengeld in de strafzaken waaraan [appellant] refereert veelal beperkt is, in die zin dat niet voldoende blijkt dat en op welke wijze de strafrechter de geldende civielrechtelijke maatstaf voor de begroting van smartengeld heeft toegepast.”³⁰⁾

De eerste kanttekening is dat het maar de vraag is of 'de strafrechter' zijn oordeel beperkter motiveert dan zijn civiele collega. Toegegeven, niet alle overwegingen van de rechtbank Rotterdam in het vonnis van 24 december 2020 zijn even aansprekend. Zo overwoog de rechtbank:

“De rechtbank heeft ook gekeken naar bedragen die in min of meer vergelijkbare zaken zijn toegewezen.”³¹⁾

Deze overweging is niet helemaal inzichtelijk, wanneer men zich realiseert dat de rechtbank met deze beslissing het plafond van € 250.000³²⁾ naar € 350.000 verhoogt. Naar welke vergelijkbare zaken is dan gekeken? Ook de motivering van het Hof Den Haag in het arrest van 8 maart 2018 is wel erg cryptisch:

“Het hof acht het evident dat de benadeelde partij [...] nadeel heeft geleden in de vorm van gederfde levensvreugde en is van oordeel dat de omvang van de vordering slechts een fractie vertegenwoordigt van die gederfde levensvreugde. Dat de vordering tot een bedrag van € 250.000,- beperkt blijft, vindt zijn oorzaak in het voor toewijzing geldende criterium dat de vergoeding naar billijkheid moet worden vastgesteld. Gegeven de omstandigheden acht het hof de toewijzing tot een bedrag van € 250.000,- billijk...”³³⁾

Staat in het strafrecht met name de verwijtbaarheid inderdaad meer prominent voorop?

24. I.M.L. Felix & A.J.P. Schild, 'De vergoeding van immateriële schade in het strafproces', *NJB* 2020, afl. 12, p. 814.
25. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:735 (*X/Unive*).
26. Vgl. (impliciet) M. Hebly, 'Strafrechter wijst 'recordbedrag' aan smartengeld toe'. Annotatie onder Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, *L&S* 2018, afl. 3, p. 45-46.
27. I.M.L. Felix & A.J.P. Schild, 'De vergoeding van immateriële schade in het strafproces', *NJB* 2020, afl. 12, p. 814.
28. Vgl. bijvoorbeeld de bijdragen van Saskia Belleman (Telegraaf), via <https://twitter.com/SaskiaBelleman>.
29. Vgl. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 76; N. Frenk, 'De waarde van smartengeld, Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 251-255; C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 257-268; G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 277-282; T. Hartlief, 'Een steen in stilstaand water', *NJB* 2014/33, p. 2287.
30. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:735 (*X/Unive*). Het ging in deze zaak om de gevolgen van een verkeersongeval. De gevolgen voor gelaedeerde bestonden uit een hoge dwarslaesie, daarnaast was sprake van diverse andere breuken (van het linkerschouderblad, het borstbeen, het linker sleutelbeen en het linker middenhandsbeentje en diverse ribbreuken) en een klaplong. Gelaedeerde is rolstoelafhankelijk en hulp- en zorgbehoevend geworden. Na het ongeval zijn bovendien diverse invaliderende complicaties opgetreden (o.a. spasmen in benen en romp en terugkerende problemen met de urinewegen en de stoelgang).
31. Rb. Rotterdam 24 december 2020, ECLI:NL:2020:13006, *JA* 2021/12, m.nt. E.W. Bosch.
32. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, *JA* 2018/80, in een door de auteur bepleite zaak.
33. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, *JA* 2018/80, in een door de auteur bepleite zaak.

De geldende civielrechtelijke maatstaf is niet erg richtinggevend.

Tegelijkertijd dient men zich te realiseren dat in de meeste strafvonnissen uitgebreid wordt stilgestaan bij de aard, ernst en omvang van het letsel van de gelaedeerde. Dit gebeurt echter niet (altijd) bij de bespreking van de vordering benadeelde partij. Soms vindt dit plaats in het kader van de beoordeling van de strafverzwarende omstandigheid dat er sprake is van zwaar lichamelijk letsel door het ten laste gelegde feit. Soms echter in het kader van de straftoemeting. Naar mate de gevolgen van het bewezenverklaarde feit ernstiger zijn, kan een hogere straf in het kader van het vergeldingsdoel van het strafrecht aangewezen zijn. Veelal wordt daarbij verwezen naar hetgeen het slachtoffer daarover zelf ter zitting heeft verklaard bij het uitoefenen van diens spreekrecht. Wellicht zou het civilisten helpen als strafrechters in hun vonnis bij de motivering van de hoogte van het toe te wijzen smartengeld (kort) verwijzen naar hetgeen zij eerder over de aard, ernst en omvang van het letsel hebben vastgesteld.

Bovendien miskent deze verklaring dat de motivering ziet op de verantwoording van de deels intuïtief begrote hoogte van het smartengeld. Dat een uitgebreidere motivering wellicht meer inzicht geeft in de gedachtegang van de strafrechter, kan niet worden ontkend. Dat is echter niet de vraag die voorligt. Zou de strafrechter, indien hij zijn oordeel uitgebreider dan nu zou motiveren, tot toewijzing van lagere bedragen komen? Alhoewel ik uiteraard ook geen sluitend antwoord op die vraag heb, ligt dat mijns inziens niet in de lijn der verwachting. Het gaat hier immers niet om een cijfermatige optelling van diverse factoren, die nadat de motivering op papier is gezet kan worden 'nagerekend'. Het gaat om een meer intuïtief oordeel naar billijkheid, waarbij de feitenrechter een grote mate van vrijheid heeft. De begroting van het smartengeld is immers 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.³⁴⁾ Tegen die achtergrond is niet te verwachten dat een uitgebreidere motivering leidt tot toewijzing van een lager bedrag.

Daarnaast is, anders dan de indruk die licht post zou kunnen vatten, de geldende civielrechtelijke maatstaf niet erg richtinggevend. De rechter dient immers de hoogte van het schadegeld naar *billijkheid* vast te stellen. Daarbij dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en ernst van het letsel.³⁵⁾ De rechter mag bij de begroting mede letten op de ontwikkelingen in het buitenland, maar deze ontwikkelingen kunnen niet bepalend zijn voor de in het Nederlandse recht toe te kennen bedragen.³⁶⁾ Daarbij

geldt dat de omvang van immateriële schadevergoeding zich niet min of meer forfaitair laat vaststellen. Het gaat immers om een hoogstpersoonlijke vordering, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn.³⁷⁾ Bij de begroting van de omvang van het smartengeld heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid. Dit brengt mee dat hij onder omstandigheden een vergoeding geheel kan afwijzen.³⁸⁾ De Groot schreef in 2013 dat het kennelijk gemeengoed is in de rechtspraak dat de begroting van smartengeld zo veel te maken heeft met billijkheid, schatten en intuïtie dat het eigen oordeel van de rechter bij voorkeur wordt getoetst bij collega's in een poging het toch enigszins te objectiveren.³⁹⁾ Juist door de *billijkheid* als toetsingskader te gebruiken zal het motiveren van het meer intuïtief gevonden bedrag niet snel tot bijstelling van de hoogte van het bedrag leiden. Al biedt het teruglezen van de motivering wel een reflectiemogelijkheid.⁴⁰⁾ Waarom een bepaald bedrag aangewezen is als smartengeldvergoeding en niet een ander, al dan niet lager of hoger, bedrag kan echter niet nader worden gemotiveerd. Een verdergaande motivering is immers veelal niet mogelijk waar de vaststelling van smartengeld een discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter is, het om een schatting gaat en normering vrijwel ontbreekt.⁴¹⁾ Tegen die achtergrond is niet te verwachten dat een verschil in de mate of aard van de motivering een (sluitende) verklaring is voor de geconstateerde verschillen.

3.4. *Is de aard van de aansprakelijkheid/verwijtbaarheid richtinggevend?*

Zou wellicht de aard van aansprakelijkheid en de intentie van de laedens het verschil verklaren? Aangezien de feitenrechter bij de vaststelling van de hoogte van het toe te wijzen smartengeld rekening dient te houden met *alle* omstandigheden van het geval⁴²⁾, dient hij aldus ook rekening te houden met de aard van de aansprakelijkheid en de intentie van de laedens.

Lindenbergh schrijft in zijn proefschrift uit 1998 dat de aard van de aansprakelijkheid weliswaar een gezichtspunt kan zijn, maar dat de invloed van deze factor slechts bescheiden zal zijn.⁴³⁾ De oorzaak of aard van de aansprakelijkheid pleegt echter niet afzonderlijk en cumulatief met de aard en ernst van het letsel in een afzonderlijk geldbedrag te worden gewaardeerd.⁴⁴⁾ Lindenbergh betoogt overigens niet dat ernstig verwijtbaar gedrag geen hoger smartengeld zou rechtvaardigen: dat doet het zijns inziens wel degelijk, maar alleen niet op een afzonderlijke grondslag. Het ernstig verwijtbaar toebrengen van lichamelijk letsel is immers niet ineens een aantasting in de persoon 'op andere wijze'.⁴⁵⁾

Slechts in een enkele rechterlijke uitspraak wordt door de rechter in diens motivering

34. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714, VR 1992/133, m.nt. Van Wasenaer van Catwijk (AMC/O)
35. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/BCE Bouw).
36. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/BCE Bouw).
37. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (Groninger Aardbevingen).
38. HR 27 april 2001, NJ 2002/91 ('eer en goede naam').
39. G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', VR 2013, afl. 7/8, p. 278.
40. G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', VR 2013, afl. 7/8, p. 278.
41. G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', VR 2013, afl. 7/8, p. 279.
42. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/BCE Bouw).
43. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 251.
44. S.D. Lindenbergh, 'Gedeelde smart, tweemaal vergoeden?', VR 2021/62, afl. 5, p. 137-139, onder verwijzing naar: Rb. Noord-Nederland 3 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5006, VR 2020/132; S.D. Lindenbergh, 'Gedeelde smart, tweemaal vergoeden? Over het opdelen van smartengeldaanpakken in verschillende bedragen' in: M. Sombroek e.a. (red.), 'Cum suis. Vriendenboek Carel Stolker', Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 63-69.
45. Rb. Noord-Nederland 3 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5006, VR 2020/132.

expliciet stilgestaan bij de aard van de aansprakelijkheid en de intentie van de laedens.⁴⁶⁾ Zo wordt een enkele keer gewezen op het feit dat het in het concrete geval niet om schuld- maar om risicoaansprakelijkheid ging.⁴⁷⁾ In een civiele zaak overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden in 2023 ter zake de intentie van de laedens:

"Het hof is van oordeel dat gelet op al deze omstandigheden een smartengeld-vergoeding van € 15.000,- passend is. Hierbij weegt voor het hof de opzet op het toebrengen van letsel zwaar mee."⁴⁸⁾

Alhoewel de aard van de aansprakelijkheid c.q. de opzet op het toebrengen van het letsel wel wordt genoemd als factor bij de begroting van het smartengeld, wordt echter niet inzichtelijk gemaakt wat de invloed van deze factoren is geweest op het uiteindelijk toegewezen bedrag. Verheij bepleitte al eerder dat de aard van de aansprakelijkheid bij een ernstige normschending een groter gewicht zou moeten krijgen, (ook) bij de bepaling van hoogte van de schadevergoeding. Hij suggereerde, naar hijzelf schrijft: arbitrair, om de 'normale' hoogte van het smartengeld bij grove schuld (zoals het onder invloed rijden) te verdubbelen, bij opzet tot het toebrengen van de schade zou het smartengeld driemaal de 'normale' hoogte moeten zijn en bij opzet op het gevolg zelfs viermaal de 'normale' hoogte.⁴⁹⁾ Veel weerklank heeft die suggestie nog niet gekregen. Aan het *Coma*-arrest van de Hoge Raad is te ontleenen dat bij de begroting van smartengeld ter zake van lichamelijk letsel de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde een rol spelen:

"... doch [dat] de rechter [...] de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name [zal] moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde ..."⁵⁰⁾

Zelfs als aangenomen moet worden dat de aard van de aansprakelijkheid en de (boze) intenties van de laedens een (al dan niet beperkte) rol heeft, hetgeen aannemelijk is, dan verklaart dit nog immer niet het geconstateerde verschil in toegewezen bedragen. Het is immers niet zo dat de strafrechter alleen zaken beoordeelt waarin 'boos opzet' speelt en de civiele rechter alleen die zaken waarin er meer sprake is van een 'ongeluk'. Zo werd door de strafkamer van de rechtbank Midden-Nederland op 6 april 2023 € 275.000 smartengeld toegewezen na een verkeersongeval.⁵¹⁾ De schaderegeling liep buitengerechtelijk met de WAM-verzekeraar van de laedens, maar de gelaedeerde voegde zich als benadeelde partij in de strafzaak

uitsluitend ter zake het smartengeld. Zou gelaedeerde dit niet hebben gedaan en € 275.000 hebben gevorderd van de WAM-verzekeraar, dan zou indien geen overeenstemming zou zijn bereikt op dat punt, de zaak ook aan de civiele rechter zijn voorgelegd. Zou de civiele rechter, na kennisneming van het strafvonnis en na kennisneming van de zeer ernstige gevolgen ('een voorheen vitale vrouw die door de aanrijding nagevoeg volledig invalide is geraakt') evenzeer € 275.000 hebben toegewezen? Gelet op de maximaal toegewezen bedragen in het civiel recht, zoals hiervoor besproken, valt dit zeer ernstig te betwijfelen.

Ging het in de hiervoor besproken zaak om een verkeersongeval bij de strafrechter, ook andersom komt voor: de gevolgen van een ernstig geweldsmisdrijf waarbij de civiele rechter de omvang van de schadevergoeding vaststelt. In dat kader is te wijzen op het arrest dat de civiele kamer van het Hof Den Haag op 27 juni 2023 wees over een smartengeldvordering van een gelaedeerde die in haar eigen woning was mishandeld door haar ex-schoonzoon, nadat deze strafrechtelijk was veroordeeld. In die strafzaak was de smartengeldvordering tot € 1.500 toegewezen, voor het meer gevorderde was gelaedeerde niet-ontvankelijk. Het hof bepaalde het smartengeld op € 12.000, waarop het eerder door de strafrechter toegewezen bedrag in mindering strekte.⁵²⁾ Niet alleen als de gelaedeerde besluit om ná de strafzaak de smartengeldvordering voor te leggen aan de civiele rechter, komt een zaak aldaar terecht. In dit kader is ook art. 421, vierde lid, Sv. van belang. Dit artikel bepaalt immers, voor zover hier relevant, dat wanneer een gelaedeerde het niet eens is met de vaststelling van het smartengeld door de *strafrechter* in eerste aanleg het de *civiele* kamer van het hof is, die – als noch de verdachte noch het Openbaar Ministerie in hoger beroep gaat – in het hoger beroep van de gelaedeerde het geschil beslecht. Ook langs die route kan de begroting van het smartengeld na een ernstig geweldsmisdrijf bij de civiele rechter terechtkomen.

Uit het voorgaande blijkt dat van een waterscheiding tussen de beide rechters geen sprake is. Alhoewel zeker te billijken is dat boos opzet op de toegebrachte ernstige schade tot een substantieel hogere vergoeding leidt, althans zou moeten leiden, is ook dit geen (afdoende) verklaring voor het geconstateerde verschil. Ook strafrechters oordelen, zeker in verkeerszaken, nogal eens over situaties waarbij de fout van de laedens tamelijk invoelbaar is, terwijl de civiele rechter ook vorderingen ter beslechting voorgelegd krijgt die hun oorzaak vinden in ernstige gewelds- of zedenmisdrijven. De aard van de aansprakelijkheid verklaart mijns inziens dan ook niet het geconstateerde verschil.

Er is geen sprake van een waterscheiding tussen de civiele en de strafrechter.

46. Ktr. Zwolle 29 mei 1990, ECLI:NL:KTGW:1990:Al8287, Prg. 1990/3286 (*Coes/ ETB Electron*): "Ook de oorzaak van het ongeval en van het letsel speelt een rol"; HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714, VR 1992/133, m.nt. Van Wassenaer van Catwijck (*AMC/O*): "Bij de begroting van deze vergoeding dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden. Hierbij moet in een geval als het onderhavige met name worden gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds..."; HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2117, NJ 2010/61, m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful Birth II*): "Het Hof heeft overwogen dat het bij de bepaling van de omvang van de vergoeding voor immateriële schade meeweegt dat het om een kennelijk onopzettelijke fout gaat. Voor zover het onderdeel bestrijdt dat het Hof deze omstandigheid mocht meewegen, faalt het aangezien de rechter bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt, mag meewegen." HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 (*Coma*): "Bij de begroting van dergelijk nadeel moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden, waarbij in een geval als het onderhavige kan worden gedacht enerzijds aan de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds aan de aard van het letsel, de duur en intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust."

47. Rb Gelderland 16 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4086.

48. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5395, JA 2023/111, m.nt. E.W. Bosch.

49. Vgl. A.J. Verheij, 'Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen', in: *Immuniteten* (Preadviezen Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 2013-I), Deventer: Kluwer 2013, p. 126.

50. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 (*Coma*).

51. Rb Midden-Nederland 6 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1515.

52. Hof Den Haag 27 juni 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1657.

Het systeem van gevalvergelijking bemoeilijkt de rechtsontwikkeling.

3.5. Tussenconclusie

Resumerend is er (nog) geen afdoende verklaring te vinden hoe het komt dat de strafrechter maximaal € 350.000 aan smartengeld toewijst, maar de civiele rechter (in eerste aanleg) niet verder komt dan € 200.000, althans (in hoger beroep) € 150.000.

De druk op de rechterlijke macht zal voor de strafrechter niet anders zijn dan voor de civiele rechter, terwijl de eventuele media-aandacht die in het strafrecht meer dan in het civiele recht speelt doorgaans niet op de vordering benadeelde partij is gericht. De motivering van de beslissing, zo daar al op macroniveau iets over te zeggen is zonder te veel te generaliseren, verklaart het verschil ook niet. Weliswaar geeft een uitgebreidere motivering wel meer duidelijkheid over welke factoren de rechter meewoog in zijn beslissing, maar nu de omvang van de schade een schatting naar billijkheid is en meer intuïtief wordt bepaald, zal een uitgebreidere motivering door de strafrechter er naar alle waarschijnlijkheid niet toe leiden dat de strafrechter in het vervolg het bedrag zal matigen. Ook de aard van de aansprakelijkheid en de intentie van de laedens verklaart het verschil niet. Weliswaar heeft de aard van de aansprakelijkheid en die intentie wel invloed op de omvang van de hoogte van het smartengeld, doch het is niet zo dat de strafrechter alleen maar zaken behandelt met 'boos opzet' en dat de civiele rechter alleen de in meer of mindere mate 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'-zaken ter beoordeling voorgelegd krijgt.

Nu beide rechters, zowel de strafrechter als diens civiele collega, hetzelfde beoordelingskader gebruiken, zou het goed zijn als zij tot ongeveer dezelfde bedragen zouden komen. Dat bedrag mag bij 'boos opzet' mijns inziens inderdaad (veel) hoger zijn dan bij een ongeluk, het zou echter niet mogen uitmaken wie de zaak beslecht: de strafrechter of diens civielrechtelijk collega. Dat doet het nu kennelijk wel.

4. Initiatieven om tot (enige) harmonisatie te komen

4.1. Inleiding op de initiatieven

Gegeven de hiervoor gesignaleerde discussie over de rechtsontwikkeling in de smartengeldvergoedingen en de verschillen in de begroting door de strafrechter en civiele rechter is een aantal initiatieven in de markt genomen om tot harmonisatie te komen. Een eerdere poging daartoe onder meer ondernomen door de ASP, het PIV en De Letselschade Raad is, ondanks de inzet van partijen, mislukt.⁵³⁾

4.2. Pakt de rechterlijke macht de handschoen op?

De rechterlijke macht ziet zich bij de begroting

van het smartengeld voor uitdagingen gesteld. Op 13 oktober 2022 organiseerde de Rechtspraak daarom een themadag over (de toekomst van) smartengeld voor civiele en strafrechters, juridisch adviseurs werkzaam binnen de rechterlijke macht en gerechtsjuristen. Tijdens deze dag is niet alleen stilgestaan bij de stand van het recht, maar is ook gesproken over mogelijke toekomstige ontwikkelingen. Uit de meeste lezingen, werkgroepen en stellingen kwam naar voren dat het geven van meer richting aan de smartengeldbedragen bijdraagt aan de vergelijkbaarheid en voorspelbaarheid van uitspraken en dus wenselijk is. Het biedt, zo werd gemeend, een houvast, zowel in als buiten rechte.

Geconcludeerd werd dat de Hoge Raad deze ordening niet kan aanbrengen, nu de hoogte van het smartengeld zodanig met de feiten is verweven dat de hoogte van het smartengeld in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst.⁵⁴⁾ Een 'samenspel' tussen feitenrechters zou dat wel kunnen.⁵⁵⁾ In een afscheidsinterview in 2020 stelde Van Schendel, oud-voorzitter van de strafkamer van de Hoge Raad maar opgeleid als civilist, al dat hij zich zou kunnen voorstellen dat er ook richtsnoeren zouden worden opgesteld voor de begroting van smartengeld. Dit analoog aan bijvoorbeeld de afspraken die rechters hebben gemaakt over de bepaling van alimentatie in het familierecht. Een soort LOVS-richtlijnen in de schadevergoedings sfeer. Hij vertelde in het interview zich te kunnen voorstellen dat een forfaitaire regeling behulpzaam kan zijn bij een versnelling van de procedure en tegelijk ook een zekere bevrediging voor slachtoffers geeft.⁵⁶⁾

Naar verluidt is binnen de rechterlijke macht een werkgroep geformeerd om verder na te denken over mogelijke oplossingsrichtingen, zoals de rechterlijke macht eerder ook aanbevelingen formuleerde voor de 'rekenrente' bij de kapitalisatie van toekomstige schade.⁵⁷⁾

4.3. Het initiatief van de Erasmus Universiteit Rotterdam: de Guidelines

Binnen de Erasmus School of Law, die haar medewerking verleende aan de hiervoor genoemde studiedag van de rechtspraak, wordt onderzoek gedaan naar een andere oplossingsrichting. In de bijdrage van medewerkers van de Erasmus School of Law tijdens de studiedag van de rechtspraak werd aandacht gevraagd voor de 'Guidelines' zoals die in Engeland en Ierland worden toegepast en die indicatief een bandbreedte aangeven. In de discussie over de hoogte van het smartengeld in Nederland en de vraag of de rechtsontwikkeling op dit punt wordt namelijk nogal eens gewezen op het feit dat het systeem van gevalvergelijking de rechtsontwikkeling bemoeilijkt. Zo is er niet echt een lijn te ontwaren in de in de Smartengeldbundel genoemde bedragen.⁵⁸⁾ De Groot merkte

53. Zie: https://deletselschaderaad.nl/?post_type=activiteit&p=510 (geraadpleegd 3 september 2023); deze website is niet bijgewerkt, enige jaren geleden al is deze werkgroep ontbonden. Zie ook: S.D. Lindenberg, 'Smartengeld anno 2017', in: M. Donkerlo (red.), *Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2017, p. 9.
54. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714, VR 1992/133, m.nt. Van Wasenaer van Catwijck (AMC/O)
55. E.C. Huijsmans & P.J. van Eekeren, 'De rechtspraak (civiel en straf) in gesprek over smartengeld', *Afwikkeling Personen-schade* 2022, nr. 4, p. 81-85.
56. D.J. Herbrink, 'Afscheidsinterview met mr. W.A.M. van Schendel, oud-voorzitter van de strafkamer van de Hoge Raad', *NTS* 2020, afl. 4, p. 218.
57. Zie: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/aanbevelingen-rekenrente.pdf> (geraadpleegd 3 september 2023).
58. Vgl. A.J. Verheij, 'Smartengeld bij zeer ernstig en blijvend neurologisch letsel', in: M. Donkerlo, *Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2022, p. 7, die zeven verschillende uitspraken bespreekt van ernstig neurologisch letsel na een misdrijf. De toegewezen bedragen lopen uiteen van € 100.000 tot € 350.000. Hij benadrukt dat het, ook in ernstige gevallen, van groot belang blijft dat namens de gelaedeerde de hoogte van het gevorderde smartengeld goed wordt onderbouwd. Ook is te wijzen op A.J. Verheij, 'Smartengeld anno 2020', in: M. Donkerlo (red.), *Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2020, p. 8, waar hij wijst op de (niet goed verklaarbare) verschillen in de door hem besproken zaken, waar bij de ene dwarslaesie gelaedeerde € 250.000 toegewezen zag, terwijl een andere gelaedeerde € 200.000 toegewezen kreeg. Het feit dat laatstgenoemde zich, anders dan de eerstgenoemde, bewust in een criminele sfeer begeven had, verklaarde volgens Verheij het verschil niet.

in 2013 op dat het acht slaan op 'vergelijkbare gevallen' nog niet zo eenvoudig is, omdat de toepassing van de beperkte motiveringsplicht in eerdere zaken de rechter in feitelijke instantie het inzicht in de vergelijkbaarheid van gevallen bemoeilijkt.⁵⁹

Door toepassing van Guidelines zouden vergelijkbare gevallen eenvoudiger gelijk behandeld kunnen worden. De Guidelines bevatten namelijk per letselcategorie een bandbreedte voor het toe te wijzen smartengeldbedrag, met een maximum- of richtbedrag. De Guidelines voorzien vervolgens in gezichtspunten aan de hand waarvan kan worden beargumenteerd welk bedrag binnen de opgenomen bandbreedte passend zou zijn. De richtlijnen zijn vastgelegd in een boekje waarvan met regelmaat – ongeveer tweejaarlijks – een nieuwe editie uitkomt. In een situatie waarin het slachtoffer meervoudig letsel heeft, is het echter minder eenvoudig om volgens deze Guidelines het smartengeld te begroten: men kan dan niet afzonderlijke bedragen voor de onderscheiden letsels vaststellen en bij elkaar optellen. De rechter zal dan meer op eigen inzicht tot een passend bedrag moeten komen.⁶⁰

Invoering van dergelijke Guidelines in Nederland zou behulpzaam kunnen zijn. Zou voor een dergelijke aanpak worden gekozen, dan is er – door verschillen in het recht – nog wel wat 'vertaalwerk' te doen.⁶¹ Binnen de Erasmus School of Law doet men momenteel een poging om dit vertaalwerk handen en voeten te geven. Zoals het Oudhollands gezegde luidt mag men een broedende kip niet storen, zodat afgewacht moet worden wat de uitkomst van dit vertaalwerk is.

5. Wat nu?

Uit het voorgaande blijkt dat er een verschil bestaat tussen de maximale bedragen die door de strafrechter en door diens civiele collega worden toegewezen. Een eerste verkenning levert geen rechtvaardiging op voor de geconstateerde verschillen. De tot nu aangevoerde argumenten overtuigen geen van allen. De vraag is hoe het verschil in maximaal toegewezen bedragen zich verder ontwikkelt. Zolang op dit gebied nog onduidelijkheid bestaat, ondersteun ik graag de oproep van Verheij dat het zaak is dat de civiele rechter aansluiting zoekt bij de bedragen die strafrechters thans toekennen⁶², zodat er geen verschil meer bestaat tussen het hoogst toegewezen bedrag door de civiele rechter en de strafrechter. Dit om te voorkomen dat gelaedeerden in zaken waarin zij weliswaar rechtstreeks met een aansprakelijkheidsverzekeraar onderhandelen over de vergoeding van hun schade, ingeval de laedens strafrechtelijk worden vervolgd zich desalniettemin voegen in het

strafrecht, om zo een hogere smartengeldvergoeding te verkrijgen.⁶³ Dit zorgt voor onnodige werkdruk bij de strafrechter en zet de verhoudingen op scherp in de schaderegeling. De aansprakelijkheidsverzekeraar is immers geen partij in de strafzaak en zal zich mogelijk, niet geheel ten onrechte, voor het blok gezet voelen indien hij geconfronteerd wordt met een strafrechtelijk vonnis tegen zijn verzekerde waarin het smartengeld is vastgesteld.

Wellicht is de oplossing te vinden door meer smartengeldvorderingen waarin ernstig en blijvend letsel is ontstaan, al dan niet in deelgeschil, voor te leggen aan de civiele rechter. De stagnerende bedragen in het civiel recht zijn immers niet zonder meer te wijten aan het systeem van gevalsvergelijking. Dat blijkt niet alleen uit de olopende bedragen in het strafrecht. Ook een vluchtige blik over onze oostgrens, waar men evenzeer met gevalsvergelijking werkt, leert dat in het Duitse recht wel rechtsontwikkeling plaatsvindt op dit gebied.⁶⁴ Het hoogst toegewezen smartengeldbedrag in Duitsland is € 1.000.000.⁶⁵ Dit bedrag is door een civiele rechter toegewezen in een medische aansprakelijkheidszaak. Wellicht dat het verschil tussen Nederland en Duitsland te verklaren is doordat men in Duitsland veelal sneller een vordering aan de rechter voorlegt. Wreekt de Nederlandse praktijk om schades zo veel mogelijk buiten rechte te regelen zich hier, doordat dit gebruik zich nu tegen gelaedeerden keert? Van Dam wees er eerder op dat stagnatie in Duitsland lijkt te zijn voorkomen door een combinatie van factoren: een striktere toetsing door het BGH, meer leiding op hoofdpunten van het BGH en een binding van het smartengeld aan de bescherming van grondrechten. Waar het BGH smartengeld in het geval van bewusteloosheid in verband brengt met fundamentele rechten zoals het recht op menselijke waardigheid en vrije ontplooiing van de persoonlijkheid, overweegt de Hoge Raad dat een bewusteloos slachtoffer niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn leven te genieten. Dat onderscheid in benadering heeft volgens Van Dam onmiskenbaar gevolgen voor de hoogte van het smartengeld.⁶⁶

Op wat langere termijn zouden de door de Erasmus Universiteit in voorbereiding zijnde Guidelines, mits indicatief en voldoende aansprekend, richting kunnen geven aan de discussie over de hoogte van het smartengeld. Al blijft dan de vraag overeind op welk bedrag men de hoogste toe te wijzen vergoeding plaatst, is dat € 150.000 (appelrechter civiel), € 200.000 (rechtbank civiel), € 350.000 (strafrechter) of kijken we over de grens naar onze buurlanden? Vervolgens is het nog wel de vraag hoe dergelijke 'Guidelines' zich verhouden tot het oordeel van de Hoge Raad dat de omvang van immateriële

59. G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 277, in dezelfde zin (in het kader van shockschade) A.H. Sas, 'Doodslag op Moederdag: de hoogte van het smartengeld bij shockschade', *L&S* 2017, afl. 3, p. 34.
60. E.C. Huijsmans & P.J. van Eekeren, 'De rechtspraak (civiel en straf) in gesprek over smartengeld', *Afwikkeling Personen-schade* 2022, nr. 4, p. 83.
61. E.C. Huijsmans & P.J. van Eekeren, 'De rechtspraak (civiel en straf) in gesprek over smartengeld', *Afwikkeling Personen-schade* 2022, nr. 4, p. 83.
62. A.J. Verheij, 'Smartengeld anno 2020', in: M. Donkerlo (red.), *Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2020, p. 8.
63. Rb Midden-Nederland 6 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1515.
64. C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 257-268; N. Frenk, 'De waarde van smartengeld, Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 252.
65. Landgericht Limburg 28 juni 2021, ECLI:DE:LGLIMBU:2021:0628:1045:15:00, *RDG* 2021, 285. Deze uitspraak werd door OLG Frankfurt am Main 25 april 2023, *BeckRS* 2023, 9478 vernietigd omdat het OLG, anders dan het LG eerder, geen aansprakelijkheid aannam. Momenteel loopt deze zaak bij het BGH.
66. C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', *VR* 2013, afl. 7/8, p. 257. Zie ook: A.J. Verheij, 'De hoogte van smartengeld: een vergelijking tussen Nederland en Duitsland', in: M. Donkerlo, *'Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade'*, Den Haag: ANWB 2019, p. 6-10. Uit de door hem gemaakte vergelijking blijkt dat in Duitsland, met name bij ernstig letsel, hogere bedragen worden toegewezen, alleen ter zake shockschade is het smartengeld in Nederland hoger. Verheij spreekt de wens uit dat door de gemaakte analyse advocaten en rechters zich laten inspireren door Duitse rechtspraak en de door de Duitse rechter gegeven motivering. Hij bepleit navolging van het Duitse denken in termen van grondrechten en preventie als functie van het smartengeld.

Immateriële schade betreft een hoogst-persoonlijke vordering, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn.

schade zich niet min of meer forfaitair laat vaststellen. Het gaat immers om een hoogst-persoonlijke vordering, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn.⁶⁷⁾

In de tussentijd ligt er een taak voor belangenbehartigers van gelaedeerden om de smartengeldvordering van een (betere) fundering te voorzien. Ik herhaal hier de oproep die ik eerder deed op het LSA Symposium in januari 2023: er moet meer geprocedeerd worden in zaken die het verschil kunnen maken, om de rechtsontwikkeling verder te helpen.⁶⁸⁾ Dat geldt zeker voor het smartengeld. Van Dijk stelde eerder al dat de bal primair bij partijen ligt. De gelaedeerde zal zich (meer) moeite moeten getroosten om inzichtelijk én invoelbaar te maken *dat* en *waarom* een hoger smartengeld in een bepaalde zaak geïndiceerd is. De laedens zal hier vervolgens inhoudelijk en zinvol op moeten ingaan. Alleen bij een werkelijk inhoudelijk debat kan tot een redelijk(-er) niveau van het smartengeld worden gekomen.⁶⁹⁾ Vervolgens is te hopen dat civiele rechters in dat debat aanleiding zien om het verschil dat is ontstaan in de toewijzing van het smartengeld tussen de civiele en strafrechter te overbruggen. Dan is niet alleen dat verschil opgelost, maar is ook het probleem van het stagnerende smartengeldniveau (deels) aangepakt.

67. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (Groninger Aardbevingen).

68. E.W. Bosch, 'Letselschade op de grens van civiel en strafrecht', in: A. Kolder e.a., 'Over de grens?! Voordrachten gehouden op het 34e Symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten op 27 januari 2023', Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 148.

69. Chr.H. van Dijk, 'De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld', *VR* 2013, afl. 7-8, p. 289.