

Het recht op smartengeld: burgerwacht of schaamlap?

ENKELE OPMERKINGEN OVER SMARTENGELD IN HET LICHT VAN DE
FUNCTIES VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

*T. Hartlief**

1. INLEIDING

In de Nederlandse literatuur met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht werd tot voor kort betrekkelijk weinig aandacht besteed aan doel(en) en functies van het rechtsgebied. Dat ligt duidelijk anders voor de literatuur over het smartengeld. De afgelopen jaren hebben interessante proefschriften van Lindenbergh en Verheij het licht gezien waarin uitvoerig aandacht wordt besteed aan doel en functies.¹ Welke functies heeft het (recht op) smartengeld? Naar mijn overtuiging – en daarin word ik ook wel gesteund door de onderzoeken van Lindenbergh en Verheij – ontkomt men er niet aan bij de beantwoording van deze vraag als vertrekpunt te nemen welke functies het aansprakelijkheidsrecht heeft. Het recht op smartengeld wordt in belangrijke mate bepaald door zijn ‘omgeving’. In deze bijdrage wil ik vanuit dat perspectief enkele opmerkingen maken. Daarbij zal blijken dat de recente discussie over functies en inrichting van het aansprakelijkheidsrecht die mede onder invloed van de zorg omtrent de ontwikkeling in de richting van een claimcultuur op gang is gekomen, relevant is voor het denken over (de toekomst van) het smartengeld.

* Prof. mr. T. Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

1. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998 en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

2. HET SMARTENGELD ALS ONDERDEEL VAN ZIJN OMGEVING

Ik heb mij bij eerdere gelegenheden² aangesloten bij degenen die menen dat de grond voor het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in de bescherming van de status quo in de gedachte dat men met schadevergoeding, een verbod of bevel of een rectificatie immers primair bescherming beoogt tegen aantasting van zijn rechten (c.q. zijn vermogen).

Hoewel dit beeld van handhaving van de status quo in de meeste gevallen adequaat is, is dat niet het geval voor zover het gaat om die situaties waarin rechten aanleiding geven tot verandering van de status quo. Er lijkt meer dan ooit aandacht in het vermogensrecht en daarmee ook in het aansprakelijkheidsrecht te bestaan voor de ontwikkelings- (en dus niet de afwerings-)capaciteiten van (bepaalde) grondrechten en persoonlijkheidsrechten.³ Zij kunnen voor rechthebbenden juist bijdragen aan een verandering van hun (rechts)positie en daarmee – voor hen – aan een verandering van de status quo. Voor Lindenbergh en Bloembergen is dat aanleiding te spreken van handhaving van (door het recht erkende) aanspraken⁴ in plaats van handhaving van de status quo. In wezen denkt Verheij, die in zijn proefschrift de gedachte van rechtshandhaving (niet alleen) voor het smartengeld sterk benadrukt, in dezelfde richting.⁵ Illustratief is de volgende passage uit zijn proefschrift:⁶

‘De rechtshandhavingsfunctie in de hier bedoelde zin houdt in dat het privaatrecht in staat dient te zijn om te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Deze reactie dient niet te geschieden met het oog op (speciale of generale) preventie, maar is een kwestie van logische noodzaak: zonder (re)actie geen recht. Het is zinloos een bepaald belang van het etiket (subjectief) recht te voorzien als vervolgens na een inbreuk het privaatrecht geen mogelijkheid biedt om op die inbreuk te reageren. Het geschonden recht zet zich voort in de vorm van een rechtsaanspraak.’

2. Zie vooral T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 15 e.v.
3. Zie in dit verband onder meer S.D. Lindenbergh, *TVP* 1999, p. 1665 e.v.
4. S.D. Lindenbergh en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer: Kluwer 2002, nr. 5 spreken van handhaving van aanspraken.
5. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445 e.v.
6. Verheij, a.w., p. 445.

Het privaatrecht moet tanden hebben om de rechten die het verleent daadwerkelijk betekenis te geven. Dat zou dan de kern van het aansprakelijkheidsrecht zijn: handhaving om inhoud te geven aan door het recht verleende rechten. Wat opvalt, is Verheij's instrumentele visie op het smartengeld in dit verband. Hij ziet een belangrijke rol voor het smartengeld weggelegd waar de reguliere sancties uit het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht onvoldoende soelaas bieden; wanneer er, zo zou men kunnen zeggen, derhalve sprake is van een 'handhavingstekort'.⁷ Door in een dergelijke situatie een recht op smartengeld toe te kennen, zou dan (alsnog) inhoud gegeven worden aan het (geschonden) recht. Hoewel Verheij daar – gelet ook op het zojuist geciteerde – zelf afstand van probeert te houden, dringt zich daarmee toch ook de idee van voldoende prikkelwerking in verband met preventie zich op: door een recht op smartengeld toe te kennen, wordt ook gewaarborgd dat er voldoende druk van het aansprakelijkheidsrecht uitgaat.

Men houde in het oog dat deze abstracte beelden, handhaving van de status quo, handhaving van aanspraken of rechtshandhaving, natuurlijk wel richting geven, maar uiteindelijk ook niet meer doen dan dat; wanneer men deze rechten of aanspraken heeft en wat men precies beoogt met handhaving ervan, is daarmee nog niet gezegd.⁸ Er valt gelukkig echter nog wel wat meer over de omgeving van het recht op smartengeld te zeggen.

3. PREVENTIE EN VERGOEDING

Het is algemeen bekend dat het aansprakelijkheidsrecht een rol wordt toebedeeld in het kader van vergoeding en preventie. In het debat over de functies van het aansprakelijkheidsrecht wordt duidelijk dat (rechts)economen en juristen elkaar juist op deze punten maar moeilijk kunnen vinden. Dat geldt in de eerste plaats voor het belang van compensatie. Economen denken in termen van preventie en kiezen dus een ex ante-perspectief. Juristen denken veeleer ex post en hechten veelal dan ook meer aan vergoeding dan aan preventie: daadwer-

7. Zie ook S.D. Lindenbergh en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer: Kluwer 2002, nr. 7.

8. Vgl. in dit verband S.D. Lindenbergh, *NTBR* 2002, p. 480 naar aanleiding van de beschouwingen van A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

kelijke toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht komt immers in beeld wanneer het onheil is geschied.⁹ In de geschriften van juristen over de functies en doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht gaat de aandacht vooral uit naar vergoeding van schade alsof het (alleen) daar om draait in het aansprakelijkheidsrecht. Is dat werkelijk zo? Ik heb in eerdere geschriften Kötz aan het woord gelaten:¹⁰ net zo min als het doel van het echtscheidingsrecht in de scheiding der echt ligt, is het doel van het ongevalrecht de vergoeding van schade(s). Volledige vergoeding van alle schade is niet het streven van het aansprakelijkheidsrecht. Een dergelijk streven zou weinig vruchtbaar zijn en bovendien een verlamdend effect op het maatschappelijk leven hebben. Het is uiteraard wel de bedoeling dat *bepaalde* schade wordt vergoed: het aansprakelijkheidsrecht geeft uiteindelijk aan *wanneer* men recht heeft op vergoeding van zijn schade.

Meer dan juristen hechten economen, als gesteld, aan preventie. Aansprakelijkheidsregels zouden prikkels geven aan mogelijke veroorzakers van schade om zorgvuldig te handelen; door dat te doen voorkomt men aansprakelijkheid en uiteindelijk ook schade. Preventie is, zo bekeken, belangrijker dan vergoeding. Anders dan rechtseconomen twijfelen juristen vaak openlijk aan de preventieve effecten van het aansprakelijkheidsrecht. Dat is in die zin opvallend dat diezelfde juristen in het algemeen wel menen dat aansprakelijkheidsregels, in ieder geval voor zover die uit art. 6:162 BW af te leiden zijn, in ieder geval mede ook *gedrags*regels zijn. Als dat zo is, ligt het niet voor de hand vraagtekens te plaatsen bij de preventie-functie van het aansprakelijkheidsrecht.¹¹ Een geheel andere vraag is of steeds evenveel nuttig *effect* van het aansprakelijkheidsrecht op dit punt mag worden verwacht.

Bij de beantwoording van die vraag is het noodzakelijk onderscheid te maken tussen diverse deelterreinen van het aansprakelijk-

9. Zie in dit verband ook S.D. Lindenberg en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer: Kluwer 2002, nr. 5.

10. Zie T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 18.

11. J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1997, p. 18-19 noemt preventie dan ook de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht. Zie in dit verband overigens ook L. Visscher, 'De preventieve werking van het onrechtmatige-daadsrecht. Empirisch onderzoek naar de werking van aansprakelijkheidsregels', *Recht der Werkelijkheid* 2001, p. 59 e.v.

heidsrecht. De prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht zal bijvoorbeeld op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor perspublicaties, waar overheidsregulering en handhaving veelal ontbreken, groter zijn dan op bijvoorbeeld het terrein van het verkeersongevallenrecht waar veiligheidsregulering juist erg belangrijk is.¹² Categorische antwoorden ('aansprakelijkheid heeft wel prikkelwerking' of 'zij heeft dat niet') zijn niet op hun plaats. Dat neemt echter niet weg dat – en daarover kunnen economen en juristen het waarschijnlijk uiteindelijk wel met elkaar eens worden – het aansprakelijkheidsrecht als prikkel voor zorgvuldig gedrag voor diverse terreinen van het ongevallenrecht maar een beperkte *meerwaarde* heeft. In ieder geval zijn er veelal ook andere mechanismen met prikkelwerking werkzaam: angst voor eigen lijf en leden of voor morele verontwaardiging, vrees voor reputatieschade, veiligheidsregulering, voorschriften van de aansprakelijkheidsverzekeraar, (vrees voor) strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, maar ook positieve prikkels (beloning van zorg, premieverlaging, subsidieverlening, reputatieversterking).¹³ Op sommige terreinen zijn die zo sterk dat van een substantiële meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht op het punt van preventie moeilijk kan worden gesproken, terwijl dat op andere terreinen wellicht anders is. Dit heeft ook consequenties voor beleidsmakers waarbij natuurlijk in de eerste plaats aan de wetgever maar soms ook aan de rechter moet worden gedacht. Wanneer zij het preventieperspectief betrekken, zullen zij moeten nadenken over de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht ten opzichte van andere mechanismen. Zo zal veiligheidsregulering waarschijnlijk effectiever (want informatiever) zijn ter voorkoming van verkeers- en arbeidsongevallen dan een strenge zorgvuldigheidnorm ('gij zult een ander niet schaden of in gevaar brengen').¹⁴ Het zal echter duidelijk zijn dat overheidsre-

12. Zie in dit kader bijvoorbeeld M. van Dam, *Verkeersongevallen* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 en L. Visscher, 'De preventieve werking van het onrechtmatige-daadsrecht. Empirisch onderzoek naar de werking van aansprakelijkheidsregels', *Recht der Werkelijkheid* 2001, p. 61 e.v.

13. J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 607 en C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 53-54.

14. J.M. Barendrecht, *NJB* 2002, p. 607-608. Zie ook M. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 280 e.v.

gulering niet altijd mogelijk of effectief is; denk aan het terrein van de onrechtmatige uitlatingen en perspublicaties. Van het strafrecht hoeft men daar bijvoorbeeld niet veel te verwachten. Van het civiele aansprakelijkheidsrecht wellicht meer. Ik denk hierbij in het bijzonder aan de mogelijkheid winstafdracht (art. 6:104 BW) te vorderen¹⁵ en natuurlijk ook aan het recht op smartengeld in dit verband.¹⁶

4. INVOERING VAN EEN PRIVAATRECHTELIJKE BOETE

Hiermee raken we de thematiek van de privaatrechtelijke boete: met het inzetten van een recht op vergoeding van immateriële schade om bepaalde rechten inhoud te geven, is het immers nog een relatief kleine stap naar een stelsel waarin een vergoeding aan de orde is zonder dat daarmee wordt beoogd schade aan de zijde van eiser te compenseren.¹⁷ Het is duidelijk dat een dergelijke stap kan worden overwogen, wanneer kan worden betwijfeld of het aansprakelijkheidsrecht met zijn 'normale remedies' wel voldoende preventieve werking heeft. Ook voor het terrein van de onrechtmatige uitlatingen en perspublicaties geldt ondanks voorzieningen als zojuist (onder 3) genoemd dat kan worden betwijfeld of het aansprakelijkheidsrecht inderdaad voldoende prikkels geeft. Van een instituut als punitive damages zou dan wellicht meer heil te verwachten zijn.

Dat punitive damages in het ene stelsel wel en in het andere niet aan de orde zijn, is kort geleden door Barendrecht verklaard door de al dan niet serieus te nemen rol van andere prikkelmechanismen. Zo stelt hij dat ten onzent gelet op de in ons land bekende uitgebreide veiligheidsregulering geen behoefte zou bestaan aan de introductie van punitive damages, terwijl het ontbreken van die regulering in de Verenigde Staten juist de verklaring zou vormen van het belang van

15. Zie in dit verband ook E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001, p. 1749 e.v. die pleit voor een (beperkte) rol van punitive damages in dit kader.

16. Overigens zal het voor claimanten wellicht niet zozeer om preventie gaan maar veeleer om het idee dat het ongewenste gedrag niet 'zonder straf' blijft. Zie ook hierna onder 7 en 8.

17. Daarop heeft S.D. Lindenberg, *NTBR* 2002, p. 479 naar aanleiding van de beschouwingen van A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445 e.v. al eerder de vinger gelegd.

punitive damages als krachtige extra preventie-prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht.¹⁸ Voor het echte ongevallenrecht is dat wellicht waar, doch voor terreinen zoals dat van de onrechtmatige uitlatingen en perspublicaties kan dat geen betekenis hebben; daar is immers geen veiligheidsregulering aan de orde.

Moet vanwege een dergelijk 'handhavingstekort' invoering ten onzent van punitive damages worden overwogen? De laatste jaren is er in enkele Nederlandse stukken inderdaad betrekkelijk positief over dit fenomeen geschreven vanuit de invalshoek van de lage 'pakkans' voor laedentes op sommige terreinen van het aansprakelijkheidsrecht:¹⁹ deze lage pakkans zou de calculerende schadeveroorzaker onvoldoende prikkels geven. Invoering van punitive damages zou hier het evenwicht kunnen herstellen: een kleine kans op een veroordeling een zeer omvangrijke vergoeding te betalen zou wellicht een betere prikkelwerking hebben. Vooralsnog zou ik, overigens met Barendrecht,²⁰ geneigd zijn onder meer vanwege de 'systeemvreemdheid' van punitive damages en de daarmee samenhangende problemen de oplossing te zoeken in toepassing of verbetering van andere preventiemechanismen. Daarbij kan overigens ook worden gedacht aan verhoging van de pakkans binnen het aansprakelijkheidsrecht door aanscherping van de zorgvuldigheidsnorm of door verlichting van de eisen te stellen aan het bewijs door de eiser terzake van door hem gestelde schade of het verband tussen schade en de onrechtmatige gedraging. In duidelijk vergelijkbare richting gaat Lindenbergh in zijn bespreking van het proefschrift van Verheij in het bijzonder waar hij diens voorstel tot de inzet van een recht op smartengeld ingeval van traag afwikkelende verzekeraars bekritiseert. Hij geeft naar mijn mening terecht aan dat binnen de systematiek van het recht andere mogelijkheden – zoals verhoging van de wettelijke rente – voorrang verdienen.²¹

'Het ware te voorkomen dat het smartengeld in zijn algemeenheid wordt ingezet als een soort 'burgerwacht', zodat gaten in de rechtshandhaving niet door de wetgever (hoeven te) worden gedicht.'

18. J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 607-608.

19. Zie H.O. Kerkmeester, 'Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans', *NJB* 1998, p. 1807 e.v. en E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001, p. 1749 e.v.

20. J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 607-608.

21. S.D. Lindenbergh, *NTBR* 2002, p. 481.

5. FUNCTIONELE INZET VAN HET RECHT OP SMARTENGELD IN HET KADER VAN PREVENTIE

Dat neemt niet weg dat een functionele inzet van het recht op smartengeld in het kader van preventie aan de orde kan zijn; ik heb dat aan de hand van de onrechtmatige perspublicaties laten zien. Een dergelijke rol lijkt zinvol wanneer andere mechanismen onvoldoende prikkelwerking vertonen en aangenomen mag worden dat een recht op smartengeld wel voldoende soelaas biedt.

In het kader van onder meer de discussie over de herinrichting van het stelsel van verkeersaansprakelijkheidsrecht²² en van de affectieschadeproblematiek is een vergelijkbare functionele inzet van vergoeding van immateriële schade in het bijzonder door uitbreiding van de kring van gerechtigden in dat verband overwogen. In een brief van de regering aan de Tweede Kamer die uiteindelijk ten grondslag heeft gelegen aan het huidige wetsvoorstel (28 781) dat strekt tot invoering van een beperkt recht op vergoeding van affectieschade, heeft de regering bijvoorbeeld gesteld dat een positief effect van invoering zou kunnen zijn dat aldus een bijdrage wordt geleverd aan de maatschappelijke functie van het aansprakelijkheidsrecht actoren te dwingen rekening te houden met de risico's van hun handelen voor derden.²³ Op dat moment dacht de regering nog aan een gefixeerd bedrag van € 10.000 per gerechtigde.²⁴

Uiteindelijk is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geen poging meer gedaan aansluiting te zoeken bij rechtseconomische inzichten. En dat lijkt mij terecht nu de passage uit de eerdere brief minder geslaagd kan worden genoemd.²⁵ Het ging de regering immers om de prikkelwerking: laedentes zouden de juiste rekening gepresenteerd moeten krijgen opdat zij voelen wat zij aanrichten en wellicht hun gedrag aanpassen. Uiteindelijk kon moeilijk worden volgehouden dat het prikkelwerkingsperspectief daadwerkelijk serieus werd genomen. Vanuit dat perspectief ligt een nogal beperkte kring van gerechtigden en een zeer laag vergoedingsniveau zoals deze beide uiteindelijk ook in het wetsvoorstel zijn terechtgekomen immers niet voor de hand. Als men potentiële laedentes de druk van het aanspra-

22. SER-Advies 1999/013, *Investeren in verkeersveiligheid*, Den Haag, p. 32 e.v.

23. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 400 VI, nr. 70, p. 6.

24. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 400 VI, nr. 70, p. 5.

25. In vergelijkbare zin Du Perron, a.w., nr. 51.

kelijkheidsrecht wil laten voelen, opdat zij zich voorzichtiger gaan gedragen, liggen hoge bedragen juist veel meer voor de hand.²⁶ Nu heeft de regering door het Verbond van Verzekeraars laten becijferen dat de WAM-premie bij invoering van het regeringsvoorstel (en uitgaande van een vast bedrag van € 10.000) met ca. 2% zullen stijgen.²⁷ Natuurlijk is dat niet niks, maar aangenomen mag worden dat individuele chauffeurs geen *extra* prikkel zullen voelen, ook niet doordat autorijden nu (alweer) duurder wordt. Het is hier net als met uitbreiding van de regresrechten: het mag ernstig worden betwijfeld of het gemotoriseerd verkeer geprikkeld wordt zich anders te gedragen doordat het te verhalen bedrag *groeit*.²⁸ Dat klemt te meer nu moet worden betwijfeld, zoals net al uiteengezet, of het verkeersaansprakelijkheidsrecht als zodanig meerwaarde heeft ten opzichte van andere prikkelmechanismen.

6. AANSPRAKELIJKHEIDSRICHT EN VERGOEDING VAN SCHADE

Het zal duidelijk (geworden) zijn dat het aansprakelijkheidsrecht waar het gaat om preventie de nodige concurrentie ondervindt van andere systemen. Dat is ook het geval waar het om de vergoeding van schade gaat. Hoewel men gelet op de discussies over de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht wel eens een andere indruk zou krijgen, is het belang van het aansprakelijkheidsrecht voor de vergoeding van schade nogal beperkt. Andere vergoedingssystemen als private verzekering en sociale zekerheid zijn veel belangrijker.²⁹ Dat heeft alles te maken met de voorwaarden die de diverse systemen stellen: terwijl het aansprakelijkheidsrecht een hoogdrempelig systeem is, zijn de andere laagdrempelig van aard.³⁰ Ik beperk mij nu

26. Zie in dit kader ook de bijdrage van M. Faure, in: P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000, p. 107 e.v.
27. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 6-7 evenals *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 8.
28. Zie in dit verband M. Faure, in: W.H. van Boom e.a. (red). *Regresrechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 54 e.v.
29. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, nrs. 26 e.v. en J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 612.
30. Zie voor een uitwerking van deze gedachte B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

even tot de sociale zekerheid: men heeft recht op een uitkering, in beginsel ongeacht de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid et cetera. Ook 'eigen schuld' van de uitkeringsgerechtigde heeft in beginsel geen gevolgen voor het recht op uitkering.³¹ Anders dan het aansprakelijkheidsrecht is dit 'andere' systeem er juist op ingericht relatief snel een adequate vergoeding te verlenen. Daarom is sprake van relatief lage drempels in de zin van niet al te strenge uitkeringsvoorwaarden. Aan de andere kant is sociale zekerheid, gebaseerd als zij is op maatschappelijke solidariteit, beperkt. Deze solidariteit gaat niet zo ver dat ieder volledig van elk risico gevrijwaard blijft. Tot op zekere hoogte kan men een beroep doen op (de andere leden van) de maatschappij. Waar in het aansprakelijkheidsrecht volledige vergoeding vooropstaat, gaat het in de sociale zekerheid eigenlijk per definitie om een in tijd en omvang beperkte vergoeding. Het aansprakelijkheidsrecht gaat juist hier verder, zij het onder voorwaarden.

Ik heb in dit verband al het beeld gebruikt van hoge drempels. Het zijn er grofweg drie: in de eerste plaats moet, ook al gaat het om risicoaansprakelijkheid, eigenlijk steeds *enig* tekortschieten van personen of zaken worden aangewezen.³² Van belang is verder de causale relatie met de schade. De schade moet op de tekortkoming zijn terug te voeren. Min of meer complementair is de regel dat schade die de gelaedeerde zelf veroorzaakt, althans schade die aan de gelaedeerde zelf kan worden toegerekend, als 'eigen schuld' voor zijn rekening dient te blijven.

De hoge drempels houden duidelijk verband met het vergoedingsniveau. Uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is immers *volledige vergoeding*.³³ Dat dat zo is, heeft alles te maken met de eerder geponeerde gedachte van handhaving van de status quo. Anders dan in andere vergoedingssystemen waarin bijvoorbeeld het waarborgen van bestaanszekerheid aan de orde is, geeft het aanspra-

31. Het is (in toenemende) mate wel zo dat 'eigen schuld' in de weg kan staan aan het geldend maken van het recht op uitkering. Zie in dit verband bijvoorbeeld het ingevolge de Wet Poortwachter ingevoerde art. 7:660a BW en in dit verband ook S. Klosse, 'Vergoeding als noodverband', *AV&S* 2003, p. 28 e.v.

32. Zie T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, nrs. 22 e.v.

33. Zie S.D. Lindenbergh en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer: Kluwer 2002, nrs. 10 e.v.

kelijksrecht in bepaalde gevallen een vermogensgarantie. Worden bepaalde door het recht opgelegde verplichtingen geschonden en ontstaat daardoor schade dan heeft de gelaedeerde recht op herstel in de oude toestand, hetgeen het beste door volledige vergoeding wordt gerealiseerd.³⁴ Deze achtergrond verklaart in eerste instantie ook dat anders dan in andere systemen binnen het aansprakelijkheidsrecht vergoeding van immateriële schade aan de orde is. Toekenning van smartengeld is typisch voor het aansprakelijkheidsrecht en komt niet voor in de sfeer van de sociale zekerheid.³⁵ In de sociale zekerheid gaat het immers om het waarborgen van een bepaalde welvaarts- of inkomenspositie, terwijl het aansprakelijkheidsrecht juist verder gaat. Dat juist in dit verband aan vergoeding van immaterieel nadeel wordt gedacht, ligt voor de hand: met de enkele vergoeding van vermogensschade is de gedupeerde veelal niet in zijn 'oude' toestand hersteld.

7. SMARTENGELD: MEER DAN VERGOEDING VAN SCHADE

In eerste instantie gaat het dus om compensatie waar echt herstel niet mogelijk is. Lindenbergh zoekt in zijn proefschrift inderdaad de grond(slag) voor smartengeld in de compensatiegedachte.³⁶ In de opvatting van Verheij zou het eerder (moeten) gaan om rechtshandhaving in plaats van compensatie.³⁷ Of er op dit abstractieniveau werkelijk grote verschillen zijn betwijfel ik: Lindenbergh denkt immers – let ook op zijn onder 2 genoemde latere geschriften – sterk in termen van handhaving van aanspraken in welk kader compensatie een fundamentele rol speelt. Ik heb hiervoor al gesuggereerd dat het verschil tussen handhaving van de status quo, handhaving van aanspraken en rechtshandhaving in uitgangspunt niet groot is.

34. Zie in dit verband S.D. Lindenbergh en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer: Kluwer 2002, nrs. 10 en 11.

35. De laatste jaren komen we bij bepaalde schadefondsen wel een vergoeding tegen die niet beoogt vermogensschade weg te nemen. Dat is opmerkelijk, immers systeemvreemd: dat de overheid zich over bestaanszekerheid ontfermt, is goed te verklaren en juist. Dat ligt echter anders waar het de immateriële positie van de gelaedeerde betreft. Zie in dit verband mijn bijdrage, in *De kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA, Lelystad 2002, p. 91 e.v.

36. Lindenbergh 1998, a.w., hoofdstuk 2.

37. Verheij 2002, a.w., p. 387 e.v.

Uiteindelijk gaat het echter bij smartengeld om meer dan compensatie waar echt herstel niet mogelijk is. Eerder dan bij vergoeding van vermogensschade – maar dat zegt niet dat zij daar geen rol spelen³⁸ – komen in het kader van de vergoeding van immateriële schade nog andere aspecten in beeld: genoegdoening *voor* de gelaedeerde, daaronder erkenning begrepen,³⁹ en genoegdoening *door* de laedens. Ik ga daar hierna (onder 8) nog op in. Ik laat het nu bij de constatering dat ook bij het smartengeld de compensatie centraal staat, doch dat eerder dan bij andere schade ook ‘immateriële’ functies van het aansprakelijkheidsrecht voor de gelaedeerde in beeld komen. Smartengeld komt in beeld althans de behoefte daaraan bestaat wanneer men het idee heeft dat het een *ander* is die het normale verloop van het leven verstoord heeft. Dat blijkt ook nog onder andere hieruit dat men, zeker in Nederland, weliswaar geneigd is zich voor allerlei onheil te verzekeren doch dan alleen voor zover het om vermogensschade (zaakschade, ziektekosten, inkomensschade) gaat. Van verzekering van immateriële schade op first party-basis is echter nauwelijks of geen sprake.⁴⁰ Die behoefte is er kennelijk niet: immateriële schade willen we echter wel vergoed zien wanneer een ander de normale gang van zaken heeft verstoord, maar dan moet *hij* (c.q. zijn aansprakelijkheidsverzekeraar) en niet onze schadeverzekeraar dat dan ook doen.

8. DE EMOTIONELE KANT VAN CLAIMEN

In het algemeen beoogt men met een claim in het aansprakelijkheidsrecht, of deze nu strekt tot schadevergoeding, een verbod of bevel of rectificatie, handhaving van zijn recht of herstel van de ‘oude’ situatie. In veel gevallen gaat het echter om meer dan dat en soms zelfs in werkelijkheid om iets anders. Voor eisers kunnen,

38. Zo ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 44 e.v. en C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 4 en 30.
39. Zo ook C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 1.
40. Zie vooral M. Faure, in: P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000, p. 105 e.v. en verder J.M. Barendrecht, ‘Aansprakelijkheid en welzijn’, *NJB* 2002, p. 612-613 en C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 45.

anders gezegd, geheel andere *motieven* in het spel zijn dan ‘handhaving van een aanspraak’. Zo is het sommige claimanten niet zozeer om vergoeding te doen alswel om het aanpakken van de ander in zijn vermogen of in zijn reputatie. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan schadevergoeding wegens onrechtmatige publicaties over publieke personen die de gerechtigden veelal ten goede laten komen aan een goed doel. Rancune of het idee dat het gedrag van de ander niet ‘onbestraft’ mag blijven kunnen in dat soort maar ook in andere gevallen een belangrijke drijfveer zijn. In andere situaties wordt gebruik gemaakt van het aansprakelijkheidsrecht niet eens zozeer om schade vergoed te krijgen, maar ‘enkel’ om de waarheid boven tafel te krijgen, om de verantwoordelijkheid voor een bepaalde gebeurtenis vastgesteld te krijgen, om in rechte erkenning te krijgen van het feit dat claimanten onrecht is aangedaan of leed is toegebracht of om verbetering voor de toekomst te realiseren. Dit soort aspecten speelt bijvoorbeeld vrij nadrukkelijk in de sfeer van de medische aansprakelijkheid en in het kader van de schade(vergoeding) van naasten, waarbij natuurlijk ook aan de problematiek van de affectieschade moet worden gedacht.⁴¹ Het lijkt mij van belang vast te stellen dat dit soort meer ‘immateriële’ of emotionele motieven niet gereserveerd is voor (een) smartengeld(vordering), maar ook aan de orde zijn wanneer men iets anders vordert dan vergoeding van immateriële schade.⁴² En het lijkt mij evenzeer van belang aan te nemen dat het (aansprakelijkheids)recht hier inderdaad een functie heeft: het recht draagt bij aan erkenning en genoegdoening.

En toch houdt het aansprakelijkheidsrecht met de werkelijke motieven van gelaedeerden eigenlijk betrekkelijk weinig rekening. Veelal doen ze er niet toe: waarom nu werkelijk een vordering tot vergoeding van schade wordt ingesteld, is in beginsel niet relevant: het lijkt er meer op dat het recht het ‘mooi meegenomen’ acht dat het bijdraagt aan erkenning en genoegdoening doordat nakoming c.q. schadevergoeding wordt toegewezen. Wordt echter iets anders beoogd dan nakoming of herstel in de vorige toestand in enige vorm dan geeft het privaatrecht zelfs niet thuis. Zoals bekend heeft de vordering van de ouders van Jeffrey een wrang voorbeeld opgeleverd. Nadat hun

41. Zie in dit verband ook C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, ‘Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan’, *NJB* 2003, p. 818 e.v.

42. Anders – zo lijkt het – N. Frenk, *WPNR* 6523 (2003), p. 198.

zoon in een zwembad was verdrongen, vorderden zij geen schadevergoeding maar een verklaring voor recht dat het zwembad(personeel), en derhalve niet zij zelf, voor dit overlijden verantwoordelijk was. De Hoge Raad verklaarde de ouders niet ontvankelijk.⁴³ Een cruciale rol speelt dat de ouders geen vermogensrechtelijk belang zouden hebben bij de verklaring voor recht, doch slechts een zuiver emotioneel belang. Dat is echter niet een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW.⁴⁴ Zo is nog maar weer eens duidelijk geworden waar het in het aansprakelijkheidsrecht primair om gaat: herstel van aangetaste vermogensbelangen.

9. NIEUWE AANDACHT VOOR HET EMOTIONELE BELANG BIJ HANDHAVING

En toch is er juist de laatste jaren (weer wat) meer belangstelling voor de emotionele kant van het claimen. Steeds vaker wordt, ik heb dat hiervoor ook al aangegeven, in het bijzonder bij het recht op smartengeld,⁴⁵ benadrukt dat met vergoeding ook (een zekere) genoegdoening wordt gerealiseerd. In zijn preadvies voor de NJV van dit jaar gaat Du Perron er terecht vanuit dat deze 'immateriële' betekenis of functie van het aansprakelijkheidsrecht niet tot smartengeld beperkt is, maar zich uitstrekt tot andere gevallen van compensatie.⁴⁶ Steeds zou van een zekere genoegdoening kunnen worden gesproken, maar in de regel blijft het daarbij dan ook: genoegdoening *door* compensatie. In het recent ingediende wetsvoorstel met betrekking tot de vergoeding van affectieschade⁴⁷ komt dit ook weer naar voren. Het voorstel strekt tot aanpassing en aanvulling van art. 6:107 en 6:108 BW en houdt in de kern inderdaad in dat aan een aantal naasten zowel in geval van overlijden als van ernstig blijvend letsel van de direct getroffen recht op vergoeding van affectieschade wordt toegekend. Het gaat hierbij om een bij AMvB te bepalen bedrag waarbij de regering in eerste

43. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853.

44. Zie voor stevige kritiek onder anderen G.E. van Maanen, 'Een arrest dat schokeert: HR 9 oktober 1998', *NTBR* 1999, p. 47 e.v. en C.C. van Dam, 'Emotioneel belang en affectieschade. De onhoudbaarheid van het Jeffrey-arrest', *VR* 2000, p. 73 e.v.

45. Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 e.v.

46. C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 4, 30, 36.

47. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nrs. 1-2.

instantie lijkt te denken aan € 10.000.⁴⁸ In de toelichting wordt het volgende ter fundering gesteld:⁴⁹

‘Het voorstel erkent dat een normschending jegens het slachtoffer haar weerslag heeft op diens verwanten. Het beoogt uitdrukking te geven aan het gegeven dat ernstig letsel of het overlijden van een naaste voor de verwanten als een ernstig verlies wordt ervaren. ... Het recht op vergoeding van affectieschade beoogt in de eerste plaats erkenning te verschaffen dat deze naasten dit onheil wordt aangedaan. Daarnaast wordt met het recht op vergoeding van affectieschade beoogd deze naasten genoegdoening te verschaffen in die zin dat het geschokte rechtsgevoel van de naasten in zekere zin wordt verzacht doordat van de laedens een opoffering wordt verlangd. Erkenning en vergoeding zijn aldus de belangrijkste gronden voor het recht op vergoeding van affectieschade. Daarbij zij opgemerkt dat compensatie van het leed dat de naasten wordt aangedaan hooguit op de achtergrond een motief is om dit recht te erkennen, nu het wegnemen van dit leed door schadevergoeding slechts op gebrekkige wijze kan worden verwezenlijkt.’

Het is duidelijk: met een beperkt recht op vergoeding wordt, meer nog dan vergoeding, juist erkenning en genoegdoening beoogd.

10. ERKENNING EN GENOEGDOENING DOOR VERGOEDING. VERGOEDING VAN AFFECTIESCHADE

Het is een begrijpelijke reactie juist ook in het licht van de gedachte van het opheffen van een handhavingstekort: wil men een serieus te nemen positie bieden aan iemand die geen rechtens te vergoeden vermogensschade lijdt, dan komt al snel het toekennen van een recht op smartengeld in beeld. Dat is duidelijk ook het geval in de discussie over de affectieschade. En toch: als het recht tegemoet wil komen aan de behoefte aan erkenning van naasten (nabestaanden), zou dan niet meer aandacht moeten worden geschonken aan de vraag op welke voor nabestaanden voldoende aansprekende wijze deze erkenning kan geschieden? Zou het (aansprakelijkheids)recht niet ook langs andere weg dan die van compensatie kunnen bijdragen aan erkenning en genoegdoening?⁵⁰ Natuurlijk is erkenning door vergoeding één van de opties, vanzelfsprekend is zij niet nu de regering geen poging doet

48. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 3, p. 7.

49. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 3, p. 1-2.

50. Zie onder meer C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht, ‘Waar het mensen om *gaat* en wat het burgerlijk recht daarmee kan’, *NJB* 2003, p. 824 e.v. en T. Hartlief, ‘Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten’, *NTBR* 2003, p. 80 e.v.

reële vergoeding te bieden. In het Kindertaxi-arrest is de volgende intrigerende overweging te vinden:⁵¹

‘Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar. De rechter kan daarover niet een allesomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt.’

De Hoge Raad geeft zijn eigen gedachten (verder) niet prijs, maar te denken valt onder meer aan verruiming van de mogelijkheid tot verkrijging van een verklaring voor recht,⁵² een spijtbetuiging of een andere vorm waaruit de erkenning door het recht spreekt dat naasten door de laedens onrecht is aangedaan.⁵³

Waar het gaat om de affectieschadeproblematiek is mijn speculatie, ik geef toe dat het niet meer is dan dat, dat vele naasten uiteindelijk niet zozeer in geld geïnteresseerd zijn,⁵⁴ laat staan in een symbolisch laag forfaitair bedrag, maar in iets anders:⁵⁵ de waarheid, het vaststellen van de verantwoordelijkheid in het bijzonder in situaties waarin de dader die ontkent of het voorkomen van vergelijkbare

51. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (JBMV).

52. Zie bijvoorbeeld het redactioneel van J. van den Berg en S. Damminga, *Ars Aequi* 2002, p. 313, de noot van J.B.M. Vranken onder 8 bij het Kindertaxi-arrest en T. Hartlief, ‘Affectieschade: vergoeden of erkennen?’, *NTBR* 2003, p. 80-81. Kritisch hieromtrent onder meer vanwege inderdaad niet te verwaarlozen praktische bezwaren als het moeten procederen en het daarmee samenhangende gevaar van secundaire victimisatie is N. Frenk, *WPNR* 6523 (2003), p. 199.

53. Voor andere oplossingen en verwijzingen in dit verband verwijs ik naar C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 73 e.v.

54. N. Frenk, *WPNR* 6523 (2003), p. 199 heeft mij op dit punt misverstaan. Ik heb in mijn bijdrage in *NTBR* 2003, p. 80-81 niet betoogd dat immateriële schade over de gehele linie moet worden afgeschaft en evenmin dat slachtoffers met letsel het in het algemeen niet (ook) te doen zou zijn om geld. Ik heb specifiek het oog gehad op de positie van (zelf ongedeerd gebleven) naasten.

55. Ik trek daarmee in twijfel wat wordt gesuggereerd in *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 3.

situaties in de toekomst.⁵⁶ Juist in dergelijke situaties zullen naasten aangeven dat zij geen claim zouden hebben ingediend wanneer de dader in alle openheid over het gebeuren zou hebben gesproken, erkend zou hebben dat hij een fout heeft gemaakt, spijt zou hebben betuigd en/of beterschap c.q. maatregelen voor de toekomst zou hebben beloofd.

Als mijn speculatie juist is, zit de regering met haar voorstel – en uiteraard ook de Tweede Kamer met haar ‘uitnodiging’ aan de regering met zo’n voorstel te komen – op het verkeerde spoor. Het lijkt daarom beter alvorens tot invoering over te gaan onderzoek naar de behoeften van naasten in dit verband te doen, opdat eventueel ook gekozen kan worden voor een geheel ander type oplossing dan een beperkt recht op compensatie.⁵⁷

11. ERKENNING EN GENOEGDOENING DOOR VERGOEDING. COMA EN SMARTENGELD

Hoe belangrijk andere functies dan het bieden van compensatie kunnen zijn, blijkt ook wanneer het gaat om de vraag of een slachtoffer dat geen besef heeft van zijn toestand recht heeft op smartengeld. Heeft een comateus slachtoffer bijvoorbeeld recht op smartengeld? Kort geleden heeft de Hoge Raad voor het eerst beslist⁵⁸ in deze heikele kwestie.⁵⁹ Het antwoord op de gestelde vraag is in sterke mate afhankelijk van de visie die men op vergoeding van immateriële schade heeft. Concentreert men zich op compensatie, genoegdoening

56. Zie in dit verband ook G.E. van Maanen, ‘Het schockschade-arrest van 22 februari 2002’, *NJB* 2002, p. 1103. Ook in de Kindertaxi-zaak speelt dit: verzekeraar Woudsend heeft weliswaar een aantal malen een schadevergoeding aangeboden, maar steeds onder de mededeling daartoe niet gehouden te zijn. Juist dat zou claimante tot (het doorzetten van) haar claim hebben bewogen. Zie in dit verband H.J. den Hollander, ‘Affectie, shock en geld’, *TvP* 2002, p. 34 en A.J. Van, ‘De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen’, *TvP* 2002, p. 43-44.

57. Het pleidooi daarvoor van C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadvies voor de NJV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 46 onderschrijf ik dan ook.

58. HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 142.

59. Zie over deze problematiek uitgebreid en met rechtsvergelijkende gegevens S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 52 e.v. en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 71 e.v.

of erkenning in subjectieve zin dan komt men al snel uit bij een bewustzijnsvereiste. Ziet men meer in genoegdoening of erkenning op een abstracter niveau (herstel van het geschokte rechtsgevoel van de maatschappij) of in een bijdrage in het kader van preventie danwel rechtshandhaving dan ligt dat minder voor de hand. Het arrest heeft betrekking op een gelaedeerde die in coma raakt, dan (min of meer) ontwaakt en vervolgens overlijdt. In een dergelijk geval heeft hij recht op vergoeding wanneer hij zich heeft gerealiseerd dat hij de mogelijkheid normaal te leven in de voorafgaande periode van bewusteloosheid heeft verloren. Voor het geval van coma en vervolgens overlijden zonder enige vorm van ontwaken lijkt daarmee echter naar Nederlands recht geen recht op vergoeding te bestaan: de Hoge Raad lijkt uit te gaan van subjectief besef op enig moment; ontbreekt zij dan vererft er ook geen vordering terzake van smartengeld.⁶⁰ Mij lijkt dat juist: ik zie persoonlijk niet de zin van een vergoeding terzake van immateriële schade die in het geheel niet ten goede komt aan de gelaedeerde doch alleen ten voordele strekt van zijn naasten. Ik zie echter wel dat dit verband houdt met mijn opvatting dat een recht op vergoeding van affectieschade niet zou moeten worden ingevoerd. Hecht men juist aan genoegdoening op een abstracter niveau, aan afstraffing en/of aan preventie dan denkt men ongetwijfeld anders over het recht op smartengeld voor een comateus slachtoffer.⁶¹

12. TEN SLOTTE

Hoewel in het kader van het smartengeld, althans ten onzent, veelal meer aandacht uitgaat naar thema's als doel en functies dan het geval is bij studies over het aansprakelijkheidsrecht als zodanig, lijkt het mij van belang niet te doen alsof het recht op smartengeld 'los' staat van het aansprakelijkheidsrecht en 'eigen' functies heeft. Het recht op smartengeld wordt juist in eerste instantie bepaald door (grond en functies van) het aansprakelijkheidsrecht. Het heeft dan ook alles te maken met handhaving van aanspraken of met – als men daaraan de voorkeur geeft – handhaving van de status quo of rechtshandhaving. Het speelt uiteraard, ook al is het dan een 'surrogaat-oplossing' (echt

60. Zo mijn bijdrage in *WPNR* 6519 (2003) en Du Perron, a.w., nr. 36.

61. Zo bijvoorbeeld R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen', *NTBR* 2003, p. 50 e.v.

wegnemen van het leed, echt herstel is niet mogelijk), een belangrijke rol in het kader van vergoeding en eventueel zelfs – op deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht – in het kader van preventie. De afgelopen jaren gaat opmerkelijk veel aandacht uit naar een functionele inzet van het recht op smartengeld. Zo wordt (bepleit) het recht op smartengeld nadrukkelijk ingezet (in te zetten) in geval van een ‘handhavingstekort’; we zijn dan niet ver verwijderd van een privaatrechtelijke boete. Ik heb mij daarover positief uitgelaten, zij het dat steeds zal moeten worden onderzocht of andere handhavingsmechanismen binnen of buiten het aansprakelijkheidsrecht geen voorrang verdienen. Lindenbergh heeft het mooi gezegd: het recht op smartengeld is geen burgerwacht. Ook op het punt van erkenning en genoegdoening, zeg maar de meer ‘immateriële’ functies van het aansprakelijkheidsrecht, speelt het recht op smartengeld een belangrijke rol: hoewel zij ook bij vergoeding van vermogensschade of bij andere remedies uit het aansprakelijkheidsrecht wel degelijk aan de orde zijn, springen zij meer in het oog bij de vergoeding van immateriële schade. Deze aandacht voor erkenning en genoegdoening blijkt niet alleen in de discussie over de juiste uitleg van het Coma-arrest van eind vorig jaar, maar ook in de recente discussie over vergoeding van affectieschade. Wat dat laatste betreft: het is duidelijk dat doctrine en politiek ‘iets’ willen doen. Voor mij is echter de vraag of erkenning wel door vergoeding moet geschieden en of niet andere oplossingen meer aangewezen zijn. Ik weet wel dat men in het aansprakelijkheidsrecht moeilijk in andere termen kan denken, maar vergoeding, zeker wanneer zij in de vorm van forfaitaire bedragen geschiedt en bewust niet met het oogmerk een reële compensatie te bieden, is een zwaktebod⁶² dat alleen in uiterste nood moet worden gedaan. Het recht op smartengeld is burgerwacht noch schaamlap.

62. Zie in dit verband ook C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, *NJB* 2003, p. 827.