

Smartengeld aan de thermometer

Nr. 30

In dit nummer van *AV&S* treft u, naast enige andere spannende bijdragen, de weergaven van de lezingen gehouden tijdens het jaarlijkse *AV&S*-congres over 'Smartengeld. Thermometer van het aansprakelijkheidsklimaat'. Dat congres werd gehouden exact tien jaar na de dag waarop Lindenbergh zijn Leidse dissertatie over smartengeld verdedigde. In de tien jaar die sindsdien verstreken zijn, is er echter veel gebeurd bij de omgang met en de vergoeding van smartengeld, en het congres beoogde van die ontwikkelingen verslag te doen.

Een eerste eenvoudige vaststelling, terugkijkend, is uiteraard dat smartengeld in die tien jaar steeds een belangrijk en actueel thema is geweest en gebleven, aangewakkerd door bijvoorbeeld (ik noem slechts enkele 'highlights') het coma-arrest, het schokschade-arrest, het wrongful life-arrest, het wetsvoorstel affectieschade en de proefschriften van Verheij en Vegter. Smartengeld was een 'hot topic', en is dat gebleven. Het spreekt tot ieders verbeelding.

Dat gezegd zijnde, rijst de vraag: waar staan we nu, tien jaar later? Een eerste antwoord op die vraag, vindt u in de hierna opgenomen bijdragen. Hartlief bespreekt de vraag in hoeverre handhaving van privaatrechtelijke regels via of door smartengeld geschieden kan. Hij verdedigt dat als we smartengeld willen inzetten bij de handhaving van fundamentele rechten als er enkel een schending van zo'n recht voorligt en er geen verdere vermogensschade is geleden, we dan ook de volgende stap moeten zetten om schending van zo'n recht ook te sanctioneren via de smartengeldvergoeding als er wél al vermogensschade vergoed wordt en er dus wel al een vorm van genoegdoening is verkregen. Ook beoogt hij dat we wellicht, met open vizier, nogmaals zouden moeten bezien of de introductie van andere, al dan niet additionele, handhavingsmechanismen (zoals punitieve damages) toch niet ook waardevol zou kunnen zijn.

Visscher beziet smartengeld, en vooral de omvang daarvan, vanuit rechtseconomisch en gezondheidseconomisch perspectief. Hij meent dat op basis van de informatie die er nu beschikbaar is, geconcludeerd kan worden dat de toegerekende bedragen in Nederland te laag zijn en dat de huidige wijze van berekening (aansluiten bij wat eerder in vergelijkbare zaken gedaan is) vervangen zou moeten worden door het gebruik van informatie uit zogenaamde QALY-analyses. Tot een verzekeringscrisis zal een verhoging van de bedragen niet leiden, zo stelt hij ons gerust.

In zijn bijdrage bespreekt Lindenbergh de smartengeldvergoeding voor naasten en nabestaanden. Hoewel de erkenning en vergoeding van schokschade een stap vooruit is geweest, is die stap onvoldoende, zo stelt hij, zelfs als het de slachtoffers niet per se om het geld maar eerder om de erkenning te doen zou zijn, want die vergoeding is vaak het enige middel om tot erkenning te (kunnen) komen. De daadwerkelijke invoering van de wettelijke regeling voor vergoeding van affectieschade is dus nodig, in afwachting

van een herziening van het stelsel van vergoeding van schade aan derden in zijn geheel. De wetgever moet hier het initiatief weer terugnemen van de rechter.

Van Duijvendijk-Brand bespreekt ten slotte de positie van smartengeld als een in wezen vreemde figuur binnen ons vermogensrecht. Immers, de schade (smart) wordt buiten het vermogen geleden, maar wel (noodzakelijkerwijs) in het vermogen vergoed. Bepalend voor de verdere grondige analyse van diverse probleemsituaties is dan voor Van Duijvendijk-Brand dat smartengeld een hoogstpersoonlijk karakter heeft, zodat ten eerste het slachtoffer steeds de keuze heeft om van het vorderingsrecht gebruik te maken en ten tweede het geld ten goede moet komen aan het slachtoffer zelf. Zij noemt dit de negatieve en de positieve zijde van dat hoogstpersoonlijke karakter. Die positieve zijde is nu onvoldoende gewaarborgd, zo stelt zij, ten opzichte van crediteuren, en tevens zou zij de smartengelduitkering buiten de huwelijksgoederengemeenschap willen laten vallen.

Bezien we de oogst van het voorgaande dat valt op dat de rechtsfiguur 'smartengeld' niet alleen met de tijd mee gaat, maar ook met name aan de frontlinie van de rechtsontwikkeling opereert. Ten eerste: smartengeld is met de tijd mee gegaan, want nu handhaving zich als het thema voor de komende jaren aandient, staat smartengeld voorop als een bruikbaar instrument om die handhaving ter hand te kunnen nemen. En waar de rechtseconomie sterk in opkomst is, nog steeds, is smartengeld een figuur die de resultaten daarvan kan incorporeren door voor een andere berekeningswijze te kiezen. Dat, ten tweede, smartengeld aan de frontlinie opereert en daar een belangrijke figuur is, bewijst de (steeds steviger klinkende) discussie over de vergoeding van derdenschade en de vraag wie de rechtsvorming daar zou moeten leiden (rechter of wetgevers?), terwijl talloze vermogensrechtelijke vragen rondom smartengeld nog dringend op definitieve antwoorden wachten, antwoorden die de rechtsontwikkeling zeker zullen beroeren.

Kortom, de manier waarop we omgaan met smartengeld, is een graadmeter voor hoe ons recht en vooral ons aansprakelijkheidsrecht in elkaar steekt. Vandaar dat er wel gesproken wordt over smartengeld als 'de thermometer' van het aansprakelijkheidsklimaat.