

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Vaststelling van letselschade

Veel aandacht voor een fictieve toekomst, weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid

S.D. Lindenberg

MvV 2008, p. 118-124

Een belangrijke behoefte van slachtoffers met letsel is een voorziening voor de financiële bestaanszekerheid die als gevolg van een ongeval in gevaar is gebracht. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht hebben de potentie om te voorzien in die behoefte, maar bevatten door hun structuur ook obstakels. Zij vergen dat bij de vaststelling van schade de aandacht wordt gericht op de vraag hoe het leven van het slachtoffer zich zonder ongeval zou hebben ontwikkeld. Daardoor dreigt de aandacht voor de daadwerkelijke financiële zekerheid van de benadeelde na het ongeval ten onrechte onderbelicht te blijven.

1. Het lijkt zo eenvoudig...

Wie een ander onrechtmatig schade toebrengt, is gehouden hem zoveel mogelijk te brengen in de situatie waarin hij vermoedelijk zonder de fout zou hebben verkeerd, zo luidt het devies in het aansprakelijkheidsrecht. Deze regel, die niet met zoveel woorden in de wet is te vinden, kan bijvoorbeeld worden gedestilleerd uit art. 6:162 BW, dat leert dat degene die onrechtmatig handelt gehouden is de schade die de benadeelde 'dientengevolge' lijdt te vergoeden. Dat schadevergoeding inhoudt dat de benadeelde zoveel mogelijk wordt gebracht in de 'situatie alsof', vloeit daaruit min of meer logisch voort. De onuitgesproken premisse is immers dat de onrechtmatige daad niet had mogen plaatshebben. De aansprakelijke heeft daarom voor het aldus ontstane 'negatieve verschil' op te komen.

Gaat het om een vergelijking van twee vermogenssituaties, dan is dat nog betrekkelijk eenvoudig, maar wie het terrein van de letselschade kent weet wel beter: de mens zonder en de mens mét ongeval zijn geen blote 'vermogenssituaties'. De benadeelde kan lang niet altijd herstellen van zijn letsel. Wat dan de gevolgen zijn van het ongeval en hoe zij zich vertalen in 'schade', is niet eenvoudig in kaart te brengen. Wat is bijvoorbeeld te kwalificeren als vermogensschade, en wat als 'ander nadeel'? En ook het tijdsverloop brengt complicaties mee: in feite gaat het om een vergelijking aan de hand van *twee hypothetische* situaties: wij weten niet hoe de situatie zonder ongeval zich zou hebben ontwikkeld, maar voorzover het de toekomst betreft weten we evenmin hoe de situatie mét ongeval zich gaat ontwikkelen.¹ Verder strekken niet alleen de gevolgen maar ook de afwikkeling zich veelal over een lange(re) periode uit, waardoor het vastpinnen van de schade op één (begrotings)tijdstip eigensoortige problemen meebrengt.

Hierna zal ik aan de hand van recente ontwikkelingen ingaan op een aantal complicaties bij de vaststelling van schade als gevolg van letsel: het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel, het vergelijkingsaspect en het tijdsaspect. Daarna zal ik aandacht vragen voor een onderbelichte kwestie: sluiten de juridische debatten over vaststelling van letselschade wel aan op de realiteit en de behoeften van de benadeelde? Wanneer met schadevergoeding wordt getracht zoveel mogelijk daadwerkelijk de situatie te benaderen waarin de benadeelde zonder het ongeval zou hebben verkeerd, ligt het voor de hand om ook aandacht te besteden aan de vraag wat schadevergoeding uiteindelijk 'doet'. Die vraag is zonder uitvoerig onderzoek niet te beantwoorden, maar er is wel iets te zeggen over (het gebrek aan) de zorg voor de daadwerkelijke financiële positie waar de benadeelde na uitkering van zijn schadevergoeding in komt te verkeren.

¹ Zie daarover helder A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', *TVP* 2003, p. 93 e.v.

De grote nadruk op en tijdsinvestering in de verschillende aspecten van de schadevaststelling roepen de vraag op of er niet wat meer aandacht zou mogen uitgaan naar het vervolgtraject: hoe kan de benadeelde worden geholpen bij het zekerstellen van zijn financiële toekomst?

2. Vermogensschade of ander nadeel?

Een eerste complicatie bij letselschade is hoe de schade eigenlijk dient te worden gekwalificeerd. Met andere woorden: wat *is* letselschade eigenlijk? Volgens de categorisering van de wetgever moet het gaan om vermogensschade of ander nadeel (art. 6:95 BW), maar dat onderscheid is allerm minst scherp.² Dat komt omdat de werkelijkheid zich niet eenvoudig in deze twee categorieën laat indelen en omdat hier eigenlijk verschillende gedachtelijnen door elkaar heen lopen. Het aan de wettelijke regeling ten grondslag liggende uitgangspunt – dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden geplaatst in de situatie waarin hij zich zonder de normschending waarop de aansprakelijkheid berust (vermoedelijk) zou hebben bevonden – heeft uiteraard consequenties voor de vaststelling van de schadevergoeding.³ Het brengt immers mee dat feitelijk herstel voorop staat en dat de kosten daarvan binnen de grenzen van de redelijkheid voor vergoeding in aanmerking komen. Hier kan, met name bij letsel, sprake zijn van een soort ‘transformatie’ van schade: pijn is *ander nadeel* dan vermogensschade, de kosten van een pijnbehandeling vormen niettemin vermogensschade (zij het ter beperking van ander nadeel dan vermogensschade).⁴ Waar herstel niet mogelijk is⁵, komt het aan op compensatie van resterend nadeel. Voor zover dat nadeel in de financiële sfeer ligt (bijvoorbeeld verlies aan arbeidsvermogen door invaliditeit) spreekt men van vermogensschade.⁶ Voor zover het gaat om resterend nadeel dat niet eenvoudig tot het vermogen is te herleiden spreekt men van ‘ander nadeel’. Omdat ‘ander nadeel’ alleen een ‘negatieve’ aanduiding kent, aangezien de wetgever het afzet tegen vermogensschade (die hij overigens evenmin heeft gedefinieerd) is het niet eenvoudig om aan de hand van een positieve omschrijving van het nadeel te beslissen of het gaat om immateriële schade die voor vergoeding in aanmerking komt. De wetgever heeft dit probleem in feite omzeild doordat art. 6:106 BW niet uitgaat van een aanduiding van het nadeel, maar van een omschrijving van typen gevallen waarin een recht op vergoeding bestaat.

Het voorgaande brengt mee dat verschillende schadeposten zich op een grensvlak van vermogensschade en ander nadeel bevinden en langs beide lijnen zouden kunnen worden benaderd. Op dit punt is sprake van een soort schemergebied. Kosten van aanpassingen van de werkplek aan handicaps zullen veelal worden aangemerkt als (redelijke) kosten ter beperking van vermogensschade (verlies aan arbeidsvermogen). Voor kosten ter zake van een vakantie die de gelaedeerde neemt is dat lastiger. Weliswaar

² Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 95, aant. 18 en S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 78 e.v.

³ Zie Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 6.

⁴ Zie S.D. Lindenbergh, ‘Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal’, in: *Schade: vergoeden of beperken*, LSA, Den Haag 2004, p. 1 e.v.

⁵ De redelijkheid kan ook een grens stellen aan herstelmaatregelen; bij schade aan de persoon zal die grens evenwel niet snel zijn bereikt.

⁶ Of nadeel in de financiële sfeer ligt is overigens ook niet steeds eenvoudig vast te stellen. Zie voor uitga-ven, gedaan ter verkrijging van onstoffelijk voordeel HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55 m.nt. Jac Hijma (Burger/Brouwer Motors).

raakt het maken van kosten van een vakantie onmiskenbaar de vermogenssfeer en kunnen de kosten daardoor per definitie als vermogensschade worden aangemerkt, maar daarmee is niet gezegd dat zij steeds en geheel voor vergoeding in aanmerking komen.⁷ Hier ligt de grens in de redelijkheid en deze vergt een afweging van de verwachte bijdrage aan het herstel in verhouding tot de omvang van de kosten.⁸ Wanneer een slachtoffer van letsel als gevolg van zijn handicaps *hogere* kosten moet maken dan hij zonder het ongeval voor zijn gebruikelijke vakanties zou hebben hoeven maken, ligt de kwestie weer iets anders. Het gaat dan immers meer om herstel in de feitelijke situatie waarin hij zonder de schadetoebrengende gebeurtenis (vermoedelijk) had verkeerd. Overigens liggen hier ook grenzen: de benadeelde die vroeger duikvakanties nam en dat door zijn handicaps niet meer kan, zal geen aanspraak kunnen maken op een vakantie met een onderzeeër (gesteld dat dit een vorm is die zijn oorspronkelijke beleving het meest benadert). Hetzelfde geldt mijns inziens ten aanzien van hogere kosten die een benadeelde in verband met zijn handicaps moet maken voor de uitoefening van hobby's die hij zonder letsel uitoefende.⁹ Aan de hand van de redelijkheid moet hier een grens worden gevonden en het gaat hier uiteindelijk om de vraag voor welk niveau van levenskwaliteit de aansprakelijke heeft op te komen. Verschillende gezichtspunten zullen hier een rol spelen, zoals in hoeverre de gewenste maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan concreet herstel van de situatie zonder ongeval en wat de kosten zijn die daarvoor moeten worden gemaakt. Daarbij moet worden bedacht dat nu eenmaal lang niet alles is te herstellen en de benadeelde soms het feitelijke verlies moet nemen. Juist voor dat verlies is het smartengeld een compensatie. In dat verband is dan – logischerwijs – niet beslissend hoe de benadeelde van plan is het smartengeld te gaan besteden.

Deze kwestie is inmiddels uitgemaakt in het arrest *Druijff/Bouw*.¹⁰ Dat betrof een werknemer die als gevolg van een arbeidsongeval ernstig invalide was geraakt en aan wie door kantonrechter een bedrag van fl. 200.000 smartengeld was toegewezen. In de procedure had de eiser uitsluitend het smartengeld aan de orde gesteld teneinde te trachten de rechter te bewegen tot een hoger (top)bedrag te komen. In zijn motivering had de kantonrechter zich overgegeven aan bespiegelingen over het doel van smartengeld en had hij onder meer overwogen:

'Compensatie van ervaren nadeel kan naar billijkheidsmaatstaven geacht worden te zijn gelegen in een beperking van het leed, onder meer door het bieden van een mogelijkheid voor eiser om vanuit een eigen vermogenspositie tot een contra-gebaar in staat [te zijn] ten opzichte van diegenen van wie de gelaedeerde voor zijn dagelijkse bestaan afhankelijk is, een en ander volgens zijn eigen, discretionaire bevoegdheid. Daarnaast kan daarmee de gedachte ontwikkeld zijn dat eiser met be-

⁷ Vgl. bijv. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof), waarin de Hoge Raad de tijd, besteed aan bezoek kwalificeert als 'hoezeer ook vermogensschade', maar deze niet voor vergoeding in aanmerking laat komen.

⁸ Zie daarover A.T. Bolt, 'Van materieel naar immaterieel en weer terug', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later*, Bundel opstellen aangeboeden aan mr. A.R. Bloembergen, Deventer 2002, p. 1-4.

⁹ Zie daarover W. Dijkshoorn, 'Keuzevrijheid op het grensvalk tussen vermogensschade en ander nadeel', *TVP* 2007, p. 67-73 en C.J. Flentrop-Turner, 'Kosten ter voorkoming of beperking van immateriële schade', *NbBW* 1999, p. 61-64. Zie ook Hof Arnhem 30 november 2004, *VR* 2005, 73, dat de extra kosten van sport in het concrete geval buiten het smartengeld houdt.

¹⁰ HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/Bouw), S.D. Lindenbergh, *AV&S* 2001, p. 26 e.v.

hulp van een extra-geldbedrag in staat wordt gesteld activiteiten – bijvoorbeeld een vakantie met hulp-verlening – te bekostigen om zijn ongenoegen te verzachten.’

Tegen deze achtergrond heeft de eiser vervolgens in hoger beroep een rekenvoorbeeld gepresenteerd van hetgeen een jaarlijkse extra vakantie onder begeleiding van hulpverleners zou kosten, om aldus aan te tonen dat de toegewezen fl. 200.000 daartoe veruit ontoereikend was. De rechtbank liet zich niet door dat rekenvoorbeeld beïnvloeden. De Hoge Raad overwoog (rov. 3.3):

‘In het licht van hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen [een algemene uiteenzetting van uitgangspunten voor de vaststelling van het smartengeld, SDL], kan een betoog als hier aan de orde in het kader van de vaststelling van de vergoeding van immateriële schade geen verdere betekenis hebben, dan dat het ertoe dient om de rechter door middel van een voorbeeld duidelijk te maken dat de aard en ernst van het letsel van de betrokkene mede van invloed zijn op de omvang van de kosten, verbonden aan de maatregelen ter veraangenaming van diens leven. (...) De aard van de onderhavige vergoeding brengt echter mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding.’

Deze gedachtegang lijkt mij juist. Presenteert men een schadepost als kosten van een redelijke maatregel die door het letsel wordt gerechtvaardigd, dan moet die schadepost worden beoordeeld in het kader van de vergoeding van vermogensschade. Heeft men eenmaal het speelveld van ‘ander nadeel’ betreden, dan gelden er andere regels, namelijk die van de compensatie van resterend nadeel naar billijkheid. Daarbij gaat het in essentie om een algemene waardering van de ernst van het letsel en niet om mogelijke bestedingswijzen. Overigens laat de Hoge Raad terecht doorschemeren dat het prijsniveau van maatregelen ter veraangenaming van het leven natuurlijk niet zonder betekenis is voor het billijkheidsoordeel over het smartengeld.¹¹ Men moet met het smartengeld wel iets kunnen.

Het voorgaande illustreert overigens niet alleen dat het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel niet altijd eenvoudig is te maken, maar ook dat schadeposten zich dus niet eenvoudig laten scheiden. Dat betekent dat vermogensschade en ander nadeel in zekere zin kunnen worden gezien als communicerende vaten. Naarmate meer feitelijke schadeposten als vermogensschade in ogenschouw worden genomen, slinkt immers het speelveld voor de vergoeding van ander nadeel, en omgekeerd.

3. Het verschil tussen twee onzekere lijnen

Blijft (volledig) herstel uit en heeft dat invloed op het arbeidsvermogen van het slachtoffer, dan is dat onmiskenbaar vermogensschade.¹² Het kan daarbij overigens gaan om verlies van arbeidsvermogen dat in een betaalde baan werd aangewend, maar ook om het vermogen om thuis onbetaalde werkzaamheden te verrichten (huishoudelijke arbeid, onderhoud aan huis of tuin). Gaat het om het verlies aan arbeidsvermogen dat pleegt te

¹¹ Zie ook J. Spier, *Rampscenario's, De prijs van onzekerheid na de aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001*, oratie Maastricht, Deventer 2002, p. 14, die aangeeft dat men met het smartengeld wel 'iets' moet kunnen.

¹² Denkbaar is overigens dat het leed als gevolg van het concrete verlies van een baan ook wordt meegewogen bij de vaststelling van een smartengeld.

worden aangewend op de arbeidsmarkt, dan pleegt dat te worden vastgesteld aan de hand van een vergelijking tussen hetgeen het slachtoffer zonder het ongeval vermoedelijk zou hebben verdiend en hetgeen hij na het ongeval vermoedelijk nog kan verdienen.¹³ Aldus moet schade die zich over de toekomst uitstrekt worden vastgesteld aan de hand van twee – beiden onzekere – lijnen.

Met name bij vaststelling van schade door verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van letsel doet dit probleem zich in volle omvang gevoelen.¹⁴ Het verloop van beide lijnen in de toekomst brengt immers mee dat niet alleen moet worden getaxeerd hoe de situatie zich in de toekomst zou hebben ontwikkeld, respectievelijk zal ontwikkelen, maar ook dat telkens een schifting moet worden gemaakt tussen invloeden op de ontwikkeling die aan de normschending zijn toe te schrijven en ontwikkelingen ten aanzien waarvan dat niet op zijn plaats is. Bij het eerste (inschatting van de toekomstige ontwikkelingen) 'komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen'.¹⁵ In dit verband heeft het feit dat de schade moet worden gezien in het licht van de normschending overigens betekenis. Zo mogen volgens de Hoge Raad 'aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen (...) geen strenge eisen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontgenomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die situatie zou zijn geschied'.¹⁶ Ook mag de rechter bij de beoordeling van de redelijke verwachtingen over toekomstige ontwikkelingen in verband met het verlies van een keuzemogelijkheid zoveel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening houden, zij het dat hem dat niet ontslaat van zijn taak om aan de hand van de feiten een redelijke inschatting te maken.¹⁷

Ten aanzien van het tweede (welke invloeden zijn aan de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis toe te schrijven?) zijn verschillende feitelijke schakels te onderscheiden: is er sprake van ziekte, in welke mate leidt deze tot arbeidsongeschiktheid, in hoeverre leidt dit tot verlies van arbeidsvermogen en hoe wordt de vergoeding ter zake begroot?¹⁸ Het nemen van deze stappen is bij uitstek problematisch als het gaat om ongevallen die worden gevolgd door zogenaamde 'vage klachten' die niet eenvoudig zijn te herleiden tot een ziektebeeld dat in de medische sfeer erkenning heeft gekregen. Men denke bijvoorbeeld aan klachtenpatronen die worden aangeduid met 'whiplash' en 'rsi'. Hier zijn immers op het feitelijke vlak verschillende hobbels te nemen.¹⁹ In de eerste plaats gaat het om de vraag wat de feitelijke toestand is waarin de gelaedeerde na de normschending verkeert. In de tweede plaats zal moeten worden vastgesteld in hoeverre deze toestand het gevolg is van het ongeval. Maar bovendien zal moeten worden vastgesteld welke uitwerkingen eventuele beperkingen van de gelaedeerde hebben op diens leven, bijvoorbeeld ten aanzien van zijn arbeidsvermogen. Deze vragen moeten bovendien niet alleen worden beantwoord voor het moment, maar tevens zal een inschatting moeten worden gemaakt van de toekomstige ontwikkelingen. Ten aanzien van

¹³ HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (Vehof/Helvetia).

¹⁴ Zie uitvoerig T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005, p. 159 e.v.

¹⁵ Aldus HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (Vehof/Helvetia).

¹⁶ HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (Vehof/Helvetia), rov. 3.5.2, slot.

¹⁷ Vgl. HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Sas/Interpolis).

¹⁸ Ik laat dan nog buiten beschouwing hoe het verloop zonder het ongeval zou zijn geweest en welke looptijd voor de schade moet worden gekozen.

¹⁹ Zie over betekenis hiervan voor de bewijslast bijv. A-G Spier in zijn conclusie voor HR 23 juni 2006, *NJ* 2007, 354, *JAR* 2006, 174 (Havermans/Luyckx), onder 4.6 e.v.

de toekomst lijkt de rechter overigens gematigd: wijzigingen ten gunste van het 'normale' verloop worden niet snel aangenomen, maar veranderingen ten nadele van het normale verloop worden evenmin spoedig aanvaard. Zo is niet aangenomen dat een autospuiter bedrijfsleider zou worden, een metselaar zzp-er, een motorcrosser een 'personal cross trainer', of een 16-jarige jongen profvoetballer.²⁰ Evenmin werd echter aangenomen dat iemand ook zonder ongeval zijn baan wel zou hebben verloren²¹, maar weer wel dat een advocate hoogleraar zou zijn geworden.²² Hoewel ieder natuurlijk een eigen visie heeft op de toekomst zonder en met ongeval – doorgaans zijn de visies van eiser en gedaagde ten aanzien van beide posities elkaars spiegelbeeld²³ – lijkt het uitgaan van het normale verloop zowel een praktische als een redelijke benadering.²⁴

4. Wanneer valt de schade?

Een complicatie bij de vaststelling van schade als gevolg van letsel is dat deze in de praktijk, waarin de voorkeur wordt gegeven aan een afwikkeling ineens, een momentopname vergt, terwijl de beide 'situaties' (zonder ongeval en mét ongeval) in werkelijkheid in de tijd gezien als 'moving targets' zijn aan te merken. De situatie zonder de normschending laat zich immers naar verschillende momenten meten: ten tijde van de normschending en op latere tijdstippen. Voor de situatie mét de normschending geldt hetzelfde. Een moment waarop de schade wordt geleden is daardoor niet eenduidig vast te stellen en is daarmee – volgens de wetgever en de Hoge Raad – afhankelijk van de wijze van begroting.²⁵

Die wijze van begroting verschilt per schadepost. Zo zal voor gemaakte kosten (van geneeskundige behandeling, revalidatie, bezoek, vervoer, aanpassingen thuis, re-integratie, rechtshulp) gelden dat de schade geacht moet worden te zijn geleden op het moment van het verschuldigd worden van de kosten aan derden.²⁶ Voor in de toekomst te maken kosten geldt dat deze op voorhand kunnen worden begroot (art. 6:105 BW), zij het dat het de vraag is of dit ook geldt voor schade die bij anderen dan het slachtoffer zelf valt, waarover meer onder 6. Ten aanzien van ander nadeel dan vermogensschade pleegt te worden aangenomen dat dit – hoewel het feitelijk zowel op het moment van een ongeval als in de toekomst wordt geleden – moet worden begroot naar het moment waarop het ongeval plaatsvond.²⁷

Met betrekking tot het verlies aan arbeidsvermogen pleegt – althans voor in de toekomst te lijden schade – te worden gekozen voor een begroting op een som ineens.²⁸ In dat geval wordt de (vanaf de peildatum bezien toekomstige) schade geacht te zijn ge-

²⁰ Zie resp. Hof Amsterdam 15 juni 2006, *VR* 2007, 39; Rb. Breda 16 augustus 2007, *LJN* AY7119; Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2008, *LJN* BC2216 en Hof Amsterdam 5 oktober 2006, *NJF* 2006, 662, *VR* 2008, 63.

²¹ Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2006, *VR* 2007, 85.

²² Rb. Amsterdam 17 januari 2007, *LJN* BA1011.

²³ Vgl. Hartlief, *AV&S* 2005, p. 160.

²⁴ Zie ook A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Oratie Amsterdam (VU), Den Haag 2002, p. 120 e.v., die hieruit meer in het algemeen een bewijsvermoeden afleidt.

²⁵ *MvA* II, *PG Boek* 6, p. 475; HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 508 m.nt. J.B.M. Vranken.

²⁶ *MvA* II, *PG Boek* 6, p. 475.

²⁷ Zie over consequenties voor inflatie en wettelijke rente S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld en wettelijke rente', *A&V* 2000, nr. 6, p. 134-137.

²⁸ Zie over rekenkundige aspecten daarvan bijv. H. Bakker, A. van Ooijen en M.J. Neeser, 'Ligt de toekomst in het verleden?', *VR* 2007, p. 169, 172.

leden op de bij de kapitalisatie tot uitgangspunt genomen peildatum²⁹, of deze nu ligt op de datum van het ongeval of op een later tijdstip.³⁰ Op het punt van de keuze voor een peildatum komt de rechter volgens de Hoge Raad een aanzienlijke vrijheid toe en hij mag zelfs een peildatum kiezen die ver voor zijn uitspraak ligt.³¹ Dat laatste was onder het oude recht, dat bij periodiek verschuldigde bedragen een afzonderlijke aanzegging van wettelijke rente vergde, aantrekkelijk.³² De keuze voor een peildatum in het kader van de kapitalisatie van in de toekomst te lijden schade (ver) voor de uiteindelijke rechterlijke uitspraak kan niettemin leiden tot onzekerheid over daarbij al dan niet in aanmerking te nemen latere ontwikkelingen. Zo mag de rechter niet voorbijgaan aan sinds de peildatum veranderde belastingwetgeving, maar 'staat het hem vrij' om het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet in de kapitalisatie te verdisconteren.³³ Hoewel die rechterlijke vrijheid vanuit het perspectief van de cassatierechter aantrekkelijk kan zijn, lijkt zij niet steeds goed te passen bij de aard van de schade (personenschade die, zoals de Hoge Raad ook benadrukt, een op de realiteit afgestemde begroting vergt) en bij de noden van de praktijk, die baat heeft bij eenduidige aanwijzingen.³⁴ Wil men vasthouden aan de afwikkeling met een som ineens, dan is het beter om te kiezen voor een begroting van toekomstige schade tegen een peildatum die zo dicht mogelijk ligt tegen de datum van de daadwerkelijke definitieve toewijzing in rechte of afwikkeling buiten rechte. Het is jammer dat de Hoge Raad deze voorkeur niet ten behoeve van de rechtszekerheid als regel heeft geformuleerd.³⁵

Ook overigens is het meer in het algemeen de vraag of het goed is om bij de vaststelling van schade de rechterlijke vrijheid te benadrukken.³⁶ Het is weliswaar gebruik om, vermoedelijk mede ter beperking van de mogelijkheid van toetsing in cassatie, de rechter een grote vrijheid toe te dichten bij de vaststelling van de schade, maar het is zeer de vraag of de praktijk bij de daardoor onstane onzekerheid is gebaat, en of het juridisch wel juist is. Hoewel de Hoge Raad blijft benadrukken dat de rechter bij de schadevaststelling niet is gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs, en oordeelt dat de wijze van begroting van de schade sterk met de feiten is verweven en in zoverre in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst³⁷, is hij daarin zelf niet altijd consequent en lijkt toepasselijkheid van het reguliere bewijsrecht als hoofdregel eerder op haar plaats.³⁸

²⁹ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 508 m.nt. J.B.M. Vranken.

³⁰ HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 603; *AV&S* 2003, p. 214 (R.Ph. Elzas); *NbBW* 2003, p. 136 (G.C. Endedijk); *TVP* 2004, p. 59 (E. Wijtema).

³¹ HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1025, *TVP* 2008, p. 36 (W.J. Hengeveld en H.Th. Vos); *MvV* 2008, p. 50 (C.E.C.J. Ponsioen).

³² Vgl. Hengeveld en Vos, *TVP* 2008, p. 39 en Ponsioen, *MvV* 2008, p. 53.

³³ HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1025, rov. 5.3). Nu de Hoge Raad dit aspect evenwel inleidt met de motivering dat de werkelijk geleden schade moet worden begroot en dat daarbij niet past dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen, lijkt het hier veeleer te gaan om een verplichting. Zie ook in deze zin Ponsioen, *MvV* 2008, p. 52.

³⁴ Vgl. H.A. Bouman, 'De ivoren raadkamer', *VR* 1998, p. 4-6.

³⁵ De keuze om de rechter de vrijheid te gunnen hangt wellicht samen met de onder het oude recht bestaande problematiek van de wettelijke rente. Zie Ponsioen, *MvV* 2008, p. 53.

³⁶ Dat geschiedt doorgaans met een beroep op art. 6:97 BW.

³⁷ Zie met verdere verwijzingen *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 97, aant. 16 en 19.

³⁸ Zie recentelijk overtuigend in deze zin G. de Groot en A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501 e.v.

5. De paradox van de schadevaststelling bij letsel

Met betrekking tot de vaststelling van schade door letsel pleegt 'concreet en volledig' in de praktijk als devies te worden gepresenteerd.³⁹ Natuurlijk is dat als uitgangspunt juist: wanneer de concrete schade – dat wil zeggen de door het concrete slachtoffer in het specifieke geval geleden schade – vaststaat, moet die volledig worden vergoed. In de praktijk brengt dat begrippenpaar ons evenwel nauwelijks verder, omdat concreet herstel nu juist vaak niet meer mogelijk is en bij compensatie – noodgedwongen – vele abstracties worden toegepast waardoor het zeer de vraag is of de uiteindelijke vergoeding ook inderdaad 'volledig' is. Hoewel 'concreet en volledig' dus in theorie juiste uitgangspunten vormen, brengt de aard van de letselschade mee dat er aan die vertrekpunten belangrijke concessies moeten worden gedaan. Het gaat er hier niet om dat de benadeelde met minder genoegen moet nemen, maar dat de aard van de schade meebrengt dat eenvoudigweg niet is vast te stellen wat concreet en volledig is. Niettemin zijn met het streven naar vaststelling van de concrete schade en volledige vergoeding van die schade bij letsel grote inspanningen gemoeid, waarvan het de vraag is of zij werkelijk doeltreffend zijn.⁴⁰

Niet alleen de aard van de schade brengt mee dat vergoeding van de werkelijke schade zelden concreet en volledig zal kunnen worden bereikt, de praktijk van de vaststelling van de daadwerkelijke vergoeding brengt nog een andere paradox aan het licht. Het voorgaande laat zien dat veel van het juridische debat over letselschades wordt gevoerd over abstracties, zoals het begrip schade, verwachtingen ten aanzien van hypothetische toekomstige situaties en rekenkundige kapitalisatie. Dat suggereert dat er wordt gestreefd naar maatwerk als basis voor de toekomstige financiële situatie van de benadeelde. Van dat laatste komt in de praktijk evenwel heel weinig terecht. Hoewel aan de vaststelling van letselschades veel deskundig onderzoek en rekenwerk voorafgaat – de praktijk heeft hier de afgelopen decennia een enorme professionaliseringsslag gemaakt van de spreekwoordelijke achterkant van de sigarendoos naar een complete dienstverleningstak – wordt het bedrag dat de benadeelde ontvangt in de praktijk uiteindelijk in onderhandelingen vastgesteld. Bij die onderhandelingen spelen doorgaans nogal platvloerse elementen een rol en is weinig van het met alle deskundigenonderzoeken en berekeningen beoogde maatwerk terug te vinden. Het uiteindelijke resultaat is dan ook veelal een geldbedrag waarvan doorgaans niet is te achterhalen op welke exacte schadecomponenten het betrekking heeft. Dat is op zijn minst opmerkelijk in het licht van hetgeen in het vaststellingstraject allemaal zo belangrijk werd gevonden. Het roept ook de vraag op of het schadevergoedingsrecht hier wel doeltreffend is.

6. Oog voor financiële bestaanszekerheid?

Wanneer wij aannemen dat een voorziening voor de financiële bestaanszekerheid van het slachtoffer na een ongeval in een belangrijke behoefte voorziet,⁴¹ dan is er nog een

³⁹ Vgl. bijv. Hartlief, *AV&S* 2005, p. 160.

⁴⁰ Vgl. voor de materiële en emotionele kosten van vaststelling van letselschade de verschillende bijdragen aan het LSA-symposium 2008, *De kosten van het geschil*, Den Haag 2008.

⁴¹ Zie R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans en N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, WODC, Den Haag 2007, p. 81 e.v.

andere reden om de verdeling van de aandacht bij de afwikkeling van letselschades onevenwichtig te achten. Niet alleen is die aandacht onevenredig veel gericht op factoren die bij de uiteindelijke vaststelling vermoedelijk een betrekkelijk bescheiden rol spelen, belangrijker is wellicht nog dat de behandeling van een letselschadezaak doorgaans eindigt bij de vaststelling en uitkering van het vergoedingsbedrag. Dat is opmerkelijk, omdat voor de voorziening in bestaanszekerheid niet alleen het 'voortraject' (de vaststelling van de schade), maar voor de benadeelde vooral ook het 'natraject' (hoe kan met de vergoeding daadwerkelijk in bestaanszekerheid worden voorzien?) van belang is. Wanneer het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht – dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden gebracht in de positie waarin hij zonder de normschending zou hebben verkeerd – serieus wordt genomen, ligt het in de rede ook aandacht te besteden aan de vraag hoe de benadeelde zich met de schadeuitkering van een adequaat bestedingsniveau kan verzekeren.

De benadeelde, die in theorie aan de hand van de voor de schadevaststelling maatgevende gegevens precies zou moeten kunnen narekenen hoe zijn financiële toekomst er uit gaat zien, moet zelf maar zorgen dat hij hetgeen hem bij het schadeberekenen is voorgespiegeld ook daadwerkelijk realiseert. Daarbij ontmoet hij verschillende mogelijke problemen. In de eerste plaats zal het de vraag zijn hoe hij de som ineens zodanig kan besteden dat hij het begrote rendement verwezenlijkt. Natuurlijk is de benadeelde op het punt van de besteding van zijn schadevergoeding vrij en kan hij er een boot van kopen, maar dat neemt niet weg dat het doel van het schadevergoedingsrecht meebrengt dat de behoefte van slachtoffers van letselschade aan bestaanszekerheid daadwerkelijk verwezenlijkt moet kunnen worden. Het is in dat licht opmerkelijk dat aan het in kaart brengen van het verlies vele uren, inspanningen en euros worden besteed, terwijl er aan de daadwerkelijke afwikkeling en mogelijke vormgeving van de besteding voor de benadeelde nagenoeg geen aandacht wordt geschonken. Wie de loterij wint wordt omgeven met professionele zorg om ervoor te zorgen dat er verstandig wordt omgegaan met het beschikbaar gekomen geld. Wie een uitkering ontvangt ter zake van letselschade, die met de grootst mogelijke precisie – en veelal na vele jaren strijd waarin de benadeelde zijn bestedingspatroon vanwege zijn beperkingen en de onzekerheid over de uitkomst van de zaak doorgaans zal hebben moeten bijstellen – tot in detail is vastgesteld, moet het zelf maar uitzoeken. De benadeelde zal zich op deze punten op zijn minst moeten kunnen voorzien van deskundigen en het lijkt me redelijk dat de (redelijke) kosten daarvan door de aansprakelijke worden gedragen als buitengerechtelijke kosten van nazorg.

In de tweede plaats zijn er andere risico's: hoe wordt eventueel benodigde toekomstige hulp gefinancierd? Wat is de bestaande of te verwachten (niet-)huwelijkse situatie, welke juridische voorzieningen zijn hier op hun plaats? Deze aspecten gelden voor de benadeelde zelf⁴², maar zij roepen bijzondere vragen op wanneer er tevens derden in het spel zijn. In gevallen van letsel geldt als uitgangspunt dat alleen de benadeelde zelf een aanspraak heeft op vergoeding van schade die het gevolg is van letsel. Niettemin erkent de wet (art. 6:107 BW) dat onder omstandigheden ook derden een eigen aanspraak kunnen hebben, met name wanneer het gaat om door hen ten behoeve van de gekwetste gemaakte kosten, waaronder mede kunnen worden begrepen door derden

⁴² Vgl. bijv. over faillissement HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 32 m.nt. P. Van Schilfgaarde, m.b.t. schuldsanering HR 24 november 2006, *NJ* 2007, 239 m.nt. P. Van Schilfgaarde, *TVP* 2007, p. 23-26 (A.J. Verheij), m.b.t. huwelijksgemeenschap HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693 m.nt. W.M. Kleijn, HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1032 en 1034 en m.b.t. alimentatieverplichtingen HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 59.

gedane inspanningen.⁴³ Het gaat daarbij in de praktijk vooral om door derden verrichte (mantel)zorg.⁴⁴ Voor de toekomst wordt overwogen om art. 6:107 BW uit te breiden met een eigen recht ter zake van in verband met de zorg voor anderen gederfd inkomen.⁴⁵ Het eigen recht van de derde, en zeker een mogelijke uitbreiding daarvan, roept de vraag op naar de verhouding tot de aanspraken van de benadeelde zelf. Dat geldt niet zozeer voor schade die reeds bij de derde is gevallen, maar vooral voor schade die in de toekomst is gelegen. Weliswaar brengt art. 6:105 BW mee dat ook de behoefte aan zorg voor de toekomst kan worden begroot, maar het lijkt mij onwenselijk om in die zin een wissel op de toekomst te trekken dat het bij voorbaat begrote bedrag aan de derde wordt uitgekeerd. Artikel 6:107 BW spreekt overigens ook van 'gemaakte kosten', hetgeen lijkt te duiden op reeds geleden schade. Belandt de vergoeding van toekomstige schade bij een derde, dan moet immers maar worden afgewacht of deze vergoeding daadwerkelijk aan de benadeelde ten goede komt. Men denke aan alle mogelijke onheil waarmee de derde te maken kan krijgen (ongelukkige belegging, gokverslaving, (echt)scheiding, faillissement of overlijden van de verzorger, et cetera) dat daaraan feitelijk in de weg kan staan.⁴⁶

Hoewel art. 6:107 BW dus aan derden een eigen aanspraak op vergoeding toekent voor gemaakte kosten en naar mag worden aangenomen ook voor verrichte inspanningen, vormt het artikel mijn inziens geen bruikbare, maar zeker geen veilige basis om de kosten van zorg als schade aan de derde te vergoeden. Zeker waar het toekomstige schade betreft is het raadzaam de schade als schade van het slachtoffer aan te merken en hiervoor een voorziening te treffen.⁴⁷ Het voorgaande zou eens te meer gecompliceerd worden wanneer de derde ter zake van aan de benadeelde verleende zorg een eigen vergoeding voor verlies aan inkomen toekomt. Ter zake van deze schade lijkt periodieke afwikkeling daarom onontkoombaar.

7. De toekomst: meer (bestaans)zekerheid?

De vaststelling van letselschade is er de afgelopen decennia niet eenvoudiger op geworden. De nadruk in het steeds complexer wordende debat ligt vooral op begroting door de verwachte toekomstige situatie te vergelijken met de hypothetische situatie 'zonder ongeval', hetgeen tot vele complicaties aanleiding geeft. Dat is opmerkelijk in het licht van de behoefte van de benadeelde aan het veiligstellen van zijn financiële bestaanszekerheid na het ongeval: het is ongerijmd dat alle aandacht uitgaat naar de berekeningsmaatstaven, en vrijwel geen aandacht wordt besteed aan de vraag hoe de benadeelde met het uitgekeerde bedrag daadwerkelijk in zijn behoeften kan voorzien. Een letselschade laat zich niet eenvoudig met een zak geld 'afkopen'. Een adequate afhandeling houdt in dat de benadeelde, zo hem door de aansprakelijke op het punt van zijn

⁴³ HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof). Zie overigens voor een geval waarin een vader tijd had besteed aan het dossier van zijn minderjarige dochter Rb. Breda 31 januari 2007, *JA* 2007, 74 (geen recht op vergoeding aangenomen).

⁴⁴ Zie daarover recent I. Laseur, 'Mantelzorg in het civiele aansprakelijkheidsrecht, wel of geen vergoeding?', *L&S* 2008, p. 5 e.v.

⁴⁵ Zie de aankondiging in de justitiebegroting TK 2007/08, 31 200, VI, nr. 2, p. 199.

⁴⁶ Het is om deze reden dat in Engeland de vergoeding voor inspanningen van een particuliere derde uitsluitend via een trust voor de benadeelde wordt vergoed. Zie Marco Bona, Philip Mead, Siewert Lindenbergh, *Fatal Accidents and Secondary Victims*, London, XPL 2005, p. 84.

⁴⁷ Zie daarover bijv. G.M. van Wassenaeer en S.V. Mewa, 'Tweemaal slachtoffer worden door een onjuiste afwikkeling van derdenschade, hoe dat te voorkomen?', *TVP* 2006, p. 129 e.v.

inkomensvoorziening geen garanties worden verschaft, in de gelegenheid moet worden gesteld om zich van deskunige bijstand te voorzien om zich in de toekomst van een adequaat inkomensniveau te verzekeren.⁴⁸

Ik realiseer me dat hiermee in zekere zin een extra complicatie aan het proces van schaderegeling wordt toegevoegd, maar omdat het hier gaat om een daadwerkelijke praktische hulp die de benadeelde in het licht van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht verdient, lijkt mij dat op zijn plaats. Het zou mij bovendien niet verbazen wanneer vroegtijdige aandacht voor de concrete financiële uitwerkingen van een aan de benadeelde te betalen vergoeding ook een stimulerend effect op de schaderegeling zou hebben. Waar in het huidige model de aandacht lijkt te worden gemonopoliseerd door een 'zo veel mogelijk', respectievelijk 'zo weinig mogelijk', zal meer aandacht voor de concrete financiële gevolgen in de eerste plaats voor de benadeelde verhelderend werken, maar kan het bovendien de op schadevaststellingsproblemen gefixeerde aandacht verleggen naar de (reële) toekomst.

En waarom zou de aansprakelijke partij hiervan de lasten moeten dragen? In de eerste plaats rust op hem de verantwoordelijkheid om de schade van de benadeelde goed te maken. Dat kan verder gaan dan uitkering van een som geld ter zake van geleden schade. In de tweede plaats ligt het in de rede dat hij de prijs betaalt van de onzekerheid die hij juist door uitkering van een som ineens op de benadeelde afwentelt. Een alternatief is natuurlijk dat hij de schade periodiek vergoedt.

⁴⁸ 'Verzekeren' kan overigens in het licht van de groeiende twijfels over de kwaliteit van beleggingsverzekeringen beter niet al te letterlijk worden genomen.