

Het verlies van arbeidsvermogen van jonge kinderen in het personenschaderecht:

de schaduwzijde van de vergelijking mét en zónder ongeval



Naam	Idya Karimi
Studentennr.	3820203
Specialisatie	aansprakelijkheidsrecht
Scriptiebegeleider	mr. dr. Esther Engelhard
Datum	29 juni 2017

“The future is not laid out on a track. It is something that we can decide, and to the extent that we do not violate any known laws of the universe, we can probably make it work the way that we want to.”

- Alan Kay

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterthesis ‘Het verlies van arbeidsvermogen van jonge kinderen in het personenschaderecht’, het sluitstuk van mijn studie rechten aan de Universiteit van Utrecht. Deze thesis is geschreven in het kader van het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting aansprakelijkheidsrecht. Van september 2016 tot en met juni 2017 ben ik bezig geweest met het onderzoek en het schrijven van mijn scriptie.

De rechtspraak op het terrein van personenschaderecht leerde mij dat de berekening van arbeidsvermogensschade van jonge letselslachtoffers een schemergebied blijft. Dat was voor mij de aanleiding om dit onderwerp nader te bestuderen. Mijn begeleider, Ester Engelhard, heeft mij ondersteund bij het opstellen van mijn onderzoeksplan. Gedurende het hele traject heeft zij voor mij klaargestaan. Wanneer ik vragen had kon ik altijd bij haar terecht. Daarnaast heeft zij mijn scriptie zeer grondig gelezen en van scherpe commentaar voorzien. Ik ben haar dan ook veel dank verschuldigd. Mevrouw Engelhard; zonder uw medewerking en ondersteuning had ik mijn scriptie niet succesvol kunnen voltooien.

Ten slotte wil ik mijn vrienden en familie bedanken. Op de momenten dat het tegen zat, kon ik mijn innerlijke rust bij hen vinden. Tijdens het schrijfproces hebben zij mij moreel ondersteund. In het bijzonder wil ik mijn beste vriend, Andrei Dragan, bedanken. Jouw vertrouwen en geloof in mij hebben ervoor gezorgd dat ik altijd met goede moed weer verder kon. Tevens ben ik je zeer dankbaar voor jouw grondige kritiek op mijn stukken.

Ik hoop uw kennis te kunnen verrijken, en wens u veel leesplezier toe.

Idya Karimi

Tiel, 29 juni 2017

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Lijst van afkortingen	10
Hoofdstuk 1 Inleiding	13
1.1. Een opvallende zaak.....	13
1.2. Aanleiding voor het onderzoek	14
1.3. Probleemstelling	16
1.4. Onderzoeksvraag nader toegelicht	17
1.5. Onderzoeksmethode	17
1.6. Opzet	18
Hoofdstuk 2 Verlies van arbeidsvermogen	21
2.1. Inleiding.....	21
2.2. Schadebegroting	21
2.2.1. Wettelijk kader	21
2.2.2. Volledige vergoeding	21
2.2.3. Rechterlijke vrijheid	23
2.2.4. Concrete versus abstracte schadebegroting	26
2.3. Aanknopingspunten voor begroting	28
2.4. Knelpunten bij de wijze van schadeberekening	29
2.5. Deelconclusie	30
Hoofdstuk 3 Nederlandse uitgangspunten; gelijkebehandelingswetgeving	33
3.1. Inleiding.....	33
3.2. Gelijkebehandelingswetgeving.....	33
3.2.1. Europese dimensie.....	33
3.2.2. Algemene wet gelijke behandeling.....	35
3.3. Rechtspraak	36
3.3.1. CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90.....	36
3.3.2. CGB 1 april 2004, oordeel 2004-37	37
3.3.3. CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117	38
3.3.4. Analyse	39
3.4. Het spanningsveld	39
3.5. Deelconclusie	46
Hoofdstuk 4 Alternatieve benaderingen in het buitenland	49
4.1. Inleiding.....	49
4.2. Een blik op Canada.....	49
4.2.1. Loss of earning capacity	50
4.2.2. Letsel als uitgangspunt	51

4.2.3.	Betere waardering van niet-betaalde arbeid	51
4.3.	Een blik op België	52
4.3.1	Algemeen.....	52
4.3.2.	Normering in België.....	52
4.3.3.	Voor- en nadelen van normering.....	54
4.3.4.	Normering in Nederland.....	55
4.4.	Deelconclusie	57
Hoofdstuk 5	<i>Alternatieve benaderingen in Nederland</i>	59
5.1.	Inleiding.....	59
5.2.	Onderscheid tussen interne en externe factoren	59
5.3.	Persoonlijk Modaal Model	61
5.4.	Fondsvorming.....	64
5.4.1.	De ratio achter fondsvorming.....	64
5.4.2.	Rechtspraak over fondsvorming.....	65
5.4.3.	Motieven voor fondsvorming.....	68
5.5.	De ‘wat nu’-variant	69
5.6.	Herstelgerichte benadering.....	71
5.7.	Volledig abstracte methode	75
5.8.	Evaluatie.....	76
Hoofdstuk 6	<i>Samenvatting en conclusie</i>	81
6.1.	Probleemstelling.....	81
6.2.	Vaststelling arbeidsvermogensschade van jonge kinderen	81
6.3.	Spanningsveld tussen schadebegroting en gelijkebehandelingswetgeving	82
6.4.	Alternatieve benaderingen.....	84
6.5.	Eindconclusie	87
6.6.	Aanbevelingen.....	88
Literatuurlijst		91
Boeken & artikelen.....		91
Kamerstukken.....		99
Jurisprudentie		99
I. Hof van Justitie van de Europese Unie		99
II. Hoge Raad		99
III. Hof.....		100
IV. Rechtbank.....		100
V. Commissie gelijke behandeling en College voor de Rechten van de Mens		101
VI. Overige.....		101
Overige bronnen.....		101

Lijst van afkortingen

AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
art.	artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CGB	Commissie gelijke behandeling
CPB	Centraal Plan Bureau
CRM	College voor de Rechten van de Mens
diss.	dissertatie
e.v.	en volgende
etc.	et cetera
enz.	enzovoort
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GEA	Gerecht in Eerste Aanleg
Gw	Grondwet
GS	Groene Serie
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie Europese Gemeenschap
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
jo.	juncto
Kamerstukken II	Kamerstukken (Tweede Kamer)
L&S	Letsel & Schade
LSA	Vereniging van Letselschade Advocaten
LJN	landelijk jurisprudentienummer
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad

NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak civiele uitspraken
nr.	nummer(s)
NRL	Nederlands Rekencentrum Letselschade
o.a.	onder andere
p.	pagina('s)
par.	paragraaf (paragrafen)
Parl. Gesch.	parlementaire geschiedenis
PIV-Bulletin	Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars
PMM	Persoonlijk Modaal Model
red.	redactie
Rehab	rehabilitation
r.o.	rechtsoverweging(en)
Rb.	rechtbank
Rv	Rechtsvordering
RW	Rechtskundig Weekblad
TLP	Tijdschrift letselschade in de rechtspraktijk
TVP	Tijdschrift Vergoeding Personenschade
VASR	Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht
VPRH	Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap
VR	Verkeersrecht
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1 *Inleiding*

1.1. Een opvallende zaak

Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens¹ van 18 augustus 2014 heeft in het personenschaderecht vele pennen in beweging gebracht. Het oordeel roept de vraag op of de Nederlandse praktijk van concrete begroting van verlies van arbeidsvermogen verenigbaar is met gelijkebehandelingswetgeving.

Achtergrond van deze uitspraak is gelegen in het vonnis van de Rechtbank Den Haag.² De zaak die voor de Nederlandse rechter werd gebracht, betrof de vraag naar de omvang van het verlies aan verdienvermogen van het meisje Esra Coskun. De inmiddels jonge vrouw was als tienjarige slachtoffer geworden van een motorongeval. Als gevolg van dit verkeersongeluk had zij ernstig en blijvend hersenletsel opgelopen. Op verzoek van de ouders van het slachtoffer heeft het Nederlands Rekencentrum Letselschade (NRL) een berekening gemaakt van de omvang van het verlies van arbeidsvermogen van het slachtoffer. Het uitgangspunt dat bij de rekenmethode werd gehanteerd, was dat Esra van haar zeventiende tot haar zevenenzestigste fulltime werkzaam zou zijn in een dienstbetrekking op vmbo-niveau. Het arbeidsvermogen werd als gevolg hiervan berekend op een bedrag van €432.893.³ De verzekeraar van de motorrijder, Reaal, achtte dit uitgangspunt niet reëel. In het verweerschrift werd aangevoerd dat het aannemelijker was dat zij een lager opleidingsniveau zou hebben behaald, en dat de omvang van haar dienstbetrekking kleiner zou zijn. Bij de berekening zou volgens Reaal moeten worden uitgegaan van de statistieken waaruit zou blijken dat vrouwen in een functie op dat niveau, na zwangerschap, doorgaans een aantal jaren stoppen met werken, om vervolgens hun werkzaamheden slechts parttime op te pakken. Als gevolg van deze aanname, nam Reaal als uitgangspunt aan dat Esra zonder het ongeval van haar 17^e tot haar 26^e fulltime zou hebben gewerkt, vervolgens zou zijn getrouwd, en in verband met de zorg van haar kinderen gedurende 10 jaar niet zou hebben gewerkt. Na die zorgjaren zou zij vanaf haar 36^e tot haar 67^e levensjaar 20 uur per week werkzaam zijn geweest. Als gevolg van dit scenario meende de verzekeraar een bedrag van €22.717 verschuldigd te zijn aan het slachtoffer, € 410.176 minder dan de berekening van het NRL.

De Rechtbank Den Haag besliste over de te hanteren uitgangspunten bij de vaststelling van de vermogensschade. Met betrekking tot het opleidingsniveau werd geoordeeld dat ervanuit mocht worden gegaan dat een opleiding iets onder gemiddeld vmbo-niveau voor het slachtoffer haalbaar zou

¹ CRM 19 augustus 2014, 2014-97.

² Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly.

³ Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly.

zijn.⁴ Wat betreft de vraag hoeveel uren Esra, het ongeval weggedacht, zou hebben gewerkt, oordeelde de rechtbank dat het uitgangspunt zoals door Reaal voorgesteld gehanteerd moest worden.⁵

Het bezwaar van de advocaat van de benadeelde, dat het hanteren van een dergelijk uitgangspunt in strijd zou zijn met de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB), werd verworpen onder de volgende overweging:⁶

“De rechtbank is – met Reaal – van oordeel dat er geen sprake is van een aanname die is gebaseerd op seksestereotypen. De rechtbank dient, rekening houdend met de beschikbare statistische gegevens en de persoonlijke omstandigheden van [C], te schatten hoe het leven van [C] er, het ongeval weggedacht, zou hebben uitgezien. Daarbij is het onvermijdelijk dat rekening wordt gehouden met het gegeven dat [C] een vrouw is, maar dit maakt nog niet dat de aannames daarmee discriminerend zijn.”

Na dit vonnis wendden de ouders van Esra zich tot het College voor de Rechten van de Mens, (hierna: het College) met de klacht dat de verzekeraar bij de berekening van de omvang van de vermogensschade een sekse discriminatoir uitgangspunt had gehanteerd. Het College oordeelde dat de verzekeraar direct verboden onderscheid op grond van geslacht had gemaakt, in de zin van art. 7 lid 1 sub a Algemene wet gelijke behandeling.⁷ In de procedure bij het College werd het verweerschrift uit de deelgeschilprocedure naar voren gebracht als bewijs. Daaruit bleek dat de verzekeraar bij de vaststelling van de hoogte van het bedrag was uitgegaan van het scenario dat de vrouw van haar 27^{ste} tot en met haar 36^{ste} levensjaar niet zou werken, en daarna parttime zou werken. Het College vond het niet aannemelijk dat de verzekeraar de geformuleerde uitgangspunten op eenzelfde wijze zou hebben toegepast bij de berekening van het verlies van het verdienvermogen van een man.⁸

1.2. Aanleiding voor het onderzoek

De bovenstaande uitspraak roept de vraag op of er een spanningsveld bestaat tussen enerzijds de beginselen van concrete en volledige schadevergoeding die aan het personenschaderecht ten grondslag liggen, en gelijkebehandelingswetgeving anderzijds. Bestaat daadwerkelijk een dergelijk spanningsveld? Spelen, naast het kenmerk van geslacht, ook andere gevoelige factoren (zoals: ras, geloof, etniciteit etc.) direct, dan wel indirect, een rol bij de schadebegroting? Zo ja, is dit onwenselijk?

⁴ Rb. Den Haag 23 juli 2013, *L&S* 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, *JA* 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.7.

⁵ Rb. Den Haag 23 juli 2013, *L&S* 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, *JA* 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.12.

⁶ Rb. Den Haag 23 juli 2013, *L&S* 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, *JA* 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.11.

⁷ CRM 19 augustus 2014, 2014-97, r.o. 3.11.

⁸ CRM 19 augustus 2014, 2014-97, r.o. 3.11.

Vooraf bij jonge kinderen die letselschade hebben opgelopen, ontbreekt een concreet referentiekader aan de hand waarvan de rechter de waarschijnlijke situatie zonder het ongeval kan vaststellen. De rechter zal zich dan eerder bedienen van statistische gegevens. De *Coskun*-zaak maakt duidelijk dat in dat geval ongelijke behandeling dreigt. Bij de inschatting van de te verwachten arbeidsparticipatie van het slachtoffer, ging de rechter er aan voorbij dat hij deze inschatting praktisch volledig heeft opgehangen aan haar geslacht.⁹ Hartlief stelt de vraag of dan niet van bepaalde persoonlijke omstandigheden geabstraheerd dient te worden.¹⁰ Is het wenselijk dat de rechter voor de berekening van toekomstige vermogensschade van kinderen de ‘neutrale maatman’¹¹ als referentiepunt neemt? In dat kader zou bij het vaststellen van de vergoeding moeten worden geabstraheerd van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of andere constitutioneel gevoelige eigenschappen van de benadeelde.¹² Welke rechtvaardiging kan worden gevonden voor deze benadering? Past dit referentiekader binnen het Nederlandse stelsel van schadebegroting? Of dient het stelsel daarop aangepast te worden?

De discussie omtrent statistische gegevens, die verschillen blootleggen tussen de uiteenlopende, naar aangeboren kenmerken te onderscheiden categorieën, en hoe deze moeten worden geïnterpreteerd, is al geruime tijd gaande in de Verenigde Staten en Canada. Welke lessen kunnen uit de praktijk van deze landen worden getrokken?

Hartlief geeft aan dat hoe jonger het slachtoffer is, des te meer er feitelijk van abstracties wordt uitgegaan.¹³ De rechter zal dan uitgaan van ‘gangbare keuzes, gebruikelijke carrières, gebruikelijke financiële afwegingen en van statistische gegevens omdat het nu eenmaal verdomd moeilijk is om uit te gaan van ‘discontinue ontwikkelingen’ en ongebruikelijke beslissingen.’¹⁴ Daar heeft de rechter in beginsel te weinig aanknopingspunten voor. Volgens Hartlief is concrete schadebegroting bij schades met een lange looptijd, eerder een etiket dan een serieus te realiseren resultaat. Hij geeft daarom aan bereid te zijn om na te denken over een stelsel van normeringen, zoals het geval is in België. Daar is geruime tijd ervaring opgedaan met de Indicatieve tabel. Hartlief verwacht dat ‘het debat dan van meet af aan meer richting’ heeft en dat de procedure meer gestructureerd en sneller zal verlopen.¹⁵ Hij vraagt zich dan ook af of daar de toekomst van het personenschaderecht ligt.

⁹ J. Dute, annotatie bij: Rb. Den Haag 23 juli 2013, JA 2013/171.

¹⁰ Hartlief 2012, p. 2463.

¹¹ Loth 2014, p. 117-118.

¹² Loth 2014, p. 117-118.

¹³ Hartlief 2005, p. 168.

¹⁴ Hartlief 2005, p. 168.

¹⁵ Hartlief 2005, p. 168.

1.3. Probleemstelling

Door middel van mijn thesis beoog ik allereerst inzicht te verschaffen in de wijze waarop in Nederland het verlies van arbeidsvermogen van kinderen wordt vastgesteld. Daarnaast ga ik na onder welke omstandigheden de wijze van schadebegroting in strijd kan komen met hogere normen, zoals beschermd door de Grondwet en internationale verdragen. Aangezien statistiek een belangrijke rol kan spelen bij de vaststelling van toekomstige schade van kinderen, zal het gebruik van statistische gegevens bij de schadebegroting in mijn onderzoek zorgvuldig worden bestudeerd. Tenslotte zal ik alternatieve wijzen van schadebepaling onder de loep nemen. Hiervoor ga ik te rade bij zowel nationale als buitenlandse literatuur. De analyse moet duidelijk maken of deze benaderingen het geadresseerde probleem kunnen verhelpen.

De bovenstaande probleemstelling laat zich vertalen in de volgende onderzoeksvraag, die als centrale vraagstelling van mijn thesis fungeert:

In hoeverre heeft de rechter, op grond van het huidige wettelijke systeem, de ruimte om bij de begroting van verlies van arbeidsvermogen van jonge kinderen te differentiëren naar hun persoonlijke kenmerken? Is hervorming op dit punt wenselijk en zo ja, hoe kan dit worden bewerkstelligd?

Deze hoofdvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

Deelvraag 1

Op welke wijze wordt door de rechter het bedrag van schadevergoeding voor het verlies van arbeidsvermogen van jonge kinderen in Nederland vastgesteld?

Deelvraag 2

Welke factoren mag en/of moet de rechter bij de vaststelling van schadevergoeding, zoals bedoeld bij deelvraag 1, betrekken?

Deelvraag 3

Bestaat er een spanningsveld tussen de wijze van schadebegroting en de bescherming van burgers zoals beoogd in de Grondwet en internationale verdragen?

Deelvraag 4

Welke verbeterpunten en/of alternatieve benaderingen zijn er voor de berekening van verlies van arbeidsvermogen, om het bij deelvraag 3 bedoelde spanningsveld het hoofd te bieden?

1.4. Onderzoeksvraag nader toegelicht

In dit onderzoek wordt gesproken over ‘persoonlijke kenmerken’ van het slachtoffer. Dit begrip omvat alle eigenschappen met een persoonlijk karakter van de benadeelde. Hierbij kan worden gedacht aan kenmerken zoals geslacht, geloof, etniciteit, opleiding etc.

Dit onderzoek is toegespitst op de wijze van begroting van toekomstige schade van jonge slachtoffers. Bij deze groep slachtoffers is de looptijd van de schade veelal lang, waardoor het speculatieve gehalte van de begroting toeneemt. Het is daarom interessant om na te gaan hoe voor deze groep de hypothetische situatie zonder het ongeval wordt vastgesteld. Als leeftijdsgrens voor deze groep hanteer ik de leeftijd van veertien jaar. Deze leeftijdsgrens is gangbaar in de literatuur.¹⁶ In het algemeen kan er ook vanuit worden gegaan dat het cognitieve en fysieke vermogen van het kind na deze leeftijd redelijk is ontwikkeld, zodat er veelal meer aanknopingspunten bestaan voor zijn toekomst. Deze aanname wordt gesteund door de keuze van de wetgever om een onrechtmatige daad pas toerekenbaar te laten zijn bij een kind van veertien jaar.¹⁷

Voor de vraag of er een spanningsveld bestaat tussen de wijze van schadebegroting en de hogere normen zoals neergelegd in de Grondwet en internationale verdragen, is het onderzoek toegespitst op wetgeving die ziet op gelijke behandeling op grond van geslacht. Zoals uit de *Coskun*-zaak blijkt, is dit in de praktijk een precair punt. Bovendien ligt het voor de hand dat de rechter bij andere persoonlijke kenmerken van het slachtoffer terughoudend zal zijn. Zo schijnt het mij, gelet op de huidige samenleving, haast onvoorstelbaar dat de rechter de schadevergoeding voor het verlies van arbeidsvermogen vermindert op grond van bijvoorbeeld geloofsovertuiging of geaardheid.

1.5. Onderzoeksmethode

De onderzoeksmethode die in deze thesis gehanteerd zal worden, is de ‘klassieke’ rechtspraak- en literatuurstudie. Bij deze literatuurstudie zal ik mij bedienen van boeken, Nederlandse en buitenlandse rechtspraak, juridische artikelen, publicaties, rapporten, parlementaire stukken en wet- en regelgeving.

Het eerste onderdeel van dit onderzoek heeft een beschrijvende functie. Aan de hand van verschillende handboeken beschrijf ik eerst het wettelijke kader. Tevens zal ik rechtspraak op het terrein van toekomstschade raadplegen. De doelstelling hiervan is het in kaart brengen van de wijze waarop de Nederlandse rechter het verlies van verdienvermogen van jonge kinderen vaststelt. Bovendien moet uit de beschrijving van de huidige praktijk duidelijk worden waar knelpunten liggen bij de begroting van

¹⁶ Zie b.v. Giesen & Tjittes 2004, p. 73.

¹⁷ Zie art. 6:164 BW en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 652. Daaruit kan worden afgeleid dat bij kinderen jonger dan 14 wordt aangenomen dat zij beperkt worden door hun geestelijke toestand.

schadevergoeding. Daarna wordt het vizier gericht op alternatieve benaderingen voor de bepaling van toekomstschaade. Naast de Nederlandse literatuur en rechtspraak, wordt er ook gekeken naar de praktijk in het buitenland. Uit deze beschrijving moet blijken wat de eventuele voor- en nadelen van deze benaderingen kunnen zijn. Tenslotte vindt er een evaluatie plaats, waarbij getoetst moet worden of de alternatieve benaderingen de huidige bezwaren tegen concrete schadebegroting kunnen wegnemen. Omdat deze benaderingen waarschijnlijk ook hun eigen bezwaren kennen, zal er ook gekeken worden of daar oplossingen voor kunnen worden gevonden.

1.6. Opzet

Deze thesis is als volgt opgezet. In hoofdstuk 2 wordt het wettelijke kader geschetst, aan de hand waarvan de Nederlandse rechter het verlies van arbeidsvermogen van jonge slachtoffers vaststelt. Tevens vindt er een rechtsspraakbespreking plaats. Hieruit moet duidelijk worden aan de hand van welke factoren de rechter het arbeidsvermogen van jonge kinderen inschat, en welke waarde statistische gegevens daarbij mogen hebben.

In het derde hoofdstuk wordt nagegaan wanneer de vaststelling van toekomstige schade kan conflicteren met normen uit de Grondwet en internationale verdragen. Het zwaartepunt ligt bij wetgeving die ziet op gelijke behandeling op grond van geslacht. Nadat de wetgeving is bestudeerd, wordt de rechtspraak op dit terrein uiteengezet. Gekeken zal worden naar drie oordelen van het College voor de Rechten van de Mens. Daaruit moet blijken in hoeverre het College onderscheid op grond van geslacht toelaat bij de vaststelling van verlies van arbeidsvermogen. Vervolgens zal aan de hand van literatuur- en rechtsspraakstudie de rol van statistiek bij de vaststelling van schadevergoeding nader worden onderzocht. Verklaard zal worden onder welke omstandigheden het gebruik van statistische gegevens bij de schadevaststelling kan leiden tot een schending van het discriminatieverbod. Ten slotte bespreek ik verschillende benaderingen in de literatuur over hoe omgegaan moet worden met statistische gegevens waarin discriminatoire kenmerken besloten zitten. Deze benaderingen moeten licht werpen op de vraag hoe in Nederland omgegaan moet worden met sekse gerelateerde actuariële gegevens.

In hoofdstuk 4 wordt aandacht besteed aan buitenlandse alternatieve benaderingen voor de vaststelling van arbeidsvermogenschade. Deze zijn niet specifiek toegespitst op kinderen. Het overkoepelend doel van dit hoofdstuk is om inzicht te krijgen in alternatieve benaderingen die het onderscheid op grond van geslacht weten te voorkomen of beperken. Eerst vindt een behandeling plaats van verschillende methoden uit de Canadese rechtspraak en literatuur. Daarna wordt de Belgische praktijk van normering van personenschade verkend.

Ook in Nederland zijn hervormingen en verbeteringen voorgesteld voor wat betreft de berekening van verlies van arbeidsvermogen. Deze alternatieve benaderingen komen aan bod in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk neem ik diverse benaderingen onder de loep. Deze benaderingen worden vervolgens geëvalueerd. Gekeken zal worden in hoeverre deze alternatieven tegemoetkomen aan bezwaren voor de huidige benadering van schadebepaling, en of zij andere bezwaren introduceren. Aan het eind van dit hoofdstuk zal ik een oordeel vellen over welke benadering de meeste potentie heeft om vanuit het oogpunt van gelijke behandeling tot een zorgvuldige schadebegroting te komen.

In hoofdstuk 6 wordt de thesis afgesloten met een conclusie en eventuele aanbevelingen.

Hoofdstuk 2 *Verlies van arbeidsvermogen*

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de begroting van het verlies aan arbeidsvermogen van minderjarigen centraal. Voor een goede doorgronding van de knelpunten bij deze benadering, is inzicht in dit leerstuk onontbeerlijk. De schadebegroting van minderjarigen is in beginsel gelijk aan die van volwassenen. Om die reden zal eerst het algemeen kader besproken worden, voordat ingegaan wordt op de bijzondere aspecten van schadeafwikkeling van minderjarigen. Hierna vindt eerst een bespreking plaats van de algemene uitgangspunten die gelden bij de vaststelling van arbeidsvermogenschade (§ 2.2). Vervolgens wordt ingegaan op de factoren aan de hand waarvan rechters in de praktijk de hypothetische arbeidscapaciteit van het kind vaststellen (§ 2.3.). Ten slotte zal een conclusie worden geformuleerd (§2.4.).

2.2. Schadebegroting

2.2.1. Wettelijk kader

Het verlies van arbeidsvermogen vormt veelal een grote schadepost, zeker als het gaat om ernstig letsel. Arbeidsvermogen omvat zowel het vermogen om betaalde arbeid te verrichten, (verlies van verdienvermogen) als het vermogen om onbetaalde arbeid te verrichten (verlies van zelfwerkzaamheid).¹⁸ Wanneer aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, wordt de arbeidsvermogenschade berekend aan de hand van de regels in afdeling 6.1.10 BW. Dit betekent dat de algemene uitgangspunten die gelden bij de begroting van vermogensschade van toepassing zijn. Daarbij kunnen volgens Klaassen de volgende drie uitgangspunten worden onderscheiden:¹⁹

- volledige vergoeding van de werkelijk geleden schade;
- rechterlijke vrijheid: de rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is (art. 6:97 BW);
- de schade wordt in beginsel concreet berekend.

In het navolgende wordt de uitwerking van deze uitgangspunten in de literatuur en praktijk besproken.

2.2.2. Volledige vergoeding

Volgens het eerste uitgangspunt, heeft de gelaedeerde in beginsel recht op volledige vergoeding van de werkelijk door hem geleden schade. Hij dient daarom zoveel mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin hij (met een redelijke mate van waarschijnlijkheid) zou hebben verkeerdt als de

¹⁸ De terminologie is gebaseerd op het *Handboek Personenschaderecht*, zie Peters 2012, nr. 3030-3.

¹⁹ Deze uitgangspunten worden letterlijk zo gehanteerd in Klaassen 2007, nr. 4.

schadeveroorzakende gebeurtenis achterwege was gebleven.²⁰ Het verlies van verdienvermogen wordt begroot door een vergelijking te maken tussen hetgeen het letselschadeslachtoffer (vermoedelijk) zal kunnen verdienen en hetgeen het slachtoffer zonder het ongeval (vermoedelijk) zou hebben verdiend.²¹ In een formule zou dat als volgt kunnen worden omschreven:

$Z - N = S$: Zonder (ongeval) – Ná (ongeval) = Schadeomvang.²²

Deze vergelijking betreft twee toekomstige situaties, waarvan er één bovendien hypothetisch is:²³ de situatie na het ongeval is deels toekomstig en daardoor onzeker, en de situatie zonder ongeval zal niet meer gerealiseerd worden.²⁴ Bij deze vergelijking gaat het derhalve niet om ‘feiten’ die bewezen kunnen worden, maar louter om veronderstellingen van de rechter, waaraan slechts een beperkte mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen.²⁵

De regeling van artikel 6:105 BW

Bij de begroting van nog niet ingetreden arbeidsvermogensschade, dient de rechter rekening te houden met de goede en kwade kansen (artikel 6:105 BW). De schadeafwikkeling kan op twee manieren geschieden, te weten: achteraf of bij voorbaat.²⁶ Stelt de rechter het verlies van arbeidsvermogen bij voorbaat vast, dan kan hij de laedens veroordelen tot betaling van een bedrag ineens, de zogenaamde ‘lump sum’, of tot betaling van een periodieke uitkering.²⁷ Het is aan de rechter om te beslissen of hij de schade achteraf of bij voorbaat zal begroten, met dien verstande dat hij wel gebonden is aan de door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden. Aan de rechter die op dit punt een beslissing dient te nemen, wordt ruime vrijheid toegekend.²⁸

Achteraf of bij voorbaat?

In de praktijk geschiedt de schadebegroting voornamelijk bij voorbaat ineens. De partijen verzoeken erom, en de rechter sluit zich hier meestal bij aan. Bij deze methode is zowel de situatie na het ongeval, als de situatie zoals die zonder het ongeval zou zijn geweest, hypothetisch en derhalve onzeker. Beide situaties dienen te worden ingeschat, waarbij het ‘aankomt op de redelijke

²⁰ Klaassen 2007, nr. 5; Lindenberg 2014a, p. 46-47; Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 19-20. Ook vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539.

²¹ Zie HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*); HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003, 212 (*B.Olifiers*); Lindenberg & Zalm 2015, nr. 19-21.

²² Elzas 2015, nr. 3070-4.

²³ Akkermans 2003, p. 96 e.v.

²⁴ Hartlief 2005, p. 160.

²⁵ Akkermans 2009, p. 95.

²⁶ Art. 6: 105 lid 1 BW.

²⁷ Bij de keuze tussen een betaling van een bedrag ineens of een periodieke uitkering komt aan de rechter een grote mate van vrijheid toe.

²⁸ Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 2.

verwachtingen van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen.²⁹ Die redelijke verwachting zal veelal samenvallen met de realistische verwachting: de verwachting die, op basis van zoveel mogelijk concrete aanknopingspunten, overeenkomt met de voor deze benadeelde te verwachte ‘normale gang van zaken’.³⁰ Een belangrijk argument voor het uitkeren van een som ineens is gelegen in het feit dat partijen op deze manier de zaak definitief kunnen afsluiten, en daarmee materiële en immateriële voordelen kunnen behalen.³¹

De methode van het achteraf vaststellen van de schade kan dienstig zijn als de beschikbare feiten ontoereikend zijn, of onvoldoende komen vast te staan.³² Tevens kan deze methode aangewezen zijn wanneer de omvang van de schade ten tijden van de uitspraak onvoldoende bepaalbaar is, maar daarover binnen redelijke termijn meer duidelijkheid te verwachten valt.³³ Bij het achteraf afwikkelen van de schade, kunnen de goede en kwade kansen met betrekking tot het inkomen zonder ongeval worden afgezet tegen de werkelijke en concrete inkomenssituatie na het ongeval. Het voordeel van deze methode, is dat hiermee bevorderd kan worden dat de vergoeding zo veel mogelijk overeenstemt met de werkelijk geleden schade van de benadeelde.³⁴

2.2.3. Rechterlijke vrijheid

Artikel 6:97 BW bepaalt: “De rechter begroot de schade 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 deze bepaling volgt dat er ruimte is voor normatieve afwegingen, en dat de rechter veel vrijheid heeft bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding, maar ook ten aanzien van de vragen óf de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld, en welke maatstaven bij het vaststellen hiervan moeten worden gehanteerd.³⁵ Aangezien de schadebegroting sterk verweven is met de feiten, kan het oordeel van de feitenrechter in cassatie in beperkte mate worden getoetst op zijn juistheid.³⁶ Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt verder dat als feiten vast komen te staan,

²⁹ Zie HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*); HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003, 212 (*B.Olifiers*).

³⁰ De term ‘normale gang van zaken’ is geïntroduceerd door Hartlief 2005 en wordt aangehaald in: Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 21; De Groot & Akkermans 2007; Akkermans 2009, p. 104; De Hek 2016, p. 56.

³¹ Elzas 2015, nr. 3070-24. Voor andere argumenten voor betaling van een bedrag ineens zie Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 5.

³² Elzas 2015, nr. 3070-18.

³³ Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 2, met verwijzing naar T-M, *Parl. Gesch.* Boek 6 1981, p. 365-366. Zie ook Elzas 2015, nr. 3070-18.

³⁴ Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 4. Voor andere argumenten voor periodieke uitkering zie ook Elzas 2015, nr. 3070-23-24.

³⁵ *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 339. Klaassen 2007, nr. 6. Een uitspraak waar de rechterlijke vrijheid in het kader van schadebegroting goed tot uitdrukking komt: HR 18 maart 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR5213, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

³⁶ HR 18 april 1986, NJ 1986, 567; HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 (*Rummikub*). HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/Interpolis*).

waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid, het de rechter vrijstaat om zonder bewijs aannemelijk te achten dat de schade is geleden, en de omvang hiervan te schatten.³⁷

Bij de begroting van de schade kan de rechter zelfstandig tewerk gaan, en is hij vrij om feitelijke gegevens aan zijn beslissing ten grondslag te leggen, waarop niet door één van de procespartijen een beroep is gedaan.³⁸ Ook mag hij zich laten leiden door zijn eigen kennis van het dagelijks leven.³⁹ Aan de motivering op dit punt worden geen strenge eisen gesteld.⁴⁰ Dat neemt niet weg dat, ook ten aanzien van inschattingen, het grondbeginsel geldt dat de rechter zijn beslissing zodanig moet motiveren, dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang, om zo de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁴¹

Bewijslast

De bewijslast ter zake van de omvang van de arbeidsvermogensschade rust, op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv, op de benadeelde. Indien de aangesprokene partij de hypothetische situatie zoals gesteld door de benadeelde betwist, dan leidt een dergelijke ontkenning in beginsel niet tot een verschuiving van bewijslast.⁴² Bovendien geldt als uitgangspunt dat, wanneer één van de partijen een stelling doet die afwijkt van de ‘normale gang van zaken’, het aan deze partij is om deze stelling aannemelijk te maken.⁴³ In verband met de rechterlijke vrijheid werd voorheen in de rechtspraak aangenomen dat de feitenrechter, bij de begroting van schade, in beginsel niet gebonden was aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast.⁴⁴ Thans kan in de literatuur op dit punt een nuancering worden waargenomen. Niet langer geldt de regel dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de schade niet gebonden is aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast, maar dat de rechter bij de begroting van de schade de nodige vrijheid geniet bij de door hem te maken keuzes.⁴⁵

³⁷ HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0304, NJ 1991, 746 (*Van der Plas/Gem. Amsterdam*).

³⁸ HR 25 april 1958, NJ 1958/417, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

³⁹ Janssen 2007, p. 2 waarin in dit verband wordt verwezen naar HR 30 januari 1953, NJ 1953, 624 (*ATO/Tesser*).

⁴⁰ *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 339.

⁴¹ HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4362, NJ 2003, 171 m.nt. M. van Scheltema (*Verhoeven c.s./Lammers c.s.*). Klaassen 2007, nr. 13.

⁴² Engelhard e.a. 2015, p. 258, waar in dit verband wordt verwezen naar HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003/212, r.o. 3.6.1; Hof Amsterdam 5 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5341, NJF 2006/622; en Rb. Zwolle-Lelystad 16 april 2008, JA 2008/156.

⁴³ Hartlief 2005, p. 160-161. Deze bewijsregel is opgesteld door Akkermans (Akkermans 2009, p. 103), en later overgenomen in de rechtspraak.

⁴⁴ Zie HR 15 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2195, NJ 1998/314, m.nt. F.W. Grosheide (*Slaafse nabootsing*); Oosterveen e.a. 2015, aant. 1 en *MvA II*, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 339.

⁴⁵ Zie De Groot & Akkermans 2007, p. 501-509; Akkermans 2009, p. 87-105, waaruit blijkt dat de Hoge Raad wel degelijk bij de schadevaststelling vanwege de aard van de schade regelmatig gebruikmaakt van hoofdregels van stelplicht en bewijslast.

De Hoge Raad heeft twee standaardarresten gewezen op het gebied van het bewijs van arbeidsvermogensschade, namelijk *Vehof/ Helvetia* en *Van Sas/ Interpolis*.⁴⁶ Deze arresten geven de rechtelijke vrijheid aan bij de afweging van de goede en kwade kansen van het slachtoffer.

In het arrest *Vehof/ Helvetia* stond de vraag centraal of mevrouw Vehof in de hypothetisch situatie ‘zonder ongeval’, haar opleiding tot ziekenverzorgende zou hebben afgerond, en een baan als zieken- of bejaardenverzorgster zou hebben gevonden. De Hoge Raad stelt voorop dat het bij een dergelijke vergelijking aankomt op de redelijke verwachtingen van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen. Naar het oordeel van de Hoge Raad mogen aan de benadeelde, die blijvend letselschade heeft gelopen, geen strenge eisen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van schade wegens gederfde arbeidsinkomsten, die hij zou hebben genoten in de hypothetische situatie zonder het ongeval. De Hoge Raad motiveert daartoe: “het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.”⁴⁷ De Hoge Raad formuleert in deze zaak derhalve een regel waarmee hij het slachtoffer ten aanzien van het ‘bewijs’ van de hypothetische situatie tegemoetkomt. Dat deze tegemoetkoming niet onbegrensd is, blijkt uit het hierna te bespreken arrest.

In *Van Sas/ Interpolis* ging het om de vraag of mevrouw Van Sas in de hypothetische situatie ‘zonder ongeval’ als leerkracht zou hebben doorgewerkt, tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. De aansprakelijke verzekeraar Interpolis stelde dat, op grond van de statistische gegevens, redelijkerwijs te verwachten was dat mevrouw Van Sas ook zonder het ongeval niet zou hebben doorgewerkt tot 65-jarige leeftijd. Uit de statistische gegevens van het CBS bleek namelijk dat het aantal vrouwelijke leerkrachten dat met een leeftijd van 58 jaar bleef doorwerken verwaarloosbaar klein was. Het hof kwam tot het oordeel dat de redelijke verwachtingen mee zich brachten dat ervanuit kon worden gegaan dat Van Sas tot haar 61^{ste} zou doorwerken, waarna zij gebruik zou hebben gemaakt van de flexibele pensioenregeling.⁴⁸ Het cassatieberoep gericht op de uitspraak van het hof werd door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad overwoog dat de rechter, bij de beoordeling van de redelijke verwachtingen over toekomstige ontwikkelingen, weliswaar zoveel mogelijk in het voordeel van de benadeelde rekening kan houden met het verlies van een keuzemogelijkheid.⁴⁹ Doch brengt dit volgens de Hoge Raad niet mee, dat in beginsel ervanuit moet worden gegaan dat Van Sas tot haar 65ste zou zijn blijven werken, als de statistiek anders uitwijst. Dit zou anders zijn wanneer binnen haar

⁴⁶ HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*); HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000, 437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/ Interpolis*).

⁴⁷ HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*), r.o. 3.5.2.

⁴⁸ HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*), r.o. 2.12.

⁴⁹ HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000, 437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/ Interpolis*), r.o. 3.4.

persoonlijke omstandigheden redenen kunnen worden gevonden om het tegendeel aan te nemen.⁵⁰ In dit arrest geeft de Hoge Raad derhalve een nuancering op de bijzondere regel uit *Vehof/ Helvetia*: de verlichting van de bewijslast gaat niet zodanig ver, dat zonder meer van de juistheid van de stellingen van de benadeelde moet worden uitgegaan. Het blijft aankomen op een redelijke, en door de benadeelde te onderbouwen, verwachting omtrent de toekomstige ontwikkelingen, aldus Peters.⁵¹ Bovendien staat de Hoge Raad toe, dat gebruik wordt gemaakt van statistische gegevens voor de inschatting van de ‘redelijke toekomstige ontwikkelingen’. Uit deze zaak blijkt dat de rechter geen doorslaggevende betekenis zou moeten toekennen aan statistische gegevens. Wat de precieze waarde is van statistieken bij de schadebegroting maakt de Hoge Raad echter niet duidelijk.⁵²

2.2.4. Concrete versus abstracte schadebegroting

Het laatste uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht, te weten concrete schadeberekening, is een logisch uitvloeisel van het vorige uitgangspunt, dat de werkelijk gelede schade volledig vergoed moet worden. Dit uitgangspunt betekent dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden aan de kant van de benadeelde.⁵³ Tegen deze achtergrond dient ook het adagium ‘*The tortfeasor must take the victim as he finds him*’ te worden gezien.⁵⁴ Grondregel is dat gelaedeerde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis niet was voorgevallen. Zoals reeds vermeld, dient hiervoor het werkelijke arbeidsvermogen ná het ongeval, vergeleken te worden met het hypothetische arbeidsvermogen, zoals dit waarschijnlijk zou zijn geweest zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Deze vergelijkingsmaatstaf suggereert een zekere abstrahering, doch omvat dit niet als zodanig als een vorm van abstracte schadeberekening.⁵⁵ Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad, dient immers de hypothetische situatie zonder ongeval, uitgaande van de feiten van de onderhavige zaak, zoveel mogelijk concreet te worden ingekleurd.⁵⁶

In de juridische wereld is het gebruikelijk om de termen ‘schadeberekening’ of ‘schadebegroting’ te hanteren. Bloemenbergen en Klaassen brengen echter onder de aandacht dat “het hierbij niet alleen gaat om een kwestie van berekening of begroting, maar ook om de invulling van het begrip schade: welke feitelijke gegevens moeten wel, en welke moeten niet tot uitgangspunt worden genomen bij schadevaststelling?”⁵⁷

⁵⁰ HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000, 437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/ Interpolis*), r.o. 3.4. Wat onder bijzonder omstandigheden die het tegendeel doen vermoeden wordt verstaan, zie Veldhoven 2006, p. 40. Voorbeelden zijn o.a. een echtscheidingssituatie en het ontbreken van man en kinderen.

⁵¹ Peters 2012, nr. 3030-21.

⁵² Beumers & Van Boom 2016, p. 19.

⁵³ Lindenbergh 2008, nr. 36; Bloemenbergen 1965, nr. 25.

⁵⁴ Aldus Klaassen 2007, nr. 9.

⁵⁵ Klaassen 2007, nr. 9.

⁵⁶ Zie de hiervoor besproken arresten HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*); HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000, 437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/ Interpolis*); HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243 (*B.Olifiers*).

⁵⁷ Klaassen 2007, nr. 9 ; Bloemenbergen 1965, nr. 26; en Lindenbergh 2008, nr. 36.

Het uitgangspunt dat de schade concreet begroot dient te worden, wordt in uitzonderlijke gevallen verlaten. De schade wordt alsdan abstract begroot: niet zozeer de omstandigheden van het voorliggende geval worden tot uitgangspunt genomen, maar veeleer wordt gekeken hoe groot in het algemeen de schade is van slachtoffers in vergelijkbare posities.⁵⁸ In welke gevallen een abstracte schadeberekening gepast is, is niet in het algemeen te zeggen. De wetgever heeft in een aantal gevallen abstracte berekening wettelijk voorgeschreven,⁵⁹ en voor het overige heeft de rechter op grond van art. 6:97 BW de vrijheid. In de memorie van antwoord bij dit artikel, merkt de wetgever daar het volgende over op:⁶⁰

“Zoals reeds is aangestipt, geeft de regel aan de rechter mede de vrijheid om tot een abstracte wijze van schadeberekening te komen. Op de vraag in welke gevallen deze op haar plaats is, is moeilijk een algemeen antwoord te geven. Dit antwoord is dan ook in beginsel aan de rechter overgelaten.”

Het uitgangspunt dat de schade concreet dient te worden begroot, wordt in de letselschadepraktijk strikt aangehouden.⁶¹ In de literatuur wordt het gebruik van de abstracte vorm van schadebegroting gerechtvaardigd met het argument dat deze benadering zou leiden tot een doelmatigere en redelijkere afwikkeling van de schade.⁶² Er wordt ook gewezen op de bezwaren van abstracte schadebegroting. Allereerst bestaat het principiële bezwaar dat zij lastig verenigbaar is met het leidende beginsel, dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.⁶³ Een tweede bezwaar is dat de berekende schade op basis van deze methode niet consequent als een minimum wordt beschouwd.⁶⁴ Wanneer de benadeelde kan aantonen dat zijn schade groter is dan de objectieve schade, dan kan hij de werkelijk geleden schade vorderen. Dit keuzerecht komt alleen de benadeelde toe. Verder kan deze methode ertoe leiden dat de aansprakelijke verweren worden onthouden.⁶⁵

⁵⁸ Klaassen 2007, nr. 9.

⁵⁹ Voorbeelden van wetsebepalingen waarin een abstracte wijze van schadeberekening is voorgeschreven zijn art. 6:119 BW, art. 7:36 lid 1 en 37 BW, art. 7:225 BW en art. 8:337 BW.

⁶⁰ MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 339.

⁶¹ Klaassen 2007, nr. 10; Lindenberg 2008, nr. 36; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 35; Lindenberg & Franken 2013. In de letselschadepraktijk worden de schadeposten die zien op (1) de verpleging en verzorging en (2) huishoudelijke hulp abstract begroot. HR 28 mei 1999 NJ 1999, 89, m.nt. ARB; VR 1999, 166, m.nt. GMT (Gemeente Losser/ Kruidhof); HR 5 december 2008, NJ 2009, 387 (Stichting Ziekenhuis Rijnstate/ V); HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (Philip Morris/ B.).

⁶² Bloembergen 1965, nr. 35; Barendrecht & Storm 1995, p. 71.

⁶³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 38.

⁶⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 38.

⁶⁵ Lindenberg 2013, p. 26. Zo is bijvoorbeeld het gevolg van abstracte schadeberekening bij zaakschade, dat de aansprakelijke partij zich niet meer kan verweren ten aanzien van herstel in eigen beheer of het uitblijven van herstel.

2.3. Aanknopingspunten voor begroting

Uit het voorgaande volgt dat, bij de begroting van arbeidsvermogensschade, als hoofdregel geldt dat dit geschiedt door een zo concreet mogelijke vaststelling van het verschil tussen wat feitelijk sinds het ongeval aan inkomsten is of zal worden ontvangen, en wat dat zou zijn geweest als het ongeval niet had plaatsgevonden. Bij bepaling van de hypothetische situatie zonder ongeval, is het voor de rechter onvermijdelijk om gebruik te maken van abstracties, assumpties en inschattingen.⁶⁶ Bij volwassenen zal veeleer aansluiting worden gezocht bij hun arbeidsverleden, hun opleiding en hun fysieke aspecten. Bovendien worden ook economische en sociale aspecten, die te verwachten zijn, in aanmerking genomen. In het algemeen biedt dat voldoende aanknopingspunten. Toch laat de rechtspraak zien dat er, ook voor deze groep, niet zelden discussie tussen partijen ontstaat over de vraag hoe de toekomstverwachtingen zonder ongeval zouden zijn geweest. Het aspect van de duur van de arbeidsvermogensschade, waarbij de vraag aan de orde komt of de benadeelde gebruik zou hebben gemaakt van een vervroegde uitredingsregeling, is volgens Peters de laatste jaren een toenemend discussiepunt geworden.⁶⁷

Concrete schadeberekening bij jonge kinderen is ingewikkelder dan bij volwassenen. De rechters staan voor een lastige opdracht, aangezien het (veelal korte) verleden van minderjarigen weinig houvast biedt voor een inschatting van hun carrièreperspectieven. In dat geval zal de rechter zich eerder bedienen van ervaringsregels en statistieken, waarbij beoogd wordt deze zoveel mogelijk toe te spitsen op het individuele kind. Uit het rechtspraakonderzoek van Giesen en Tjittes, blijkt dat bij de begroting van arbeidsvermogensschade van jonge kinderen aangeknoopt wordt bij (1) de intellectuele, technische en manuele vaardigheden van het kind, (2) de opleiding en beroepsmogelijkheden van zijn familieleden (3) alsook de maatschappelijke status waarin het gezin van het kind zich bevindt.⁶⁸

Deze aangrijpingspunten leveren een aantal bezwaren op. Allereerst kan worden opgemerkt dat hoe jonger het kind is, hoe lastiger het wordt om zijn intelligentie en vaardigheden in te schatten. Van Dijk beschouwt de benadering van verlies van verdienvermogen van kinderen ‘in hoge mate abstract’ en het kan volgens hem niet veel meer zijn dan een beredeneerde slag in de lucht.⁶⁹ Bovendien zijn de twee andere aanknopingspunten aanvechtbaar. Het is geen onbekend fenomeen dat mensen van goede komaf soms slecht terecht komen, terwijl minder begunstigden juist de maatschappelijke ladder

⁶⁶ Elzas 2012, nr. 3030-23. Dit probleem doet zich overigens ook voor bij de bepaling van de toekomstige omstandigheden als de arbeidsvermogensschade ineens wordt uitgekeerd.

⁶⁷ Peters 2012, p. 3030-73.

⁶⁸ Giesen & Tjittes 2004, p. 79.

⁶⁹ Van Dijk 2015, p. 115. In gelijke zin Giesen & Tjittes 2004, p. 80, waarin gesproken wordt over ‘giswerk’.

opklimmen. In aanvulling op deze gezichtspunten geeft Janssen een niet-limitatieve opsomming van andere factoren, waar de rechter rekening mee houdt:⁷⁰

- economisch klimaat (hoogconjunctuur, laagconjunctuur, een mix hiervan, de duur van de verschillende conjuncturen, het jaarlijks inflatiepercentage enz.);
- karaktereigenschappen van de benadeelde (doorzetter, initiatiefloos, gemotiveerd, gedreven, energiek, faalangstig, risicomijdend, risico zoekend, onaangepast enz.);
- factoren welke de duur van het leven beïnvloeden (roker, alcoholist, drugsverslaafde, asceet enz.);
- de kans die de benadeelde tijdens zijn leven loopt op een ongeluk, dat óók tot een handicap zou hebben geleid, en dus (een deel van) dezelfde schade zou hebben veroorzaakt;
- de te verwachte inkomensniveau van de benadeelde;
- de te verwachte ontwikkelingen op het gebied van pensioen, verzekering, fiscale aangelegenheden, loon enz.;
- de te verwachte arbeidsmarktkansen van de benadeelde;
- de talenten van de benadeelde;
- de opleidingsniveau van de benadeelde;
- de te verwachten burgerlijke situatie (vrijgezel, gehuwd, economische situatie partner, sterftekansen partner, echtscheiding , enz.);
- de keuze van de benadeelde om kinderen te krijgen, en de kosten van de opvoeding die hieruit volgen.

Deze volstrekt willekeurige opsomming maakt duidelijk dat de rechter, op basis van een groot en divers aantal factoren, moet trachten om de werkelijkheid zo realistisch mogelijk na te bootsen. Ingeval het kind zeer jong is, wordt in het algemeen aanvaard dat een doorsnee loopbaan als uitgangspunt moet worden genomen (tenzij de concrete omstandigheden van het geval een andere richting op wijzen).⁷¹ Bij minderjarigen die wat ouder zijn, zal het doorgaans minder problematisch zijn om een voorkeursrichting te vinden, waarbij aangeknoopt kan worden.

2.4. Knelpunten bij de wijze van schadeberekening

In de literatuur wordt kritiek geuit op de huidige wijze van vaststelling van arbeidsvermogensschade. Het eerste knelpunt dat ervaren wordt in deze benadering, is hiervoor al kort aangestipt. De inschatting van de hypothetische situatie zonder ongeval zou lastig en speculatief zijn.⁷² Dit geldt vooral waar het

⁷⁰ Janssen 2007, p. 6. De opsomming is inhoudelijk overgenomen.

⁷¹ Roth & van Schoonhoven 2015, nr. 3045-13.

⁷² Hartlief 2005, p. 163-165; Hartlief 2009, p. 525-526; Lindenbergh 2014c, p. 2; en Janssen 2007, p. 110.

gaat om de toekomstige ontwikkelingen van jonge slachtoffers. Verschillende auteurs betogen dat deze benadering een aantal negatieve consequenties heeft. Het kan leiden tot zeer uiteenlopende schadevergoedingsbedragen in vergelijkbare gevallen, tot willekeur en tot onduidelijke en arbitraire beslissingen van rechters.⁷³ Anders gezegd, het toepassen van de beginselen van volledige en concrete schadebegroting bij jonge slachtoffers leidt onvermijdelijk tot ‘giswerk’.⁷⁴ De vaststelling van arbeidsvermogensschade wordt dan ook beschouwd als een lastige taak met grote foutkansen.⁷⁵

Het tweede probleem dat genoemd wordt bij de huidige benadering, is dat deze een vlotte en soepele afwikkeling van de schadeclaims in de weg staat.⁷⁶ Over het algemeen zorgt de huidige wijze van schadeberekening voor eindeloze discussies tussen het slachtoffer en de aansprakelijke. Het slachtoffer zal aanvoeren dat zijn arbeidsvermogen in grote mate is verminderd door het ongeval. Ook zal hij een rooskleurig beeld schetsen van zijn hypothetische arbeidsvermogen zónder ongeval.⁷⁷ Dit terwijl de aansprakelijke partij het tegenovergestelde zal bepleiten. Hij zal eerder positief zijn over het arbeidsvermogen van het slachtoffer ná het ongeval, en zal de situatie zónder ongeval minder rooskleurig inschatten. Het huidige stelsel biedt te veel ruimte voor discussies tussen partijen, en zorgt daarmee voor langdurige procedures over de begroting van arbeidsvermogensschade.⁷⁸

2.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond het wettelijke kader voor de begroting van verlies van arbeidsvermogen centraal. Er is vastgesteld dat de algemene uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht van toepassing zijn bij de begroting van deze schade. Dat betekent dat bij de afwikkeling van de arbeidsvermogensschade van minderjarigen, volledige schadevergoeding het uitgangspunt dient te zijn. Hiervoor wordt een vergelijkingsmaatstaf gehanteerd: het verlies van arbeidsvermogen van minderjarigen wordt begroot door de feitelijke arbeidscapaciteit ná het ongeval te vergelijken met de hypothetische arbeidscapaciteit zonder ongeval. Voor deze vergelijking dienen alle relevante concrete omstandigheden van het specifieke geval te worden meegenomen. De rechtspraak van de Hoge Raad laat zien dat aan de rechter die de arbeidsvermogensschade dient te begroten, veel vrijheid toekomt. Uit de rechtspraak volgt tevens dat aan de benadeelde niet al te hoge eisen mogen worden gesteld, wat betreft het bewijs van de geleden schade. De arbeidscapaciteit in de hypothetische situatie zonder de

⁷³ Beumers & Van Boom 2016, p. 17, met verwijzing naar Giesen & Tjittes 2004, p. 73-74, 79-80 en 89; Hartlief 2005, p. 165-168; Nieuwenhuis 2005, p. 90-92; Janssen 2007, p. 100, 102-104; en Van Dijk 2015, par. 2.1.

⁷⁴ Giesen & Tjittes 2004, p. 80. In gelijke zin Janssen 2007, p. 110. Schadebegroting van jonge kinderen is volgens Janssen ‘puur natte vingerwerk’.

⁷⁵ Janssen 2007, p. 102-103. Reeds aangehaald door Beumers & Van Boom 2016 (p. 17).

⁷⁶ Beumers & Van Boom 2016, p. 17.

⁷⁷ Hartlief 2005, p. 160.

⁷⁸ Aldus Beumers & Van Boom 2016, p. 17, met verwijzing naar Hartlief 2005, p. 167; Hartlief 2012, p. 3007; Loth 2014; Van Dijk 2015, par. 6; en Lindenberg 2014c, p. 2-5 en p. 13.

schadeveroorzakende gebeurtenis, dient zo concreet mogelijk te worden berekend. Alle omstandigheden van het individuele kind moeten derhalve tot uitgangspunt worden genomen. In de eerste plaats kijkt de rechter naar de feitelijke omstandigheden van het onderhavige geval. Vooral bij jonge kinderen zal dit al gauw in de praktijk tot grote onzekerheden te leiden. De toekomstige arbeidscapaciteit ná het ongeval is doorgaans lastig vast te stellen, dat geldt in sterkere mate voor de hypothetische situatie zonder ongeval. In de literatuur wordt kritiek geuit op de huidige benadering van verlies van arbeidsvermogen. Doordat een referentiekader bij jonge kinderen ontbreekt, ontkomt de rechter er niet aan om, bij de inschattingen over de hypothetische situatie, gebruik te maken van ervaringsregels, abstracties en statistieken. De begroting van de arbeidsvermogensschade van kinderen zou daarom zeer speculatief zijn. De schaarse rechtspraak laat zien dat rechters, bij de begroting van arbeidsvermogensschade van kinderen, aansluiting zoeken bij de intelligentie en vaardigheden van het kind, het opleidingsniveau en beroepsmogelijkheden van de familieleden van het kind, en ten slotte de maatschappelijke status van het gezin waarin het kind zich bevindt. Over de voorspellende waarde van dergelijke gegevens zijn meerdere auteurs sceptisch. Een ander kritiekpunt is dat deze benadering te veel ruimte openlaat voor discussies tussen partijen.

Hoofdstuk 3 *Nederlandse uitgangspunten; gelijkebehandelingswetgeving*

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal onderzocht worden of en in hoeverre de hantering van de uitgangspunten van concrete en volledige schadevergoeding kan botsen met normen uit de Grondwet en internationale verdragen. De focus van dit onderzoek ligt bij wetgeving die ziet op gelijke behandeling van mannen en vrouwen (§ 3.2). Nadat de wetgeving op dit terrein is geanalyseerd, volgt een rechtspraak-bespreking (§ 3.3). In het bijzonder zal daarbij aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre het College voor de Rechten van de Mens onderscheid op grond van geslacht toelaat, bij de vaststelling van arbeidsvermogensschade. Vervolgens wordt de rol van statistiek, bij de bepaling van de redelijke verwachtingen ten aanzien van de toekomst, belicht (§ 3.4). Hieruit moet duidelijk worden of en onder welke omstandigheden bij de schadevaststelling op basis van statistische gegevens het discriminatieverbod in het geding komt. Tevens zal blijken dat -naast de factor geslacht- ook andere discriminatiegronden verboden onderscheid op kunnen leveren bij de schadebegroting. Daarna zal gekeken worden hoe in de literatuur omgegaan wordt met statistische gegevens waarin kenmerken zoals geslacht, ras of etniciteit besloten liggen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (§ 3.5).

3.2. Gelijkebehandelingswetgeving

3.2.1. Europese dimensie

De vaststelling van het verlies van arbeidsvermogen gebeurt niet alleen aan de hand van de schadevergoedingsregels uit afdeling 6.1.10 BW; de rechter dient zich mede rekenschap te geven van gelijke behandelingswetgeving. De gelijke behandelingswetgeving is in Nederland uitgewerkt in de Grondwet, en heeft tevens een sterke Europese achtergrond. Daarbij is van belang dat dit beginsel wordt gewaarborgd in het EU-Handvest, dat ingevolge artikel 6 van Verdrag betreffende de Europese Unie qua rang en stand boven de verordeningen en richtlijnen staat. Dit brengt met zich mee dat de Nederlandse rechter toepassing moet geven aan het beginsel van gelijke behandeling, als hij het Unierecht ten uitvoer brengt.⁷⁹ De uitwerking van dit beginsel wordt nader ingevuld in verschillende richtlijnen. Eén van die richtlijnen is de *Richtlijn gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten* (hierna: Richtlijn).⁸⁰ In deze richtlijn is onder andere het discriminatieverbod bij de levering van diensten neergelegd. De term ‘diensten’ behelst in dit verband: ‘dienstverrichtingen die gewoonlijk tegen vergoeding worden verricht’ en deze ‘omvatten

⁷⁹ Craig & De Búrca, p. 109, reeds aangehaald door Emaus 2015, p. 15.

⁸⁰ Richtlijn 2004/113/EG.

met name werkzaamheden van industriële aard, van commerciële aard, van het ambacht, en van de vrije beroepen.’⁸¹ In de literatuur wordt aangenomen dat de Richtlijn van toepassing is op de afwikkeling van arbeidsvermogensschade als gevolg van letsel.⁸²

In de Richtlijn bestaat een verbod op zowel directe, als indirecte discriminatie. Er is sprake van directe discriminatie, als in een vergelijkbare situatie individuen van het ene geslacht minder gunstig worden behandeld dan individuen van het andere geslacht. Van indirecte discriminatie is sprake als personen van een bepaald geslacht, via een ‘ogenschijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze’ in het bijzonder worden benadeeld ten opzichte van personen van het andere geslacht.⁸³ De Richtlijn geeft aan dat uitsluitend van het discriminatieverbod kan worden afwijken, indien daarmee een legitiem doel wordt gediend, en voor zover de beperking passend en noodzakelijk is.⁸⁴ De exceptie bij het discriminatieverbod dient restrictief te worden uitgelegd,⁸⁵ hetgeen verband houdt met het fundamentele karakter van het recht op gelijke behandeling. Dit wordt bevestigd in *Test-Aankoop VWZ*.⁸⁶ In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat de uitzondering uit artikel 5 lid 2 Richtlijn 2004/113/EG⁸⁷, die onderscheid naar geslacht bij de premievaststelling voor particulieren bij levensverzekeringsovereenkomsten mogelijk maakt, in strijd is met de grondrechten van de Europese Unie. Daartoe overweegt het Hof:⁸⁸

“Ingevolge de artikelen 21 en 23 van het Handvest is elke discriminatie op grond van geslacht verboden en moet de gelijkheid van vrouwen en mannen op alle gebieden worden gewaarborgd. Punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/113 verwijst uitdrukkelijk naar deze artikelen; de geldigheid van artikel 5, lid 2, van deze richtlijn moet dus worden getoetst aan deze bepalingen van het Handvest.”

Gelet op de doelstellingen uit het Handvest, en het gevaar dat -zolang de uitzondering van artikel 5 lid 2 Richtlijn 2004/113/ EG onbeperkt toegestaan blijft- ongelijke behandeling van mannen vrouwen zal blijven bestaan, verklaart het hof de uitzondering met ingang van 21 december 2012 ongeldig. Uit dit

⁸¹ Artikel 50 EG-Verdrag.

⁸² Emaus 2015, p. 14; J.C.J. Dute in zijn noot bij: Rb. Den Haag 23 juli 2013, JA 2013, 171.

⁸³ Emaus 2016a, p. 20-21.

⁸⁴ Overweging 16 Richtlijn 2004/113/EG, uitgewerkt in art. 4 lid 5 Richtlijn.

⁸⁵ Emaus 2015, p. 12-15, met verwijzing naar Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, COM(2015) 190 def., p. 6; Engelhard e.a. 2015, p. 264.

⁸⁶ HvJ EU (Grote Kamer) 1 maart 2011, C-236/09 (*Test-Aankoop*).

⁸⁷ Art. 5 lid 1 Richtlijn 2004/113/ EG: het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten mag niet resulteren in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen. Uitzondering, art. 5 lid 2: verschillen in premies en uitkeringen kunnen toegestaan worden in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.

⁸⁸ HvJ EU (Grote Kamer) 1 maart 2011, C-236/09 (*Test-Aankoop*), par. 17.

arrest blijkt dat binnen het pensioenrecht het gebruik van -op zichzelf correcte actuariële- gegevens die differentiëren naar discriminatiegevoelige factoren, afstuit op het verbod van discriminatie.⁸⁹

3.2.2. Algemene wet gelijke behandeling

De Nederlandse wetgeving op het terrein van gelijke behandeling van mannen en vrouwen is vergelijkbaar met de regeling in de Richtlijn.⁹⁰ In de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is in artikel 7 een verbod op grond van geslacht opgenomen, bij het aanbieden van goederen of diensten, en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van dergelijke overeenkomsten, indien dit geschiedt in de uitoefening van beroep of bedrijf.⁹¹ Het is aan de benadeelde, die meent dat er onderscheid is gemaakt, om feiten aan te voeren die dat onderscheid kunnen vermoeden.⁹² Vervolgens is het aan de aangesprokene om te bewijzen dat hier geen sprake van is. De AWGB kent direct onderscheid en indirect onderscheid.⁹³ Het verschil tussen beiden vormen is onder andere gelegen in de werking van het verbod. Direct onderscheid op grond van geslacht is in beginsel verboden, tenzij het onderscheid betrekking heeft op één van de twee gevallen uit artikel 2 lid 2 AWGB.⁹⁴ Ten aanzien van indirect onderscheid geldt een andere toetsingsmaatstaf: dat onderscheid wordt toegelaten als het 'objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'⁹⁵

Uit vaste rechtspraak⁹⁶ volgt dat artikel 7 AWGB van toepassing is bij de afwikkeling van (toekomstige) letstelschade, zowel in de situatie waarin een benadeelde een beroep doet op een door hem afgesloten verzekering, als in de situatie waarin een slachtoffer de schade vergoed krijgt via een door de aansprakelijke partij afgesloten verzekering.⁹⁷ Geconcludeerd kan daarom worden dat zowel de Richtlijn als de AWGB de gelijke behandeling van mannen en vrouwen waarborgen. Emaus benadrukt dat de rechter bij de toepassing van artikel 7 AWGB bedacht moet zijn op de Europese achtergrond van deze bepaling.⁹⁸ Gelet op de strenge benadering van het Hof van Justitie op deze kwestie, rust er volgens haar een verplichting op de Nederlandse rechter om gelijke behandeling te bevorderen. Immers, zoals hiervoor al aangegeven heeft het Hof in de *Test-Aankoop*-zaak de Richtlijn nadrukkelijk gekoppeld aan het EU-Handvest, om daaruit af te leiden dat de uitzondering van art. 5 lid 2 van de Richtlijn ongeldig is.

⁸⁹ Engelhard e.a. 2015, p. 264.

⁹⁰ Na invoering van de Richtlijn heeft de wetgever geen grote veranderingen aangebracht in de Nederlandse wetgeving, zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30967, 2, p. 1-2.

⁹¹ Art. 7 lid 1 onderdeel a AWGB jo. art. 1 AWGB.

⁹² Art. 10 AWGB.

⁹³ Zie voor het verschil in deze vormen van onderscheid §3.2.1. en Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 9.

⁹⁴ In art. 2 lid 2 AWGB: 1. in gevallen waarin het geslacht bepalend is en 2. in gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap.

⁹⁵ Art. 2 lid 1 AWGB.

⁹⁶ CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90; CGB 1 april 2004, oordeel 2004-37.

⁹⁷ Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 9; Engelhard e.a. 2015, p. 259.

⁹⁸ Emaus 2015, p. 15.

3.3. Rechtspraak

De civiele rechtspraak op het terrein van de vaststelling van arbeidsvermogensschade van letselslachtoffers, heeft veelal betrekking op de vraag welke uitgangspunten in een concrete zaak moeten worden gehanteerd met betrekking tot het verwachte carrièreverloop.⁹⁹ Het discussiepunt is daarbij meestal gelegen in de aannemelijkheid van de promotiekansen en in de verwachte einddatum van het werkende bestaan.¹⁰⁰ In de Nederlandse rechtspraak wordt (vrijwel) geen aandacht besteed aan de toelaatbaarheid van het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de vaststelling van letstelschade. Ook het CRM en de CGB hebben zich hier schaars over uitgelaten. In het navolgende worden drie oordelen van de CGB in dit verband besproken. De paragraaf zal worden afgesloten met de uitgangspunten die gedestilleerd kunnen worden uit deze zaken.

3.3.1. CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90

In deze zaak ging het om een jonge vrouw van 24 jaar die slachtoffer was geworden van een verkeersongeval. Hierbij moest haar gebroken arm operatief behandeld worden. Tijdens de operatie maakte de chirurg een fout, waardoor een zenuw werd beschadigd. De vrouw, die in opleiding was voor kandidaat-deurwaarder, werd als gevolg hiervan arbeidsongeschikt. De Commissie oordeelde dat de verzekeringsmaatschappij van de chirurg (direct) onderscheid op grond van geslacht had gemaakt, door aan de vrouw in kwestie vragen te stellen over een kinderwens, terwijl deze vraag niet aan mannen werd gesteld. Daarnaast kwam de vraag aan de orde, of de verzekeraar bij de begroting van de inkomensschade (indirect) onderscheid op grond van geslacht had gemaakt, door rekening te houden met algemene sekse-specifieke, statistische gegevens, waaruit de geringe arbeidsparticipatie van vrouwen zou blijken. De Commissie stelt voorop dat gebruik van statistische gegevens bij de vaststelling van arbeidsvermogen op zichzelf een neutraal middel is, en daarom toegestaan. Aangezien de arbeidsparticipatie van vrouwen lager is dan van mannen, zullen echter vooral vrouwen worden benadeeld door het betrekken van deze informatie bij de schadebegroting.¹⁰¹ Er werd geoordeeld dat er verboden indirect onderscheid naar geslacht was gemaakt. Bij de schadebegroting had de verzekeraar namelijk mede gebruik gemaakt van statistische gegevens over de arbeidsparticipatie in het algemeen, zonder dat hij voldoende aannemelijk had gemaakt dat deze gegevens redelijkerwijs konden corresponderen met de verwachtingen van de vrouw.¹⁰² Van een objectieve rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 2 lid 1 AWGB is volgens de Commissie geen sprake. Ten aanzien van de geschiktheid van het middel overweegt de Commissie dat concrete schadeberekening met zich

⁹⁹ Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 11.

¹⁰⁰ Commissie Gelijke Behandeling 2012, par. 4.2.2. ; Hartlief 2005.

¹⁰¹ CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90, par.4.6, in dit verband wordt verwezen naar 'Emancipatie in cijfers 1995' (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mei 1995) waar uit blijkt dat: 47% van de vrouwen na de geboorte van het eerste kind blijft werken; de (netto) arbeidsparticipatie van vrouwen in de leeftijdscategorie van 45–54 jaar 39% is; de (netto) arbeidsparticipatie van vrouwen in de leeftijdscategorie van 55–65 jaar 13% is.

¹⁰² Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 11.

meebrengt dat algemene -op het verleden gebaseerde- statistische gegevens niet bij voorbaat doorslaggevend zijn, zeker niet bij de huidige verandering in de arbeidsparticipatie van vrouwen.¹⁰³ De betekenis van algemene statistische gegevens voor een concreet geval, is volgens de Commissie ‘afhankelijk van de vraag of deze gegevens een juiste afspiegeling zijn van de groep waar de betrokkene toe behoort en of onaannemelijk is gemaakt dat de situatie van de betrokkene niet afwijkt van die welke aan het landelijk gemiddelde ten grondslag ligt.’¹⁰⁴ Bovendien mogen statistische gegevens over arbeidsparticipatie niet die betekenis hebben dat zij telkens als uitgangspunt worden gehanteerd, waarbij van een vrouwelijk slachtoffer wordt verlangd dat zij het bewijs levert van (verwachte) andere concrete omstandigheden.¹⁰⁵ In de literatuur wordt hieruit afgeleid dat het veelal aan de verzekeraar is om te onderbouwen waarom het slachtoffer in het concrete geval niet zou afwijken van de aangevoerde statistische gegevens.¹⁰⁶

3.3.2. CGB 1 april 2004, oordeel 2004-37

In deze casus heeft een vrouw een verkeersongeval gehad, waarbij zij een whiplashtrauma heeft opgelopen. Bij de Commissie stond de vraag centraal, of de verzekeraar in strijd met artikel 7 AWGB had gehandeld, door op grond van statistieken slechts compensatie te bieden voor arbeidsvermogensschade tot de 55^{ste} levensjaar van de vrouw. De vrouw stelde in de procedure dat er bij de berekening van haar inkomensverlies rekening was gehouden met statistische arbeidsparticipatie van vrouwen die de leeftijd van 55 hadden bereikt. Uit een brief van het schaderegelingsbureau, dat handelde namens de verzekeraar, was namelijk gebleken dat dit bureau bij de vaststelling van de schade onder meer had verwezen naar statistische gegevens van het CBS. Uit deze statistieken kwam naar voren dat de arbeidsparticipatie van vrouwen na hun 55^{ste} levensjaar afneemt. De vrouw stelde zich op het standpunt dat de verzekeraar, door uit te gaan van algemene statistieken over arbeidsparticipatie van vrouwen, in plaats van haar concrete omstandigheden, onderscheid op grond van geslacht had gemaakt. De Commissie overwoog dat nu deze statistieken mede een rol hebben gespeeld bij de schadevaststelling, vermoed kan worden dat het vrouwelijke geslacht mede een rol had gespeeld bij de schadeberekening. Aan de verzekeraar was het vervolgens om te bewijzen dat de statistieken geen rol hadden gespeeld bij de beperking van de schadevergoeding. De verzekeraar in de onderhavige zaak was daar echter niet in geslaagd. De Commissie oordeelde daarom dat er sprake was onderscheid naar geslacht.

¹⁰³ CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90, par. 4.6, in dit verband wordt verwezen naar de Sociale Atlas van de Vrouw (SCP 1992) blijkt dat de participatiegraad van vrouwen met het opleidingsniveau toeneemt: havo/vwo/mbo: 66%; hbo: 78%; wo: 86%.

¹⁰⁴ CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90, par. 4.6.

¹⁰⁵ CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90, par. 4.6.

¹⁰⁶ Oude Hergelink & Lindenbergh 2010, par. 9.

3.3.3. CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117

Het derde oordeel heeft betrekking op een 28-jarige vrouw, die als gevolg van een ongeval geïnvaleideerd was geraakt. De aansprakelijke verzekeraar had via een brief een voorstel gedaan voor het inkomensverlies van de vrouw. Uit de motivering van de schadeomvang bleek dat het schadebedrag mede was gematigd door een veronderstelde kinderwens van de vrouw. Bovendien bleek uit de verklaring van de verzekeraar, dat een (vermoeden van een) kinderwens bij vrouwen in veel gevallen aanleiding zal zijn tot matiging van werk, terwijl dat bij mannen zelden tot nooit het geval zal zijn. De verzekeraar verklaarde dat, wanneer een vrouw aangeeft dat zij een kinderwens heeft, aan haar gevraagd wordt hoe zij de opvang van de kinderen zou hebben geregeld. Bij de inschatting van de te verwachten kosten wordt gebruik gemaakt van statistische gegevens, zoals de CBS-gegevens over de veranderingen in arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen na de geboorte van het eerste kind. Op basis van deze statistische gegevens, vindt de verzekeraar het redelijk om te concluderen dat de meerderheid van de vrouwen, na de geboorte van hun eerste kind, in deeltijd gaan werken.¹⁰⁷ Een matiging van de schade-uitkering kan dan gebaseerd zijn op de verwachting dat een letselschadeslachtoffer minder zou zijn gaan werken of zelfs gestopt zou zijn wanneer zij een kind zou hebben gekregen, dan wel haar grond vinden in de kosten voor kinderopvang die diegene dan zou hebben moeten maken.¹⁰⁸ De redenering die hieraan ten gronde ligt, luidt waarschijnlijk als volgt: ‘het krijgen van kinderen kost geld: ofwel men gaat minder werken (waardoor minder inkomen wordt gegenereerd), ofwel men moet (dure) kinderopvang regelen.’¹⁰⁹ Het schadevergoedingsbedrag wordt dan verminderd met deze kosten. De verzekeraar in deze zaak gaf aan dat ook bij mannen een matiging van de inkomensschade kan plaatsvinden. Hiervan is slechts sprake als de man zélf aangeeft een kinderwens te hebben, en hij na de geboorte van het kind minder zou zijn gaan werken. Zonder een dergelijke verklaring wordt er niet vanuit gegaan dat de man minder zou zijn gaan werken. Deze veronderstelling wordt volgens de verzekeraar ingegeven door de ervaring in de praktijk, dat de arbeidsparticipatie van mannen nauwelijks verandert na de geboorte van hun kind.¹¹⁰ De Commissie oordeelde dat de brief, gecombineerd met de verklaring van de verzekeraar, het vermoeden van direct onderscheid op grond van geslacht deed vermoeden. Dit onderscheid vloeide voort uit de aanname van een kinderwens bij de vrouw. De statistische gegevens werden door de verzekeraar slechts aangewend ter legitimering van deze stellingname. Aangezien de verzekeraar er niet in was geslaagd om dit vermoeden te weerleggen, concludeerde de Commissie dat er sprake was van (direct) onderscheid op grond van geslacht.

¹⁰⁷ CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117, par. 3.8. Oude Hergelink & Lindenberg 2010, par. 6.

¹⁰⁸ CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117, par. 3.8.

¹⁰⁹ Oude Hergelink & Lindenberg 2010, par. 6.

¹¹⁰ CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117, par. 3.9, ook in dit verband verwijst de verzekeraar naar statistische gegevens van het CBS.

3.3.4. Analyse

Uit de besproken uitspraken blijkt dat het CRM een strenge benadering hanteert voor wat betreft de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de vaststelling van arbeidsvermogensschade. Zo is het vragen naar een kinderwens verboden, als de verzekeraar deze vraag stelselmatig alleen aan vrouwen stelt en niet aan mannen. In die lijn wordt de aansprakelijkheidsverzekeraar ook verboden om de uitkering van vrouwen te matigen, als de aannames over de arbeidsparticipatie en het verdere carrièreverloop gebaseerd zijn op een hypothetische kinderwens, en deze aanname alleen bij vrouwen wordt gehanteerd. Deze vragen en aannames brengen vrouwen in een slechtere bewijspositie dan mannen. Bovendien volgt uit deze rechtspraak dat het gebruik van statistiek in beginsel is toegestaan, mits deze niet in het nadeel van personen van bepaald geslacht uitvallen,¹¹¹ en de gegevens aansluiten bij de huidige en verwachte ontwikkelingen.¹¹² De statistische gegevens moeten derhalve voldoen aan de eisen van relevantie, kwaliteit en actualiteit.¹¹³ De verzekeraar dient door middel van concrete aanknopingspunten te onderbouwen dat het gebruik van statistische gegevens in het individuele geval aangewezen is. Daarbij moet ervoor worden gewaakt dat de bewijslast voor het tegendeel niet eenzijdig bij het slachtoffer wordt gelegd. Ten slotte heeft het CRM benadrukt dat statistische gegevens vooral een voorspellende waarde voor het verleden hebben, en dat de rechtspraktijk daarom behoedzaam dient te zijn met het doortrekken van de lijn naar de toekomst.

3.4. Het spanningsveld

Op basis van de redelijke verwachtingen over toekomstige ontwikkelingen, maakt de rechter prognoses over de toekomst en over de ontwikkelingen in de hypothetische situatie (hoofdstuk 2).¹¹⁴ De rechter kan zich hierbij bedienen van statistische gegevens. Lindenbergh wijst erop dat het bij de begroting van arbeidsvermogensschade gaat om de concreet door deze individuele benadeelde geleden schade, waarmee op gespannen voet staat dat het beeld omtrent de toekomst in hoge mate aan statistische gegevens wordt ontleend.¹¹⁵ Zoals gezegd is Van Dijk iets positiever over het gebruik van statistische gegevens. Hij ziet statistiek als een hulpmiddel, die vooral bij de schadebegroting van jonge slachtoffers handzaam kan zijn.¹¹⁶ Het spanningsveld tussen concrete schadeberekening en

¹¹¹ De hypothetische kinderwens werkt doorgaans negatief uit voor vrouwen. Het verschil in sterftekansen tussen mannen en vrouwen lijkt juist mannen in een minder gunstige positie te plaatsen. In de visie van het HvJ kan ook deze praktijk als een schending van het Unierecht worden aangemerkt. Zie HvJ EU 3 september 2014, C-318/13, NJ 2015/30, m.nt. M.R. Mok en JAR 2014/243, m.nt. M.S.A. Vegter. Het ging daar om een uitkering na een beroepsongeval o.g.v. een door een werkgever (verplicht) afgesloten verzekering conform door de overheid vastgestelde maatstaven.

¹¹² Oude Hergelink & Lindenbergh 2010, par. 11.

¹¹³ Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 10; Engelhard e.a. 2015, p. 260; Van Dijk 2015, p. 116.

¹¹⁴ Vlg. Hoge Raad 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Vehof/ Helvetia*); HR 19 november 1943 NJ 1944, 21; Hoge Raad 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:437 (*Van Sas/ Interpolis*).

¹¹⁵ Lindenbergh 2001, p. 183; Oude Hergelink & Lindenbergh 2009, par. 8.

¹¹⁶ Van Dijk 2015, p. 114-125. Andere auteurs die het gebruik van statistiek een passend middel vinden voor de schadebegroting van verlies van arbeidsvermogen zijn: Akkermans 1997, p. 189 en Hartlief 2005, par. 4.

gelijke behandelingswetgeving ontstaat daar waar statistische gegevens handvatten aanreiken om aan de redelijke toekomstverwachtingen invulling te geven, maar waar diezelfde statistische gegevens duidelijk maken dat een bepaalde factor -bijvoorbeeld geslacht- een verschil in die verwachtingen met zich mee brengt.¹¹⁷ Voor de vraag of dit een ongeoorloofd onderscheid oplevert, dient nagegaan te worden op grond van welke kenmerken de specifieke verwachtingen ten aanzien van het slachtoffer worden gevormd. Wordt er aangeknoopt bij bepaalde aangeboren kenmerken, dan kan er sprake zijn verboden onderscheid.¹¹⁸ Deze persoonlijke kenmerken zijn de eigenschappen op basis waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid te maken. Wanneer onderscheid wordt gemaakt op basis van dergelijke kenmerken, is er sprake van schending van fundamentele rechtsbeginselen. De hogere normen in de Grondwet en internationale verdragen dwingen dan tot een aangepaste wijze van schadeberekening.

In art. 1 AWGB wordt aangegeven dat het verboden is om onderscheid te maken op basis van de volgende persoonlijke kenmerken: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Het discriminatieverbod in artikel 1 AWGB geldt niet alleen voor de overheid, maar ook voor burgers onderling.¹¹⁹ Artikel 21 lid 1 Handvest formuleert het breder:

“Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.”

De positieve verplichtingen¹²⁰ in het Handvest zijn in de eerste plaats gericht aan de lidstaten.¹²¹ Wel is het zo dat de beginselen in het Handvest horizontale werking kunnen hebben, wanneer de specifieke bepaling een subjectief recht verleent aan particulieren.¹²² In de *Küçükdeveci*-zaak heeft het hof bepaald dat discriminatie op grond van leeftijd in de zin van art. 21 Handvest rechtstreekse horizontale werking toekomt.¹²³ Het Hof heeft zich nog niet uitgelaten over de overige discriminatiegronden in dit artikel, zodat onduidelijk is of deze ook horizontale werking hebben. Verschillende auteurs betogen

¹¹⁷ Engelhard e.a. 2015, p. 260.

¹¹⁸ Engelhard e.a. 2015, p. 260.

¹¹⁹ Bunschoten 2015, in: *T&C Grondwet, commentaar op hoofdstuk 1 Gw*, aant. 2. Via verschillende wetten is uitvoering gegeven aan het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod zoals neergelegd in art. 1 Gw. Deze wetten hebben horizontale werking. Zie voor de wetgeving die werkt tussen burgers onderling: <<https://www.mensenrechten.nl/gelijkebehandelingswetgeving>>.

¹²⁰ De leer van de positieve verplichtingen houdt in dat Verdrag Staten hun verdragsverplichtingen niet enkel kunnen schenden door een ‘doen’, maar ook door een ‘nalaten’. Vlg. het *Marckx*-arrest (EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 58442, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 13.) zijn Verdrag Staten niet alleen verplicht om zich te onthouden van inbreuken op fundamentele rechten van individuen, maar kunnen zij onder het EVRM ook verplicht zijn om rechten te waarborgen.

¹²¹ Artikel 51 lid 1 EU-Handvest.

¹²² HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale*), nr. 47.

¹²³ HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci*).

dat de horizontale directe werking zoals aangenomen in het arrest *Küçükdeveci* niet enkel geldt voor het verbod op discriminatie op grond van leeftijd, maar óók voor andere discriminatieverboden die zijn genoemd in art. 21 van het Handvest.¹²⁴

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de familiale afkomst een grondslag vormt voor discriminatie.¹²⁵ Deze factor wordt niet expliciet in art. 1 AWGB genoemd. Het is wel mogelijk dat de familieachtergrond valt onder ‘sociale afkomst’ als bedoeld in art. 21 lid 1 Handvest. Als latere rechtspraak luidt dat het beginsel van non-discriminatie op grond van sociale afkomst horizontale werking heeft, zou het gebruik van de ‘familiale afkomst’ als factor bij de schadevaststelling mogelijk niet door de beugel kunnen. Het verdient mijns inziens de voorkeur dat rechter hier bij voorbaat rekening mee houdt, door terughoudend dan wel in het geheel niet gebruik te maken van de familiale achtergrond van het slachtoffer.

Verschillende auteurs zijn van mening dat bij de begroting van de inkomensschade van kinderen, het gevaar van verboden onderscheid per definitie op de loer ligt.¹²⁶ Bij deze groep kunnen immers geen aanknopingspunten worden gevonden voor een arbeidsloopbaan. De rechter zal in dat geval eerder geneigd zijn om aannames te maken die gebaseerd zijn op stereotypen. Ook zal bij deze groep eerder gebruik worden gemaakt van statistische gegevens, deze zijn immers minder discutabel dan ervaringsregels en feiten of omstandigheden van algemene bekendheid. Zoals ik hiervoor al aangaf, kunnen in deze statistieken discriminatoire aannames verborgen liggen.

Benadering over hoe om te gaan met ‘discriminatoire’ statistiek

Engelhard, Hebly en Lindenberg hebben een literatuurstudie verricht naar de vraag hoe in de praktijk omgegaan wordt met actuariële gegevens die verschillen blootleggen in arbeidsparticipatie tussen verschillende groepen, en dan specifiek groepen die zich laten indelen op grond van aangeboren kenmerken.¹²⁷ Zij hebben drie benaderingswijzen waargenomen:¹²⁸

1. Er wordt ‘gewoon’ gebruik gemaakt van onderscheidmakende gegevens.
2. Er worden neutrale of gemengde statistieken gebruikt.
3. Het slachtoffer uit de ‘achtergestelde groep’ wordt in de ‘bevoordeelde’ groep geplaatst.

¹²⁴ De Mol 2014, p. 286; Prechal 2009, p. 10; A-G Jääskinen van 15 juli 2010, zaak C-147/08, *Römer*, punt 129.

¹²⁵ Benaissa 2015, p. 30 e.v.; Van Dort 2009, p. 131 e.v.; De Hek 2016. Met deze term wordt bedoeld op informatie die verkregen kan worden door familie achtergrond. Wat doen de ouders, broers en zussen?

¹²⁶ Engelhard e.a. 2015, p. 262.

¹²⁷ Engelhard e.a. 2015, p. 260 e.v. Deze categorieën zijn letterlijk overgenomen.

¹²⁸ Engelhard e.a. 2015, p. 260.

Eerste benadering

In de eerste benadering, ook wel de ‘traditionele benadering’ genoemd, wordt het gebruik van onderscheidmakende gegevens toegelaten. Ook de factoren die zien op aangeboren kenmerken, zoals geslacht, ras of etniciteit, zouden op grond van deze benadering bij de vaststelling van arbeidsvermogensschade in aanmerking genomen kunnen worden. Het verschil in uitkering tussen individuen met een vergelijkbaar letsel, moet bezien worden vanuit de ratio dat niet het lichamelijk letsel zelf rechtens als schade wordt aangemerkt, maar dat het steeds gaat om een inventarisatie van de gevolgen die het letsel voor de getroffen persoon in concreto teweeg heeft gebracht.¹²⁹ Bij deze benadering is het uitgangspunt van *restitutio in integrum* doorslaggevend: het individuele slachtoffer dient zoveel mogelijk in de positie gebracht te worden waarin hij zou hebben verkeerd als er geen ongeval had plaatsgevonden. In een maatschappij waarin de arbeidsparticipatie van mannen hoger is dan die van vrouwen, resulteert dit meestal in hogere vergoedingen voor mannen. Veronderstellingen over de arbeidsparticipatie van vrouwen mogen derhalve meegewogen worden, en op die manier wordt geaccepteerd dat vrouwen bij de vaststelling van arbeidsvermogensschade slechter af zijn dan mannen.¹³⁰ Wanneer gekeken wordt naar de motivering in de *Coskun*-zaak, lijkt het erop dat de Rechtbank deze koers aanhoudt, wanneer zij stelt dat het onvermijdelijk is dat bij de vaststelling van het inkomensverlies rekening wordt gehouden met het gegeven dat Esra een vrouw is.¹³¹ Dit is ook de lijn die Van Dijk voorstaat, volgens hem is de discriminatie in deze zaak vooral gelegen in het feit dat te snel conclusies werden getrokken op basis van ‘te magere, inadequate en verouderde statistiek’.¹³² Hij betoogt dat statistische gegevens een rol moeten kunnen spelen bij het bepalen van de schade, ook indien deze statistieken anders uitpakken bij man en vrouw. Wel moeten zij voldoen aan de eisen van relevantie, kwaliteit en actualiteit, en moeten voldoende toegesneden zijn op de persoonlijke omstandigheden van het geval.¹³³

Bij deze benadering worden in de literatuur een aantal kanttekeningen geplaatst. Een eerste kritiekpunt is dat veronderstellingen over de hypothetische toestand veelal niet gebaseerd kunnen worden op statistische gegevens, omdat deze niet de maatschappelijke ‘werkelijkheid’ zouden weerspiegelen.¹³⁴ De gegevens zouden veelal achterhaald zijn en eerder patronen in het verleden reflecteren, dan in het heden.¹³⁵ Bovendien zouden relevante toekomstige (maatschappelijke) ontwikkelingen niet in statistieken verdisconteerd zijn.¹³⁶ Ook wanneer de statistieken aansluiten bij de huidige

¹²⁹ Lindenberg 2001, p. 179.

¹³⁰ Engelhard e.a. 2015, p. 260, met verwijzing naar Simon 2014.

¹³¹ Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, r.o. 3.11. Reeds aangehaald door Engelhard e.a. 2015, p. 257.

¹³² Van Dijk 2015, p. 125.

¹³³ Van Dijk 2015, p. 114-125.

¹³⁴ Chamallas 2005, p. 1415 e.v.

¹³⁵ Chamallas 2005, p. 1451-1452; Lindenberg 2001; Oude Hergelink & Lindenberg 2009, par. 8.

¹³⁶ Chamallas 2005, p. 1452 e.v. De rechter benadrukt de relatieve betekenis van statistiek en de problematiek hieromtrent in ECLI:NL:GHARL:2013:4977, JA 2013/161; en ECLI:NL:GHARL:2014:6223, JA 2014/124.

ontwikkelingen, en de rechter rekening zou houden met verwachte maatschappelijke veranderingen, bestaat er weerstand tegen deze benadering. Tegenstanders betogen dat met deze benadering ongelijkheid in de maatschappij weerspiegeld wordt, en dus via het schadevergoedingsrecht bestendigd raakt.¹³⁷ Ongelijke patronen in de maatschappij worden hiermee gerepliceerd: de welgestelden worden teruggebracht in hun gefortuneerde status voorafgaand aan het ongeval, terwijl de minder kansrijke slachtoffers hun heil terug moeten vinden in hun berooide positie.¹³⁸ Wanneer men aanneemt dat de sociale werkelijkheid een reflectie vormt van onrechtvaardigheid (onrechtvaardig in de zin van discriminatoir), dan kan men in twijfel trekken waarom zoveel tijd en geld uitgegeven zou moeten worden om die ongelijke en onrechtvaardige maatschappij te repliceren.¹³⁹

Tweede benadering

Een tweede mogelijkheid is om bij het berekenen van de schade gebruik te maken van neutrale of meer gemengde statistiek. Engelhard en anderen illustreren deze methode aan de hand van een Amerikaanse zaak, waarin de rechter besloot om bij het vaststellen van het verlies van verdien capaciteit gebruik te maken van het gemiddelde inkomen van alle universitaire mannen en vrouwen.¹⁴⁰ Door gebruik te maken van *gender* neutrale gegevens, werd voorkomen dat er seksediscriminatie plaatsvond. Wanneer het gemiddelde zowel op mannen als op vrouwen van toepassing is, kan deze benadering een gelijkheid in uitkeringsuitkomsten bewerkstelligen: de minderverdienenden worden ‘opgetrokken’ naar het gemiddeld niveau, terwijl de meer verdienenden ‘neerdalen’ naar het gemiddelde.¹⁴¹ De kritiek op deze benadering is dat mannen ondergecompenseerd worden wanneer zij als de meer verdienende groep worden beschouwd. Het bezwaar zou gelegen zijn in het gegeven dat bij de inschatting van hun inkomensverlies mee wordt gewogen dat een deel van de afgestudeerden minder zou gaan werken na de komst van kinderen, terwijl deze laatste categorie voornamelijk uit vrouwen zou bestaan.¹⁴² Deze relatieve ‘ondercompensatie’ lijkt echter inherent aan deze benadering.

Derde benadering

Een zwaardere variant dan het hierboven genoemde alternatief, is de methode waarbij gebruik wordt gemaakt van de gegevens van de meestverdienende groep voor de begroting van verlies van vermogen

¹³⁷ Adjin-Tettey 2003, p. 312; Chamallas 2005; Reeds aangehaald door Engelhard e.a. 2015, p. 261.

¹³⁸ Engelhard e.a. 2015, p. 261, met verwijzing naar Keren-Paz 2013, p. 67; en Atiyah 1997, p. 19.

¹³⁹ Cassels 1995, p. 182; Cassels 1992, p. 445; Benaissa 2015; Emaus 2016b, p. 26-28.

¹⁴⁰ Engelhard e.a. 2015, par. 3.3., met verwijzing naar *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427 (D.C. 1991), 455-456.

¹⁴¹ Engelhard e.a. 2015, p. 261.

¹⁴² Engelhard e.a. 2015, p. 261.

van minder verdienende groepen.¹⁴³ Zo zou, wanneer blijkt dat het inkomen van mannelijke afstudeerders hoger is dan die van de vrouwelijke, het inkomensverlies van vrouwen vastgesteld kunnen worden op basis van de inkomsten van mannelijke afstudeerders. Deze benadering zou dan in lijn zijn met het overheidsbeleid dat gericht is op gelijke arbeidskansen voor man en vrouw. Economen wijzen echter op de negatieve uitwerking van deze methode: wanneer de lagere arbeidsparticipatie van vrouwen structureel niet terug te zien is in de uitkeringen voor vergoeding van inkomensverlies, dan zal op macroniveau sprake zijn van overcompensatie van vrouwen.¹⁴⁴ Deze benadering zal dan in feite neerkomen op positieve discriminatie van de achtergestelde groep. Engelhard en anderen belichten dit als volgt:¹⁴⁵

“Door bij de vaststelling van schade te abstraheren van bepaalde factoren (zoals verondersteld moederschap en dientengevolge verminderde arbeidsparticipatie) wordt er op macroniveau een schadevergoedingsverplichting gecreëerd voor schade die geen schade is: er is dan een groep die derving van inkomen vergoed krijgt die zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis evenzeer zou hebben plaatsgehad.”

De bezwaren die tegen deze benadering worden geuit, komen overeen met de bezwaren tegen de tweede benadering. Daarom worden de commentaren op deze benadering tezamen besproken. Allereerst wordt betoogd dat deze benadering in strijd zouden zijn met het principe van *restitutio in integrum*, dat aan Nederlandse schadevergoedingsrecht ten grondslag ligt.¹⁴⁶ De doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht zou zijn gelegen in het herstellen van de uitgangsposities tussen partijen, zoals die bestond voordat de ene partij onrechtmatig handelde jegens de andere partij.¹⁴⁷ De alternatieve benaderingen zouden echter haaks staan op deze doelstelling. Op grond van de alternatieve benaderingen is het immers mogelijk dat de slachtoffers in een betere positie worden gebracht, dan wanneer het ongeval niet had plaatsgevonden. Critici vragen zich af waarom de individuele aansprakelijke de kosten zou moeten dragen van deze vorm van ongelijkheidsherstel, vooral nu de sociale ongelijkheid al bestond voordat de aansprakelijke partij onrechtmatig handelde.¹⁴⁸ Bovendien wordt aangevoerd dat het aansprakelijkheidsrecht geen geschikt middel vormt om sociale ongelijkheid in de samenleving tegen te gaan, omdat dit over het algemeen maar een fractie van de bevolking (enkel letselslachtoffers) zal bereiken.¹⁴⁹ Het zou daarom weinig substantiële gevolgen hebben voor de algemene inkomensverdeling in de maatschappij. Om ongelijkheid aan banden te leggen, zou actief arbeidsmarktbeleid op dit punt bij uitstek het geschikte middel zijn.

¹⁴³ Engelhard e.a. 2015, p. 262, met verwijzing naar Adjin-Tettey 2000, p. 504-535.

¹⁴⁴ Lewis e.a. 2002, p. 431-432; Reeds aangehaald door Engelhard e.a. 2015, p. 262.

¹⁴⁵ Engelhard e.a. 2015, p. 262.

¹⁴⁶ Adjin-Tettey 2003, p. 312; Chamallas 2005, p. 1450.

¹⁴⁷ Loth 2016a, p. 8.

¹⁴⁸ Adjin-Tettey 2003, p. 312.

¹⁴⁹ Chamallas 2005, p. 1449; Adjin-Tettey 2003, p. 311-312.

Mijn visie

Hoewel de traditionele benadering, waarin het gebruik van onderscheidende statistieken toegestaan is, het meest recht doet aan de uitgangspunten van het Nederlandse schadevergoedingsrecht, meen ik dat het gebruik van sekseneutrale gegevens de voorkeur verdient. Het fundamentele karakter van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie rechtvaardigt mijns inziens deze keuze. Hiervoor vind ik aanwijzingen in zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie, als in de uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens. Beide instanties hanteren een strenge benadering voor wat betreft gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De benadering waarin gebruik wordt gemaakt van sekseneutrale gegevens verdient de voorkeur boven de benadering die gebruik maakt van gegevens over meeste verdienende categorie. De eerstgenoemde sluit immers meer aan bij het uitgangspunt van *restitutio in integrum*, en vereist geen drastische wijzigingen van de huidige benadering van schadeberekening. De verplichting om te werken met sekseneutrale statistieken en veronderstellingen kan geplaatst worden ‘in de sleutel van de ‘redelijke verwachtingen.’’¹⁵⁰

Het beginsel van *restitutio in integrum* heeft twee belangrijke voordelen. Vanuit het perspectief van het slachtoffer bestaat het voordeel dat hij volledige schadevergoeding kan ontvangen voor de schade die veroorzaakt is door de aansprakelijke partij. Bezien vanuit de aansprakelijke partij, bestaat het voordeel dat hij niet méér hoeft te betalen dan wat toegerekend kan worden aan de schadeveroorzakende gebeurtenis. Hantering van sekseneutrale gegevens kan deze voordelen wegnemen. Immers kan aan de kant van het slachtoffer sprake zijn van ondercompensatie, als zijn prestaties vóór het ongeval bovengemiddeld waren. Aan de kant van de aansprakelijke zou het nadeel kunnen zijn dat hij tot een hogere vergoeding wordt aangesproken dan hij ‘daadwerkelijk’ schade heeft veroorzaakt.

Aangaande het probleem van ondercompensatie kan het volgende worden opgemerkt. De behoefte aan het gebruik van statistische gegevens zal zich vooral doen gevoelen bij vrouwen, waar het gaat om de hypothetische kinderwens. De statistieken zouden dan licht moeten werpen op de vraag hoe de kinderwens van invloed kan zijn op het inkomen van de vrouw. De hiervoor genoemde rechtspraak laat zien dat verzekeraars in beginsel ervan uitgaan dat de kinderwens geen inkomensgevolgen heeft voor mannelijke slachtoffers. Deze aanname leidt ertoe dat er bij mannen geen behoefte is aan statistische gegevens. Het ligt daarom voor de hand dat er geen sprake is van ondercompensatie van mannen bij de concrete schadeberekening. In het geval dat de verzekeraars wél zouden uitgaan van de hypothese dat de kinderwens altijd inkomensgevolgen heeft voor de man én de vrouw, zou er sprake kunnen zijn van ondercompensatie van de man. Ten aanzien van de inschatting van de inkomensschade van mannen weegt dan mee, dat een deel van de mensen minder zou gaan werken na het krijgen van kinderen, terwijl deze laatste categorie juist vooral uit vrouwen zou blijken te

¹⁵⁰ Engelhard e.a. 2015, p. 265.

bestaan.¹⁵¹ Bij volwassen mannen kan dit probleem worden ondervangen. Het is hun namelijk ook onder het huidige recht toegestaan om te bewijzen (lees: aannemelijk te maken) dat zij inderdaad een inkomensniveau hoger dan gemiddeld zouden hebben bereikt. Bij een driejarige jongen zal het echter veelal niet mogelijk zijn om aannemelijk te maken dat hij bovengemiddeld zou presteren. Dit simpelweg omdat daar onvoldoende aanknopingspunten voor zijn. Deze oplossing is voor jonge slachtoffers dus slechts theoretisch en daarom niet overtuigend. Geconcludeerd kan worden dat het gebruik van sekseneutrale gegevens bij jonge kinderen steeds zal leiden tot ondercompensatie van slachtoffers van een bepaald geslacht.

Ten aanzien van het nadeel aan de kant van de aansprakelijke partij kan betoogd worden dat er eigenlijk geen sprake is van ‘teveel betalen’. Uiteindelijk zijn het veelal de WA-verzekeraars die de schade moeten vergoeden. In het ene geval zullen zij onder deze benadering gehouden zijn om méér te betalen dan de verzekerde daadwerkelijk aan schade heeft veroorzaakt, in het andere geval juist minder. Het is dus mogelijk dat zij op jaarbasis niet meer betalen dan wanneer zij zouden zijn uitgegaan van sekse onderscheidende gegevens.

Naar mijn mening is het inzetten van statistiek bij de vaststelling van het verlies van verdienvermogen toegestaan. Bij zeer jonge kinderen (ik denk daarbij aan de leeftijdscategorie 1 tot 4 jaar) ontbreken betrouwbare aanknopingspunten aan de hand waarvan hun hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval kan worden bepaald. Statistische gegevens zijn dan als hulpmiddel geschikter om de toekomst in te schatten, dan de andere methodes die de rechter tot zijn beschikking heeft. Indien de concrete omstandigheden van het slachtoffer voldoende aanknopingspunten bevatten aan de hand waarvan een inschatting kan worden gemaakt, dan moet er kunnen worden afgeweken van de statistieken. De rechter zal hoge eisen moeten stellen aan de statistische gegevens die in de concrete zaak worden gebruikt. Ideaal zou zijn dat de rechter oog heeft voor de beperkingen van statistische gegevens, en dat hij daarnaast ook andere informatie gebruikt.

3.5. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het spanningsveld tussen de beginselen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en de gelijkebehandelingswetgeving onder de loep genomen. Uit het wetgevingskader is gebleken dat zowel Richtlijn 2004/113/EG als de AWGB voldoende grond bieden voor het aanpakken van discriminatoire uitwerkingen van het schadevergoedingsrecht.

De analyse van de drie uitspraken van de CGB toont aan dat het hanteren van aannames over de arbeidsparticipatie van vrouwen gemakkelijk verboden onderscheid op grond van geslacht kan

¹⁵¹ Engelhard e.a. 2015, p. 261.

opleveren. Vrouwelijke slachtoffers worden door deze aannames in een verslechterde bewijspositie gezet. Het CRM keurt deze praktijk af, en oordeelt dat de bewijslast met betrekking tot een scenario dat afwijkt van de statistische gegevens, niet eenzijdig bij het slachtoffer mag worden gelegd. Voor de praktijk betekent dit dat de verzekeraar zal moeten aantonen dat het gebruik van statistieken voor het individuele slachtoffer aangewezen is. Daarnaast bleek dat het CRM het gebruik van statistische gegevens bij de vaststelling van toekomstige schade toestaat, onder voorwaarde dat deze gegevens niet slechter mogen uitvallen voor individuen van een bepaald geslacht, en dat deze statistieken aansluiten bij de huidige en verwachte ontwikkelingen.

Vervolgens ben ik in de vierde paragraaf dieper ingegaan op het spanningsveld. Daaruit kwam naar voren dat de rechter bij de begroting van verlies van verdienvermogen van een individueel slachtoffer, de ‘redelijke verwachtingen’ omtrent de toekomst invult aan de hand van statistische gegevens. Die statistieken kunnen verschillen blootleggen tussen groepen die zich laten onderscheiden naar bepaalde, met name aangeboren, kenmerken. Gedoeld wordt op de persoonlijke eigenschappen van een individu op basis waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid te maken. Wanneer de concrete verwachtingen ten aanzien van een individu worden ingeschat op basis van statistiek waarin dergelijke kenmerken verborgen zijn, dan levert dit strijd op met het discriminatieverbod. Verder is geconstateerd dat het gebruik van de ‘familiale afkomst’ als factor bij de berekening van inkomensschade van jonge kinderen mogelijk strijd oplevert met het non-discriminatiebeginsel.

Ten slotte is gekeken hoe de praktijk omgaat met actuariële gegevens die onderscheid opleveren. Uit de literatuur werden drie benaderingswijzen gedestilleerd: 1. gebruik maken van onderscheidmakende gegevens, 2. gebruikmaken van sekseneutrale gegevens, 3. gebruikmaken van gegevens over de meestverdienende categorie. Vanuit het oogpunt van bevordering van gelijke behandeling, dient mijns inziens de tweede benadering te worden gehanteerd. Deze benadering vormt een middenweg; zij doet meer recht aan het beginsel van gelijke behandeling, terwijl zij niet veel afwijkt van het beginsel van *restitutio in integrum*.

Hoofdstuk 4 *Alternatieve benaderingen in het buitenland*

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk worden een aantal buitenlandse alternatieve benaderingen voor de begroting van arbeidsvermogensschade besproken. Er zal worden nagegaan of en in hoeverre deze alternatieven de knelpunten bij de huidige benadering kunnen wegnemen. De analyse in dit hoofdstuk zal toegespitst zijn op de vraag of deze benaderingen recht doen aan het gelijkheidsbeginsel, in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De eerste alternatieve benaderingen die besproken worden volgen uit Canadese rechtspraak en literatuur (§ 4.2). De praktijk in Canada is interessant om nader te bekijken, omdat daar al geruime tijd ervaring is opgedaan met ‘gender fairness’ bij de vaststelling van het inkomensverlies van letselslachtoffers.¹⁵² Vervolgens wordt een paragraaf gewijd aan de Belgische praktijk van normering van personenschade (§ 4.3). De inzichten rondom de Belgische Indicatieve tabel moeten duidelijk maken wat de voor- en nadelen zijn van deze benadering. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie (§ 4.4).

4.2. Een blik op Canada

Evenals in Nederland en veel West-Europese landen,¹⁵³ is in Canada het principe van *restitutio in integrum* leidend voor de vaststelling van personenschade.¹⁵⁴ Het verlies van verdienvermogen van benadeelden wordt -ongeacht hun leeftijd- concreet en volledig begroot. In de Canadese rechtspraak wordt echter wel expliciet erkend dat ‘volledige’ vergoeding illusoir is.¹⁵⁵ Om die reden wordt meestal gesproken over ‘fair compensation’. Deze terminologie zou voorkomen dat bij het slachtoffer valse verwachtingen worden gewekt. In tegenstelling tot de meeste Europese rechtssystemen, hebben de procespartijen in Canada geen keuze tussen periodieke uitkeringen en een som ineens. De schadevergoeding wordt enkel door middel van een *lump sum* uitgekeerd. Bij wijze van uitzondering kunnen minderjarige slachtoffers wel periodieke uitkeringen aanvragen.¹⁵⁶

In deze paragraaf worden drie alternatieve benaderingen voor de berekening van arbeidsvermogensschade bestudeerd. Gekeken zal worden in hoeverre deze drie Canadese methoden de factor geslacht in aanmerking nemen bij de berekening van de schadevergoeding.

¹⁵² Voor een uitgebreide behandeling van de alternatieve benaderingen in Canada zie: Emaus 2015. In deze paragraaf is gebruik gemaakt van de door haar geraadpleegde bronnen.

¹⁵³ Zie Magnus 2001, p. 188; en Tromp 2009, p. 187 e.v.

¹⁵⁴ Baudouin & Linden 2013, p. 95.

¹⁵⁵ Zie o.a. Supreme Court of Canada 19 januari 1978, 1978 CarswellAlta 214 (*Andrews v Grand Toy Alberta*), waarin rechter Dickson benadrukt dat: ‘There cannot be “complete” or “perfect” compensation.’

¹⁵⁶ Baudouin & Linden 2013, p. 95-96.

4.2.1. Loss of earning capacity

De eerste alternatieve wijze van schadeberekening is de benadering die het verlies van verdien capaciteit van het slachtoffer als aanknopingspunt hanteert.¹⁵⁷ Bij deze benadering wordt de huidige gedachte van ‘redelijk te verwachten’ inkomsten verlaten, en staat de capaciteit om inkomsten te verwerven centraal. Deze benadering is in Canada voor het eerst toegepast in de zaak *Andrews v. Grand & Toy Alberta*. Ten tijde van het verkeersongeval was de 21-jarige Andrews werkzaam als onderhoudsmonteur in opleiding bij de Canadese Nationale Spoorwegen. Als gevolg van de aanrijding was Andrews verlamd geraakt aan alle ledenmaten. Bij de beoordeling van toekomstig inkomensverlies, benadrukt de *Supreme Court of Canada*:¹⁵⁸

"It is not the loss of earnings but, rather, loss of earning capacity for which compensation must be made (...). A capital asset has been lost: what was its value?"

Volgens deze benadering vormt de capaciteit om inkomsten te verwerven een vermogensbestanddeel dat voor vergoeding in aanmerking kan komen. De schadevergoeding voor de aantasting van capaciteit om inkomsten te verwerven, reflecteert derhalve het verlies aan capaciteit.¹⁵⁹ Emaus beschrijft de uitwerking van deze benadering voor vrouwen als volgt:¹⁶⁰

“Toegespitst op vrouwen die ervoor kiezen om geen of in deeltijd betaalde arbeid te verrichten werkt de benadering van het verlies van verdien capaciteit zo dat de schadevergoeding niet wordt gerelateerd aan de (gedeeltelijke) onmogelijkheid om de huishoudelijke taken te verrichten, maar dat die wordt gerelateerd aan de inkomsten uit arbeid die de benadeelde had kunnen verdienen als zij niet zou verkiezen om niet-betaalde arbeid te verrichten – de *opportunity cost method*.”

De maatstaf die gehanteerd wordt voor de berekening van het inkomensverlies, is derhalve het inkomen dat de vrouw in kwestie had kunnen verdienen als zij betaalde arbeid had kunnen verrichten. Een zuivere toepassing van deze benadering zou geen seksdiscriminatie opleveren. Het zou echter wel een ander onderscheid met zich mee kunnen brengen. Wanneer de ‘*opportunity cost method*’ wordt toegepast op twee benadeelden die vóór het ongeval huishoudelijke werkzaamheden verrichtten, dan kan deze methode resulteren in ongelijke schadevergoedingen. De ene huisvrouw kan immers professionele vaardigheden hebben, die ten tijde van het ongeval onbenut waren, maar die zij wel had kunnen aanwenden om de arbeidsmarkt te betreden. Dit terwijl de andere huisvrouw deze vaardigheden mist, en alleen in staat zou zijn om ongeschoold arbeid te verrichten. Het verschil in uitkeringsbedragen kan als onrechtvaardig worden beschouwd, nu deze slachtoffers vóór het ongeval

¹⁵⁷ Adjin-Tetty 2000, p. 506-509. Reeds aangehaald door Emaus 2015.

¹⁵⁸ Supreme Court of Canada 19 januari 1978, 1978 CarswellAlta 214 (*Andrews v Grand Toy Alberta*).

¹⁵⁹ Emaus 2015, p. 17.

¹⁶⁰ Emaus 2015, p. 19.

dezelfde (onbetaalde) werkzaamheden verrichtten, waarvoor eenzelfde niveau aan vaardigheden vereist was.¹⁶¹

4.2.2. Letsel als uitgangspunt

Een tweede alternatieve benadering die in Canada is voorgedragen, is de benadering waarin het letsel het uitgangspunt vormt bij de berekening van de omvang van de schadevergoeding.¹⁶² Bij deze benadering wordt derhalve uitgegaan van een ander schadebegrip: het lichamelijk letsel zelf wordt rechtens als schade aangemerkt. Benadeelden met vergelijkbaar letsel zouden op grond van deze benadering gelijke schadevergoeding moeten krijgen. De benadering lijkt op de ontwikkelingen in het Italiaanse recht omtrent de *danno alla salute* oftewel *danno biologico*.¹⁶³ Volgens Lindenbergh wordt bij deze benadering ‘geabstraheerd van de concrete uitwerkingen op het leven van de gelaedeerde’, en wordt juist rekening gehouden met de manier waarop het letsel de mens in het algemeen treft.¹⁶⁴ De schade wordt gewaardeerd aan de hand van de aantasting van de fysiek-psychische gezondheid van het slachtoffer.¹⁶⁵

In de literatuur wordt opgemerkt dat met de invoering van deze benadering, iedere vorm van verboden onderscheid -dus ook onderscheid op grond van geslacht- uitgebannen zou worden.¹⁶⁶ Emaus wijst wel op een nadeel van deze benadering: bij de hantering van deze methode is onzeker of het concrete inkomensverlies van de benadeelde wordt weggenomen.¹⁶⁷ De vraag of deze benadering voor een individuele benadeelde rechtvaardig uit zou werken, zou afhangen van zijn letsel en zijn situatie van voor het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Terecht merkt Lindenbergh op dat toepassing van deze benadering in Nederland ‘zou leiden tot een vrijwel volledige herverkaveling van het huidige schadevergoedingsrecht met betrekking tot personenschade’.¹⁶⁸

4.2.3. Betere waardering van niet-betaalde arbeid

Een andere benadering voor de vergoeding van toekomstige schade is de benadering die uitgaat van een betere waardering van niet-betaalde arbeid.¹⁶⁹ De huidige benadering van schadebegroting zou discriminerend uitwerken. Voorstanders stellen dat bij de berekening van de concrete schade, betaalde

¹⁶¹ Ontario Law Reform Commission, *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Toronto: Ministry of the Attorney General 1987, <<https://archive.org/stream/reportoncompensa00onta#page/44/mode/2up>>, p. 46. Reeds aangehaald door Emaus 2015, p. 19.

¹⁶² Emaus 2015, p. 21, met verwijzing naar Adjin-Tetty 2004, p. 314; en Gibson 1993, p. 209.

¹⁶³ Magnus 2001, p. 121, met verwijzing naar Corte Cost. 14 Iuglio 1986 nr. 184.

¹⁶⁴ Lindenbergh 2001, p. 180.

¹⁶⁵ Lindenbergh 2001, p. 180.

¹⁶⁶ Lindenbergh 2001, p. 180; Emaus 2015, p. 21.

¹⁶⁷ Emaus 2015, p. 21.

¹⁶⁸ Lindenbergh 2001, p. 180.

¹⁶⁹ Adjin- Tetty 2000, p. 504-535, reeds aangehaald door Emaus 2015, p. 20.

arbeid beter gewaardeerd wordt dan onbetaalde arbeid. Omdat vrouwen meer onbetaalde arbeid zouden verrichten, zouden zij hier nadeel van ondervinden.¹⁷⁰ Een oplossing voor dit knelpunt zou kunnen zijn dat bij de waardering van niet-betaalde arbeid (tenminste) wordt uitgegaan van het inkomen waarvoor de huisvrouw de overstap naar de arbeidsmarkt zou hebben gemaakt.¹⁷¹ Bij de hantering van deze methode zou weliswaar nog steeds onderscheid op grond van geslacht worden gemaakt. Toch kan deze benadering volgens Emaus tot meer gelijkheid leiden, ‘in die zin dat bij de berekening van de schade niet alleen de activiteit van degenen die betaalde arbeid verrichten wordt gewaardeerd, maar dat ook niet betaalde arbeid, vaker verricht door vrouwen dan mannen, beter wordt gewaardeerd.’¹⁷² Deze methode kan volgens haar zo uitwerken dat er geen significant verschil meer is in de arbeidsvermogensschade van mannen en vrouwen.

4.3. Een blik op België

4.3.1 Algemeen

Normering van schadevergoeding houdt in dat voor een grote groep van gevallen een standaard wordt gezet om geschillen te voorkomen of beperken.¹⁷³ Bij normering kunnen twee vormen worden onderscheiden. Allereerst kan normering zien op het hanteren van gestandaardiseerde bedragen voor personenschade.¹⁷⁴ Ten tweede kan normering bestaan uit het hanteren van een standaardmethode om de schade te berekenen. Normering grenst aan abstrahering. Ter bepaling van de standaard wordt doorgaans het gangbare, het gemeenschappelijke of het normale tot standaard verheven.¹⁷⁵ In die zin wordt derhalve geabstraheerd van één of meer specifieke omstandigheden van het geval.¹⁷⁶

4.3.2. Normering in België

In België wordt toekomstige arbeidsvermogensschade volgens twee verschillende methoden begroot. De eerste methode vormt de standaard. Bij deze methode wordt het gederfde hypothetische jaarinkomen vermenigvuldigd met het percentage blijvende invaliditeit (BI).¹⁷⁷ De term ‘blijvende

¹⁷⁰ Emaus 2015, p. 20, met verwijzing naar Posner 1989, p. 194-195.

¹⁷¹ Emaus 2015, p. 20, met verwijzing naar Posner 1989, p. 195.

¹⁷² Emaus 2015, p. 20.

¹⁷³ Lindenbergh 2013, p. 24.

¹⁷⁴ Ook bij de hiervoor besproken Canadese methoden (§4.2.) kan er sprake zijn van normering. Zo zal bij de benadering die het letsel als uitgangspunt neemt bij de schadeberekening gewerkt moeten worden met gestandaardiseerde schadebedragen voor het opgelopen letsel.

¹⁷⁵ Lindenbergh 2013, p. 24.

¹⁷⁶ Lindenbergh 2013, p. 24.

¹⁷⁷ Giesen & Tjittes 2004, p. 77. Het Belgisch recht geeft aan het begrip ‘materiële schade’ een markant verschillende inhoud als dat in Nederland gebeurt. ‘Naar Belgische recht is niet alleen inkomensverlies ten gevolge van letsel vergoedbaar. Ook aantasting van de arbeidsongeschiktheid op zichzelf is vergoedbaar, ook al veroorzaakt die arbeidsongeschiktheid geen inkomensverlies’. Vlg. Temmerman & Kezel 2002, p. 105.

invaliditeit' ziet op de aard en de ernst van het letsel, bezien ten opzichte van het beschadigde lichaamsdeel en de rest van het lichaam. Het gevonden bedrag aan schadevergoeding is dus gekapitaliseerd.¹⁷⁸ Ook bij jonge kinderen wordt in beginsel uitgegaan van concrete begroting van het basisloon. Relevante factoren bij die concrete begroting vormen: de intellectuele, technische of manuele vaardigheden van het kind, de interesse in bepaalde beroepscategorieën die het wellicht spelenderwijs heeft getoond, het werk van eventuele broers en zussen, en het sociale milieu van het gezin.¹⁷⁹

De tweede methode komt pas in beeld wanneer (voldoende) aanknopingspunten ontbreken.¹⁸⁰ Volgens deze methode wordt het verlies van verdienvermogen berekend door een forfaitair bedrag toe te kennen per procentpunt blijvende invaliditeit.¹⁸¹ Bij deze begroting hanteert de rechter de zogenaamde 'Indicatieve tabel'.¹⁸² Zoals de naam het al aangeeft, is dit instrument slechts een indicatie waarop teruggevallen kan worden wanneer de omvang van de schade niet concreet of exact kan worden begroot. De tabel bindt de rechter niet.¹⁸³ Van deze richtlijn kan altijd worden afgeweken indien het slachtoffer het bestaan en de omvang van een hogere schade aannemelijk kan maken.

Aangezien in deze benadering geen rekening wordt gehouden met het geslacht van de benadeelde, zou deze methode verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw. Hantering van deze methode zorgt echter wel voor een ander onderscheid, namelijk onderscheid op grond van leeftijd. De bedragen die de Indicatieve tabel vermeldt, worden bepaald per leeftijdscategorie. Ter illustratie: aan slachtoffers tot 15 jaar wordt € 1.220,00 per punt BI toegekend; voor slachtoffers van 30 jaar is het basisbedrag € 990,00; voor slachtoffers van 70 jaar is dat € 390,00. Op het eerste gezicht lijkt deze methode jonge slachtoffers te begunstigen. Niettemin wordt in de literatuur opgemerkt dat deze benadering kan leiden tot ondercompensatie van jonge kinderen.¹⁸⁴ Volgens Tromp kunnen hier drie verklaringen voor worden gegeven.¹⁸⁵ Allereerst wordt de omvang van de schadevergoeding gerelateerd aan het percentage blijvende invaliditeit (BI).¹⁸⁶ Dit percentage wordt vastgesteld door medische experts. Zij onderzoeken de aard en ernst van het door het slachtoffer opgelopen letsel, waarbij géén rekening wordt gehouden met de beperkingen van het slachtoffer voor het verrichten van

¹⁷⁸ Het terugrekenen van toekomstige schade naar het bedrag dat nú nodig is om de schade in de toekomst te kunnen dekken, noemt men kapitaliseren. Vlg. <<http://www.letselschademagazine.nl/kapitalisatie-bij-letselschade>>.

¹⁷⁹ Giesen & Tjittes 2004, p. 77, met verwijzing naar D. Simoens, 'Buiten contractuele aansprakelijkheid, deel II, schade en schadeloosstelling', *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, deel XI, 1999, nr. 83. Reeds aangehaald door Tromp 2009, p. 198.

¹⁸⁰ Tromp 2009, p. 198.

¹⁸¹ Tromp 2009, p. 197-198. Giesen & Tjittes 2004, p. 77-78.

¹⁸² In de Indicatieve tabel 2016 wordt, anders dan in de vorige edities, niet meer het uitgangspunt gehanteerd dat ongeschiktheden tot 15 % in principe volgens de tweede methode moet worden berekend. Methode 1 is nu dus mogelijk vanaf een blijvende ongeschiktheid van 1%.

¹⁸³ Desmecht e.a. 2012.

¹⁸⁴ Giesen & Tjittes 2004, p. 78; Tromp 2009, p. 205 e.v.

¹⁸⁵ Tromp 2009, p. 205-206, met verwijzing naar Bona in de PEOPLE-bundel, p. 531-626.

¹⁸⁶ Tromp 2009, p. 197.

arbeid.¹⁸⁷ Bij het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid wordt echter wel rekening gehouden met de invloed van het letsel op de arbeidsmogelijkheden van het slachtoffer. Het BI kan derhalve flagrant afwijken van het percentage arbeidsongeschiktheid.¹⁸⁸ Het percentage blijvende invaliditeit dat geprojecteerd wordt op een forfaitair bedrag, vormt daarom geen goede afspiegeling van de verloren arbeidsongeschiktheid. Daarnaast zou de ondercompensatie te wijten zijn aan de strenge hantering van de regels van stelplicht en bewijslast.¹⁸⁹ Wanneer de rechter strikt vasthoudt aan de bewijsregels, zal de benadeelde niet eenvoudig kunnen afwijken van de opgestelde normen.¹⁹⁰ Bij jonge kinderen geldt dit des te meer, nu zij geen concreet referentiekader hebben aan de hand waarvan zij een ander uitgangspunt aannemelijk kunnen maken. Tenslotte zou dit te maken hebben met het gegeven dat in de basisbedragen van de Indicatieve tabel morele schade is inbegrepen. In de Indicatieve tabel 2016 wordt het probleem van ondercompensatie bij jonge slachtoffers expliciet erkend. In dat kader is bepaald dat: “Aan jonge slachtoffers die nog geen of gering inkomen hebben, moet bijzondere aandacht worden besteed.”¹⁹¹

4.3.3. Voor- en nadelen van normering

Aan het opstellen van de eerste Indicatieve tabel lagen een aantal motieven ten grondslag. De voordelen die werden verwacht, waren onder andere:¹⁹²

- het stimuleren van eenvormige rechtspraak, daarmee samenhangend het verhogen van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid;
- het prikkelen van het slachtoffer om bij kleinere schaden tot een schikking te komen;
- het verlichten van de taak van de rechter;
- het versnellen van de gerechtelijke of buitengerechtelijke procedure;
- het bereiken van een overzichtelijkere en beheersbaardere schadelast;
- het vermijden van discussies tussen partijen.

Recent onderzoek naar normering heeft de volgende inzichten verschaft.¹⁹³ Allereerst leidt normering tot kortere procedures, omdat de omvang van de schade gemakkelijker kan worden vastgesteld.¹⁹⁴ Het

¹⁸⁷ Peters 2012, nr. 3030-3.

¹⁸⁸ Peters 2012, nr. 3030-3. Ter illustratie: “Het verlies van bijvoorbeeld een vinger levert in alle gevallen hetzelfde (beperkte) percentage invaliditeit op, maar zal bij bijvoorbeeld een beroepsmuzikant mogelijk tot een hoger percentage arbeidsongeschiktheid leiden dan bij een gekwetste met een kantoorbaan.”

¹⁸⁹ Tromp 2009, p. 206.

¹⁹⁰ Tromp 2009, p. 206. In gelijke zin Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 141.

¹⁹¹ Zie de Indicatieve tabel 2016 hoofdstuk I § 3.4.3.2. (Inkomensverlies). De Indicatieve tabel is te vinden via: < http://www.fcgb-bgwf.be/documents/Indicatieve_Tab_2016.pdf >. Giesen & Tjites 2004 en Tromp 2009 merken op dat dit ook zo staat vermeld in de eerdere versie van de tabel.

¹⁹² Deze opsomming is grotendeels ontleend aan Temmerman & Kezel 2002, p. 103-104. Zie ook Van de Bunt 2017, p. 87-88; Vanswevelt & Weyts 2014.

¹⁹³ Van de Bunt 2016; Engelhard & Rijnhout 2015; Mulder 2013; en Huver e.a. 2007.

¹⁹⁴ Van de Bunt 2016. Van de Bunt 2017, p. 90-91.

slachtoffer is hierbij gebaat, aangezien langdurige procedures de kans op secundaire victimisatie¹⁹⁵ en secundaire ziekte winst verhogen.¹⁹⁶ Daarnaast zorgt normering voor verlaging van de kosten van de procedure.¹⁹⁷ Deze besparingen zullen vooral de aansprakelijke partij ten goede komen.

Op de Indicatieve tabel is door de jaren heen de nodige kritiek geuit.¹⁹⁸ Tot op heden wordt gedebatteerd over het al dan niet goed functioneren van dit systeem van schadebegroting. Het belangrijkste bezwaar tegen de Indicatieve tabel is dat deze onverenigbaar zou zijn met de Belgische beginselen van concrete en integrale schadevergoeding. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen, is in de literatuur voorgesteld om boven- en ondergrenzen op te nemen in de normering. Ook is gewezen op het verder specificeren van de normen uit de tabel.¹⁹⁹ Op die manier zou meer recht worden gedaan aan de specifieke omstandigheden van het geval, wat het acceptatiegehalte van de uitkomst ten goede zou komen. Bij deze oplossingen moet ervoor worden gewaakt dat de rechter niet te ver doorschiet in het toepassen van de standaard, door te strakke regels aan te houden.²⁰⁰ De tabel zou anders ongewild een normatief karakter krijgen. Andere nadelen van de Indicatieve tabel zijn dat er onvoldoende draagvlak zou zijn voor de ontwikkelde normen, en dat er principiële tegenstand zou zijn tegen het afwijken van concrete schadebegroting.²⁰¹ In dat laatste geval zal, wanneer schadevergoeding afwijkt van de werkelijke schade, ontevredenheid worden gewekt bij nu eens de benadeelde, dan weer de aansprakelijke partij.

4.3.4. Normering in Nederland

De afgelopen vijftien jaar is in Nederland het belang van de normering van personenschade verder toegenomen. Zo heeft De Letselschade Raad een groot aantal richtlijnen opgesteld.²⁰² Daarnaast is een denktank ingesteld die tot taak heeft om een richtlijn voor het bepalen van de omvang van smartengeld vast te stellen.²⁰³ Bovendien is een wetsvoorstel aanhangig dat vergoeding van affectieschade mogelijk maakt in de vorm van gestandaardiseerde bedragen.²⁰⁴ Ook in de rechtspraak²⁰⁵ is de normering van personenschade verder ontwikkeld.²⁰⁶

¹⁹⁵ *Secundaire victimisatie* vlg. Huver e.a. 2007, p. 31, gedefinieerd als: ‘hernieuwd slachtofferschap als gevolg van het letselschadeproces’.

¹⁹⁶ *Secundaire ziekte winst* vlg. Huver e.a. 2007, p. 32, gedefinieerd als: ‘de antitherapeutisch werking van het aansprakelijkheidsproces doordat het verwikkeld zijn in het afwikkelingsproces een stimulans vormt om ziek te blijven.’ Zie meer hierover in Huver e.a. 2007, p. 40 en Akkermans & Van Wees 2007, p. 106-108.

¹⁹⁷ Van de Bunt 2016, p. 213-215; Engelhard & Rijnhout 2015, p. 165; Van de Bunt 2017, p. 91-92.

¹⁹⁸ Zie o.a. Jocqué 2008; Ulrichs 2013, p. 6; Petitat 2013, p. 14-16; en Van Steenberge 2001, p. 16 e.v.

¹⁹⁹ Giesen 2001, p. 122 e.v.

²⁰⁰ Jocqué 2008, p. 1115.

²⁰¹ Temmerman & Kezel 2002, p. 111; Van de Bunt 2017, p. 88.

²⁰² De richtlijnen zijn te vinden via < www.deletselschaderaad.nl >.

²⁰³ Deze aankondiging is te vinden via < <http://stichtingpiv.nl/wp-content/uploads/2016/06/16-06-05-Oprichting-denktank-Smartengeld.pdf> >, reeds aangehaald door Van de Bunt 2017, p. 85.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3.

Het wettelijk systeem van het Nederlandse schadevergoedingsrecht biedt ruimte voor de ontwikkeling van normering bij de begroting van schade. Normering zou in de sleutel van artikel 6:97 BW gezet kunnen worden. Volgens de wetgever heeft dit artikel als doelstelling om een wettelijke basis te creëren voor ‘abstracte en andere wijzen van schadebegroting’.²⁰⁷ In de literatuur is van verschillende kanten betoogd dat normering een geschikt middel zou zijn om het verlies van verdienvermogen te bepalen.²⁰⁸ Giesen stelt dat een niet-bindende vorm van normering, bijvoorbeeld naar het Belgisch model van de Indicatieve tabel, het meest haalbaar zou zijn.²⁰⁹ In het navolgende wordt gekeken in hoeverre normering een rol speelt in de huidige praktijk van schadebegroting van arbeidsvermogensschade. Tevens worden de mogelijkheden tot verdere uitbreiding van normering verkend.

Normering bij verlies van verdienvermogen

In de letselschadepraktijk wordt voor de begroting van verlies van verdienvermogen gebruikgemaakt van speciale software, het zogeheten ‘Audalet-rekenmodel’ of het ‘Rekenprogramma’.²¹⁰ In dit programma wordt een vergelijking gemaakt tussen het fictieve carrièreverloop zonder het ongeval, en de resterende verdien capaciteit na de schadeveroorzakende gebeurtenis. De inhoud van de rekenstandaard is bepaald door de vereniging van aansprakelijkheidsverzekeraars en de belangenbehartigers van de slachtoffers, die gelijkelijk zijn vertegenwoordigd.²¹¹ Deze samenwerking zorgt ervoor dat er draagvlak wordt gevormd voor de berekening van de schade. In dat licht zou het rekenprogramma ervoor moeten zorgen dat discussies zoveel mogelijk worden beperkt. Desalniettemin bestaat er ruimte voor discussie. Deze gaat meestal niet over de uitkomst, maar over de uitgangspunten. Bereikt men een akkoord over de te hanteren uitgangspunten, dan is daarmee het resultaat van de berekening geaccepteerd.²¹² Het Audalet-rekenmodel is opgebouwd uit een kern en een schil.²¹³ De kern bestaat uit standaardregels gebaseerd op wetgeving en jurisprudentie. Over deze regels bestaat consensus tussen de belangenbehartigers van benadeelden en de verzekeraars. De regels die de kern van het model vormen, worden daarom altijd gehanteerd bij de berekening van het inkomensverlies. Wanneer een regel niet unaniem wordt aangenomen maar wel een meerderheid van

²⁰⁵ Zie HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful/birth*): normen voor de gemiddelde kosten van opvoeding. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Losser/Kruidhof*): als ouders voor hun ernstig gewonde kind zorgen is vergoeding maximaal hetgeen een professional zou krijgen. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate*): voor bepaling van kosten van huishoudelijk hulp.

²⁰⁶ Van de Bunt 2016; Engelhard & Rijnhout 2015; Mulder 2013; Huver e.a. 2007.

²⁰⁷ *MvA II*, PG Boek 6, p. 339.

²⁰⁸ Hartlief 2005, p. 168; Akkermans 2002, p. 101-102; Giesen 2002, p. 127-129.

²⁰⁹ Giesen 2002, p. 127-129.

²¹⁰ Ten Boom 2002; Ten Boom 2006.

²¹¹ Ten Boom 2002, p. 121.

²¹² Ten Boom 2002, p. 121.

²¹³ Ten Boom 2002, p. 121.

stemmen heeft gekregen, dan kan de regel in de schil van het systeem worden opgenomen. Deze regels kunnen dan optioneel worden ingezet bij de schadeberekening. De berekening volgens de kern is derhalve volledig genormeerd, maar die volgens de schil slechts in zekere mate.²¹⁴ De problematiek bij een inschatting van de hypothetische situatie van jonge kinderen zou volgens Weterings deels teruggedrongen kunnen worden door middel van ontwikkeling van een groot aantal standaardperspectieven voor verschillende beroepen.²¹⁵ Hoe specifiek deze standaarden worden ingevuld, hoe meer zij zullen aanknopen bij de concrete omstandigheden van het slachtoffer. De rechter zou, wanneer daar aanleiding voor is, de uitkomst naar boven of naar beneden bij kunnen stellen. Opgemerkt kan worden dat deze techniek enkel dienstig is ingeval het kind wat ouder is. Immers zullen er dan pas voldoende gegevens zijn waarbij kan worden aangeknoopt. Omdat bij baby's en peuters deze aanknopingspunten veelal ontbreken, zal deze methode voor hun niet veel betekenen.

4.4. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is allereerst gekeken naar Canadese rechtspraak en literatuur voor alternatieve benaderingen voor het verlies van arbeidsvermogen. Net als in Nederland, wordt in Canada uitgegaan van het beginsel van *restitutio in integrum*. De praktijk daar laat zien dat er geen tegenstelling hoeft te bestaan tussen dit principe en gelijkebehandelingswetgeving. Drie alternatieve methoden voor de vaststelling van verlies van arbeidsvermogen zijn besproken: (1) de benadering van 'loss of earning capacity', (2) de benadering met letsel als uitgangspunt en (3) de benadering van betere waardering van niet-betaalde arbeid. Deze alternatieven laten zien dat het mogelijk is om het schadevergoedingsrecht in lijn te brengen met het recht op gelijke behandeling op grond van geslacht.

Verder is gekeken naar de praktijk in België, waar normering van de arbeidsvermogenschade plaatsvindt. Een belangrijk voordeel van deze methode is dat deze verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het brengt echter wel een ander nadelig onderscheid met zich mee, namelijk onderscheid op grond van leeftijd. De bedragen die de Indicatieve tabel vermeldt, worden immers bepaald per leeftijdscategorie. Bovendien wordt in de literatuur ervoor gewaarschuwd dat deze methode kan leiden tot ondercompensatie van jonge kinderen.

In Nederland verkeert de normering van personenschade in een pril stadium. Verdere ontwikkeling van normering is op grond van het wettelijk stelsel wel mogelijk, hier biedt art. 6:97 BW de ruimte voor. Een aantal auteurs betogen dat de vaststelling van de hypothetische situatie van kinderen door middel van normering vergemakkelijkt kan worden. Eén van de manieren om dat te doen, is het ontwikkelen van een groot aantal standaardperspectieven voor verschillende beroepen.

²¹⁴ Van de Bunt 2017, p. 88.

²¹⁵ Weterings 2008, p. 133-157, reeds aangehaald door Van de Bunt 2017, p. 88.

Hoofdstuk 5 *Alternatieve benaderingen in Nederland*

5.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of bij jonge kinderen, bij wie het speculatieve gehalte van de hypothetische situatie zonder ongeval groot is, een afwijkende benadering voor verlies van het verdienvermogen gerechtvaardigd is. In de Nederlandse literatuur bestaan verschillende stromingen voor het benaderen van arbeidsvermogensschade.²¹⁶ Aan het ene uiterste staat de stroming die meent dat de schade door verlies van verdienvermogen ook bij jonge kinderen volledig moet worden vergoed. Dit moet geschieden op basis van een vergelijking tussen de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval, en de hypothetische inkomenssituatie zonder het ongeval (zie hoofdstuk 2 voor de klassieke benadering).²¹⁷ Aan het andere uiterste staat de stroming die uitgaat van een volledig abstracte methode.²¹⁸ In dit hoofdstuk worden de alternatieve benaderingen in de Nederlandse literatuur en rechtspraak besproken. De bespreking wordt aangevangen met de alternatieve benaderingen die het meest grenzen aan de klassieke methode. Daarna zullen de benaderingen met een abstracter karakter worden besproken. Aansluitend wordt de volledig abstracte methode behandeld. Nadat alle alternatieve benaderingen zijn behandeld vindt er een evaluatie plaats.

5.2. Onderscheid tussen interne en externe factoren

In zijn bijdrage in het tijdschrift *Vergoeding Personenschade* bepleit Kolder de toevoeging van een nadere aanduiding op het door de Hoge Raad in ‘standaardrechtspraak’ ontwikkelde algemene normatieve kader voor de vaststelling van de situatie zónder ongeval.²¹⁹ Volgens Kolder is het wenselijk dat de door de Hoge Raad uitgezette lijn verfijnd wordt met de volgende algemene vingerwijzing:²²⁰

‘Ter vaststelling van de hypothetische situatie zónder ongeval moet onderscheid worden gemaakt tussen aspecten gelegen (zuiver) *binnen* de constitutie van de benadeelde partij en *daarbuiten* gelegen factoren.’

“Met aspecten binnen de constitutie wordt in dit verband bedoeld op (zuiver) *interne*, in ‘de persoon’ van het slachtoffer gelegen factoren, terwijl het bij aspecten daarbuiten gaat om *externe*, buiten ‘de persoon’ van het slachtoffer gelegen (omgevings)factoren. Zodoende zullen de ‘interne’ factoren

²¹⁶ Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:107 BW, aant. 2.15.3.1.

²¹⁷ Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:107 BW, aant. 2.15.3.1.

²¹⁸ Bolt 2016, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:107 BW, aant. 2.15.3.1.

²¹⁹ Kolder 2015, p. 26.

²²⁰ Kolder 2015, p. 26.

veelal betrekking hebben op de (lichamelijke en geestelijke) gezondheid c.q. ‘medische toestand’ van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten, terwijl het bij de bedoelde externe factoren doorgaans veeleer zal gaan om sociaal- maatschappelijke en economische c.q. ‘carrièretechnische’ aspecten.”²²¹

Deze visie vertrekt vanuit de klassieke benadering en voegt aan de vaststelling van de hypothetische situatie zónder ongeval een novum toe: er zou onderscheid moeten worden gemaakt tussen ‘interne’ en ‘externe’ factoren. Met dit onderscheid tracht Kolder licht te werpen op de vraag in hoeverre de rechter bepaalde factoren in aanmerking mag nemen bij de vaststelling van de situatie zonder ongeval. Vanuit het perspectief van een respectvolle bejegening van het slachtoffer alsmede de menselijke waardigheid, zouden ten aanzien van de factoren die binnen de constitutie van het slachtoffer zijn gelegen, terughoudendheid en bescheidenheid gepast zijn.²²² Volgens Kolder moet een ‘concrete aanwijzing’ bestaan alvorens deze factoren ten nadele van het slachtoffer in aanmerking kunnen worden genomen.²²³ Bovendien zou ‘voor het afdingen op de persoon van het slachtoffer een ‘verzwaarde betwistplicht’ van de aansprakelijke partij hebben te gelden.’²²⁴ Dit betekent dat, wanneer de aansprakelijke partij de stellingen van het slachtoffer betwist, dan hoge eisen moeten worden gesteld aan zijn motivering. Met betrekking tot buiten de constitutie van het slachtoffer gelegen factoren, zou de huidige benadering van de Hoge Raad volstaan. In de traditionele benadering wordt het toekomstperspectief van het slachtoffer bepaald aan de hand van de redelijke verwachtingen, waarbij de goede kansen worden afgezet tegen de kwade. Zo zou de ‘goede kans’ op urenluitbreiding afgezet kunnen worden tegen de ‘kwade kans’ op het faillissement van de werkgever. Bij het in aanmerkneming nemen van deze externe factoren zou terughoudendheid niet geboden zijn, omdat het hier veeleer gaat om factoren in de sociaal-maatschappelijke en economische sfeer waarop het slachtoffer geen invloed heeft.²²⁵ Er wordt dus, in de woorden van Kolder, niet zuiver ‘op de man’ gespeeld.

Bij deze benadering kan de kanttekening worden geplaatst, dat niet altijd een strikt onderscheid kan worden gemaakt tussen interne en externe factoren. Wanneer de rechter zich bijvoorbeeld moet buigen over de vraag of het individuele slachtoffer -in de hypothetische situatie zónder ongeval- in staat zou zijn geweest om een bepaalde opleiding te volgen, dan zal het antwoord op deze vraag afhangen van een combinatie van (zuiver) interne én externe factoren.²²⁶ Kolder onderkent dit probleem en stelt dat, wanneer discussie ontstaat over de te hanteren uitgangspunten, telkens zal moeten worden nagegaan wat daarvan de oorsprong is: ‘draait het naar de kern genomen nu om een aspect dat (zuiver) binnen de

²²¹ Kolder 2015, p. 26.

²²² Kolder 2015, p. 29.

²²³ Kolder 2015, p. 33.

²²⁴ Kolder 2015, p. 31, met verwijzing naar art. 149 Rv.

²²⁵ Kolder 2015, p. 33.

²²⁶ Kolder 2015, p. 29.

constitutie ligt -bijvoorbeeld het eigen werk- en denkniveau van het slachtoffer-, of betreft het een daarbuiten gelegen factor -bijvoorbeeld het bij de relevante werkgever(s) praktisch gezien ontbreken van de reële mogelijkheid nog een opleiding te volgen.’²²⁷

Een ander kritiekpunt is dat de voorgestelde onderscheiding niet volledig de doelstelling bereikt die Kolder voor ogen heeft, te weten het respectvol en waardig bejegenen van het slachtoffer. In zijn visie wordt enkel de invloed afgezwakt van de factoren die binnen de constitutie van het slachtoffer zijn gelegen. De carrièrekansen van het slachtoffer worden echter niet alleen bepaald door opleiding en scholing, maar ook door zijn constitutie. In die zin kan het slachtoffer zich net zo onwaardig en respectloos behandeld voelen wanneer hem nadelige sociale factoren worden voorgehouden.

Een laatste beperking van deze benadering is dat zij geen uitkomst biedt voor de problematiek omtrent de begroting van arbeidsvermogensschade van jonge kinderen. Het toetsingskader blijft voor wat betreft de externe factoren (denk aan sociale factoren) immers gelijk. Dit betekent dat de discussies die thans worden gevoerd over dergelijke aspecten bij de toepassing van deze benadering, nog steeds aan de orde zullen zijn.

Een mogelijke aanwinst van het door Kolder voorgestelde criterium, is dat hiermee de meeste vormen van verboden onderscheid uitgebannen kunnen worden. Aangezien in deze visie rekening mag worden gehouden met sociale factoren, zou er wellicht tóch sprake kunnen zijn van verboden onderscheid. Er kan namelijk sprake zijn van onderscheid op grond van sociale afkomst als bedoeld in art. 21 lid 1 EU-Handvest.

5.3. Persoonlijk Modaal Model

In de overtuiging van Van Dort dient de rechter de schade van jonge slachtoffers op dezelfde wijze te benaderen als die van volwassenen. Dit betekent dat de schadebegroting plaats dient te vinden volgens de beginselen van concrete en volledige schadevergoeding. Van Dort benadrukt dat hiervoor ‘elk aanwijzing die iets zegt of kan zeggen over het functioneren van het kind’²²⁸ van belang is. Wanneer een inschatting moet worden gemaakt van de arbeidsvermogensschade van kinderen, zullen veelal minder refertegegevens beschikbaar zijn. Dit brengt met zich mee dat er minder zekerheid is over de juistheid van bepaalde aannames. In dat geval rechtvaardigt de jonge leeftijd van het slachtoffer een ruimhartigere benadering van de schade ten gunste van de benadeelde, aldus Van Dort.²²⁹ De feiten en omstandigheden die als basis kunnen dienen voor de schadebegroting zouden daarom soepel

²²⁷ Kolder 2015, p. 29-30.

²²⁸ Van Dort 2009, p. 137.

²²⁹ Van Dort 2009, p. 137.

aangenomen moeten worden. Dit is in lijn met eerdere rechtsspraak van de Hoge Raad. Zo is in *Van Sas/ Interpolis* geoordeeld dat de rechter bij de beoordeling van relevante omstandigheden over de hypothetische situatie, met verlies van keuzemogelijkheid zoveel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening dient te houden.²³⁰

In de gevallen waarin er geen of nauwelijks aanknopingspunten zijn om het inkomensverlies vast te stellen -hetgeen vooral aan de orde zal zijn bij jonge kinderen, baby's en peuters- zou het Persoonlijk Modaal Model (PMM) uitkomst moeten bieden.²³¹ In het PMM is de hypothetische situatie zonder ongeval gesteld op een modaal opleidings- en verdienniveau,²³² met een correctiemogelijkheid indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.²³³ Voor het inventariseren van de modale opleidings- en verdienniveaus, zou gebruik worden gemaakt van de gegevens van het CBS, de opleidingsinstituten, wetenschappelijke onderzoeken et cetera.

Van het PMM (het basisniveau) kan zowel ten gunste, als ten nadele van het slachtoffer worden afgeweken. De bijzondere omstandigheden die afwijking van het standaard zouden rechtvaardigen, zouden bijvoorbeeld gelegen kunnen zijn in de familiale afkomst, het bijzonder intelligentieniveau van het kind en zijn sportieve of andere vaardigheden.²³⁴ Op deze wijze tracht Van Dort in zijn model het persoonlijk karakter van het kind tot uiting te brengen. Het persoonlijke element zou herleid kunnen worden uit het verdienniveau van de gezinsleden van het kind. Komt het kind bijvoorbeeld uit een gezin waarvan de leden in het onderwijs zijn gegaan, dan kan hiervoor het modale inkomen van leraren worden vastgesteld. Een andere optie zou zijn dat het verdienniveau gecategoriseerd wordt naar opleidingsniveau (mbo, hbo, wo), waarna de modale lijn wordt vastgesteld in de beroepsgroep waarin het kind volgens de 'redelijke verwachtingen' terecht had kunnen komen.²³⁵

Zijn er refertegegevens aanwezig die erop wijzen dat het kind zonder letsel een inkomen onder het modale niveau zou hebben verdiend, dan wordt daar in het PMM ook rekening mee gehouden. Aanwijzingen voor een lager inkomen zouden gelegen kunnen zijn in de medische achtergrond van het kind, zoals een aangeboren ziekte of aandoening. Van Dort benadrukt dat het dan wel moet gaan om 'concrete en overtuigende gegevens', waarbij niet lichtvaardig moet worden afgeweken naar een lager niveau dan het modale inkomen.²³⁶ De ratio achter dit model is dat jonge kinderen bij wie een

²³⁰ HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000, 437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/ Interpolis*), r.o. 3.4. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*).

²³¹ Van Dort 2009, p. 134.

²³² Het modale inkomen is het inkomen dat het meest voorkomt in Nederland, en dus niet het gemiddelde inkomen. Het CPB heeft het modale inkomen in 2017 vastgesteld op €37.000. < <http://www.gemiddeld-inkomen.nl/modaal-inkomen-2017/> >.

²³³ Van Dort 2009, p. 134 e.v. Rijnhout & Storm 2010, p. 90.

²³⁴ Van Dort 2009, p. 135.

²³⁵ Van Dort 2009, p. 135.

²³⁶ Van Dort 2009, p. 136.

referentiekader ontbreekt, in bescherming moeten worden genomen zonder dat zij worden afgerekend op hun jonge leeftijd.²³⁷

In de situatie waarbij het jonge slachtoffer de mogelijkheid heeft om zich (mentaal) verder te ontwikkelen, zoals bijvoorbeeld bij een jong kind met hoge dwarslaesie, ziet Van Dort in zijn model een belangrijk voordeel. Het PMM is nuttig, omdat dan gedurende de ontwikkeling van het kind op basis van het modale inkomen kan worden bevoorschot. In een later stadium kan een herbeoordeling plaatsvinden, als de bijzondere omstandigheden dat vereisen.²³⁸

In dit model schuilt ook een aantal gebreken. Om te beginnen blijven bij de schadeberekening van kinderen verschillende omstandigheden achterwege, terwijl die bij volwassenen wel in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de hypothetische situatie zonder ongeval. Deze omstandigheden betreffen bijvoorbeeld: extra inkomen door overwerk, bijzondere diensten, gespecialiseerde opleidingen en promoties naar hogere functies.²³⁹ Om deze onevenwichtige behandeling te neutraliseren, stelt Van Dort voor ‘om de invloed van min of meer algemene kwade kansen als arbeidsongeschiktheid en werkloosheid [bij jonge kinderen] te minimaliseren dan wel geheel buiten beschouwing te laten ter compensatie’.²⁴⁰ Daarnaast hecht Van Dort in zijn model grote betekenis aan de familiale achtergrond van de benadeelde; deze factor vormt een bijzondere omstandigheid op grond waarvan kan worden afgeweken van het PMM. Dit model zou dan zo kunnen uitwerken, dat de schadevergoeding van de zoon van een stratenmaker lager uitvalt dan de schadevergoeding van de zoon van een tandarts, terwijl de overige omstandigheden van de slachtoffers gelijk zijn. Het in aanmerking nemen van de factor familiale afkomst bij de schadeberekening, zou mogelijk verboden onderscheid op grond van sociale afkomst inhouden. Om die reden denk ik dat dit model op het punt van gelijke behandeling tekort zou kunnen schieten.

In dit model, waarin een op de persoon toegesneden statistisch inkomensperspectief het uitgangspunt vormt,²⁴¹ zullen de partijen en de rechter extra veel aandacht moeten hebben voor de problematische uitwerking die het gebruik van statistiek kan hebben op gelijke behandeling. Wanneer de beperkingen van statistiek niet uit het oog worden verloren, kan deze benadering mijns inziens zorgen voor een redelijke vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval. Om ongelijke behandeling van mannen en vrouwen te voorkomen, zouden neutrale statistieken het uitgangspunt moeten vormen.

²³⁷ Van Dort 2009, p. 136.

²³⁸ Van Dort 2009, p. 136.

²³⁹ Van Dort 2009, p. 136, deze voorbeelden worden letterlijk zo genoemd in voetnoot 37.

²⁴⁰ Van Dort 2009, p. 136.

²⁴¹ Het PMM wordt zo aangeduid door Lindenberg & Van der Zalm 2015, p. 53.

5.4. Fondsvorming

5.4.1. De ratio achter fondsvorming

Een andere alternatieve benadering is de stuwmeer- of fondsentheorie, ook wel ‘het Zwolse model’ genoemd naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 23 december 1992.²⁴² In dit model worden bij jonge slachtoffers de uitgangspunten van concrete en volledige schadevergoeding verlaten, en komt het verlies van arbeidsvermogen niet voor vergoeding in aanmerking. In plaats daarvan wordt de focus gericht op de resterende bestedingsmogelijkheden van het kind, en op zijn door het letsel gewijzigde behoeftes.²⁴³

Deze zienswijze vertrekt vanuit het idee dat het Nederlandse sociale zekerheidsstelsel het slachtoffer zal voorzien in zijn dagelijkse onderhoud.²⁴⁴ Het fonds dient ter financiering van de extra uitgaven die gemaakt worden om het leven van het slachtoffer te veraangename.²⁴⁵ De facto komt deze benadering erop neer, dat er geen vergelijking meer plaatsvindt tussen de situatie mét en zonder ongeval, maar dat de door het letsel gecreëerde situatie het vertrekpunt vormt voor de te vergoeden schade.²⁴⁶ Bij deze benadering wordt verondersteld dat het jonge slachtoffer met ernstig letsel, vanwege zijn beperkingen waarschijnlijk niet in staat zal zijn om een schadevergoeding op basis van een concrete berekening op te maken.²⁴⁷ Wanneer het kind komt te overlijden, komt het restant van zijn schadevergoeding terecht bij de nabestaanden.²⁴⁸ Dit is in strijd met het wettelijk stelsel.²⁴⁹ Bij de aansprakelijke partij heerst dan het beeld, dat de schadevergoeding eerder betaald is voor de nabestaanden dan voor het kind zelf. Bij fondsvorming wordt nadrukkelijk erop gelet dat de benadeelde niet meer betaalt dan nodig is voor het welzijn van het kind.

²⁴² Rechtbank Zwolle 23 december 1992, VR 1995, 203. Van Dort 2009, p. 120; Lindenberg & Van der Zalm 2015, p. 52-53.

²⁴³ Van Dort 2009, p. 120.

²⁴⁴ Roth & Van Schoonhoven 2015, nr. 3045-12.

²⁴⁵ Van Dort 2009, p.120 en p.125; Kremer 2002, p. 125-27; Kremer 2009, p. 139-152; Giesen & Tjittes 2004, p. 73-90.

²⁴⁶ Van Dort 2009, p. 125.

²⁴⁷ Van Dort 2009, p. 125; Roth & Van Schoonhoven 2015, nr. 3045-12.

²⁴⁸ Vlg. art. 4:10 lid 1 BW. De uitkering valt onder het vermogen van het kind.

²⁴⁹ Roth & Van Schoonhoven 2015, nr. 3045-12. Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 31-37. Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (*Taxibus*) r.o. 4.1. ‘Het stelsel van de wet brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of affectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is,’ alleen hun vorderingen uit hoofde van artikel 6:108 BW geldend kunnen maken. Dit artikel geeft slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van bepaalde vermogensschade. De ouders kunnen een vergoeding vorderen voor de schade door het derven van de levensonderhoud en voor de kosten van de lijkbezorging. Zij kunnen geen vordering geldend maken tot vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. In het *Taxibus*-arrest is bepaald dat in uitzonderlijke gevallen shockschade wél vergoed kan worden.

5.4.2. Rechtspraak over fondsvorming

In de rechtspraak is de theorie van fondsvorming drie keer toegepast. Alle drie zaken zijn in de literatuur scherp bekritiseerd.²⁵⁰ Om een goed beeld te schetsen van de context waarin deze theorie wordt toegepast, worden deze arresten in het navolgende besproken.

Eerste zaak

De eerste zaak die bespreking behoeft, is de uitspraak van 15 januari 1973 van het Gerecht in Eerste Aanleg te Curaçao (hierna: GEA).²⁵¹ In deze casus had de zeven maanden oude Henriëtte ernstig hersenletsel opgelopen, als gevolg van een doseringsfout. Het GEA overweegt ten aanzien van de begroting van het verlies van arbeidsvermogen het volgende:²⁵²

“Hierbij stellen Wij voorop dat er zowel zakelijk alsook emotioneel de voorkeur aan gegeven dient te worden de gehele schade voor nu en in de toekomst thans in zijn geheel te liquideren, waarbij het richtsnoer is dat Henriëtte blijkens de door Ons overgenomen bevindingen van de deskundigen, en blijkens hetgeen waarover pp. het met betrekking tot de toestand van Henriëtte ten processe eens zijn, nooit in staat zal zijn in haar eigen levensonderhoud te voorzien, noch de normale vreugden van het leven te genieten, hoewel zij zich dat niet ten volle bewust zal zijn. Hierdoor is geïndiceerd dat er een zodanig fonds ter beschikking komt dat Henriëtte zich daaruit binnen het raam van haar zeer beperkte mogelijkheden onbelemmerd door geldelijke tekorten kan staande houden en ontplooien. Door het ter beschikking komen van een dergelijk fonds is naar Ons oordeel de onstoffelijke schade van Henriëtte eveneens op de best bereikbare wijze goed gedaan, zodat Wij deze niet in een apart bedrag zullen uitdrukken. Rekening houdende met alle relevante factoren, met name het feit dat gedaagde blijkens bij dupliek geproduceerde brief van de 'NEN' d.d. 31 maart 1969 door eigen nalatigheid niet tegen de geldelijke gevolgen van zijn onderhavige aansprakelijkheid was verzekerd, de rentestand, de voorzienbare voortschrijdende inflatie, de vermoedelijke levensduur van een kind als Henriëtte (waarvan niet is gesteld of gebleken dat deze door de ernstige beschadiging van haar hersenfunctie wordt beïnvloed), de geringe behoeften van Henriëtte waartegenover de niet geringe en gestaag stijgende kosten van medische verzorging en verpleging, zijn Wij van oordeel dat er een bedrag van f 50 000 ter beschikking moet komen, zodat de vordering van eiser q.q. tot dit bedrag toewijsbaar is.”

²⁵⁰ Zie b.v. Janssen 2007. In deze paragraaf zijn de voorbeelden uit de jurisprudentie ontleend aan deze publicatie.

²⁵¹ GEA Curaçao van 15 januari 1973, NJ 1973/314. Janssen 2007, par. 4.1.

²⁵² GEA Curaçao van 15 januari 1973, NJ 1973/314, onderdeel 3.

Uit deze overwegingen blijkt dat het Gerecht bij de vaststelling van de schade belang heeft gehecht aan de volgende aspecten:

- het gegeven dat Henriëtte zeer ernstig beperkt is in haar functioneren;
- het geringe besef van Henriëtte over haar situatie;
- het feit dat zij nooit in staat zal zijn om in haar eigen levensonderhoud te voorzien;
- de geringe behoeften van Henriëtte;
- de waarschijnlijkheid dat de kosten van de medische verzorging en verpleging hoog zullen zijn.

Na afweging van deze factoren komt het GEA tot een schadevergoeding van f 50.000, inclusief smartengeld. Janssen merkt hierover op dat dit bedrag bedenkelijk is, zelfs ‘naar de maatstaven van 1972’.²⁵³ Na de bespreking van de volgende twee arresten zal ik stilstaan bij de hierboven gegeven motieven.

Tweede zaak

De tweede zaak waarin fondsvorming is toegepast, betreft de uitspraak van de Rechtbank Zutphen van 16 februari 1989.²⁵⁴ In deze zaak maakte de gynaecoloog een fout, als gevolg waarvan Mil met ernstig hersenletsel werd geboren. De rechter in deze zaak volgt in grote lijnen de gedachte van de GEA in de hierboven besproken zaak. Opmerkelijk is dat de rechter in dit arrest óók rekening houdt met het beperkte ziektebesef van het kind. De rechter in deze zaak motiveert zijn beslissing om geen arbeidsvermogensschade en smartengeld te begroten als volgt:²⁵⁵

“De rechtbank is met Gregoor van oordeel dat op gronden van redelijkheid en billijkheid gezien de door hem, behalve voor wat betreft de betwiste sterfttekans, gestelde omstandigheden waaronder Mil thans leeft en ook zal blijven leven, het de voorkeur verdient in plaats van uit te gaan van verloren arbeidsvermogen en een bepaald bedrag aan smartegeld, een bedrag toe te kennen waarmee een fonds kan worden gesticht waaruit extra's kunnen worden gefinancierd waarmee het leven van Mil zoveel mogelijk kan worden veraangenaamd. Een dergelijke benadering van de schadevaststelling doet naar het oordeel van de rechtbank meer recht aan het onderhavige geval, dat immers - voorzover thans te overzien - gekenmerkt wordt door een vanaf de geboorte aanwezige hersenbeschadiging die niet alleen iedere verdien capaciteit voor de toekomst lijkt uit te sluiten en de getroffene afhankelijk doet zijn van permanente en levenslange verzorging door anderen in een daartoe geschikte inrichting, waarvan de kosten niet op hem (zullen) drukken, doch tevens gepaard lijkt te gaan met een beperkt besef bij de

²⁵³ Janssen 2007, par. 4.1.

²⁵⁴ Rb. Zutphen 16 februari 1989 (*Mil vs. Gregoor*), rolnr. 1522/85.

²⁵⁵ Rb. Zutphen 16 februari 1989 (*Mil vs. Gregoor*), rolnr. 1522/85 (niet gepubliceerd). Overweging ontleend aan Janssen 2007, par. 4.2.

getroffene, van de beperkingen in zijn levenssituatie die ten gevolge van de hersenbeschadiging bestaan, en met beperkte, zinvolle en passende bestedingsmogelijkheden.”

Derde zaak

De laatste zaak die besproken wordt is die van de Rechtbank Zwolle van 23 december 1992.²⁵⁶ In deze casus was het meisje Josine, dat pas anderhalf jaar oud was, blijvend invalide geraakt door een medische fout. In het kader van de begroting van haar inkomensschade overwoog de rechtbank het volgende:²⁵⁷

“De rechtbank is van oordeel dat bij het vaststellen van de schade er -althans op basis van de tot dusverre bekende gegevens- vanuit gegaan moet worden dat J. blijvend invalide is geworden en voor haar verdere leven volledig verpleging zal behoeven, waarvan de kosten niet voor haar rekening zullen komen. Het verdient naar het oordeel van de rechtbank de voorkeur niet uit te gaan van de gevolgen van verloren arbeidsvermogen, omdat dan te zeer een wissel zou moeten worden getrokken op veronderstelde mogelijkheden, welke J. in de toekomst zou hebben gehad, indien het onderhavige accident zich niet had voorgedaan, doch welke mogelijkheden in belangrijke mate slechts op grond van speculatie kunnen worden aangegeven. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er in deze aanleiding tot toekenning van een zodanige immateriële schadevergoeding, dat daaruit (mede) uitgaven zullen kunnen worden bekostigd welke kunnen dienen om het leven voor J. zoveel mogelijk te veraangename en waaruit extra mogelijkheden kunnen worden bekostigd voor een zinvolle tijdsbesteding. Daarnaast dienen de kosten, welke tot nog toe voor (de ouders van) J. uit het accident zijn voortgevloeid en nog zullen voortvloeien, in het schadebedrag te worden opgenomen.”

Opmerkelijk is dat de bovenstaande arresten allen zeer gedateerd zijn, en dat recente uitspraken waarin fondsvorming wordt toegepast, ontbreken. Mogelijk heeft dit te maken met de wisselende jurisprudentie omtrent de schadebegroting van kinderen, in die zin dat het voor de procespartijen onaantrekkelijk is om naar de rechter te gaan, gezien de onzekere uitkomst.²⁵⁸ Een voorbeeld dat de wisselende standpunten in de jurisprudentie treffend weergeeft, is de zaak van de Rechtbank Zutphen van 30 mei 1991.²⁵⁹ Deze rechtbank, die in de zaak *Mil/Gregoor* had geoordeeld dat de schadevergoeding moest plaatsvinden aan de hand van de fondstheorie, weigerde deze benadering te volgen bij een elfjarig slachtoffer met ernstig hersenletsel. In deze zaak kan tevens de aanwijzing worden gevonden dat de leeftijd van het slachtoffer op het moment van het ongeval een relevante factor vormt voor het antwoord op de vraag of afgeweken moet worden van de klassieke benadering.

²⁵⁶ Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203.

²⁵⁷ Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203, r.o. 7.

²⁵⁸ Kremer 2009, p. 148.

²⁵⁹ Rb. Zutphen 30 mei 1991, VR 1992, 150. Janssen 2007, par. 4.2. Voor een uitgebreide behandeling van wisselende jurisprudentie voor de schadebegroting van kinderen zie: Kremer 2009 en Van Dort 2009.

Een andere oorzaak voor de schaarse rechtspraak zou kunnen zijn dat de jurisprudentie aan het einde van de vorige eeuw een bepaalde grondslag heeft gelegd voor een kader voor minnelijke schikkingen.²⁶⁰

5.4.3. Motieven voor fondsvorming

Het standpunt dat bij jonge slachtoffers afgeweken zou moeten worden van de klassieke benadering van schadevergoeding, wordt in de literatuur en rechtspraak (zie voorgaande) gerechtvaardigd met een aantal stellingen. Allereerst zou het verlies van arbeidsvermogen moeilijk concreet te berekenen zijn, vanwege het gebrek aan referentiegegevens.²⁶¹ Daarnaast zou bij jonge kinderen met ernstig letsel geen sprake zijn van ‘op een enige wijze - normale- terugkeer in de maatschappij’.²⁶² Voorts zou het sterk verminderde ziektebesef van het kind een volledige vergoeding in de weg staan.²⁶³ Bovendien zou het bestedingspatroon wezenlijk anders zijn.²⁶⁴ Ten slotte wordt gesteld dat de verzorgingskosten van kinderen aanzienlijk hoger uitvallen dan voor volwassenen.²⁶⁵

Verschillende auteurs vinden deze argumenten niet overtuigend. Voor wat betreft het eerste argument, tekenen Rijnhout en Storm -wat mij betreft terecht- aan dat het feit dat de referentiegegevens minimaal zijn of ontbreken, niet betekent dat de schadebegroting achterwege moet blijven.²⁶⁶ Het zojuist besproken Persoonlijk Modaal Model vormt een goed voorbeeld van een benadering die het mogelijk maakt om, door middel van abstrahering van de concrete situatie en hantering van gemiddelde gegevens, de arbeidsvermogensschade van kinderen te berekenen. Ook het tweede argument snijdt geen hout. Dit argument geldt namelijk evenzeer voor volwassen slachtoffers. Bij deze groep kan het ook zo zijn dat ‘normale’ terugkeer in de maatschappij niet meer mogelijk is, doch wordt bij hen het inkomensverlies concreet berekend. Mijn inziens hoort dat bij jonge slachtoffers niet anders te zijn. Een rechtvaardiging waarom dit argument verschillend zou moeten uitwerken tussen jonge kinderen en volwassen ontbreekt immers. Met betrekking tot het derde argument, te weten dat het verminderde ziektebesef deze benadering zou rechtvaardigen, wordt gesteld dat besef van de eigen situatie geen relevante factor is voor de vaststelling van de materiële schade.²⁶⁷ De gedachte ‘wat niet weet, wat niet deert’, getuigt bovendien van een onsympathieke houding.²⁶⁸ Ook zou het willekeurig zijn om bij volwassenen geen rekening te houden met het verminderde ziektebesef, terwijl dit wel in aanmerking

²⁶⁰ Kremer 2009, p. 148.

²⁶¹ Hartlief 2005, p. 167-168; Hartlief 2009, p. 523-542; Giesen & Tjittes 2004, p. 87; Nieuwenhuis 2005, p. 95; Kremer 2009, p. 140 e.v.

²⁶² Kremer 2002, p. 127; Kremer 2009, p. 144.

²⁶³ Van Dort 2009, p. 127. GEA Curaçao, 15 januari 1973, *NJ* 1973, 314 en Rechtbank Zutphen, 16 februari 1989 rolnummer: 1522/85 (*Mill/Gregoor*).

²⁶⁴ Kremer 2002, p. 127; Kremer 2009, p. 144.

²⁶⁵ Kremer 2002, p. 127; Kremer 2009, p. 144.

²⁶⁶ Rijnhout & Storm 2010, p. 91.

²⁶⁷ Janssen 2007, par. 1 en par. 4.1. Van Dort 2009, p. 129, waarin gesteld wordt dat bij fondsvorming een behoefteigheids-element (in de zin van art. 6:108 lid 1 BW) wordt geïntroduceerd.

²⁶⁸ Van Dort 2009, p. 129.

wordt genomen bij de bepaling van de schade van het kind. Ten aanzien van het veranderde bestedingspatroon wordt in de literatuur opgemerkt dat dit aspect in beginsel losstaat van het verlies van arbeidsvermogen.²⁶⁹ Bij slachtoffers, jong of oud, is het veranderende bestedingspatroon inherent aan het opgelopen letsel. Dat er schade bestaat is een vaststaand gegeven, hoe de uitgekeerde schade moet worden besteed is aan het slachtoffer. Dat het slachtoffer beperkingen ondervindt om zijn vergoeding conform het 'normale' bestedingspatroon uit te besteden, betekent niet dat hij daarom geen recht meer zou hebben op volledige vergoeding van zijn inkomensverlies.

5.5. De 'wat nu'-variant

Vanuit de kritiek op de conventionele benadering van fondsvorming, introduceert Kremer zijn 'wat nu aanpak'.²⁷⁰ Deze benadering vertoont in grote trekken gelijkenis met de fondstheorie. Zij houdt in dat gekeken moet worden naar de situatie van het slachtoffer met letsel, om hem 'voor nu en voor de toekomst een zo aangenaam en menswaardig mogelijk bestaan te geven met goede verzorging'.²⁷¹ De omvang van de schadevergoeding wordt derhalve bepaald door de behoeften van het slachtoffer. Kremer gaat hierbij uit van een maximale leeftijdsgrens van 16 jaar. De benadering zou moeten worden toegepast ingeval er geen (resterende)verdiencapaciteit meer is. Dit model wijkt in één belangrijk opzicht af van de fondsentheorie, namelijk dat het alleen ziet op de vergoeding van materiële schade. Volgens Kremer is 'vermenging van materiële schade en smartengeld -zoals dat wel bij fondsvorming gebeurt- (...) niet zuiver, omdat deze twee verschillende soorten schade ook afzonderlijk van elkaar vergoed moeten worden'.²⁷² In zoverre is de 'wat-nu aanpak' mijns inziens een verbetering op de traditionele fondstheorie. De hierboven besproken rechtszaken, waarin wel vermenging van materiële en immateriële schade plaatsvond, roepen namelijk vele vragen op.²⁷³ Welk deel van het bedrag is uitgekeerd op grond van materiële, respectievelijk immateriële schade? Hoe moet worden omgegaan met de smartengeldtabellen? Moeten deze worden aangepast of buiten toepassing gelaten? Kort gezegd, bij vermenging van deze schadeposten wordt het zicht op de schadevergoeding ontnomen. Dit lijkt mij zeer ongunstig in verband met de rechtszekerheid.

Op grond van de 'wat nu aanpak' zou de schade om de drie tot vijf jaar opnieuw moeten worden vastgesteld, waarbij ruim zou worden bevoorschot.²⁷⁴ Bovendien zou de aansprakelijke verzekeraar een casemanager of coach moeten aanstellen, afhankelijk van de behoeften van het gezin, aldus Kremer. Daarnaast pleit hij vóór vergoeding van de voorzieningen die niet onder de dekking van de

²⁶⁹ Rijnhout & Storm 2010, p. 91.

²⁷⁰ Kremer 2002, p. 125 e.v.; Kremer 2008, p. 37-46; Kremer 2009, p. 148 e.v.

²⁷¹ Van Dort 2009, p. 142.

²⁷² Kremer 2009, p. 148-149.

²⁷³ Ook kritisch hierover: Janssen 2007, par. 4.1; en Van Dort 2009, p. 128.

²⁷⁴ Kremer 2009, p. 149.

Wmo vallen.²⁷⁵ In zijn visie neemt het gezin een belangrijke plaats in: wanneer de ouders ervoor kiezen om de verzorging van hun kind op zich te nemen, dan komt volgens deze benadering hun inkomensverlies volledig in aanmerking voor vergoeding.²⁷⁶ Dit vanuit het principe dat de verstoorde gezinsleven erkend dient te worden, en dat hier respectvol mee moet worden omgegaan.

Volgens Kremer leidt het vergoeden van zowel de verzorgingskosten als het verlies van arbeidsvermogen tot een cumulatie van schadevergoedingsposten.²⁷⁷ Om die reden zou niet meer gekeken moeten worden naar het verlies van verdienvermogen. Rijnhout en Storm verklaren dat er niet stellig kan worden uitgegaan van een dubbeltelling.²⁷⁸ Volgens hen moeten deze schadeposten worden onderscheiden, en zouden beiden onafhankelijk naast elkaar moeten bestaan. Wel zou ‘de vergoeding van ene schadepost leiden tot besparingen (voordeelverrekening) bij de andere schadepost, als ouders in de zorgbehoefte van het kind voorzien.’²⁷⁹ Een beperking die Rijnhout en Storm zien in het model van Kremer, is het gegeven dat de rechthebbende tot de vergoeding van de schadepost wordt gevormd door verschillende personen. Een bespreking van de samenloop tussen de vorderingen van het jonge slachtoffer en die van zijn ouders, blijft achterwege. Hierdoor zou het onduidelijk zijn wie zijn vordering (ten dele) moet prijsgeven.²⁸⁰

Commentaar op toekomstgerichte maatstaf

De ‘wat nu aanpak’ en de traditionele fondsentheorie ontberen mijns inziens een duidelijk kader aan de hand waarvan de behoeften van het kind moeten worden vastgesteld. Onbeslist blijft welke factoren in aanmerking zouden mogen komen voor de vaststelling van de behoeften van het slachtoffer. In dit verband roepen Rijnhout en Storm de volgende vragen op:²⁸¹

“Wordt inderdaad uitgegaan van het socialevoorzieningenniveau, of wordt uitgegaan van het leven vóór het ongeval, of van het ingeschatte levensniveau zonder ongeval? Is het bestedingspatroon van ouders/broers en zussen het referentiekader? Hoe vaak is het redelijk dat men bijvoorbeeld op vakantie gaat? Worden de kosten van een tweede (aangepast) vakantiehuis vergoed? Welke aanpassingen zijn nog toegestaan en dus vergoedbaar indien een hobby wordt uitgeoefend?”

²⁷⁵ Kremer 2009, p. 149. WMO staat voor Wet maatschappelijke ondersteuning. Op grond van deze wet heeft de gemeente verplichting om personen die onvoldoende zelfredzaam zijn te ondersteunen. Te vinden via: <<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/zorg-en-ondersteuning-thuis/vraag-en-antwoord/ondersteuning-gemeente-wmo-2015>>.

²⁷⁶ Kremer 2009, p. 148-151; en Rijnhout & Storm 2010, p. 91.

²⁷⁷ Kremer 2009, p. 145.

²⁷⁸ Rijnhout & Storm 2010, p. 91.

²⁷⁹ Rijnhout & Storm 2010, p. 91.

²⁸⁰ Rijnhout & Storm 2010, p. 92.

²⁸¹ Rijnhout & Storm 2010, p. 92.

Ook Van Dort uit zijn kritiek op deze benadering, en in het algemeen op de benadering van fondsvorming. Het verwijt dat aan de voorstanders wordt gemaakt, is dat niet zozeer het belang van het kind in deze benadering voorop staat, maar dat besparing van de schadelast op de voorgrond komt.²⁸² Van Dort neemt aan dat het kind tekort wordt gedaan. Hij stelt dat het kind met deze benadering slechts een afgeleid deel van zijn volledige schadevergoeding krijgt. Het verlies van arbeidsvermogen is er immers niet in opgenomen. Doordat de schadevergoeding op deze manier (aanmerkelijk) lager zou uitvallen, zou deze benadering primair het belang van de aansprakelijke partij dienen. Deze stelling wordt door Kremer betwist. Volgens hem leidt deze benadering niet per definitie tot een lagere uitkering, het zou veeleer afhangen van concrete omstandigheden van het slachtoffer.²⁸³ Neeser heeft aan hand van een casus het Persoonlijk Modaal Model en de ‘wat nu aanpak’ rekenkundig met elkaar vergeleken. De conclusie van zijn onderzoek is dat de ‘wat nu aanpak’ tot een lagere vergoeding leidt dan het PMM.²⁸⁴

Een iets genuanceerde blik op deze benadering wordt voorgestaan door Lindenbergh en Van der Zalm. Zij voelen wel voor een benadering die meer nadruk legt op wat er in de toekomst nodig is voor een adequate verzorging en ontplooiing.²⁸⁵ Dat zou volgens hen zinvoller zijn, dan wanneer men zou kijken naar hoe de financiële situatie van het slachtoffer in de toekomst zou hebben uitgezien, als het ongeval niet zou zijn voorgevallen.²⁸⁶ Desondanks erkennen zij dat er een spanningsveld kan ontstaan tussen hetgeen in een dergelijk geval in het algemeen noodzakelijk wordt geacht, en hetgeen individueel als wenselijk wordt geacht met het oog op ontplooiing. In het kader van de ontplooiing van het slachtoffer zou, ‘naast een vrij te besteden vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade, als buitenmaat kunnen worden gekozen voor een verlies aan arbeidsvermogen ter grootte van een modaal inkomen’.²⁸⁷ Deze optie brengt derhalve het PMM en de ‘wat nu aanpak’ samen. Hoewel deze visie het goede van beide benaderingen bij elkaar brengt, ontbreekt ook hier een kader aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wat in een individueel geval nodig is voor de ontplooiing van het slachtoffer.

5.6. Herstelgerichte benadering

Een alternatieve benadering die in de literatuur steeds meer veld wint, is de herstelgerichte benadering, ook wel *rehab*-benadering.²⁸⁸ Deze benadering kan worden gezien als de geëvolueerde vorm van de

²⁸² Van Dort 2009, p. 125-126.

²⁸³ Kremer 2009, p. 123. In gelijke zin Giesen & Tjittes 2004, p. 88.

²⁸⁴ Neeser 2009, p. 171-172; Rijnhout & Storm 2010, p. 90. Zij merken op dat er verschillende beperkingen zijn aan de berekening van Neeser. Neeser zou volgens zowel Van Dort als Kremer tekort doen.

²⁸⁵ Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 53.

²⁸⁶ Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 53. In gelijke zin Hartlief 2009, p. 529-532.

²⁸⁷ Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 53.

²⁸⁸ De gedachte is oorspronkelijk afkomstig van Nieuwenhuis 2006, p. 94. Zie ook Akkermans 2015, p. 11 e.v.; Loth 2016c, p. 94-100; en Hartlief 2015, p. 2791. Hartlief signaleert de ‘massieve belangstelling’ voor een benadering waarin herstel voorop staat.

‘wat nu’ aanpak: de grondgedachte is vergelijkbaar, maar de toepasbaarheid is breder. Anders dan de ‘wat nu’ variant, zou deze vorm in beginsel aangewend kunnen worden voor het gehele domein van het aansprakelijkheidsrecht, op slachtoffers van alle leeftijden.²⁸⁹ Volgens deze opvatting staat het herstel van het slachtoffer voorop, en komt schadevergoeding op de tweede plaats.²⁹⁰ In de traditionele benadering zou de focus vooral zijn gericht op schadevergoeding, en op het terugblikken in het verleden om de redelijke toekomst te bepalen. Dit zou het herstel van het slachtoffer belemmeren.²⁹¹ De vergelijking mét en zónder ongeval wordt daarom losgelaten, en het vizier wordt gericht op herstel binnen de ontstane toestand. In dat kader wordt ‘herstel’ ruim uitgelegd. Het gaat om herstel op medisch gebied, maar evenzeer op praktisch, psychologisch, emotioneel en sociaal gebied.²⁹² In de eerste plaats gaat het bij deze benadering ‘om het zoeken naar mogelijkheden tot zelfontplooiing, het herstel van de autonomie, het zoeken naar capaciteiten van de benadeelde die wél [of: méér] benut kunnen worden, kortom, naar wat nog wél mogelijk is.’²⁹³ Om deze doelstellingen te bereiken zouden de ‘traditionele coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht’ moeten worden verlaten.²⁹⁴ Dit wordt nodig geacht omdat de huidige benaderingen op verschillende punten ‘knelt’.²⁹⁵ Bovendien zou een benadering waarin het accent verschuift van primair schadevergoeding naar primair herstel, beter aansluiten bij de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht.²⁹⁶ De theoretische fundering voor een dergelijke visie wordt gevonden in de elementen van distributieve rechtvaardigheid. Pas wanneer het voorkomen, beperken of herstellen van de schade niet meer mogelijk is, zou schadevergoeding aangewezen zijn.²⁹⁷

Thans zijn er uiteenlopende vormen van herstelgerichte dienstverlening ontstaan.²⁹⁸ Binnen het spectrum van dienstverlening kunnen twee vormen worden onderscheiden. Aan de ene kant staat ‘coaching’, die tot doel heeft om het slachtoffer in algemene zin te ondersteunen, en om het (aanpassings)vermogen van de benadeelde te vergroten.²⁹⁹ Aan de andere kant staat ‘regie’ of ‘management’, waarbij het ontzorgen van de benadeelde centraal staat.³⁰⁰ Vooral bij de eerste vorm

²⁸⁹ Zie b.v. Akkermans 2015, p. 11-36; Van Dijck 2016, p. 1608-1616; Van Dijck 2015, p. 2530-2536; Hartlief 2015, p. 2791; en Loth 2016c, p. 94-100.

²⁹⁰ Akkermans 2015, p. 16-18; Loth 2016c, p. 97-98; Loth 2016b, p. 33-73; Hartlief 2015, p. 2791; en Lindenbergh 2014b, p. 239-252.

²⁹¹ Akkermans 2015, p. 19, met verwijzing naar literatuur (zie voetnoot 2).

²⁹² Akkermans 2015 p. 13. Aangehaald door Hartlief 2015, p. 2791; en Van Dijck 2016, p. 1612.

²⁹³ Van Dijck 2016, p. 1612. Loth, 2016a, p. 30.

²⁹⁴ Nieuwenhuis 2005, p. 93; en Loth 2016c, p. 94-95, 99-100.

²⁹⁵ Van Dijck 2016, p. 1611. In zijn bijdrage stelt Dijck dat de huidige schadevereiste problematisch is waar het gaat om immateriële schade, niet financiële belangen en materiële schade waarvan het bepalen van de hoogte speculatief is.

²⁹⁶ Loth 2016c, p. 100.

²⁹⁷ Loth 2016c, p. 97-98. Zie ook Loth 2016b, p. 33-73; en Lindenbergh 2014b, p. 239-252.

²⁹⁸ Zie voor herstelgerichte dienstverlening o.a.: Peters & Van den Berg-Bakker 2014; Botden 2014; Van Steen 2012; Van Steen 2009; Stegerhoek 2010.

²⁹⁹ Akkermans 2015 p. 16; en Hartlief 2015, p. 2791.

³⁰⁰ Akkermans 2015, p. 16; en Hartlief 2015, p. 2791.

van dienstverlening openbaren zich minder conventionele benaderingen. Zo zou bijvoorbeeld het zwemmen met dolfijnen vergoed kunnen worden, als dát het kind therapeutisch helpt.

Voor- en nadelen

De literatuur onderkent de meerwaarde van een benadering die ‘slachtoffers laat loskomen van het verleden en juist toekomst geeft’.³⁰¹ Het voordeel van deze benadering is evident: het herstel van het slachtoffer wordt bevorderd, doordat er meer aandacht wordt besteed aan zijn immateriële behoeften. Desondanks kleven ook een aantal nadelen aan deze benadering.

Allereerst zou de voorgestelde constructie leiden tot een schadebegrip dat, bij gebrek aan objectieve begrenzing, lastig hanteerbaar is.³⁰² In de herstelgerichte benadering wordt in verstrekkende mate geabstraheerd. Voor het bepalen van de schade zou de huidige vergelijkingsmaatstaf tussen de ontstane situatie en de hypothetische situatie, volledig losgelaten moeten worden. Omdat de schadevergoeding wordt ingeschat door middel van subjectieve ‘behoeftes’ van het slachtoffer, kan de schade niet scherp worden afgebakend.³⁰³ Het risico van een dergelijk schadebegrip is ‘onbegrensde aansprakelijkheid en toenemende flexibiliteit (complexiteit) van schadebegroting’.³⁰⁴

Het tweede bezwaar hangt nauw samen met het eerste. Zoals gezegd, houdt deze benadering in, dat het schadebegrip losgekoppeld wordt van zijn vergelijkingselement. Verschillende auteurs betogen dat art. 6:97 BW hier ruimte voor biedt.³⁰⁵ Jansen meent dat dit onterecht is, omdat hiermee het *condicio sine qua nog*-vereiste zou worden omzeild. Volgens hem behelst het vergelijkingselement óók een causaal element.³⁰⁶ Wanneer op basis van de herstelgerichte benadering ook schade wordt vergoed die niet in een causale relatie stond met het schadevoorval,³⁰⁷ zou dit ertoe kunnen leiden dat de aansprakelijke partij wordt veroordeeld tot vergoeding van méér schade dan zij in werkelijkheid heeft veroorzaakt.³⁰⁸ Jansen illustreert zijn bezwaar tegen de herstelgerichte benadering aan de hand van een voorbeeld gegeven door Loth. Loth voert aan dat het in deze benadering mogelijk zou zijn om een oude schuld van het slachtoffer af te lossen, omdat deze hem grote zorgen baart en herstel in de weg zou staan.³⁰⁹ Mijns inziens stelt Jansen terecht dat dit ongewenst zou zijn. Een dergelijke benadering zou tot onbegrensde aansprakelijkheid leiden. Bovendien zou dat onverenigbaar zijn met de basisbeginselen

³⁰¹ Hartlief 2015, p. 2791.

³⁰² Jansen 2017, par. 2.3.

³⁰³ Jansen 2017, par. 2.3. Jansen stelt dat wanneer de behoefte van het slachtoffer in de sleutel van het autonomiebeginsel wordt geplaatst, zoals voorgesteld door Loth (2016a), deze enigszins geobjectiveerd kan worden, een scherping afbakening lijkt echter daarin niet besloten te liggen.

³⁰⁴ Van Dijck 2016, p. 1615. In gelijke zin: Jansen 2017, par. 2.3.

³⁰⁵ Zie b.v. Hartlief 2015, p. 2791; en Van Dijck 2016, p. 1614.

³⁰⁶ Jansen 2017, par. 2.3, met verwijzing naar Bloembergen 1965, nr. 12.

³⁰⁷ Zoals betoogd door Loth 2016c, par. 4.

³⁰⁸ Jansen 2017, par. 2.3.

³⁰⁹ Loth 2016c, p. 99-100 (voetnoot 17).

van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.³¹⁰ In dat licht ziet Jansen niet in waarom in het kader van letselschaderecht afgeweken zou moeten worden van de gedachte dat het slachtoffer door de schadeveroorzakende gebeurtenis niet beter af mag zijn, dan wanneer de onrechtmatige voorval zich niet had voorgedaan.

Ten slotte houdt het derde bezwaar in dat voor het bereiken van de doelstellingen van de herstelgerichte benadering, niet vereist is dat het schadevereiste wordt verlaten.³¹¹ In de klassieke benadering is het schadebegrip immers ook gericht op herstel. Er hoeft derhalve geen tegenstelling te bestaan tussen een herstelgerichte benadering, en een restitutiegerichte benadering: zij kunnen elkaar complementeren.³¹² Zo zouden verschillende vormen van herstelgerichte dienstverlening (denk aan herstel-coaching of zorgmanagement) ook onder de huidige benadering verstrekt kunnen worden. De schadebeperkingsplicht uit artikel 6:96 lid 2 a BW biedt hiervoor een basis.³¹³ In dit artikel is bepaald dat de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade, als vermogensschade kunnen worden vergoed. Voorwaarde is wél dat de term ‘schade’ in dit artikel ruimer wordt opgevat dan enkel in financiële zin, namelijk ‘ook in termen van psychisch, sociaal en emotioneel nadeel.’³¹⁴ Voorgenoemde dienstverlening zou vergoed kunnen worden, wanneer zij de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 BW zou doorstaan.³¹⁵ Ook kunnen er andere grondslagen worden aangewezen voor de inpasbaarheid van de herstelgerichte benadering in het huidige stelsel. Zo zou er in de nadere immateriële behoeften van de benadeelde kunnen worden voorzien, door middel van toekenning van schadevergoeding in natura of smartengeld.³¹⁶

Toetsing aan gelijkheidsbeginsel

De fondsentheorie, de ‘wat nu’ aanpak en de herstelgerichte benadering zouden wellicht meer in lijn zijn met gelijkebehandelingswetgeving, dan met de klassiek methode van schadebegroting. Dit zal vooral afhangen van de uitwerking van deze modellen, en meer specifiek van de vraag over hoe de behoeften van het slachtoffer worden vastgesteld. Wanneer de behoeften worden bepaald op basis van bijvoorbeeld een modaal bestedingspatroon of ‘maatman’³¹⁷, dan zouden discriminatoire factoren zoals geslacht, ras en etniciteit geen rol meer spelen. De factor leeftijd is daarentegen wel relevant in de eerste twee benaderingen. In dat opzicht zou bij de schadebegroting van jonge kinderen sprake kunnen zijn van onderscheid op grond van leeftijd.

³¹⁰ Jansen 2017, par. 2.3.

³¹¹ Jansen 2017, par. 2.3.

³¹² Van Dijck 2016, p. 1616. Jansen 2017, par. 2.3.

³¹³ Akkermans 2014, p. 239-252; Jansen 2017, par. 2.3; Van Dijck 2016, p. 1614-1615. De schadebeperkingsplicht van de aansprakelijke partij blijkt onder meer uit het *Gedwongen Aidstest*-arrest (HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002).

³¹⁴ Van Dijck 2016, p. 1614.

³¹⁵ Jansen 2017, par. 2.3; Akkermans 2015, p. 24 e.v.

³¹⁶ Akkermans 2015, p. 18; Jansen 2017, par. 2.3; Van Dijck 2016, p. 1614-1615.

³¹⁷ Loth 2014, p. 117-118; Loth 2016b, waarin de ‘maatman’ als alternatief wordt voorgesteld.

5.7. Volledig abstracte methode

De laatste alternatieve benadering die in deze bijdrage wordt bekeken, is de volledig abstracte schadebegroting, zoals voorgesteld door Janssen.³¹⁸ Dit alternatief is voorgesteld voor baby's en peuters, die als gevolg van ernstig hersenletsel in 'de knop' van hun ontwikkeling zijn gebroken. Daarbij wordt een leeftijdsgrens van vier jaar gehanteerd. Bij deze groep zou afwijking van de klassieke benadering van schadebegroting gerechtvaardigd zijn, omdat een objectief oordeel niet kan worden gegeven over hun sociale, emotionele en cognitieve vermogens en ontwikkeling.³¹⁹ Volgens Janssen kan de volledig abstracte methode eerst pas worden vervangen door de klassieke benadering, wanneer er voldoende aanknopingspunten zijn voor een betrouwbare voorspelling van de hypothetische toekomstontwikkelingen van de benadeelde. Hoewel Janssen niet dit expliciteert, kan mijns inziens uit zijn betoog worden afgeleid dat dergelijke aanknopingspunten vrijwel nooit aanwezig zullen zijn bij kinderen tot vier jaar. In die zin stelt ook Sap dat dit model geen enkele ruimte laat voor verdere differentiatie naar de bijzondere of persoonlijke omstandigheden van de kinderen.³²⁰

Op grond van deze benadering wordt het verlies van arbeidsvermogen berekend aan de hand van het gemiddelde inkomen uit arbeid in Nederland.³²¹ De inkomensnorm is de uitkomst van het totale nationale inkomen uit arbeid, gedeeld door de totale potentiële beroepsbevolking.³²² Janssen stelt dat de ondergrens van de beroepsbevolking gesteld zou kunnen worden op de leerplichtige leeftijd, zodat aangenomen kan worden dat vanaf dat moment het werkzame bestaan aanvangt.³²³ In het kader van de praktische hanteerbaarheid van deze optie, zou tevens geabstraheerd moeten worden van andere aangelegenheden. Hierbij kan gedacht worden aan de vermogensrechtelijke consequenties van een hypothetische samenleving met een partner en de hypothetische kinderwens.³²⁴ Janssen betoogt dat de volledig abstracte methode recht doet aan de grondbeginselen van het schadevergoedingsrecht. In de inkomensnorm zouden namelijk alle kansen van het hypothetische leven van het slachtoffer naar hun ware grootte zijn verdisconteerd.³²⁵

Voor- en nadelen

Janssen verwacht een aantal voordelen bij zijn benadering. Allereerst zou deze benadering praktisch hanteerbaar, en daardoor efficiënt zijn. Daarnaast zou toepassing van deze methode bijdragen aan

³¹⁸ Janssen 2007.

³¹⁹ Janssen 2007, par. 1.

³²⁰ Sap 2009, p. 135.

³²¹ Janssen 2007, par. 6. Het begrip 'gemiddeld inkomen' oftewel het 'gemiddelde nationale loon' komt uit de Nederlandse inkomenspolitiek. Het gemiddelde inkomen per arbeidsjaar wordt vastgesteld door het Nederlands Centraal Planbureau (CPB).

³²² Janssen 2007, par. 6; Van Dort 2009, p. 134-135.

³²³ Janssen 2007, par. 6.

³²⁴ Janssen 2007, par. 6.

³²⁵ Janssen 2007, par. 6.

eenvormigheid in de rechtspraak. Voorts zou hantering van het criterium van ‘gemiddelde inkomen’ voorkomen dat er onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht, ras en andere constitutionele kenmerken. Alle jonge slachtoffers met ernstig hersenletsel zouden namelijk een gelijke uitkering krijgen. Jansen voorziet een daling in rechtszaken, en meer acceptatie bij partijen rondom de uitkomst van de schadebegroting. Zijn redenering is kennelijk dat de partijen de uitkomst billijk en aanvaardbaar zouden vinden, omdat op grond van zijn benadering de hypothetische feitelijke situatie het meest reëel zou worden benaderd.³²⁶ Dit lijkt mij een voorbarige stelling. De benadeelde partij zal moeite hebben met deze benadering wanneer het inkomensverlies op basis van de klassieke benadering tot een hogere uitkomst zou leiden. Wanneer bijvoorbeeld een tweejarig kind uit een artsengezin hersenletsel oploopt als gevolg waarvan hij blijvend arbeidsongeschikt wordt, dan ligt het voor de hand dat de rechter in de klassieke benadering tot een hoger inkomensverlies komt dan het gemiddelde inkomen. Dit brengt mij ook meteen bij het eerste bezwaar tegen deze benadering. Zoals in mijn voorbeeld naar voren komt, biedt dit alternatief geen mogelijkheid om de persoonlijke omstandigheden van het kind in aanmerking te nemen. Voor de doelgroep van deze benadering geldt als uitgangspunt -steevast- het gemiddelde inkomen in Nederland. Van Dort stelt een ander kritiekpunt aan de orde. Volgens hem wordt het jonge kind in deze benadering tekortgedaan.³²⁷ Hij stelt dat de werkzame groep, op basis waarvan het gemiddelde inkomen wordt bepaald, te breed is afgebakend. Onder de beroepsbevolking vallen immers ook personen die weloverwogen, dan wel gedwongen niet deelnemen aan het arbeidsproces. Hoe meer personen onder de potentiële beroepsbevolking vallen, hoe lager het inkomen dat resteert als verdienniveau zonder letsel.³²⁸ Hij vindt het onterecht dat jonge kinderen de algemene ‘kwade kansen’ van het niet deelnemen aan het arbeidsproces toebedeeld krijgen, terwijl dit bij volwassenen marginaal gebeurt.³²⁹ Bij de laatstgenoemden wordt slechts rekening gehouden met de kwade kansen van werkloosheid als daartoe concrete aanknopingspunten zijn.

5.8. Evaluatie

In dit hoofdstuk stonden de alternatieve benaderingen voor de berekening van het verlies van arbeidsvermogen centraal. Zoals uit het voorgaande bleek, hebben de alternatieven niet altijd eenzelfde doelgroep. De aanvulling van Kolder en de herstelgerichte benadering zijn bijvoorbeeld bedoeld voor letselschadeslachtoffers in het algemeen. De overige benaderingen zijn daarentegen speciaal bedoeld voor de schadebegroting van jonge slachtoffers. De benaderingen verschilden ook in een ander opzicht. Aan de ene kant staan de modellen die vasthouden aan de grondbeginselen van het schadevergoedingsrecht, aan de andere staan de benaderingen die deze juist verlaten. Belangrijk zijn

³²⁶ Janssen 2007, par. 6.

³²⁷ Van Dort 2009, p. 135.

³²⁸ Van Dort 2009, p. 135.

³²⁹ Van Dort 2009, p. 135.

dus de vragen of het beginsel van *restitutio in integrum* leidend moet blijven, en of de positie van jonge slachtoffers een alternatieve benadering rechtvaardigt.

Wat de eerste vraag betreft, ben ik van mening dat het uitgangspunt van *restitutio in integrum* gehandhaafd moet blijven. Dit uitgangspunt biedt over het algemeen een duidelijk kader aan de hand waarvan de schade kan worden vastgesteld. In de toekomstgerichte benaderingen³³⁰ ontbreekt een transparant kader aan de hand waarvan de behoeften van het slachtoffer dienen te worden vastgesteld. Bovendien kan het doel van deze benaderingen ook met behulp van het huidige kader worden bereikt. Het wettelijke stelsel bevat voldoende mogelijkheden voor het verstrekken van dienstverlening die primair gericht is op de behoeften van het slachtoffer. Deze mogelijkheden zouden daarom in de praktijk nader verkend moeten worden door de belangenbehartigers van het slachtoffer.

Met betrekking tot de tweede vraag bestaat er mijns inziens geen rechtvaardiging om de arbeidsvermogensschade van jonge slachtoffers wezenlijk anders te benaderen, dan die van oudere slachtoffers. Dit betekent dat ook bij jonge slachtoffers uitgegaan moet worden van concrete en volledige schadebegroting. Het probleem dat de hypothetische vergelijking van de situatie met en zonder ongeval bij jonge kinderen lastig te bepalen is, vormt geen rechtvaardiging om af te stappen van deze beginselen. Artikel 6:97 BW biedt immers mogelijkheden om de hanteerbaarheid van het schadebegrip te vergroten. De problemen rondom de schadebegroting van jonge kinderen zouden opgelost kunnen worden door te abstraheren van de persoonlijke omstandigheden en eigenschappen van de concrete benadeelde.

De hierboven besproken benaderingen van fondsvorming, de ‘wat nu’ aanpak en de herstelgerichte benadering acht ik niet wenselijk, omdat zij op verschillende bezwaren stuiten. Allereerst is het lastig om vast te stellen wat nodig is ter ontplooiing van het slachtoffer, daarvoor ontbreekt er immers een duidelijk kader. Bovendien verdragen deze benaderingen zich niet met het uitgangspunt van volledige schadevergoeding. Een adequate schadevergoeding is immers niet gelijk aan een volledige schadevergoeding. De fondstheorie en de ‘wat nu’ benadering, die beiden onderscheid maken bij de schadebegroting tussen kinderen en volwassenen, zouden daarnaast strijdig kunnen zijn met het EVRM³³¹ en verschillende internationale verdragen.³³² De volledig abstracte methode verlaat ook de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht, waardoor deze hetzelfde lot moet delen als de hiervoor genoemde benaderingen. Het door Kolder gemaakte onderscheid tussen externe en interne factoren is niet volledig dienstig aan het beoogde doel. Toch relateert het wél een ander belangrijk

³³⁰ Bedoeld wordt het PMM, de ‘wat nu’ aanpak en de herstelgerichte benadering.

³³¹ Art. 1 van het Eerste Aanvullende Protocol EVRM. Zie meer hierover Janssen 2005, p. 342; en Janssen 2007, p. 99-113.

³³² Art. 27 lid 4 IVRK en art. 7 VPRH. Zie meer hierover Collignon-Smit Sibbinga & Mewa 2011, p. 9-17; en Mewa 2011, p. 50-54.

knelpunt, namelijk de discriminatoire uitwerking van het schadevergoedingsrecht. Omdat dit criterium van toepassing is op slachtoffers in alle leeftijdscategorieën, bestaat er geen onderscheid op grond van leeftijd. Wel bestaat er ruimte voor onderscheid op grond van de sociaal-maatschappelijke status van het kind. Dit kan strijdt opleveren met het non-discriminatiebeginsel. Een ander gebrek van deze benadering is dat zij niet écht een uitkomst biedt voor de schadebegroting van jonge kinderen. Dit tekort wordt opgevangen door het Persoonlijk Modaal Model. Deze benadering biedt een oplossing voor het geval dat er geen of onvoldoende refertegegevens aanwezig zijn. Bovendien is dit model verenigbaar met de beginselen van concrete en volledige schadevergoeding. In deze benadering bestaat echter ook ruimte voor verboden onderscheid naar de sociale afkomst van het slachtoffer. Om die reden is ook deze benadering wellicht niet geheel in lijn met gelijkebehandelingswetgeving.

Toetsingskader en het Persoonlijk Modaal Model 2.0

Na bestudering van de alternatieve modellen, kan geconcludeerd worden dat het Persoonlijk Modaal Model en het onderscheid aangebracht door Kolder het meest tegemoetkomen aan de bezwaren van de huidige benadering. Toch zouden ook deze benaderingen vanuit het oogpunt van gelijke behandeling een aantal aanpassingen moeten ondergaan. Om te beginnen zou de aanvulling van Kolder verder gespecificeerd moeten worden, in die zin dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen vier categorieën persoonlijke kenmerken, namelijk:

1. interne factoren die zien op de medische toestand van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten;
2. interne factoren op basis waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid te maken;
3. externe factoren die betrekking hebben op de sociale afkomst van het slachtoffer;
4. overige externe factoren.

De grondgedachte van Kolder blijft deels gehandhaafd. Voor de interne aspecten die gerelateerd zijn aan de (fysieke en mentale) gezondheid van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten, zou moeten gelden dat de rechter deze factoren terughoudend in beschouwing moet nemen.³³³ Slechts in geval er concrete aanwijzingen zijn, zou de schadevergoeding naar beneden kunnen worden bijgesteld. Op deze manier wordt het slachtoffer met meer respect behandeld en doet het schadevergoedingsrecht meer recht aan de menselijke waardigheid. Dit past ook meer bij de uitgangspunten in de Gedragscode Behandeling Letselschade.³³⁴ Een terughoudende benadering is ten slotte in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad.³³⁵

³³³ Kolder 2015, p. 26.

³³⁴ Zie de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) 2012, hoofdstuk 2 Ethische uitgangspunten. Zie nader Wervelman 2013, p. 1-7.

³³⁵ Kolder 2015, p. 30. “Uit een nadere analyse van de relevante rechtspraak valt te destilleren dat in relatie tot ‘de persoon’ van het slachtoffer in beginsel enkel in een drietal gevallen (ook) zónder ongeval duurzame

De tweede categorie wordt gevormd door de aspecten binnen de constitutie van een slachtoffer, op grond waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid te maken. Hieronder vallen bijvoorbeeld de factoren: geslacht, ras, godsdienst of overtuiging, en seksuele gerichtheid. Gelet op het fundamentele karakter van het beginsel van non-discriminatie, zou de rechter deze factoren buiten beschouwing moeten laten bij de schadeberekening.

De externe factoren zouden in mijn ogen ondergebracht moeten worden in twee aparte klassen. De eerste klasse ziet op factoren die betrekking hebben op het sociale achtergrond van de benadeelde. Om ongeoorloofd onderscheid naar sociale afkomst te voorkomen, zou de rechter de familiale afkomst van de benadeelde niet in aanmerking moeten nemen bij de schadevaststelling. De tweede klasse behelst de overige externe omstandigheden. Hierbij kan gedacht worden aan sociaaleconomische ontwikkelingen zoals: ‘een toename van het aantal ZZP’ers, kortere dienstverbanden, de aanhoudende economische krimp, de verhoging van de pensioenleeftijd, de lage rentestand en de verhoging van pensioenpremies/ verlaging van pensioenaanspraken.’³³⁶ Daarnaast kan gedacht worden aan de carrièretchnische aspecten van het slachtoffer. Hieronder zouden bijvoorbeeld de doorgroei-mogelijkheden en eventuele urenuitbreidingen van het slachtoffer kunnen vallen. Voor deze vierde categorie zou de traditionele benadering van de inschatting van de redelijke verwachting moeten gelden.³³⁷ Onderscheid naar deze factoren is niet expliciet verboden onder de Grondwet of internationale verdragen. Het ligt daarom voor de hand om bij deze factoren geen terughoudendheid van de rechter te vereisen.

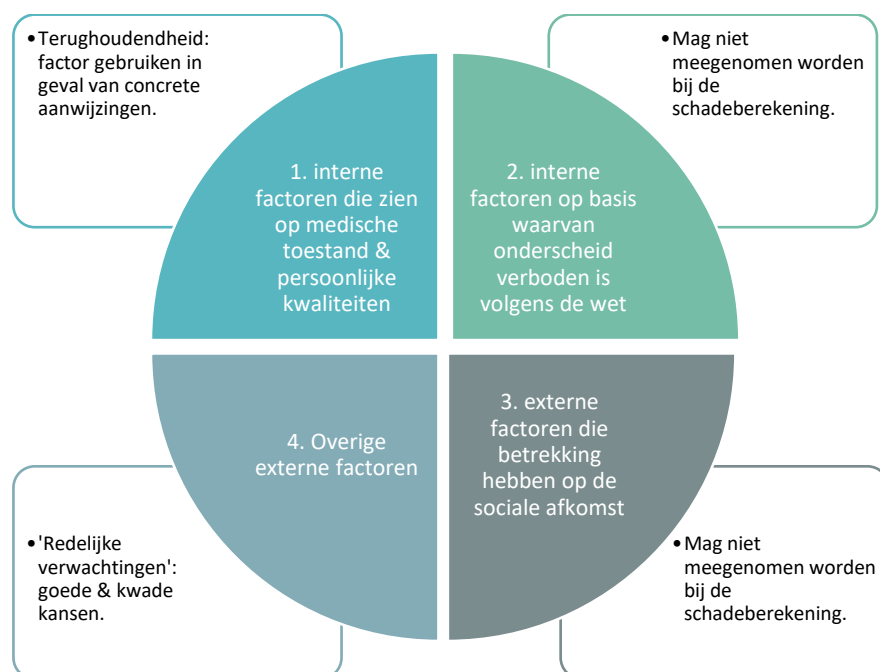
Wanneer de hypothetische situatie vastgesteld wordt volgens het hierboven gegeven toetsingskader, is het mogelijk dat de discriminatoire uitwerking van het schadevergoedingsrecht in belangrijke mate wordt beperkt. Hiermee zou de rechter de hypothetische situatie zonder ongeval kunnen reconstrueren. Het toetsingskader voor het gebruik van de persoonlijke eigenschappen van het slachtoffer wordt hierna versimpeld weergegeven (zie figuur 1).

(arbeids)uitval wordt aangenomen – dan wel dat daarnaar (nader) specifiek (medisch) onderzoek wordt gelast.” Dit zijn de zogeheten ‘Vermaat/ Staat-gevallen’ (HR 2 februari 1990, NJ 1991/292), de ‘Coronaire trombose-gevallen’ (HR 21 maart 1975, NJ 1975/372) en ten slotte het geval waarin het slachtoffer reeds voorafgaande aan het ongeval met (serieuze) gezondheidsproblematiek had te kampen. In de voorgenoemde gevallen heeft de Hoge Raad ook arbeidsuitval zonder ongeval aangenomen omdat daar feitelijk concrete aanwijzingen voor waren.

³³⁶ Vlg. Dufour en Palmen (2013) zijn dit de ontwikkelingen die zich sinds 2000 in toenemende mate voor doen.

³³⁷ Zoals betoogd door Kolder (2015).

Figuur 1 Toetsingskader voor de vaststelling van de hypothetische situatie



Om de problematiek rondom de schadevaststelling van kinderen het hoofd te bieden zou daarnaast ook een meer abstracte benadering moeten worden ingevoerd. Het PMM biedt praktische handvatten voor het geval waarin weinig of geen aanknopingspunten kunnen worden gevonden. Een beperking van dit model is dat de sociale afkomst van het slachtoffer in deze visie een belangrijke rol kan spelen. Vanuit de optiek van gelijke behandeling is dit model derhalve niet optimaal. Het PMM zou daarom aangepast moeten worden, in die zin dat de familiale afkomst van het slachtoffer geen rol meer mag spelen bij de schadeberekening. Het Persoonlijk Modaal Model 2.0 zou als volgt uitwerken. Voor hele jonge kinderen (baby's en peuters) zou de hypothetische situatie zónder ongeval moeten worden gesteld op een modaal opleidings- en verdienniveau. Wanneer het kind wat ouder is en er voldoende aanknopingspunten zijn, zou zijn PMM naar beneden of naar boven kunnen worden bijgesteld. In de eerdergenoemde *Coskun*-zaak zou dat betekenen dat de rechter het PMM van Esra zoveel mogelijk zou moeten inkleuren aan de hand van haar persoonlijke karakter. Bij de vaststelling van het hypothetische verdienvermogen zou de rechter gebruik kunnen maken van het hierboven weergegeven toetsingskader. Uit de casus valt op te maken dat er concrete aanwijzingen waren voor een gemiddeld vmbo-niveau.³³⁸ De rechter zal dan uit kunnen gaan van het modaal inkomen op dat niveau. In het modaal inkomen op vmbo-niveau is verdisconteerd dat mensen werkloos zijn, of een parttime dienstbetrekking hebben. De rechter zou daarom niet meer toekomen aan de vraag hoeveel uren Esra in de hypothetische situatie zonder ongeval zou hebben gewerkt. Verboden onderscheid naar geslacht wordt derhalve met deze methode voorkomen.

³³⁸ Rb. Den Haag 23 juli 2013, *L&S* 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, *JA* 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.6.

6.1. Probleemstelling

In dit hoofdstuk zal ik de centrale probleemstelling van dit onderzoek beantwoorden aan de hand van de verschillende deelvragen uit de vorige hoofdstukken. De vraagstelling luidt als volgt:

In hoeverre heeft de rechter, op grond van het huidige wettelijke systeem, de ruimte om bij de begroting van verlies van arbeidsvermogen van jonge kinderen te differentiëren hun persoonlijke kenmerken? Is hervorming op dit punt wenselijk en zo ja, hoe kan dit worden bewerkstelligd?

6.2. Vaststelling arbeidsvermogenschade van jonge kinderen

In Nederland geldt het uitgangspunt van volledige schadevergoeding. Het slachtoffer dient zoveel mogelijk in dezelfde vermogensrechtelijke positie te worden gezet als die waarin hij terecht zou zijn gekomen zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Ter vaststelling van de omvang van de schadevergoeding, dient een vergelijking te worden gemaakt tussen twee situaties: de feitelijke situatie waarin het slachtoffer zich bevindt ná het ongeval, en de hypothetische situatie waarin het slachtoffer zou hebben verkeerd als het ongeval niet had plaatsgevonden. In beginsel wordt deze vergelijking door de rechter concreet vastgesteld. Dat houdt in dat alle relevante omstandigheden van het individu in aanmerking worden genomen bij de schadeberekening. De uitkomst van de vergelijking van de situaties mét en zónder ongeval vormt de schade van het slachtoffer.

De bewijslast ter zake van de omvang van het verlies van arbeidsvermogen rust op de benadeelde. Het is aan hem om te schetsen hoe zijn levensloop eruit zou hebben gezien zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad mogen er geen hoge eisen worden gesteld aan het bewijs van deze hypothetische situatie.³³⁹ Het betreft immers een toekomst die het slachtoffer enkel aannemelijk kan maken, maar nooit zal kunnen bewijzen. De ratio achter deze slachtoffervriendelijke bewijsregel is dat de zekerheid omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn voorgevallen, juist door de schadeveroorzakende gebeurtenis is ontnomen. De rechter die de hypothetische toekomst moet vaststellen, zal een realistische inschatting moeten maken van de goede en kwade kansen van het slachtoffer. Bij de afweging omtrent de redelijke toekomst, ligt het voordeel van de twijfel zoveel mogelijk bij de benadeelde. Doch betekent dit niet dat het verlies van iedere goede kans van het slachtoffer, hoe klein die ook is, volledig voor rekening van de aansprakelijke moet komen. Ook bij jonge kinderen zal de rechter aan de hand van concrete omstandigheden van het

³³⁹ Zie paragraaf 2.2.3 met verwijzingen.

individueel een inschatting moeten maken over de hypothetische situatie zonder ongeval. Doorgaans zullen concrete aanknopingspunten voor het carrièreverloop van deze groep slachtoffers, ontbreken. Omdat de inschatting alsnog moet worden gemaakt, sluiten de rechters zich veelal aan bij de intelligentie en vaardigheden van het kind, het opleidingsniveau en de beroepsmogelijkheden van de familieleden van het kind, en ten slotte de maatschappelijke status van het gezin waarin het kind zich bevindt.

Vanuit de literatuur wordt kritiek geuit op de wijze van schadebegroting bij kinderen. Het eerste kritiekpunt is dat het voorspellen van de hypothetische situatie zonder ongeval bij jonge kinderen zeer speculatief zou zijn. Het speculatieve gehalte van de schadebegroting zou een aantal negatieve effecten kunnen hebben. Allereerst zou dit kunnen leiden tot uiteenlopende schadevergoeding in vergelijkbare gevallen. Daarnaast zou het de kans op willekeur van de rechter vergroten, en leiden tot onduidelijke uitspraken. Bovendien zou deze vorm van schadebegroting arbitraire beslissingen van de rechter in de hand werken. De vaststelling van arbeidsvermogensschade wordt dan ook gezien als een lastige taak, met aanzienlijke foutkansen. Een ander kritiekpunt is dat de huidige wijze van schadeberekening aanzet tot eindeloze discussies tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij. De procedure voor de vaststelling van arbeidsvermogensschade zou hierdoor gerekt worden.

6.3. Spanningsveld tussen schadebegroting en gelijkebehandelingswetgeving

In hoofdstuk 3 is vastgesteld dat er een spanningsveld bestaat tussen de beginselen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en gelijkebehandelingswetgeving. Zoals vermeld, moet de rechter op grond van het huidige recht, op basis van concrete omstandigheden een ‘voorspelling’ maken van het hypothetische arbeidsvermogen van de benadeelde. Dit brengt met zich mee dat de rechter niet alleen rekening houdt met de ‘gunstige’ factoren van het slachtoffer, maar ook met de ‘minder gunstige’. Het systeem geeft de rechter de ruimte om te differentiëren naar *alle* persoonlijke kenmerken van het slachtoffer. In de Grondwet en in Europese wetgeving is het echter verboden om onderscheid te maken ten aanzien van bepaalde persoonlijke eigenschappen van slachtoffers. Dit zijn in ieder geval de volgende persoonlijke kenmerken: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele gerichtheid of burgerlijke staat (ex. art. 1 AWGB). Onder het EU-Handvest is het mogelijk ook verboden om onderscheid te maken naar de familiale afkomst van het slachtoffer. Om strijdigheid met de hogere normen in de gelijkebehandelingswetgeving te voorkomen, zou de rechter bij de schadevaststelling geen onderscheid mogen maken op grond van deze factoren.

De discriminatoire uitwerking van het schadevergoedingsrecht is geïllustreerd aan de hand van rechtspraak omtrent vrouwelijke slachtoffers. Uit de rechtspraak van het CRM valt te ontwaren dat de

rechter bij de schadevaststelling niet mag uitgaan van aannames die puur gebaseerd zijn op het feit dat het slachtoffer een vrouw is.³⁴⁰ Zo is het vragen naar een kinderwens verboden, wanneer de verzekeraar deze vraag stelselmatig alleen aan vrouwen stelt, en niet aan mannen. In die lijn wordt aan de aansprakelijkheidsverzekeraar ook verboden om de uitkering van vrouwen te matigen, als de aannames over de arbeidsparticipatie en het verdere carrièreverloop gebaseerd zijn op een hypothetische kinderwens, en deze aanname alleen bij vrouwen wordt gehanteerd. Deze vragen en aannames brengen vrouwen in een slechtere bewijspositie dan die waarin mannen verkeren. Verder heeft het CRM geoordeeld dat de bewijslast met betrekking tot het scenario dat afwijkt van de statistische gegevens, niet eenzijdig bij het slachtoffer mag worden gelegd. In de literatuur wordt hieruit afgeleid dat de aansprakelijke verzekeraar door middel van concrete omstandigheden aannemelijk moet maken dat het gebruik van statistieken voor het specifieke slachtoffer aangewezen is. Het CRM keurt derhalve het gebruik van statistische gegevens bij de vaststelling van arbeidsvermogensschade goed. Wel is het zo dat aan het gebruik van deze gegevens voorwaarden worden verbonden. Ten eerste mogen deze gegevens niet slechter uitvallen voor slachtoffers van een bepaald geslacht. Ten tweede moeten de statistieken aansluiten bij de huidige en de te verwachten ontwikkelingen. Dit betekent dat ze moeten voldoen aan de eisen van relevantie, kwaliteit en actualiteit.

In paragraaf 3.4. ben ik ingegaan op de rol van statistiek bij de schadeberekening. Uit de jurisprudentie was al gebleken dat onderscheid bij de berekening voornamelijk werd gebaseerd op statistische gegevens. De rechtspraak van de Hoge Raad leert ons niet precies wat de waarde van statistische gegevens is. Wel weten we dat statistieken gebruikt mogen worden bij de schadevaststelling. In de literatuur wordt echter gewaarschuwd voor de beperkingen van statistieken. Het gebruik van statistische gegevens bij de schadeberekening kan namelijk verboden onderscheid opleveren. Hier kan sprake van zijn wanneer statistieken handvatten aanreiken om de redelijke toekomstverwachtingen invulling te geven, maar waar diezelfde statistische gegevens duidelijk maken dat bepaalde persoonlijke kenmerken een verschil in verwachtingen met zich meebrengen.³⁴¹ Gaat het om persoonlijke kenmerken op basis waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid te maken, dan komt het discriminatieverbod in het geding. Daarnaast zou het gebruik van statistische gegevens op gespannen voet staan met de taak van de rechter om de arbeidsvermogensschade van het concrete slachtoffer in te schatten. Statistieken hebben immers betrekking op ontwikkelingen en gemiddelden van de gehele bevolking, en hebben dus weinig voorspellende waarde voor de individuele benadeelde. Verder wordt gesteld dat statistische gegevens gebaseerd zijn op patronen uit het verleden. De rechter zou daarom voorzichtig moeten zijn met het doortrekken van deze lijnen naar de toekomst. In statistieken zijn namelijk eventuele maatschappelijke en economische ontwikkelingen van de toekomst

³⁴⁰ Zie paragraaf 3.3, met verwijzingen.

³⁴¹ Engelhard e.a. 2015, p. 260.

niet verdisconteerd. Wanneer de rechter rekening houdt met de beperkingen van statistische gegevens, en deze daadwerkelijk ondervangt, kan men tegen het gebruik van statistische gegevens geen solide bezwaren inbrengen. Vanuit het oogpunt van bevordering van gelijke behandeling, verdient mijns inziens het gebruik van sekseneutrale gegevens de voorkeur.

6.4. Alternatieve benaderingen

Benaderingen in Canada

In hoofdstuk 4 zijn een aantal buitenlandse benaderingen voor de vaststelling van arbeidsvermogensschade bestudeerd. Uit Canadese rechtspraak en literatuur zijn drie alternatieve benaderingen besproken. De eerste alternatieve methode is de ‘loss of earning capacity’. Bij deze benadering vormt het verlies van verdien capaciteit hét uitgangspunt bij de schadeberekening. De huidige benadering van de ‘redelijk te verwachten’ inkomsten wordt losgelaten. In plaats daarvan staat de vraag centraal wat de verdien capaciteiten van het specifieke slachtoffer waren. De aantasting van de capaciteiten om inkomsten te verwerven vormt de schadevergoeding van het individuele slachtoffer. Het voordeel van deze methode is dat hiermee seksdiscriminatie kan worden beperkt. Nadeel hiervan is wél dat het huidige schadebegrip op deze manier volledig wordt ondergraven.

De tweede alternatieve benadering is de methode waarin het letsel tot uitgangspunt wordt genomen bij de schadeberekening. Ook deze benadering heeft het nadeel dat zij uitgaat van een ander soort schadebegrip. Voor een eventuele invoering van dit alternatief, zal een stelselwijziging dan ook nodig zijn. Het voordeel dat met deze methode kan worden behaald, is dat hiermee verboden onderscheid kan worden voorkomen.

De laatste invalshoek uit Canada, is de benadering die uitgaat van een betere waardering van niet-betaalde arbeid. Volgens de voorstanders van deze benadering, zou de huidige wijze van schadebegroting discriminerend uitwerken voor vrouwen. Gesteld wordt dat betaalde arbeid beter gewaardeerd wordt dan onbetaalde arbeid. Omdat vrouwen meer onbetaalde arbeid zouden verrichten, zouden zij slechter af zijn dan mannen. Wanneer onbetaalde arbeid beter zou worden gewaardeerd, zou het verschil tussen de arbeidsvermogensschade van mannen en vrouwen worden verkleind. Met deze alternatieve wijze zou het schadevergoedingsrecht beter in lijn worden gebracht met het beginsel van non-discriminatie op grond van geslacht.

Normering in België

De praktijk in België toont een andere alternatieve wijze voor het vaststellen van toekomstige schade, namelijk de wijze van normering. Aangezien de omvang van de schade door normering eenvoudiger

kan worden vastgesteld, zorgt deze methode voor kortere procedures. Normering van schadevergoeding laat ook minder ruimte over voor discussies tussen de partijen, en zorgt voor een verlaging van gerechtelijke kosten. Het belangrijkste bezwaar tegen normering, is dat deze benadering onverenigbaar zou zijn met de beginselen van concrete en volledige schadevergoeding. In Nederland zou de normering van personenschade verder kunnen worden ontwikkeld. Hiervoor biedt artikel 6:97 BW de ruimte. De vaststelling van de hypothetische situatie van het jonge slachtoffer zou wellicht vergemakkelijkt kunnen worden door normering. Een manier waarop dit vormgegeven kan worden, is bijvoorbeeld door het ontwikkelen van een groot aantal standaardperspectieven voor verschillende beroepen. Omdat voor het vaststellen van de standaardperspectief referentiegegevens noodzakelijk zijn, is deze oplossing enkel bruikbaar voor wat oudere kinderen. Bij baby's en peuters zullen deze gegevens veelal ontbreken.

Alternatieve voorstellen in Nederland

In hoofdstuk 5 zijn zes Nederlandse alternatieve benaderingen voor de berekening van het verlies van arbeidsvermogen besproken. Allereerst is ingegaan op het door Kolder gemaakte onderscheid tussen de aspecten binnen en buiten de constitutie van de benadeelde. Ten aanzien van de factoren die binnen de constitutie van het slachtoffer zijn gelegen, zou het voor de rechter in deze visie gepast zijn om terughoudendheid en bescheidenheid te betrachten. Het ligt voor de hand dat deze aanvulling gemakkelijk kan worden ingepast in de huidige benadering. Het wijkt immers niet af van de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht. Hantering van Kolder's onderscheid kan ervoor zorgen dat de rechter terughoudend omgaat met de constitutionele kenmerken van de benadeelde. Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling heeft deze zienswijze echter niet het gewenste effect. Uit de hogere normen in de Grondwet en in internationale verdragen vloeit voort dat de rechter bepaalde persoonlijke eigenschappen in het geheel niet in aanmerking mag nemen bij de schadebegroting. Wat betreft de persoonlijke kenmerken op basis waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid te maken is terughoudendheid dus niet voldoende. In deze opvatting is het bovendien geoorloofd om bij de vaststelling van de hypothetische situatie rekening te houden met sociale factoren aan de zijde van de benadeelde. Dit uitgangspunt is niet goed verenigbaar met het beginsel van non-discriminatie op grond van sociale afkomst (ex. art. 21 EU-Handvest). Ook op een ander punt schort deze zienswijze; zij biedt geen uitkomst voor de problematiek omtrent het begroten van arbeidsvermogensschade van jonge kinderen.

Daarna is het Persoonlijk Modaal Model behandeld. Deze benadering vormt naar mijn mening een geschikt middel om de arbeidsvermogensschade van jonge kinderen te begroten. Dit model is verenigbaar met de uitgangspunten van concrete en volledige schadevergoeding. Het modaal inkomen wordt toegepast wanneer geen of nauwelijks aanknopingspunten zijn om het inkomensverlies vast te

stellen. Dit zal dus vooral aan de orde zijn wanneer het gaat om de schadeberekening van baby's en peuters. Het hypothetische arbeidsvermogen wordt in het Persoonlijk Modaal Model gesteld op een modaal opleidings- en verdienniveau. Wanneer de bijzondere omstandigheden van het kind daartoe aanleiding geven, bestaat de mogelijkheid om af te wijken van het basisniveau. Daarvan zal sprake zijn als het kind wat ouder is. Deze vorm van schadevaststelling kan de procedure bij de rechter vergemakkelijken, en kan daarmee leiden tot een snellere afwikkeling van de schade. Bovendien biedt zij de rechter voldoende speelruimte om de schade vast te stellen aan de hand van de concrete omstandigheden van het individu. Ook kan dit alternatief gelijke behandeling bij de schadebegroting bevorderen. Een nadeel van deze benadering is dat zij net als de aanvulling van Kolder het risico in zich bergt dat er gediscrimineerd wordt naar de sociale achtergrond van de slachtoffers. Om het PMM beter in lijn te brengen met gelijkebehandelingswetgeving zou de familiale achtergrond van het slachtoffer geen rol mogen spelen bij de schadeberekening.

Vervolgens zijn drie toekomstgerichte alternatieven geanalyseerd: de fondsvorming, de 'wat nu' aanpak, en de herstelgerichte benadering. Deze visies hebben met elkaar gemeen dat zij de vergelijking mét en zónder ongeval loslaten, en het vizier richten op herstel binnen de ontstane toestand. De door het letsel gecreëerde situatie vormt het vertrekpunt voor de te vergoeden schade. Daarbij wordt gestreefd naar een schadevergoeding die ervoor kan zorgen dat het slachtoffer na het ongeval een zo aangenaam mogelijk leven kan leiden, met zoveel mogelijk autonomie. Volgens deze benaderingen wordt de omvang van de schadevergoeding bepaald door de behoeften van het slachtoffer. Deze alternatieve methoden ontberen mijns inziens een duidelijk kader aan de hand waarvan de behoeften van het kind moeten worden vastgesteld. Omdat een objectieve begrenzing bij dit schadebegrip ontbreekt, kan deze methode lastig hanteerbaar zijn. Wanneer het schadebegrip niet scherp kan worden afgebakend, bestaat het risico van onbegrensde aansprakelijkheid. Dit vormt een belangrijk bezwaar tegen deze alternatieve wijzen van schadevaststelling. Daarnaast is de factor leeftijd relevant in de fondsentheorie en de 'wat nu' aanpak. In dat opzicht is het bezwaarlijk dat bij deze methoden sprake kan zijn van onderscheid op grond van leeftijd.

De laatste alternatieve benadering die is besproken, is de volledig abstracte methode. De doelgroep van deze benadering wordt gevormd door baby's en peuters met ernstig hersenenletsel. Volgens deze benadering wordt het verlies van arbeidsvermogen berekend aan de hand van het gemiddelde inkomen uit arbeid in Nederland. Het grootste bezwaar tegen deze benadering is dat dit model geen enkele ruimte openlaat voor de rechter om de schade concreet te begroten aan de hand van de bijzondere of persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer. Daarnaast is het aannemelijk dat deze benadering het kind tekort doet. In de traditionele benadering wordt in geringe mate rekening gehouden met de kans op werkloosheid. Het slachtoffer krijgt alleen de kwade kansen van het niet deelnemen aan het arbeidsproces toebedeeld, als daar concrete aanwijzingen voor zijn. In de abstracte methode

daarentegen, wordt er per definitie rekening gehouden met de kwade kansen op werkloosheid. Het gemiddelde inkomen wordt immers berekend door het nationale inkomen uit arbeid te delen door de totale potentiële beroepsbevolking. Hieronder vallen ook werklozen.

6.5. Eindconclusie

De rechter heeft op grond van het Nederlandse schadevergoedingsrecht de ruimte om bij de begroting van arbeidsvermogensschade te differentiëren naar alle persoonlijke kenmerken van het slachtoffer. Dit geldt ook bij de schadebegroting van jonge kinderen. Dit uitgangspunt kan op gespannen voet komen met gelijkebehandelingswetgeving. Volgens de hogere normen, zoals neergelegd in de Grondwet en internationale verdragen, is het immers verboden om onderscheid te maken ten aanzien van bepaalde persoonlijke eigenschappen van het slachtoffer. Naast de discriminatoire uitwerking van het Nederlandse schadevergoedingsrecht, zijn er ook andere knelpunten gesignaleerd. De huidige benadering van de berekening van verlies van het arbeidsvermogen wordt lastig ervaren, omdat het zeer speculatief zou zijn. Tevens zou deze benadering (te) veel ruimte bieden voor discussies tussen partijen. In deze thesis heb ik gezocht naar alternatieven die de bezwaren tegen de huidige wijze van schadebegroting kunnen beperken.

Uit de voorgaande analyse kan worden geconcludeerd dat de alternatieve benaderingen niet in staat zijn om de knelpunten bij de huidige wijze van schadeberekening (volledig) weg te nemen. Om dit te bereiken, dienen zij in bepaalde opzichten te worden aangepast. Aangezien de huidige benadering discriminatoir kan uitwerken dient er allereerst een algemeen toetsingskader te worden ontworpen, aan de hand waarvan de rechter de hypothetische situatie kan vaststellen. Dit kader zou naar mijn mening aangestuurd moeten worden door het beginsel van non-discriminatie. In mijn visie zouden de persoonlijke factoren van het slachtoffer in vier categorieën moeten worden ondergebracht. Bij het afgrenzen van de eerste categorie heb ik ingehaakt op de gedachte van Kolder. Daarom ziet de eerste categorie op interne aspecten die betrekking hebben op de medische toestand van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten. Voor deze groep eigenschappen zal moeten gelden dat de rechter deze factoren enkel ten nadele van het slachtoffer in beschouwing mag nemen, als daar voldoende concrete aanwijzingen voor zijn. Daarmee wordt bevorderd dat letselschadeslachtoffers met respect en waardigheid worden behandeld. Dit uitgangspunt sluit aan bij de Gedragscode Behandeling Letselschade, en is bovendien verenigbaar met de rechtspraak van de Hoge Raad.³⁴² De tweede categorie behelst de interne persoonlijke eigenschappen op basis waarvan het wettelijk verboden is om onderscheid naar te maken. Deze eigenschappen zouden door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten bij de schadevaststelling. De derde categorie heeft betrekking op externe factoren die gerelateerd zijn aan de sociale afkomst van het slachtoffer. De rechter zou met deze eigenschappen

³⁴² Zie paragraaf 5.8, met verwijzingen.

ook geen rekening mogen houden. Op deze manier kan discriminatie bij schadeberekening worden voorkomen. De laatste categorie kan gezien worden als een restcategorie; hieronder vallen de overige externe factoren. Daarbij kan gedacht worden aan sociaaleconomische ontwikkelingen en carrière-technische aspecten van de benadeelde. Voor deze groep eigenschappen geldt de traditionele benadering van de inschatting van de hypothetische situatie volgens het criterium van de redelijke verwachting. Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling vereist deze categorie geen terughoudende benadering. Het ligt voor de hand dat met de invoering van dit kader iedere vorm van verboden onderscheid uitgebannen kan worden.

De problemen rondom de schadeberekening van jonge kinderen kunnen in belangrijke mate worden beperkt door de invoering van het PMM 2.0. Dit is het model van Van Dort met een belangrijke aanpassing: de familiale afkomst van het slachtoffer mag geen bijzondere omstandigheid vormen op grond waarvan kan worden afgeweken van de modale inkomenslijn. Dit aangepaste model kan ervoor zorgen dat gelijke behandeling in het schadevergoedingsrecht wordt bevorderd. Deze benadering is verenigbaar met de huidige uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht. Zij zal daarom eenvoudig kunnen worden ingepast in het huidige systeem. Het voordeel van het PMM is dat het een transparant uitgangspunt biedt voor jonge kinderen, bij wie een referentiekader ontbreekt. Dit kan de eenvormigheid van de rechtspraak ten goede komen. Daarnaast kan deze benadering arbitraire beslissingen terugdringen. Het uitgangspunt van een modaal inkomen biedt ook minder ruimte voor discussies tussen procespartijen. Wanneer het kind wat ouder is, biedt dit model de rechter de ruimte om de schade te begroten aan de hand van de concrete omstandigheden van het kind. In dit model zal dus naarmate er meer aanknopingspunten te vinden zijn, het verschil met de klassieke benadering kleiner worden. Een ander voordeel van deze benadering, is dat zij verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling. Bij de vaststelling van de modale opleidings- en verdienniveau spelen constitutionele kenmerken immers geen rol.

6.6. Aanbevelingen

Het verdient aanbeveling om het hiervoor genoemde toetsingskader en het PMM 2.0 te toetsen op de praktische uitvoerbaarheid. De nadere mogelijkheden en implicaties van deze benaderingen moeten verder in kaart worden gebracht. Voor de invoering van deze benaderingen zal naar mijn mening een wetswijziging niet nodig zijn. Deze alternatieven sluiten immers goed aan bij de huidige uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht. Daarnaast is het zo dat de rechter bij de schadebegroting ex. art. 6:97 BW de nodige vrijheid toekomt. Om de transparantie bij de schadeberekening van kinderen te vergroten, is het wel raadzaam dat er richtlijnen worden uitgevaardigd. De Werkgroep Normering van De Letselschade Raad zou hier het voortouw kunnen -en wat mij betreft ook moeten- nemen. De letselschade Richtlijnen zijn bindend voor partijen die de

Gedragscode Behandeling letselschade onderschrijven.³⁴³ Het is daarom waarschijnlijk dat deze richtlijnen daadwerkelijk effect kunnen sorteren. De richtlijnen zouden allereerst inzichtelijk moeten maken hoe het basisniveau, oftewel het modaal inkomen, wordt vastgesteld. Daarnaast zouden zij duidelijk moeten maken welke bijzondere kenmerken of omstandigheden een aanleiding kunnen vormen om af te wijken van het modaal inkomen, en welke waarde aan deze omstandigheden moet worden gehecht.

Gelet op de onzekerheden die de toekomst in zich bergt, is het ten slotte aan te bevelen dat de rechter de schade periodiek (her)begroot. Zo kunnen het ontwikkelingsniveau en de eventuele cognitieve defecten van het kind pas op latere leeftijd kenbaar worden. Daarnaast laten de veranderingen in het socialezekerheidsstelsel zien dat overheidsvoorzieningen met de tijd uitgehold kunnen worden. In dat geval doet periodieke schadeberekening recht aan de veranderende omstandigheden van het kind.

³⁴³ De richtlijnen van De Letselschade Raad binden de ANWB, de Federatie van Slachtofferorganisaties, het Nederlands Instituut van Register Experts, de branchevereniging Nederlands Letselschade Experts, het Personenschade Instituut Verzekeraars, het Verbond van Verzekeraars en de Vereniging van Letselschade Advocaten. Te vinden via: < <https://deletselschaderaad.nl/richtlijnen/> >.

Literatuurlijst

Boeken & artikelen

Adjin-Tettey 2000

E. Adjin-Tettey, 'Contemporary Approaches to Compensating Female Tort Victims for Incapacity to Work', *Alberta Law Review* 2000-2, p. 504-535.

Adjin-Tettey 2003

E. Adjin-Tettey, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill Law Journal* 49 (2003), p. 309-348.

Adjin-Tettey 2004

E. Adjin-Tettey, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill L.J.* 2004.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, 'Normering van personenschade: een inleidend commentaar', *TVP* 2002/4, p. 101-102.

Akkermans 2003

A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', *TVP* 2003/4, p. 93-104.

Akkermans 2009

A.J. Akkermans, 'Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*. LSA 20, Den Haag: SDU 2009, p. 87-105.

Akkermans 2015

A.J. Akkermans, 'Think Rehab!', in: A.J. Akkermans e.a. (red.), *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura*, LSA symposium, Den Haag: BJU 2015, p. 11-36.

Akkermans & Van Wees 2007

A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007/4, p. 103-118.

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.

Atiyah 1997

P.S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing 1997.

Barendrecht & Storm 1995

J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Baudouin & Linden 2013

J.-L. Baudouin & A.M. Linden, *Tort law in Canada*, Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013.

Benaissa 2015

N. Benaissa, 'Discriminatie in de Nederlands letselschadepraktijk: het topje van de ijsberg', *TLP* 2015/110, afl. 5.

Beumers & Van Boom 2016

M.Th. Beumers & W.H. Van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht' in M.Th. Beumers, W.H. Van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens* (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2016, p. 1-32.

Bloemenbergen 1965

A.R. Bloemenbergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Bolt 2016

A.T. Bolt, 'art. 6:105 BW, aant. 3', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 19 december 2016).

A.T. Bolt, 'art. 6:107 BW, aant. 2.15.3.1', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 19 oktober 2016).

Ten Boom 2002

D.J. ten Boom, 'Normering in de berekening van personenschade: Audalet inside', *TVP* 2002/4, p. 121-124.

Ten Boom 2006

D.J. ten Boom, 'De X-factor in de berekening van toekomstschade, mysterieus of meetbaar', *TVP* 2006/03, p. 76-81.

Botden 2014

M. Botden, 'Het nieuwe Schaderegelen. Persoonlijke en directe begeleiding van letselslachtoffers', *PIV-Bulletin* maart 2014, p. 15-17.

Bunschoten 2015

D.E. Bunschoten, in: *T&C Grondwet, commentaar op hoofdstuk 1 Gw*, aant. 2, (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2015).

Van de Bunt 2016

J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van de Bunt 2017

J.E. van de Bunt, 'Materiële normering van personenschade', *MvV* 2017/3, p. 85-93.

Cassels 1992

J. Cassels, 'Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last!', *Canadian Bar Review* 1992, 71.

Cassels 1995

J. Cassels, '(In) Equality and the Law of Tort; Gender, Race and the Assessment of Damages', *Advocates Quarterly* 17 (1995).

Chamallas 2005

M. Chamallas, 'Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss', *LOYOLA OF LOS ANGELES LA WREVIEW* 2005, p. 1435-1468.

Collignon-Smit Sibbinga & Mewa 2011

A.F. Collignon-Smit Sibbinga & S.V. Mewa, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *L&S* 2011/03, afl. 1, p. 9-17.

Criag & De Búrca 2011

P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Tekst, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Desmecht e.a. 2012

J.-L. Desmecht, Th. Papart & W. Peeters (red.), *Indicatieve tabel 2012*, Brugge: die Keure 2012.

Van Dijck 2015

G. van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2015/1787, afl. 36, p. 2530-2536.

Van Dijck 2016

G. van Dijck, 'Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2016/1127, afl. 23, p. 1608-1616.

Van Dijk 2015

Chr. H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', *AV&S* 2015/19, afl. 4, p. 114-125.

Van Dort

R.M.J.T. Van Dort, 'Het is een bijzonder kind en dat is-ie!', in: S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer en J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?* Den Haag: PIV 2009, p. 119-138.

Dufour & Palmen 2013

L.C. Dufour & E.F.E. Palmen, 'De invloed van sociaaleconomische ontwikkelingen op de begroting van verlies arbeidsvermogensschade', *PIV-Bulletin* oktober 2013, p. 10-15.

Elzas 2015

R.Ph. Elzas, 'Toekomstige schade', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 3070-1-54.

Emaus 2015

J.M. Emaus, 'Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoeding: blik op Canada', *L&S* 2015/3, afl. 3, p. 6-23.

Emaus 2016a

J.M. Emaus, 'Van Brussel tot Staatsburg: over harde en softe Europese invloeden op het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: F.T. Oldenhuis & H. Vorsselman (red.), *Letselschade en Europa*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 17-39.

Emaus 2016b

J. Emaus, 'Reactie bij N. Benaissa, "Discriminatie in de Nederlandse letstelschadepraktijk: het topje van de ijsberg"', *TLP* 2016/52, afl. 2, p. 26-28.

Engelhard e.a. 2015

E.S. Engelhard, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht', *NTBR* 2015/39, afl. 9, p. 257-265.

Engelhard & Rijnhout 2015

E. Engelhard & R. Rijnhout, *Een regeling voor personenschade door rampen*, Den Haag: Boom juridisch 2015.

Gibson 1993

E. Gibson, 'The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages', in: K. Cooper-Stephenson & E. Gibson, *Tort Theory*, North York: Captus Press 1993.

Giesen 2001

I. Giesen, 'Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?', *NJB* 2001/76, afl. 3, p. 120-123.

Giesen 2002

I. Giesen, 'De 'bindendheid' van normen bij normering van schadevergoeding', *TVP* 2002/04, p. 127-129.

Giesen & Tjittes 2004

S.C.P. Giesen & R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind – begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend ernstig letsel', in: S.D. Lindenbergh e.a. (red.), *Schade: vergoeden of beperken?* (Letselschadereeks, deel 15), Den Haag: SDU 2004, p.73-90.

De Groot & Akkermans 2007

G. de Groot en A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007/72, p. 501-509.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005/27, afl. 5, p. 159-168.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Vergoeden van personenschade: wat is wijsheid?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 523-542.

Hartlief 2012

T. Hartlief, 'Recht doen met abstracte schadebegroting', *NJB* 2012/2463, afl. 43, p. 3007.

Hartlief 2015

T. Hartlief, 'Waar ligt de toekomst van het personenschaderecht?', *NJB* 2015/2003, afl. 40, p. 2791.

De Hek 2016

B. de Hek, 'Over dubbeltjes en kwartjes', in: A.J. Verheij & A. Kolder (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Bundel n.a.v. het afscheid van Fokko T. Oldenhuis, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 55-68.

Jansen 2017

K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2017/71333, p. 39-45.

Janssen 2005

J.F.M. Janssen, 'De invloed van art. 1, eerst protocol EVRM op het Nederlandse recht', in: E.M. Hoogervorst e.a., *Rechtseenheid en vermogensrecht* (Meijers-reeks), Deel 102, Deventer: Kluwer 2005, p. 329- 383.

Janssen 2007

J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007/11, afl. 3, p. 99-113.

Jocqué 2008

G. Jocqué, 'De nieuwe indicatieve tabel kritisch bekeken', *Rechtskundig Weekblad* 2008, 7 maart 2009, p. 1114-1122.

Keren-Paz 2013

T. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive justice*, Ashgate Publishing Ltd. 2013.

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW, nr. B35), Deventer: Kluwer 2007.

Kolder 2015

A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zonder ongeval', *TVP* 2015/2, p. 24-34.

Kremer 2002

F.Th. Kremer, 'Normen bij schade van jonge kinderen', *TVP* 2002/4, p. 125-127.

Kremer 2008

F.Th. Kremer, 'Berekening van (toekomst)schade van ernstig gewonde jonge kinderen', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Toekomstschade: wat is een mensenleven waard?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 38-46.

Kremer 2009

F.Th. Kremer, "'Wat nu" in plaats van "wat anders"?", in: S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: PIV 2009, p. 139-152.

Lewis e.a. 2002

R. Lewis, R. McNabb, H. Robinson & V. Wass, 'Court Awards of Damages for Loss of Future Earnings: An Empirical Study and an Alternative Method of Calculation', *Journal of Law and Society* 2002, p. 431-432.

Lindenbergh 2001

S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten', *NEMESIS* 2001/6, p. 178-185.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW, nr B34), Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2013

S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij de vaststelling van schade', in: S. D. Lindenbergh & A.Ch. H. Franken, *Abstracte schadeberekening* (Preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2013.

Lindenbergh 2014a

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën, nr. BW B3), Deventer: Kluwer 2014.

Lindenbergh 2014b

S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel. Over de juridische fundering van verplichtingen in herstel', in: G.-R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht* (Liber Amicorum Gerrit van Maanen), Deventer: Kluwer 2014, p. 239-252.

Lindenbergh 2014c

S.D. Lindenbergh, 'Verzilveren van letselschade, wat betekent dat?', in M. Faure (red.), *De toekomst van de letselschadepraktijk: voordrachten gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2014*, Den Haag: SDU Uitgevers 2014.

Lindenbergh & Franken 2013

S.D. Lindenbergh & A.Ch.H. Franken, *Abstracte schadeberekening*, Preadviezen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht, Deventer 2013.

Lindenbergh & Zalm 2015

S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW, nr. B37), Deventer: Kluwer 2015.

Loth 2014

M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/17, afl. 5-6, p. 117-118.

Loth 2016a

M.A. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de 'maatmens benadeelde'*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Loth 2016b

M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', in: M.Th. Beumers e.a., *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, preadviezen VASR, Deventer: Kluwer 2016, p. 33-73.

Loth 2016c

M.A. Loth, 'Achter het stuur in de bus, over het herstel van autonomie in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2016/18, afl. 3, p. 94-100.

Magnus 2001

U. Magnus (red.), *Unification of tort law: damages*, Den Haag: Kluwer Law International 2001.

Mewa 2011

S.V. Mewa, 'Enkele bijzondere aspecten bij de afwikkeling van schade van minderjarigen – een rechtvaardiger oplossing door een mentaliteitsverandering?', in: W. Tonkens-Gerkma (red.), *Letselschade in een breed perspectief*, (Inleidingen gehouden op symposium van LSA 2011), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 49-71.

De Mol

M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie*, (diss. Universiteit Maastricht), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.

Mulder 2013

J.D.W.E. Mulder, *Compensation: The Victim's Perspective*, (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Neeser 2009

M.J. Neeser, 'De toekomst van de jeugd. Het kind en de (be)rekening', in: S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: PIV 2009.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: D.H.M. Peperkoorn (red.), *Waarheidsvinding en privacy: inleidingen gehouden op het LSA-symposium 2005*, Den Haag: SDU uitgevers 2005, p. 83-95.

Oosterveen e.a. 2015

W.J.G. Oosterveen, N. Frenk & S.D. Lindenbergh, 'Artikel 97', in J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Boeken 3, 4, 5 en 6*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Parl. Gesch. Boek 6

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: 1981.

Peters 2012

M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-1-112.

Peters & Van den Berg-Bakker 2014

F.Th. Peters & E.A. van den Berg-Bakker, 'Herstelcoaching bij niet-objectiveerbare klachten', *TLP* 2014/1, p. 10-14.

Petitat 2013

J.P. Petitat, *Kanttekeningen bij de Indicatieve Tabel*, Gent: Story Publishers 2013.

Posner 1989

R.A. Posner, 'Conservative Feminism', *University of Chicago Legal Forum* 1989.

Prechal 2009

S. Prechal, 'Non-discrimination Does Not Fall Down from Heaven', in : *The Context and Evolution of Non-discrimination in EU Law*, *EricStein Working Paper* No 4/2009.

Rijnhout & Storm 2010

R. Rijnhout & H.M. Storm, 'Recensie Kind en Schade: wat nu?', *TVP* 2010/03, p. 88-92.

Roth & van Schoonhoven 2015

J.F. Roth & J. L. van Schoonhoven, 'Schade van jeugdigen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 3045-1-23.

Simon 2014

K.L. Simon, 'Does Gender Matter? Special Considerations for Claims by Women', paper from the 2014 Annual Personal Injury Conference of The Continuing Legal Education Society of British Columbia, www.cle.bc.ca/PracticePoints/PERS/14-DoesGenderMatter.html.

Van Steen 2009

P.J.M. van Steen, 'Zorg om het slachtoffer vraagt meer dan een financiële vergoeding', (interview met J. Schrok) *PIV-Bulletin* oktober 2009, p. 6-7.

Van Steen 2012

P.J.M. van Steen, 'Care management beperkt de ernst en de omvang van gevolgschade', (interview met L. Stegerhoek) *PIV-Bulletin* juni 2012, p. 18-19.

Van Steenberge 2001

J. Van Steenberge, 'Kritische bedenkingen bij de Indicatieve Tabel', in: M. Van den Bossche (red.), *De indicatieve tabel. Een praktisch werkinstrument voor de evaluatie van menselijke schade*, Brussel: Larcier 2001.

Stegerhoek 2010

L. Stegerhoek, 'Care management in de letselpraktijk', *PIV-Bulletin* februari 2010, p. 4-5.

Temmerman & Kezel 2002

B. de Temmerman & E. de Kezel, 'Normering in België: de indicatieve tabel', *TVP* 2002/4, p. 103-114.

Ulrichs 2013

H. Ulrichs, 'Indicatieve tabel 2012 onder de loep', *Juristenkrant* 2013, afl. 266.

Vansweevelt & Weyts 2014

T. Vansweevelt & B. Weyts, 'De indicatieve Tabel 2012: van (te) normerend naar betwist?', *Rechtskundig Weekblad* 2014, nr. 7, p. 243-253.

Veldhoven 2006

S.C. van Veldhoven, 'Discriminatie van vrouwen bij vergoeding letselschade?', *Assurantie Magazine* 10 maart 2006.

Wervelman 2013

E.J. Wervelman, 'De Gedragscode Behandeling Letselschade 2012; tekst en uitleg', *TVP* 2013/1, p. 1-7.

Weterings 2008

W.C.T. Weterings, 'De afwikkeling van letselschadeclaims op macroniveau', in: *De kosten van het geschil* (LSA-bundel 2008), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 133-157.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr.3.

Kamerstukken II 2006/07, 30967, nr.2.

Jurisprudentie

I. Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 15 juli 2010, C-147/08 (*Römer*).

HvJ EU (Grote Kamer) 1 maart 2011, C-236/09 (*Test-Aankoop*).

HvJ EU 3 september 2014, C-318/13, *NJ* 2015, 30.

HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale*).

HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci*).

II. Hoge Raad

HR 19 november 1943, *NJ* 1944, 21 (*Veritex/Hemmes*).

HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 624 (*ATO/Tesser*).

HR 25 april 1958, *NJ* 1958, 417, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372 (*Coronaire trombose*).

HR 18 april 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9304, *NJ* 1986, 567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*).

HR 2 februari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AB7897, *NJ* 1991/292, m.nt. C.J.H. Brunner (*Vermaat/Staat*).

HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0304, *NJ* 1991, 746 (*Van der Plas/Gem. Amsterdam*).

HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002 (*Gedwongen Aidstest*).

HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995, 421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/ Naus*).

HR 15 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2195, *NJ* 1998/314, m.nt. F.W. Grosheide (*Slaafse nabootsing*).

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

HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*).

HR 28 mei 1999 *NJ* 1999, 89, m.nt. ARB; VR 1999, 166, m.nt. GMT (*Gemeente Losser/ Kruidhof*).

HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, *NJ* 2000/437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/Interpolis*).

HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4362, *NJ* 2003, 171 m.nt. M. van Scheltema (*Verhoeven c.s./ Lammers c.s.*).

HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, *NJ* 2003, 212 (*B.Olifiers*).

HR 18 maart 2005, ECLI:NL:PHR: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 (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/ V*).

HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8781, *NJ* 2009, 386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Philip Morris/ B.*).

HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5410, *NJ* 2009, 257.

HR 11 juni 2010, *LJN* BM 0895.

HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539.

III. Hof

Hof Amsterdam 5 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5341, *NJF* 2006/622.

IV. Rechtbank

Rb. Zutphen 16 februari 1989 (*Mil vs. Gregoor*), rolnr. 1522/85.

Rb. Zutphen 30 mei 1991, VR 1992, 150.

Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203.

Rb. Zwolle-Lelystad 16 april 2008, JA 2008/156.

Rb. Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute.

V. Commissie gelijke behandeling en College voor de Rechten van de Mens

CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90.

CGB 1 april 2004, oordeel 2004-37.

CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117.

CRM 19 augustus 2014, oordeel 2014-97.

VI. Overige

GEA Curaçao van 15 januari 1973, NJ 1973/314.

Supreme Court of Canada 19 januari 1978, 1978 CarswellAlta 214 (*Andrews v Grand Toy Alberta*).

EHRM 13 juni 1979, zaaknr. 58442, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema, (*Marckx*).

Overige bronnen

Websites

< <https://archive.org/stream/reportoncompensa00onta#page/44/mode/2up> >.

< <http://www.letselschademagazine.nl/kapitalisatie-bij-letselschade> >.

< http://www.fcgb-bgwf.be/documents/Indicatieve_Tab_2016.pdf >.

< www.deletselschaderaad.nl >.

< <http://stichtingpiv.nl/wp-content/uploads/2016/06/16-06-05-Oprichting-denktank-Smartengeld.pdf> >.

< <http://www.gemiddeld-inkomen.nl/modaal-inkomen-2017/> >.

< <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/zorg-en-ondersteuning-thuis/vraag-en-antwoord/ondersteuning-gemeente-wmo-2015> >.

< <https://deletselschaderaad.nl/richtlijnen/> >.

Onderzoeksrapporten

Commissie Gelijke Behandeling 2012

Commissie Gelijke Behandeling, *Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade*. Een verkennend onderzoek, 2012.

Huver e.a. 2007

R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*. Deel I, Terreinverkenning (WODC-rapport), Den Haag: WODC 2007.