



VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

Faculteit der
Rechtsgeleerdheid

Tijd is geld?

Het verlies van vrije tijd in het licht van de schadebeperkingsplicht

Laura E. Kroese

Studentnummer: 2524678

30 maart 2018

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam

Master Rechtsgeleerdheid, afstudeerrichting Privaatrecht

Begeleider: dhr. mr. dr. A.J. Van

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	p. 2
Inleiding	p. 3
Hoofdstuk 1: De schadebeperkingsplicht als onderdeel van het schadevergoedingsrecht	p. 6
1.1: Karakter en grondslag	p. 6
1.2: Gevolgen en criterium	p. 7
1.3: Ratio en rol in het schadevergoedingsrecht	p. 9
1.4: Kosten van schadebeperking	p. 10
Hoofdstuk 2: De kwalificatie en begroting van schade in het algemeen	p. 12
2.1: Kwalificatie in het algemeen	p. 12
2.2: Begroting van vermogensschade	p. 12
2.3: Begroting van immateriële schade	p. 15
Hoofdstuk 3: De wenselijkheid van een vergoeding voor het verlies van vrije tijd	p. 16
3.1: Argumenten voor vergoeding	p. 16
3.2: Argumenten tegen vergoeding	p. 18
3.3: Beschouwing	p. 20
Hoofdstuk 4: Vrije tijd als schadepost	p. 21
4.1: Stand van zaken in de rechtspraak en doctrine	p. 21
4.1.1: (Vrije) tijd van derden	p. 21
4.1.2: Kosten van verhaal	p. 23
4.1.3: "Letseltijd" van het slachtoffer	p. 24
4.2: Vermogensschade of immateriële schade?	p. 26
4.2.1: Vrije tijd als vermogensschade?	p. 26
4.2.2: Vrije tijd als immateriële schade?	p. 27
4.2.2.1: Inbreuken op fundamentele rechten in het schadevergoedingsrecht	p. 28
4.2.2.2: Verlies van vrije tijd als persoonsaantasting op andere wijze?	p. 30
4.3: Pas op de plaats: belang van het onderscheid	p. 31
Hoofdstuk 5: De begroting van de schadepost verlies van vrije tijd	p. 34
5.1: Grenzen aan het recht op vergoeding	p. 34
5.2: De begroting	p. 37
5.2.1: Wijze van begroting	p. 37
5.2.2: Het "prijskaartje" van vrije tijd	p. 41
5.2.2.1: QALY's van Visscher	p. 41
5.2.2.2: Uurloon	p. 43
5.3: Hoe nu verder?	p. 44
Conclusie	p. 47
Bronnenlijst literatuur	p. 49
Bronnenlijst jurisprudentie	p. 52
Bronnenlijst Parlementaire Geschiedenis	p. 54

Inleiding

Een dertienjarige middelbare scholier krijgt tijdens een akkefietje op school een duw van een medescholier. Om de klap op te vangen doet de jongen een stap naar achter. Hij blijft met zijn schoen haken, valt door een ruit en belandt ongeveer twee meter lager op het schoolplein. Voor de jongen zijn de gevolgen zeer ernstig. Door het glas loopt hij diepe snijwonden op. Bovendien worden verschillende spieren en zenuwen in zijn benen en handen doorgesneden of anderszins aangetast. Hij wordt ruim een week opgenomen in het ziekenhuis en moet daarna tien maanden poliklinisch revalideren. Een jaar na dato moet hij nog steeds tweemaal per week naar de fysiotherapeut. De jongen zal levenslang hinder ondervinden van het ongeval, doordat bepaalde lichaamsdelen blijvend verlamd of gevoelloos zijn. Zo zal hij de rest van zijn leven een speciale orthese moeten dragen en fysiotherapeutische oefeningen moeten blijven doen.

Het moge duidelijk zijn dat de revalidatie van de scholier veel tijd heeft gekost. Door bezoeken aan onder andere ziekenhuizen en fysiotherapeuten heeft de jongen veel uren moeten verzuimen. Bovendien was hij door pijnstillende medicatie niet in staat om alle lesstof direct op te nemen tijdens de uren die hij wel bijwoonde. Hoewel zijn schoolresultaten achteruit zijn gegaan, is het hem toch gelukt over te gaan naar de volgende klas en dus geen studievertraging op te lopen. Zijn achterstanden heeft hij met name 's avonds ingehaald, waardoor hij veel van zijn vrije tijd heeft moeten opgeven.

In het schaderegelingsproces dat startte na het ongeval is de vergoeding van onder meer (niet door de zorgverzekeraar vergoede) medische kosten, kapotte en aangepaste kleding, vervoerskosten en extra rijlessen geregeld. Toen bleek dat de jongen over zou gaan naar de volgende klas meende de verzekeraar dat op dit punt dus geen vergoeding nodig was. Maar klopt dit wel? Als de jongen was blijven zitten had hij duizenden euro's gekregen voor studievertraging en nu krijgt hij, als het aan de verzekeraar ligt, helemaal niets.¹ Op het eerste gezicht kan men denken dat op dit punt inderdaad niet meer gelet hoeft te worden; de jongen is overgegaan en heeft feitelijk gezien geen studievertraging opgelopen. Om dit te bereiken heeft hij echter veel vrije tijd moeten opofferen. Avonden voetballen of afspreken met vrienden werden vervangen door avonden huiswerk maken.² Moet dit verlies van vrije tijd niet ook voor compensatie in aanmerking komen?

Uiteraard is ook in andere situaties sprake van verlies van vrije tijd. Naast aan het maken van huiswerk en het doen van lichamelijke oefeningen kan onder meer gedacht worden aan het rijden van en naar doktersafspraken. Het is wel reeds gangbaar hiervoor een taxi te regelen of een kilometervergoeding te betalen, maar de tijd die aan het reizen zelf wordt besteed wordt buiten beschouwing gelaten. Ook de tijd die de afspraak kost kan uiteraard niet meer naar eigen inzicht worden ingevuld. Andere voorbeelden zijn het maken van overuren om toch dezelfde resultaten te blijven behalen en het aannemen van ander werk waarbij meer uren moeten worden gemaakt ter behoud van hetzelfde salaris.

¹ Een veelgebruikt hulpmiddel voor bepaling van de kosten van studievertraging is De Letselschade Richtlijn Studievertraging van De Letselschade Raad: <https://deletselschaderaad.nl/wp-content/uploads/Richtlijn-Studievertraging.pdf> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

² Met dank aan Beer advocaten voor het aanleveren van deze inspirerende casus.

De schadebeperkingsplicht verplicht ons te doen wat redelijkerwijs van ons verwacht kan worden om de schade te beperken. De kosten die zijn gemaakt ter beperking van de schade, de zogenoemde bereddingskosten, komen op grond van de wet voor vergoeding in aanmerking.³ Is een vergoeding ook op zijn plaats wanneer het slachtoffer geen geld, maar vooral (vrije) tijd heeft moeten opofferen om aan zijn schadebeperkingsplicht te voldoen? Indien deze vraag bevestigend beantwoord dient te worden, werpt een volgende vraag zich op: hoe dient deze kostenpost van verlies van vrije tijd te worden gewaardeerd?

Over de geschetste kwestie bestaat geen duidelijkheid. Het lijkt in de praktijk zelfs onder het tapijt te worden geveegd.⁴ Wordt het slachtoffer niet tekort gedaan wanneer verloren gegane tijd niet wordt vergoed, zoals nu vaak het geval lijkt te zijn? Met deze scriptie hoop ik allereerst het onderwerp onder de aandacht te brengen. Daarnaast hoop ik meer duidelijkheid te kunnen bieden door het kader te schetsen waarbinnen dit vraagstuk zich afspeelt. Ook zal ik enkele aanbevelingen doen, die onder meer van belang kunnen zijn voor eventueel vervolgonderzoek. Om deze doelen te bereiken zal ik de volgende vraag gaan onderzoeken: Hoe dient, in het licht van de schadebeperkingsplicht, het verlies van vrije tijd van het slachtoffer met letsel te worden gekwalificeerd en begroot in het schaderegelingsproces dat volgt op een ongeval of onrechtmatige daad?

Reeds uit de formulering van de probleemstelling is op te maken dat enkele vragen en aspecten buiten beschouwing zullen worden gelaten. Allereerst zal ik de vraag of überhaupt sprake is van schade niet behandelen.⁵ Hier ga ik van uit, gelet op het feit dat het slachtoffer inspanningen verricht ter beperking van schade en hij de bestede tijd niet kan terugkrijgen. Bovendien zal ik mij beperken tot situaties waarbij sprake is (geweest) van geestelijk of lichamelijk letsel door toedoen van een aansprakelijke derde.

Om de centraal staande vraag te kunnen beantwoorden moeten verschillende stappen worden genomen. Eerst zal ik ingaan op de schadebeperkingsplicht, haar rol in het schadevergoedingsrecht en de kosten van schadebeperking (hoofdstuk 1). In hoofdstuk 2 zal ik de vraag beantwoorden hoe schade in het algemeen dient te worden gekwalificeerd en begroot. Daarna zal ik mij richten op het verlies van vrije tijd. Eerst zal ik onderzoek doen naar de vraag of het wenselijk is hiervoor een vergoeding toe te kennen. Ik zal enkele voor- en nadelen bespreken (hoofdstuk 3). Vervolgens zal ik in hoofdstuk 4 ingaan op vrije tijd als schadepost. De vraag naar de kwalificatie is immers van belang voor de wijze van begroting, hetgeen aan de orde komt in hoofdstuk 5. Daar zal ik ook op zoek gaan naar aanknopingspunten voor het bepalen van de waarde van vrije tijd. Ik zal eindigen met een conclusie.

Zoals ik reeds aangaf, is het onderwerp van mijn onderzoek redelijk onderbelicht gebleven. Om tot beantwoording van de centraal staande vraag te komen zal ik daarom een breed scala aan juridische bronnen raadplegen. Ik zal literatuur, jurisprudentie en enige wetsgeschiedenis onderzoeken. Deze bronnen hebben hoofdzakelijk betrekking op het Nederlandse privaatrechtelijke rechtssysteem. De hoofdstukken 1 en 2 zijn voornamelijk juridisch

³ Zie over de schadebeperkingsplicht en bereddingskosten nader hoofdstuk 1 en de bronnen aldaar.

⁴ Tot deze conclusie kwam ik na het spreken met verscheidene rechtshulpverleners op het gebied van letselschade, zowel binnen de advocatuur als daarbuiten. Zie ook Lindenbergh 2006, p. 112.

⁵ Over de ingewikkelde vraag wat het begrip inhoudt zijn immers hele proefschriften te schrijven, zoals Bloembergen in 1965 heeft gedaan.

beschrijvend van aard; er wordt een beschrijving gegeven van het geldende recht met betrekking tot de schadebeperkingsplicht en schadebegroting in het algemeen. Hoofdstukken 3 tot en met 5 zijn niet alleen beschrijvend, maar ook evaluerend van aard. In hoofdstuk 3 bespreek ik voor- en nadelen en weeg ik deze tegen elkaar af. Ik zal hierbij ook een korte uitstap maken naar de gedragswetenschappen. In de hoofdstukken 4 en 5 beschrijf ik juridische aanknopingspunten voor de kwalificatie en begroting van het verlies van vrije tijd en evalueer ik de mogelijke toepassing hiervan.

Hoofdstuk 1: De schadebeperkingsplicht als onderdeel van het schadevergoedingsrecht

Wie door eigen handelen of door het handelen van een ander schade wordt toegebracht zal in eerste instantie uit eigenbelang proberen de schade te beperken door maatregelen te nemen. Wanneer iemand gewond raakt, roept hij medische hulp in. Wanneer een auto door beschadiging tijdelijk onbruikbaar is, zal de eigenaar vervangend vervoer regelen. Eigenbelang is echter niet de enige motivatie om de schade te beperken. De schadebeperkingsplicht verplicht ons, kort gezegd, te doen wat redelijkerwijs van ons verlangd kan worden ter beperking van schade.⁶ Het slachtoffer zal handelingen moeten verrichten in het belang van degene die voor de schade kan worden aangesproken.

De schadebeperkingsplicht heeft betrekking op de omvang van de schade en moet onderscheiden worden van situaties waarin het slachtoffer invloed (eigen schuld) heeft op het ontstaan van de schade. Met betrekking tot de omvang valt allereerst te denken aan de situatie waarin het slachtoffer bijvoorbeeld geen helm of gordel droeg. Dit draagt niet bij aan de toedracht van het ongeval, maar de schade wordt hier (veelal) door vergroot. Ook kan gedacht worden aan de situatie waarin het slachtoffer, nadat het schade toebrengende feit heeft plaatsgevonden, nalaat maatregelen te nemen en zo de reeds ontstane schade vergroot.⁷ Op de schadebeperkingsplicht heeft, in het geval dat de schade door een ander, de dader, is toegebracht, in principe niet de dader maar enkel het slachtoffer (nog) invloed.⁸

1.1: Karakter en grondslag

De schadebeperkingsplicht is, hoewel de naam anders doet vermoeden, strikt genomen geen afdwingbare rechtsplicht.⁹ In de eigen rechtssfeer is iemand vrij te doen wat hij wil met zijn eigen persoon of goederen. Een slachtoffer kan niet worden gedwongen om bijvoorbeeld naar de dokter te gaan. Hij zou zijn eigen gezondheid kunnen verwaarlozen zonder dat sprake is van plichtsverzuim.¹⁰ Wel wordt met de schadebeperkingsplicht aangegeven dat het ten onrechte niet beperken van de schade consequenties heeft. Om die reden wordt in de literatuur door sommigen verdedigd dat het een *Obliegenheit* betreft: een gedragsnorm die geen rechtsplicht inhoudt.¹¹ Volgens Keirse dekt echter ook dit de lading niet volledig.¹² Voor de duidelijkheid en het gemak wordt altijd gesproken over de schadebeperkings*plicht*.

De wettelijke grondslag voor de schadebeperkingsplicht kan gevonden worden in artikel 6:101 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).¹³ Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

⁶ Keirse, *AV&S* 2005/2, onder 1 en Keirse 2003, p. 1.

⁷ Keirse 2003, p. 9.

⁸ Keirse 2003, p. 124. Uiteraard kan dit anders zijn wanneer (de verzekeraar van) de dader bijv. weigert een voorschot te betalen en het slachtoffer als gevolg hiervan te weinig draagkracht heeft om bepaalde handelingen te verrichten.

⁹ Keirse 2003, p. 75.

¹⁰ Keirse 2003, p. 17.

¹¹ Zie Keirse 2003, p. 76-77 en haar verwijzingen naar literatuur aldaar.

¹² Keirse 2003, p. 76-77.

¹³ De wet kent daarnaast enkele bijzondere bepalingen inzake eigen schuld. Een voorbeeld is art. 7:658 BW, dat betrekking heeft op arbeidsongevallen. Ook dan is art. 6:101 BW echter van toepassing bij bepaling van het al dan niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht. Schadeorzaken gelegen in de privésfeer (niet in de uitoefening van werkzaamheden) vallen immers niet onder art. 7:658 BW. Zie uitgebreider Keirse 2003, p. 57 e.v.

“Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.”

In dit artikel over eigen schuld wordt niet expliciet gesproken over de schadebeperkingsplicht. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt echter dat de schadebeperkingsplicht een species is van het leerstuk van eigen schuld.¹⁴ Dat het slachtoffer toerekenbaar nalaat maatregelen te treffen ter beperking van zijn schade (omvang schade) wordt dus op een lijn gesteld met eigen schuld aan het ontstaan van de schade. Er is sprake van eigen schuld aan de extra schade.¹⁵

Met artikel 6:101 BW als wettelijke grondslag wordt het toepassingsbereik van de schadebeperkingsplicht beperkt. Plaatsing van artikel 6:101 BW in afdeling 6.1.10 BW, dat betrekking heeft op de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, zorgt ervoor dat de schadebeperkingsplicht enkel van toepassing is op vorderingen tot schadevergoeding en niet op vorderingen tot nakoming van andere (contractuele) verplichtingen.¹⁶ Voor toepassing van de schadebeperkingsplicht is derhalve vereist dat een grondslag voor aansprakelijkheid is gevonden. De aard van deze aansprakelijkheid is irrelevant. Het kan bijvoorbeeld gaan om een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), een arbeidsongeval (artikel 7:658 BW) of aansprakelijkheid gebaseerd op de Wegenverkeerswet 1994 (bijvoorbeeld artikel 185).¹⁷

1.2: Gevolgen en criterium

Zoals gezegd is de schadebeperkingsplicht geen rechtsplicht, maar heeft het wel gevolgen voor het slachtoffer als hij er niet aan voldoet. Wanneer aan het slachtoffer toe te rekenen omstandigheden effect hebben op de schadeomvang blijft deze schade gedeeltelijk voor zijn eigen rekening. Niet-naleving leidt tot een korting op zijn aanspraak op volledige schadevergoeding.¹⁸ De schade wordt verdeeld conform de maatstaf van het reeds genoemde artikel 6:101 BW: in evenredigheid met de mate waarin de aan een ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, waarbij een billijkheidscorrectie mogelijk is.¹⁹ Over de vraag hoe de schade concreet moet worden verdeeld bestaat geen eensluidend antwoord. Er zijn twee stromingen te onderscheiden, die allebei onderscheid maken tussen de initiële schade en de extra schade. De extra schade is het gevolg van het niet schadebeperkend handelen van het slachtoffer. Volgens de eerste stroming is de dader gehouden de initiële schade en een evenredig deel van de extra schade te dragen. Volgens de tweede vervalt de vergoedingsplicht van de extra schade in zijn geheel.²⁰ Over deze laatste stroming merkt Keirse

¹⁴ Toelichting Meijers, Parl. Gesch. Boek 6, p. 350.

¹⁵ Keirse 2003, p. 42-43.

¹⁶ HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1063, r.o. 3.5, *NJ* 2000/117 (*Van Leeuwen/Van der Kaaij*).

¹⁷ Keirse 2003, p. 56.

¹⁸ Keirse 2003, p. 249.

¹⁹ Zie ook Keirse 2003, p. 42.

²⁰ Keirse 2003, p. 249 en Keirse, *AV&S* 2005/2, onder 4.1.

op dat uit het oog verloren wordt dat de extra schade niet enkel is veroorzaakt door aan het slachtoffer toe te rekenen omstandigheden, maar ook door aan de dader toe te rekenen omstandigheden. Zonder zijn toedoen was de schade immers überhaupt niet ontstaan en zou het slachtoffer niet in de situatie zijn gekomen waarin hij schadebeperkend moest handelen.²¹

Het criterium voor het al dan niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht is de redelijkheid. Het slachtoffer moet de maatregelen nemen die een normaal voorzichtig en redelijk mens (een “goede huisvader”) onder dezelfde omstandigheden zou hebben genomen.²² Uiteraard komt dit criterium de voorspelbaarheid van de uitkomst en derhalve de rechtszekerheid niet ten goede. Voor het slachtoffer is het lastig in te schatten wat hij allemaal zal moeten doen. Hier komt nog bij dat het slachtoffer het doorgaans in zijn eigen portemonnee zal voelen wanneer zijn schadevergoeding wordt gekort doordat hij niet heeft voldaan aan de schadebeperkingsplicht. Het risico van de dader is daarentegen meestal voldoende afgedekt door een verzekering (zoals een WA- of WAM-verzekering).²³ Het is derhalve van belang dat het criterium van redelijkheid zoveel mogelijk wordt geconcretiseerd. Ondanks dat de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de vraag wat redelijk is, zijn wel enkele algemene gezichtspunten te noemen. Een hiervan is dat door de dader geen al te hoge eisen mogen worden gesteld aan het gedrag van het slachtoffer, omdat, zoals reeds gezegd, het slachtoffer door het onrechtmatig handelen van de dader tot optreden gehouden is. Als bovendien de dader zelf de schade kan beperken, kan hij zich niet beroepen op de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer.²⁴

In de rechtspraak zijn daarnaast enkele toepassingsgevallen van de schadebeperkingsplicht te onderscheiden. Het misschien wel bekendste toepassingsgeval (op het gebied van letselschade) is de gehoudenheid van het slachtoffer een medische behandeling of ingreep te ondergaan. Hij zal alles moeten doen wat redelijkerwijs gevergd kan worden om bij te dragen aan zijn herstelproces. In het algemeen kan gezegd worden dat het slachtoffer medische adviezen moet opvolgen en de gebruikelijke medische behandelingen moet ondergaan.²⁵ Dit geldt niet alleen ten aanzien van lichamelijke, maar ook voor psychische klachten.²⁶ Wat in het specifieke geval kan worden gevergd is onder meer afhankelijk van de kans op wezenlijke verbetering, de risico's van de behandeling, de te verwachten pijn en de leeftijd, algemene gezondheid en medische voorgeschiedenis van het slachtoffer. Ook dient er geen minder bezwaarlijke alternatieve behandeling te zijn en moet acht worden geslagen op omstandigheden van subjectieve aard, zoals gevoelens en bedenkingen van het slachtoffer. Vooral in het geval van zoiets ingrijpends als een operatie is terughoudendheid op zijn plaats. Doordat rechters bepalend achten of het slachtoffer in redelijkheid tot zijn afweging kon komen, concludeert Keirse dat de weigering een heelkundige ingreep te ondergaan slechts marginaal getoetst wordt.²⁷

In het geval dat daarnaast sprake is van verlies van arbeidsvermogen kan de redelijkheid meebrengen dat het slachtoffer zich moet laten omscholen, of aangepast of ander werk moet accepteren. De overgebleven arbeidskracht dient – uiteraard wederom binnen de grenzen van

²¹ Keirse 2003, p. 49 en 266.

²² Keirse 2003, p. 117 en 160.

²³ Keirse 2003, p. 2.

²⁴ Zie (voor meer voorbeelden) Keirse 2003, p. 118 e.v. (haar paragraaf 4.2).

²⁵ Keirse 2003, p. 165.

²⁶ Zie bijv. hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8927, r.o. 18.1.1, waarin het ging om de behandeling van een posttraumatische stressstoornis.

²⁷ Keirse 2003, p. 165-167.

de redelijkheid – productief te worden gemaakt. Van het slachtoffer dat een opleiding of studie volgt kan om dezelfde reden en onder dezelfde voorwaarden worden vergevrd dat hij een andere opleiding gaat volgen.²⁸ Dijkshoorn merkt hierover op dat, gelet op de keuzevrijheid van het slachtoffer, wel terughoudendheid op zijn plaats is: “van een gelaedeerde [kan] niet (snel) worden vergevrd dat hij een leven leidt dat hij zelf niet wenst.”²⁹

Bij de redelijksheidsafweging dient rekening te worden gehouden met het welbekende adagium *the tortfeasor takes the victim as he finds him* (de dader heeft het slachtoffer te nemen zoals deze is). Ook wanneer sprake is van een bijzondere geestelijke of lichamelijke gesteldheid van het slachtoffer wordt de schade aan de dader toegerekend. Predisposities of privéomstandigheden liggen dus in de risicosfeer van de dader.³⁰ Bovendien moet bij de beoordeling van het al dan niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht acht worden geslagen op de persoonlijkheidsstructuur van het slachtoffer.³¹ Uiteraard ontheffen persoonlijke omstandigheden het slachtoffer in zijn herstelproces niet van elke zorg, maar zij kunnen wel leiden tot het verleggen van de grenzen van de schadebeperkingsplicht.³² Interessant is ook de vraag hoe om dient te worden gegaan met beslissingen die zijn ingegeven door religie. Schenden Jehovah’s Getuigen hun schadebeperkingsplicht door het weigeren van bloedtransfusies? Schreuder meent dat religieuze overtuigingen gelijk moeten worden gesteld met predisposities.³³

Daarnaast spelen ook ethiek, moraal en maatschappelijke acceptatie een rol bij afwegingen omtrent een schadebeperkende maatregel. Dit komt goed naar voren in het *Wrongful birth*-arrest. Hierin werd geoordeeld dat de schadebeperkingsplicht niet zover gaat dat een vrouw die zwanger was geworden na een mislukte sterilisatie de zwangerschap had moeten afbreken, of het kind had moeten afstaan ter adoptie. Zulke beslissingen dienen in totale vrijwilligheid te worden genomen.³⁴ In hetzelfde arrest wordt met betrekking tot de schadebeperkingsplicht ook geoordeeld dat de inkomensderving van de vrouw voor vergoeding in aanmerking komt indien de keuze van de vrouw om tijdelijk niet te werken als redelijk kan worden beschouwd. De Hoge Raad noemt enkele omstandigheden die bij deze redelijkheidstoets moeten worden meegewogen, maar laat na aan te geven wat deze omstandigheden concreet betekenen.³⁵ Volgens Hartlief is dit een gemiste kans, omdat de Hoge Raad de praktijk op deze manier handvatten had kunnen bieden.³⁶

1.3: Ratio en rol in het schadevergoedingsrecht

Voor een goed begrip is het nodig de schadebeperkingsplicht ook te bekijken als onderdeel van het schadevergoedingsrecht in het geheel. Ons schadevergoedingsrecht is gebaseerd op het idee

²⁸ Keirse 2003, p. 165 en 169.

²⁹ Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 69.

³⁰ Keirse 2003, p. 137.

³¹ HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, r.o. 3.3, *NJ* 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Henderson/Gibs*) en HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8920, r.o. 3.2, *NJ* 1989/751, m.nt. C.J.H. Brunner (*ABP/Van Stuyvenberg*).

³² Keirse 2003, p. 160.

³³ Schreuder, *VR* 2014/114.

³⁴ HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, r.o. 3.5, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*).

³⁵ HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, r.o. 3.13.2, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*).

³⁶ Hartlief, *WPNR* 2002/6472, p. 14.

dat aansprakelijkheid volgt wanneer iemand onvoldoende zorg heeft betracht ten aanzien van de belangen van een ander. Deze regel richt zich primair op het beschermen van de belangen van het slachtoffer. Een volgend uitgangspunt is dat, indien herstel niet mogelijk is, alle schade moet worden vergoed. Het slachtoffer moet worden teruggebracht in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder ongeval of onrechtmatige daad.³⁷ Hier komt bij dat een slachtoffer, zoals gezegd, in principe vrij is om te doen wat hij wil met zijn eigen persoon en goederen.

Deze uitgangspunten leiden er echter niet toe dat de belangen van de dader geheel niet ter zake doen. Ondanks dat de dader de grens van zijn handelingsvrijheid heeft overschreden, heeft ook hij een rechtens te respecteren belang. Hij moet worden beschermd tegen de (grote) keuzevrijheid van het slachtoffer.³⁸ Wanneer het slachtoffer zijn vrijheden onbeperkt zou mogen benutten – en hierbij de belangen van de dader terzijde schuift – kan dit tot gevolg hebben dat de schade vele malen groter wordt dan hij in eerste instantie was. Het feit dat de schade door het handelen van een ander is ontstaan en op die ander kan worden verhaald, mag er niet toe leiden dat het slachtoffer stil blijft zitten. Het zou onredelijk zijn als het slachtoffer de gevolgen van zijn (latere) eigen onzorgvuldigheid volledig kan afwenden op de dader. Tegelijkertijd wil dit niet zeggen dat de dader zich al te snel van zijn verantwoordelijkheid kan ontheffen door erop te wijzen dat de benadeelde had kunnen voorkomen dat hij van de schade in volle omvang slachtoffer zou zijn geworden wanneer hij maatregelen had genomen.³⁹ De rechtsverhouding tussen partijen wordt derhalve gekenmerkt door twee plichten: de plicht van de dader de volledige schade te vergoeden enerzijds en de plicht van het slachtoffer redelijk te handelen met betrekking tot zijn aanspraak op schadevergoeding anderzijds.⁴⁰

Het bovenstaande laat het spanningsveld zien tussen de gezichtspunten 'berokken een ander geen schade' en 'een ieder draagt zijn eigen schade'. De schadebeperkingsplicht zorgt voor een compromis tussen de tegengestelde belangen van de dader en het slachtoffer. Met het voorschrijven van een verdeling van de schade indien de omvang daarvan door wederzijds toedoen is ontstaan, wordt uitdrukking gegeven aan de reikwijdte van de verantwoordelijkheden van beide partijen.⁴¹ De leer van de schadebeperkingsplicht kan daarnaast, ondanks dat geen al te hoge eisen mogen worden gesteld aan het handelen van het slachtoffer, worden ingeroepen ter begrenzing van het beginsel van ruime toerekening bij letselschade.⁴²

1.4: Kosten van schadebeperking

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het slachtoffer bepaalde handelingen zal moeten verrichten ten behoeve van de dader. Als het slachtoffer zijn schade ten onrechte niet beperkt, verliest hij zijn aanspraak op volledige schadevergoeding. Dit betekent echter niet dat het slachtoffer de kosten die hij maakt ter schadebeperking zelf moet dragen. In artikel 6:96, tweede lid, onder a BW wordt bepaald dat:

³⁷ Lindenbergh 2014/6 en 11 en Keirse 2003, p. 7.

³⁸ Keirse 2003, p. 18.

³⁹ Keirse 2003, p. 2.

⁴⁰ Keirse 2003, p. 119.

⁴¹ Keirse 2003, p. 17-19 en 311.

⁴² Keirse 2003, p. 140.

“Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking: redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;”

Hieruit volgt dat de kosten van schadebeperking, de zogenoemde bereddingskosten, in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen.⁴³ Dit betekent dat bijvoorbeeld de kosten van een medische behandeling door de dader moeten worden vergoed. Zij kunnen als bereddingskosten worden aangemerkt, omdat het ondergaan van de medische behandeling de uiteindelijke schade drukt. Het achterliggende idee van vergoeding van deze kosten is wederom het beginsel van volledige vergoeding van schade. Ook wanneer het schadebeperkend handelen niet het gewenste effect heeft gehad, zullen de gemaakte kosten moeten worden vergoed. Dit geldt zelfs in het geval dat de schade groter is geworden door het handelen. Een voorbeeld hiervan is een mislukte medische ingreep, die de toestand van het slachtoffer verergerde. Wanneer de kosten van (mislukte) bereddingspogingen niet vergoed zouden worden, zou dit schadebeperkend handelen onaantrekkelijk kunnen maken.⁴⁴ Wel moet kunnen worden gezegd dat de maatregel een redelijke kans op succes bood. Doorslaggevend is of de maatregel op het moment van ingrijpen redelijk was en niet wat achteraf bezien het beste zou zijn geweest. Hierbij gaat het, gelet op de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 BW, niet alleen om de aard van de kosten van de bereddingspoging (het moet redelijk zijn dat de kosten zijn gemaakt), maar ook om de omvang van deze kosten.⁴⁵

Wanneer een slachtoffer meer doet dan wat op grond van de redelijkheid van hem verwacht kon worden, of wanneer het slachtoffer bijvoorbeeld tegen de verwachtingen in volledig herstelt na een operatie, neemt de totale schade af. Het verschil tussen de schade bij redelijk handelen en de schade na extra inspanningen (of voorspoediger herstel) komt niet voor vergoeding in aanmerking. Beslissend is immers de concreet geleden schade.⁴⁶ Enerzijds profiteert de dader van geslaagde bereddingspogingen, maar anderzijds is hij ook belast met het risico dat het met de poging beoogde resultaat uitblijft.⁴⁷

Bereddingskosten kunnen worden gemaakt ter beperking van vermogensschade en ter beperking van immateriële schade. Bij dit laatste valt te denken aan de aanschaf van pijnstillers (bereddingskosten) ter beperking van pijn (immateriële schade). Het ligt in de rede te oordelen dat alleen recht bestaat op vergoeding van dergelijke bereddingskosten wanneer ook recht bestaat op vergoeding van de immateriële schade die de gemaakte kosten trachtten te beperken. Dit is enkel het geval indien de wet hier recht op geeft (artikel 6:95 jo. 6:106 BW, zie ook paragraaf 2.1).⁴⁸ Soms wordt geoordeeld dat de hoogte van de bereddingskosten niet mag uitstijgen boven de hoogte van de immateriële schade (zie uitgebreider paragraaf 4.3).

⁴³ Naast de algemene bepaling van art. 6:96 BW zijn er ook enkele bijzondere wettelijke bepalingen inzake bereddingskosten. Deze hebben betrekking op aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging. Zie nader Keirse 2003, p. 291 e.v.

⁴⁴ Keirse 2003, p. 277.

⁴⁵ Keirse 2003, p. 284.

⁴⁶ Keirse 2003, p. 277-278.

⁴⁷ Keirse 2003, p. 285.

⁴⁸ Keirse 2003, p. 295.

Hoofdstuk 2: De kwalificatie en begroting van schade in het algemeen

Voordat ik zal ingaan op het verlies van vrije tijd als schade, zal ik in dit hoofdstuk beschrijven hoe schadeposten in zijn algemeenheid worden gekwalificeerd en begroot. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen vermogensschade en immateriële schade. Dit onderscheid is van belang, omdat de begroting van beide schadesoorten door verschillende regels wordt beheerst.

2.1: Kwalificatie in het algemeen

Artikel 6:95 BW, dat betrekking heeft op vergoedbare schade, luidt als volgt:

“De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.”

Recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, ook wel immateriële schade genoemd, bestaat volgens artikel 6:106 BW in een van de daar genoemde gevallen. Voorbeelden zijn het oplopen van lichamelijk letsel, het geschaad zijn in de eer of goede naam, of aantasting in de persoon op andere wijze (lid 1, onder b).

Vermogensschade bestaat uit geleden verliezen en gederfde winst (artikel 6:96, eerste lid BW). Gedacht kan worden aan beschadigde goederen die moeten worden vervangen of hersteld en aan loonderving door arbeidsongeschiktheid. Immateriële schade bestaat uit nadelen in de morele sfeer, zoals angst, pijn en verminderde levensvreugde.⁴⁹ Rechtseconomisch bezien kan vermogensschade volledig worden gecompenseerd door schadevergoeding. Het slachtoffer wordt hierdoor immers teruggebracht in de oorspronkelijke situatie. Bij immateriële schade gaat het om iets onvervangbaars. Schadevergoeding kan het slachtoffer wel nut opleveren, maar de oorspronkelijke situatie kan niet werkelijk worden bereikt. Volledige schadevergoeding is moeilijk of zelfs onmogelijk, omdat immateriële schade subjectief is – het is niet waar te nemen of te meten – en niet door middel van geld teniet kan worden gedaan.⁵⁰

2.2: Begroting van vermogensschade

Het belangrijkste artikel inzake de begroting van vermogensschade is artikel 6:97 BW, dat bepaalt dat de rechter de schade begroot “op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.”

Uit dit artikel volgt dat de rechter vrijheid geniet bij de begroting van de schade. Wel moet rekening worden gehouden met het in het vorige hoofdstuk genoemde uitgangspunt van vergoeding van (alle) werkelijk geleden schade.⁵¹ De benadeelde moet, door het vergoeden van de werkelijke schade, zoveel mogelijk worden gebracht in de toestand waarin hij (althans met een redelijke mate van waarschijnlijkheid) zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende

⁴⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/24.

⁵⁰ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 2.1. Zie ook de verwijzingen naar (Engelse) literatuur aldaar.

⁵¹ Klaassen 2017/2.4.

gebeurtenis niet had plaatsgevonden.⁵² Voor dit herstel in de oude toestand wordt een vergelijking gemaakt tussen de financiële situatie van de benadeelde mét schadeveroorzakende gebeurtenis en de (hypothetische) situatie waarin deze gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.⁵³ Dit is niet altijd gemakkelijk, omdat niet met zekerheid te zeggen is hoe de situatie zonder ongeval of onrechtmatige daad zou zijn. Hoe zou bijvoorbeeld het carrièrepad van een kind zijn gelopen als hij geen hersenletsel had opgelopen door een aanrijding? Dergelijke onzekerheden leiden ertoe dat de afwikkeling van schadeclaims lang kan duren. Mede daarom groeit verzet tegen het concept van herstel in de oude toestand en wordt gepleit voor een herstelgericht aansprakelijkheidsrecht. Dit houdt in dat bij de afwikkeling van schade niet zozeer wordt gekeken naar de oude toestand, maar meer naar de mogelijkheden van herstel van de benadeelde binnen de nieuwe toestand. Deze benadering beperkt zich niet tot belangen en behoeften die op geld waardeerbaar zijn; er wordt meer ruimte gelaten voor immateriële behoeften.⁵⁴

De rechterlijke vrijheid die artikel 6:97 BW biedt, geldt ten aanzien van de hoogte van de schade, de vraag of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld (of moet worden geschat) en ten aanzien van de bij de begroting te hanteren maatstaven.⁵⁵ Vooral bij toekomstige schade, zoals arbeidsvermogensschade, zal vaak een schatting moeten worden gegeven omdat nauwkeurige berekening niet mogelijk is. De rechterlijke vrijheden gaan echter niet zover dat de rechter de schadevergoeding mag matigen tot een zijns inziens billijk bedrag. Het uitgangspunt blijft immers dat recht bestaat op volledige vergoeding van de werkelijke schade. Ook als de schade moet worden geschat, dient zoveel mogelijk te worden aangesloten bij hetgeen gelet op de vaststaande feiten redelijkerwijs kan worden verwacht. Aan de hand van artikel 6:109 BW kan de schadevergoeding eventueel worden gematigd.⁵⁶

Volledige vergoeding van de werkelijk geleden schade leidt ertoe dat schade in de regel concreet moet worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden.⁵⁷ De hypothetische situatie zonder ongeval wordt zoveel mogelijk concreet ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁵⁸ In enkele (uitzonderlijke) gevallen wordt de schade niet concreet maar abstract berekend. In dat geval wordt geabstraheerd van de omstandigheden van het geval en wordt gekeken naar hoe groot de schade gemiddeld gezien is van een benadeelde in een vergelijkbare positie. De doelmatigheid van deze methode en de billijkheid zorgen ervoor dat dit soms gerechtvaardigd is, ondanks het uitgangspunt van vergoeding van de werkelijke schade.⁵⁹ Soms schrijft de wetgever abstracte schadebegroting voor. Een voorbeeld hiervan kan gevonden worden in de artikelen over wettelijke rente (artikel 6:119-119b BW). Meestal is het echter aan

⁵² Zie bijv. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, r.o. 3.3.3, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*) en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, r.o. 3.3, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

⁵³ Klaassen 2017/2.5.

⁵⁴ Van Dijck, *NJB* 2016/1127, p. 1612 en 1616.

⁵⁵ Klaassen 2017/2.6 en bijv. ook HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.15, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

⁵⁶ Klaassen 2017/2.6 en 2.13.

⁵⁷ Klaassen 2017/2.4.

⁵⁸ Klaassen 2017/2.9.

⁵⁹ Klaassen 2017/2.10.1 en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, r.o. 3.4, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*). Als het slachtoffer kan aantonen dat hij meer schade heeft geleden dan de abstract berekende vergoeding komt dit meerdere overigens ook voor vergoeding in aanmerking. Wel is vereist dat de (extra) gemaakte kosten redelijk zijn (zie Klaassen 2017/2.11).

de rechter om desgewenst te kiezen voor abstracte schadeberekening.⁶⁰ Uit de rechtspraak wordt niet geheel duidelijk wanneer wel en niet gebruik gemaakt wordt van abstracte schadeberekening.⁶¹ Wel kan gezegd worden dat abstracte schadeberekening door de Hoge Raad met name geaccepteerd is bij beschadiging of verlies van zaken. De waardevermindering in geval van zaaksbeschadiging zal in het algemeen gelijk zijn aan de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herstel.⁶² Niet alleen wordt geabstraheerd van de vraag of tot herstel wordt overgegaan, maar ook – in het geval herstel plaatsvindt – van de daadwerkelijke kosten van het herstel.⁶³ Met betrekking tot autoschades kwam de Hoge Raad bijvoorbeeld tot het oordeel dat in individuele gevallen geen discussie is toegestaan, omdat dit afbreuk zou doen aan een snelle, eenvoudige en uniforme schadeafwikkeling.⁶⁴ In het geval van het verlies van een zaak zonder individuele kenmerken, zoals een standaardauto, is het uitgangspunt van de schadevergoeding de marktwaarde: de waarde in het economisch verkeer ten tijde van het verlies.⁶⁵

Op het gebied van personenschade wordt het uitgangspunt van concrete schadebegroting in het algemeen strak gehanteerd. Bij enkele schadeposten wordt echter een uitzondering gemaakt.⁶⁶ Ik zal twee voorbeelden bespreken, die allebei betrekking hebben op verplaatste schade (zie ook artikel 6:107 BW). Een eerste uitzondering, gemaakt door de Hoge Raad in het *Johanna Kruidhof*-arrest, is de vergoeding van (vrije) tijd die is gependeed aan verpleging en verzorging. In die zaak ging het erom of de ouders van Johanna, die Johanna verpleegden en verzorgden na een ernstig ongeval, een vergoeding konden krijgen voor de hieraan bestede vrije tijd. Hoewel het de ouders de facto geen geld had gekost, konden zij toch aanspraak maken op een vergoeding. Zij hadden immers, in plaats van professionele, betaalde hulp in te schakelen, op redelijke gronden de verzorging op zich genomen. De hoogte van de vergoeding is maximaal het bedrag dat inschakeling van professionele hulp zou hebben gekost.⁶⁷ In een latere uitspraak werd hieraan toegevoegd dat een vordering enkel wordt gehonoreerd wanneer inschakeling van professionele hulp “normaal en gebruikelijk” is.⁶⁸

Het tweede voorbeeld van een schadepost die abstract wordt begroot, is de vergoeding van kosten van huishoudelijke hulp. Indien een benadeelde niet langer huishoudelijke werkzaamheden kan verrichten, moeten deze kosten worden vergoed door de aansprakelijke partij “voor zover het gaat om werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer verkeert normaal en gebruikelijk is dat zij worden verricht door professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners.” Ook hier komt het criterium van normaal en gebruikelijk

⁶⁰ Klaassen 2017/2.10.2.

⁶¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/38.

⁶² Zie bijv. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, r.o. 3.6.1, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

⁶³ Klaassen 2017/2.10.2.

⁶⁴ HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, r.o. 3.7, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

⁶⁵ Zie bijv. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, r.o. 3.3.4, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*).

⁶⁶ Klaassen 2017/2.10.3.

⁶⁷ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, r.o. 3.3.2, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁶⁸ HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, r.o. 3.4, *NJ* 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-Van de Pol/Wilton-Fijenoord*). In de literatuur is kritiek geuit op het criterium ‘normaal en gebruikelijk’. Klaassen (2017/2.10.3.1) pleit voor hantering van het criterium van redelijkheid.

dus terug. Vergoeding is, net als bij verpleging en verzorging, eveneens mogelijk indien de werkzaamheden worden verricht door personen die hiervoor geen vergoeding vragen en er strikt genomen geen kosten worden gemaakt.⁶⁹

2.3: Begroting van immateriële schade

Het eerste lid van artikel 6:106 BW bepaalt met betrekking tot de begroting van immateriële schade dat recht bestaat op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. De wettekst biedt met het criterium 'naar billijkheid' weinig houvast aan de praktijk. Anderzijds wordt de (feiten)rechter veel vrijheid geboden bij het vaststellen van de schade.⁷⁰ Immateriële schade is naar haar aard niet eenvoudig in geld uit te drukken. Hoeveel is bijvoorbeeld leed waard?⁷¹

Doordat de billijkheid als leidraad geldt, kan bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding voor immateriële schade rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.⁷² Mede gelet op de rechtsgelijkheid is gevalsvergelijking erg belangrijk; de rechter dient te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare zaken zijn toegekend. Een handig hulpmiddel hiervoor is het Smartengeldboek, dat jaarlijks door de ANWB wordt uitgegeven. Wanneer sprake is van lichamelijk letsel dient daarnaast voornamelijk rekening te worden gehouden met de aard, de ernst en de gevolgen van het letsel voor de betrokkene. Ook kan de rechter letten op ontwikkelingen in het buitenland met betrekking tot daar toegekende bedragen, al kan dit nooit beslissend zijn.⁷³ Gelet op onder meer buitenlandse ontwikkelingen is in de Nederlandse literatuur de discussie ontstaan of vergoedingen voor immateriële schade in Nederland niet te laag zijn. Wijzend naar deze discussie verhogen sommige rechters de bedragen uit vergelijkbare zaken met tien procent.⁷⁴ Andere gezichtspunten die vaak worden meegewogen bij de schadebegroting zijn de aard van de aansprakelijkheid, de ernst van de gemaakte fout en de duur en intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde van het slachtoffer.⁷⁵

Hoewel dus enige handvatten worden geboden, blijft de bepaling van de hoogte van de vergoeding voor immateriële schade enigszins "nattevingerwerk". Geen van de genoemde aanknopingspunten is immers doorslaggevend of bindend. In de literatuur gaan stemmen op voor nadere normering of zelfs standaardisering door rechtersregeling. Hiervan zou volgens sommigen dan, als de zaak daar aanleiding voor geeft, wel door de rechter (gemotiveerd) moeten kunnen worden afgeweken.⁷⁶ Visscher heeft gepleit voor het werken met de methode van 'Quality Adjusted Life Year' (QALY-methode, zie nader paragraaf 5.2.2.1).

⁶⁹ HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, r.o. 3.5.1, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*) en meer algemeen: Lindenbergh, *TVP* 2006/4.

⁷⁰ Klaassen 2017/2.3.1.

⁷¹ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 3.1 en 3.10.

⁷² Klaassen 2017/2.3.1.

⁷³ Zie bijv. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, r.o. 3.2, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/Bouw BV*).

⁷⁴ Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:183, r.o. 3.28 en rb. Overijssel 17 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7070, r.o. 2.24.

⁷⁵ Zie bijv. HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2117, r.o. 5.3, *NJ* 2010/61, m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful birth II*) en HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, r.o. 3.5, *NJ* 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Cornelisse/Lokhorst*).

⁷⁶ Klaassen 2017/2.3.2 met nadere verwijzingen naar literatuur aldaar.

Hoofdstuk 3: De wenselijkheid van een vergoeding voor het verlies van vrije tijd

In de inleiding heb ik de vraag opgeworpen of het slachtoffer niet tekort wordt gedaan wanneer geen vergoeding wordt toegekend voor de vrije tijd die hij verliest door schadebeperkend handelen. Een door mij gehanteerd uitgangspunt is dat het verlies van vrije tijd als schade kan worden aangemerkt. Mede omdat niet alles wat in de maatschappelijke opvattingen als schade wordt aangemerkt ook juridisch gezien vergoedbare schade is, lijkt het mij nuttig nader in te gaan op de wenselijkheid van vergoeding.⁷⁷ Ik kan mij immers voorstellen dat het enkel deponeren van de stelling dat verlies van vrije tijd vergoed moet worden op weerstand stuit, met name vanuit het verzekeringswezen.

3.1: Argumenten voor vergoeding

Een eerste argument voor het toekennen van een vergoeding in geval van verlies van vrije tijd kan worden gevonden in het uitgangspunt dat alle schade moet worden vergoed. Het slachtoffer moet worden teruggebracht in de oude situatie (zie hoofdstuk 1). Interessant in dit opzicht is de conclusie van advocaat-generaal (hierna: A-G) Spier voor het *Johanna Kruidhof*-arrest. Spier besteedt expliciet aandacht aan het onderwerp vergoeding van vrije tijd. Hoewel hij zich – naar de casus aldaar – voornamelijk richt op het verlies van vrije tijd van de ouders van Johanna (derden) en niet op dat van Johanna zelf (het slachtoffer), kunnen enkele opmerkingen mogelijk ook in breder perspectief worden geplaatst.

Spier wees er reeds in 1999 op dat ons aansprakelijkheidsrecht toe is aan herijking. Hij meent dat ons recht “sterk gefixeerd [lijkt] op (klassieke) vermogensschade (...). Zelfs bagatelschade komt voor vergoeding in aanmerking.”⁷⁸ Volgens hem zou het schrijnend zijn wanneer een krasje op een auto – zelfs als het niet wordt hersteld – voor vergoeding in aanmerking komt via abstracte schadeberekening, terwijl aanzienlijke inspanningen van ouders om hun kind te verplegen geen schade zouden vormen. Abstracte schadeberekening levert juridisch gezien dan wel geen voordeel op, maar feitelijk gezien in het geval van het krasje wel.⁷⁹ Wanneer deze gedachte wordt doorgetrokken naar de inzet van vrije tijd van het slachtoffer (in plaats van derden) zou ook hiervan gezegd kunnen worden dat dit een onbevredigend resultaat oplevert. Spier merkt hierover op dat het in zijn ogen niet is uit te leggen aan slachtoffers dat bijvoorbeeld luttele zaakschades en renteneurose voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl met betrekking tot verloren gegane vrije tijd geen enkel vorderingsrecht bestaat.⁸⁰ Lindenbergh lijkt deze mening te delen:

“Wil men de werkelijke kosten en lasten van het letsel aan de schadeveroorzaker presenteren, dan ligt het in de rede, en is het redelijk, daarin ook de ‘verloren’ tijd van de benadeelde te betrekken.”⁸¹

⁷⁷ Vgl. bijv. de beperkte vergoedbaarheid van verplaatste schade (art. 6:107 BW).

⁷⁸ A-G Spier onder 3.13, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁷⁹ A-G Spier onder 3.14, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁸⁰ A-G Spier onder 3.25.1, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁸¹ Lindenbergh 2006, p. 121.

Men zou kunnen zeggen dat door het bieden van een vergoeding tegelijkertijd beter wordt aangesloten bij de maatschappelijke betekenis van het begrip 'schade'. Er zal immers weinig discussie mogelijk zijn over de stelling dát vrije tijd waarde heeft, hoe deze waarde ook dient te worden bepaald.

De opvatting dat de inzet van vrije tijd is aan te merken als een bereddingspoging kan als tweede argument dienen. Met het verrichten van de inspanningen heeft het slachtoffer de omvang van de schade gedrukt. Tijd die bijvoorbeeld wordt besteed aan de gang langs medische instellingen of het thuis doen van fysiotherapeutische oefeningen bevordert of stabiliseert de lichamelijke (en/of psychische) gesteldheid. Wanneer een slachtoffer (zonder arbeidsrechtelijk geregelde compensatie) overwerkt om zijn taken af te krijgen, zorgt dit mogelijk voor het behoud van de baan en derhalve voor een beperking van het verlies van arbeidsvermogen. Het doel van de inzet van tijd en het maken van kosten voor bijvoorbeeld het ondergaan een medische behandeling is gelijk: het bevorderen van de gezondheid en het drukken van de schade. Zij zouden dan ook op gelijke wijze voor compensatie in aanmerking moeten komen. Zoals gezien in paragraaf 1.4 dient artikel 6:96 BW als grondslag voor de vergoeding van de kosten van schadebeperking. Het artikel zou gelijkelijk als grondslag kunnen dienen voor vergoeding van het verlies van vrije tijd (zie nader paragraaf 4.2.1).

Een ander argument kan ontleend worden aan de gedragswetenschappen. Menselijk gedrag is te beïnvloeden door te bestraffen en belonen. Momenteel wordt een slachtoffer bestraft wanneer hij niet voldoet aan zijn schadebeperkingsplicht. Hij verliest immers zijn aanspraak op volledige schadevergoeding. Het toekennen van een vergoeding voor de inzet van vrije tijd ter schadebeperking kan worden aangemerkt als een beloning. Verschillende gedragswetenschappers zijn van mening dat belonen effectiever is dan bestraffen.⁸² Bestrafing heeft zeker op korte termijn effect, maar kan ook onwenselijke neveneffecten met zich meebrengen. Voorbeelden hiervan zijn verzet en een verminderd rechtvaardigheidsgevoel.⁸³ Over de voordelen van belonen merken Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld het volgende op:

“De meerwaarde van beloningsmodellen heeft wellicht ook te maken met het feit dat het kunnen verkrijgen van beloningen meer motiveert en meer bevredigt dan het voorkomen van straf. Dit wordt vaak gerelateerd aan de wens zelf de regie in handen te kunnen houden en controle uit te kunnen oefenen op (de uitkomsten van) het eigen gedrag.”⁸⁴

Wanneer een beloning wordt toegekend zullen mensen sneller en duurzamer het gewenste gedrag vertonen.⁸⁵ (Verzekeraars van) aansprakelijke partijen doen er gelet op het voorgaande wellicht goed aan een vergoeding toe te kennen om het slachtoffer te motiveren schadebeperkend te handelen. Daarnaast geldt voor zowel bestraffen als belonen dat dit het meest effectief is wanneer het kort op de gedraging volgt.⁸⁶ In het schadevergoedingsrecht is het

⁸² Zie bijv. Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007 en de verwijzingen naar literatuur aldaar. Dit is ook de conclusie van M. Rietdijk in zijn dissertatie “Organisaties conditioneren. De invloed van beloning en straf op werkprestaties”, besproken in Wielaart & Bijster, *NVVK-info* 2011/2.

⁸³ Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 18 en 67.

⁸⁴ Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 67

⁸⁵ Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 67.

⁸⁶ Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 16-17.

mogelijk gemakkelijker om sneller te reageren op een gedraging door middel van een beloning, bijvoorbeeld door het toekennen van een voorschot, dan door middel van bestraffing. Een discussie over het al dan niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht zal in de meeste gevallen immers niet snel beslecht zijn. Het voorgaande pleit niet voor afschaffing, maar voor uitbreiding van de bestaande regeling van de schadebeperkingsplicht. Het toekennen van een beloning kan de effectiviteit van de regeling vergroten.⁸⁷ Zeker in het geval van ernstige en/of langdurige of blijvende letsels is de aansprakelijke partij gediend bij het (blijvende) “goede gedrag” dat door een beloning kan worden bevorderd.

Samenhangend met het argument hierboven zou gezegd kunnen worden dat het toekennen van een vergoeding voor het slachtoffer kan dienen als motivatie om (nog) harder te werken. Wanneer de scholier uit de in de inleiding besproken casus had gedaan wat redelijk was, maar hij toch was blijven zitten, dan had hij duizenden euro's gekregen. Als hij net iets harder werkt, wel overgaat, maar vervolgens niks krijgt, kan dit demotiverend werken en mogelijk zelfs tot verkeerde afwegingen leiden. Het bieden van een vergoeding voor het verlies van vrije tijd zou ook op andere wijze de aansprakelijke partij ten gunste kunnen komen. Uit onderzoek is gebleken dat financiële compensatie kan bijdragen aan erkenning van het leed van slachtoffers.⁸⁸ Erkenning is voor hen een belangrijke immateriële behoefte.⁸⁹ Het kan zelfs een therapeutisch effect hebben.⁹⁰ Het compenseren van verloren gegane vrije tijd zou derhalve het herstel van het slachtoffer kunnen bespoedigen, hetgeen uiteindelijk een kostenbesparend effect heeft. Doordat beter tegemoet wordt gekomen aan de behoeftes van slachtoffers zou vergoeding wellicht ook kunnen leiden tot een versoepelde afwikkeling van een zaak en tot verbetering van de goede naam van het verzekeringswezen.

Tot slot zou men kunnen zeggen dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van de dader wanneer geen vergoeding wordt toegekend voor de verrichte inspanningen.⁹¹ Hij profiteert immers van het schadebeperkend handelen van het slachtoffer, zonder daar iets voor terug te hoeven doen. Voor A-G Spier was dit bijvoorbeeld een belangrijk argument om tot de conclusie te komen dat een vergoeding moest worden toegekend aan de ouders van Johanna Kruidhof voor het verlies aan vakantiedagen. De ziekenhuisbezoeken die zij tijdens deze dagen aflegden hadden een heilzame werking op hun kind en drukten aldus de schade.⁹²

3.2: Argumenten tegen vergoeding

Uiteraard zijn er ook verscheidene redenen te noemen die pleiten tegen het toekennen van schadevergoeding voor het verlies van vrije tijd als gevolg van schadebeperkend handelen. Het (onbeperkt) honoreren van aanspraken kan onwenselijke en onwerkbare gevolgen met zich

⁸⁷ Zie ook Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 68.

⁸⁸ Huver e.a. 2007, p. 79 (en p. 20). Van Tilburg (VRA 2004/1, onder 4) zegt zelfs: “Erkenning zonder vergoeding is al snel een leeg gebaar.”

⁸⁹ Huver e.a. 2007, p. 79, 81-83 en 27 e.v. voor nadere literatuur.

⁹⁰ Huver e.a. 2007, p. 24. Zie ook Van Tilburg, VRA 2004/1.

⁹¹ Zie ook art. 6:212 BW. Lid 1 bepaalt: “Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.”

⁹² A-G Spier onder 4.25, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*). Deze opvatting werd niet door de Hoge Raad gedeeld, zie nader paragraaf 4.1.1).

meebrengen.⁹³ Allereerst kan gezegd worden dat vergoeding leidt tot een uitbreiding van het schadevergoedingsrecht. Een vaak gehoord bezwaar hiertegen is de mogelijkheid van het ontstaan van een lawine aan claims. Een lawine kan alleen worden voorkomen als niet ieder verlies van vrije tijd naar geld wordt vertaald en er een redelijk en hanteerbaar criterium wordt gevonden dat het recht op vergoeding begrenst.⁹⁴ Zonder nader uitgebreid onderzoek kan echter ook met een dergelijk criterium worden gezegd dat aanvaarding van dit recht op vergoeding onvoorzienbare gevolgen met zich meebrengt. Op dit moment bestaat bijvoorbeeld geen inzicht in de hoeveelheid zaken waarin een beroep op het recht gedaan zal worden. De totale omvang van de claims is nog minder goed te overzien. Het lijkt overigens niet onaannemelijk dat het al snel om aanzienlijke hoeveelheden en bedragen zal gaan. Dit zal grote gevolgen hebben voor de aansprakelijkheidslast en de bijbehorende omvang van de uit te keren vergoedingen. Het kan zelfs leiden tot het onbeheersbaar worden van aansprakelijkheidsverzekeringen en/of een (grote) stijging van de premies van dergelijke verzekeringen, met alle gevolgen van dien.⁹⁵

Ook kan als argument tegen een vergoedingsplicht worden aangevoerd dat het verlies van vrije tijd niet gecommmercialiseerd dient te worden. Om vrije tijd in geld om te zetten zouden ongevallen zelfs kunnen worden uitgelokt.⁹⁶ Overigens denk ik niet dat hier snel sprake van zal zijn, zeker niet wanneer het gaat om ongevallen met (ernstig) letsel tot gevolg. Weinig mensen zullen vrijwillig letsel willen oplopen. In geval van licht letsel lijkt het mij bovendien niet erg lucratief, omdat de inzet van vrije tijd beperkt zal zijn. Spier merkt daarnaast op dat geen sprake is van commercialisering wanneer iemand ongewenst slachtoffer wordt van een schadeval, zeker wanneer de gevolgen ernstig zijn.⁹⁷

Gerelateerd aan deze commercialisering zou men ook kunnen wijzen op het ontstaan van een claimcultuur, op “Amerikaanse praktijken”. Wanneer elke minuut vrije tijd die gespendeerd wordt aan de gevolgen van het ongeval op de teller komt te staan, kan dit tot onwenselijke situaties leiden. Zo kan gedacht worden aan een verzwaring van de werklust en een langere looptijd van het schaderegelingstraject. Dit zal vermoedelijk weer leiden tot een stijging van de buitengerechtelijke kosten. Ook voor het slachtoffer zelf kunnen er nadelen zijn. (Nog) meer discussies over de schadeafhandeling kunnen als belastend worden ervaren en zelfs het herstel belemmeren.⁹⁸

Daarnaast zou gezegd kunnen worden dat het verlies van vrije tijd “vroeger” ook niet vergoed werd, het schade is die behoort tot ieders maatschappelijk risico, of reeds verdisconteerd is in de vergoeding voor immateriële schade (op dit laatste kom ik terug in het volgende hoofdstuk).

⁹³ A-G Spier onder 3.21.4 en 3.22, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁹⁴ Zie bijv. met betrekking tot verplaatste schade A-G Spier, onder 3.12, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁹⁵ Ook de verzekeraar van de wederpartij van Johanna Kruidhof wees op dit argument. Zie (voor het citaat van de verzekeraar) A-G Spier, onder 3.39, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁹⁶ A-G Spier, onder 3.23, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁹⁷ A-G Spier, onder 3.23, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

⁹⁸ Zie over de negatieve effecten van het schaderegelingsproces Huver e.a. 2007, p. 79 en 83.

3.3: Beschouwing

De vraag of een vergoeding moet worden toegekend voor het verlies van vrije tijd laat ruimte voor discussie. Voordat ik een volgend onderwerp aansnijdt, lijkt een (korte) tussenconclusie mij op zijn plaats. Indien men namelijk tot de conclusie komt dat vergoeding niet wenselijk is, is nader onderzoek niet meer nodig.

Ik heb de vraag opgeworpen of het slachtoffer niet tekort wordt gedaan wanneer hij geen vergoeding voor zijn inspanningen krijgt. Gelet op de insteek van mijn onderzoek zal het wellicht niet verbazen dat deze vraag mijns inziens bevestigend moet worden beantwoord. Het slachtoffer is, zoals ook Lindenbergh opmerkt, door toedoen van de dader gedwongen zijn tijd te “besteden aan activiteiten waar hij ongevraagd en ongewild mee wordt geconfronteerd.”⁹⁹ Zijn tijd, een schaars goed, krijgt hij nooit meer terug. Met zijn inspanningen, die als bereddingspoging kunnen worden beschouwd, drukt het slachtoffer bovendien de schade, waarvan de aansprakelijke partij profiteert. Het slachtoffer heeft in beginsel recht op vergoeding van al zijn schade. Het gebrek aan overeenstemming over de waarde van vrije tijd mag er niet toe leiden dat wij deze schadepost blijven negeren. Duidelijk is immers wel dát vrije tijd voor een individu waarde heeft.

De tegenargumenten wegen naar mijn mening niet op tegen de argumenten voor vergoeding. Uiteraard zijn (on)beheersbaarheid en commercialisering van het schadevergoedingsrecht geen aspecten die wij (zomaar) terzijde mogen schuiven. Mijns inziens kunnen en moeten zij aan de orde komen bij de vraag naar de begrenzing en begroting van het recht op vergoeding van verloren vrije tijd. Aldus kan voorkomen worden dat de doos van Pandora wordt geopend (hoofdstuk 5). De opmerking dat vergoeding “vroeger” ook niet plaatsvond, maakt het voorgaande niet anders. Zeker wanneer schade als normatief begrip wordt beschouwd, is vergoeding mogelijk wanneer dit wenselijk wordt geacht.¹⁰⁰ Ik sluit mij aan bij Lindenbergh, die overwoog dat wellicht “sprake [is] van een met de tijd voortschrijdend inzicht, dat meebrengt dat bepaalde aspecten van schade eerst in de loop der tijd worden erkend.”¹⁰¹ Hij noemt deze ontwikkeling ook wel de emancipatie van schadeposten.¹⁰² Gewezen kan worden op de vergoedingen voor immateriële schade, buitengerechtelijke kosten en shockschade, die pas geïntroduceerd zijn in respectievelijk 1943, 1987 en 2002.¹⁰³

⁹⁹ Lindenbergh 2006, p. 121.

¹⁰⁰ Zie in die zin bijv. A-G Spier onder 4.6 en 4.18, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*). Onder 4.18 merkt hij op “dat het minder gelukkig lijkt om een vordering louter en alleen af te wijzen omdat zij dogmatisch niet gemakkelijk in een hokje valt onder te brengen.” Zie ook Giesen 2014, p. 44 en in meer algemene zin met literatuurverwijzingen: Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 2.1.

¹⁰¹ Lindenbergh 2006, p. 121.

¹⁰² Lindenbergh, *TVP* 2006/4, p. 110.

¹⁰³ Lindenbergh 2006, p. 121.

Hoofdstuk 4: Vrije tijd als schadepost

Wanneer men – met mij – tot de conclusie komt dat het wenselijk is het verlies van vrije tijd als vergoedbare schade aan te merken, dient zich de vraag aan hoe het verlies van vrije tijd moet worden gekwalificeerd. Dit is van belang omdat wij reeds hebben gezien dat voor (de begroting van) de verschillende schadesoorten andere regels gelden. De beantwoording van de vraag naar de kwalificatie is niet gemakkelijk, aangezien het niet gaat om een “klassieke” schadepost die duidelijk binnen de ene dan wel de andere categorie valt.

4.1: Stand van zaken in de rechtspraak en doctrine

In de rechtspraak en de doctrine komt de discussie over het verlies van vrije tijd als schadepost er bekaaid vanaf. Zo onderkent onder meer A-G Spier in zijn conclusie voor het *Johanna Kruidhof*-arrest. Ook buitenlandse opvattingen brachten hem niet wezenlijk verder.¹⁰⁴ Lindenbergh concludeerde in 2006 dat er te weinig aandacht is voor de tijd van het slachtoffer.¹⁰⁵ Ruim tien jaar later is er nog weinig veranderd. Hieronder zal ik uiteenzetten waar de (beperkte) discussie ons tot nu toe heeft gebracht.

4.1.1: (Vrije) tijd van derden

In het schadevergoedingsrecht lijkt meer aandacht te bestaan voor de tijd die derden aan het letsel van het slachtoffer besteden dan voor de tijd die het slachtoffer zelf kwijt is.¹⁰⁶ Overigens zijn de mogelijkheden ook hier beperkt.¹⁰⁷

Ik keer terug naar het *Johanna Kruidhof*-arrest. Zoals gezegd had deze zaak betrekking op het verlies van tijd van de ouders van slachtoffer Johanna. Derhalve was in feite het leerstuk van – zoals wij dat nu kennen – verplaatste schade aan de orde.¹⁰⁸ Kort gezegd ging het (in cassatie) om twee schadeposten. De eerste had betrekking op het verlies van vrije tijd in verband met de verpleging en verzorging van Johanna. De tweede schadepost betrof het verlies van vakantiedagen als gevolg van de bezoeken aan Johanna in het ziekenhuis.

Met betrekking tot de eerste schadepost oordeelde de Hoge Raad dat, indien inschakeling van professionele hulp redelijk zou zijn geweest, een (vervangende) vergoeding toewijsbaar is voor de door de ouders bestede tijd. Deze vergoeding mag niet het geschatte bedrag aan bespaarde kosten van professionele hulp overschrijden.¹⁰⁹ De tweede schadepost kwam volgens de Hoge Raad niet voor vergoeding in aanmerking. Hoewel sprake is van vermogensschade, kan dit niet worden aangemerkt als door Johanna geleden schade. Het is immers niet aannemelijk dat

¹⁰⁴ A-G Spier onder 3.11, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹⁰⁵ Lindenbergh 2006, p. 112.

¹⁰⁶ Lindenbergh 2006, p. 112.

¹⁰⁷ Lindenbergh 2006, p. 115.

¹⁰⁸ Onder het oude recht, waaronder dit arrest gewezen is, bestond de huidige wettelijke constructie van verplaatste schade niet (art. 6:107 BW). Alleen schade van het slachtoffer zelf kwam voor vergoeding in aanmerking, zie A-G Spier onder 3.7 e.v., bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹⁰⁹ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, r.o. 3.3.2, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

professionele hulp zou zijn ingeschakeld indien de ouders niet in de gelegenheid waren geweest Johanna te bezoeken.¹¹⁰ Met dit oordeel casseerde de Hoge Raad de uitspraak van het hof Arnhem, dat in zijn tussenvonnissen van 22 april 1997 overwoog dat een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen op zijn plaats was, omdat het opnemen van vakantiedagen had bijgedragen aan het herstel van Johanna.¹¹¹

Anders dan de Hoge Raad gaat A-G Spier in zijn conclusie relatief uitgebreid in op het concept van verlies van (vrije) tijd. Hij volgt, wederom anders dan de Hoge Raad, de beslissing van het hof. Spier meent allereerst dat er geen *algemeen* recht bestaat op vergoeding van gemiste vrije tijd. Een dergelijk recht moet volgens hem in het leven worden geroepen en worden afgebakend door de wetgever.¹¹² Hij is ook van mening dat voorkomen dient te worden dat elke inbreuk op vrije tijd wordt vertaald in geld. In aansprekende gevallen, bijvoorbeeld waarbij sprake is van een zekere ernst (zoals in de zaak van Johanna), pleit hij voor abstracte schadevergoeding.¹¹³ Dergelijke bijzondere omstandigheden maken dat er voldoende grond is voor een op geld waardeerbare aanspraak voor het verlies van vrije tijd.¹¹⁴

Verlies van vrije tijd van derden, de eerste schadepost, moet volgens Spier worden aangemerkt als vermogensschade van het slachtoffer. Op Johanna zal immers, wanneer de vordering wordt toegewezen, de (morele) verplichting rusten aan haar ouders een vergoeding te betalen voor hun werkzaamheden.¹¹⁵ Annotator Bloembergen merkt over deze schadepost op dat het gaat om schadebeperkende maatregelen. De aansprakelijke persoon wordt van vergoeding ook niet slechter, omdat de kosten vaak lager zullen zijn dan in het geval van professionele hulp. Wanneer dat niet het geval is, komen zij volgens de Hoge Raad voor het meerdere niet voor vergoeding in aanmerking. Bloembergen acht deze situatie niet wezenlijk anders dan die van degene die in zijn vrije tijd een fiets repareert. Ook die persoon krijgt een vergoeding, want de schade is gelijk aan de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten (zie nader paragraaf 4.1.2).¹¹⁶

De tweede schadepost, het verlies van vakantiedagen, is een ander soort schade dan verlies van vrije tijd. Anders dan “gewone” vrije tijd staan vakantiedagen rechtstreeks tegenover arbeid. Men zou kunnen zeggen dat voor deze vakantiedagen is betaald met arbeid. Vakantiedagen kunnen bovendien worden omgezet in een geldelijke vergoeding.¹¹⁷ In het arrest is vast komen te staan dat het verlies van (een aanzienlijke hoeveelheid) vakantiedagen in verband met

¹¹⁰ HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, r.o. 3.4.1, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹¹ Zie r.o. 2.5 van het hof, onder meer weergegeven in HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, r.o. 3.2, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹² A-G Spier onder 3.20, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹³ A-G Spier onder 3.21.4, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹⁴ A-G Spier onder 3.24, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹⁵ A-G Spier onder 4.9, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹⁶ Annotator Bloembergen onder 9, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564 (*Johanna Kruidhof*).

¹¹⁷ Zie ook annotator Bloembergen onder 11, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564 (*Johanna Kruidhof*).

ziekenhuisbezoek het herstel van Johanna heeft bevorderd. Volgens Spier heeft de aansprakelijke partij hier baat bij gehad, doordat het de schade heeft verkleind.¹¹⁸ Anders dan de Hoge Raad meent hij dat daarom een (abstract bepaalde) vergoeding moet worden toegekend, met als maximum het beloop van het opgeleverde voordeel. De feitenrechter dient de omvang van dit voordeel aan de hand van de omstandigheden van het geval te schatten.¹¹⁹

Hoewel de ouders van Johanna er feitelijk niks aan hadden, is toch interessant dat de Hoge Raad overweegt dat het verlies van vakantiedagen als vermogensschade van de ouders moet worden aangemerkt. Bloembergen merkt hierover op dat dit passend is bij de huidige maatschappelijke opvattingen; de waardering van vakantie wordt steeds hoger en vakantie wordt steeds meer gezien als iets dat inwisselbaar is tegen betaalde arbeid. Volgens Bloembergen ligt het verlies van tijd van iemand die geen betaalde arbeid verricht – en dus geen verlies van vakantiedagen lijdt – in beginsel niet in de vermogenssfeer.¹²⁰

Opgemerkt moet nog worden dat het toekennen van de ene schadepost en het afwijzen van de andere door de Hoge Raad niet zozeer te maken heeft met het karakter van de schadepost (verlies van tijd), maar meer met de vraag of inschakeling van professionele hulp gebruikelijk is. Dit was nodig om het verlies als (vergoedbare) schade van het slachtoffer aan te kunnen merken.¹²¹ Dat dit het geval is blijkt volgens Lindenbergh ook uit het latere *Krüter/Van der Pol*-arrest. De tijd die de vrouw van een asbestslachtoffer had besteed aan de intensieve verzorging en begeleiding van haar man in de laatste periode van zijn leven kwam volgens de Hoge Raad niet voor vergoeding in aanmerking. Het inschakelen van professionele hulp was in dergelijke gevallen immers niet “normaal en gebruikelijk”.¹²² Door deze constructie is de vraag of tijd als zodanig als schade kan worden beschouwd naar de achtergrond verdwenen.¹²³

Samengevat komt het voorgaande erop neer dat de tijd van derden enkel voor vergoeding in aanmerking komt indien het beschouwd kan worden als verplaatste schade van het slachtoffer.

4.1.2: Kosten van verhaal

Hoewel de tijd die gemoeid is met het verhaal van schade niet direct gerelateerd is aan de schadebepercingsplicht, zal ik het voor de volledigheid toch bespreken. Het heeft immers wel betrekking op bestede tijd. Anders dan over verloren tijd als gevolg van letsel is hierover wel geprocedeerd. Volgens Lindenbergh is opmerkelijk dat dit vooral is gedaan door professionele

¹¹⁸ A-G Spier onder 4.24-4.25, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹¹⁹ A-G Spier onder 4.26 en 4.28, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹²⁰ Annotator Bloembergen onder 11-12, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564 (*Johanna Kruidhof*).

¹²¹ Lindenbergh 2006, p. 114.

¹²² HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, r.o. 3.4, *NJ* 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-Van de Pol/Wilton-Fijenoord*). Zie hierover ook Lindenbergh 2006, p. 114, die opmerkt dat de terughoudendheid te verklaren valt door het feit dat in ons rechtsstelsel in beginsel alleen verplaatste schade in aanmerking komt voor vergoeding.

¹²³ Lindenbergh 2006, p. 113.

partijen en niet door letselschadeslachtoffers.¹²⁴ Ook zij kunnen immers veel tijd kwijt zijn door bijvoorbeeld het verzamelen van informatie en correspondentie met hun belangenbehartiger.¹²⁵

Een eerste hier relevante zaak werd aangespannen door PTT, dat zelf zaken (telefoonkabels) repareerde die door derden waren beschadigd. Ten aanzien van het hierdoor ontstane interne tijdsverlies kan gezegd worden dat dit is gedekt, omdat de waardevermindering van de zaak (vermogenschade) moet worden begroot op de objectieve herstelkosten.¹²⁶ Deze redenering kan niet worden ingezet met betrekking tot letselschade, omdat niet gezegd kan worden dat door het oplopen van letsel als zodanig sprake is van vermogensschade. Ook met betrekking tot verhaal van schade gaat de redenering niet op, maar hij heeft wel als inspiratie gediend voor onder meer het arrest *Amev/Staat*.¹²⁷ Hierin vorderde de Staat vergoeding van de tijd besteed aan verhaal van de schade aan haar bedrijfsauto's. De Staat voerde de schade niet op als tijd als zodanig, maar als in "eigen huis" gemaakte administratiekosten (telefoon-, loon- en correspondentiekosten en algemene kantoorkosten). Volgens de Hoge Raad komen deze kosten voor vergoeding in aanmerking indien het redelijk was deze kosten te maken en de omvang van deze kosten redelijk was (dubbele redelijkheidstoets).¹²⁸

Lindenbergh merkt op dat door A-G Spier en annotator Bloembergen bij *Amev/Staat* onderscheid wordt gemaakt tussen tijd besteed door professionele partijen en tijd van het slachtoffer zelf. Spier en Bloembergen lijken te menen dat tijd van particulieren minder snel of zelfs niet in aanmerking komt voor vergoeding. Argumenten zijn uitbreiding van de aansprakelijkheidslast, het bagatelkarakter van dit soort schade en de aard van de schade (concrete kosten versus enkel tijdsverlies). Indien een slachtoffer een substantiële hoeveelheid tijd kwijt is aan vaststellings- en verhaalsactiviteiten, acht Lindenbergh verdedigbaar dat dit wél voor vergoeding in aanmerking komt. Dit moet volgens hem dan gelijkelijk gelden voor professionele partijen en voor particulieren. Wanneer het slachtoffer tijd "bespaart" doordat hij uit het arbeidsproces is geraakt, kunnen deze tijdsbestedingen wellicht tegen elkaar worden "weggestreept".¹²⁹

4.1.3: "Letseltijd" van het slachtoffer

Zoals gezegd bestaat in het huidige schadevergoedingsrecht weinig aandacht voor de tijd die het slachtoffer zelf aan zijn letsel moet besteden. Ik zal de visies van de mij bekende auteurs die zich over de kwestie hebben uitgelaten in chronologische volgorde bespreken.

Zowel A-G Spier als annotator Bloembergen wijzen in hun bijdragen voor het *Johanna Kruidhof*-arrest op de positie van het slachtoffer. Spier meent dat het verlies van vrije tijd zou kunnen worden verdisconteerd in het smartengeld. Uiteraard kan dan niet ook nog een zelfstandige

¹²⁴ Lindenbergh 2006, p. 115.

¹²⁵ Zie ook Lindenbergh 2006, p. 118.

¹²⁶ HR 16 juni 1961, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*). Dit is inmiddels vaste rechtspraak. Zie hierover ook Lindenbergh 2006, p. 116.

¹²⁷ Lindenbergh 2006, p. 116.

¹²⁸ HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, r.o. 3.6, *NJ* 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (*Amev/Staat*). Zie hierover ook Lindenbergh 2006, p. 116.

¹²⁹ Lindenbergh 2006, p. 117-118.

(vermogensrechtelijke) vordering worden ingesteld.¹³⁰ Bloembergen wijst op het verkeersslachtoffer dat voor de rest van zijn leven elke dag een half uur van zijn vrije tijd kwijt is in verband met het af- en aandoen van zijn prothese en op de particulier die, om zijn schadevergoeding te krijgen, in zijn vrije tijd “administratiekosten” moet maken (zie voor dit laatste geval ook de vorige paragraaf). Bloembergen merkt enkel op dat deze tijd niet voor vergoeding in aanmerking komt nu deze slachtoffers geen beroep kunnen doen op dit arrest.¹³¹ Hoewel het begrijpelijk is gelet op de daar aan de orde zijnde kwestie, is het jammer dat de auteurs hier niet meer woorden aan hebben gewijd.

Volgens Lindenbergh legt het schadevergoedingsrecht weinig directe banden met de “letseltijd” van het slachtoffer. Dit heeft er volgens hem mee te maken dat de belangrijkste schadeposten van slachtoffers enerzijds bestaan uit de inspanningen van derden en voorzieningen ten behoeve van hun herstel en anderzijds uit beperkingen met betrekking tot arbeid. Hierbij is tijd een weinig beslissende factor.¹³² Dat de kwestie van de letseltijd in de praktijk niet nadrukkelijk aan de orde is gekomen, zou volgens Lindenbergh kunnen komen doordat slachtoffers met ernstige en tijdrovende letsels vaak ook uitvallen uit het arbeidsproces. Daardoor komt als het ware ook weer tijd vrij. Dit geldt overigens niet voor iedereen; sommigen vallen ondanks hun letsel niet uit en anderen namen om welke reden dan ook al niet deel aan het (reguliere) arbeidsproces. Ook deze personen zullen hun tijdsbesteding op een ongewenste manier moeten invullen.¹³³

Lindenbergh merkt op dat gedacht zou kunnen worden dat verloren tijd vooral tot uitdrukking komt in het smartengeld, maar ook hierbij is tijd als zodanig niet erg belangrijk. ‘Tijd’ is niet een van de door de Hoge Raad genoemde relevante factoren (zie ook paragraaf 2.3). Er wordt wel gekeken naar ‘duur’, maar dat is gekoppeld aan pijn, verdriet en gederfde levensvreugde. Zelfs als meer rekening zou worden gehouden met de duur van het herstel is tijd slechts indirect van toepassing. Er zijn immers (veel) meer relevante factoren. Geconcludeerd kan worden dat de tijd van het slachtoffer die gemoeid is met het herstel gewoonlijk niet wordt vergoed.¹³⁴

Volgens Lindenbergh is dit echter niet terecht. Hij wijst op het voorbeeld van Bloembergen met betrekking tot de prothese. Het ligt dan wel niet voor de hand om hiervoor de hulp van een professionele partij in te schakelen, maar het verschil met de *Johanna Kruidhof*-problematiek is dat het hier gaat om een heel concreet nadeel voor het slachtoffer (en niet om schade die bij een derde belandt).¹³⁵ Lindenbergh meent dat in gevallen van tijdrovende letsels sprake is van een schadepost die reëel is en daarom gecompenseerd dient te worden. Zonder het ongeval had de tijd namelijk niet aldus besteed hoeven worden. Zijns inziens hoeft niet *iedere* tijdsbesteding die met letsel samenhangt vergoed te worden. Het lijkt hem geen aantrekkelijk vooruitzicht wanneer een slachtoffer moet “tijdschrijven”. Wanneer een slachtoffer bovendien uitvalt uit het arbeidsproces en er tijd vrijkomt, kunnen de invullingen van tijd mogelijk tegen elkaar worden “weggestreept”.¹³⁶

¹³⁰ A-G Spier onder 3.26, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹³¹ Annotator Bloembergen onder 10, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564 (*Johanna Kruidhof*).

¹³² Lindenbergh 2006, p. 110-111.

¹³³ Lindenbergh 2006, p. 112.

¹³⁴ Lindenbergh 2006, p. 111.

¹³⁵ Lindenbergh 2006, p. 111.

¹³⁶ Lindenbergh 2006, p. 112.

Lindenbergh is van mening dat het lastig is het verlies van tijd als vermogensschade te kwalificeren, omdat het gaat om een activiteit zonder duidelijke “marktwaarde”; een vergelijkingseenheid ontbreekt. Er is derhalve ook geen duidelijke maximumprijs, zoals bij professionele hulpverlening wel het geval is. Wel zou volgens hem bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade uitdrukkelijk rekening kunnen worden gehouden met het verlies van tijd.¹³⁷

Visscher schrijft in zijn artikel “Vergoeding van ‘verlies van tijd’ als ander nadeel” dat verlies van tijd kan resulteren in zowel vermogensschade als immateriële schade.¹³⁸ Deze stelling werkt hij niet nader uit. Zoals de titel doet vermoeden richt hij zich in deze bijdrage op het verlies van tijd als immateriële schade. Hij meent dat het verlies van tijd beschouwd kan worden als een “andere wijze van aantasting in de persoon” in de zin van artikel 6:106 BW. Volgens Visscher is het gerechtvaardigd het tijdsverlies als inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht aan te merken, omdat het slachtoffer zijn tijd niet naar eigen opvatting kon indelen en deze tijd op geen enkele wijze kan terugkrijgen.¹³⁹

4.2: Vermogensschade of immateriële schade?

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het verlies van (vrije) tijd nog niet veel pennen heeft doen bewegen. De vraag of de tijd die het slachtoffer kwijt is aan schadebeperkend handelen als vermogensschade of als immateriële schade moet worden aangemerkt, kan door mij dan ook niet met zekerheid worden beantwoord. In het navolgende zal ik op zoek gaan naar andere aanwijzingen voor het antwoord op de vraag naar de kwalificatie van het verlies van vrije tijd.

4.2.1: Vrije tijd als vermogensschade?

Het verlies van vrije tijd wordt niet direct in de portemonnee gevoeld en kan door schadevergoeding niet volledig teniet worden gedaan. Het slachtoffer kan de tijd immers niet daadwerkelijk terugkrijgen. Wel zou de vergoeding gebruikt kunnen worden om de tijd op een andere wijze “terug te krijgen”: door het inkopen van bijvoorbeeld huishoudelijke hulp blijft er meer vrije tijd over. Er is echter geen rechtstreeks verband tussen de vergoeding en de vrije tijd. Een mogelijke eerste gedachte is dan ook dat verlies van vrije tijd niet als vermogensschade kan worden aangemerkt. Zoals hiervoor besproken acht ook Lindenbergh het lastig om verlies van tijd als vermogensschade te kwalificeren, omdat geen sprake is van een marktwaarde.

Het verlies van vrije tijd zou mogelijk wel als vermogensschade kunnen worden aangemerkt wanneer men de inzet van vrije tijd als bereddingspoging beschouwt en de tijd zelf als kosten. Zoals gezegd wordt in artikel 6:96 BW de vergoedbaarheid van bereddingskosten geregeld. Redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade komen volgens het artikel *als vermogensschade* voor vergoeding in aanmerking. Met de inspanningen van het slachtoffer wordt de schade gedrukt (zie ook paragraaf 3.1). De inspanningen moeten, om voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen, worden gelijkgesteld met de inzet van middelen. Wanneer

¹³⁷ Lindenbergh 2006, p. 111-112.

¹³⁸ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 1.

¹³⁹ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 4.

debat leidt tot het vinden van een “prijskaartje” voor vrije tijd, is het gemakkelijk de schadevergoeding te berekenen voor bijvoorbeeld het dagelijks een half uur moeten doen van lichamelijke oefeningen. Vrije tijd is immers, anders dan factoren zoals pijn, wel te tellen in eenheden. Met een ruime(re) interpretatie van het begrip ‘kosten’ kan de vergoeding van het verlies van vrije tijd worden ondergebracht bij artikel 6:96 BW.

Ook zou men aansluiting kunnen zoeken bij het leerstuk van verplaatste schade (zie artikel 6:107 BW en paragraaf 2.2). Ter illustratie wijs ik op de in de inleiding besproken zaak van de door de ruit gevallen scholier. Zijn schadebeperkend handelen ziet in eerste instantie op het ondergaan van medische behandelingen. Doordat dit voornamelijk plaatsvindt tijdens schooluren ontstaat voor de jongen ook de verplichting zijn lesstof in te halen en zodoende studievertraging te voorkomen. Dit laatste zal hij zelf, in zijn vrije tijd moeten doen. Door de bijzondere aard van deze verplichting (hij moet de lesstof zelf onthouden) is het niet mogelijk hiervoor een ander in te schakelen, zoals gebeurt bij verplaatste schade.¹⁴⁰ Men zou zich kunnen afvragen of het redelijk zou zijn om – ervan uitgaande dat dit wel zou kunnen – een derde in te schakelen om de schade te beperken. In dat geval zou het slachtoffer deze derde een vergoeding moeten betalen en aldus vermogensschade lijden. Deze redenering volgend kan het verlies van vrije tijd, analoog aan verplaatste schade, als vermogensschade worden aangemerkt.

4.2.2: Vrije tijd als immateriële schade?

Lindenbergh en Visscher spreken in hun bijdragen over het verlies van tijd als immateriële schade. Zoals reeds uiteengezet is het verlies van tijd volgens Lindenbergh niet verdisconteerd in de vergoeding voor immateriële schade. Ik deel deze opvatting. Hoewel alle omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen bij de begroting van de vergoeding, is de factor tijd momenteel slechts indirect van belang. ‘Duur’ lijkt vooral betrekking te hebben op het lijden van het slachtoffer. Ook wanneer in de rechtspraak wordt overwogen dat het slachtoffer “langdurig heeft moeten revalideren”, ziet dit mijns inziens niet direct op verloren (vrije) tijd.¹⁴¹ Hoewel dit niet letterlijk wordt gezegd, lijkt de duur van de revalidatie voornamelijk te zien op de ernst van het letsel (hoe langer gerevalideerd moest worden, hoe ernstiger het letsel was). Een rechtstreeks verband tussen de vergoeding voor immateriële schade en verloren vrije tijd lijkt in de jurisprudentie niet te bestaan.

Interessant is Visschers (niet nader uitgewerkte) opmerking dat het verlies van tijd als inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht aangemerkt kan worden en op grond van artikel 6:106, eerste lid, onder b BW voor vergoeding in aanmerking komt. Dit artikel bepaalt dat recht op vergoeding van immateriële schade bestaat “indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of *op andere wijze in zijn persoon is aangetast* [curs. LEK].” Volgens Visscher past zijn redenering in het pleidooi om inbreuken op het zelfbeschikkingsrecht als voor vergoeding in aanmerking komende persoonsaantastingen aan te merken.¹⁴² Hiermee zijn we beland bij de discussie over het recht op vergoeding van immateriële schade bij schendingen van fundamentele rechten. Voordat ik zal onderzoeken of het leerstuk op het verlies van vrije tijd kan worden toegepast, zal ik eerst enkele algemene opmerkingen maken.

¹⁴⁰ Dit geldt op gelijke wijze voor het ondergaan van een medische behandeling of het doen van fysiotherapeutische oefeningen; ook dit kan niet overgenomen worden door een derde.

¹⁴¹ Zie bijv. hof Arnhem 9 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU0822, r.o. 4.31.

¹⁴² Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 4.

4.2.2.1: Inbreuken op fundamentele rechten in het schadevergoedingsrecht

Steeds vaker wordt getracht een vergoeding voor immateriële schade te krijgen nadat een inbreuk is gemaakt op een fundamenteel recht, zelfs wanneer geen sprake is van vermogensschade. Betoogd wordt dat de enkele omstandigheid dat inbreuk is gemaakt recht biedt op een vergoeding voor immateriële schade. De “schade” bestaat in dergelijke gevallen uit de inbreuk als zodanig, die is aan te merken als een aantasting in de persoon op andere wijze. Niet is vereist dat (daarnaast) sprake is van schade in de gebruikelijke juridische zin.¹⁴³ Hoewel de inbreuk als zodanig niet in geld is uit te drukken – de waarde van fundamentele rechten is “onschatbaar”¹⁴⁴ – kan de vraag opgeworpen worden of een recht niet inhoudsloos wordt wanneer redressering door middel van een schadeclaim niet mogelijk zou zijn.¹⁴⁵ Met de discussie wordt getracht de grenzen van het traditionele schadebegrip enigszins op te rekken.¹⁴⁶ De tendens dat fundamentele rechten steeds vaker worden ingeroepen in het schadevergoedingsrecht staat bekend onder de term ‘constitutionalisering van het privaatrecht’.¹⁴⁷

De mogelijkheden tot het verkrijgen van een vergoeding zijn momenteel door terughoudendheid van de wetgever en de Hoge Raad (nog) beperkt.¹⁴⁸ Oorspronkelijk was voor een beroep op aantasting in de persoon op andere wijze vereist dat sprake was van geestelijk letsel.¹⁴⁹ Inmiddels is in enkele gevallen een uitzondering op dit vereiste aanvaard. Geestelijk letsel is allereerst niet (meer) vereist in gevallen dat de redelijke termijn in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) is geschonden. Hiermee wordt aangesloten bij de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). De spanning en frustratie die het binnen redelijke termijn uitblijven van een rechterlijke beslissing meebrengt, is grond voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade.¹⁵⁰ Opmerking verdient wel dat het hier gaat om een specifiek geval van overheidsaansprakelijkheid en derhalve om de verticale werking van een fundamenteel (mensen)recht.¹⁵¹

Ook in twee meer specifieke zaken werd door de Hoge Raad aantasting in de persoon op andere wijze aangenomen zonder dat sprake was van geestelijk letsel. In de eerste zaak ging het om een echtpaar dat zich een aantal uren in een zeer bedreigende positie bevond, doordat relschoppers hun woning belaagden. Zij hebben tevergeefs gewacht op hulp en bijstand van de politie. Dit laatste heeft in grote mate bijgedragen aan, in de woorden van de Hoge Raad, “gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot hun lijf en goed”, omdat zij op de hulp van

¹⁴³ Jansen (*WPNR* 2017/7133, p. 39) merkt op dat “de schending van een fundamenteel recht als een op zichzelf staande immateriële schadepost [wordt] beschouwd.”

¹⁴⁴ Jansen, *WPNR* 2017/7133, p. 42.

¹⁴⁵ Zie bijv. Giesen 2014, p. 44 en 66. Jansen beantwoordt deze vraag overigens ontkennend (*WPNR* 2017/7133, p. 45).

¹⁴⁶ Giesen 2014, p. 44. Ook hier zou men kunnen wijzen op het feit dat schade een normatief begrip is (zie paragraaf 3.3).

¹⁴⁷ Zie (voor meer informatie) bijv. Jansen, *WPNR* 2017/7133, p. 39 en 42 e.v., Lindenbergh 2008, p. 37-40, Giesen 2014 en uitgebreid het proefschrift van Emaus (2013).

¹⁴⁸ Jansen, *WPNR* 2017/7133, p. 43.

¹⁴⁹ Zie bijv. Giesen 2014, p. 52.

¹⁵⁰ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, r.o. 3.11, *NJ* 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen & W.D.H. Asser (*Severijnen c.s./De Bilt*) en in bredere zin Giesen 2014, paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 (p. 52 e.v.).

¹⁵¹ Zie ook Jansen, *WPNR* 2017/7133, p. 43-44.

de politie mochten rekenen. De slachtoffers zijn aangetast in hun persoon, gelet op de aard en ernst van de nalatigheid en de als gevolg daarvan zeer ernstige schending van hun persoonlijke integriteit en veiligheid van hun woning. Met betrekking tot de zoon, die niet in de woning aanwezig was, kan niet gesproken worden van aantasting in de persoon. Het enkele feit dat het ook zijn woning was, is onvoldoende.¹⁵² De tweede uitzondering werd gemaakt in het *Baby Kelly*-arrest. In deze zaak ging het om ouders die door een medische fout niet hebben kunnen kiezen voor afbreking van de zwangerschap van een zwaar gehandicapt kind. Dit moet worden beschouwd als een ernstige inbreuk op hun zelfbeschikkingsrecht. Deze “zo ingrijpende aantasting” van “een zo fundamenteel recht” was op zichzelf voldoende voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade.¹⁵³ Hieruit blijkt ook dat niet vereist is dat de schending is begaan door de overheid.

Tot slot wijs ik op het arrest *Blauw oog*, waarin in bredere zin werd aanvaard dat uitzonderingen op het vereiste van geestelijk letsel mogelijk zijn. De Hoge Raad stelt dat (nog steeds) uitgangspunt is dat het slachtoffer geestelijk letsel heeft opgelopen. In verband met de “bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer” zou echter een uitzondering gemaakt kunnen worden. Het als gevolg van een mishandeling oplopen van een blauw oog, zoals in de betreffende zaak, is hiervoor onvoldoende.¹⁵⁴

Uit het voorgaande kan opgemaakt worden dat de drempel hoog ligt, behalve in het geval van redelijke termijnoverschrijding. Aangenomen wordt dat een aanspraak op vergoeding van immateriële schade slechts bestaat bij ernstige schendingen van fundamentele rechten.¹⁵⁵ Toch is Giesen positief gestemd over de vergoeding van wat hij integriteitsschade noemt. Over het *Blauw oog*-arrest merkt hij het volgende op:

“De Hoge Raad spreekt hier uiteraard niet over integriteitsschade of een soortgelijke term, maar biedt mijns inziens wel een fraaie opening voor een ruimhartiger beleid als het om persoonsaantastingen als grond voor smartengeld gaat.”¹⁵⁶

Giesen meent dat ruimte wordt geboden voor de aanvaarding van een algemene lijn. De dogmatiek staat hieraan volgens hem niet in de weg: binnen de persoonsaantastingen op andere wijze moet een nieuwe schadepost worden “ontdekt”. Dit is mogelijk, nu een integriteitsschending volgens hem een klassiek voorbeeld van een persoonsaantasting is. Emaus’ suggestie om over te gaan tot invoering van het figuur van de fundamentele rechtsschending, dat moet fungeren als nieuwe bron van verbintenissen, acht hij dan ook niet nodig.¹⁵⁷

¹⁵² HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721, r.o. 3.11, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*).

¹⁵³ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.8-4.9, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

¹⁵⁴ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, r.o. 3.4-3.5, *NJ* 2012/410 (*Blauw oog*). Het slachtoffer had overigens wel recht op vergoeding van immateriële schade op grond van het feit dat sprake was van lichamenlijk letsel.

¹⁵⁵ Jansen, *WPNR* 2017/7133, p. 43.

¹⁵⁶ Giesen 2014, p. 62.

¹⁵⁷ Giesen 2014, p. 63-64. Zie ook Emaus 2013, p. 333 e.v.

4.2.2.2: Verlies van vrije tijd als persoonsaantasting op andere wijze?

De trend om inbreuken op fundamentele rechten als zodanig als grond voor vergoeding van immateriële schade te beschouwen kan wellicht ook van invloed zijn op het verlies van vrije tijd. In de lagere rechtspraak is al te zien dat het leerstuk op breder terrein voet aan de grond zet. Dit komt vooral naar voren in medische aansprakelijkheidszaken die betrekking hebben op (het gebrek aan) informed consent. In de betreffende jurisprudentie worden de immateriële gevolgen van schendingen van de informatieverplichting door de arts wel integriteitsschade genoemd.¹⁵⁸ Giesen pleit voor een bredere inzet van het begrip ‘integriteitsschade’ en lijkt het te koppelen aan alle inbreuken op fundamentele rechten.¹⁵⁹

Om het verlies van vrije tijd als persoonsaantasting op andere wijze aan te kunnen merken, kan aansluiting worden gezocht bij de reeds genoemde opvatting van Visscher dat een inbreuk is gemaakt op het (fundamentele) zelfbeschikkingsrecht van het slachtoffer. Door het schadeveroorzakend handelen van de aansprakelijke partij moet het slachtoffer zijn tijd op een bepaalde wijze besteden. Wanneer hij dit niet doet, verliest hij zijn aanspraak op volledige schadevergoeding. Derhalve kan het slachtoffer zijn tijd feitelijk gezien niet naar eigen inzicht inrichten. De tijd die hij aan schadebeperkend handelen heeft besteed kan hij bovendien op geen enkele wijze terugkrijgen.

Uit het *Baby Kelly*-arrest is reeds duidelijk geworden dat het zelfbeschikkingsrecht een persoonlijkheidsrecht is dat beschermd kan worden door artikel 6:106 BW.¹⁶⁰ Uiteraard ging het daar om een ander “onderdeel” ervan, namelijk het zelfbeschikkingsrecht om te kunnen kiezen voor abortus. Ook op Europees niveau komt het recht op zelfbeschikking, ook wel persoonlijke autonomie genoemd, naar voren. Het is een van de (deel)belangen onder het recht op privéleven, dat beschermd wordt door artikel 8 EVRM.¹⁶¹ Uit de rechtspraak van het EHRM wordt duidelijk dat het zelfbeschikkingsrecht onder meer betrekking heeft op iemands beslissing over het moment van zijn overlijden en op de beslissing om al dan niet vader of moeder (ouder) te willen worden.¹⁶² Hoewel het zelfbeschikkingsrecht tot nu toe voornamelijk in de medische sfeer is ingeroepen, staat dat mijns inziens niet in de weg aan een ruimere toepassing. Er is immers (ook) geen positieve aanwijzing dat het zelfbeschikkingsrecht niet op gedwongen tijdsindeling en het verlies van vrije tijd van toepassing zou kunnen zijn.

In het voorgaande heb ik beschreven hoe het verlies van vrije tijd met een beroep op artikel 6:106, eerste lid, onder b BW als persoonsaantasting op andere wijze voor vergoeding in aanmerking kan komen. Een verschil met de “gewone” discussie over schadevergoeding voor fundamentele rechtsschendingen is dat in de zaken waar het mij om te doen is reeds sprake is van een grond voor vergoeding van immateriële schade, namelijk het bestaan van letsel. Uitgangspunt van mijn onderzoek is immers dat sprake is van een slachtoffer met letsel. In de

¹⁵⁸ Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, r.o. 2.12 en rb. Midden-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3761, r.o. 4.21-4.22 (*X./UMCU*). Zie ook Overheul, *TVP* 2016/1.

¹⁵⁹ Giesen 2014, o.a. p. 52 en p. 61 onder voetnoot 84.

¹⁶⁰ Zie ook Emaus 2013, p. 91-92.

¹⁶¹ EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, r.o. 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). Zie nader Emaus 2013, p. 138 en 143 e.v.

¹⁶² EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, r.o. 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*) resp. EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, r.o. 71 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

gewone discussie bestaat ofwel enkel recht op vergoeding van vermogensschade, ofwel in het geheel geen recht op vergoeding. Ik denk overigens dat het verlies van vrije tijd moet worden “losgekoppeld” van het bestaan van letsel. Er is dan sprake van twee zelfstandige vergoedingen voor immateriële schade. Enerzijds heeft het slachtoffer, doordat hij letsel heeft opgelopen, recht op een vergoeding in de “klassieke” zin. Dit is een compensatie voor geleden pijn, verdriet, gederfde levensvreugde en dergelijke. Anderzijds heeft het slachtoffer recht op een nieuw soort vergoeding voor immateriële schade, namelijk voor het verlies van vrije tijd.

Ook wanneer men van mening is dat (wel) sprake is van immateriële schade, maar niet van een persoonsaantasting op andere wijze zoals hierboven beschreven, acht ik het van belang onderscheid te maken tussen de vergoeding voor het verlies van vrije tijd en vergoeding in de klassieke zin. Wanneer dit niet expliciet wordt gedaan, bestaat de kans dat het verlies van vrije tijd enkel een (enigszins) verhogend effect heeft op de klassieke post. Er wordt mijns inziens dan onvoldoende recht gedaan aan de belangen en rechten van het slachtoffer, nu het gaat om twee verschillende soorten schade. Ook zou het, mede in het kader van gevalsvergelijking, tot onbegrip en onduidelijkheid kunnen leiden wanneer niet voldoende inzichtelijk wordt gemaakt wat de invloed van het verlies van vrije tijd is op de (vergoeding voor) immateriële schade in het geheel.

4.3: Pas op de plaats: belang van het onderscheid

Hoewel het onderscheid tussen vermogensschade en immateriële schade scherp lijkt, is het in de praktijk niet altijd even goed te maken.¹⁶³ Een van de redenen hiervoor is dat de wet voor vermogensschade slechts een algemene omschrijving geeft en immateriële schade enkel negatief definieert.¹⁶⁴ Voor het verlies van vrije tijd geldt dat indeling in de ene dan wel de andere categorie niet evident is. In het voorgaande heb ik uiteengezet op welke manieren het onder de twee schadesoorten kan worden geschaard. Hoewel ik de inzet van vrije tijd gevoelsmatig vergelijkbaar met bereddingskosten acht, denk ik dat het dogmatisch gezien beter is de post aan te merken als (een nieuw soort) immateriële schade, waarbij aansluiting gezocht kan worden bij het leerstuk van fundamentele rechtsschendingen als persoonsaantasting op andere wijze.

Er zijn andere schadeposten die eveneens op het grensvlak tussen vermogensschade en immateriële schade lijken te liggen. Gedacht kan worden aan posten die betrekking hebben op het welzijn van het slachtoffer, zoals hobby- en vakantiekosten.¹⁶⁵ Voorbeelden van hobbykosten zijn de uitgaven van een (niet-beroepsmatige) paardenliefhebber voor de verzorging van zijn paarden, omdat hij dat als gevolg van zijn letsel niet zelf kon, en de kosten van taxiriten van en naar een rolstoelrugbyvereniging.¹⁶⁶ Extra vakantiekosten kunnen onder meer ontstaan door de noodzaak te verblijven in een (duurder) rolstoelvriendelijk vakantiepark. Het gaat aldus om de hogere kosten van hobby's en vakanties als gevolg van het oplopen van letsel.

¹⁶³ Zie bijv. Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 71 en Lindenbergh 2008, p. 25.

¹⁶⁴ Ik herhaal: art. 6:96 BW bepaalt dat vermogensschade geleden verlies en gederfde winst omvat en art. 6:106 BW spreekt over nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (zie paragraaf 2.1).

¹⁶⁵ Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 67.

¹⁶⁶ Resp. hof 's-Hertogenbosch 1 april 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AB7574, *NJ* 1999/260 (*De hartstochtelijke paardenliefhebber*) en hof Arnhem 30 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8527 (*De Weerd/Sterpolis*).

Het onderscheid tussen immateriële schade en vermogensschade is van belang omdat – ik roep het nogmaals in herinnering – andere regels gelden voor de beide schadesoorten. Immateriële schade wordt slechts in enkele gevallen vergoed en de hoogte wordt begrensd door de billijkheid. Vermogensschade komt in beginsel geheel voor vergoeding in aanmerking. Bereddingskosten, die ook als vermogensschade zijn aan te merken, worden enkel vergoed indien zij de dubbele redelijkheidstoets kunnen doorstaan: het moet redelijk zijn dat de kosten zijn gemaakt en ook de hoogte daarvan moet redelijk zijn.¹⁶⁷

Een eenmaal ingeslagen weg kan van grote invloed zijn op de vergoedbaarheid van een bepaalde schadepost.¹⁶⁸ Toch leidt het maken van onderscheid volgens Dijkshoorn soms enkel tot het verwisselen van stickers. De vraag blijft of de dader de kosten (geheel) moet betalen.¹⁶⁹ Op de hierboven beschreven hoofdregels wordt soms een uitzondering gemaakt. Ter illustratie wijs ik op de genoemde hobby- en vakantiekosten die, hoewel zij de vermogenssfeer raken, niet altijd volledig voor vergoeding in aanmerking komen. Vergoeding wordt namelijk begrensd door de redelijkheid. Hierbij wordt onder andere rekening gehouden met de levensstandaard van het slachtoffer en de bijdrage aan het herstel. Vergoeding van extra kosten van een bepaalde sport is bijvoorbeeld sneller op zijn plaats wanneer de betreffende sport de gezondheid van het slachtoffer bevordert of verdere fysieke aftakeling voorkomt.¹⁷⁰ Lastiger wordt het ten aanzien van hobbykosten gemaakt ter beperking van immateriële schade. De rechtbank Den Haag overwoog dat dergelijke kosten uit hun aard niet kunnen uitstijgen boven het bedrag aan immateriële schade.¹⁷¹ Gezegd kan worden dat soms niet zozeer het onderscheid tussen de schadesoorten maar meer het redelijkheids criterium beslissend is.¹⁷² Daarnaast moet ook abstracte schadebegroting worden beschouwd als uitzondering op de hoofdregel van concrete, volledige schadevergoeding in geval van vermogensschade.

Ook om een andere reden zou gezegd kunnen worden dat het onderscheid tussen vermogensschade en immateriële schade minder relevant is dan in eerste instantie gedacht. Hoewel de wijze van berekening in beginsel fundamenteel verschilt, kan wel gezegd worden dat bij beide schadesoorten zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de omstandigheden van het geval. Ook bij immateriële schade, die naar zijn aard niet gemakkelijk op geld waardeerbaar is, wordt door onder meer gevalsvergelijking geprobeerd de schadebegroting inzichtelijk te maken. Schade dient derhalve steeds zo concreet mogelijk (al dan niet naar redelijkheid en billijkheid)

¹⁶⁷ Zie over de (nadelige) gevolgen van het niet goed (kunnen) maken van onderscheid Keirse, *NTBR* 2011/23.

¹⁶⁸ Zie bijv. het arrest *Druijff/Bouw BV* (HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, r.o. 3.3, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen), waarin werd bepaald dat de voorgenomen wijze van besteding van de vergoeding voor immateriële schade (vakantie) niet van invloed was op de hoogte hiervan. Wellicht had Druijff er beter aan gedaan de vakantiekosten als vermogensschade in het geding te brengen. Zie ook Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 67 en Lindenbergh 2008, p. 27-28.

¹⁶⁹ Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 67 en 71.

¹⁷⁰ Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 72. Zie ook het arrest van het hof Arnhem 30 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8527 (*De Weerd/Sterpolis*), dat ging over een rolstoelrugbyer.

¹⁷¹ Rb. Den Haag 6 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6086, r.o. 4.7 en 4.12, *JA* 2017/119, m.nt. E.W. Bosch. Het ging in die zaak om een economisch niet-rendabele hobbyboerderij. Bosch merkt in zijn noot onder deze uitspraak op dat uit de literatuur de (evidente) juistheid van de overweging niet volgt. Kosten ter beperking van schade komen ook voor vergoeding in aanmerking indien zij de schade te boven gaan, mits het maken van de kosten redelijk was. Zie in gelijke zin als de rechtbank hof 's-Hertogenbosch 1 april 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AB7574, *NJ* 1999/260 (*De hartstochtelijke paardenliefhebber*) en nader Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 72.

¹⁷² Dijkshoorn, *TVP* 2007/3, p. 71 en Lindenbergh 2008, p. 26-27.

te worden berekend. Nu in de huidige maatschappelijke opvattingen geen consensus over de waarde van vrije tijd bestaat, zal de schadebegroting – onafhankelijk van hoe de schade wordt gekwalificeerd – per definitie enigszins abstract zijn of naar billijkheid plaatsvinden.

Hoofdstuk 5: De begroting van de schadepost verlies van vrije tijd

In dit laatste hoofdstuk zal ik ingaan op de manier waarop de vergoeding voor het verlies van vrije tijd moet worden begroot. De wijze van begroting hangt nauw samen met de kwalificatie van een schadepost. Naar mijn mening kan het verlies van vrije tijd worden aangemerkt als een nieuw soort immateriële schade.¹⁷³ Begroting dient dan plaats te vinden naar billijkheid. Overigens is dit wellicht niet (geheel) anders indien men concludeert dat kwalificatie als vermogensschade meer voor de hand ligt. Ook vermogensschade wordt immers niet altijd volledig vergoed. Zoals gezien begrenst de redelijkheid de vergoeding van onder meer bereddingskosten en enkele schadeposten die op het grensvlak tussen vermogensschade en immateriële schade liggen. Hetgeen ik in dit hoofdstuk bespreek kan derhalve van belang zijn en als handvat fungeren, ongeacht hoe de schadepost wordt gekwalificeerd.

Hierna zal ik niet alleen het daadwerkelijke “prijkaartje” van vrije tijd bespreken, maar ook de wijze van begroting. Voordat ik daaraan toekom, zal ik ingaan op eventuele nadere criteria die kunnen worden gesteld aan het recht op vergoeding.

5.1: Grenzen aan het recht op vergoeding

Het recht op een vergoeding voor het verlies van vrije tijd bestaat vermoedelijk niet onverkort en moet nader worden afgebakend. Een belangrijke reden hiervoor kan gevonden worden in de genoemde nadelen die vergoeding met zich mee kan brengen (paragraaf 3.2). Kort gezegd gaat het om de angst voor het ontstaan van een lawine van claims door de uitbreiding van het schadevergoedingsrecht, om het onbeheersbaar worden van aansprakelijkheidsverzekeringen en om het ontstaan van een claimcultuur met alle bijbehorende gevolgen. Ook wanneer grenzen worden gesteld aan het recht op vergoeding zullen deze bezwaren niet geheel verdwijnen. Feit is immers dat sprake is van een uitbreiding, daar een dergelijke vergoeding nu niet wordt toegekend. Wel zullen de nadelige gevolgen worden beperkt. Ook denk ik dat het inzicht hierin zal worden vergroot, aangezien bijvoorbeeld beter ingeschat kan worden om hoeveel gevallen het gaat. Een ander argument voor het stellen van grenzen is de genoemde terughoudendheid van de wetgever en de rechtspraak met betrekking tot de vergoedbaarheid van de immateriële gevolgen van persoonsaantastingen op andere wijze.

Hoewel ook de wijze van begroting – denk aan de mate van abstraheren van concrete omstandigheden – indirect voor beperkingen van het recht op vergoeding kan zorgen, zal dat in de volgende paragraaf aan de orde komen. Eerst zal ik ingaan op criteria die kunnen bepalen in welke gevallen het recht op vergoeding bestaat.

Wanneer aansluiting wordt gezocht bij fundamentele rechtsschendingen als aantasting in de persoon op andere wijze, zijn de regels van dat leerstuk van toepassing. Vereist is dat sprake is van een inbreuk op een fundamenteel recht dat als een persoonsaantasting op andere wijze in de zin van artikel 6:106 BW kan worden gekwalificeerd. Zoals reeds besproken oordeelde de Hoge Raad in het *Blauw oog*-arrest dat ook zonder geestelijk letsel sprake kan zijn van aantasting in de persoon op andere wijze, gelet op de “bijzondere ernst van de normschending

¹⁷³ Strikt genomen is er bij fundamentele rechtsschendingen die een persoonsaantasting op andere wijze opleveren geen sprake – althans niet per definitie – van schade in de klassieke juridische zin. Voor het gemak zal ik het verlies van vrije tijd echter als schade(post) aanmerken.

en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer.”¹⁷⁴ In de zaken *Baby Kelly* en *Groningse oudejaarsrellen* werd eveneens gesproken over de ernst van de schending en over een “zo ingrijpende aantasting” van een “zo fundamenteel recht”.¹⁷⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat terughoudendheid wordt betracht en dat sprake moet zijn van zekere ernst, al is onder meer Giesen van mening dat de grenzen mogen worden opgerekt.¹⁷⁶

In de literatuur over fundamentele rechtsschendingen wordt als manier voor het stellen van grenzen ook wel het afwegen van gezichtspunten genoemd. Volgens Giesen spreekt de literatuur over “de aard van het geschonden belang, de gevolgen van de gedraging, de wijze van schending, en de vraag of er alternatieven zijn om de ‘schade’ te repareren.” Aan de hand hiervan zal per gevaltype worden bepaald of het wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt. Giesen meent overigens dat, als vastgesteld is dat een inbreuk op iemands integriteit is gemaakt, de overige gezichtspunten niet meer relevant zijn.¹⁷⁷

Het voorgaande heeft betrekking op fundamentele rechtsschendingen in het algemeen. Nu het in mijn onderzoek slechts om één gevaltype gaat (inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht door het verlies van vrije tijd als gevolg van schadebeperkend handelen), acht ik niet alle gezichtspunten even bruikbaar voor het stellen van grenzen. Door de beperking tot één gevaltype hoeft allereerst geen afwegingen tussen verschillende soorten inbreuken te worden gemaakt. De ernst van de schending is volgens Giesen überhaupt geen geschikt criterium voor een nadere afbakening, omdat niet inzichtelijk is hoe de ene inbreuk als ernstiger dan de andere kan worden gekwalificeerd. Daar komt bij dat sowieso sprake moet zijn van een schending van een fundamenteel recht.¹⁷⁸ In de gevallen waar het mij om gaat, is daar altijd sprake van. Er is immers een inbreuk gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van het slachtoffer, doordat hij als gevolg van de normschending door de dader schadebeperkend moest handelen en niet zelf zijn tijd kon indelen. De ernst van de normschending is op dit feit niet van invloed en is mijns inziens daarom geen geschikt criterium voor de vraag of in een bepaald geval recht op vergoeding bestaat. De ernst van de schending zou wel van invloed kunnen zijn op de *hoogte* van de vergoeding. Men zou kunnen zeggen dat de vergoeding hoger moet zijn in het geval van schuld aansprakelijkheid dan in het geval van risicoaansprakelijkheid. De normschending wordt (nog) ernstiger als er opzet in het spel is. Overigens denk ik niet alleen dat het meewegen van dit aspect de schadebegroting compliceert, maar ook dat hiermee voldoende rekening kan worden gehouden bij de vaststelling van de “klassieke” vergoeding voor immateriële schade.

Het mijns inziens grootste en belangrijkste verschil tussen de zaken is de hoeveelheid verloren vrije tijd. In het kader van het stellen van grenzen aan het recht op vergoeding denk ik dan ook dat geconcentreerd moet worden op het in de literatuur genoemde gezichtspunt ‘de gevolgen van de gedraging’ of op, zoals in het *Blauw oog*-arrest naar voren kwam, de gevolgen van de inbreuk voor het slachtoffer. Mijns inziens is dit mogelijk, nu het leerstuk van fundamentele rechtsschendingen nog relatief nieuw en niet uitgekristalliseerd is. Gezegd zou kunnen worden dat alleen een vergoeding wordt toegekend indien sprake is van gevolgen van een zekere ernst.

¹⁷⁴ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, r.o. 3.5, *NJ* 2012/410 (*Blauw oog*).

¹⁷⁵ Zie paragraaf 4.2.2.1.

¹⁷⁶ Giesen 2014, p. 66, met verwijzingen naar nadere literatuur.

¹⁷⁷ Giesen 2014, p. 67-68 en nadere literatuurverwijzingen aldaar. Zie over de gezichtspunten ook Lindenberg 2008, p. 38-39.

¹⁷⁸ Giesen 2014, p. 66-67.

De ernst kan onderscheid maken tussen zaken waarin enkel sprake is van een schending van een fundamenteel recht (altijd) en de zaken waarin deze schending ook als aantasting in de persoon kan worden aangemerkt (niet altijd). Evident is dat een dergelijk criterium moeilijkheden met zich meebrengt, want wanneer is sprake van 'een zekere ernst'?¹⁷⁹ In een zaak zoals die van Johanna Kruidhof, waarbij het ging om zeer ernstig letsel, vele operaties en een langdurige revalidatie, ligt voor de hand dat sprake is van een zekere ernst, maar er is een groot grijs gebied met minder ernstige (en dus minder vanzelfsprekende) zaken. Hieraan zou bijvoorbeeld tegemoet kunnen worden gekomen door het instellen van een soort "urendrempel", die bepaalt of al dan niet sprake is van een zekere ernst. De uren onder de drempel zouden bovendien kunnen worden afgetrokken als een soort franchise.¹⁸⁰

In aanvulling op het criterium van 'een zekere ernst' zou een redelijkheidsvereiste kunnen worden ingesteld. De dubbele redelijkheidstoets die geldt bij bereddingskosten dient voor mij als inspiratie. Mijns inziens ziet het vereiste er hier op toe dat redelijk is dat de uren zijn ingezet.¹⁸¹ Hiermee wordt gegarandeerd dat enkel een vergoeding wordt toegekend voor nuttig bestede vrije tijd. Dit zou (ernstig) misbruik van het recht op vergoeding kunnen tegengaan. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan het slachtoffer dat, om de uren wat op te stuwen, zijn reistijd naar de dokter vergroot door een omweg te nemen. Het is de vraag of misbruik snel kan worden aangetoond, omdat het slachtoffer wat mij betreft niet continue op de vingers moet worden gekeken en een zekere vrijheid moet kennen. Voorkomen moet worden dat de aansprakelijke partij elke tijdsbesteding in twijfel zal trekken. Het slachtoffer is immers nog steeds gehouden tot optreden als gevolg van de handelingen van de dader. Opgemerkt dient te worden dat een dergelijk criterium alleen kan worden toegepast wanneer rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden. Indien wordt geabstraheerd van de daadwerkelijk bestede uren, is dit criterium minder goed toepasbaar (zie nader paragraaf 5.2.1).

Tot slot wijs ik op een derde mogelijke inperking van het recht op vergoeding. Zoals uiteengezet in paragraaf 4.1.3 heeft Lindenbergh opgemerkt dat invullingen van tijd tegen elkaar zouden kunnen worden "weggestreept". Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een slachtoffer uitvalt uit het arbeidsproces waardoor er tijd vrijkomt. Indien het zieke slachtoffer (ook) zijn loon krijgt doorbetaald, zou men zelfs kunnen zeggen dat het betalen van een vergoeding voor verloren vrije tijd leidt tot een dubbeltelling. Dit criterium is mijns inziens moeilijker toepasbaar in gevallen waarin het slachtoffer toch al niet aan het arbeidsproces deelnam. Heeft een gepensioneerde, die al vrij was, dan wel of geen recht op vergoeding? Hoewel hij meer vrije tijd had dan een werkende (en men dus mogelijk van mening is dat zijn vrije tijd minder "waard" is, omdat het minder schaars is), moet wel worden vastgesteld dat hij geen extra vrije tijd terugkrijgt. Hoe dient bovendien te worden geoordeeld over het recht van studenten?

¹⁷⁹ Ter verduidelijking wijs ik er nog op dat het hier niet gaat om de ernst van het letsel. Daarmee wordt rekening gehouden bij de begroting van de klassieke vergoeding voor immateriële schade. De ernst van de gevolgen ziet hier op hetgeen de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht heeft meegebracht, te weten het verlies van vrije tijd.

¹⁸⁰ Iets soortgelijks overwoog Spier ten aanzien van verpleging en verzorging: A-G Spier onder 5.12, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

¹⁸¹ Dit is vergelijkbaar met de eerste redelijkheidstoets: het moet redelijk zijn dat de kosten zijn gemaakt. De tweede toets ziet op de omvang van de kosten. Zie ook paragraaf 1.4. Redelijkheid is ook een vereiste voor de vergoedbaarheid van verplaatste schade (paragraaf 2.2).

5.2: De begroting

Wanneer is vastgesteld dat aan de criteria wordt voldaan en derhalve recht op vergoeding bestaat, komt de vraag naar de begroting aan de orde. Deze vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden, nu voor het verlies van vrije tijd weinig aanknopingspunten te vinden zijn. Ook aansluiting zoeken bij fundamentele rechtsschendingen biedt niet gelijk duidelijkheid, omdat hiervoor eveneens nog niet veel vergelijkingsmateriaal beschikbaar is. Recentelijk heeft het hof Arnhem-Leeuwarden arrest gewezen in een zaak waarin een arts met het toekennen van medicatie zijn informatieverplichting had geschonden jegens de ouders van een toen nog ongeboren kind. Dit is een van de weinige zaken waarin uitspraak wordt gedaan over de hoogte van de vergoeding voor een schending van een fundamenteel recht als zodanig. Nadat het hof had vastgesteld dat recht op vergoeding van integriteitsschade bestond, merkte het met betrekking tot de begroting op dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Het hof let op de aard van het persoonlijkheidsrecht, de ernst van de aantasting, uitspraken in vergelijkbare gevallen van Nederlandse rechters en het EHRM, de levenslange onzekerheid over de effecten van de medicatie op het kind en het feit dat sinds de schending twintig jaren zijn verstreken. Het hof overwoog dat een vergelijkbaar geval ontbreekt en dat in Nederland enkel een algemene bandbreedte kon worden gevonden voor inbreuken op fundamentele rechten (tussen €1.000 en €3.000). Een vergoeding van fl. 5.000 (afgerond €2.268) wordt billijk geacht.¹⁸²

Deze klassieke manier van begroten van immateriële schade is mijns inziens minder geschikt voor het berekenen van de vergoeding voor het verlies van vrije tijd. In het geval van ontbreken van informed consent is het moeilijk onderscheid te maken tussen de verschillende zaken. Hoe moet (het gevolg van) de ene inbreuk immers als ernstiger dan de andere worden gekwalificeerd? Anders is dit ten aanzien van het verlies van vrije tijd. In de vorige paragraaf heb ik uiteengezet dat het onderscheidend vermogen daar zit in de hoeveelheid verloren uren. Het werken met ronde (symbolische) bedragen ligt mijns inziens dan minder voor de hand.¹⁸³ Voor het (naar billijkheid) begroten van de schadepost verlies van vrije tijd zijn in de rechtspraak – naar mijn beste weten – nog helemaal geen aanknopingspunten te vinden. In het navolgende zal ik ingaan op hoe de begroting wellicht ook kan plaatsvinden, al moeten de uitgangspunten uiteraard in acht worden genomen. Ik denk dat bij de begroting twee aspecten aan de orde moeten komen. Enerzijds moet nagedacht worden over het “prijskaartje” van vrije tijd en anderzijds moet aandacht worden geschonken aan de wijze van begroting.

5.2.1: Wijze van begroting

Het bepalen van de wijze van begroting vraagt om beslissingen over de mate waarin geabstraheerd wordt van het concrete geval. Een eerste beslissing ziet op individuele omstandigheden ten aanzien van de waarde van vrije tijd. Een complicerende factor bij het vaststellen van de waarde is het reeds genoemde feit dat vrije tijd in de huidige maatschappelijke opvattingen geen “marktwaarde” heeft. Het (alsnog) bepalen hiervan is lastig,

¹⁸² Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, r.o. 2.14.

¹⁸³ Ik kan mij om die reden – met betrekking tot het verlies van vrije tijd – ook niet vinden in Giesens opmerking dat de in de literatuur genoemde suggestie van een bedrag tussen €5.000 en €10.000 “alleszins redelijk” is (Giesen 2014, p. 62). Beter onderscheid vraagt in ieder geval om nadere uitwerking hiervan.

zeker nu de waarde niet voor iedereen gelijk zal zijn. Allerlei factoren kunnen hierbij meespelen. Onder meer kan gedacht worden aan de hoeveelheid tijd die iemand aan werk spendeert, het plezier dat iemand tijdens zijn werk beleeft en de tijd die iemand aan zijn hobby's wenst te besteden. Men zou zich kunnen voorstellen dat een uur vrije tijd meer waard is voor een persoon met een werkweek van tachtig uur dan voor iemand die parttime werkt; de vrije tijd van de eerste is immers schaarser. Anderzijds zou het ook zo kunnen zijn dat die ander parttime is gaan werken juist omdat hij zoveel waarde hecht aan zijn vrije tijd. Dit werpt de vraag op of de waarde van vrije tijd per persoon moet worden vastgesteld, of dat van individuele omstandigheden moet worden geabstraheerd. Ik pleit voor dat laatste. Dit is niet alleen te rechtvaardigen door het uitgangspunt van vergoeding naar billijkheid, maar ook door de doelmatigheid.¹⁸⁴ Aansluiting bij de individuele persoon zou de schadebegroting in grote mate bemoeilijken en zeer tijdrovend (en dus kostbaar) zijn. Het lijkt mij wenselijk een meer algemene norm te ontwikkelen. Visscher pleit eveneens voor het werken met een gemiddelde waarde van tijd, omdat de subjectieve waarde per persoon kan verschillen. Onder verwijzing naar empirisch onderzoek noemt hij naast de tijd die aan werk en andere activiteiten wordt besteed ook factoren zoals uurloon en inkomsten uit andere bronnen. In het schaderegelingsproces zal niet altijd voldoende informatie over alle factoren beschikbaar zijn.¹⁸⁵

Ook op het terrein van de ernst van de gevolgen van de normschending, dat mijns inziens als onderscheidend criterium kan gelden, is een beslissing over de mate van abstraheren vereist. Moet de vergoeding per slachtoffer worden berekend, of is ook hier (meer) afstand van individuele omstandigheden gewenst? Een eerste optie is het toekennen van een vergoeding voor elk verloren uur vrije tijd. In dat geval wordt volledig aangesloten bij de concrete omstandigheden van het slachtoffer. Visscher lijkt hier een voorstander van te zijn. Met zijn QALY-methode, waarover later meer, is het mogelijk een vergoeding per uur toe te kennen.

In verdere mate abstraheren van de concrete omstandigheden is eveneens mogelijk. Ik put hiervoor inspiratie uit het Wetsvoorstel Affectieschade, dat momenteel onder behandeling van de Eerste Kamer is.¹⁸⁶ Het wetsvoorstel beoogt de positie te verbeteren van naasten van personen die zijn overleden of ernstig en blijvend letsel ondervinden als gevolg van het toedoen van een ander.¹⁸⁷ Indien het wetsvoorstel – anders dan in 2010, toen een eerder voorstel strandde in de Eerste Kamer – wordt aangenomen, wordt het voor naasten mogelijk een vergoeding te krijgen voor affectieschade.¹⁸⁸ Deze vorm van immateriële schade heeft betrekking op leed dat het gevolg is van het overlijden of ernstig gewond raken van een persoon waarmee een affectieve band bestaat.¹⁸⁹

Interessant voor mijn onderzoek is dat het voorstel ziet op toekenning van vaste bedragen aan een vaste kring van gerechtigden. Er zal dus niet per individueel geval een vergoeding worden berekend. Op deze manier wordt zoveel mogelijk voorkomen dat discussie ontstaat over de

¹⁸⁴ Zoals gezien in paragraaf 2.2 is doelmatigheid een reden om de vergoeding voor vermogensschade abstract te berekenen (bijv. voor huishoudelijke hulp).

¹⁸⁵ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 2.3 en 3.1.

¹⁸⁶ Zie voor de stand van zaken https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34257_vergoeding_van (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 257, 3, p. 1 (MvT).

¹⁸⁸ Over het Wetsvoorstel Affectieschade is inmiddels veel geschreven. Zie bijv. Hebly & Engelhard, *NTBR* 2017/43, Sas, *NJB* 2017/1396 en Overes, *TVP* 2016/1.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 257, 3, p. 1 (MvT).

affectieve relatie en intensiteit van leed, wat voor de betrokkenen niet alleen tijdrovend maar vooral ook pijnlijk is. Een genormeerd systeem zal bovendien leiden tot minder procedures en tot minder omvangrijke kosten van afwikkeling, hetgeen de drempel verlaagt om daadwerkelijk een vergoeding te vorderen. Een argument voor een dergelijke aanpak kan ook gevonden worden in onderzoek van Akkermans e.a. dat heeft aangetoond dat naast enerzijds een duidelijke voorkeur hebben voor rekening houden met individuele omstandigheden, maar waaruit anderzijds is gebleken dat (onaangename) discussies over vergoedingen de leedverwerking het meest belemmeren.¹⁹⁰ Dit laatste rechtvaardigt het toekennen van vaste bedragen. Opmerking verdient nog dat in het wetsvoorstel erkenning en genoegdoening (het verzachten van het geschokte rechtsgevoel) voorop staan.¹⁹¹ Het leed kan immers niet worden hersteld met geld. De (verschillen tussen de) bedragen kunnen dan ook als symbolisch worden aangemerkt.¹⁹² De compensatiegedachte, die in het schadevergoedingsrecht veelal prominent aanwezig is, lijkt bij de vergoeding van affectieschade wat meer op de achtergrond te liggen.¹⁹³ Het wetsvoorstel introduceert een systeem waarbij de hoogte van de vergoeding afhankelijk is van de vraag of het gaat om ernstig en blijvend letsel of de dood, van de aard van de relatie met het slachtoffer en van de vraag of sprake is van een misdrijf.¹⁹⁴ De tabel met de daadwerkelijke bedragen, variërend van €12.500 tot €20.000, is inmiddels te vinden in het (concept-) Besluit vergoeding affectieschade.¹⁹⁵ Wellicht zou een dergelijke tabel ook voor het verlies van vrije tijd kunnen worden ontwikkeld.

Hierboven heb ik twee uitersten geschetst: het bieden van een vergoeding voor ieder verloren uur vrije tijd en de beperkte hoeveelheid variaties zoals bij het Wetsvoorstel Affectieschade. Beide wijzen van begroten hebben voor- en nadelen, zoals hiervoor al is gebleken in het kader van affectieschade. In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat een spoedige schadeafwikkeling en een voorspelbare uitkomst de voorkeur verdienen, hetgeen ook in het geval van verlies van vrije tijd pleit voor een grotere mate van abstraheren. Wel denk ik dat het belangrijke uitgangspunt van het wetsvoorstel, dat lange en pijnlijke discussies moeten worden voorkomen, in mindere mate geldt voor het verlies van vrije tijd. Ervan uitgaande dat het verlies van vrije tijd een minder emotionele en pijnlijke aangelegenheid is, zijn discussies over vergoeding minder bezwaarlijk. Ook denk ik dat, anders dan bij affectieschade, de compensatiefunctie meer voorop staat (althans kan staan) bij het verlies van vrije tijd.¹⁹⁶ Hoewel voor beide schadesoorten geldt dat zij moeilijk in geld zijn uit te drukken, meen ik dat tussen zaken waarin sprake is van verlies van vrije tijd beter onderscheid gemaakt kan worden dan tussen zaken waarin sprake is van affectieschade. Verlies van vrije tijd is immers wel te tellen in aantal uren. Het lijkt mij rechtvaardig dat aan de persoon die veel vrije tijd kwijt was aan schadebeperkend handelen een hogere vergoeding wordt toegekend dan aan degene die veel minder tijd heeft moeten inleveren. Enigszins concreet te werk gaan is derhalve noodzakelijk. Het bieden van een vergoeding voor elk uur verloren tijd leidt, zoals gezegd, wel tot langere en ingewikkeldere discussies. Daar komt nog bij dat van het slachtoffer wordt gevraagd "tijd te schrijven". Hij zal alle uren die hij heeft

¹⁹⁰ *Kamerstukken II 2014/15, 34 257, 3, p. 5 (MvT)* en Akkermans e.a. 2008, p. 74-76.

¹⁹¹ *Kamerstukken II 2014/15, 34 257, 3, p. 4 (MvT)*.

¹⁹² *Kamerstukken II 2014/15, 34 257, 3, p. 5-6 (MvT)*.

¹⁹³ Zie ook Overes, *TVP 2016/1*, p. 19 en Sas, *NJB 2017/1396*, p. 1823-1824.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II 2014/15, 34 257, 3, p. 6 (MvT)*.

¹⁹⁵ Via <https://www.internetconsultatie.nl/affectieschade> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018). Zie over het conceptbesluit en enige kwalificatievragen Hebly & Engelhard, *NTBR 2017/43*.

¹⁹⁶ Naast de compensatiefunctie speelt bij integriteitsschade genoegdoening een grote rol. Zie bijv. Lindenbergh 2008, p. 40 en Giesen 2014, p. 62.

besteed aan schadebeperkend handelen nauwkeurig moeten bijhouden, zodat ook verantwoording tegenover de wederpartij mogelijk is. Daarnaast vermoed ik dat de wederpartij vaker de vraag naar de redelijkheid van de opgevoerde uren zal opwerpen. Tot slot moet bij kwalificatie als immateriële schade wederom niet uit het oog verloren worden dat het uitgangspunt een vergoeding naar billijkheid is, hetgeen (een zekere mate van) abstraheren rechtvaardigt.

Wellicht is het ook mogelijk een tussenvorm te bedenken, die zoveel mogelijk rekening houdt met de bezwaren van de twee genoemde wijzen van begroting. Gedacht zou kunnen worden aan een uitgebreidere versie van de methode gebruikt in het Wetsvoorstel Affectieschade. Er kunnen bijvoorbeeld staffels worden ontwikkeld. Ik denk hierbij aan twee mogelijke varianten. Bij de eerste wordt, net als in geval van vergoeding van elk uur, een directe koppeling gemaakt met de hoeveelheid verloren gegane uren. Vervolgens moeten “groepen” uren worden gevormd. Het slachtoffer heeft recht op de vergoeding die hoort bij de groep waarin hij valt. Bijvoorbeeld: een slachtoffer dat tussen de tien en twintig uur vrije tijd heeft moeten opofferen krijgt bedrag ‘x’. Wanneer tussen de twintig en veertig uur vrije tijd verloren is gegaan, krijgt hij bedrag ‘y’, enzovoorts. De groepen kunnen uiteraard op veel manieren worden ingedeeld. Op het eerste gezicht lijkt een voordeel van een dergelijk systeem dat minder berekeningen nodig zullen zijn. Toch zal een slachtoffer nog steeds al zijn uren moeten bijhouden om aan te kunnen tonen in welke groep hij valt. Ook zou de verleiding kunnen ontstaan de hoeveelheid uren iets op te rekken, zodat net de grens van de volgende groep (met een hogere vergoeding) wordt gehaald.

Een tweede variant is een puntensysteem. Uiteraard zijn ook hierbinnen weer variaties mogelijk. Elk punt of elke groep punten kan een bepaald bedrag vertegenwoordigen. Punten zouden bijvoorbeeld gekoppeld kunnen worden aan de mate waarin een activiteit in het algemeen als belastend wordt ervaren. Hoe meer belastend een activiteit is, hoe vervelender het verlies van vrije tijd. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat doktersbezoek meer belastend is dan het thuis moeten doen van fysiotherapeutische oefeningen. Een doktersbezoek zou dan meer punten moeten vertegenwoordigen. Een voordeel van een dergelijke methode is dat meer wordt gekeken naar objectieve gegevens. Het feit dat iemand naar de dokter is geweest of thuis oefeningen heeft moeten doen is gemakkelijk (objectief) vast te stellen. Het daadwerkelijke tijdsbestek is dan niet relevant. Dit zal de schadeafwikkeling gemakkelijker maken. De objectiveerbaarheid zorgt er mogelijk ook voor dat minder discussies zullen ontstaan over de redelijkheid. Een nadeel is dat niet iedereen dezelfde activiteiten als even belastend beschouwt. Het loskoppelen van de activiteit van de daadwerkelijk bestede uren kan ook anderszins tot scheve situaties leiden, bijvoorbeeld omdat de een veel meer tijd kwijt is aan een activiteit dan een ander.

Punten zouden ook kunnen worden gekoppeld aan het gemiddelde tijdsbestek van een activiteit. Wanneer bijvoorbeeld het bezoeken van de fysiotherapeut gemiddeld een uur kost en het aan- en afdoen van een prothese gemiddeld een half uur, moet bezoek aan de fysiotherapeut twee keer zoveel punten krijgen. Deze variant heeft eveneens als voordeel dat wel de activiteit moet worden bijgehouden, maar niet het concrete aantal bestede uren. Bovendien wordt het nadeel dat activiteiten niet voor iedereen even belastend zijn hiermee ondervangen. Toch wordt ook in dit geval niet altijd recht gedaan aan individuele omstandigheden, omdat wordt uitgegaan van gemiddelden. Het ene slachtoffer moet misschien wel veel verder reizen naar zijn doktersafspraak of moet veel langer thuis oefeningen doen dan het andere slachtoffer. Het

inbouwen van de mogelijkheid tot een billijkheidscorrectie kan hieraan tegemoetkomen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat het toegekende aantal punten in een dergelijk geval wordt verdubbeld. Om geen afbreuk te doen aan de efficiëntie van het puntensysteem en de voorspelbaarheid die het meebrengt, moeten correcties mijns inziens alleen in extreme gevallen worden toegepast. Gedacht kan worden aan het slachtoffer uit Limburg dat voor een specifieke medische behandeling alleen in Groningen terecht kan.

Een laatste aspect waar met betrekking tot de wijze van begroting over moet worden nagedacht is het al dan niet maximeren van de vergoeding. Dit is uiteraard ook mogelijk als geen gebruik wordt gemaakt van een puntensysteem. Het is denkbaar dat een slachtoffer met ernstig en langdurend letsel veel vrije tijd kwijt is aan schadebeperkend handelen, hetgeen leidt tot recht op een (zeer) hoge vergoeding. Vergoedingen die in de huidige maatschappelijke opvattingen als te hoog worden beschouwd, kunnen met een beroep op de redelijkheid en billijkheid worden beperkt. Maximumbedragen kunnen ook vooraf worden ingesteld. Dit zou het draagvlak van de regeling onder aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen verhogen. Een vergoedingsplafond is ook te vinden in de (concept-) regeling voor affectieschade. Wel denk ik dat bij dit bedrag (€25.000) geen aansluiting gezocht moet worden, omdat het doel van die regeling primair erkenning en genoegdoening is. Zoals reeds aangegeven staat bij het verlies van vrije tijd naar mijn mening de compensatiegedachte meer voorop. Ook meen ik dat het maximumbedrag niet gekoppeld mag worden aan de “klassieke” vergoeding voor immateriële schade, omdat dit ziet op een ander soort schade. De vergoeding zou wat mij betreft wel gemaximeerd kunnen worden tot het beloop van het voordeel van het schadebeperkend handelen. De vergoeding wordt in dat geval nooit hoger dan de schade zou zijn geweest in het geval dat het slachtoffer niet schadebeperkend had gehandeld (zie voor een concreet voorbeeld paragraaf 5.3). Aansluiting kan worden gezocht bij (de rechtspraak over) de begrenzing van de vergoeding van hobbykosten gemaakt ter beperking van immateriële schade. Zoals beschreven in paragraaf 4.3 bedraagt de vergoeding van dergelijke kosten maximaal het bedrag aan immateriële schade.¹⁹⁷

5.2.2: Het “prijskaartje” van vrije tijd

Voor alle mogelijke wijzen van begroten geldt dat een “prijskaartje” aan vrije tijd dient te worden gehangen. Nu onderscheid tussen zaken het gemakkelijkst is te maken door te kijken naar de hoeveelheid verloren uren, zal ik in het navolgende op zoek gaan naar aanknopingspunten voor het bepalen van de waarde van een uur vrije tijd.

5.2.2.1: QALY's van Visscher

De bij mijn weten enige auteur die – op juridisch vlak – daadwerkelijk een suggestie doet voor het berekenen van de waarde van tijd is Visscher. Volgens hem moet bij de waardering van tijd aangeknoopt worden bij de kosten van voorzorgsmaatregelen die potentiële slachtoffers bereid zouden zijn te maken ter voorkoming van verlies van tijd. Bij de berekening van de schadevergoeding moet dus niet worden gekeken naar wat nodig zou zijn geweest om het

¹⁹⁷ Een koppeling tussen de hoogtes van schadeposten is buiten het gebied van letselschade bijv. te vinden in art. 7:511 BW. Hierin wordt bepaald dat de hoogte van de vergoeding voor gederfd reisgenot (immateriële schade) niet mag uitstijgen boven het bedrag van de reissom.

slachtoffer terug te brengen in de oude positie, maar naar zijn betalingsbereidheid voor voorzorgsmaatregelen.¹⁹⁸

Het is volgens Visscher niet mogelijk om aan de hand van bestaand empirisch onderzoek tot een algemene maatstaf voor de waarde van tijd te komen. Dit komt namelijk tot uiteenlopende bedragen, waarbij onder meer factoren worden meegewogen die te complex zijn voor het schaderegelingsproces. Hij bespreekt drie alternatieve maatstaven. Zijn uitgangspunt is dat verlies van leven erger is dan verlies van tijd. De waarde van leven kan derhalve als bovengrens dienen voor de bepaling van de waarde van het verlies van tijd. Aangezien de betalingsbereidheid van het slachtoffer volgens Visscher bepalend is, is zijn eerste suggestie te kijken naar de 'waarde van een statistisch leven', WSL. Dit is een bekende maatstaf voor de betalingsbereidheid ten aanzien van het voorkomen van dodelijke ongevallen. De WSL wordt vaak op ongeveer €6 miljoen bepaald. Wanneer uit wordt gegaan van een levensverwachting van ongeveer tachtig jaar, is een 'statistisch levensuur' ongeveer €8,55 waard. Wel omvat de WSL zowel materiële als immateriële componenten. Wanneer alleen rekening wordt gehouden met het immateriële element, is een statistisch levensuur ongeveer €4,25 tot €6,40 waard. Lastig is dat factoren zoals leeftijd, inflatie en rente van belang zijn bij het terugrekenen van leven naar een uur. Visschers tweede alternatief, het concept 'waarde van een statistisch levensjaar', WSLJ, houdt rekening met deze aspecten. De immateriële waarde van tijdsverlies komt hierbij uit op bedragen tussen €9,53 en €14,29 per uur voor personen jonger dan 65 jaar en tussen €15,20 en €22,80 voor personen ouder dan 65 jaar.¹⁹⁹

Volgens Visscher bestaat er echter een betere methode. Zijn derde suggestie is de maatstaf van de 'Quality Adjusted Life Year', oftewel QALY. Dit concept komt oorspronkelijk uit de gezondheidseconomie.²⁰⁰ Het is ontwikkeld om de effecten van verschillende medische behandelingen en ingrepen te kunnen vergelijken en evalueren.²⁰¹ QALY's omvatten alleen immateriële aspecten; ze geven uitdrukking aan de invloed van een bepaalde gezondheidstoestand op de kwaliteit van leven. De kwaliteit van leven wordt uitgedrukt in een getal tussen 1.0, dat staat voor perfecte gezondheid, en 0.0, dat staat voor de dood.²⁰² De QALY-maatstaf kan ook worden toegepast op periodes die korter zijn dan een jaar. De gemiddelde waarde per QALY is berekend op €7,47 per uur. Dit bedrag is wederom de bovengrens, omdat een QALY de waarde uitdrukt van het leven in perfecte gezondheid. Visscher meent dat QALY's meer kunnen doen dan het enkel aangeven van een bovengrens. De 'Health Utilities Index Mark 3', HUI3, dat als een van de betere QALY-methodes wordt gezien, onderscheidt niet alleen fysieke factoren zoals zicht, gehoor en pijn, maar ook de factor emotie. Enkel tijdsverlies draait (zijnde onafhankelijk van letsel) om de categorie emotie. Het geluksniveau van een persoon die zijn tijd niet naar eigen inzicht kan besteden is mogelijk lager dan dat dit normaal gesproken zou zijn. De vijf niveaus van emotie die HUI3 onderscheidt zijn 'happy and interested in life', 'somewhat happy', 'somewhat unhappy', 'very unhappy' en 'so unhappy that life is not worthwhile'. Volgens Visscher kan met het derde en vierde niveau worden uitgedrukt dat het slachtoffer tijdens en door het verlies van tijd minder of zelfs geen nut heeft ondervonden. De precieze daling van het geluksniveau is afhankelijk van hoe gelukkig en gezond een persoon

¹⁹⁸ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 2.3.

¹⁹⁹ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 4.

²⁰⁰ Visscher, *TVP* 2013/4, p. 93.

²⁰¹ Visscher, *TVP* 2013/4, p. 95.

²⁰² Visscher, *TVP* 2013/4, p. 95 en Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 4.

vooraangaand aan het tijdsverlies was. Wanneer iemand gezond en gelukkig was en zijn geluksniveau daalt naar 'somewhat unhappy', dan is dit een daling van 0.21 QALY. Wanneer het geluksniveau daalt naar 'very unhappy', dan zorgt dit voor een daling van 0.49 QALY. De immateriële schade door het tijdsverlies ligt dan tussen €1,54 en €3,69. Visscher stelt voor om voor de schadevergoeding uit te gaan van ongeveer het gemiddelde, namelijk €2,50 per uur, oftewel €60,- per etmaal.²⁰³ Samengevat moet een slachtoffer volgens deze methode voor verloren (vrije) tijd een vergoeding krijgen van €2,50 per uur.

Opmerking verdient nog dat Visscher heeft voorgesteld de QALY-methode niet alleen te gebruiken bij de vaststelling van het verlies van tijd, maar ook bij de berekening van de "klassieke" immateriële schade. Met het verlies van tijd wordt dan automatisch rekening gehouden via de factor emotie.²⁰⁴ Visschers voorstel heeft (nog) geen gehoor gekregen in de rechtspraak. Volgens het hof Amsterdam is de QALY-methode "niet ontwikkeld voor en afgestemd op de begroting van immateriële schade die is geleden ten gevolge van een onrechtmatige daad."²⁰⁵

5.2.2.2: Uurloon

Het is wellicht ook mogelijk aansluiting te zoeken bij het concept van verplaatste schade (zie ook paragrafen 2.2 en 4.2.1). De vergoeding zou afhankelijk kunnen worden gesteld van het soort schadebeperkend handelen dat is verricht in de vrije tijd. Bedacht moet worden wat voor hulp zou zijn ingeschakeld als het slachtoffer de activiteit niet zelf zou hebben verricht. Het aan- en afdoen van een prothese kan worden beschouwd als een simpele medische handeling. Deze taak zou, in geval van uitbesteding, kunnen worden verricht door de wijkverpleging. De vergoeding voor het slachtoffer zou dan kunnen worden berekend aan de hand van het salaris van een wijkverpleegkundige (de marktprijs van een professional). Toch is een dergelijke methode niet in alle gevallen van schadebeperkend handelen toereikend. Waarbij zou bijvoorbeeld aansluiting moeten worden gezocht in geval van doktersbezoek? Tijdens deze "stoeluren" hoeft het slachtoffer zelf geen handelingen te verrichten (uiteraard op meewerken na). Desalniettemin zou het mij niet verbazen als deze uren als meer belastend worden ervaren dan de tijd die men kwijt is aan het aan- en afdoen van een prothese. Wanneer dat in aanmerking wordt genomen, zou gezegd kunnen worden dat het rechtvaardig is een hogere vergoeding toe te kennen voor "stoeluren". De daadwerkelijke hoogte hiervan is zonder aanknopingspunten moeilijk te bepalen. Bovendien wordt de begroting gecompliceerd(er) door het feit dat met verschillende bedragen moet worden gewerkt.

Deze problemen kunnen ondervangen worden door het bepalen van één tarief, net zoals in het geval van QALY's. Zoals gezegd wil ik de waarde van vrije tijd niet laten afhangen van individuele omstandigheden. Er kan dus geen aansluiting worden gezocht bij het netto uurloon van het slachtoffer zelf. Dit zou bovendien geen oplossing bieden voor bijvoorbeeld schoolgaande of studerende slachtoffers zonder baan. Als aanknopingspunt voor een algemeen (gemiddeld) tarief kan worden gekeken naar het minimum uurloon. Tabellen van de Rijksoverheid laten zien dat het minimum uurloon afhankelijk is van de fulltime werkweek (36, 38, of 40 uur) en van de leeftijd. Zodra de leeftijd van 22 jaar is bereikt, verandert het bedrag niet meer. Omdat de

²⁰³ Visscher, *AV&S* 2012/3, onder 4.

²⁰⁴ Visscher, *TVP* 2013/4, p. 93 en Visscher, *AV&S* 2012/3, voetnoot 40 onder 4.

²⁰⁵ Hof Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2216, r.o. 5.13.

leeftijdscategorie van 22 jaar en ouder het grootste bereik heeft, kan daarbij aansluiting gezocht worden. De bedragen binnen deze categorie variëren (voor 2018) van €9,11 tot €10,12.²⁰⁶ Om de begroting zo gemakkelijk mogelijk te maken zou mijn suggestie zijn om uit te gaan van een uurbedrag van €10,-.

Aansluiting bij het minimum uurloon is mijns inziens een optie, omdat dit het bedrag is dat een uur werk minimaal waard is. Uiteraard is vrije tijd niet hetzelfde als een gewerkt uur, maar dit is – door het gebrek aan een marktwaarde – wat mij betreft momenteel de beste schatting van de waarde van tijd. De koppeling tussen werk en vrije tijd is minder vergezocht wanneer men ze als inwisselbaar beschouwt.²⁰⁷ Het is mogelijk vrije tijd te verkrijgen door het kopen van extra vakantiedagen of -uren. De prijs hiervan zal, naar ik aanneem, ten minste het minimum uurloon bedragen.

Een andere reden om een bedrag van deze orde toe te kennen vloeit voort uit het in paragraaf 3.1 besproken gedragswetenschappelijke argument voor vergoeding. Het toekennen van een als beloning te beschouwen vergoeding leidt tot het sneller en duurzamer vertonen van het gewenste gedrag. Wanneer de vergoeding niet hoog genoeg is om als beloning te worden gezien, zal het slachtoffer onvoldoende tot (extra) schadebeperkend handelen worden bewogen. Dit is uiteindelijk noch in het belang van het slachtoffer, noch in het belang van (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij.

Tot slot wijs ik op de Richtlijn Huishoudelijke Hulp (2018) van De Letselschade Raad, die vaak wordt gebruikt bij de afwikkeling van letselschadezaken. Deze richtlijn heeft betrekking op de mantelzorg die wordt verricht door derden ter ondersteuning van het slachtoffer. Voor de periode tot drie maanden na het ongeval gaat de richtlijn uit van een normtarief. Indien het slachtoffer daarna nog mantelzorg nodig heeft, wordt voor de volgende drie maanden uitgegaan van een uurtarief van €9,50.²⁰⁸ Dit bedrag kan worden aangemerkt als een vergoeding voor de tijd van derden. Mijns inziens toont het aan dat een bedrag van €10,- niet onredelijk is voor schadebeperkend handelen van een slachtoffer in tijd die hij anders vrijelijk had kunnen besteden.²⁰⁹

5.3: Hoe nu verder?

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat nog veel vragen antwoord behoeven. Enerzijds moet rekening worden gehouden met de te betrachten terughoudendheid. Anderzijds moeten geen al te hoge drempels worden opgeworpen, want dan wordt geen recht gedaan aan de positie en rechten van het slachtoffer. Er zal een balans moeten worden gevonden tussen de nadelen

²⁰⁶ De bedragen zijn te vinden op de website van de Rijksoverheid:

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/minimumloon/bedragen-minimumloon/bedragen-minimumloon-2018> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

²⁰⁷ Zoals gezien in paragraaf 4.1.1 wees Bloembergen in zijn annotatie onder het *Johanna Kruidhof*-arrest al op de inwisselbaarheid van betaalde arbeid en vakantie.

²⁰⁸ Zie voor De Letselschade Richtlijn Huishoudelijke Hulp per 1 januari 2018 <https://deletselschaderaad.nl/wp-content/uploads/Richtlijn-Huishoudelijke-Hulp.pdf> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

²⁰⁹ Kort wil ik er nog op wijzen dat buiten het gebied van letselschade soms hoge vergoedingen voor verloren tijd worden betaald. Denk bijv. aan Europese Verordening 261/2004, die bepaalt dat bij bepaalde vluchten een vertraging van tenminste vier uur leidt tot een compensatie van €600 (art. 7). Dit komt neer op een vergoeding van (maximaal) €150 per uur.

van vergoeding en de belangen van het slachtoffer. Bovendien moet met duidelijke criteria worden gewerkt, omdat de gevolgen van de nieuwe schadepost anders moeilijk te overzien en daardoor moeilijk beheersbaar zijn.

Mijns inziens kan de belangrijkste begrenzing van het recht op vergoeding worden gesteld door het criterium dat vereist dat sprake is van gevolgen van een zekere ernst. Wat betreft de wijze van begroting denk ik dat de balans tussen de verschillende belangen het best kan worden bereikt door het instellen van een puntensysteem dat werkt met een gemiddeld tijdsbestek per activiteit. Om recht te doen aan individuele gevallen kunnen mogelijkheden tot billijkheidscorrecties worden ingebouwd. Wanneer wordt gezocht naar een marktwaarde voor vrije tijd kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij het concept van QALY's of bij het minimum uurloon. De totale vergoeding kan beperkt worden door het instellen van maximumbedragen.

Laten wij nogmaals terugkeren naar de in de inleiding besproken casus van de door de ruit gevallen scholier. Omdat de zaak enkel dient ter illustratie, zal ik afwijken van de concrete omstandigheden en de feiten enigszins simplificeren. Zonder uitspraak te doen over de daadwerkelijke hoogte van de "urendrempel", denk ik dat in deze zaak gezegd kan worden dat sprake is van een zekere ernst, nu de jongen veel vrije tijd heeft (en zal) moeten opofferen om schadebeperkend te handelen. Gekeken moet worden naar de opgeofferde uren buiten schooltijd, omdat deze als vrije tijd kunnen worden aangemerkt. De (onder meer) doktersafspraken tijdens schooltijd blijven derhalve buiten beschouwing.²¹⁰ De twee belangrijkste schadebeperkende activiteiten buiten schooltijd zijn het inhalen van schoolwerk en het doen van fysiotherapeutische oefeningen.²¹¹ De vergoeding die hiervoor moet worden toegekend zal ik globaal berekenen, zonder rekening te houden met bijvoorbeeld schrikkeljaren, contante waarde en belastingschade. Het puntensysteem zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat het gemiddelde dagelijkse tijdsbestek van het inhalen van schoolwerk anderhalf uur is en dat hiervoor 1,5 punt per dag wordt toegekend.²¹² Het ongeval vond plaats in juni en pas in juni van het volgende jaar werd duidelijk dat de jongen zou overgaan. Hij heeft derhalve een jaar lang schoolwerk ingehaald, wat gelijk staat aan $1,5 \times 365 = 547,5$ punten. Met betrekking tot het doen van fysiotherapeutische oefeningen zou het puntensysteem kunnen bepalen dat het gemiddelde dagelijkse tijdsbestek een half uur is en dat hiervoor 0,5 punt per dag wordt toegekend. Wanneer wordt uitgegaan van een gemiddelde levensverwachting van tachtig jaar, zal de dertienjarige jongen zevenenzestig jaar oefeningen moeten doen. Dit staat gelijk aan $0,5 \times 365 \times 67 = 12.227,5$ punten. In totaal komt dit neer op $547,5 + 12.227,5 = 12.775$ punten. Als elk punt een waarde van €2,50 vertegenwoordigt (QALY-waarde), dan dient een vergoeding van $12.775 \text{ punten} \times €2,50 = €31.937,50$ te worden toegekend voor hetgeen wij vrije tijdsschade zouden kunnen noemen. Wanneer wordt aangesloten bij het minimum uurloon en een punt een waarde van €10,- vertegenwoordigt, komt de vergoeding uit op een bedrag van $12.775 \text{ punten} \times €10,- = €127.750$. Bepaald kan worden dat de totale vergoeding niet mag uitstijgen boven de hoogte van

²¹⁰ Dit geldt op gelijke wijze voor bijv. een werkend slachtoffer dat gemiste werkuren niet hoeft in te halen. Er is geen sprake van verlies van vrije tijd, omdat hij reeds een verplichting had (arbeid verrichten). Bovendien krijgt hij in de vorm van loon reeds een vergoeding voor de uren.

²¹¹ Medische behandelingen die hebben plaatsgevonden tijdens schoolvakanties zorgen ook voor verlies van vrije tijd. Voor het gemak en de overzichtelijkheid zal ik die hier buiten beschouwing laten.

²¹² Het puntensysteem zou niet alleen het aantal punten per dag, maar ook (enkel) het aantal punten per jaar kunnen aangeven. Wanneer enkel punten per jaar worden aangegeven, zou met afgeronde hoeveelheden kunnen worden gewerkt om de begroting gemakkelijker te maken.

de schade zonder het schadebeperkende handelen. Dit kan bijvoorbeeld voor elke categorie apart worden beoordeeld. De vergoeding voor doubleren op het vwo is volgens de Richtlijn Studievertraging van De Letselschade Raad in 2018 €16.850.²¹³ De door mij berekende vergoeding blijft (ver) onder dit bedrag, ook wanneer wordt uitgegaan van een waarde van €10,- (547,5 punten x €10,- = €5.475). Het maximumbedrag voor het doen van fysiotherapeutische oefeningen is lastiger te berekenen. Specialisten zouden dit bedrag wellicht met behulp van de American Medical Association Guides (AMA-guides) voor functionele invaliditeit kunnen bepalen.²¹⁴

Ik realiseer mij dat dergelijke totaalbedragen voor vrije tijdsschade in de praktijk op weerstand kunnen stuiten, met name vanuit het verzekeringswezen. Het voorgaande moet dan ook als suggestie worden beschouwd. Nadere invulling is nodig. Bovendien zullen er ook andere criteria en aanknopingspunten te bedenken zijn. Ik denk dat discussie (in de literatuur) niet alleen gewenst, maar ook noodzakelijk is, aangezien de schadepost de potentie heeft in veel zaken ingeroepen te worden. De te voeren koers, die afhankelijk is van rechtspolitieke wensen en maatschappelijke opvattingen, moet uiteindelijk ofwel in de rechtspraak, ofwel door brancheorganisaties worden uitgezet. Wanneer begroting aan de rechtspraak wordt overgelaten, is het mogelijk dat het lang zal duren voordat een algemene lijn kan worden ontdekt, zeker nu een nieuw recht vaak eerst wordt erkend in de meest schrijnende situaties.²¹⁵ Om de rechtsontwikkeling te bevorderen en de praktijk handvatten te bieden, dienen rechters hun oordeel zo uitvoerig mogelijk te motiveren.²¹⁶ Mijns inziens verdient het de voorkeur als brancheorganisaties samen om de tafel gaan zitten. Zeker wanneer gezamenlijk staffels worden ontwikkeld, zal in alle gevallen duidelijk zijn hoe met de schadepost om dient te worden gegaan. De gang naar de rechter zal dan minder vaak gemaakt hoeven te worden en de schade kan sneller worden afgewikkeld. De taak zou bijvoorbeeld kunnen worden opgepakt door De Letselschade Raad. Deze organisatie bestaat uit alle bij de behandeling van letselschadezaken betrokken partijen, met inbegrip van het Verbond van Verzekeraars. Zoals gezien heeft De Raad reeds eerder richtlijnen voor schadevergoeding ontwikkeld, onder meer voor studievertraging, huishoudelijke hulp en kilometervergoedingen.²¹⁷ Uiteraard zal ook het ontwikkelen van staffels veel tijd kosten en derhalve niet direct een oplossing bieden.²¹⁸

²¹³ Zie: <https://deletselschaderaad.nl/wp-content/uploads/Richtlijn-Studievertraging.pdf> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

²¹⁴ Zie bijv. voor de leidraad bij de AMA-guides van de Nederlandse Orthopedische Vereniging: <https://www.orthopeden.org/base/downloads/nov-leidraad-bij-de-6e-editie-van-de-ama-guides.pdf> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

²¹⁵ Lindenbergh, *TVP* 2006/4, p. 110.

²¹⁶ Dit is voor andere schadeposten uiteraard niet anders. Zie ook Lindenbergh 2008, p. 40.

²¹⁷ Zie de website van De Letselschade Raad: <https://deletselschaderaad.nl/> (laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

²¹⁸ Bovendien komen partijen er onderling niet altijd uit, zoals ook blijkt uit het feit dat de door De Letselschade Raad ingestelde Denktank Smartengeld onlangs is opgeheven: <http://www.amweb.nl/schade/nieuws/2018/02/letselschade-raad-vindt-geen-oplossing-voor-discussie-smartengeld-101109098> (d.d. 19 februari 2018, laatst geraadpleegd 30 maart 2018).

Conclusie

Na een ongeval moet een slachtoffer met letsel allerlei activiteiten ondernemen om te voldoen aan zijn schadebeperkingsplicht. Gedacht kan worden aan het onder behandeling stellen van specialisten, het doen van fysiotherapeutische oefeningen ter bevordering van de gezondheid en aan het in de avonduren maken van huiswerk om toch over te gaan naar de volgende klas. Wanneer het slachtoffer dit niet doet, verliest hij zijn recht op volledige schadevergoeding. De kosten die worden gemaakt ter schadebeperking worden in beginsel vergoed. De vrije tijd die het slachtoffer verliest lijkt in het schaderegelingsproces echter volledig buiten beschouwing te worden gelaten. Ook in de literatuur en rechtspraak is het verlies van vrije tijd onderbelicht gebleven. Het welbekende adagium 'tijd is geld' lijkt in het schadevergoedingsrecht niet op te gaan.

Mijns inziens is dit onterecht en moet het verlies van vrije tijd als een voor vergoeding in aanmerking komende schadepost worden beschouwd. Een belangrijk argument hiervoor is dat een slachtoffer in beginsel recht heeft op vergoeding van al zijn schade. Hoewel consensus over de waarde van vrije tijd ontbreekt, staat wel vast *dat* vrije tijd waarde heeft. De argumenten die pleiten tegen vergoeding wegen niet op tegen de argumenten voor vergoeding. De nadelen kunnen wel een rol spelen bij de nadere afbakening van het recht op vergoeding.

Een vraag die zich opwerpt is hoe de schadepost verlies van vrije tijd moet worden gekwalificeerd. Het antwoord hierop is van belang voor de wijze van begroting. Beantwoording is echter niet gemakkelijk, nu het verlies van vrije tijd niet overduidelijk binnen een van de twee categorieën valt. Ik heb uiteengezet op welke wijzen het verlies van vrije tijd als vermogensschade en als immateriële schade kan worden aangemerkt. Hoewel ik het verlies van vrije tijd vergelijkbaar met bereddingskosten acht, past de post naar mijn mening dogmatisch gezien beter in het kader van de immateriële schade. Aansluiting kan worden gezocht bij het leerstuk van schendingen van fundamentele rechten als aantasting in de persoon op andere wijze. Nu het slachtoffer zijn vrije tijd niet naar eigen inzicht heeft kunnen indelen en deze tijd op geen enkele wijze kan terugkrijgen, kan immers gezegd worden dat een inbreuk is gemaakt op zijn zelfbeschikkingsrecht.

Wanneer het verlies van vrije tijd als immateriële schade wordt beschouwd, dient vergoeding plaats te vinden naar billijkheid. Ook indien men tot de conclusie komt dat het verlies van vrije tijd als vermogensschade moet worden aangemerkt, leidt dit wellicht niet tot geheel andere resultaten. Vermogensschade wordt immers ook niet altijd geheel vergoed; vergoeding wordt bijvoorbeeld in enkele gevallen beperkt door de redelijkheid. Het begroten van de schadepost verlies van vrije tijd is niet gemakkelijk, omdat nog maar weinig aanknopingspunten zijn te vinden. Allereerst zal duidelijk moeten worden onder welke voorwaarden het recht op vergoeding bestaat. Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling zijn enkele afbakeningen gewenst, omdat vergoeding van deze schadepost leidt tot een uitbreiding van het schadevergoedingsrecht, met onder meer een groeiende aansprakelijkheidslast tot gevolg. Mijns inziens ziet de belangrijkste begrenzing erop dat sprake moet zijn van een zaak met gevolgen van een zekere ernst; er moet een bepaalde hoeveelheid vrije tijd verloren zijn gegaan. Er kan bijvoorbeeld een "urendrempel" worden ingesteld.

Ook zal overeenstemming moeten worden bereikt over de wijze van begroting. Dit ziet vooral op de mate van abstraheren van de concrete omstandigheden. Hoewel de waarde van vrije tijd niet voor iedereen gelijk is, denk ik dat gezocht moet worden naar een algemene norm, omdat de begroting anders te complex wordt. Daarnaast moet worden bepaald hoe concreet het aantal verloren uren vrije tijd moet meewegen. Wanneer een vergelijking wordt getrokken met affectieschade, dat ook een (potentiële) nieuwe soort vergoedbare immateriële schade is, kan gezegd worden dat verlies van tijd meer “tastbaar” is. Maten van verdriet kunnen minder goed worden onderscheiden dan hoeveelheden verloren vrije tijd. Bij het verlies van vrije tijd is naar mijn mening dan ook minder aanleiding voor het bieden van een symbolische vergoeding en kan de compensatiefunctie van vergoeding meer op de voorgrond staan. Het is mogelijk een vergoeding te bieden voor elk verloren uur vrije tijd. Een nadeel hiervan is dat het kan leiden tot lange discussies over de redelijkheid van de opgevoerde uren. Mij lijkt het wenselijk (iets) meer te abstraheren van de omstandigheden van het geval. Er kan bijvoorbeeld een puntensysteem ontwikkeld worden dat werkt met een gemiddeld tijdsbestek per activiteit. Elke activiteit vertegenwoordigt een bepaalde hoeveelheid punten, die weer een bepaalde waarde vertegenwoordigt. Wel moet een mogelijkheid tot een billijkheidscorrectie worden toegevoegd, zodat tegemoet kan worden gekomen aan de persoonlijke omstandigheden van een slachtoffer.

Tot slot resteert de vraag naar de daadwerkelijke waarde van vrije tijd. Visscher heeft zich als enige juridische auteur hierover uitgelaten. Hij stelt voor de QALY-methode te gebruiken, hetgeen resulteert in een uurbedrag van €2,50. Ik denk dat ook aansluiting kan worden gezocht bij het minimum uurloon en kom daarmee op een bedrag van €10,- per uur. De totale vergoeding van hetgeen wij vrije tijdsschade zouden kunnen noemen kan door het instellen van maximumbedragen worden beperkt. Beslissend kan bijvoorbeeld zijn wat de omvang van de schade was geweest indien het slachtoffer niet schadebeperkend had gehandeld.

Gebleken is dat de vragen naar de kwalificatie en de begroting van het verlies van vrije tijd van het slachtoffer met letsel niet gemakkelijk te beantwoorden zijn. In mijn verkennende onderzoek heb ik gezocht naar aanknopingspunten en heb ik enkele suggesties gedaan. De vele openstaande vragen maken nadere discussie in de literatuur gewenst. Uiteindelijk is het aan brancheorganisaties of de rechtspraak om de gewenste koers uit te zetten. Het is mijns inziens onterecht dat het slachtoffer als gevolg van het handelen van de aansprakelijke partij ongewild zoveel vrije tijd verliest zonder hiervoor een vergoeding te ontvangen. De schadepost mag in de huidige maatschappelijke opvattingen, waarin vrije tijd als steeds belangrijker wordt gezien, niet langer genegeerd worden. Het moment is daar dat ook in het schadevergoedingsrecht tijd geld is.

Bronnenlijst literatuur

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht - Deel II: affectieschade*, Den Haag: WODC 2008, via https://www.wodc.nl/binaries/volledige-tekst_tcm28-69625.pdf.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2013 (online).

Van Dijck, NJB 2016/1127

G. van Dijck, 'Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2016/1127, p. 1608-1616.

Dijkshoorn, TVP 2007/3

W. Dijkshoorn, 'Keuzevrijheid op het grensvlak tussen vermogensschade en ander nadeel', *TVP* 2007/3, p. 67-73.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Giesen 2014

I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: "integriteitsschade"', in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43-68 en 115-122.

Hartlief, WPNR 2002/6472

T. Hartlief, 'Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW', *WPNR* 2002/6472, p. 8-19.

Hebly & Engelhard, NTBR 2017/43

M.R. Hebly & E.S. Engelhard, 'Besluit vergoeding affectieschade', *NTBR* 2017/43, p. 303-305.

Huver e.a. 2007

R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiel aansprakelijkheidsrecht - Deel I: Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007, via https://www.wodc.nl/binaries/volledige-tekst_tcm28-68899.pdf.

Jansen, WPNR 2017/7133

K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Groningen: Kluwer 2003.

Keirse, AV&S 2005/2

A.L.M. Keirse, 'Het alles of niets denken naar de geschiedenis verbannen', *AV&S* 2005/2.

Keirse, NTBR 2011/23

A.L.M. Keirse, 'Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid (deel II)', *NTBR* 2011/23.

Klaassen 2017

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW nr. B35), Deventer: Kluwer 2017 (online).

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, 'Tijd en schade', in: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, *Tijd is geld*, Den Haag: Stichting PIV 2006, p. 109-121, via http://stichtingpiv.nl/fileadmin/user_upload/smartsite/Docs/PIVdocs/2006/Tijd_is_geld.pdf.

Lindenbergh, TVP 2006/4

S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006/4, p. 105-110.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, via <hdl.handle.net/1765/14949>.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014 (online).

Lindenbergh, in: GS Schadevergoeding, art. 6:95 BW

S.D. Lindenbergh, in: *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt tot 28 augustus 2017).

Lindenbergh, in: GS Schadevergoeding, art. 6:106 BW

S.D. Lindenbergh, in: *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt tot 28 augustus 2017).

Overes, TVP 2016/1

J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', *TVP* 2016/1, p. 18-27.

Overheul, TVP 2016/1

A.M. Overheul, 'Vergoeding van integriteitsschade mede bezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief', *TVP* 2016/1, p. 1-9.

Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007

J. van der Pligt, W. Koomen & F. van Harreveld, *Bestrafen, belonen & beïnvloeden. Een gedragswetenschappelijk perspectief op handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, via https://hetccv.nl/fileadmin/Bestanden/Onderwerpen/Handhaving_toezicht_naleving/Documenten/Bestrafen_belonen_en_bevloeden/bestrafen_belonen_bevloeden.pdf.

Sas, NJB 2017/1396

A.H. Sas, 'Déjà vu: affectieschade', *NJB* 2017/1396, p. 1822-1825.

Schreuder, VR 2014/114

A.I. Schreuder, 'Religie als predispositie(?)', *VR* 2014/114.

Van Tilburg, VRA 2004/1

W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *VRA* 2004/1.

Visscher, AV&S 2012/3

L.T. Visscher, 'Vergoeding van 'verlies van tijd' als ander nadeel', *AV&S* 2012/3.

Visscher, TVP 2013/4

L.T. Visscher, 'QALY-tijd in de vaststelling van smartengeld bij letsel?' *TVP* 2013/4, p. 93-101.

Wielaart & Bijster, NVVK-info 2011/2

P. Wielaart & P. Bijster, 'In gesprek met dr. Marius Rietdijk. "Belonen is het effectiefste middel om gedrag te veranderen"', *NVVK-info* 2011/2, p. 12-15, via http://www.adriba.vu.nl/nl/Images/InterviewNVVK_tcm225-222756.pdf.

Bronnenlijst jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

Hoge Raad

HR 16 juni 1961, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Henderson/Gibs*).

HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8920, NJ 1989/751, m.nt. C.J.H. Brunner (*ABP/Van Stuyvenberg*).

HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*).

HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, NJ 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (*Amev/Staat*).

HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1063, NJ 2000/117 (*Van Leeuwen/Van der Kaaij*).

HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/Bouw BV*).

HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2117, NJ 2010/61, m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful birth II*).

HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Cornelisse/Lokhorst*).

HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, NJ 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-Van de Pol/Wilton-Fijenoord*).

HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721, NJ 2005/391 m.nt. J.B.M. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*).

HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 (*Blauw oog*).

HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen & W.D.H. Asser (*Severijnen c.s./De Bilt*).

HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*).

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 1 april 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AB7574, NJ 1999/260 (*De hartstochtelijke paardenliefhebber*).

Hof Arnhem 30 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8527 (*De Weerd/Sterpolis*).

Hof Arnhem 9 augustus 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU0822.

Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8927.

Hof Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2216.

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:183.

Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695.

Rechtbanken

Rb. Midden-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3761 (*X./UMCU*).

Rb. Overijssel 17 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7070.

Rb. Den Haag 6 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6086, JA 2017/119, m.nt. E.W. Bosch.

Bronnenlijst Parlementaire Geschiedenis

Kamerstukken II 2014/15, 34 257, 3 (MvT).

Parl Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek; Boek 6; Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1992.