

Ivo Giesen
Peter Kamminga
Maurits
Barendrecht

Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld¹

'Scheduling aims primarily to promote the integrity of the judicial system in the valuing of non pecuniary damages - not to help the insurance industry, doctors, manufacturers, or any other special interest.'

Bovbjerg c.s., p. 968²

§ 1. Inleiding

Tegenwoordig wordt vaak gesproken over de mogelijkheid om tot normering van schadevergoeding te komen³. Normering zou een antwoord kunnen vormen op vragen rond de beheersbaarheid van de gevolgen van (verstrekende) aansprakelijkheid en zou ook een bijdrage kunnen leveren aan het terugdringen van de administratieve lasten verbonden aan het systeem. Maar veelal blijft de discussie steken bij de vraag of normering wenselijk is, zonder dat duidelijk wordt gemaakt over welk type normering men spreekt. Dat heeft enerzijds als nadeel dat men wellicht mogelijkheden over het hoofd ziet om bepaalde nadelen van normering te ondervangen. Anderzijds bestaat het gevaar dat men de mogelijkheden van normering overschat.

In dit artikel verkennen wij eerst de verschillende vormen van normering en de praktische problemen die men daarbij zal tegenkomen (§ 2). Vervolgens gaan wij

1. Dit artikel kwam tot stand in overleg met mr. V. Heutger (UU) en prof. mr. E.H. Hondius (UU), die net als de auteurs bij het *SaRO*-project 'Aansprakelijkheid, verzekering en schadevergoeding' betrokken zijn. De auteurs danken de deelnemers aan de studiedag 'Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten' op 8 december 2000 voor hun waardevolle opmerkingen.
2. Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., "Valuing life and limb in tort: Scheduling 'pain and suffering'", *Northwestern University Law Review*, vol. 83, 1989.
3. Normering is op zichzelf niets nieuws, de 'schadevergoedingen' in het Romeinse recht waren immers ook al tot op zekere hoogte gefixeerd, bijvoorbeeld op het dubbele van de geleden schade, zie onder andere Schrage, E.J.H., *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen, 1998, 17-18.

na wat dit zou kunnen betekenen voor verschillende schadeposten op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid (§ 3). In § 4 gaan wij meer in het bijzonder na welke vorm van normering voor smartengeld hier zou kunnen worden gekozen. Enige conclusies (§ 5) sluiten dit artikel af.

§ 2. Een kleine methodologie van normering

A. INLEIDING

In deze paragraaf worden enkele methodische aspecten van normering besproken. De vragen die aan de orde komen zijn achtereenvolgens: Naar wat voor soort normen streeft men? In welke verhoudingen? Wie zijn 'partijen' bij normering? Hoe wordt het proces van normering georganiseerd? Wie leidt het proces van normering? Hoe worden eventuele geschillen opgelost? Hoe kunnen de in de literatuur genoemde voor- en nadelen worden ondervangen door de wijze van normering? Deze vragen, die overigens afhankelijk van het te bereiken doel verschillende antwoorden kunnen krijgen, komen hierna vooral in verkennende zin aan bod⁴. Het gaat er nu vooral om de juiste vragen te identificeren.

B. MATERIËLE OF PROCEDURELE NORMERING

Normering van schadevergoeding doet zich in verschillende typen of verschijningsvormen voor, waarbinnen steeds weer een bepaalde mate van variatie denkbaar is. Ten eerste kan men denken aan het normeren van de *hoogte van het schadebedrag* zelf. Bij de bepaling van de hoogte van bepaalde schadeposten wordt er dan niet gekeken naar ieder individueel geval zoals dat voorligt, maar wordt er in beginsel uitgegaan van een tevoren vastgelegde standaard, bijvoorbeeld door het koppelen van een bepaald schadebedrag aan een bepaalde schadepost⁵. Om een eenvoudig en te simpel voorbeeld te geven: per week dat iemand niet kan werken ten gevolge van een onrechtmatige daad of wanprestatie van een ander, ontvangt hij NLG 250,- ter compensatie van zijn verlies aan inkomen.

Normering kan ook zien op het *proces van schadeafwikkeling*. De stappen die partijen moeten zetten bij de vaststelling van de schade kunnen worden genormeerd: de wijze waarop zij communiceren, de manier waarop zij feiten verzamelen, de methode van feitenvaststelling en het onderhandelingsproces kunnen worden vastgelegd. Denkbaar is bijvoorbeeld het opstellen van een gedragscode met betrekking tot de opstelling van partijen bij de afhandeling van schadevergoedingsaan-

4. Zie hierover uitgebreider Kamminga, Y.P., *Het proces van normering*, (werktitel), verschijnt medio 2001.

5. Volgens Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., "Organisatie van massaliteit", *TVP*, 2000, 60, is deze vorm van normering uitermate geschikt voor kleine, niet-variabele schadeposten (kilometervergoeding; ziekenhuisdaggeld).

spraken⁶. Vranken en Weterings noemen verder bijvoorbeeld het opstellen van regels ten aanzien van maximum- en minimumtermijnen voor bepaalde handelingen binnen de schaderegeling en regels ter stroomlijning van de informatievergaring⁷. Zij zouden willen komen tot een soort 'algemene procesvoorwaarden', waarin aansprakelijkheidsverzekeraars hun beleid voor wat betreft de afwikkeling van claims zouden kunnen neerleggen⁸.

C. MATE VAN BINDENDHEID VAN NORMEN

Binnen deze beide vormen van normering is variatie mogelijk, bijvoorbeeld ten aanzien van de bindendheid van de afspraken en de mate van afdwingbaarheid. Bij normen zullen de meeste juristen denken aan regels die de betrokkenen moeten toepassen. Maar het is ook mogelijk om degenen die de normen moeten toepassen, minder of meer vrijheid te laten.

In de normen kunnen bijvoorbeeld hardheidsclausules worden ingebouwd die niet meer zijn dan vooraf voorziene toepassingen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 lid 2 BW. De normen kunnen hoofdregels zijn die, behoudens bijzondere omstandigheden, moeten worden toegepast. Aan de benodigde mate van aannemelijkheid van de aanwezigheid van die bijzondere omstandigheden kunnen strengere of minder strenge eisen worden gesteld. De normen kunnen nog minder bindende vuistregels zijn, die ook om andere redenen dan de bijzondere omstandigheden van het geval, buiten toepassing kunnen worden gelaten. Zelfs kan men geheel afzien van binding en de normen slechts suggesties laten zijn, die partijen kunnen volgen als zij inhoudelijk door de norm overtuigd worden, of die partijen in ieder geval als tussenoplossing aanvaardbaar achten⁹. Over deze modaliteiten is nog weinig in algemene zin bekend. In de rechtsvindingsliteratuur wordt weliswaar vaak de tendens omschreven dat normtoepassers geleidelijk meer vrijheid krijgen, maar dan heeft men het vooral over de vrijheid van de rechter en maakt men meestal geen verdere onderscheidingen naar de mate van bindendheid die dan zou bestaan.

6. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 57.
7. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 58.
8. Zie Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 57. Zij trekken daarbij een parallel met de regeling van de algemene voorwaarden in het BW.
9. Zie Barendrecht, J.M., "Verenigbare en onverenigbare belangen: onderhandelingen in de letselschadep praktijk en de on vervulde behoefte aan normen", in Hartlief, T. e.a. (red.), *Het belang van de dader*, Lelystad, 1999, 80; Barendrecht, J.M., "Rechtsvorming naar behoefte; Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?", *NJB*, 2000, 694; Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 61.

D. MATE VAN GEDETAILLEERDHEID VAN NORMEN

Een volgende variabele is de mate van gedetailleerdheid (differentiatie) van normen¹⁰. Men kan volstaan met een zeer algemene regeling die bijvoorbeeld gebaseerd is op de situatie van het gemiddelde slachtoffer. Maar men kan ook trachten om (meerdere) subcategorieën te ontwerpen, waarvoor specifieke regels gelden. Zo kan men steeds dichterbij de omstandigheden van het geval komen. Theoretisch is het zelfs denkbaar een stelsel van regels te ontwerpen waarbij aan ieder (tot dan toe bekend) geval volledig recht wordt gedaan.

Het behoeft echter geen betoog dat het ontwerpen van een dergelijk oneindig verfijnd stelsel niet mogelijk en zelfs ook niet wenselijk is. De kosten van het maken en bijhouden van dergelijke gedetailleerde normen zullen al gauw prohibitief zijn. Welke mate van gedetailleerdheid voor een bepaald gebied optimaal is, zou dan ook voorwerp van verder onderzoek kunnen zijn. Factoren die daarbij een rol spelen, zijn waarschijnlijk onder meer de kosten van verdere normering, de (extra) kosten van toepassing van verfijndere normen en de baten in de vorm van een hogere individuele rechtvaardigheid. Met name over die laatste factor is nog weinig bekend. Welke mate van individuele rechtvaardigheid verwachten mensen?¹¹ In welke typen gevallen hechten zij daar meer of minder aan? Maar ook de lasten van toepassing van normen zijn een nog onontgonnen terrein. Die lasten zullen in belangrijke mate samenhangen met de wijze waarop de feiten waarbij de norm aansluiting zoekt, moeten worden vastgesteld. Feiten als leeftijd of huwelijkse staat zijn gemakkelijker en tegen geringere kosten vaststelbaar dan gegevens als het tot nu toe genoten maandinkomen of de kans om in de toekomst werkloos te worden.

De mate van bindendheid van normen en de mate van gedetailleerdheid daarvan, zijn variabelen die men met elkaar in verband kan brengen. Men kan tegemoet komen aan de behoefte aan een sterkere toespitsing op het individuele geval door verdergaande detaillering, maar ook door de normtoepasser een zekere vrijheid tot individualisering te laten.

E. NORMERING IN WELKE VERHOUDINGEN?

In eerste instantie zal men denken aan normering in de relatie tussen het slachtoffer en de dader (waarbij de aansprakelijkheidsverzekeraar doorgaans in plaats van de

10. De mate van gedetailleerdheid of differentiatie ziet op het aantal subcategorieën, elk met hun eigen rechtsgevolgen, dat geïntroduceerd wordt.

11. Uit rechtseconomisch onderzoek lijkt te volgen dat een potentieel slachtoffer, vóór het ongeval daarnaar gevraagd, ervoor zou kiezen om een gestandaardiseerde schadevergoeding te ontvangen in plaats van een geïndividualiseerde schadevergoeding, zie Hay, B.L. en Rosenberg, D., *The individual justice of averaging*, John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion Paper No. 285, 6/2000: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/.

dader optreedt¹²). Maar dat is geen vast gegeven. Ook de relatie tussen verzekeraars onderling kan worden genormeerd, net zoals de verhouding tussen verzekeraars en slachtoffers, de verhouding tussen schadebehandelaars, de verhouding tussen rechtshulpverleners of die tussen combinaties van deze groepen.

Waarvoor men kiest, zal onder meer afhangen van de mogelijkheden om deze partijen tot medewerking aan het proces van normering te bewegen. Niet alle groepen betrokkenen hebben evenveel belang bij normering. Aansprakelijkheidsverzekeraars hebben mogelijk een belang bij normering die de administratieve lasten terugdringt, of deze in ieder geval voorspelbaar maakt, zeker nu zij veelal ook de buitengerechtigde kosten van hun wederpartij moeten voldoen. De betrokkenen die op basis van een uurtarief plegen te werken, zullen echter over het algemeen geen commercieel belang hebben bij een normering die de administratieve lasten terugdringt.

In de verhouding tussen verzekeraars onderling speelt ook nog de mogelijkheid om de door normering verloren gegane precisie te compenseren over grote aantallen zaken: wat men op de ene zaak verliest, wint men op de andere zaak wel weer terug. Mede in verband hiermee, wordt in deze context niet altijd over normering, maar ook wel over collectivering en institutionalisering gesproken¹³. Tussen verzekeraars onderling zijn inmiddels initiatieven ontplooid om de over en weer bestaande claims te normeren¹⁴. Daarbij wordt dan met name gekeken naar de mogelijkheden om regresvorderingen sneller en efficiënter af te wikkelen¹⁵. De bereidheid om tot normering te komen, blijkt in die verhoudingen sterk aanwezig te zijn¹⁶. Niet ondenkbaar is dat de in deze verhoudingen geteste normen daarna als inspiratie kun-

12. Voor zover de verzekeraars de aansprakelijkheidsverzekeringen zouden gaan vervangen door directe (schade)verzekeringen, hetgeen momenteel besproken schijnt te worden, zou deze vorm van normering niet meer nodig zijn. In dat geval kan via de polisvoorwaarden precies dat geregeld worden wat de verzekeraars geregeld willen hebben en zal dat voor elk potentieel slachtoffer gaan gelden. Verdere normering is dan derhalve overbodig. Zie nader hierover de bijdrage van Faure en Hartlief aan dit boek; Spier, J., "Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V-)tijdperk", *A&V*, 2000, 126-127, en Frenk, N., "De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast", *AV&S*, 2000, 2 e.v. Wij gaan er vooralsnog vanuit dat het zover nog niet is en wijzen er nog op dat die aanpak vooralsnog de schijn van (teveel) eenzijdigheid tegen zich heeft. Of hiervoor veel draagvlak (zie § 2 G) te vinden zal zijn, dient dan ook afgewacht te worden.
13. Zie daarover onder andere Boom, W.H. van, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risico-dragers*, Studiepockets Privaatrecht 60, Deventer, 2000, 116 e.v., en Haas, S.P. de en Hartlief, T., *Verkeersaansprakelijkheid. Vergoeding van personenschade in Europees perspectief*, Deventer/Den Haag, 1998, 188-189.
14. Zie bijvoorbeeld Weterings, W.C.T., *Vergoeding van letselschade en transactiekosten*, Deventer, 1999, 96.
15. Zie Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *Efficiëntere afdoening van regresvorderingen*, Tilburg, Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, 2000.
16. Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *o.c.*, 41.

nen dienen voor het opstellen van normen in de verhouding tussen slachtoffer en dader¹⁷.

F. VERTEGENWOORDIGING VAN BETROKKEN PARTIJEN

Binnen welke verhoudingen normering haalbaar is, zal ook afhangen van de vraag of er een vertegenwoordiging kan worden gevonden die bereid is aan normering mee te werken, voldoende representatief is en over de nodige middelen beschikt om aan het normeringsproces deel te nemen. Aan de zijde van de (verzekerde) daders zou het Verbond van Verzekeraars kunnen optreden. Vooral aan de 'slachtofferzijde' lijkt zich hier echter een 'vertegenwoordigingsprobleem' voor te doen, met name ook omdat onduidelijk is wie in de toekomst slachtoffer zou kunnen worden van een ongeval¹⁸. Is de ANWB hier een logische partner? Slachtofferhulp Nederland? De LSA?

Zoals altijd wanneer vertegenwoordiging plaatsvindt, moet er ook worden gewaakt voor het niet helemaal parallel lopen van de belangen van de vertegenwoordigers en de vertegenwoordigden. Verzekeraars hebben wel net als de door hen vertegenwoordigde daders belang bij duidelijkheid over claims, maar hebben wellicht minder belang dan die daders bij het op termijn laag blijven van schadevergoedingen en transactiekosten. Letselschadeadvocaten hebben wellicht ook niet steeds exact dezelfde belangen als slachtoffers.

G. NORMERINGSPROCEDURE

Wanneer men streeft naar een bepaald type normen, in een bepaalde soort verhoudingen en met een bepaalde vertegenwoordiging van de betrokken belangen, zal men ook duidelijkheid moeten krijgen over de procedure die men wil volgen¹⁹. Men kan bijvoorbeeld denken aan normen die, na consultatie van vertegenwoordigers van belangengroepen, eenzijdig worden opgesteld, waarna al dan niet acceptatie plaatsvindt. Maar de totstandkoming kan ook worden georganiseerd als een (al dan niet strak geregisseerd) onderhandelingsproces.

Voordat de normering in gang wordt gezet, doet men er in ieder geval verstandig aan een duidelijk 'plan' voor ogen te hebben. Normering is een tijdrovend en kost-

17. Overigens lijkt de bereidheid om ook in deze verhouding tot normering te komen, in het algemeen wel aanwezig te zijn, zie hierna § 2 G *in fine*.

18. Zie Barendrecht, J.M., *l.c.*, 1999, 83, en Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 57, die terecht stellen dat, indien nodig, de overheid de belangen van de slachtoffers zou moeten behartigen. In die richting ook Barendrecht, *t.a.p.*

19. Als Beer, J.M. en Colignon-Smit Sibinga, A.F., "Smartengeld, een praktische benadering voor de toekomst", in Jansen, M., *Smartengeld*, 14e druk, Den Haag, 2000, 9, stellen dat normering in veel gevallen 'armoe' is, volgt daar dan ook meteen op dat daarbij wel veel afhangt van de wijze waarop daarmee wordt omgegaan.

baar proces²⁰ en wanneer men er achteraf achter komt dat al die inspanningen geheel of gedeeltelijk voor niets zijn geweest, is dat zeer spijtig. Vaak zal het nuttig zijn om niet alleen te streven naar duidelijke procedurele afspraken. Een groot project zoals normering dat vrijwel steeds zal zijn, slaagt waarschijnlijk beter als men het vooraf eens wordt over het doel van het proces en de criteria waaraan de uitkomsten zullen moeten voldoen. Daarna kan men veel gemakkelijker tot een concrete projectplanning komen²¹.

Ten eerste moet men het doel van de normering formuleren. Vaak zal dat neerkomen op een vlottere en efficiëntere afhandeling van het te normeren proces, maar het kan ook gaan om het creëren van een grotere gelijkheid of een rechtvaardiger positie voor de zwakkere partij²². Na explicitering van de doelen, kan gemakkelijker worden gekomen tot criteria waaraan de normering moet voldoen. Gaat het om het verminderen van administratieve lasten, dan kan men het er wellicht over eens worden dat de uitkomsten van de te normeren geschillen gemiddeld genomen gelijk moeten blijven. Dat bevordert een helder onderhandelingsproces, waarin de criteria kunnen dienen als bakens wanneer verschillende belangen in verschillende richting wijzen. Afhankelijk van het doel van de normering kunnen criteria op het gebied van objectiviteit, efficiency, snelheid en doorzichtigheid als leidraad dienen.

In alle gevallen lijkt het *draagvlak*-criterium belangrijk te zijn. De mate waarin het normeringsproces, en de uiteindelijke normering als resultaat daarvan, draagvlak heeft, bepaalt de mate van tevredenheid van de betrokkenen en daarmee voor een groot deel de kans op succes in de zin van naleving van de opgestelde normen. Een norm die door een groot deel van de (potentiële) gebruikers ervan niet geaccepteerd wordt, zal immers weinig effect sorteren. Men zal derhalve een methode van normeren moeten kiezen die een zo groot mogelijk draagvlak heeft²³, en ook een fase moeten inbouwen waarin het draagvlak van de uitkomsten kan worden getest. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de historie van de eenzijdig opgestelde smartengeldformule zoals in 1984 ontwikkeld door het Verbond van Verzekeraars. Het gebrek aan draagvlak wordt als belangrijke oorzaak gezien voor het niet doorzetten van deze formule in de praktijk²⁴. Zelfs de gedachte om tot een systeem van normering van

20. Vergelijk Barendrecht, J.M., *l.c.*, 1999, 81.
21. Meredith, J.R. en Mantel, S.J., *Project Management*, 3rd ed., New York, 1995, 200 e.v.
22. Zie bijvoorbeeld Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *o.c.*, 1-2. Vergelijk ook Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 55.
23. Zie daarover onder andere Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *o.c.* 19 en 20, en Wiechmann, A.J.A., "Polarisatie een heilloze weg", *TVP*, 2000, 64; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 630, nr. 2, 15.
24. Zie over die formule en de lotgevallen daarvan Stolker, C.J.J.M. en Poletiek, F.H., "Smartengeld - wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie", in Stadermann, F. e.a. (red.), *Bewijs en letselschade*, Lelystad, 1998, 77-78; Lindenberg, S.D., *Smartengeld*, diss., Deventer, 1998, 237-238; Weterings, W.C.T., *o.c.*, 93-94; Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaer, G.M., *Schadevergoeding: personenschade*, Mon. Nieuw BW B37, 2e druk, Deventer, 1998, 82; Beer, J.M. en Colignon-Smit Sibinga, A.F.,

schadevergoeding over te gaan, zal eerst voldoende draagvlak moeten hebben. Dat lijkt langzamerhand het geval, al zijn er ook kritische geluiden²⁵.

H. WIE GAAT NORMEREN?

- Wie zou de meest geschikte persoon of instantie zijn om normen op te stellen, of althans om leiding te geven aan het proces van normering? Is hier een taak weggelegd voor de rechter of de wetgever, of moet dit geheel aan de partijen in de markt of aan onafhankelijke derden worden overgelaten? Als dat laatste het geval zou zijn: wie zijn dat dan en wat zou hun rol moeten zijn? Zijn ook combinaties denkbaar?²⁶

In de huidige tijd zal het beantwoorden van deze vraag moeten beginnen met de deelvraag of de markt zelf in normering zal voorzien. Er zijn zeker situaties waarin dat zal gebeuren, maar spontane normering lijkt eerder regel dan uitzondering. De kosten van het ontwerpen van normen en het verkrijgen van draagvlak daarvoor, zullen zo hoog zijn dat alleen organisaties die veelvuldig de normen moeten toepassen, een voldoende groot belang bij normering zullen hebben. Maar die organisaties zullen ook vrijwel steeds partij zijn, hetgeen hen minder geschikt maakt als leider van het normeringsproces. Spontane normering zal dus waarschijnlijk moeten ontstaan uit onderhandelingen tussen gelijkwaardige groepen van belanghebbenden aan weerszijden. Daarbij kan het vertegenwoordigingsprobleem echter roet in het eten gooien. Verder kan bijvoorbeeld de omvang van de groep belanghebbenden van invloed zijn. Een groep belanghebbenden met een kleine achterban zal vaak gemakkelijker dan een grotere groep in onderling overleg tot voorstellen en beslissingen daaromtrent kunnen komen. Voorstellen van een grote groep zullen doorgaans minder snel tot stand komen, hetgeen de kans op vertraging van de normeringsprocedure zal vergroten. Ook het toelaten van meer deelnemers tot het normeringsproces bemoeilijkt weer de onderhandelingen. Verder is veel afhankelijk van de onderhandelingsbereidheid en -vaardigheid van ieder van de vertegenwoordigende partijen.

Neutrale partijen zoals overheid, rechterlijke macht en wetenschappers, zullen wellicht bereid zijn om hun bijdrage aan normering te leveren. Maar voor hen zullen de kosten een belangrijke barrière vormen. Die kosten zitten niet alleen in de tijd die zij moeten investeren, maar ook in de risico's die normering voor hen meebrengt.

l.c., 9; Knol, P.C., *Vergoeding van letselschade naar huidig en komend recht*, Studiepockets Privaatrecht 40, Zwolle, 1986, 77-78.

25. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1999/00*, 26 630, nr. 2, 15; Spier, J., "Asbestslachtoffers", *A & V*, 1997, 61; Renckens, M.L.M., "Fabeltjeskrant", *VR*, 2000, 120; Het *VB* van 8 juni 1995, 695, alsmede § 2 J.
26. Denk daarbij aan de door de overheid geïnitieerde zelfregulering (geconditioneerde zelfregulering), waarbij de overheid de kaders aangeeft waarbinnen de marktpartijen zelf tot nadere invulling overgaan. Zie Eijlander, Ph. en Voermans, W.J.M., *Wetgevingsleer*, Deventer, 1999, 72-74.

Het stellen van normen impliceert het maken van keuzes, en die keuzes kunnen hen op publieke kritiek komen te staan van belanghebbenden. Dit 'afbreukrisico' kan neutrale partijen ervan weerhouden om tot normering over te gaan, zeker wanneer dit niet wordt gecompenseerd door voordelen, bijvoorbeeld in de vorm van erkenning of andere vormen van beloning²⁷.

Of zo'n onafhankelijke derde inderdaad bij het normeringproces wordt betrokken, in welke mate, en in welke rol, zal mede afhangen van de doelstellingen van het normeringsproces en van de wensen van de belanghebbenden. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat verzekeraars liever niet hebben dat mensen 'van buiten' inzage krijgen in hun gegevens. Varianten van normering waarbij een derde vooral inhoudelijk betrokken is, zijn bijvoorbeeld die waarbij een derde de normen opstelt of die waarbij de belanghebbenden zelf de normen opstellen en zich tevoren of achteraf laten adviseren door een derde²⁸. De derde kan ook vooral een procedurele rol hebben, waarbij hij met name faciliterend optreedt, bijvoorbeeld als 'voorzitter van de normeringsprocedure' of als bemiddelaar. Die rol kan eventueel worden gecombineerd met die van beslissende arbiter voor het geval ook een goed gefaciliteerde onderhandeling niet tot resultaat leidt.

Geredeneerd vanuit het draagvlak-criterium, dat onzes inziens als rode draad door de normeringsprocedure moet lopen, lijkt het veelal wenselijk om een onafhankelijke derde in te schakelen die in een dialoog met de belanghebbenden²⁹ al onderhandelend tot objectieve normen komt. De wetgever zou het normeringproces zelf in gang kunnen zetten³⁰, maar dat zal niet snel gebeuren, gezien de (politieke) verhoudingen in Nederland, waarbij het privaatrecht nogal stiefmoederlijk bedeed wordt als het gaat om financiële middelen³¹. Bovendien lijkt de wetgever hier weinig te winnen te hebben³². Hetzelfde geldt in wezen voor de rechter, waarvoor bovendien geldt dat deze het stellen van uitgewerkte normstelsels traditioneel niet

27. Barendrecht, J.M., *l.c.*, 2000, 697 e.v.

28. Dat zijn ook de werkwijzen die een instantie zoals het NNI (Nederlands Normalisatie-instituut) gebruikt, zie nader over normalisatie Evers, G.J.M., "Internationalisering door middel van zelfregulering", in Kempen, P.H.P.H.M.C. van en Valkenburg, W.E.C.A. (red.), *Het recht van Europa?*, Lelystad, 1998, 87 e.v.; Eijlander, Ph. en Voermans, W.J.M., *o.c.*, 78 e.v.; Ringeling, A.B. (e.a.) (MDW-Werkgroep Certificering), *Normalisatie en certificatie*, Den Haag, februari 1996, en hierna noot 53. Zie over het gebruik van NEN-normen ook Lamers-Litjens, E.J.W.T. en Lamers, H.A.J.M., "NEN-normen voor ladders en de Hoge Raad", *NJB*, 1999, 14 e.v.

29. Zie Barendrecht, J.M., *l.c.*, 1999, 79.

30. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 57.

31. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26 630, nr. 2, 14 en 15, waarin de minister aangeeft dat normering door de partijen zelf geregeld moet worden. Wellicht kan de overheid echter wel bevorderen dat normering hoger op de agenda van de betrokken partijen komt te staan. Zij heeft daar ook wel belang bij, want indien de partijen tot afspraken komen, zou dat tot een vermindering van de belasting van het rechterlijk apparaat kunnen leiden.

32. Barendrecht, J.M., *l.c.*, 1999, 82. Zie over de eventuele rol van wetgever en/of rechter in deze ook nog Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 965 e.v.

tot zijn taak rekent³³. Bovendien zullen beide opties wellicht niet voldoende draagvlak verwerven. Een van bovenaf in rechtspraak of wetgeving 'opgelegde' regeling zal zulks waarschijnlijk niet, of in elk geval minder snel, verkrijgen.

I. GESCHILBESLECHTING

Genormeerde processen en bedragen sluiten niet uit dat er, met name ten aanzien van meer bindende normen, discussie zal ontstaan over de vraag of het afgesproken protocol wel gevolgd is of over welk bedrag iemand toekomt. Daarom is de introductie van een geschiloplossingssysteem als sluitstuk van een normeringproces het overwegen waard. Normen zullen beter worden gevolgd, indien er een methode van geschiloplossing komt die eenvoudig, goedkoop en toegankelijk is³⁴.

Daarmee lijkt de gewone civiele procedure minder in aanmerking te komen³⁵. In plaats daarvan zou een soort geschillencommissie in het leven geroepen kunnen worden. Gedacht kan worden aan een min of meer traditionele commissie van drie, waarbij beide partijen die betrokken zijn bij het normeringsproces, één lid aanwijzen en die leden zelf een onafhankelijke derde als voorzitter benoemen. Maar er zijn ook creatievere methoden van geschiloplossing denkbaar. In de Franse regrespraktijk moeten partijen bijvoorbeeld voorafgaand aan een gang naar een geschillencommissie het 'geschil' steeds hoger in de hiërarchie van de organisatie brengen³⁶.

Afhankelijk van de doelgroepen die met de genormeerde afspraken zullen gaan werken en de onderlinge relaties tussen hen, valt ook nog te denken aan een vorm van geschiloplossing die een belangrijke waarde toedicht aan het instandhouden of verbeteren van de relaties tussen partijen. Een bemiddelaar zou partijen daarbij tot elkaar kunnen brengen. Een voorbeeld van een relatie die hierbij gebaat lijkt te zijn, is die tussen werkgever(sbonden) en werknemer(sbonden). Een dergelijk systeem

33. Barendrecht, J.M., *l.c.*, 1999, 82. Vergelijk ook de conclusie van A-G Spier voor HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (ARB) Druijff/B.C.E. Bouw, sub 3.17 e.v. Zie echter Ktr. Middelburg 24 augustus 1998, *TMA*, 1998, 166, en in algemenere zin Giesen, I., "Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?", *NJB*, 2001, 120 e.v. Dat de rechter behoorlijk normerend te werk kan gaan bewijst de uitspraak van de Strafkamer van de Hoge Raad van 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721 (JdH), waarin beslist werd dat voor bepaalde gevallen van overschrijding van de redelijke termijn per categorie van zwaarte van die overschrijding, een aftrek van 5%, 8% of 10% van de opgelegde straf dient plaats te vinden.
34. Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *o.c.*, 16 en 33-35.
35. Indien uitgesloten wordt dat de civiele rechter ingeschakeld kan worden, voor zover dat mogelijk zijn, voorkomt men tevens dat de vraag rijst of de rechter aan de normeringsafspraken gebonden is, hetgeen niet snel het geval zal zijn, en zo nee, wat dan rechtens is. In Frankrijk is de rechter bijvoorbeeld niet gebonden aan de daar ingevoerde 'barèmes', zie Tourneau, Ph. Le en Cadiet, L., *Droit de la responsabilité*, 2e éd., Paris, 1998, no. 1330.
36. Zie daarover Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *o.c.*, 17 en 33-35.

zou overigens ook voor geschillen die ontstaan in een breder verband dan enkel de uitleg van de normeringsafspraken, uitkomst kunnen bieden.

J. WAT ZIJN DE VOORDELEN EN NADELEN VAN NORMERING?

Gewapend met deze kennis omtrent de verschillende vormen en methoden van normering, kunnen wij thans de voordelen en nadelen van normering bezien. Het belangrijkste nadeel van normering zou zijn dat zulks geen recht zou doen aan het slachtoffer³⁷, en dan met name niet aan het uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht dat de werkelijk geleden schade volledig vergoed zou moeten worden³⁸.

Aan dit nadeel is deels tegemoet te komen door een voldoende gedetailleerde mate van normering te introduceren, respectievelijk door te variëren met de mate van bindendheid van normering. Zolang normering slechts het karakter heeft van een hulpmiddel staat het niet aan volledige schadevergoeding in de weg. Die belemmeringen ontstaan wel wanneer een zwaardere stelplicht of bewijsvoeringslast wordt gelegd op degene die afwijking van de norm wenst, of indien zelfs wordt genormeerd met scherpe normen die geen afwijking toelaten.

Bij het wegen van het beroep op de mogelijkheid van volledige schadevergoeding moet men bovendien realistisch zijn. In sommige gevallen is het verkrijgen van volledige schadevergoeding praktisch gesproken zeer lastig vanwege de hoge daaraan verbonden lasten en de relatief goede onderhandelingspositie van verzekeraars in

37. Zie met name Beer, J.M., "Normering in het schaderegelingsproces", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 18-19, doch vergelijk ook Wiechmann, A.J.A., *l.c.*, 64. Zie over potentiële nadelen ook Stolker, C.J.J.M. en Poletiek, F.H., *l.c.*, 78-80. Veel belang aan het hierna te noemen uitgangspunt hecht ook Peepkorn, D.H.M., "Het oordeel van Paris (deel II)", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 41 e.v., die zulks aanvoert ter bestrijding van de proportionele aansprakelijkheid. De verhouding tussen de groeiende tendens tot normering en de groeiende belangstelling van proportionele aansprakelijkheid, is onzes inziens deze dat een proportionele oplossing, veelal bedoeld om bewijsproblemen ten aanzien van onzeker causaal verband te omzeilen, door normering minder noodzakelijk wordt, omdat met de komst van normering de potentiële bewijsproblemen verdwijnen. Normering is immers mede bedoeld om discussies over wat er feitelijk gebeurd is en wie dat zou moeten bewijzen, te voorkomen. Zie nader Giesen, I., "Proportionele aansprakelijkheid", *TVP*, 2000, 97.
38. Zie onder andere Lindenbergh, S.D., in Bolt, A.T. (red.), *Schadevergoeding*, losbladige uitgave, Deventer, Inleiding, aant. 4, en *idem*, art. 95, aant. 14; Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, 11e druk, Zwolle, 2000, nr. 415; Schut, G.H.A., *Onrechtmatige daad*. Studiepockets Privaatrecht 21, Deventer, 1997, 150; Barendrecht, J.M., Kars, E.J. en Moreé, E.J., "Schade en schadeberekening in het algemeen", in Barendrecht, J.M., en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 16, 19, 20, en Hartlief, T., in Spier, J. e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 2e druk, Deventer, 2000, nr. 196.

situaties van onzekerheid over het recht en over de feiten. Een terugdringen van de lasten van afwikkeling en het verhogen van de duidelijkheid over de redelijkheid van aanspraken, kan sommige categorieën slachtoffers per saldo in een betere positie brengen.

Bovendien is het uitgangspunt van volledige schadevergoeding niet zonder uitzonderingen. Zo wordt hiervan eigenlijk steeds afgeweken als de schade abstract berekend wordt, al staat het de gelaedeerde meestal vrij om te kiezen voor concrete berekening³⁹. Akkermans geeft terecht aan dat ook overigens veel uitzonderingen op het beginsel van volledige schadevergoeding bestaan⁴⁰. Daarnaast is schadevergoeding, met name in de gevallen van ernstig letsel, sowieso slechts een tegemoetkoming in het leed⁴¹. Volgens Wiechmann zijn normering en het beginsel van volledige schadevergoeding overigens niet per definitie onverenigbaar⁴². Stolker en Poletiek geven nog aan dat de verschillen tussen normering en de huidige aanpak bij de afwikkeling van schadevergoeding, voor zover die verband zouden houden met de functies van smartengeld, in de praktijk niet bestaan of eenvoudig te ondervangen zijn⁴³.

Niet helemaal ten onrechte bestaat aan de kant van de verzekeraars soms de vrees dat er na normering meer schadevergoeding uitgekeerd zou moeten worden. Normering kan als een minimum gaan werken: in de gevallen die zonder de norm

39. Zie daarover Hartkamp, A.S., *o.c.*, nr. 417-418; Hartlief, T., in Spier, J., *o.c.*, nr. 207-208; Lindenbergh, S.D., in Bolt, A.T., *o.c.*, art. 97, aant. 25 e.v. Deze abstracte berekening wordt weliswaar niet toegepast op inkomensschade, zie Storm, H.M., Kamp, H.P.A.J. en Schön, E.W., "Personenschade", in Barendrecht, J.M. en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 177; Verheij, A.J., "Vergoeding van affectieschade", *NTBR*, 1998, 331, noot 58, maar zoals bijvoorbeeld Bolt, A.T., in Bolt, A.T., *o.c.*, art. 107, aant. 12, terecht aangeeft, is ook in dat geval een aantal meer abstracte elementen bij de berekening aanwezig.
40. Zie Akkermans, A.J., "Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade", in Schendel W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 36, alsmede Hartlief, T., in Spier, J., *o.c.*, no. 196. Ten aanzien van immateriële schade is het ideaal van volledige schadevergoeding eigenlijk toch al uitgesloten omdat geen enkele bedrag de geleden smart volledig kan vergoeden, zie McGregor, H., *On Damages*, 16th ed., London, 1997, no. 1695; Kezel, E. de, "De vergoeding voor het verlies van een kind ten gevolge van een verkeersongeval", *TPR*, 1999, 615.
41. Zie Stolker, C.J.J.M. en Poletiek, F.H., *l.c.*, 78-80.
42. Wiechmann, A.J.A., *l.c.*, 65. In die zin ook Elzas, R. Ph., "Normering en vergoeding van personenschade", *TVP*, 2000, 71.
43. Zie Stolker, C.J.J.M. en Poletiek, F.H., *l.c.*, 78-80; Beer, J.M., "Helderheid is voor slachtoffers een absolute noodzaak", *TVP*, 2000, 63, stelt dat normering dit nadeel zou hebben dat het gevaar ontstaat dat het slachtoffer de onafhankelijkheid van zijn advocaat in twijfel zou kunnen gaan trekken. Zolang de advocaat binnen de inhoudelijk en procedureel genormeerde spelregels het belang van zijn cliënt zo goed mogelijk behartigt, zien wij niet in hoe dat gevaar zich zou kunnen voordoen, omdat die spelregels, net zoals het objectieve recht in niet-genormeerde situaties, het speelveld vormen waarbinnen hij kan en moet opereren in dienst van de cliënt.

slechter af waren, wordt een beroep gedaan op de norm en in de gevallen die beter af waren, wordt een beroep gedaan op een uitzonderingsbehandeling. Een gemakkelijker afdoening zal bovendien wellicht meer claims aantrekken. Dit zijn echter geen nieuwe problemen, want deze gevaren doen zich ook binnen het bestaande juridische kader voor. Als de Hoge Raad bijvoorbeeld beslist dat aan de bewijslevering door het slachtoffer van de geleden schade geen al te zware eisen mogen worden gesteld⁴⁴, kan dat er immers eenvoudig toe leiden dat de verzekeraar meer dient uit te keren dan er daadwerkelijk aan schade geleden is. Het voordeel van de twijfel wordt immers aan het slachtoffer gegund. Het huidige juridische landschap voorkomt derhalve niet dat er wel eens teveel uitgekeerd moet worden. Door het proces van schadeafwikkeling te normeren, kunnen dit soort bewijsrechtelijke oordelen, die soms hangen op het toevallig aan- of afwezig zijn van bewijsmateriaal, wellicht zelfs worden verminderd. Bovendien mag niet vergeten worden dat een eventueel teveel aan uitkeringen gecompenseerd wordt door de lagere (transactie)kosten die verbonden zijn aan de genormeerde wijze van afhandeling van claims⁴⁵.

Daaruit lijkt tevens voort te vloeien dat het mogelijk zou moeten zijn om de uitkeringen aan slachtoffers binnen een genormerd proces op een behoorlijk niveau, en in elk geval niet te laag, te fixeren. De vrees dat normering tot lagere vergoedingen zal leiden⁴⁶, delen wij dan ook niet. Ook het eerder genoemde vereiste dat er voor elke vorm van normering voldoende draagvlak dient te bestaan, zal aan een dergelijke uitkomst in de weg staan.

Normering heeft daarnaast een aantal voordelen voor beide partijen. In sneltreinvaart noemen wij de volgende voordelen: meer rechtszekerheid⁴⁷, meer rechtsgelijkheid⁴⁸, minder (transactie)kosten⁴⁹, meer snelheid⁵⁰, minder belasting voor het

44. Zie daarover met name HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 Vehof-Vasters/Helvetia: aan het bewijs van (letsel)schade mogen geen al te hoge eisen worden gesteld omdat het de gedaagde was die de onzekerheid daarover veroorzaakte. Zo bijvoorbeeld ook BGH *VersR* 1995, 422, op 424, en BGH *VersR* 2000, 233. In HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437 (CJHB) Van Sas/Interpolis, wordt aan de lagere rechter in deze iets meer vrijheid ('kan') gelaten.
45. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 61; Hennekam, J.F.M., "Normering van schadevergoeding", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 13.
46. Zie daaromtrent Hennekam, J.F.M., *l.c.*, 13; Beer, J.M., *l.c.*, 2000, 18; Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 61.
47. Zie bijvoorbeeld Knol, P.C., *o.c.*, 77; Barendrecht, J.M., *De Hoge Raad op de hei*, Deventer, 1998, 116; Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 245.
48. Zie onder andere Ktr. Middelburg 24 augustus 1998, *TMA*, 1998, 166, r.o. 4; Knol, P.C., *o.c.*, 77; Barendrecht, J.M., *o.c.*, 1998, 54, en Bar, Chr. von, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Band I*, München, 1996, Rdn. 568.
49. Zie Weterings, W.C.T., *o.c.*, met name 118; Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60; Wiechmann, A.J.A., *l.c.*, 65; Elzas, R. Ph., *l.c.*, 72; Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 969, en Kaplow, L. en Shavell, S., "Accuracy in the assesment of damages", *Journal of Law and Economics*, vol. XXXIX, 1996, met name 202-203.

slachtoffer⁵¹ en betere mogelijkheden tot premiebepaling waardoor die premie lager blijft (althans zou kunnen blijven)⁵². Op het eerste gezicht lijken die voordelen in elk geval voldoende groot te zijn om op zijn minst een nader onderzoek te rechtvaardigen naar de mogelijkheden van en tot normering⁵³. Vranken en Weterings stellen zelfs dat normering tot op zekere hoogte noodzaak is geworden, ongeacht de vermeende voor- en nadelen van die aanpak. Het aantal schadevergoedingsaanspraken lijkt feitelijk immers in de weg te staan aan een daadwerkelijke individuele beoordeling van elke zaak. Men zal dus wel moeten standaardiseren, zo redeneren zij⁵⁴.

Bij het beschouwen van die voordelen moet men zich echter niet te snel rijk rekenen. In hoeverre zij worden gerealiseerd, zal afhangen van de kwaliteit van de gevonden normen. Bestrijken zij werkelijk de veel voorkomende gevallen? Is er voldoende draagvlak voor de gekozen oplossingen? Verminderen zij werkelijk de lasten van afdoening? Die kwaliteit zal weer afhangen van de mate waarin er in de totstandkoming van de normen wordt geïnvesteerd, waarbij een grotere mate van gedetailleerdheid waarschijnlijk zal leiden tot hogere kosten van normering.

§ 3. Werkgeversaansprakelijkheid: wat zou genormeerd moeten worden?

A. WELKE SCHADEPOSTEN?

Hoewel wij ons realiseren dat wij, in strijd met hetgeen eerder betoogd werd, nog geen draagvlak hebben verworven voor hetgeen in deze en de volgende paragraaf volgt, zullen wij thans trachten het bovenstaande te concretiseren voor de schade-

50. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60; Elzas, R. Ph., *l.c.*, 72; Dam, C.C. van, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, 2000, nr. 825.
51. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60.
52. Zie Hennekam, J.F.M., *l.c.*, 12; Wiechmann, A.J.A., *l.c.*, 65. Zie verder over de voordelen van normering Cane, P., *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 6th ed., London, 1999, 137-138; Knol, P.C., *o.c.*, 77; Haas, S.P. de en Hartlief, T., *o.c.*, 4; Renckens, M.L.M., *l.c.*, 119; Giesen, I., *l.c.*, 2001, 122.
53. Ten aanzien van de normering op juridisch vlak kan een parallel getrokken worden met vormen van 'normalisatie' ('Het proces waarbij regels op vrijwillige basis totstandkomen door overeenstemming van (alle) belanghebbende partijen', aldus Ringeling, A.B. e.a. (red.), *o.c.*, 12) zoals dat bijvoorbeeld ten aanzien van de technische vereisten voor producten geschied. Dat deze parallel mogelijk is, blijkt als men het aansprakelijkheidsrecht op zichzelf ook als een 'product' beschouwt dat aan bepaalde kwaliteitseisen dient te voldoen. Zie daarover uitvoerig Barendrecht, J.M., "De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in drievoud", in Barendrecht, J.M. en Bauw, E. (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw. Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer/Den Haag, 1999. Wij kunnen dat hier niet nader uitwerken, maar hopen daarop op een ander moment terug te komen. Zie over het gebruik in rechte van dit soort technische normen, en over de valkuilen daarbij, Lamers-Litjens, E.J.W.T. en Lamers, H.A.J.M., *l.c.*
54. Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 57.

posten die voortvloeien uit de aansprakelijkheid van werkgevers voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Wij gaan daarbij vooral in op de soorten normen waarvoor men zou kunnen kiezen en minder op vragen die verband houden met het proces van normering, zoals die betreffende het vinden van een goede vertegenwoordiging. Voor zover het de slachtoffers van arbeidsongevallen en beroepsziekten betreft, zou dat probleem overigens wel eens minder pregnant kunnen zijn, omdat in die constellatie de vakbonden zouden kunnen optreden, terwijl VNO-NCW naast de verzekeraars aan de andere kant van de tafel plaats zou kunnen nemen⁵⁵.

Uitgaande van de situatie dat aansprakelijkheid van de werkgever vrij snel gegeven zal zijn, hetgeen gezien de stand van het geldende Nederlandse recht op dit vlak geen vreemde veronderstelling is⁵⁶, rijst de vraag welke schadeposten op dit vlak genormeerd zouden kunnen of moeten worden⁵⁷. De belangrijkste schadeposten op dit terrein, in termen van absolute bedragen per dossier in elk geval, lijken de arbeidsvermogensschade en het smartengeld te zijn⁵⁸.

B. VERLIES VAN INKOMEN

Bij bepaalde beroepsziekten, zoals bij maligne mesothelioom ten gevolge van blootstelling aan asbest, zal er niet tot nauwelijks sprake zijn van inkomensverlies, omdat de daarmee gepaard gaande schade in verband met de lange incubatietijd veelal pas

55. Men zou bijvoorbeeld de partijen die het convenant voor het Instituut Asbestslachtoffers sloten (vergelijk *Kamerstukken II* 1998/99, 25 834, nr. 4, 10), opnieuw bijeen kunnen brengen.
56. Voor een overzicht van het aansprakelijkheidsrecht op dit terrein, zie bijvoorbeeld Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Studiepockets Privaatrecht 62, Deventer, 2000. In Frankrijk en Duitsland is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever, behoudens uitzonderingen, uitgesloten en vervangen door een systeem van sociale verzekeringen waarvoor de werkgever de premies betaalt. Naar Engels recht is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever niet uitgesloten. Zie nader Giesen, I., *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico, en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, diss., Den Haag, 2001, 158 e.v. In de VS bestaat er een 'workers' compensation system', een 'no fault-system', gekoppeld aan beperkte vergoedingen ('benefits'), voor 'injuries arising out of and in the course of employment'. Civielrechtelijke aansprakelijkheid is daarmee, behoudens uitzonderingen (opzet), uitgesloten. Zie hierover Epstein, R.A., *Cases and Materials on Torts*, 6th ed., Boston, 1995, 1014 e.v.
57. Het nastreven van een nadere normering ten aanzien van de eigen schuld-vraag, lijkt hier niet zinvol, aangezien het eigen schuld-verweer op dit terrein dusdanig is ingeperkt dat dat vrijwel nooit succesvol zal zijn. Zie nader Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 2000, 63.
58. Zie de bijdrage van Engelhard (§ 1) aan dit boek, en vergelijk Boom, W.H. van, *o.c.*, 2000, 78. Wij gaan hier niet nader in op de ontwikkelingen met betrekking tot de normering van 'kleinere' schadeposten, zoals de kosten van huishoudelijke hulp en dergelijke, welke uiteraard ook op het terrein van de arbeidsongevallen en beroepsziekten kunnen voorkomen.

intreedt nadat het werkend leven van het slachtoffer reeds door pensioen of vroegd uittreden afgelopen is⁵⁹.

In andere gevallen van verlies aan inkomen door een beroepsziekte of een arbeidsongeval, zal dat verlies veelal tot op een behoorlijk niveau gedekt zijn door uitkeringen op basis van de Ziektewet, de WAO en soortgelijke voorzieningen. In beginsel betaalt de werkgever bovendien gedurende een jaar in elk geval 70% (artikel 7:629 BW), maar soms zelfs 100%, van het laatst verdiende loon uit, en veelal zijn eventuele WAO-gaten bijverzekerd. Dat alles maakt dat de daadwerkelijke inkomensschade voor het individuele slachtoffer niet zo heel hoog zal zijn, met als gevolg dat deze schadepost, voor zover het over normering van schadevergoeding bij werkgevers aansprakelijkheid gaat, minder belangrijk lijkt. Het gaat vooral om verhoudingsgewijs geringe aantallen verhoudingsgewijs zware gevallen. De met normering eventueel te behalen 'winst'⁶⁰, lijkt daardoor geringer te zijn dan op andere terreinen van arbeidsvermogensschade waarschijnlijk het geval zal kunnen zijn.

Bovendien is normering ten aanzien van inkomensschade (extra) lastig omdat het feit dat iedereen een ander salaris heeft, daarbij noodzakelijkerwijs meegenomen zal moeten worden om te voorkomen dat normering wellicht tot een beperking van de schadevergoeding zou leiden, hetgeen niet de bedoeling is⁶¹. Dat betekent wellicht zelfs dat alleen de wijze van berekening van het inkomensverlies genormeerd zal kunnen worden, waarbij het salaris van de betrokkene in elk geval een factor dient te zijn. Daar dat in de praktijk nu ook al gebeurt, valt op dit vlak waarschijnlijk minder vooruitgang te boeken⁶². Dit alles vormt voor ons aanleiding om deze schadepost in dit stuk verder buiten beschouwing te laten⁶³.

59. Zie Boom, W.H. van, "Verjaring mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 64, noot 61.
60. 'Winst' in de zin van verlaging van de transactiekosten in verhouding tot de bestaande situatie, bezien tegen de achtergrond van de totale kosten die daarmee gemoeid zijn, hetgeen afhankelijk is van het aantal dossiers waarin een bepaalde kwestie speelt en de kosten van afdoening ervan per dossier. Zie nader Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *o.c.*, 29.
61. Zie daarover § 2 J.
62. Dat laat onverlet dat de uitgangspunten bij de berekening van dat verlies aan inkomen nader geobjectiveerd zouden kunnen (en moeten) worden, zie Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60. Een zekere standaardisatie kan bijvoorbeeld ook bereikt worden door te beslissen om bepaalde vaak betwiste schadeposten wel of niet in de berekening mee te nemen.
63. Vergelijk ook Spier, J., *l.c.*, 1997, 61, en Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 930. Voor die keuze kan in dit beginstadium van het onderzoek naar normering van schadevergoeding ook nog aangevoerd worden dat het verlies van inkomen voor een groot deel toekomstige schade betreft en (ook) daardoor wellicht minder geschikt is voor normering, zie Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60.

C. SMARTENGELD

Een schadepost die zich bij veel arbeidsongevallen en beroepsziekten, en zeker ook bij mesothelioomgevallen, voordoet en in beginsel naar Nederlands recht vergoedbaar is, betreft de immateriële schade⁶⁴. De vergoeding van smartengeld lijkt, op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid althans, zelfs de belangrijkste schadepost te vormen. Dat ligt hieraan dat het verlies van inkomen veelal uit andere bronnen dan het aansprakelijkheidsrecht in strikte zin vergoed wordt (zie § 3 B). De vraag is dan ook gerechtvaardigd of ten aanzien van de smartengeldvergoedingen een zekere standaardisatie mogelijk is. Het voordeel daarvan zou des te groter kunnen zijn nu de vergoeding van smartengeld vaak één der lastigste punten in de onderhandelingen over schadevergoeding is⁶⁵. In § 4 zullen dan ook enkele voorstellen tot normering met betrekking tot smartengeldvergoedingen besproken worden.

Hier wijzen wij er overigens reeds op dat er voor mesothelioomslachtoffers al een zekere vorm van normering bereikt is. In het kader van de schadeafwikkeling binnen het Instituut Asbestslachtoffers wordt immers al een standaardbedrag voor smartengeld (alsmede forfaitaire bedragen voor materiële schade) gehanteerd⁶⁶. Ook overigens lijkt de normering van smartengeld minder weerstand op te roepen dan de normering van andere schadeposten en wordt erkend dat normering op dat terrein mogelijk is⁶⁷. Dit hangt waarschijnlijk hiermee samen dat er op dat terrein al een zekere normering bestaat door het veelvuldig gebruik in de praktijk van de Smartengeld-bundel van de ANWB⁶⁸, terwijl bovendien de hoogte van het smartengeld eigenlijk nooit objectief bepaalbaar is, zodat elk bedrag dat toegewezen wordt in zekere zin een normbedrag is, of dat in elk geval kan worden.

D. HET SCHADEREGELINGSPROCES

Ook het proces waarin de schadevergoeding voor getroffen werknemers wordt vastgesteld, zou nader genormeerd kunnen worden. Voor mesothelioomslachtoffers bestaat een dergelijke normering al in de vorm van het Instituut Asbestslachtoffers⁶⁹.

64. Zie bijvoorbeeld Boom, W.H. van, *l.c.*, 2000, 55; Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 2000, 25-26, en over de vergoeding van smartengeld bij arbeidsongevallen recentelijk HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (ARB) Druijff/B.C.E. Bouw, met name r.o. 3.2. In de Verenigde Staten is de vergoeding van immateriële schade meestal geen aparte schadepost in de 'workers' compensation systems', zie Epstein, R.A., *o.c.*, 873.

65. Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaer, G.M., *o.c.*, 81. Ook Spier meent dat normering ten aanzien van smartengeld zinvol is, zie Spier, J., *l.c.*, 1997, 61.

66. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 25 834, nr. 4, 1, en Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 2000, 101-102.

67. Zie bijvoorbeeld Elzas, R. Ph, *l.c.*, 72; Spier, J., *l.c.*, 1997, 61, en *Kamerstukken II* 1999/00, 26630, nr. 2, 14 en 15. Vergelijk ook Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60. Tegen normering van smartengeld Beer, J.M. en Colignon-Smit Sibinga, A.F., *l.c.*, 10.

68. Zie Beer, J.M. en Colignon-Smit Sibinga, A.F., *l.c.*, 10.

69. Zie daarover onder andere Spier, J., *l.c.*, 1997, en Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 2000, 101-102.

Binnen de kaders van dat Instituut worden immers de schadeclaims van asbestslachtoffers door een onafhankelijke derde bemiddeld en afgehandeld zonder dat er een rechter aan te pas komt. Daarbij zorgt het hanteren van normbedragen en een protocollaire werkwijze voor een versnelde procedure⁷⁰.

Het verdient onzes inziens aanbeveling om in elk geval eens na te denken over de mogelijkheid om (onderdelen van) de werkwijze, of zelfs het werkterrein, van dat Instituut te verbreden, zodat het meerdere categorieën arbeidsongevallen gaat omvatten. Procedurele normen die voor één gebied worden ontwikkeld, kunnen vaak ook op een ander terrein goede diensten bewijzen. Wellicht zou zelfs een verdere verbreding tot de afwikkeling van alle schadegevallen, ongeacht het type van aansprakelijkheid, denkbaar zijn. Vranken en Weterings hebben daartoe recentelijk voorstellen gedaan die onzes inziens ten minste het overwegen waard zijn⁷¹.

§ 4. Is normering van schadevergoeding na een arbeidsongeval of beroepsziekte mogelijk?

A. INLEIDING

Is normering van schadevergoeding op dit terrein haalbaar? Wij zijn geneigd te denken van wel. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is op dit vlak immers behoorlijk uitgekristalliseerd en gaat steeds meer in de richting van een 'compensatiesysteem'⁷². Daarbij horen duidelijke richtlijnen voor zover het om de (hoogte van de) schadevergoeding gaat en dus lijkt normering, zeker op het terrein van het smartengeld, een behoorlijke kans van slagen te hebben. Daarmee is echter niet gezegd dat normering hier eenvoudig zal zijn. Wij zullen hieronder een aantal aanzetten in die richting schetsen voor zover het de vergoeding van smartengeld betreft⁷³.

70. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 25 834, nr. 4, 1.

71. Zie het pleidooi van Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 57 e.v., voor een procedurele en inhoudelijke reglementering van het schade-afwikkelingsproces.

72. Zie Barendrecht, J.M., *l.c.*, 1999a, met name 75.

73. Wij wijzen er nog op dat het gebruik van de Smartengeld-bundel al een zekere mate van normering in de hand werkt, te meer nu de lagere rechter verplicht is aandacht te schenken aan de bedragen die in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (ARB) Druijff/B.C.E. Bouw, r.o. 3.2. Een vorm van normering ligt ook besloten in art. 54a Besluit algemene rechtspositie politie, waarin in lid 1 bepaald is dat bij invaliditeit die voortvloeit uit een dienstongeval of beroepsziekte, de ambtenaar smartengeld vergoed krijgt tot een maximum van NLG 300.000,- en in lid 2 bepaald is dat bij overlijden aan de weduwe of weduwnaar een bedrag van NLG 150.000,- uitgekeerd wordt. Of het bij dat laatste bedrag om smartengeld gaat (en dus om affectieschade), is onduidelijk.

B. AANZET TOT EEN AANTAL MOGELIJKHEDEN TEN AANZIEN VAN SMARTENGELDVERGOEDINGEN

1. *Mesotheloom: het voorstel van Ruers*

Een voorstel tot normering voor het specifieke terrein van mesothelioomslachtoffers is in 1998 gelanceerd door Ruers en toen (grotendeels) overgenomen door de Kantonrechter te Middelburg⁷⁴. Ruers deelde de mesothelioomslachtoffers in drie groepen in, elk met een standaardbedrag aan smartengeld. Slachtoffers tot 55 jaar ontvangen NLG 150.000,- (Ruers) of NLG 125.000,- (kantonrechter); tussen de 55 en 65 jaar betekent een vergoeding van NLG 125.000,- (Ruers) of NLG 100.000,- (kantonrechter), en slachtoffers vanaf 65 jaar ontvangen NLG 100.000,- (Ruers) of NLG 75.000,- (kantonrechter). Dit systeem heeft de charme van de eenvoud⁷⁵. Er zijn geen hoge kosten voor nodig om het uit te werken en te beargumenteren. Maar velen zullen het te weinig gedetailleerd vinden.

Wij kunnen ons bovendien indenken dat hier een draagvlak-probleem rijst, omdat het nu juist Ruers was, erkend strijder aan de zijde van de werknemers, die dit systeem voorstelde. Bemoedigend is echter weer dat een onafhankelijke derde, een rechter, dit voorstel goed genoeg achtte om het over te nemen, al was het dan met bijgestelde bedragen. Een groter nadeel zou echter kunnen zijn dat dit voorstel alleen ziet op slachtoffers van mesotheloom. Hoewel die groep slachtoffers op zichzelf belangrijk genoeg is, wordt daarmee slechts een deel van de getroffen werknemers 'genormeerd' behandeld. Op het eerste gezicht lijkt een bredere opzet wenselijk om de normering echt doelmatig te laten zijn⁷⁶. We komen hierop terug in § 4 C.

2. *De asbestregeling en het Instituut voor asbestslachtoffers*

Het ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid heeft recentelijk de zogenaamde asbestregeling opgesteld⁷⁷. Daarin is bepaald dat slachtoffers van de asbestziekte mesotheloom die wegens verjaring of faillissement van hun werkgever geen schadevergoedingsvordering meer geldend kunnen maken, als een vorm van genoegdoening NLG 35.000,- van de staat ontvangen. Meer standaard dan dit kan een bedrag eigenlijk niet worden, en daarin schuilt dan ook meteen een potentieel

74. Zie Ruers, R.F., "Normering van Smartegeld, of: hoe kan de juridische lijdensweg worden bekort!", *TMA*, 1998, 143, en Ktr. Middelburg 24 augustus 1998, *TMA*, 1998, 166, r.o. 5 en 6.

75. Hetgeen hier extra van belang is omdat deze vorderingen veelal in kort geding-procedures behandeld worden, zie Boom, W.H. van, *l.c.*, 2000, 56; Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 230.

76. Zo'n bredere aanpak is echter ook moeilijker omdat de groep van slachtoffers buiten de mesotheloomgevallen minder homogeen is, zie Van, A.J., "Recente ontwikkelingen op het gebied van de vergoeding van immateriële schade in de praktijk", in Kottenhagen-Edzes, P.A. (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen, 2000, 32.

77. Zie *Staatscourant* 24 januari 2000, nr. 16, 9 e.v.

probleem: de nodige mate van differentiatie lijkt te ontbreken. Wij komen daarop terug. Daar echter in dit geval het alternatief waarschijnlijk zou zijn dat de slachtoffers niets zouden krijgen, lijkt de bovenstaande regeling (afgezien wellicht van de hoogte van het bedrag) het maximaal haalbare. Normering komt hier in de plaats van niet-realistische aanspraken op volledige schadevergoeding.

Via het Instituut Asbestslachtoffers kunnen mesothelioomslachtoffers van wie de vordering nog niet verjaard is en wier werkgever nog aanspreekbaar is, op informele en snelle wijze een (smartengeld)vergoeding van NLG 90.000.- tegemoet zien⁷⁸. Ook dat is een, zij het grove, wijze van normering. Daarbij rijst echter meteen de vraag of niet meer differentiatie wenselijk zou zijn.

Daarmee komen wij weer op het algemene punt dat hiervoor in § 2 D al aan de orde kwam. Een bepaalde mate van differentiatie, gedetailleerdheid, lijkt nodig te zijn om tot aanvaardbare oplossingen te kunnen komen. Het probleem daarbij is alleen dat die differentiatie ook weer niet te ver doorgevoerd mag worden want dan zijn we weer terug bij het begin: bepalen van schadevergoeding per geval. De vraag luidt dan uiteindelijk, zo lijkt het, waar de kritische grens tussen beide ligt⁷⁹. Wij komen hierop in § 4 C 1 terug.

3. *Smartengeld in het algemeen: Lindenbergh*

Lindenbergh heeft in zijn proefschrift voor de vergoeding van smartengeld in algemene zin een tot op zekere hoogte genormeerd systeem voorgesteld. Dat systeem is op zichzelf uiteraard ook toepasbaar bij arbeidsongevallen en beroepsziekten. Grosso modo komt zijn voorstel hierop neer dat er per type letsel (afhankelijk van het getroffen lichaamsdeel en de wijze van beschadiging) richtbedragen met zekere marges worden bepaald waarbinnen een nadere afstemming kan plaatsvinden⁸⁰. Het gaat hierbij dus om een globale waardering van de mate waarin bepaalde soorten letsels geacht moeten worden nadeel mee te brengen. Een commissie van deskun-

78. Zie hiervoor § 3 C en § 3 D.

79. Vergelijk ook Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.* 945, 946 e.v., en 964.

80. Zie over systemen waarin met tarieven per soort letsel gewerkt wordt onder andere Knol, P.C., *o.c.*, 77. Vergelijkbare systemen, waarbij de richtbedragen worden gebaseerd op de overige rechtspraak, worden in de Verenigde Staten, Engeland, Frankrijk en Duitsland gebruikt, vergelijk Epstein, R.A., *o.c.*, 872-873, en Geistfeld, M., "Placing a price on pain and suffering: A method for helping juries determine tort damages for nonmonetary injuries", *California Law Review*, Vol. 83, 1995, 791 e.v.; McGregor, H., *o.c.*, no. 1702 en 1710; Carne, P., *o.c.*, 137 e.v.; Tourneau, Ph., Le en Cadet, L., *o.c.*, no. 747; Kötz, H., *Deliktsrecht*, 8. Aufl., Neuwied, 1998, no. 526, net zoals in Nederland via de Smartengeld-bundel. Voor het gebruik van tabellen op basis van het soort letsel, pleiten ook Kaplow, L. en Shavell, S., *l.c.*, 202 e.v., met name omdat een genormeerde schadevergoedingspraktijk geen afbreuk doet aan de prikkels tot zorgvuldig gedrag.

digen zou de typen letsels kunnen bepalen en daaraan richtbedragen kunnen verbinden⁸¹.

In het licht van de noodzaak om het optimale niveau van differentiatie te kiezen, constateren wij dat de mate van differentiatie die in dit voorstel bereikt wordt, vrij groot is. Het aantal mogelijke typen van letsel lijkt zeer groot te zijn als de bepaling van die typen afhankelijk is van het getroffen lichaamsdeel en de wijze van beschadiging ervan. Die vergaande mate van differentiatie heeft gevolgen voor de mogelijkheden tot normering (deze zou dat normeringsproces kunnen bemoeilijken)⁸². Bovendien ontstaat het gevaar dat bij deze mate van differentiatie de transactiekosten niet veel zullen afnemen ten opzichte van het huidige systeem, omdat nog veel lastig te bepalen feiten moeten worden vastgesteld. En hoewel het werken met marges op het eerste gezicht zeer aantrekkelijk lijkt, is daartegen ook nog het een en ander in te brengen. Wij doen dat in § 4 D.

4. *Affectieschade: het voorstel van Verheij en Lindenbergh*

Aan de nabestaanden van de slachtoffers van een beroepsziekte of een arbeidsongeval, zou een bedrag aan affectieschade toegekend kunnen worden⁸³. Weliswaar lijkt die schadepost vooralsnog in het geheel niet vergoedbaar te zijn naar Nederlands recht⁸⁴, maar als de voortekenen niet bedriegen, zou die opvatting wel eens op haar retour kunnen zijn⁸⁵. Indien die schade wel vergoedbaar zou worden, lijkt het

81. Zie Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 244-246.

82. Hetzelfde bezwaar is onzes inziens in te brengen tegen de door Stolker, C.J.J.M. en Poleतिक, H.F., *l.c.*, met name 81 en 84, gepropageerde 'Willingness to Pay'-methode, waarbij een aantal personen gevraagd wordt wat zij zouden betalen voor een behandeling die tot volledig herstel van een bepaald soort letsel zou leiden. Zie over (een variant van) deze methode ook Cane, P., *o.c.*, 135-136; Geistfeld, M., *l.c.*, 804 e.v. Kritisch ten aanzien van het afstemmen op 'het getroffen lichaamsdeel' zijn Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 941.

83. De positie van de familieleden van letselschadeslachtoffers die (gelukkig) niet overlijden, blijft hier buiten beschouwing, zie daarover bijvoorbeeld Lindenbergh, S.D., "Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling", *NJB*, 2001, 66. De mogelijke vergoeding van affectieschade is hier derhalve beperkt tot die gevallen waarin het directe slachtoffer komt te overlijden.

84. Zie daarover bijvoorbeeld Haas, S.P. de en Hartlief, T., *o.c.*, 186; Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, met name 175-178; Lindenbergh, S.D., *l.c.*, 2001, 61-62.

85. Zie de motie van Kamerlid Vos c.s. (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 31) waarin het kabinet verzocht wordt een wetsvoorstel inzake de vergoeding van affectieschade in te dienen, en verder Verheij, A.J., *l.c.*; Lindenbergh, S.D., *l.c.*, 2001, alsmede het antwoord van de minister op de Kamervragen van Vos (*Kamerstukken II* 2000/01, 105). De minister van justitie lijkt sinds enige tijd genegen te zijn om vergoeding van affectieschade toe te staan (zie *Kamerstukken II* 1999/00, 26630, nr. 2, 6-7, alsmede het voornoemde antwoord op kamervragen), maar niet na nadere studie verricht te hebben. Vergelijk over affectieschade ook Aanbeveling 19 in Resolutie (75) 7 van de Raad van Europa (opgenomen in Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaer, G.M., *o.c.*, 93 e.v.); Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, hoofdstuk 6, met conclusie op 219; Van, A.J., *l.c.*, 22; Hartlief, T., "Baby Joost en het

wenselijk om zulks vanaf het begin te normeren⁸⁶, vandaar dat wij er hier enige aandacht aan besteden.

Een mogelijke aanzet voor een strak genormeerd systeem hebben zowel Verheij als Lindenbergh reeds gegeven⁸⁷. Kort gezegd: noem de kring van gerechtigden en een vast bedrag per kring, en het systeem staat. Denkbaar is bijvoorbeeld: de levenspartner van het slachtoffer én de eventuele kinderen, maar dan gezamenlijk, ongeacht het aantal kinderen, ontvangen ieder NLG 25.000,-⁸⁸.

Een probleem daarbij zou overigens weer kunnen zijn dat door de keuze voor zo'n vast bedrag de tot op zekere hoogte noodzakelijke flexibiliteit zou kunnen ontbreken⁸⁹. Omdat echter elke keuze ten aanzien van de hoogte van de vergoeding voor affectieschade grotendeels arbitrair is, of althans afhankelijk is van zeer moeilijk objectief vaststelbare feiten, terwijl de mogelijkheid van vergoeding daarvan nog omstreden is, leent deze schadepost zich waarschijnlijk goed voor normering op een vast bedrag. Door middel van een dergelijk systeem wordt dan tevens voorkomen dat bepaalde vormen van affectie hoger of lager gewaardeerd (zouden moeten) worden ten opzichte van andere vormen, met alle (onsmakelijke) gevolgen van dien⁹⁰.

verdriet van Nederland", *AA*, 2000, 871 en 872, en Beer, J.M. en Colignon-Smit Sibinga, A.F., *l.c.*, 7 en 8 en 9 (met verdere verwijzingen in noot 17), die aangeven dat de praktijk een uitbreiding zou wensen.

86. Zie in die zin ook Lindenbergh, S.D., *l.c.*, 2001, 66, en het persbericht van de zijde van de verzekeraars naar aanleiding van het zogenaamde Baby Joost-arrest (HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 (ARB)) in het tijdschrift *Bondig*, (<http://www.verzekeraars.nl/nieuws/bond/bondig/21sept2000/smartengeld.html>).
87. Verheij, A.J., *l.c.*, 331-332, en Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, met name 219, alsmede dezelfde, *l.c.*, 2001, 65-66. Ook Brunner, C.J.H., "Na bescheydenheit", in Bouman, H.A. e.a. (red.), *De beleedigde Molmvaarder*, Lelystad, 1999, 25, pleit voor vaste bedragen voor affectieschade. Vergelijk voor het Belgische recht, alwaar gewerkt wordt met een 'Indicatieve tabel' ten aanzien van de kring van gerechtigden en met forfaitaire bedragen, Temmerman, B. de, "Recensies: S.D. Lindenbergh, Smartengeld", *NTBR*, 2000, 330, alsmede Kezel, E. de, *l.c.*, met name 615 e.v.
88. Die NLG 25.000,- komt ongeveer neer op het bedrag van 7.500 Engelse Ponden dat in Engeland toegekend wordt in gevallen van 'loss of bereavement', zie daarover sec. 1A Fatal Accidents Act 1976; McGregor, H., *o.c.*, no. 1729 e.v.; Lunney, M. en Oliphant, K., *Tort Law. Text and materials*, Oxford, 2000, 764; Verheij, A.J., *l.c.*, 331, en Haas, S.P. de en Hartlief, T., *o.c.*, 14-15. Het bedrag komt redelijk overeen met de NLG 20.000,- waarover Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 219, spreekt, en waarmee Maanen, G.E. van, "Vergoeding van pijn en smart: een calvinistisch dilemma", in Bouman, H.A. (e.a.), *De beleedigde Molmvaarder*, Lelystad, 1999, 50, noot 16, aarzelend instemt. Lindenbergh, S.D., *l.c.*, 2001, 66, acht inmiddels ook een hogere vergoeding (NLG 50.000,-) denkbaar.
89. Zie daarover Cane, P., *o.c.*, 139.
90. Waarmee in elk geval één van de door de minister van justitie tegen vergoeding aangevoerde bezwaren zijn waarde zou verliezen. Zie over dat en andere argumenten, en over de geringe waarde van die argumenten, Verheij, A.J., *l.c.*, 325-327, alsmede Lindenbergh, S.D., *l.c.*, 2001, 64-65. De minister is helaas (nog) niet helemaal overtuigd, zie zijn antwoord op de Kamervragen van Kamerlid Vos (*Kamerstukken II* 2000/01, 105).

Een tweede potentieel probleem zou nog kunnen zijn dat de vergoeding van een bepaald bedrag aan affectieschade hier door middel van een wettelijke regeling, en derhalve van 'bovenaf' opgelegd zou gaan worden. Of daarvoor dan voldoende draagvlak te vinden zal zijn, kan betwijfeld worden⁹¹. Pro-actief optreden van de verzekeringswereld kan zulks echter voorkomen. De verzekeraars zouden zelf, maar wel in overleg met de 'slachtoffers', kunnen besluiten om vanaf een bepaald moment⁹² affectieschade te gaan vergoeden. Het voordeel van een dergelijke pro-actieve opstelling zou zijn dat de belanghebbende organisaties dan sterker in de hand hebben hoe die vergoeding er uit zou komen te zien⁹³.

C. EEN MOGELIJKE DENKRICHTING

1. Naar een model voor smartengeldvergoedingen

Voor smartengeldvergoedingen ligt onzes inziens de eerder genoemde kritische grens tussen te veel en te weinig differentiatie meer in de richting van minder detaillering. De hoogte van deze schadepost kan nu eenmaal niet volledig objectief bepaald worden. Dat geeft ruimte om niet te sterk vast te houden aan de fictie dat per geval die hoogte nauwkeurig berekend zou moeten (en kunnen) worden.

Dit leidt ons terug naar het voorstel van Ruers, waarop zou kunnen worden voortgebouwd⁹⁴. De vergoeding van smartengeld zou gebaseerd kunnen worden op een aantal vrij grove categorieën, ingedeeld naar leeftijd van het slachtoffer⁹⁵. Leeftijd is een aantrekkelijk aanknopingspunt, omdat deze eenvoudig objectief vaststelbaar is. Men zou kunnen werken met een eigen schadebedrag voor iedere leeftijd, aflopend in hoogte naarmate het slachtoffer ouder wordt, omdat de smart dan minder lang zal voortduren⁹⁶. Zo zou bijvoorbeeld een indeling per tien jaar mogelijk moeten zijn. Als we er dan vanuit gaan dat iemands werkende leven op zijn vroegst in

91. Vergelijk Cane, P., *o.c.*, 139; McGregor, H., *o.c.*, no. 1696.
92. Verzekeringstechnisch lijkt het onmogelijk om terugwerkende kracht aan de vergoeding van affectieschade toe te kennen, maar de verzekeraars lijken in elk geval wel positief te staan tegenover een wettelijke regeling van de vergoeding van affectieschade, zie Lindenbergh, S.D., *l.c.*, 2001, 65.
93. Aan het aspect dat zodoende wellicht ook de nodige 'goodwill' gekweekt wordt, gaan wij hier voorbij.
94. Ruers, R.F., *l.c.*, 143.
95. Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 938 e.v., presenteren drie modellen, waarvan er twee gebaseerd zijn op 'leeftijd' en 'ernst van het letsel'. Hoewel wij uitgaan van 'leeftijd', speelt de 'ernst van het letsel' ook in ons model een belangrijke rol, zie hierna.
96. Zie over de rol van de factor 'leeftijd', Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 249-250; Knol, P.C., *o.c.*, 74; Storm, H.M., Kamp, H.P.A.J. en Schön, E.W., *o.c.*, 305, en Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 941. Of het model een 'suggererende' of 'bindende' norm zou moeten bevatten, zie § 2 C en vergelijk Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 946, laten wij nog even in het midden, maar hier zij wel al aangegeven dat een grotere mate van binding in beginsel tot meer standaardisatie en derhalve tot minder transactiekosten leidt. In § 4 D komen wij hierop terug.

zijn tienerjaren begint, zou tot en met het 20e levensjaar de vergoeding een bedrag X kunnen bedragen. Tot en met het dertigste jaar is dat bedrag dan $X - A$; tot en met veertig $X - 2A$, et cetera. En om dan ook maar meteen een concreet voorbeeld van een mogelijk bedrag te noemen, al was het maar om te bereiken dat de discussie op een zo concreet mogelijk niveau gevoerd kan worden: X zou bijvoorbeeld op NLG 200.000,- en A op bijvoorbeeld NLG 20.000,- gesteld kunnen worden⁹⁷. Maar men kan ook voor een verfijndere leeftijdscategorisering kiezen, want dat zal weinig extra kosten opleveren. Zo'n verder verfijnd model zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat er per extra levensjaar (vanaf het 21e jaar) NLG 2.000,- wordt afgetrokken van de oorspronkelijke NLG 200.000,-, of dat de vergoeding per 5 jaar met NLG 10.000,- verminderd wordt.

In dit model⁹⁸ wordt uitgegaan van een toestand van *blijvende* algehele arbeidsongeschiktheid. Voor zover er een bepaald percentage arbeidsgeschiktheid resteert, kan het te vergoeden bedrag met dat percentage worden verminderd. Een 28-jarige die 20% arbeidsgeschikt blijft, ontvangt dan bijvoorbeeld $0.8 \times 180.000 =$ NLG 144.000,-. De mate van arbeidsongeschiktheid is ook nog met een zekere mate van objectiviteit⁹⁹ vaststelbaar, al zullen de afwikkelingskosten hier wel al gaan oplopen en zal de snelheid van afdoening wel verminderen. De noodzaak tot het bepalen van de mate van arbeidsongeschiktheid, en dus van de medische eindtoestand, zou in het schaderegelingsproces wellicht een (extra) complicatie kunnen opleveren die de 'winst' van de normering ten dele zou kunnen opheffen, maar vooralsnog is de bepaling van dat percentage toch nog nodig om de schaderegeling af te wikkelen¹⁰⁰,

97. Uitgewerkt: tot en met 20 jaar = 200.000; tot en met 30 jaar = 180.000; tot en met 40 jaar = 160.000; tot en met 50 jaar = 140.000; tot en met 60 jaar = 120.000; tot en met 70 jaar = 100.000. Over de herkomst van deze bedragen kan nog het volgende opgemerkt worden. Wij zijn gestart bij NLG 200.000,- omdat dat zo'n beetje het gemiddelde lijkt te zijn bij zwaar letsel, en wij eindigen bij NLG 100.000,- als een bedrag dat in de buurt ligt van het bedrag dat oudere mesothelioomslachtoffers lijken te kunnen vorderen. Verder zijn de bedragen vooral gevoelsmatig ingevuld. Een ieder mag onze cijfers overigens door de zijne vervangen. Het systeem is vooralsnog belangrijker dan de exacte hoogte van de bedragen.
98. Zie ook de Tabel aan het einde van deze bijdrage. Toepassing van dit model op andere deelgebieden van het aansprakelijkheidsrecht is onzes inziens goed mogelijk, al zal dan wel expliciet moeten worden gemaakt dat voor de leeftijd 0 tot en met 20 het bedrag van die eerste categorie aangewezen is. Voor smartengeldvergoedingen buiten gevallen van lichamelijk letsel zal een ander systeem overwogen moeten worden. Daarop kan hier nu niet verder ingegaan worden. Wel is onzes inziens nog van belang dat de bedragen voor beide typen gevallen tot op zekere hoogte op elkaar afgestemd dienen te zijn. Zo rees bijvoorbeeld in Duitsland de vraag of het wel juist was dat de vergoedingen voor onrechtmatige uitingen in de pers hoger zijn dan die voor lichamelijk letsel. Volgens het Bundesverfassungsgericht betekent dat enkele feit overigens niet dat er hier sprake is van strijd met de Grondwet en wel omdat in die eerste gevallen een zeker straffend element in de vergoeding opgenomen is, zie BVerfG *VersR* 2000, 897.
99. Zie over het belang van 'objectiviteit' in deze ook A-G Spier in zijn conclusie voor HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (ARB) Druijff/B.C.E. Bouw, sub 3.13 e.v.
100. Dat geldt evenzeer voor zover er een systeem van directe verzekering zou worden ingevoerd, zie de bijdrage van Faure en Hartlief aan dit boek (§ 3).

zodat dat geen extra lasten met zich brengt. Als de procedure om tot dat percentage te komen dan ook nog nader genormeerd zou worden, zou het potentiële probleem nog kleiner worden¹⁰¹.

Men zou kunnen kiezen voor een systeem waarin er altijd¹⁰² een minimumbedrag als vergoeding voor geleden smart beschikbaar is, bijvoorbeeld NLG 5.000,-, ook als het ongeval niet tot blijvende arbeidsongeschiktheid heeft geleid. Het slachtoffer van een arbeidsongeval dat bijvoorbeeld na een aantal weken weer normaal kan functioneren en restloos hersteld is, zal dan genoeg moeten nemen met NLG 5.000,-. Dat bedrag geldt dan voor alle gevallen van *tijdelijke* arbeidsongeschiktheid, ook als die periode langer dan enkele weken zou duren¹⁰³.

In het voorgaande is de ernst van het letsel¹⁰⁴ (in elk geval ten dele¹⁰⁵) verdisconteerd in het percentage arbeidsongeschiktheid. Een werknemer die slechts in

101. Indien de arbeidsongeschiktheidspercentages over de hele linie lager zouden komen te liggen omdat er strenger gekeurd wordt, zou de daarmee gepaard gaande verlaging van de smartengeldvergoedingen tegengegaan kunnen worden, indien dat gewenst zou zijn, door de standaardbedragen te verhogen.
102. Wij stellen dan ook voor om dit bedrag aan smartengeld bij arbeidsongevallen of beroepsziekten steeds toe te kennen als de aansprakelijkheid vastgesteld is, ongeacht de dogmatisch-juridische vraag of die schade in het specifieke geval werkelijk voor vergoeding in aanmerking komt. Het aantal gevallen waarin dan wellicht (naar geldend recht) ten onrechte smartengeld zou worden ontvangen, is op dit terrein, gezien de huidige vereisten van art. 6:106 BW, onzes inziens klein genoeg om te kunnen verwaarlozen. Om verdere problemen te vermijden zou ook de vraag naar de vergoeding van smartengeld voor slachtoffers die zich van hun smart niet bewust zijn, bijvoorbeeld omdat zij in coma liggen, voor eens en voor altijd beslist moeten worden. Ons voorstel zou zijn om ook smartengeld toe te kennen, op basis van het eerder gepresenteerd model, voor (wellicht) onbewust geleden smart. Als immers de vergoeding van smartengeld niet afhankelijk is van de wijze van besteding ervan, zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (ARB) Druijff/B.C.E. Bouw, r.o. 3.3, dan verliest ook het argument dat de vergoeding in deze gevallen niet ten goede kan komen aan het slachtoffer, veel van zijn waarde. Voor vergoeding in deze gevallen zijn onder andere Tjittes, R.P.J.L., "Wat niet weet, wat niet deert", *WPNR* 6239 (1996), 699-700, en Kottenhagen, R.J.P., "Smartengeldvergoeding voor comateuze slachtoffers?", *TVP*, 2000, 90-91. Tegen (bij volledige bewusteloosheid) zijn Rb. Haarlem 1 augustus 2000, *NJKort* 2000, 93 Beentjes/Lokhorst, r.o. 4.8 en 4.9; Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 52-55 en 250, en Knol, P.C., *o.c.*, 71.
103. Tijdelijke arbeidsongeschiktheid kan natuurlijk langer dan een aantal weken duren, bijvoorbeeld één jaar of meer. Als in zo'n geval (bijvoorbeeld een gecompliceerde beenbreuk die uiteindelijk volledig geneest) echter geen (percentage van) blijvende arbeidsongeschiktheid resteert, waren de gevolgen van het ongeval of de ziekte (blijkbaar) niet van dien aard dat een bedrag van NLG 5.000,- apert onredelijk (te laag) zou zijn. Variatie is ook hier uiteraard mogelijk, bijvoorbeeld door na een jaar (tijdelijke) arbeidsongeschiktheid het bedrag van NLG 5.000,- te verdubbelen, maar het nadeel daarvan zou zijn dat zulks tot het opzettelijk verlengen van het genezingsproces zou kunnen leiden.
104. Dit wordt veelal gezien als de belangrijkste factor bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld. Zo wijst de Hoge Raad bijvoorbeeld 'in het bijzonder' op deze factor wanneer hij spreekt over 'alle omstandigheden' van het geval, zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001,

beperkte mate arbeidsongeschikt blijft, ontvangt een geringere schadevergoeding, daar zijn letsel blijkbaar minder zwaar was. Bij bijvoorbeeld 5% blijvende arbeidsongeschiktheid van de eerder genoemde 28-jarige, ontvangt deze een smartengeldvergoeding van NLG 9.000,-¹⁰⁶. Voordeel hiervan is dat de moeilijk te bepalen 'ernst van het letsel' op zichzelf geen relevante factor meer vormt.

Ons voorstel zou verder zijn om, in navolging van Verheij en Lindenbergh, de eerder genoemde nabestaanden (de partner én de kinderen gezamenlijk) NLG 25.000,- toe te kennen wegens affectieschade indien de werknemer ten gevolge van het ongeval of de ziekte komt te overlijden¹⁰⁷.

- 215 (ARB) Druiff/B.C.E. Bouw, r.o. 3.2. Volgens Amerikaans onderzoek verklaart de ernst van het letsel 40% van de variatie in de hoogte van de schadevergoedingen. Zie Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 923, en Geistfeld, M., *l.c.*, 785.
105. Er zijn natuurlijk ook gevallen denkbaar waarin ernstig letsel niet per definitie tot (een bepaalde mate van) blijvende arbeidsongeschiktheid leidt, zoals bijvoorbeeld bij ernstige brandwonden. Die gevallen zouden onzes inziens via de factor 'kwaliteit van het leven' (zie noot 109) opgelost moeten worden.
106. $0,05 \times 180.000 = \text{NLG } 9.000,-$.
107. Voor zover het overlijden meteen na het ongeval volgt, zou de schadevergoeding daarbij kunnen blijven, maar men zou in dat geval ook het volgende systeem kunnen toepassen: Voor zover het ongeval of de beroepsziekte niet meteen (bijvoorbeeld binnen 24 uur) tot de dood van de werknemer leidt, zou voor de periode tot het overlijden eveneens het eerder in de hoofdtekst gepresenteerde model kunnen gelden (zie ook de Tabel aan het einde van deze bijdrage). In de periode tussen het ongeval of de ziekte en het overlijden zal de arbeidsongeschiktheid over het algemeen 100% zijn, zodat een hoge vergoeding het gevolg van die toepassing zal zijn, maar voor zover er in een enkel geval geen sprake zou zijn van 100% arbeidsongeschiktheid, volgt ook hier de voornoemde reductie. Het gaat onzes inziens echter niet aan om de periode tot het overlijden als een periode van tijdelijke arbeidsongeschiktheid (vergoeding: NLG 5.000,-) aan te merken. Er zou bijvoorbeeld wel, om een tweede variant te noemen, besloten kunnen worden om voor die periode standaard uit te gaan van 50% arbeidsongeschiktheid. Een voorbeeld van de eerste variant: een ziekbed van één maand van de 28-jarige werknemer die daarna overlijdt, leidt tot een vergoeding van NLG 180.000,- (categorie X - A; geen aftrek voor arbeidsgeschiktheid) en een affectieschadevergoeding van maximaal NLG 50.000,- (voor eventuele partner én kinderen). Dit moge in vergelijking met het huidige recht op dit vlak, en dan met name de strekking van de artt. 6:107 en 6:108 BW (zie daarover bijvoorbeeld Lindenbergh, S.D., "Schrik, onrechtmatigheid en schade", *RM Themis*, 1997, 187 e.v., en Hartlief, T., *l.c.*, 866-867), excessief lijken, maar onzes inziens schort aan het huidige recht teveel om die lijn voort te zetten. De situatie waarin het financieel voordeliger is voor een dader om zijn slachtoffer te doden dan om deze 'slechts' te verwonden, zou onzes inziens niet mogen voortbestaan (vergelijk ook Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 950). Als toch aan die lijn vastgehouden zou worden, en het hier beschrevene als te vergaand gezien zou worden (hoewel dat wel de preventie zou dienen, zie Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 950), zou er naast de vergoeding van affectieschade ten minste een uitkering tot de hoogte van het minimumbedrag moeten volgen, al was het maar om ten minste enige prikkel tot zorgvuldig gedrag in stand te houden.

2. Een mogelijk bezwaar en een antwoord daarop

Als bezwaar tegen de grove categorisering in dit model zal aangevoerd (kunnen) worden, daarvan zijn we ons terdege bewust, dat het individu zo teveel op de achtergrond blijft¹⁰⁸. De 'individuele gerechtigheid' wordt in dit systeem te weinig in de overwegingen betrokken, zo lijkt het.

In reactie daarop zouden wij ten eerste willen stellen dat het individu in dit model in aanzienlijke mate in beeld is. Immers, zowel de leeftijd als de mate van arbeids(on)geschiktheid zijn per individu verschillend, terwijl via verdiscontering van de mate van arbeidsongeschiktheid tevens waarde wordt toegekend aan de ernst van het letsel dat in elk individueel geval zal verschillen. Dit zou nader moeten worden onderzocht, maar het lijkt waarschijnlijk dat de afwijkingen tussen wat nu in de praktijk wordt toegekend en wat volgens een dergelijk systeem wordt toegekend, binnen redelijke grenzen blijft. Mocht dat alles nog niet voldoende blijken om de gewenste mate van differentiatie te bereiken, dan kan nog gedacht worden aan het inbouwen van minimum- en maximumbedragen per categorie¹⁰⁹. Over deze methode om met de mate van bindendheid van de normen te variëren, gaat § 4 D¹¹⁰.

Ten tweede wijzen wij erop dat het nastreven van individuele gerechtigheid op het vlak van smartengeldvergoedingen wellicht tot gevolg heeft dat een ander rechtvaardigheidspostulaat, namelijk dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, teveel het onderspit delft. De vergoedingen lijken voor vergelijkbare gevallen teveel uiteen te lopen, om nog vol te kunnen houden dat het gelijkheidsbeginsel hier recht gedaan wordt¹¹¹.

D. MINDER BINDING

De mate van binding aan dit systeem kan worden gevarieerd. Zo stellen ook Lindenbergh en Vranken en Weterings voor om categorieën, maar dan van soorten letselschade, te ontwikkelen, waarbij zij vervolgens, anders dan wij hiervoor deden,

108. Voor zover het bezwaar geuit zou worden dat in dit systeem de ene eiser teveel ontvangt en de ander te weinig, wijzen wij er nog op dat dit systeem dan in elk geval tot een juiste gemiddelde schadevergoeding leidt, waarbij de een wat inlevert voor de ander en vice versa in een ander geval, en dat uiteindelijk iedereen profiteert van de kostenbesparing, vergelijk Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 969.
109. Ook zou men kunnen trachten de factor 'verlies aan kwaliteit van leven' of 'kosten ter verangename van het leven' (vergelijk HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 (ARB) Druijff/B.C.E. Bouw, r.o. 3.3) in het model in te bouwen, maar dat vereist wel een objectivering van die factor die wij op dit moment nog niet kunnen bieden. Wij hopen daar echter in een later stadium op terug te kunnen komen.
110. Zie ook reeds § 2 C.
111. Zie ook Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 924 (die er onder andere ook nog op wijzen dat zodoende het vertrouwen in het justitieel apparaat ondermijnd wordt en de 'deterrence'-functie van het aansprakelijkheidsrecht verloren gaat), 947 e.v. (alwaar ook op het alternatief van minima en maxima gewezen wordt) en 964.

per categorie met minimum- en maximumbedragen werken. Binnen die grenzen kan dan onderhandeld worden en recht gedaan worden aan de specifiekere kenmerken van de voorliggende zaak. Normering, confectie, met differentiatie, een vleugje maatwerk, derhalve¹¹². Om recht te doen aan bijzondere gevallen zou bijvoorbeeld in plaats van voormelde NLG 200.000,- een minimum van NLG 180.000,- gehanteerd kunnen worden en een maximum van NLG 220.000,-, of meer in het algemeen een bandbreedte van 20%.

Wel zal men zich moeten realiseren dat met het inbouwen van minima en maxima meer onderhandelingsruimte ontstaat. Daarmee zou de potentieel te behalen 'winst' van de normeringsoperatie weer (ten dele) tenietgedaan kunnen worden¹¹³. Afhankelijk van de vraag of er een grotere of kleinere bandbreedte binnen de vastgestelde marges gehanteerd wordt en afhankelijk van de vraag of er een meerdere of mindere mate van binding aan de genormeerde bedragen aanvaard wordt, zal dat probleem zich in meer of mindere mate doen voelen¹¹⁴.

§ 5. Conclusie

Het verschijnsel normering is nog weinig onderzocht. In het voorafgaande hebben wij een aantal onderscheidingen en variabelen behandeld en een aantal aandachtspunten benoemd. Variabelen zijn onder meer de mate van bindendheid, de mate van gedetailleerdheid van normen en de verhouding waarbinnen men normeert. In de normeringsprocedure kan men variëren met de soort procedure, met het aantal betrokken partijen en met de rol die een onafhankelijke derde heeft. Een goede keuze voor wat betreft deze variabelen kan veel van de bezwaren tegen normering wegnemen en de voordelen van normering optimaal uitbuiten. Aandachtspunten zijn verder bijvoorbeeld de mate waarin belangen adequaat vertegenwoordigd worden, de wijze van geschilbeslechting, de kosten van normering en de door normering uit te sparen afwikkelingskosten.

112. Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 244-246; Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., *l.c.*, 60. Ook in deze zin, Cane, P., *o.c.*, 140.

113. Vergelijk Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 1998, 245-246, die stelt dat de bestaande onzekerheid op dit terrein wellicht een zekere functie vervult doordat dat ruimte biedt voor onderhandelingen, hetgeen hij wenselijk lijkt te vinden. Onzes inziens dient er zo weinig mogelijk ruimte voor onderhandelingen te zijn als we tot daadwerkelijke normering willen komen. Gebeurt dat niet, dan zal immers de tijd die nu in de onderhandelingen over smartengeld gestoken moet worden, gewijd gaan worden aan onderhandelingen binnen de voor die categorie geldende marges, zodat de normering weinig tot niets zal opleveren. Vergelijk in dit kader ook Geistfeld, M., *l.c.*, 789-790, die aangeeft dat een limiet op de hoogte van de schadevergoeding niets oplost, omdat daarmee nog niets gezegd is over de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding onder die limiet.

114. Als de bandbreedte kleiner is, bestaat er minder onderhandelingsruimte. Datzelfde geldt als de mate van binding aan de norm groter is. In die gevallen zullen er voor de onderhandelingen buiten rechte, waarbij natuurlijk altijd afgeweken zou kunnen worden van wat voor de rechter wellicht verplicht is, specifiekere richtlijnen bestaan, zie Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., *l.c.*, 946.

De problemen van schadevergoedingsrecht zijn bij arbeidsongevallen en beroepsziekten in beginsel niet anders dan op andere terreinen. De voors en tegens van normering op dat terrein zijn dan ook in beginsel niet anders dan elders. Omdat echter de normering van smartengeld op dit terrein een hoge prioriteit lijkt te hebben en de normering van die schade nu juist iets makkelijker te bereiken lijkt te zijn, zijn de mogelijkheden hier wellicht wel beter dan elders. Dat de mogelijkheid van normering van smartengeld eerder in overweging genomen wordt, hangt hiermee samen dat de hoogte van die schade toch al niet objectief vaststelbaar is, zodat een verdergaande mate van normering geen al te grote stap lijkt. Wij hopen er in het voorgaande in geslaagd te zijn een mogelijke richting voor verdere stappen aangegeven te hebben.

Bijlage I:

Tabel

Mogelijke gevolgen van een arbeidsongeval of beroepsziekte en de bijbehorende schadevergoeding:

<i>Mogelijke gevolgen</i>	<i>Schadevergoeding</i>
Tijdelijke arbeidsongeschiktheid	
(1) van korte duur:	NLG 5.000,-
(2) voor langere tijd:	NLG 5.000,-
Blijvende arbeidsongeschiktheid:	
(3) 100%:	X - (xA) (minimum: NLG 5.000,-)
(4) ander%:	% (X-(xA)) (minimum: NLG 5.000,-)
Overlijden:	
(5) meteen na ongeval:	Affectieschade (eventueel + (3) of (4))
(6) na enige tijd:	Affectieschade + (3) of (4)

Waarbij hier:

X = NLG 200.000,-

A = NLG 20.000,-

x is afhankelijk van de leeftijd van het slachtoffer

< 20 jaar: x=0

< 30 jaar: x=1;

< 40 jaar: x=2; etc.

(< = tot en met)

Affectieschade = maximaal 2 maal (voor partner én kinderen gezamenlijk) NLG 25.000,-

Literatuurlijst

- Akkermans, A.J., "Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 25-39.
- Bar, Chr. von, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Band I*, München, 1996.
- Barendrecht, J.M., Kars, E.J. en Moreé, E.J., "Schade en schadeberekening in het algemeen", in Barendrecht, J.M., en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 1-63.
- Barendrecht, J.M., *De Hoge Raad op de hei*, Deventer, 1998.
- Barendrecht, J.M., "Verenigbare en onverenigbare belangen: onderhandelingen in de letselschadepraktijk en de onvervulde behoefte aan normen", in Hartlief, T. e.a. (red.), *Het belang van de dader*, Lelystad, 1999, 77-83.
- Barendrecht, J.M., "De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in drievoud", in Barendrecht, J.M. en Bauw, E. (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw. Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer/Den Haag, 1999, 57-91.
- Barendrecht, J.M., "Rechtsvorming naar behoefte; Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?", *NJB*, 2000, 690-698.
- Barendrecht, J.M. en Weterings, W.C.T., *Efficiëntere afdoening van regresvoorwaarden*, Tilburg, Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, 2000.
- Beer, J.M., "Normering in het schaderegelingsproces", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 17-23.
- Beer, J.M., "Helderheid is voor slachtoffers een absolute noodzaak", *TVP*, 2000, 63.
- Beer, J.M. en Colignon-Smit Sibinga, A.F., "Smartengeld, een praktische benadering voor de toekomst", in Jansen, M., (red.), *Smartengeld*, 14e druk, Den Haag, 2000.
- Bolt, A.T. (red.), *Schadevergoeding*, losbladige uitgave, Deventer, vanaf 1992.
- Boom, W.H. van, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Studiepockets Privaatrecht 60, Deventer, 2000.

Boom, W.H. van, "Verjaring mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 55-69.

Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaer, G.M., *Schadevergoeding: personenschade*, Mon. Nieuw BW B37, 2e druk, Deventer, 1998.

Bovbjerg, R.R., Sloan, F.A. en Blumstein, J.F., "Valuing life and limb in tort: Scheduling 'pain and suffering'", *Northwestern University Law Review*, vol. 83, 1989, 908.

Brunner, C.J.H., "Na bescheydenheit", in Bouman, H.A. e.a. (red.), *De beleedigde Molmvaarder*, Lelystad, 1999, 21-25.

Cane, P., *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 6th ed., London, 1999.

Dam, C.C. van, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, 2000.

Eijlander, Ph. en Voermans, W.J.M., *Wetgevingsleer*, Deventer, 1999.

Elzas, R. Ph., "Normering en vergoeding van personenschade", *TVP*, 2000, 70-73.

Epstein, R.A., *Cases and Materials on Torts*, 6th ed., Boston, 1995.

Evers, G.J.M., "Internationalisering door middel van zelfregulering", in Kempen, P.H.P.H.M.C. van en Valkenburg, W.E.C.A. (red.), *Het recht van Europa?*, Lelystad, 1998, 87.

Frenk, N., "De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast", *AV&S*, 2000, 2-13.

Geistfeld, M., "Placing a price on pain and suffering: A method for helping juries determine tort damages for non monetary injuries", *California Law Review*, vol. 83, 1995, 773.

Giesen, I., "Proportionele aansprakelijkheid", *TVP*, 2000, 94-98.

Giesen, I., *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico, en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, dissertatie, Den Haag, 2001.

Giesen, I., "Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?", *NJB*, 2001, 120-123.

Haas, S.P. de en Hartlief, T., *Verkeersaansprakelijkheid. Vergoeding van personenschade in Europees perspectief*, Deventer/Den Haag, 1998.

- Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, 11e druk, Zwolle, 2000.
- Hartlief, T., "Baby Joost en het verdriet van Nederland", *AA*, 2000, 863-873.
- Hay, B.L. en Rosenberg, D., *The individual justice of averaging*, John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion Paper No. 285, 6/2000: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/.
- Hennekam, J.F.M., "Normering van schadevergoeding", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 9-16.
- Kamminga, Y.P., *Het proces van normering*, (werktitel), in voorbereiding, verschijnt einde 2001.
- Kaplow, L. en Shavell, S., "Accuracy in the assesment of damages", *Journal of Law and Economics*, vol. XXXIX, April 1996, 191.
- Kezel, E. de, "De vergoeding voor het verlies van een kind ten gevolge van een verkeersongeval", *TPR*, 1999, 579-633.
- Knol, P.C., *Vergoeding van letselschade naar huidig en komend recht*, Studiepockets Privaatrecht 40, Zwolle, 1986.
- Kottenhagen, R.J.P., "Smartengeldvergoeding voor comateuze slachtoffers?", *TVP*, 2000, 85-91.
- Kötz, H., *Deliktsrecht*, 8. Aufl., Neuwied, 1998.
- Lamers-Litjens, E.J.W.T. en Lamers, H.A.J.M., "NEN-normen voor ladders en de Hoge Raad", *NJB*, 1999, 14-15.
- Lindenbergh, S.D., "Schrik, onrechtmatigheid en schade", *RM Themis*, 1997, 178-193.
- Lindenbergh, S.D., *Smartengeld*, dissertatie, Deventer, 1998.
- Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Studiepockets Privaatrecht 62, Deventer, 2000.
- Lindenbergh, S.D., "Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling", *NJB*, 2001, 61-66.
- Lunney, M. en Oliphant, K., *Tort Law. Text and materials*, Oxford, 2000.

- Maanen, G.E. van, "Vergoeding van pijn en smart: een calvinistisch dilemma", in Bouman, H.A. e.a. (red.), *De beleedigde Molmvaarder*, Lelystad, 1999, 43-51.
- McGregor, H., *On Damages*, 16th ed., London, 1997.
- Meredith, J.R. en Mantel, S.J., *Project Management*, 3rd ed., New York, 1995.
- Peeperkorn, D.H.M., "Het oordeel van Paris (deel II)", in Schendel, W.A.M. van e.a. (red.), *De kwaliteit van het schaderegelingsproces*, Lelystad, 2000, 41-64.
- Renckens, M.L.M., "Fabeltjeskrant", *VR*, 2000, 118-121.
- Ringeling, A.B. (e.a.) (MDW-Werkgroep Certificering), *Normalisatie en certificatie*, Den Haag, februari 1996.
- Ruers, R.F., "Normering van Smartegeld, of: hoe kan de juridische lijdensweg worden bekort!", *TMA*, 1998, 141-144.
- Schrage, E.J.H., *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen, 1998.
- Schut, G.H.A., *Onrechtmatige daad*. Studiepockets Privaatrecht 21, Deventer, 1997.
- Storm, H.M., Kamp, H.P.A.J. en Schön, E.W., "Personenschade", in Barendrecht, J.M. en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995, 167-306.
- Spier, J., "Asbestslachtoffers", *A&V*, 1997, 60-62.
- Spier, J. e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 2e druk, Deventer, 2000.
- Spier, J., "Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V) tijdperk", *A&V*, 2000, 123-129.
- Stolker, C.J.J.M. en Poletiek, F.H., "Smartengeld - wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie", in Stadermann, F. e.a. (red.), *Bewijs en letselschade*, Lelystad, 1998, 71-86.
- Temmerman, B. de, "Recensies: S.D. Lindenbergh, Smartengeld", *NTBR*, 2000, 326-332.
- Tjittes, R.P.J.L., "Wat niet weet, wat niet deert", *WPNR* 6239 (1996), 699-700.
- Tourneau, Ph. Le en Cadiet, L., *Droit de la responsabilité*, 2e éd., Paris, 1998.

Van, A.J., "Recente ontwikkelingen op het gebied van de vergoeding van immateriële schade in de praktijk", in Kottenhagen-Edzes, P.A. (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen, 2000, 19-35.

Verheij, A.J., "Vergoeding van affectieschade", *NTBR*, 1998, 324-332 (ook opgenomen in P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen, 2000).

Vranken, J.B.M. en Weterings, W.C.T., "Organisatie van massaliteit", *TVP*, 2000, 54-62.

Weterings, W.C.T., *Vergoeding van letselschade en transactiekosten*, Deventer, 1999.

Wiechmann, A.J.A., "Polarisatie een heilloze weg", *TVP*, 2000, 64-66.