

Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht **Een inventarisatie van de mogelijkheden van begeleiding bij de hantering van** **regels van schadevergoedingsrecht, in het bijzonder via normering**

1 Inleiding

1.1 Opzet van deze bijdrage

Het probleem is bekend: hoe dienen wij om te gaan met de toepassing van de wet en de daarin opgenomen regels nadat zo'n wet volgens de daarvoor ontwikkelde procedure van kracht is geworden, terwijl meteen ook bekend is dat die regels noodzakelijkerwijs onvolledig zijn omdat nu eenmaal niet alles bij voorbaat te regelen is? Volstaat dan de opdracht aan de 'rechtstoepasser', en derhalve uiteindelijk de rechter, om via uitleg, rechtsvinding en rechtsvorming de op dat moment meest wenselijke of juiste oplossing bloot te leggen, of is op dit vlak ook iets meer of iets anders mogelijk? Met andere woorden, hoe kunnen wij de hantering van het recht, nadat de wettelijke regeling of zelfs een codificatie tot stand is gebracht, verbeteren zonder steeds weer te moeten terugvallen op de rechter? Hoe bereiken of bewaren wij dynamiek in de ontwikkeling van het recht zonder de waarden van een codificatie weg te gooien?¹

Ik zal hierna over dit onderwerp enige opmerkingen maken, steeds bezien vanuit het Nederlandse (privaatrechtelijke) schadevergoedingsrecht. Ik ga op zoek naar vormen van dynamische omgang met de codificatie, het Burgerlijk Wetboek (BW) op dit terrein. Het schadevergoedingsrecht leent zich naar mijn mening uitstekend voor een beschouwing vanuit het gezichtspunt van een dynamische hantering van het recht, omdat er op dat vlak sinds enige tijd nagedacht wordt over, en initiatieven ontplooid worden ten aanzien van wat dan kortweg 'normering van

* Ivo Giesen is universitair hoofddocent privaatrecht bij de Vakgroep Privaatrecht en het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht en postdoc bij de Onderzoekschool voor Wetgevingsvraagstukken (OvW) van de UvT. Hij dankt de leden van (deelprogramma II van) de OvW en de deelnemers aan de Expert Meeting van 28 november 2003 te Tilburg voor hun opmerkingen bij eerdere versies van deze bijdrage.

1 Zie hierover ook (gericht op de verhouding rechter-wetgever) Van den Berg, *RM Themis* 2002, p. 195 e.v., en (treidend buiten de verhouding rechter-wetgever via private regelgeving) Vranken, *WPNR* 6560 (2004), p. 1 e.v. Ook het Ministerie van Justitie lijkt op zoek naar nieuwe 'instrumenten' of 'wetgevingsconcepten', ter vergroting van de effectiviteit en geloofwaardigheid van het overheidsoptreden, en wil daarbij gebruik maken van zelfregulerende vermogens in de samenleving, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 2, p. 60. In dezelfde lijn past het nieuwe Kabinetsbeleid inzake de positie van de moderne overheid, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 362, nr. 1, p. 8-9, en m.n. p. 28 e.v., alwaar zelfregulering prominent naar voren komt.

schadevergoeding' heet.² Ik kom daar nog op terug. Voor nu volstaat dat het er daarbij om gaat het proces van afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken (tussen slachtoffer en dader, althans diens verzekeraar) op zodanige wijze vorm te geven dat er efficiënter, goedkoper en sneller gewerkt kan worden zodat er beter en eerder tot uitkering van een vergoeding kan worden overgegaan indien deze gerechtvaardigd is.³ Dat proces om tot afspraken te komen, kent weliswaar zijn eigen dynamiek – of juist gebrek daaraan omdat niet iedereen altijd even hard van stapel lijkt te willen lopen; de spreekwoordelijke kat wordt bijna continu de boom uit gekeken – maar vormt daarmee tevens een aardige proeftuin voor het ontplooiën van initiatieven ten aanzien van een verbeterde dynamiek voor de verdere ontwikkeling van of omgang met het recht. Het doel van deze bijdrage is overigens bescheiden. Ik beoog niet meer dan het opstellen van een eerste inventarisatie van wat er is, hoe dat (uit)werkt, en welke vragen en problemen daaraan kleven.

Ik ga hierna van start met een korte schets van de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht (§ 1.2), en een enkele opmerking over een mogelijk beletsel om tot meer dynamiek te komen, namelijk art. 107 Grondwet (Gw) (zie § 1.3). Ik vervolg dan met een overzicht van (een aantal van) (neutraal geformuleerd) de bestaande of in ontwikkeling zijnde regelingen en instrumenten die tot een meer dynamische omgang met het recht zouden kunnen leiden en zo de hantering van het recht op dit gebied zouden kunnen vereenvoudigen. Het betreft hier de vier ook in de overige bijdragen onderscheiden thema's, namelijk de helpdesks (§ 2), de uitvoeringsmaatregelen, leidraden, richtlijnen, etc (§ 3), de invulling door belangengroepen (alsmede een aantal vragen dat daarbij rijst, § 4 en § 5), en de infrastructurele inbedding (§ 6). Hierbij zullen ook 'initiatieven' genoemd worden die wellicht niet direct lijken te passen bij wat hier beoogd wordt. Ze zijn echter bewust wel opgenomen om ten minste een zo breed mogelijke indruk van al die initiatieven achter te laten. De nadruk zal in deze bijdrage overigens liggen op de paragrafen 4 en 5 waarin de normering van schadevergoeding centraal staat. De reden daarvoor is dat de ontwikkeling op dat vlak het meest gevorderd lijkt te zijn. Een korte conclusie (§ 7) rond deze bijdrage af.

2 Zie hierover bijvoorbeeld I. Giesen, Y.P. Kamminga & J.M. Barendrecht, Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld, in: M. Faure & T. Hartlief, *Schade door arbeidsongevallen en beroepsziekten*, BJu: Den Haag 2001, p. 131-165; de speciaal van TVP over normering (TVP 2002/4, p.101 e.v); I.N. Tzankova & W.C.T. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims*, Den Haag 2003, en het recente proefschrift van W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, diss. UvT 2004, m.n. p. 119 e.v.

3 Ik richt mij hierbij op de afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken wegens letselschade na een onrechtmatige daad. Andere gevallen van aansprakelijkheid, waaronder het contractuele aansprakelijkheidsrecht, blijven in beginsel buiten beschouwing.

1.2 Een kleine karakteristiek van het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Om de ontwikkelingen ten aanzien van (met name) de normering van schadevergoeding (§ 4) goed te kunnen duiden, is het wenselijk om een kleine karakteristiek van het Nederlandse schadevergoedingsrecht te geven. Dat schadevergoedingsrecht kenmerkt zich in wezen door één beginsel dat weer uit twee sterk verweven deelaspecten bestaat.⁴

Het betreft hier het beginsel dat de *werkelijk* geleden schade *volledig* vergoed moet worden. Het is dus in de eerste plaats de bedoeling dat een slachtoffer met een gerechtvaardigde aanspraak op schadevergoeding zijn schade *volledig* vergoed krijgt.⁵ Het gaat daarbij overigens om een ook elders aanvaard⁶ uitgangspunt dat, als altijd bij uitgangspunten, vele uitzonderingen kent. Het matigingsrecht van art. 6:109 BW is hiervan een belangrijk voorbeeld.⁷

Een andere belangrijke uitzondering betreft de zogenaamde ‘abstracte schadeberekening’. Dit leerstuk heeft met name ook betrekking op het tweede aspect van de zojuist genoemde leidende gedachte binnen het Nederlandse schadevergoedingsrecht, namelijk dat de *werkelijk* geleden schade vergoed wordt.⁸ Daaruit wordt namelijk afgeleid dat de schade in principe concreet berekend moet worden: per schadepost wordt heel precies bepaald hoe hoog die in dit concrete geval was en dat wordt onderbouwd met bescheiden of andere bewijsmiddelen. Abstracte schadeberekening (op basis van objectieve maatstaven)⁹ is dus de uitzondering. De concrete schadeberekening kan overigens tot nogal wat gesteggel en extra bewijsvragen leiden,¹⁰ met alle vertraging en extra kosten van dien. In die zin is abstracte schadeberekening eigenlijk efficiënter en, vanuit dat oogpunt, verkieslijker.¹¹

4 Anderen denken daar enigszins anders over, zie de hierna genoemde literatuur, en zij hanteren dan ook een (enigszins) andere indeling, maar qua resultaat verschillen de opvattingen niet wezenlijk.

5 Zie onder meer *Asser-Hartkamp 4-1* (2004), nr. 415 en 418; A.R. Bloembergen, S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*. Mon. Nieuw BW B-34, Kluwer: Deventer 2001, nr. 11, verwijzend naar HR 17-1-1964. *NJ* 1964, 322 nt. HB (Oranje Lijn/Bohne), en A.R. Bloembergen, Een halve eeuw schadevergoeding, in J. Spier (e.a.) (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later*, Kluwer: Deventer 2002, p. 13-15.

6 Bij wijze van voorbeeld noem ik Frankrijk (zie bijvoorbeeld C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM: Aix-en Provence 2002) en Australië (zie bijvoorbeeld D.A. Ipp (e.a.), *Final Report of the Review of the Law of Negligence*, 2002, nr. 13.3-13.4).

7 Zie bijvoorbeeld Bloembergen/Lindenbergh, *a.w.*, nr. 12. en Hartlief, *NTBR* 2003, p. 591.

8 Bloembergen/Lindenbergh, *a.w.*, nr. 13-14, bespreekt het beginsel dat de werkelijke schade vergoed moet worden als zodanig niet, maar spreekt in plaats daarvan over twee beginselen, het beginsel van de redelijke toerekening en het beginsel dat voordeel in mindering moet worden gebracht. In de uitwerking is het resultaat daarvan hetzelfde.

9 Het gaat dan bijvoorbeeld om de bepaling van de schade bij verlies of beschadiging van een zaak; hoe groot is iemands schade in zijn algemeenheid in een zelfde positie als die van de eiser. Zie verder *Asser-Hartkamp 4-1* (2004), nr. 417-418; Bloembergen/Lindenbergh, *a.w.*, nr. 36 e.v.

10 Vgl. Bloembergen/Lindenbergh, *a.w.*, nr. 36; Hartlief, *NTBR* 2003, p. 591.

11 De discussie over nut en noodzaak van abstracte schadeberekening laat ik hier verder rusten.

Van pogingen tot normering wordt in relatie tot deze karakteristiek wel gezegd dat die pogingen op gespannen voet staan met dit leidende beginsel van het schadevergoedingsrecht, omdat bij zulke normeringspogingen (ten minste tot op zekere hoogte) geabstraheerd wordt van een concreet slachtoffer en diens concrete schade. Dat geldt eens te meer als normering tot gevolg heeft dat er een bepaald, tevoren vastgelegd bedrag aan vergoeding beschikbaar is, ongeacht de subjectieve situatie waarin het slachtoffer zich bevindt. Dat normering van schadevergoeding en het beginsel van volledige schadevergoeding echter niet onverenigbaar zijn, is al eerder betoogd en zal ik hier niet herhalen.¹²

1.3 Art. 107 Gw en codificatie

In art. 107 Gw is de opdracht vastgelegd om onder andere het burgerlijke recht in algemene wetboeken, een codificatie dus, te regelen. In de laatste begroting van het Ministerie van Justitie is er nog op gewezen dat het tot stand brengen en actueel houden van deze codificaties een centrale doelstelling van Justitie is.¹³ Nu zou de vraag opgeworpen kunnen worden in hoeverre zo'n grondwettelijke opdracht in de weg staat of zou kunnen staan aan de ontwikkeling van allerlei instrumenten, zoals wij die hierna nog zullen tegenkomen, die als 'alternatieven' voor een 'gewone' codificatie door het leven gaan. Aangezien echter geen van de nog te bespreken instrumenten bedoeld is om de bestaande wetgeving te *vervangen*, zodat die codificatie altijd aanwezig zal blijven, en ook nodig zal zijn als het bredere kader waarbinnen dat 'alternatief' functioneert, lijkt mij dat er hier geen al te groot probleem speelt. De te bespreken instrumenten vormen een alternatief in de zin van een *aanvulling* op het bestaande arsenaal, en doen dus niet af aan vervulling van de opdracht zoals in art. 107 Gw neergelegd.

Natuurlijk zou de opdracht tot het (tevens) actueel houden van de codificatie hier in de knel kunnen komen, zeker als de alternatieve instrumenten goed blijken te werken. Immers, als de nodige dynamiek bereikt zou worden via de alternatieven, waarom zouden wij dan nog tijd besteden aan het bijwerken van de achterliggende of onderliggende wetgeving? Als dat echter zo zou zijn en/of de populariteit van de alternatieven zo groot zou worden dat de codificatie in het geheel niet meer benut of bijgehouden wordt, dan is dat alternatief blijkbaar zo treffend dat het dan tevens hoog tijd wordt om dat alternatief als de nieuwe codificatie op te nemen. En in dat

12 Zie Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 141-142, met verdere verwijzingen. Coutant-Lapalus, *a.w.*, nr. 592, meent dat beide onverenigbaar zijn naar Frans recht. In Spanje speelt deze vraag eveneens, zie M. Martin-Casals, An Outline of the Spanish Legal Tariffication Scheme for Personal Injury Resulting from Traffic Accidents, in: H. Koziol & J. Spier (eds.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Springer: Wien, 2003, p. 245 en 249.

13 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 200 VI, nr. 2, p. 46.

geval is de codificatie geactualiseerd en is dus weer aan de opdracht voldaan. Al met al meen ik dus dat art. 107 Gw in de komende jaren niet echt in de knel zal komen,¹⁴ en dus niet in de weg kan staan aan het denken over alternatieve instrumenten bij het gebruik en de hantering van het (schadevergoedings)recht.

2 Helpdesks binnen het schadevergoedingsrecht

Het instrument van 'de helpdesk' bij de (pogingen te komen tot een) meer dynamische hantering en begeleiding van het recht, ziet op al die middelen en activiteiten die ertoe strekken om antwoorden op vragen naar aanleiding van de toepassing van regelgeving te geven, en om informatie daarover te verzamelen. De BelastingTelefoon is een bekend voorbeeld,¹⁵ en ook de Notaristelefoon kan hier genoemd worden. Er bestaan naar mijn weten echter geen van overheidswege bemande helpdesks op het terrein van het schadevergoedingsrecht. Het is dus niet zo dat de overheid bijvoorbeeld een databank, telefonische helpdesk of balie open heeft gesteld waar belangstellende burgers vragen inzake het schadevergoedingsrecht kunnen stellen.

Wel bestaan er telefonische en/of elektronische (internet) hulpdiensten van verzekeraars die hun (toekomstige) cliënten informeren over de aangeboden verzekeringsproducten en in elk geval ten dele wegwijs maken inzake de te volgen procedure na een schadeval. Zulks heeft dan echter betrekking op het verzekeringsdeel van de zaak en heeft niet zozeer op de uitleg over iemands juridische positie voor wat betreft het schadevergoedingsrecht.¹⁶

De juridische positie van slachtoffers staat duidelijk meer op de voorgrond bij Stichting De Ombudsman, niet te verwarren met de Nationale Ombudsman, die onder andere letselschadeslachtoffers (men is ook op andere terreinen actief) op verzoek informatie en advies geeft, hun dossiers analyseert, en ook in bredere zin over het letselschadeproces publiceert.¹⁷ Voorlichting aan slachtoffers over het schaderegelingsproces, zodat deze ten minste een globaal beeld daarvan hebben, lijkt zeer nuttig te zijn.¹⁸ Dergelijke informatie is overigens ook via de site van het Verbond van Verzekeraars (<www.verbondvanverzekeraars.nl>) beschikbaar.

14 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*, BJu: Den Haag 2003, p. 248, noot 542, lijken iets voorzichtiger te zijn en geven aan dat de codificatiegedachte zwaar weegt. Dat belet de auteurs overigens niet om vervolgens allerlei moderne alternatieven voor een codificatie aan te dragen.

15 Zie nader de bijdrage van Essers aan deze bundel.

16 Ik heb (zomer 2003) de websites van Nationale Nederlanden, Interpolis en Ohra bekeken.

17 Zie daarover Stichting De Ombudsman, *Letselschaderegeling, onderhandelen met het mes op tafel of een zoektocht naar redelijkheid*, Stichting De Ombudsman: Hilversum 2003, en verder <www.stichtingdeombudsman.nl>.

18 Zie bijvoorbeeld Stichting De Ombudsman, *a.w.*, p. 19 en 40.

Daarnaast bestaan er nog andere particuliere initiatieven, zoals die van Slachtofferhulp Nederland (SHN) die via de website (<www.slachtofferhulp.nl>) antwoord geeft op vragen van slachtoffers van bijvoorbeeld inbraak, (seksueel of huiselijk) geweld, beroving, stalking en verkeersongelukken. Vragen die op de site genoemd worden, zijn bijvoorbeeld: "Hoe krijg ik de schade vergoed? Wat zijn mijn rechten? Is het normaal dat ik op deze manier reageer?" Onder het kopje 'verkeersongelukken en schade' is verder bijvoorbeeld uitleg te vinden over het verhaal van schade via het strafproces of via het Waarborgfonds Motorrijtuigen, en is ook een standaardbrief voor aansprakelijkheidsstelling (van een particulier of diens verzekeraar) te downloaden.

De ANWB heeft ook de nodige informatie op haar website (<www.anwb.nl>) staan, bijvoorbeeld over de soorten schade die iemand kan lijden en over de eventuele vergoedbaarheid van smartengeld. Ook wordt er verwezen naar de Verkeersslachtofferlijn en de site van Bureau Slachtofferhulp (dat is dan weer de site van de al genoemde SHN). De Vereniging voor Letselschadeadvocaten (LSA) en het Nationaal Platform Personenschade (NPP) hebben bijvoorbeeld ook een website, maar deze bevatten geen verdere uitleg over wet- en regelgeving. De site van de Consumentenbond (<www.consumentenbond.nl>) bevat wel enige informatie over enkele juridische onderwerpen, maar verwijst verder naar het Adviescentrum voor leden van de bond en naar enkele brochures die te koop zijn.¹⁹ De leden van een Vakvereniging kunnen vaak daar terecht voor juridische informatie.

Ik noem hier ten slotte nog (het computerprogramma gebaseerd op) de *Audal-et*-rekenstandaard die ook als een soort helpdesk werkt voor de betrokkenen bij de afwikkeling van letselschade. Met de invoer van een aantal objectieve gegevens (inkomen voor en na ongeval, etc) genereert dat programma een resultaat aan te betalen schadevergoeding voor het letselschadeslachtoffer. Het betreft dan de schade in verband met het (toekomstige) verlies aan arbeidsvermogen en/of eventueel overlijdensschade. De standaard is opgesteld na overleg tussen de verzekeraars en de slachtoffers, zodat dit instrument beter in § 4 past. Ik kom er daar op terug.

3 Uitvoeringsmaatregelen op het terrein van het schadevergoedingsrecht

3.1 Algemeen

Bij het gebruik van 'uitvoeringsmaatregelen' gaat het om bijvoorbeeld handleiding-

19 De website van de Whiplash Vereniging Nederland (<<http://home.planet.nl/~rppp/wvn.html>>) bevat wel informatie, maar niet over de juridische kant van de problematiek. Op de sites van enkele grotere advocatenkantoren vond ik geen uitleg of informatie over specifieke juridische kwesties. Er zijn mij verder geen klachtinstanties en dergelijke bekend die zich speciaal richten op letselschadegevallen.

en, leidraden en richtlijnen die dienen als nadere uitleg van een wet of als instrument om te kunnen ingrijpen als er dringend een wijziging in de regelgeving nodig of gewenst is.²⁰

Voorop staat dat dergelijke instrumenten zeldzaam zijn op het hier onderzochte terrein. Het *Landelijk Rolreglement* voor de rechtbanken in civiele zaken, dat in alle civiele zaken en dus ook bij schadevergoedingsvorderingen, van belang is in verband met de praktische invulling van wat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering eist, zou als voorbeeld genoemd kunnen worden,²¹ maar dat Rolreglement regelt in elk geval niets dat specifiek is voor het schadevergoedingsrecht.²²

Als een specifiek op het schadevergoedingsrecht gerichte leidraad of richtlijn zou wel de *smartengeldbundel* van de ANWB genoemd kunnen worden.²³ Omdat het daarbij echter met name om een ‘invulling door een belangengroepering’ gaat, gesteld natuurlijk dat wij, zoals ik hierna zal doen, de term ‘belangengroepering’ ruim definiëren,²⁴ behandel ik dit voorbeeld in § 4 hierna. Veel van de andere daar besproken onderwerpen zouden overigens ook als richtlijn of leidraad besproken kunnen worden. Ik heb er echter voor gekozen deze in § 4 te bespreken.

3.2 Uitvoeringsmaatregelen door de materiële wetgever

Wel lijkt het gepast om hier al in te gaan op een vorm van materiële normering (het normeren van het bedrag dat ter beschikking staat ter vergoeding van een bepaalde schadepost)²⁵ die via het wetsvoorstel dat vergoeding van *affectieschade* mogelijk maakt, zal word ingevoerd.²⁶ In dat voorstel wordt geopperd om voor zogenaamde

20 Ik wijs in dit kader bijvoorbeeld nog op de *Handleiding voor verwerkers van persoonsgegevens* (L.B. Sauerwein & J.J. Linneman), Ministerie van Justitie: Den Haag 2001, en de Praction Protocols in Engeland en Wales, zie Asser/Groen/Vranken/Tzankova, *a.w.*, p. 98 e.v., en Tzankova/Weterings, *a.w.*, p. 9 e.v., en met name p. 15 e.v.

21 Aan dat reglement was overigens ook een (niet openbare) helpdesk verbonden, zie daarover Asser/Groen/Vranken/Tzankova, *a.w.*, p. 257.

22 Datzelfde geldt voor eventuele andere (pre)processuele instrumenten.

23 Inmiddels is de 15e druk (Den Haag 2003) onder redactie van M. Jansen verschenen.

24 Onder die ruime definitie van ‘belangengroep’ vallen dan in dit geval de rechters die de *smartengeldbundel* voeden met nieuwe uitspraken en deze gebruiken. Als we van zo’n ruime definitie uit gaan, dan geldt het in de tekst gestelde ook voor het hiervoor genoemde Landelijke Rolreglement. De belangengroep daarbij zijn de rechters die ermee werken.

25 Nader daarover Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 132, met verwijzingen. Een dergelijke vorm van normering is bijvoorbeeld art. 54a Besluit algemene rechtspositie politie. Lid 1 bepaalt dat bij invaliditeit die voortvloeit uit een dienstongeval of beroepsziekte, de ambtenaar smartengeld vergoed krijgt tot een maximum van € 136.100,-, en in lid 2 bepaald is dat bij overlijden aan de weduwe of weduwnaar een bedrag van € 68.100,- uitgekeerd wordt. Of het bij dat laatste bedrag om smartengeld gaat (en dus om een ruime vorm van affectieschadevergoeding), is onduidelijk.

26 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781. Ik bespreek dit voorstel hier en niet in § 4 bij de andere vormen van normering, omdat het hier de (materiële) wetgever zelf is die de nadere uitwerking geeft, en niet de belangengroepen. Bij de regeling van het Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk

affectieschade een vast bedrag, bij AMvB te bepalen, toe te kennen aan een nader bepaalde, vrij strak afgebakende categorie van slachtoffers. Men denkt daarbij vooralsnog aan € 10.000,- per slachtoffer.²⁷ Ik wijs er hier ten eerste op dat het werken met dit soort bedragen in de kern niets anders is dan het werken met een methode van abstracte schadeberekening (vgl. § 1.2). De abstractie is dan alleen tot een ultiem punt (een standaardbedrag) doorgevoerd.²⁸

Belangrijker in het kader van deze bijdrage is echter de constatering dat het hier de wetgever zelf is die aan het woord is en zich aan het nader invullen of aanvullen van de eerder gestelde norm waagt. Sterker nog: hier wordt een nieuwe norm aangereikt. Mitsdien rijst de vraag of deze regeling van affectieschade wel binnen het bereik van deze bijdrage valt. Het gaat hier dan immers om gewone wetgeving.²⁹ Ik bespreek het voorstel hier echter toch omdat het hier (ook) een belangrijk voorbeeld van normering van schadevergoeding betreft, waarover meer in § 4. Bovendien is de wetgeving waarover het hier in de kern gaat (de bepaling van het standaardbedrag), geen formele wetgeving, zoals bij een codificatie het geval is, maar betreft het materiële wetgeving.³⁰

Ook inhoudelijk is er veel voor te zeggen om enige aandacht te besteden aan deze vorm van normering, want de wetgever maakt hier zelf een uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding (§ 1.2). Hij kiest voor een forfaitair bedrag om allerlei (onsmakelijke) processen over (met name) de omvang van de schadevergoeding, te voorkomen. Dat is op zich een valide reden, te meer omdat zo ook nog eens extra kosten en extra leed voorkomen kunnen worden. De keuze voor een AMvB in plaats van een regeling in de formele wet, zal te maken hebben, zo neem ik aan, met de grotere mate van flexibiliteit die dat oplevert. Het gekozen bedrag kan desgewenst snel worden aangepast.

onderzoek speelt dat ook, zie hierna. Gezien de rol die belangengroepen spelen bij de regeling van het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade, bespreek ik die regeling in § 4.2.

27 Waarbij ook nog het totaal aan uit te keren bedragen aan affectieschade, als er meerdere personen voor een vergoeding in aanmerking komen, per gebeurtenis beperkt is (tot een bij AMvB te bepalen bedrag), zie art. 6: 107 lid 4 BW zoals nieuw voorgesteld (*Kamerstukken II 2002/03*, 28 781). Zie nader over deze regeling onder andere C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, in: *Het opstandige slachtoffer. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2003-1*, Deventer 2003, p. 131 e.v.; Hartlief, *NTBR* 2003/2, p. 72 e.v.; Keijzer-De Korver, *TVP* 2003/3, p. 66 e.v.; Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v.

28 Vgl. Weterings, *a.w.* (diss.), p. 171 en 173.

29 Het hier besprokene geldt mijns inziens ook ten aanzien van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers. *Stcr.* 24 januari 2000, nr. 16, p. 9 (waarover Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 149-150), en de in § 5 te bespreken regelingen voor het Instituut Asbestslachtoffers en het Waarborgfonds Motorrijtuigen. Het geldt eveneens ten aanzien van het nog nader te bespreken wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade, zie § 4.2.

30 Daarin ligt dus tevens de keuze besloten om de gevallen waarin de materiële wetgever de formele wetgever helpt bij de uitleg en toepassing van diens regels, bijvoorbeeld via een AMvB, in beginsel niet uit te sluiten van behandeling in deze bijdrage.

Dezelfde wens om flexibel te kunnen opereren, zal wellicht ook een rol gespeeld hebben bij de recente introductie van een tweede voorbeeld van een uitvoeringsmaatregel door de materiële wetgever. Ik doel hier op het *Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* zoals inwerking getreden op 1 september 2003.³¹ Dit besluit regelt de verplichting voor degene die een medisch experiment met mensen op wil zetten, om zich (verplicht) te verzekeren tegen eventuele schade voor de proefpersonen. In art. 6 van dat besluit is bepaald welke uitkering een eventueel slachtoffer tegemoet kan zien, en die uitkering is genormeerd: zo is bijvoorbeeld inkomensschade, net als gederfd levensonderhoud, gemaximaliseerd op € 60.000,-. De kosten voor huishoudelijk hulp zijn tot € 7,50 per uur vergoedbaar en voor smartengeld is maximaal € 45.000,- beschikbaar, mits de schade minimaal € 1.500,- bedraagt. Daarin schuilt dus een drempel zodat bagatelschades buiten de deur blijven. De kosten voor medische hulp, voorzieningen en hulpmiddelen, etc, zijn tot € 50.000,- vergoedbaar en voor vervoer wordt maximaal 40 cent per kilometer betaald.

De reden voor deze nauwkeurige bepaling van de genoemde bedragen was de wens om de calculeerbaarheid van de risico's voor de verzekeraars te garanderen zodat de verzekerbaarheid niet in het geding zou komen. Bovendien worden zo de transactiekosten beperkt.³² Het wettelijke schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW wordt in art. 7 van het besluit overigens ten dele buiten toepassing verklaard, maar dat laat onverlet dat het hier uiteindelijk gewoon om vergoeding van schade gaat.³³

4 Belangengroepen en de regelingen die het schadevergoedingsrecht verder normeren

4.1 Inleiding

De (pogingen tot) verbetering van de hantering van en begeleiding bij het schadevergoedingsrecht zoals dat uit het BW (afd. 6.1.10) voortvloeit, manifesteert zich tot op heden met name, maar ook dan nog op bescheiden schaal, via het derde instrument, de 'invulling door belangengroepen'. Op het terrein van de schadevergoeding betreft het dan de (pogingen tot) normering van (de afwikkeling van) schadevergoedingsaanspraken. Het gaat hierbij om (pogingen om te komen tot) afspraken tussen of binnen diverse belangengroepen, waarbij opvalt dat met name de daderkant (de verzekeraars) goed georganiseerd is. Die afspraken kunnen gericht

31 Zie *Staatsblad* 2003, 266, alwaar ook een nadere toelichting is opgenomen.

32 Zie *Staatsblad* 2003, 266, p. 17.

33 Zie *Staatsblad* 2003, 266, p. 18-19.

zijn op normering van het proces van schadeafwikkeling (procedurele normering) of op normering van de bedragen die vergoed worden (materiële normering).³⁴ De afspraken hebben vooral betrekking op de preprocesuele fase, dus voordat de vordering bij de rechter wordt ingediend. Dat is ook logisch want het aantal af te wikkelen letselschadedossiers is immers vele malen talrijker dan het aantal civiele procedures over letselschade.³⁵

Het grote voordeel van, en tevens het idee achter, het maken van dergelijke afspraken, is dat er niet in elk schadeafwikkelingsdossier opnieuw gestreden hoeft te worden over bijvoorbeeld de (hoogte van de) vergoeding van schadepost X of Y. Dat stimuleert de snelle(re) afwikkeling van het dossier, en vermindert zo de kosten van afhandeling.³⁶ In zijn algemeenheid gaat het hier om een vorm van zelfregulering waarbij geldt dat de motieven ervoor anders zijn dan de motieven voor overheidsregulering, omdat gewone transactiekosten (waarover het hier gaat) niet direct tot overheidsingrijpen nopen, maar deze wel de marktpartijen zelf tot ingrijpen kunnen aanzetten. Het gaat dus om een aanvulling op de wetten en procedures die er al zijn.³⁷

Ik zal in deze paragraaf eerst enkele Nederlandse voorbeelden schetsen (§ 4.2), en vervolgens kort en bij wijze van voorbeeld enkele buitenlandse regelingen (§ 4.3). Daarna ga ik in paragraaf 5 nader in op een aantal vragen dat met betrekking tot deze voorbeelden rijst.

34 Over die begrippen, Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 132, en Weterings, *a.w.* (diss.), p. 124-125.

35 Minimaal 95% van de letselschadeclaims bereikt nooit de rechter doordat er een schikking bereikt wordt, zie W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten*, Deventer 1999, p. 109, en minister Donner in zijn antwoord op vragen van de Kamerleden Van der Laan en Dittrich, zie *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel van de handelingen 584, p. 1248.

36 Zie over de verdere voor- en nadelen van normering onder andere Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 141-144; Weterings, *a.w.* (diss.), p. 125 e.v. Dat ook de wetgever zich bewust is van het belang van normering, blijkt uit het antwoord van minister Donner op een tweetal kamervragen, zie *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel van de handelingen 583 en 584. In de literatuur is men in het algemeen voor normering, zie naast Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.* (met verdere verwijzingen), recentelijk bijvoorbeeld H.J. Snijders, Enige opmerkingen over rechtsonzekerheid bij schade, in J. Spier (e.a.) (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later*, Kluwer: Deventer 2002, p. 120-121; Van & Reijnen, VR 2002, m.n. p. 41; Hondius, *NTBR* 2002, p. 107; Harthief, *NTBR* 2003, p. 591; Stichting De Ombudsman, *a.w.*, p. 40, en Weterings, *a.w.* (diss.), p. 120. Er wordt echter ook aangegeven dat dit niet door iedereen omarmd wordt, zie daarover Chr.H. van Dijk, Commentaar: het verhaal van schade ten behoeve van grote groepen slachtoffers, in: A. Akkermans & E. Brans, *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 100.

37 Nader hierover B. Baarsma (e.a.), *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam 2003, p. 14, en over zelfregulering in algemene zin ook R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieu:org en bedrijven*, diss. KUB 2000, Bju: Den Haag 2000. Normering zal in beginsel bewerkstelligd worden via een zogenaamd 'gedraggericht instrument' van zelfregulering, zoals bijvoorbeeld een gedragscode of een protocol, zie daarover Baarsma (e.a.), *a.w.*, p. 27 e.v.

4.2 Nederland

Op het terrein van het Nederlandse schadevergoedingsrecht zijn bijvoorbeeld de navolgende 'arrangementen' als vormen van (private) uitwerkingen van dat schadevergoedingsrecht, als vormen van normering, te onderkennen:³⁸

Zo is ten eerste enige jaren geleden de *smartengeldformule* van het *Verbond van Verzekeraars* geïntroduceerd. Vanuit de wens de vergoeding van immateriële schade op basis van (nu) art. 6:106 BW beter en eenvoudiger te regelen, hebben de verzekeraars in 1984 een formule voor de berekening van smartengeld gelanceerd teneinde de hoogte van die vergoeding te bepalen. Dit arrangement is tot op zekere hoogte te vergelijken met de bekende Kantonrechterformule in ontslagzaken, alleen is het hier niet de rechter die de formule toepast, maar zijn het de private partijen (slachtoffer en verzekeraar) in hun onderhandelingen die de formule benutten. Deze smartengeldformule werd en wordt nauwelijks (nog) gebruikt, naar het schijnt omdat deze te eenzijdig was (teveel in het voordeel van de verzekeraars, die de formule ook eenzijdig opgesteld hadden).³⁹

Daarnaast is er de, al in § 3.1 genoemde, zeer belangrijke *smartengeldbundel*. Op particulier initiatief samengesteld door de ANWB, geeft dit boek sinds 1959, er is inmiddels een 15e druk stammend uit 2003,⁴⁰ een overzicht van de in de (met name lagere) rechtspraak voor immateriële schade toegekende bedragen, gerelateerd aan de aard van het letsel, en geïndexeerd in verband met de inflatie. Daarmee biedt de bundel een mooi overzicht en een schat aan vergelijkingsmateriaal voor partijen aan de onderhandelingstafel én voor de rechter die uiteindelijk moet beslissen over de hoogte van het smartengeld.⁴¹ De smartengeldbundel fungeert in zekere zin ook als een 'helpdesk': men belt weliswaar niet met iemand om bepaalde informatie te verkrijgen, maar men zoekt het zelf op. Het is evenzeer mogelijk om deze bundel een leidraad te noemen. Dat is ook wat deze biedt en beoogt, een leidraad bij de bepaling van de hoogte van smartengeldbedragen. De smartengeldbundel wordt veel benut en hoog gewaardeerd. Hoewel de bundel en de erin opgenomen uitspraken niet direct bindend zijn,⁴² kan noch de verzekeraar, noch de letselschadeadvocaat om de smartengeldbundel heen.

38 Er bestaan daarnaast nog andere voorbeelden van normering, zie voor een overzicht Van Dijk/Van der Helm, *TVP* 2002, p. 115-117; het antwoord van minister Donner op een tweetal kamervragen, zie *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel van de handelingen 583 en 584, en verder Weterings, *a.w.* (diss.), met name p. 119 e.v.

39 Zie nader Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 137, met verdere verwijzingen.

40 M. Jansen, *Smartengeld*, 15e druk, Den Haag 2003.

41 Gezien de vrijheid die de feitenrechter hierbij gelaten wordt door de Hoge Raad, zie bijvoorbeeld HR 17-11-2000, *NJ* 2001, 215 (Druifff/B.C.E. Bouw), waarover Y.P. Kamminga & W.C.T. Weterings, Begroting van smartengeld, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, BJu: Den Haag 2003, p. 111 e.v., is deze smartengeldbundel met richtbedragen zeer welkom.

42 Nader daarover Giesen, *TVP* 2002, p. 127-129.

Teneinde geen misverstanden te laten bestaan, benadruk ik met klem dat het hier niet om een 'gewone' jurisprudentiebundel gaat. De smartengeldbundel is veel meer dan louter een verzameling, een database, van lagere rechtspraak. Er gaat normerende en sturende werking van uit, de bedragen zoals opgenomen in de bundel geven werkelijk richting aan de partijen bij hun onderhandelingen en de aan rechter bij zijn nieuw te nemen beslissingen. Waar normaal een compilatie van rechtspraak niet normeert, gebeurt dat hier dus wel.⁴³

Ten derde noem ik de *regelingen van het Nationaal Platform Personenschade* (NPP) voor de afwikkeling van een aantal kleine schadeposten, zoals de kilometervergoeding en de ziekenhuisdaggeldvergoeding. Het gaat hier om afspraken tussen diverse betrokken partijen (verzekeraars, belangenbehartigers van letselschadeslachtoffers, advocatuur) ten aanzien van de vergoedingen voor gemaakte reiskosten in verband met medische behandelingen en in verband met bezoek door de familie, en om vergoedingen om het verblijf in het ziekenhuis te veraangename.⁴⁴ Op die vlakken is men standaardbedragen (€ 0,20 per km; € 23,- per dag) gaan hanteren. Deze regelingen zijn nog vrij nieuw, maar zij lijken succesvol te zijn.

Nog recenter is de door het NPP geïntroduceerde richtlijn met normen ter versnelling van het aansprakelijkheids- en schaderegelingstraject voor verkeersslachtoffers.⁴⁵ Beoogd wordt dat letselschadedossiers slagvaardiger en voortvander behandeld worden. In schematische vorm is opgenomen wanneer een schadebehandelaar welke actie zou moeten ondernemen. De spelers in het veld zouden deze normen moeten integreren in hun processen en elkaar op naleving ervan moeten aanspreken. Concreet dient bijvoorbeeld binnen 26 weken na ontvangst van de schademelding een definitief standpunt ten aanzien van de aansprakelijkheid (erkennen of afwijzen) ingenomen te zijn en dient er binnen 6 weken op uitingen (brieven e.d.) gereageerd te worden. Uitgangspunt is dat beide behandelaars voortgang in de afwikkeling betrachten en dat hun acties op afwikkeling gericht zijn. De genoemde termijn van 26 weken is overigens niet helemaal te rijmen met het nieuwe art. 52 lid 5 Wet toezicht verzekeringsbedrijf. Indien de aansprakelijkheid erkend wordt, moet immers op basis van die bepaling binnen drie maanden een voorstel tot schadevergoeding gedaan worden. Bij betwisting van de aansprakelijk-

43 Dit geldt eens te meer nu de lagere rechter verplicht is aandacht te schenken aan de bedragen die in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, zie HR 17-11-2000, *NJ* 2001, 215 (Druijff/B.C.E. Bouw), r.o. 3.2. Zie voor een concreet voorbeeld van deze normerende werking Hof Den Bosch 28-3-2000, *VR* 2002, 33 (Jansen/ZLM). In deze zin ook de Minister van Justitie, zie Donner, *VR* 2003, p. 351.

44 Van Dijk/Van der Helm, *TVP* 2002, p. 117. Zie verder ook <www.npp.nl> onder 'richtlijnen'.

45 Met toelichting opgenomen in *VR* 2003/6, p. 181-182, en op <www.npp.nl> onder 'richtlijnen'. Aldaar vindt men bijvoorbeeld ook de NPP-aanbeveling *Termijnen extern expertiserend geneeskundig onderzoek* dat erop gericht is te bereiken dat een medische expertise door een externe deskundige binnen 4 maanden na aanvraag ervan, afgerond is. Voor extra vragen is een maand beschikbaar, net als voor de antwoorden op die vragen.

heid dient in elk geval binnen een termijn van drie maanden een reactie te komen.⁴⁶

Een vierde 'arrangement' betreft de eerder bij de helpdesk (§ 2) al genoemde *Audalet*-rekenstandaard, die na de invoer van een aantal objectieve gegevens een te betalen schadevergoeding voor een letselschadeslachtoffer bepaalt. De standaard, als gezegd opgesteld in overleg tussen de verzekeraars en de slachtoffers, wordt regelmatig bijgewerkt na overleg tussen alle partijen binnen het College van Advies. Op die manier wordt de standaard bij de tijd gehouden. Nodig voor gebruik ervan is wel dat de medische toestand van het slachtoffer uitgekristalliseerd is en dat een bedrag ineens uitgekeerd wordt.⁴⁷

Betwijfeld zou overigens kunnen worden of deze *Audalet*-standaard echt past binnen het onderwerp van deze bijdrage. Weliswaar zijn diverse partijen van de kant van de verzekeraars en de slachtoffers erbij betrokken, maar dit hulpmiddel is met name bedoeld om hele concrete individuele berekeningen te maken. Het is er dus niet direct op gericht om een nadere uitleg over de werking van de wet te verschaffen. De stand van het recht is het uitgangspunt op basis waarvan de (parameters voor de) berekeningen opgesteld worden. Echter, omdat die parameters weer gebaseerd worden op de uitleg van het geldende recht door de betrokken partijen in onderling overleg, is er wel degelijk sprake van (indirecte) begeleiding bij de hanteling van regels.

Ten vijfde is er de zogenaamde *collectivering en institutionalisering van regres*. Het betreft hier de afspraken om tot nadere normering van de afhandeling van het regres (ten aanzien van de schadevergoedingsaanspraken) tussen regresnemers en verzekeraars te komen, waarbij bijvoorbeeld alle regresaanspraken in een keer (lumpsum) worden afgekocht door een verzekeraar in plaats van voor ieder regresgeval apart (collectivering).⁴⁸ Een voorbeeld van een iets minder vergaande regeling (institutionalisering of standaardisering) is het *Convenant Verhaalsrecht* dat bestaat uit afspraken aangaande het regresbedrag per geval (de bruto-uitkering minus een korting van 22%), over de te voeren verweren en over procedurele elementen (termijnen, geschilafwikkeling).⁴⁹ Het maken van dit soort afspraken, schijnt op zich goed te werken, en dat verbaast niet omdat er hier aan beide zijden verzekeraars, althans 'repeat players', actief zijn die gelijke belangen (efficiëntie;

46 Zie ook minister Donner in zijn antwoord op vragen van Kamerlid Algra, zie *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel van de handelingen 583, p. 1244.

47 Meer informatie is te vinden bij Ten Boom, *TVP* 2002, p. 121-123.

48 Zie W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Kluwer: Deventer 2000, p. 116 e.v.; Van Dijk/Van der Helm, *TVP* 2002, p. 117, en E.F.D. Engelhard, *Regres*, diss. UM 2003, p. 335 e.v., die bijvoorbeeld nog het ANW-Convenant noemt (p. 338 e.v.) en overigens geen voorstander hiervan is. Zie over dit thema ook nog F.Th. Kremer, *Regresconvenanten met aansprakelijkheidsverzekeraars: schaalvergroting in een notendop*, in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000, p. 423 e.v., en de bijdragen van Hartlief, Bloembergen en Barendrecht in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Regresrechten*, Tjeenk Willink: Deventer 1996.

49 Zie Engelhard, *a.w.*, p. 336-337.

lagere kosten) hebben.⁵⁰ De frequentie waarmee dit soort afspraken tot stand komen en de hoeveelheid dossiers die zo afgehandeld worden, valt echter nog tegen.⁵¹

Een volgend voorbeeld van normering betreft de *Regeling Buitengerechtelijke Kosten Letsel* waarbij per zaak een vast bedrag aan buitengerechtelijke kosten (zie art. 6:96 lid 2 sub c BW) wordt voldaan zodra de zaak geschikt is tussen partijen. Het betreft hier een afspraak tussen rechtsbijstands- en aansprakelijkheidsverzekeraars.⁵²

Tot slot mag ook het wetsvoorstel *collectieve afwikkeling massaschade* hier niet ontbreken.⁵³ Daarmee wordt immers getracht om het schadeafwikkelingstraject soepel, snel en bevredigend te laten verlopen en om een groot aantal procedures te voorkomen indien het om een geval van massaschade gaat. Het gaat hier dus om een vorm van procedurele normering. Het voorstel beoogt kort gezegd te faciliteren dat er een collectieve schikking met betrekking tot de te vergoeden schade bereikt kan worden tussen een organisatie die de belangen van slachtoffers behartigt en de veroorzaker(s) van de schade in kwestie. Indien namelijk een schikkingsovereenkomst bereikt wordt, kan deze overeenkomst, indien die de vereiste gegevens bevat en aan bepaalde voorwaarden voldoet, op gezamenlijk verzoek van partijen verbindend verklaard worden voor de gehele groep van benadeelden.⁵⁴ Die

50 Vgl. Engelhard, *a.w.*, p. 339, en Kremer, *a.w.*, p. 428. Daarnaast bestonden er vroeger ook nog de hiermee vergelijkbare 'knock-for-knock' overeenkomsten. Het betrof afspraken tussen (particuliere) verzekeraars om over en weer afstand te doen van hun (toekomstige) verhaalsrechten (bijvoorbeeld in verband met verkeersongevallen), zie Engelhard, *a.w.*, p. 171. Tegenwoordig zijn deze afspraken echter zeldzaam, aldus Engelhard, *a.w.*, p. 346-347.

51 Zie Engelhard, *a.w.*, p. 341: slechts een klein deel van het totale regres wordt in een afkoopsom geregeld.

52 Zie verder hierover Engelhard, *a.w.*, p. 297-298 en p. 347, en met name Van Dijk/Van der Helm, *TVP* 2002, p. 117, die op p. 116 overigens ook de situatie schetsen zoals die bestaat indien de zaak bij de Rechtbank komt; normeringsafspraken zijn voor die gevallen nog niet gemaakt. Er loopt op dit vlak overigens een pilot-project dat behoorlijk succesvol lijkt te zijn en te zijner tijd tot afspraken zou kunnen gaan leiden, zie Schlicher, *PIV Bulletin* 2002/8, p. 1-2. De Kantongerechten hanteren de 'Richtlijn Voorwerk II', zie Reiling, *NJB* 2003, p. 2288-2289, maar veel schadevergoedingszaken (buiten arbeidsongevallen) zullen daar niet belanden omdat de daarmee gemoeide bedragen meestal boven de competentiegrens voor het kantongerecht liggen.

53 Het wetsvoorstel waarmee (o.a.) art. 7:907 e.v. in het BW ingevoerd wordt, is op 2 februari 2004 ingediend bij de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414. Zie voordien al de aankondiging ervan in het antwoord van minister Donner op kamervragen, zie *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel van de handelingen 583, op p. 1244. Ten overvloede: ik behandel dit voorstel op deze plaats omdat het bereiken van een schikking tussen de partijen (en de daaraan gelieerde belangengroepen) een eerste voorwaarde is voor toepassing ervan.

54 Zie art. 7:907, en de toelichting daarop in *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3; het antwoord van minister Donner op kamervragen. *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel van de handelingen 583, op p. 1244, alsmede Frenk, *TvP* 2003, p. 53 e.v. Een eerste introductie is verder te vinden bij E. Bauw & N. Frenk, Het verhaal van schade ten behoeve van grote groepen slachtoffers, in: A. Akkermans & E. Brans, *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, m.n. p. 85 e.v. Zie ook de reacties daarop van Van Dijk, *a.w.*, p. 95 e.v. (die voor een echte 'class action' pleit omdat hij de kans op het bereiken van een schikking klein acht), en van Asser/Groen/Vranken/Tzankova,

voorwaarden zijn onder andere: representativiteit van de belangengroep; toegekende vergoeding; voorwaarden om in aanmerking te komen voor vergoeding; redelijkheid van de hoogte van de toegekende vergoeding (waarbij met schadecategorieën gewerkt zal worden), mede in het licht van de gegarandeerde snelle en eenvoudige afwikkeling; voldoende zekerheidsstelling, en voldoende waarborging van de belangen van de slachtoffers (art. 7:907 lid 2 en 3).

Indien een en ander in orde is en de verbindendverklaring volgt, is ieder der gerechtigden vervolgens partij bij een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 e.v. BW.⁵⁵ Aanleiding voor dit alles was de wens om de schikking zoals bereikt in de bekende DES-affaire 'algemeen' verbindend te doen zijn, maar er is toen (terecht) voor gekozen om meteen een algemeen toepasselijke regeling te ontwerpen.⁵⁶ Er is overigens wel ook voorzien in een mogelijkheid voor een slachtoffer om niet mee te doen ('opt-out'). Onder andere art. 6 EVRM vereist die mogelijkheid voor een benadeelde.⁵⁷

4.3 Een snelle blik op regelingen en instrumenten elders

Om het fenomeen van normering van schadevergoeding in een iets breder en internationaler kader te kunnen plaatsen, is het wellicht goed te weten dat er elders ook het nodige aan (vormen van) normering gedaan wordt.⁵⁸ In het navolgende zal ik een zeer beknopt en daarmee zeer onvolledig overzicht hiervan bieden; ik noem een viertal voorbeelden uit drie landen in onze directe nabijheid.⁵⁹

In België kent men bijvoorbeeld⁶⁰ de zogenaamde 'Indicatieve Tabel' met betrekking tot de bepaling van de hoogte van schadevergoedingen bij verkeers-

a.w., p. 182.

55 Zie art. 7:908 lid 1; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 18, en Frenk, *TvP* 2003, p. 61.

56 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 1; Frenk, *TvP* 2003, p. 54.

57 Zie art. 7:908 lid 2 en 3; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 4; Frenk, *TvP* 2003, p. 62, en Bauw/Frenk, a.w., p. 87. Kritisch daarover (een te ruime mogelijkheid van 'opt-out' ondergraaft de regeling) zijn Asser/Groen/Vranken/Tzankova, a.w., p. 182.

58 Zie hierover ook Kamminga/Weterings, a.w., p. 117-118; Tzankova/Weterings, a.w.; G. Commandé, Towards a Better Use of Information in Personal Injury Damages, in: H. Koziol & J. Spier (eds.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Springer: Wien, 2003, m.n. p. 56 e.v., en over de (toekomstige) rol van Europa in deze Lindenbergh, *AV&S* 2003, p. 185, en m.n. ook Hondius, *NTBR* 2002, p. 105 e.v.

59 Ik ga hier niet nader in op de (ook interessante) situatie in *Australië*, omdat het daar enkel nog gaat om voorstellen ('thresholds', 'caps') tot normering. Of die voorstellen ook ingevoerd worden, is nog onbekend. Zie nader Ipp, a.w., m.n. nr. 13.19 e.v. en Recommendations 46 tot en met 49. In *Spanje* heeft men een systeem dat ziet op genormeerde vergoeding van alle letselschade na een verkeersongeval, inclusief smartengeld, via 6 tabellen (voor onder andere dood, permanente en blijvende arbeidsongeschiktheid zijn er gefixeerde bedragen en correctiefactoren), zie nader Martin-Casals, a.w., p. 235 e.v. Ook daar ga ik niet verder op in omdat het de vraag is hoelang dit systeem nog bestaat omdat de grondwettelijkheid ervan voortdurend wordt betwist, ten dele met succes, zie Martin-Casals, a.w., p. 250-251.

60 Daarnaast noem ik de Versnelde Vergoeding Lichamelijk Letsel-overeenkomst, zie Tzankova/Weterings, a.w., p. 56, 60 en 68-69.

ongevallen, waarin allerlei normbedragen (niet bindend) voor allerlei schadeposten gegeven zijn. Deze Tabel, opgesteld door de rechterlijke macht en in de praktijk veelvuldig gevolgd, is recentelijk op een aantal plaatsen zeer uitvoerig besproken. Ik verwijs daar graag naar.⁶¹

In Engeland kent men ten eerste de in de wet vastgelegde vaste bedragen, inmiddels 10.000,- Engelse Ponden (€ 14.500,-) ter vergoeding van 'loss of bereavement', vrij vertaald, affectieschade.⁶² Ten aanzien van de vergoeding van (andere vormen van) smartengeld zijn er bovendien de 'Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases', een groot aantal behoorlijk specifieke richtlijnen ter bepaling van de hoogte van de schadevergoedingen, uitgegeven door de *Judicial Studies Board*, een organisatie die onder meer de rechterlijke macht in Engeland ondersteunt (vergelijkbaar met de SSR en de Raad voor de Rechtspraak). Deze 'guidelines' hebben veel gezag in en buiten de rechtszaal, maar de rechter schroomt ook niet om ze niet als zodanig te gebruiken en om aan te geven dat ze aangepast zouden moeten worden.⁶³

In Frankrijk kent men bijvoorbeeld de zogenaamde 'barèmes de responsabilité', dat wil zeggen tabellen (eigenlijk: situatieschetsen) waarin afspraken tussen verzekeraars vastgelegd zijn ten aanzien van diverse mogelijke verkeerssituaties leidend tot ongevallen, waarvoor dan tevoren bepaald wordt welke verkeersdeelnemer hoeveel schuld heeft. Daarmee is dan meteen duidelijk welke verzekeraar tot wat gehouden is. Dit bevordert de snelle en eenvoudige beantwoording van de (eigen) schuld-vraag bij de afwikkeling van schadevergoedingsdossiers. Deze Franse 'barema's' schijnen goed te werken en nagevolgd te worden. Ze zijn vastgelegd in overeenkomsten tussen de verzekeraars onderling en in die zin bindend voor die partijen (in verkeersaansprakelijkheidszaken). Daarnaast heeft de *Loi Badinter* ook nog de nodige gelijkschakeling of standaardisering gebracht in de procedures die bij de schadeafwikkeling in acht genomen moeten worden door de schaderegelaars, bijvoorbeeld ten aanzien van termijnen.⁶⁴

61 Zie Cousy, *AV&S* 2002, p. 156 e.v.; De Temmerman/De Kezel, *TVP* 2002, p. 103 e.v.; Tzankova/Weterings, *a.w.*, p. 57-59, 61-63 en 68-69, en het themanummer van *TVP* 2002-4 daarover.

62 Zie Section 1A Fatal Accidents Act 1976, zoals recentelijk gewijzigd, waarover K. Oliphant, England and Wales, in: H. Koziol, B.C. Steiniger (eds.), *European Tort Law 2002*, Springer: Wien 2003, p. 142, en met verdere verwijzingen Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 52, noot 88, alsmede A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, nr. 191 e.v.

63 Zie *Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases*, 6th ed., Oxford 2002, door Ipp, *a.w.*, nr. 13.25-13.26, die deze wil overnemen in Australië, 'markedly succesful' genoemd, en over die richtlijnen ook Giesen, *NJB* 2001, p. 120 e.v.

64 Zie over dit Franse systeem bijvoorbeeld S.P. de Haas, T. Hartlief, *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing*, VvV: Den Haag 1996, p. 75 e.v., en met name p. 101 e.v., en over de procedurele kant ook Asser/Groen/Vranken/Tzankova, *a.w.*, p. 113-114, en met name Tzankova/Weterings, *a.w.*, p. 37 e.v., met verdere verwijzingen.

5 Normering en de vereenvoudigde hantering van het schadevergoedingsrecht

5.1 Inleiding

Omdat normering van schadevergoeding, met name via afspraken tussen belangengroepen, maar ook in andere varianten, het belangrijkste bestaande en al gebruikte instrument lijkt te zijn in het kader van de uitleg, begeleiding en hantering van een codificatie op een 'moderne' manier, lijkt het wenselijk daarbij iets langer stil te staan. Als wij dan de hiervoor besproken 'arrangementen' bekijken vanuit de codificatiegedachte en de daaraan misschien wel tegenstrijdige insteek van vergroting van de dynamiek van het recht, dan valt een aantal elementen op en rijst er een aantal vragen.

Hierna zal ik eerst de aspecten van vereenvoudiging van de rechtshantering bespreken (§ 5.2). Daarna volgt (§ 5.3 tot en met § 5.9) een reeks thema's en vragen die daarmee verband houden, alsmede een enkel voorlopig antwoord. Bijvoorbeeld: hoeveel mag buiten de wet blijven? Welk deel van het betreffende onderwerp dient in een wettelijke bepaling vervat te zijn, en welk deel kan op lager of andere niveau afgekaart worden? Kan een dergelijke vereenvoudigingsafpraak bindende kracht hebben? Kan deze ook bindend zijn indien die binding niet vrijwillig aanvaard wordt? Wie houdt er toezicht op de wijze van omgaan met de afspraken? Hoe kan een en ander gewijzigd, bijgestuurd of gevormd worden? Wat is in dit debat de positie van de rechter? Wie vertegenwoordigt eigenlijk wie in dat debat? En welke belangen spelen daarbij een rol?⁶⁵

5.2 Hoeveel levert het voorgaande op?

'De'⁶⁶ normering van aanspraken tot schadevergoeding, ofwel via een genormeerde procedure ofwel via een genormeed bedrag, beoogt niet in de eerste plaats, zo eerlijk zal men moeten zijn, om heel specifiek de hantering van het schadevergoedingsrecht te vereenvoudigen of de omgang met een codificatie (hier: het BW) dynamisch te houden. Een gemiddeld normeringsproces zal in eerste instantie meer gericht zijn op efficiëntie en kostenbesparing.⁶⁷

65 Een aantal van de genoemde kwesties lijkt ook op Europees niveau te spelen, zie daaromtrent L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, diss. UvT 2003. Vgl. ook nog Van Gestel, *a.w.*, p. 124 e.v. Daarbij merk ik wel op dat het in dat Europese kader de Europese 'wetgever' is die de 'softe' instrumenten gebruikt, terwijl het in deze paragraaf gaat over belangengroepen die met 'soft law' op de proppen komen. Ik ga hier verder niet specifiek op het Europese recht in.

66 Hierna wordt noodzakelijkerwijs een aantal vormen van normering op een grote hoop gegooid.

67 Dat wordt over het algemeen vooropgesteld bij de voordelen van normering, vgl. daarover Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 143-144; Hartlief, *NTBR* 2003, p. 591; Weterings, *a.w.* (diss.), p.

Vereenvoudiging of verbeterde hanteerbaarheid van het recht vindt naar mijn mening echter wel degelijk plaats. Het betreft hier een in beginsel als gunstig te kwalificeren *neveneffect* van normering. Die vereenvoudiging is met name aanwezig doordat de afwikkeling van de aanspraak in geval van genormeerde afspraken of bedragen vrijwel 'schematisch', op basis van een model of protocol (wanneer dient wie welke stap te zetten?) kan verlopen. Dat maakt de zaken makkelijker. Dit gebeurt nu tot op zekere hoogte natuurlijk ook al (een verzekeraar heeft voor zijn dossiers een 'route' of 'traject' door de organisatie), maar dat schematische karakter van de claimbehandeling wordt versterkt door de medewerking van de wederpartij, die bij een genormeed proces nu eenmaal aanwezig zal (moeten) zijn.⁶⁸

Deze meer geschematiseerde aanpak betekent in elk geval dat het aantal en de omvang van de te voeren discussies tussen de bij het proces betrokken partijen, beperkt kan worden. Zo zal in de toekomst de discussie over bijvoorbeeld de vergoeding van affectieschade beperkt blijven: over de hoogte van het toe te kennen bedrag zal (naar het zich tot nu toe laat aanzien) in elk geval niet gevochten hoeven worden.⁶⁹ Nadere invulling van de (qua opzet en behandelde onderwerpen) nogal beperkte wettelijke regeling van het schadevergoedingsrecht via protocollen en wellicht ook via standaardbedragen, maakt met andere woorden de inhoud daarvan duidelijker. Daarmee wordt het schadevergoedingsrecht tegelijk beter en eenvoudiger toepasbaar. De rechtszekerheid én rechtsgelijkheid is door deze duidelijkheid gediend.⁷⁰

Doordat verwacht mag worden dat de hele gang van zaken bij het schadeafwikkelingsproces (gemiddeld genomen) minder gepolariseerd zal verlopen als beide partijen tevoren precies of in elk geval beter (binnen bepaalde marges) weten wat wanneer van henzelf en de wederpartij verwacht wordt en op welke termijn, lijkt het ook mogelijk om eventuele resterende knel- of bespreekpunten in goed overleg af te handelen. Als een bepaalde schadepost tot vergoeding van een bepaald vast bedrag leidt, zal daarover geen ruzie ontstaan zodat de verhoudingen niet al gespannen zijn voordat de andere (echte) knelpunten aan bod komen. Ook dat bevordert de eenvoud bij toepassing van het schadevergoedingsrecht.

Die duidelijkheid en betere toepasbaarheid, alsmede de te verwachten geringere mate van polarisatie, betekent tevens dat ook de (noodzaak van) geschiloplossing

125 e.v. Ook het gebruik van een programma als *Audalet* beoogt 'efficiency'-voordelen te genereren.

68 Eenzijdige normering werkt in de regel niet. Een regeling heeft draagvlak nodig bij alle spelers 'in het veld'. Nader daarover Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 137.

69 Al lijkt het erop alsof de Tweede Kamer nog niet helemaal overtuigd is van een vast bedrag, zie *Kamerstukken II* 2002-03, 28 781, nr. 5, p. 3-5. De regering houdt echter voet bij stuk, zie *Kamerstukken II* 2002-03, 28 781, nr. 6, p. 3.

70 Niet toevallig zijn dit ook twee voordelen van normering als zodanig, zie Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 143, en Hartlief, *NTBR* 2003, p. 591. Vgl. verder Weterings, *a.w.* (diss.), met name p. 128 en 129.

via of door een eventueel uiteindelijk in te schakelen overheidsrechter, minder of ten minste eenvoudiger wordt. Partijen komen er sneller zelf uit, via overleg, of kunnen via mediation of andere soortgelijke technieken en procedures, buiten de overheidsrechter om tot een vergelijk komen.

Wat normering ook nog zou kunnen opleveren, is dat partijen betrekkelijk eenvoudig, indien gewenst omdat bijvoorbeeld op enig moment het recht veranderd is op een bepaald punt, hun afspraken kunnen aanpassen. Daarvoor kan eventueel zelfs (bij voorbaat) een structuur ontworpen worden. Een en ander laat echter onverlet dat normering ongetwijfeld ook nog de nodige vragen zal oproepen.

5.3 Hoeveel wet is minimaal vereist?

In het Nederlandse BW is slechts een deel van het geldende schadevergoedingsrecht terug te vinden. Er bestaat bijvoorbeeld geen wettelijke opsomming van (op dit moment) vergoedbare schadeposten. Dat affectieschade tot op heden niet vergoedbaar is,⁷¹ dient men uit de Parlementaire Geschiedenis en het samenspel van de artikelen 96, 106, 107 en 108 van Boek 6 BW te halen.⁷² Hetzelfde gold ten aanzien van de wel vergoedbaarheid van shockschade.⁷³

Men kan zich afvragen of dit wel juist is. Had niet een groter deel van het schadevergoedingsrecht gecodificeerd moeten worden en niet volstaan mogen worden met een algemeen kader? Dat zou ten minste een versterkte legitimatie opgeleverd hebben. Normering kan te dien aanzien echter ook een nuttige en legitimerende functie vervullen. Als de partijen in het veld van de schadeafwikkeling het eens zijn of zouden kunnen worden over de wijze van toepassing of invulling in concreto van een bepaalde algemene regel, is een verheffing tot wet van die meer gedetailleerde regeling niet nodig om navolging ervan te bewerkstelligen. De wet kan zich dan dus tot de hoofdlijnen beperken zonder de hanteerbaarheid en legitimatie van het recht geweld aan te doen. De verdere invulling wordt immers genormeerd aangepakt in de vorm van een overeenkomst tussen betrokkenen. Bijkomend voordeel is dat zo'n overeenkomst eenvoudig aan te passen is, zodat het mogelijk wordt (nog) dynamisch(er) te opereren.⁷⁴

5.4 Problemen met bindende kracht?

Een aantal van de afspraken zoals hiervoor in § 4.2 genoemd, zijn als overeenkomst

71 Zie inmiddels echter *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781.

72 Zie nader Verheij, *a.w.*, nr. 168 e.v., en I. Giesen, Baby Joost, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, BJu: Den Haag 2003, m.n. p. 18-20.

73 Zie inmiddels HR 22-2-2002. *NJ* 2002, 240 en voordien Verheij, *a.w.*, nr. 107 e.v.

74 Zoals in de tekst ook Weterings, *a.w.* (diss.), p. 149, 165 en p. 139 (extra dynamisch).

tussen private partijen tussen die partijen bindend. Wat zij afspreken, geldt tussen hen als ware het wet. Dit betekent echter ook dat de deelnemers aan het schaderegelingsproces die eventueel niet betrokken waren bij het maken van die normeringsafspraken,⁷⁵ al dan niet bewust, er niet zonder meer aan gebonden kunnen zijn. Wie niet op de trein van normering is gestapt, is niet gebonden aan de resultaten. Dat daarin niet alleen de kracht en het aantrekkelijke van deze regelingen (geen dwang!) gelegen is, maar ook een mogelijk probleem schuilt (wie is gebonden aan wat?) dat de besproken hanteerbaarheid eerder zal aantasten dan bevorderen, moge duidelijk zijn.⁷⁶

Men zou hier wellicht echter, bij gebleken of met enige mate van zekerheid te verwachten succes van de gemaakte afspraak, teneinde een ruimere binding te verkrijgen, kunnen denken aan de introductie van een CAO-achtige structuur met een algemeen verbindendverklaring (door de Minister), vergelijkbaar met hoe dat in de toekomst zal gaan gebeuren ten aanzien van de collectieve afwikkeling van gevallen van massaschade (maar dan door de rechter, zie § 4.2). Zo zouden de gemaakte afspraken op een ieder binnen het schaderegelingsproces toegepast kunnen worden en wordt eventueel 'free-rider' gedrag tegengegaan.⁷⁷ Ik denk ook, zoals eerder door Vranken gesuggereerd, aan het gebruik van de standaardregeling van art. 6:214 BW.⁷⁸ In beide varianten zal dit echter een laatste redmiddel (moeten) zijn, want dwang (van overheidswege) bij normering is over het algemeen lastig te verkopen. Dat tast het draagvlak aan. Bovendien heeft de overheid hier weinig bij te winnen en is het dus maar de vraag hoeveel aandacht en tijd er van die zijde beschikbaar zal zijn.⁷⁹

Een zekere (mate van) binding voor de niet-aangesloten partijen zou overigens ook meer spontaan kunnen ontstaan als meer en meer duidelijk zou worden dat (met name) verzekeraars als maatschappelijke instituten de plicht en de verantwoor-

75 Denk bijvoorbeeld aan de letselschadeadvocatuur die haar 'achterban', dat wil zeggen de (toekomstige) cliënten, moeilijk kan binden. Zij hebben overigens ook geen belang bij normering want zij werken (in elk geval voorlopig nog) op uurtarief, zie Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 135.

76 Op Europeesrechtelijk vlak is de enkele overeenstemming tussen betrokkenen niet genoeg, er dient ook een juridische basis elders gevonden te kunnen worden, zie Senden, *a.w.*, p. 472.

77 Zie nader hierover *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 8. In het milieurecht bestaat zo'n mogelijkheid ook al, zie bijvoorbeeld art. 15.36 Wet Milieubeheer, en daarover Van Gestel, *a.w.*, p. 24, 135 en p. 145-146. Overigens geeft Van Gestel, *a.w.*, p. 351, ook aan dat 'binding' bij zelfregulering steeds een probleem is, en, zo voeg ik dan toe, dus niet specifiek is voor bijvoorbeeld normering van schadevergoeding.

78 J.B.M. Vranken, ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming: een verwaarloosde samenhang, in: E.-J. Broers & B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag 2001, p. 253. Zie ook Weterings, *a.w.* (diss.), p. 144.

79 Vgl. Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 139, ten aanzien van normering in het algemeen. Vranken, WPNR 6560 (2004), p. 12-13, geeft echter aan dat private regelgeving uiteindelijk steeds door de sluisen van wetgeving of rechtspraak moet om echt afdwingbaar te kunnen zijn of worden. De voorstellen als in de tekst gedaan, bevestigen dat beeld.

delijkheid hebben om slachtoffers fatsoenlijk te behandelen en de schadeafwikkeling dus niet ingewikkelder te maken dan deze van zichzelf al is. Daarbij past dat de rechter zoveel mogelijk buiten beeld blijft en daaraan draagt normering van afspraken bij, zodat normering als vanzelf geaccepteerd lijkt te moeten gaan worden. De mogelijke sanctie op ander dan gewenst gedrag, en dus de 'trigger' voor 'zelfbinding', zal hier dan in de sfeer van de onrechtmatige daad, meer bepaald de schending van een zorgvuldigheidsnorm, gezocht moeten worden.⁸⁰

Dwang is bovendien ook niet direct nodig, zo lijkt het. De *smartengeldbundel* is als particulier initiatief immers voor niemand bindend, noch voor partijen noch voor de rechter,⁸¹ maar deze is heden ten dage in Nederland toch richtinggevend.⁸² Het bindend maken van de daarin genoemde bedragen, zou op zichzelf een optie kunnen zijn, maar dat zou vooralsnog weinig oplossen of toevoegen aan het al bestaande arsenaal. Omdat de smartengeldbundel nu nog te weinig informatie bevat om voor elke mogelijke situatie ook inderdaad de (bindende) oplossing aan te kunnen reiken (lang niet elk potentieel schadegeval is in de rechtspraak al aan bod geweest), kunnen partijen nog niet altijd daarbij terecht voor de oplossing van hun specifieke geval met al zijn finesses, zodat toch weer, zoals nu, de gevalsvergelijking gehanteerd zal moeten worden. Dat de optie om de bedragen bindend te maken, weinig toevoegt, geldt waarschijnlijk eens te meer omdat een zekere ruimte voor afwijking in (zeer) specifieke gevallen wenselijk zal zijn en dus aanwezig zal moeten blijven.

5.5 Toezicht?

Als er nu een set afspraken, een protocol, een model of schema is afgesproken, wie ziet er dan op toe dat die afspraken ook werkelijk benut worden? Wie zorgt er voor 'handhaving' van de hanteerbaarheid? Of is het helemaal niet nodig dat iemand daarop toeziet en duidt het instellen van toezicht alleen maar op een gebrek aan vertrouwen?⁸³ Is het voldoende om een (alternatieve) geschilbeslechter achter de

80 Zoals dat ook gebeurt met protocollen voor medici en tuchtrechtelijke regels, zie bijvoorbeeld HR 2-3-2001, *NJ* 2001, 649 (MC Leeuwarden/In 't Hout) en in breder verband Vranken, WPNR 6560 (2004). Vgl. tevens Weterings, *a.w.* (diss.), p. 153. Ten aanzien van dit thema zou dan de Gedragscode Verzekeraars van vergelijkbare invloed kunnen worden, zie met name onderdeel Pf van die Gedragscode op <<http://www.verzekeraars.nl/download/gvseptember2002.doc>>. Zie over de aansprakelijkheidspositie van verzekeraars in dit verband (met name in de VS), Verheij, *a.w.*, nr. 285 e.v. en 298 e.v.

81 Dat de afwezigheid van bindende kracht van een afspraak of een gewoonte geen belemmering voor succes hoeft te zijn, bewijst bijvoorbeeld ook de Indicatieve Tabel zoals in België gebruikt, zie nader hierover Giesen, *TVP* 2002, p. 127-129.

82 Het zou kunnen dat zulks (mede) het geval is door het ontbreken van een alternatief, maar dat is moeilijk aan te tonen of te ontkennen. Zie verder over dit onderwerp Weterings, *a.w.* (diss.), p. 134-137.

83 Volgens Weterings, *a.w.* (diss.), p. 141 is toezicht wenselijk. Toezicht is over het algemeen gericht op het scheppen en het bewaren van vertrouwen, zie ten aanzien van het toezicht op de financiële markten

hand te hebben?

Niet vergeten mag worden dat het uiteindelijk steeds de overheidsrechter zal zijn die een oordeel zal kunnen en moeten vellen over de uitkomst van een bepaalde zaak, indien een partij daarom vraagt. Een beroep op die overheidsrechter dient op basis van art. 6 EVRM mogelijk te zijn.⁸⁴ Indien een der partijen de gemaakte afspraken niet nakomt, kan deze partij daarop langs deze weg (mocht de voorziene ADR mogelijkheid falen of niet benut zijn) worden aangesproken, voor zover een goed gesprek en sociale druk vanuit de beroepsgroep niet werkt. Naast de rechter nog een aparte toezichthouder instellen, lijkt dan niet nodig.⁸⁵ Voor zover er toch behoefte zou bestaan aan wat ik dan maar 'interne controle' noem, zou die controle wellicht gedelegeerd kunnen worden aan de hierna nog te noemen commissie die de normeringsafspraken bij de tijd dient te houden (§ 5.6).

5.6 *Wijziging van het recht, althans de afspraken?*

Er bestaat op dit moment (nog) geen commissie, klankbordgroep, praatgroep of wat dan ook, die bijvoorbeeld de 'regels' (normbedragen) in de smartengeldbundel aanpast of wijzigt als dat nodig lijkt te zijn. Dat zou in het gegeven voorbeeld ook lastig zijn, want in die bundel staan uiteindelijk allemaal uitspraken van rechters in individuele en al afgewikkelde zaken die niet meer aan te passen zijn. Wijziging en aanpassing zal in zo'n geval moeten 'binnensluipen' doordat in de nieuwste uitgave steeds weer nieuwe uitspraken terechtkomen van rechters die die aanpassing of wijziging al tot voorwerp van hun uitspraken hadden gemaakt. Zo niet, dan verandert er niets (behalve de inflatiecorrectie) want de lijst van bedragen is immers in wezen niets meer dan een weergave van de verzamelde rechtspraak,⁸⁶ hoewel zeer gezaghebbend, waaraan niemand verder iets kan veranderen. Overigens, omdat de smartengeldbundel ook normerend en sturend werkt in de praktijk (§ 4.2), bestaat er ten aanzien van de aanpassing daarvan eigenlijk geen probleem zolang er ten minste nieuwe uitspraken blijven komen.

Speciaal van belang ten aanzien van de dynamiek van de codificatie is dat ook de andere arrangementen niet direct voorzien in een aanpassings- of wijzi-

bijvoorbeeld Giesen, *AV&S* 2002, p. 99. Invoering van toezicht kan er derhalve op duiden dat degene die het toezicht invoert, vindt dat men (de consument; de spelers op de betreffende markt) (nog) te weinig vertrouwen koestert.

84 Zie in dit verband ook Vranken, WPNR 6560 (2004), p. 12, alsmede Frenk, *TvP* 2003, p. 62 en 65; Bauw/Frenk, *a.w.*, p. 87, en Asser/Groen/Vranken/Tzankova, *a.w.*, p. 186-187 t.a.v. massaschade (waarbij art. 6 EVRM volgens laatstgenoemden een andere invulling zou moeten krijgen). Ook het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade (§ 4.2), waarbij steeds de rechter er op toeziet dat een en ander 'in de haak' is, regelt (in art. 7:908 lid 2 en 3) de mogelijkheid te kiezen voor een 'opt-out'.

85 Baarsma (e.a.), *a.w.*, p. 30, gaat ervan uit dat ten minste metatoezicht door de overheid nodig zal zijn.

86 Zo ook Kamminga/Weterings, *a.w.*, p. 117.

gingsmogelijkheid. Dat lijkt lastig te zijn, want men zal de gemaakte afspraken bij de tijd willen houden. Hanteerbare, maar hopeloos verouderde afspraken zullen niet erg veel navolging krijgen. Om dit te bereiken zou bijvoorbeeld bij de introductie van de normeringsafspraken een 'commissie van wijziging' in het leven geroepen kunnen worden. Die commissie kan dan wellicht tevens toezicht uitoefenen als dat nodig zou zijn (zie § 5.5), en de rechtsvorming in de gaten houden of sturen (zie § 5.7).

5.7 Positie van de rechter en rechtsvorming

Feit is dat de overheidsrechter bij een aantal van de besproken arrangementen niet direct betrokken is,⁸⁷ in elk geval niet voordat er eventueel (intern onoplosbare) onenigheid rijst en wellicht ook dan nog niet omdat er waarschijnlijk wel een ADR-achtig traject is opgesteld voor die gelegenheden.

De bijna principiële afwezigheid van de rechter zou de hier besproken dynamiek van het recht, in strijd met de impliciete bedoelingen van normering, kunnen bemoeilijken. In zo'n geval zijn er immers geen of zeer weinig gezaghebbende (rechterlijke) uitspraken te verwachten waarop partijen kunnen (voort)bouwen. Als de civiele rechter niet meer meedoet aan de afwikkeling van schadeclaims omdat dat via genormeerde processen (eventueel in combinatie met ADR) in beginsel standaard buiten hem om gebeurt, wie zorgt er dan voor de (verdere) rechtsvorming en rechtsontwikkeling (die dan verder gaat dan de enkele 'technische' wijziging van afspraken zoals in § 5.6 genoemd) als dat nodig is?⁸⁸

Het daarmee geschetste probleem is wezenlijk, want ook de tussen partijen gemaakte afspraken zullen op enig moment op enig punt onvolledig blijken te zijn. Net zoals de wetgever niet volledig kan zijn, kunnen partijen dat zelf ook niet. Er zullen zich altijd onvoorziene situaties voordoen. Rechterlijke, of beter: gezaghebbende, uitspraken, voorzien van duidelijke normen, om de gemaakte afspraken aan te passen en bij te sturen, zijn dan ook onmisbaar. De oplossing zou wellicht weer bij de al genoemde 'commissie van wijziging' kunnen liggen. Deze zou, bijvoorbeeld na inwinnen van advies, een keuze kunnen maken om een bepaald probleem op een bepaalde wijze aan te pakken. Daarbij is het meer dan verstandig om op enigerlei wijze inspraak door 'de achterban' te verzorgen alvorens besloten wordt.

87 Een uitzondering is bijvoorbeeld de regeling in het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade (zie § 4.2); de rechter is degene die de schikking verbindend kan verklaren.

88 Vgl. Vranken, *a.w.*, p. 241 e.v., die als suggestie om het verlies aan rechtsvorming bij het gebruik van ADR op te vangen, aangeeft dat door partijen zelf afspraken te laten maken, de regulering alsnog ter hand kan worden genomen. Het lijkt er echter op dat hetzelfde verlies aan rechtsvormende kracht zich voor doet als partijen zelf afspraken maken.

5.8 *Representativiteit? Een probleem voor slachtoffers én daders*

Bij al het voorgaande speelt dan ook nog de kwestie wie (welke partijen) bij een en ander betrokken zouden moeten zijn. Bij schadevergoedingsperikelen gaat het dan in elk geval om slachtoffers en daders. Voor die partijen is de dynamiek en de verbeterde hanteerbaarheid van het recht bedoeld, zij zouden daarvan moeten profiteren. De daders weten zich in deze in beginsel vertegenwoordigd door hun verzekeraars. Daar schuilt in principe het probleem niet (zie echter hierna).

Het probleem zit in eerste instantie aan de andere kant, aan de slachtofferzijde, omdat het hier steeds om een toekomstige, nog niet bekende partij gaat.⁸⁹ Dat maakt het nogal lastig om iemand te vertegenwoordigen, laat staan te binden. In het kader van de vertegenwoordiging van die letselschadeslachtoffers zijn er echter al eerder ideeën gelanceerd die hier benut zouden kunnen worden. Met name de ANWB en de Consumentenbond, ondersteund door de letselschadeadvocatuur, zouden namelijk in deze een rol kunnen vervullen. Bij de collectieve afwikkeling van massaschade speelt dit natuurlijk ook.⁹⁰ Men zoekt daar aansluiting bij art. 3:305a BW.⁹¹

Ik gaf net aan dat aan de daderzijde het probleem niet meteen ligt; zo wordt het althans algemeen geleerd.⁹² Helemaal waar is dat echter niet, welbeschouwd is het eigenlijk zelfs helemaal niet waar. De vele daders van opzettelijke schadetoebrengende handelingen (denk daarbij aan de vele misdrijven en overtredingen die per jaar plaatsvinden) zullen in principe geen beroep op hun WA-verzekeraar kunnen doen. Dat vloeit hieruit voort dat de WA-verzekering dit soort schade niet dekt; de zogenaamde opzetclausule sluit dit uit.⁹³ Datzelfde geldt voor de daders van al die andere onrechtmatige daden die door verzekeraars van dekking uitgesloten zijn, zoals veroorzakers van verkeersongevallen die dronken gereden hebben. De afwezigheid van verzekeringsdekking in die gevallen betekent tevens dat deze daders niet vertegenwoordigd zijn als het gaat om het maken van afspraken om claims beter en sneller af te wikkelen. De verzekeraars hebben te dien aanzien immers geen belang (geen claims, dus geen belang bij het terugdringen van de kosten ervan). Op jaarbasis betreft dit vele duizenden daders die dus niet bij de hier besproken afspraken vertegenwoordigd of betrokken zijn, terwijl juist op dit niveau veel behoefte bestaat aan goede afspraken omdat hier het insolventierisico voor het slachtoffer groot is. De afwikkeling van deze gevallen geschiedt nu nog via het strafrecht, met alle kosten en soms disproportionele uitkomsten (kleine vergrijpen

89 Hierover meer bij Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 136, t.a.v. normering in algemene zin, en bij Weterings, *a.w.* (diss.), p. 154 e.v.

90 Zie Bauw-Frenk, *a.w.*, p. 86.

91 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 10; Frenk, *TvP* 2003, p. 58.

92 Zo bijvoorbeeld nog Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 136.

93 Zie nader bijvoorbeeld Wansink, *AV&S* 2000, p. 14 e.v.

werken soms lang door) van dien, en het is de vraag of dat wel wenselijk is.

Ter relativering verdient wellicht aantekening dat dit representativiteitsprobleem niet direct de dynamiek en hanteerbaarheid van het recht en de vereenvoudiging daarvan raakt, maar meer en eerder de achterliggende normeringsprocedure als zodanig. Dit speelt overigens bij (veel van) de eerder gestelde vragen ook een (grotere of kleinere) rol. Omdat het succes van normering echter staat of valt met de beantwoording van deze en aanverwante vragen, staat of valt tevens de verbeterde dynamiek en hanteerbaarheid van het schadevergoedingsrecht met de beantwoording van die vragen. Daarom ging en ga ik er toch steeds op in.

5.9 *Botsende belangen?*

De belangen bij de afwikkeling van schadevergoedingsvorderingen, liggen eigenlijk redelijk duidelijk, maar zijn ten dele botsend. Verzekeraars willen graag afspraken die veel en breed toepasbaar zijn en die tot een snelle procedure en dus lage kosten leiden; de schaalvoordelen voor hen zijn enorm. De slachtoffers als groep hebben ook hun eigen belang. Zij willen grosso modo een kort, informeel en duidelijk traject (en liever geen procedures) dat niet alleen tot een vergoeding leidt maar liefst ook tot erkenning van het toegebrachte leed.⁹⁴ Tot zover gaat alles goed, want dat belang is in beginsel in grote lijnen in overeenstemming (te brengen) met het belang van de verzekeraars.

De belangenbehartigers hebben echter ook hun (gerechtvaardigde) belang: zij verdienen hun brood met schaderegelingen. Dat betekent dat snelle en goedkope oplossingen niet direct voordelig zijn voor hun voortbestaan; hoe minder uren er te schrijven zijn, hoe minder brood er op de plank komt.⁹⁵ En als zij er voor hun cliënt op wat voor een manier dan ook meer uit kunnen slepen dan via normering mogelijk zou zijn,⁹⁶ bijvoorbeeld door dwars te gaan liggen, heeft die individuele cliënt er ook nog eens belang bij dat er zo gehandeld wordt. Let wel, dit ligt niet meteen en alleen aan die schaderegelaar, vaak als boeman geportretteerd, maar in beginsel veeleer aan het systeem dat immers nog steeds toestaat dat het mogelijk is om er meer (een hogere schadevergoeding) uit te slepen door tactisch te opereren of door normering tegen te houden, hoewel dat tegen het maatschappelijk belang indruist. Het zou naar mijn mening dan ook dat maatschappelijk belang moeten zijn dat hier paal en perk aan stelt. Dat kan door dat belang te vertalen in een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor alle betrokkenen om een gedegen en eerlijk normerings-

94 Over dit alles ook Weterings, *a.w.* (diss.), p. 150-151, Stichting De Ombudsman, *a.w.*, p. 17, en Groenhuijsen, *NJB* 2003, p. 1371, die hierbij nog aantekent dat de hoogte van de vergoeding een factor is die voor slachtoffers minder van belang is.

95 Zie nader Weterings, *a.w.* (diss.), p. 151-152.

96 Dat schijnt nog vaak de gedachte te zijn, zie Van Dijk, *a.w.*, p. 100.

proces op te zetten, goede afspraken te maken en deze vervolgens ook toe te passen.⁹⁷

6 Infrastructurele inbedding van begeleiding van regelgeving

Het vierde en laatste instrument voor verbeterde dynamiek, betreft de infrastructurale inbedding van begeleiding van regelgeving. Het gaat dan om de eventuele aanwezigheid van, waarschijnlijk meestal door de overheid in het leven geroepen, bureaus of instanties die ervaringen registreren, deze evalueren en daaromtrent vervolgens adviezen of voorstellen voor verandering formuleren. Een voorbeeld uit het buitenland is de Engelse *Law Commission* (<www.lawcom.gov.uk>) die gevraagd en ongevraagd onderzoek verricht op allerlei terreinen, daarvoor advies inwint bij derden en vervolgens zelf adviseert over het al dan niet aanpassen van bepaalde delen van het Engelse (common law) recht. Een van de speerpunten van hun beleid was in het verleden 'the law of damages'. In Nederland zou de Raad voor de Rechtspraak iets dergelijks kunnen gaan ondernemen.⁹⁸

In dezelfde categorie zijn wellicht ook Nederlandse instanties als het *Waarborgfonds Motorrijtuigen* en het *Instituut Asbestslachtoffers*⁹⁹ in te delen. Probleem daarmee is alleen, als ik het goed zie, dat deze instanties niet zozeer ondersteunen, evalueren, adviseren, informeren, etc, teneinde zo het aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht dynamisch te houden, maar eerder een speciale (wettelijke) en bijzondere regeling uitvoeren, zoals een uitvoeringsinstantie dat gewoonlijk doet. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft dan plaats gemaakt voor een andersoortige en alternatieve regeling buiten de codificatie om. Daarbij wordt uiteraard de onderliggende regeling die het bestaan en de taken en bevoegdheden van de betreffende instantie regelt, toegepast en gaandeweg ongetwijfeld ook uitgelegd, maar dan gaat het niet meer over de begeleiding van de codificatie van het schadevergoedingsrecht (afd. 6.1.10 BW) als zodanig. De onderliggende bevoegdheidsverlenende en taakstellende regelingen voor dergelijke instituten of fondsen zijn op zich beschouwd wellicht wel als uitvoeringsmaatregel (§ 3) of als

97 Vgl. § 5.4. De tegenwerping dat een (letselschade)advocaat zijn cliënten niet kan binden aan een normeringstraject, vgl. hiervoor noot 75, acht ik niet overtuigend. De advocaat kan immers zelf ervoor kiezen alleen zo te werken en cliënten die dat niet wensen, niet aannemen. De ISA kan daarin bovendien het voortouw nemen. Daarnaast hoort het tot hun maatschappelijke verantwoordelijkheid als advocaat (of dat zou ten minste zo moeten zijn) dat zij de slachtoffers bieden wat uiteindelijk het beste voor hen is, een genormeerd traject van schadeafwikkeling. Zou een en ander niet bijvoorbeeld in de vorm van of via een standaardregeling ex art. 6:214 BW vastgelegd kunnen worden?

98 Vgl. ook Asser/Groen/Vranken/Tzankova, *a.w.*, p. 259.

99 Zie daarover bijvoorbeeld Giesen/Kamminga/Barendrecht, *a.w.*, p. 149-150, alwaar ook nog de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers, *Stcr* 24 januari 2000, nr. 16, p. 9, behandeld wordt, en Bauw/Frenk, *a.w.*, p. 83-84.

een voorbeeld van normering (§ 4) te duiden. In beide gevallen geldt dan wel hetzelfde als ten aanzien van de affectieschaderegeling (zie § 3.2) gold, namelijk dat het de wetgever zelf is die aan het woord is en zich aan het nader invullen of aanvullen van de normen waagt. Het gaat dan dus opnieuw om nadere uitleg of invulling door materiële wetgeving.

Verder is er weinig te ontdekken op dit terrein, afgezien wellicht van het werk dat het Verbond van Verzekeraars, het PIV en het NPP doen. Het betreft hier organisaties, in het leven geroepen door de gezamenlijke verzekeraars of door verzekeraars en belangenbehartigers van slachtoffers, die als doel hebben om de eigen belangen in gezamenlijk overleg met de andere marktpartijen te behartigen. Deze organisaties houden zich daarbij natuurlijk ook bezig met het verzamelen van informatie over en doorrekenen van de ontwikkelingen op het terrein van het schadevergoedingsrecht, maar dat staat niet voorop als doelstelling.

7 Conclusie

Een tweetal conclusies kan bij wijze van afronding wel getrokken worden. Ten eerste moet ik concluderen dat het denken over manieren en methoden om de hantering van het recht, na afkondiging in het Staatsblad, te vereenvoudigen, ten einde zo de dynamiek te bewaren, nog niet erg ver gevorderd is. Dat zou aanleiding kunnen en misschien zelfs wel moeten zijn om op dit vlak een inhaalslag te maken. Nu er meer en meer nagedacht wordt over manieren om wetgeving op een moderne(re) wijze tot stand te laten komen en daarmee ook geëxperimenteerd wordt,¹⁰⁰ lijkt de tijd rijp om ook de vervolgfase, de toepassing van de wet, ter hand te nemen. Daarmee zou dan wellicht ook meteen de tegenwoordig zo vurig gewenste (verbeterde) handhaving van regelgeving gediend kunnen zijn.

Een tweede observatie, maar dan meer op het niveau van het schadevergoedingsrecht, is dat de grotendeels impliciete verbetering van de hanteerbaarheid van het recht die met de zo belangrijke en dus nastrevenswaardige normering van schadevergoeding gepaard kan en zal gaan, niet zonder slag of stoot te bereiken is. Er dient nog veel geregeld te worden. Omdat het succes van een verbeterde hanteerbaarheid van het schadevergoedingsrecht naar mijn mening uiteindelijk afhankelijk is van het succes van de normeringspogingen op dat rechtsgebied, zijn die vele afspraken vanuit ten minste twee optieken van levensbelang.

100 Ik wijs bijvoorbeeld op de voorbereiding van wetgeving via (inspraak op) Internet, waarover Stoter, *NJB* 2002, p. 1282 e.v. Ook de consultatierondes van het Ministerie van Financiën via hun website (<<http://www.minfin.nl/>>), zijn erg interessant.