

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Het gebruik van een hypotheti-
sche kinderwens en statistische
gegevens bij schadebegroting:
een nadere invulling van direct
onderscheid op geslacht***

*A.S. Oude Hergelink & S.D. Linden-
bergh*

*Published in
C. Forder (red.) Oordelenbundel 2009, Utrecht 2010, p. 357-363*

1. Het hier te bespreken oordeel betreft de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door een schade-uitkering te matigen in verband met een hypothetische kinderwens (CGB 1 december 2009, 2009-117). De zaak betreft een vrouw die als gevolg van een ongeval geïnvaleideerd was geraakt. De aansprakelijkheidsverzekeraar die gehouden was tot schade-uitkering heeft de vrouw een brief gestuurd waarin een voorstel werd gedaan voor de vergoeding van een gedeelte van de door de vrouw geleden (inkomens)schade. In deze brief was vermeld dat het schadebedrag om een aantal redenen, waaronder een hypothetische kinderwens, gematigd was. Dit feit, in combinatie met hetgeen de verzekeraar had verklaard over de wijze waarop de hoogte van de inkomensschade wordt ingeschat, deed direct onderscheid op grond van geslacht vermoeden. De verzekeraar heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen en de CGB heeft daarom geoordeeld dat er sprake was van direct onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten (artikel 7 lid 1 sub a AWGB). In het navolgende zal worden ingegaan op de vraag wat het criterium van de Commissie is geweest om te spreken van direct onderscheid, op welke wijze het verlies van arbeidsvermogen normalerwijs wordt vastgesteld en op het gebruik van statistische gegevens hierbij.

2. De Commissie heeft geoordeeld dat de verzekeringsmaatschappij direct onderscheid op grond van artikel 7 lid 1 sub a AWGB heeft gemaakt. Van direct onderscheid in de zin van de AWGB is sprake wanneer er onderscheid wordt gemaakt op basis van, onder meer, geslacht. Hoewel de CGB het niet expliciet aangeeft, lijkt de kwalificatie van direct onderscheid gebaseerd te zijn op artikel 1 lid 2 AWGB. Dit artikel bepaalt dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan het onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.

3. Indien een benadeelde als gevolg van een ongeval (gedeeltelijk) invalide wordt, kan er schade ontstaan als gevolg van aantasting van het vermogen om betaalde of onbetaalde arbeid te verrichten. Deze schade wordt verlies van arbeidsvermogen genoemd. Het verlies van arbeidsvermogen vormt bij ernstige letselschade meestal de grootste schadepost. Het inkomen omvat niet enkel het basissalaris. Eventuele vakantietoelagen, winstuitkeringen, bonussen, overwerktoelagen en privégebruik van een lease-auto dienen ook bij de schadeberekening in ogenschouw te worden genomen. Het relevante inkomen kan bovendien voortvloeien uit verschillende bronnen, zoals bijvoorbeeld inkomsten uit dienstverband en winst uit onderneming. Ook verlies van het vermogen om onbetaalde arbeid (huishouden, onderhoud aan huis en tuin) te verrichten wordt overigens als schade aangemerkt (zie voor richtlijnen inzake vergoeding voor verlies aan 'zelfwerkzaamheid' www.deletselschaderaad.nl).

4. De invulling van het begrip schade wordt op de persoon van de benadeelde afgestemd, doordat bij de vaststelling van de schade en bij de begroting van de omvang daarvan steeds de concrete situatie van het slachtoffer als uitgangspunt wordt genomen (S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten', *Nemesis* 2001, nr. 6, p. 179). Bij de begroting van deze schadepost gaat het om de vaststelling van het concrete verschil tussen het inkomen dat deze benadeelde zonder het letsel vermoedelijk zou hebben genoten en hetgeen hij nu nog kan verwerven. De benadeelde heeft, volgens artikel 150 Rv, hierbij te stellen en – bij betwisting – te bewijzen hoe het inkomen zich in de toekomst zou hebben ontwikkeld. Men kan hierbij gebruik maken van bijvoorbeeld inkomensgegevens ten tijde van het ongeval, cao-ontwikkelingen, opleidingsmogelijkheden en marktontwikkelingen. Aan de hand van deze gegevens kan het

beeld worden geschetst van de hypothetische inkomenssituatie als ware het ongeval niet geschied. Niettemin levert dit voor de benadeelde vaak praktische problemen op, simpelweg omdat een blik in de toekomst niet mogelijk is. Om deze reden wordt het beeld over de (redelijke verwachtingen ten aanzien van de) toekomst gebaseerd op ontwikkelingen die in het verleden een aanvang hebben genomen, terwijl het juist uiterst onzeker is of die ontwikkelingen zich in de toekomst zullen voortzetten. De Hoge Raad heeft in het arrest *Vehof/Helvetia* dan ook overwogen dat de redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen beslissend is en dat er geen strenge eisen mogen worden gesteld aan het te leveren bewijs van het verlies van arbeidsvermogen. De rechtvaardiging voor deze gedachte ligt in het feit dat het juist de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval is geweest die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in de hypothetische situatie zou zijn geschied (HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Vehof/ Helvetia*)).

5. Het verlies van arbeidsvermogen dient aldus vastgesteld te worden naar de 'redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen'. Op welke wijze dient deze rechtsregel zijn uitwerking te vinden in een situatie waarin het verlies van arbeidsvermogen van een vrouwelijke benadeelde, zoals in het onderhavige oordeel, vastgesteld moet worden? De redelijke verwachting over de eindleeftijd van het arbeidzame leven kan als eerste probleempunt worden genoemd. Bij mannen wordt in de regel uitgegaan van de pensioengerechtigde leeftijd als een redelijke verwachting over de eindleeftijd van het arbeidzame leven (S. van Veldhoven, 'Discriminatie van vrouwen bij vergoeding letselschade?', *AM* 2006, p. 40). Dit is anders wanneer bijzondere omstandigheden dit uitwijzen. De Hoge Raad heeft in het arrest *Van Sas/Interpolis* een nadere uitleg gegeven over hoe de redelijke verwachting over de eindleeftijd van het arbeidzame leven vastgesteld dient te worden. De casus betrof een vrouw die ten gevolge van een ongeval, waarvoor een verzekerde van Interpolis aansprakelijk was, een whiplash syndroom opliep. Ten tijde van het ongeval werkte zij dertien uur per week als typelerares en daarnaast volgde zij een opleiding op het gebied van informatisering. In de procedure stelde zij zich op het standpunt dat zij na voltooiing van haar opleiding twintig uur per week zou zijn gaan werken, en wel tot haar 65^{ste} levensjaar, terwijl haar die keuze nu door het ongeval was ontnomen. De rechtbank volgt deze redenering en wijst de vordering toe. Het hof daarentegen acht weliswaar aannemelijk dat de vrouw na voltooiing van de opleiding twintig uur per week zou zijn gaan werken, maar tevens dat zij dit aantal uren slechts tot haar 58^{ste} zou hebben verricht, vervolgens tot haar 62^{ste} dertien uur zou hebben gewerkt en daarna van een vervroegde pensioenregeling gebruik zou hebben gemaakt. Het hof baseert deze verwachtingen mede op statistische gegevens waaruit blijkt dat het percentage leerkrachten dat na het 58^{ste} jaar nog werkt klein is, en dat het aantal vrouwelijke leerkrachten na het 58^{ste} jaar zelfs verwaarloosbaar klein is. Het hof realiseert zich dat deze statistische gegevens enigszins verouderd kunnen zijn, maar acht dat voor het onderhavige beroep (typelerares) nauwelijks van belang, omdat er vanouds veel vrouwen in werkzaam zijn. Aan de Hoge Raad wordt de vraag voorgelegd of het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd voor de begroting van de schade. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand en oordeelt: 'Het oordeel van het hof berust (...) op de juiste rechtsopvatting dat bij het begroten van een schade als de onderhavige rekening moet worden gehouden met een redelijke verwachting over de toekomstige ontwikkelingen. Bij de beoordeling van de in dit verband van belang zijnde omstandigheden kan de rechter met het verlies van die keuzemogelijkheid weliswaar zoveel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening houden, doch (...) brengt zulks niet mee dat van de mogelijkheid voor Van Sas om tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar te blijven werken, moet

worden uitgegaan, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van Van Sas reden wordt gevonden het tegendeel aan te nemen'. (HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, r.o. 3.4 (*Van Sas/ Interpolis*)). Onder deze bijzondere omstandigheden zou bijvoorbeeld een echtscheidingssituatie of het ontbreken van man en kinderen kunnen worden verstaan (Van Veldhoven, *AM* 2006, p. 40). Daarnaast kunnen omstandigheden met betrekking tot de privésituatie van invloed zijn op de redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen. Voor de onderhavige kwestie kan hier gedacht worden aan het koesteren van een kinderwens. Wanneer de benadeelde nog geen kinderen heeft, wordt de invloed van een huwelijk en geboorte van kinderen in het algemeen niet meegenomen bij de berekening van het verlies aan arbeidsvermogen, behalve wanneer er concrete omstandigheden worden aangevoerd (Van Veldhoven, *AM* 2006, p. 40). Die concrete omstandigheden zouden zich bijvoorbeeld kunnen voordoen wanneer met de werkgever afspraken zijn gemaakt over minder werken in verband met de komst van een kind (Van Veldhoven, *AM* 2006, p. 41). In dit kader is het relevant te vermelden dat de CGB reeds in 1996 van oordeel was dat het vragen naar een kinderwens met het oog op een voor een vrouw lager uitkomende schadebegroting direct onderscheid naar geslacht ex artikel 7 lid 1 sub a AWGB oplevert (CGB 5 november 1996, 1996-90, *VR* 1998, 93).

6. In het hier besproken oordeel heeft de verzekeringsmaatschappij verklaard dat, wanneer een vrouw aangeeft een kinderwens te hebben, aan haar zal worden gevraagd hoe zij de opvang van de kinderen dan zou hebben geregeld. De verzekeringsmaatschappij vindt het redelijk om op basis van statistische gegevens (zoals CBS-gegevens) te concluderen dat de meerderheid van de vrouwen na de geboorte van hun eerste kind in de situatie zonder ongeval in deeltijd zou zijn gaan werken. Een matiging van de schadeuitkering 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, danwel haar grond vinden in de kosten voor kinderopvang die diegene dan zou hebben moeten maken. Hoewel de verzekeringsmaatschappij geen nadere uitleg geeft over hoe deze matiging precies in het werk gaat, nemen wij aan dat de redenering als volgt is. Het krijgen van kinderen kost geld: ofwel men gaat minder werken (waardoor minder inkomen wordt gegenereerd), ofwel men moet (dure) kinderopvang regelen. Deze kosten (minder inkomen omdat men ervoor kiest thuis te blijven bij de kinderen respectievelijk kosten voortvloeiend uit kinderopvang) worden afgetrokken van het schadebedrag dat de verzekeringsmaatschappij gehouden is uit te keren.

De verzekeringsmaatschappij in kwestie heeft verder verklaard dat bij mannen ook een matiging van de arbeidsvermogensschade plaatsvindt, als de man aangeeft dat hij een kinderwens heeft en dat hij minder zal gaan werken nadat het kind geboren is. De verzekeringsmaatschappij heeft aangegeven dat de ervaring leert dat dit vrijwel nooit het geval is en dat de arbeidsparticipatie van mannen nauwelijks verandert na de geboorte van een kind. Uit deze verklaring van de verzekeringsmaatschappij blijkt aldus dat een (vermoeden van een) kinderwens bij vrouwen in veel gevallen aanleiding zal zijn tot matiging, terwijl dat bij mannen zelden tot nooit het geval zal zijn.

7. Voor het aannemelijk maken van ontwikkelingen in de toekomst zijn vaak slechts in beperkte mate concrete en individuele gegevens voorhanden. De vraag rijst of, en zo ja, in welke gevallen statistische gegevens gebruikt mogen worden om de onzekerheden van ontwikkelingen in de toekomst in te vullen.

Hoewel het gebruik van statistische gegevens bij de begroting van schade door het verlies aan arbeidsvermogen volgens de CGB niet zonder meer uit den boze is, moet wel de grootst mogelijke voorzichtigheid worden betracht bij het gebruik ervan. In het onder 5 aangehaalde oordeel heeft de Commissie overwogen dat door het gebruik van alge-

mene sekse-specifieke statistische gegevens, waaruit van een geringere arbeidsparticipatie van vrouwen blijkt, vooral vrouwen benadeeld zullen worden. Van een objectieve rechtvaardiging zoals bedoeld onder artikel 2 lid 1 AWGB, was geen sprake. De CGB was van oordeel dat er sprake was van indirect onderscheid naar geslacht in de zin van artikel 1 jo. 7 lid 1 AWGB (CGB 5 november 1996, 1996-90, VR 1998, 93).

8. Zoals ook door de Commissie wordt aangegeven impliceert *concrete schadeberekening* dat niet bij voorbaat algemene – *op het verleden gebaseerde* – statistische gegevens doorslaggevend kunnen zijn, zeker niet bij de huidige verandering in de arbeidsparticipatie van vrouwen. In de eerste plaats gaat het bij de vaststelling van de omvang in beginsel om de concreet door *deze* benadeelde geleden en te lijden schade, waarmee op gespannen voet staat dat het beeld omtrent de toekomst in hoge mate aan statistische gegevens wordt ontleend (Lindenbergh, *Nemesis* 2001, p. 184). In de tweede plaats zeggen statistische gegevens vooral iets over het verleden en daarom dient men met het doortrekken van lijnen naar de toekomst bedachtzaam om te gaan. Bij de berekening van toekomstige schade wordt gebruik gemaakt van over het verleden verzamelde gegevens. De mogelijkheid bestaat dan dat gegevens waarop de schadeberekening wordt gebaseerd achterhaald zijn. Wijzigingen in de bevolkingssamenstelling en in de arbeidsparticipatie kunnen hun uitwerking hebben op de inrichting en de duur van de loopbaan. Men kan bijvoorbeeld denken aan het feit dat mensen steeds ouder worden en steeds langer, inmiddels in veel gevallen tot het 67^{ste} levensjaar, moeten doorwerken. Bovendien kunnen statistieken uit het verleden, zeker wanneer gekeken wordt naar de ontwikkeling in participatie van betaalde arbeid door (met name) vrouwen, een verkeerde prognose voor de toekomst bieden.

9. De CGB heeft in het eerder genoemde oordeel uit 1996 (VR 1998, 93) aangegeven dat statistische gegevens over arbeidsparticipatie die bij de schadeberekening worden betrokken niet die betekenis mogen hebben, dat zij telkens als uitgangspunt worden gehanteerd, waarbij van een vrouwelijke benadeelde wordt verlangd dat zij het bewijs levert van (verwachte) andere concrete omstandigheden. Men kan hieruit afleiden dat het veeleer aan de aansprakelijke (of diens verzekeraar) is om aan te geven waarom op grond van statistische gegevens moet worden aangenomen dat hetgeen de benadeelde concreet heeft gesteld niet aannemelijk is. Het is aldus niet aan de benadeelde om te beargumenteren dat zij afwijkt van de statistieken, maar aan de aansprakelijke om te onderbouwen waarom de benadeelde in het concrete geval niet zou afwijken van die statistieken. Hierin past dat de CGB in 2004 heeft overwogen dat een verzekeraar in strijd met de AWGB handelt wanneer een schadeberekening (mede) is gebaseerd op statistieken waaruit een afname van arbeidsparticipatie van vrouwen zou blijken, tenzij de verzekeraar bewijst dat statistieken geen rol hebben gespeeld bij de beperking van de schadevergoeding (CGB 1 april 2004, 2004-37).

10. In de verklaring van de verzekeraar in de onderhavige zaak lijkt daarnaast een ander discriminerend aspect verborgen te liggen. Immers, zij heeft verklaard dat wanneer de vrouwelijke benadeelde aangeeft een kind te hebben, de verzekeringsmaatschappij vrijwel standaard op basis van statistische gegevens zal stellen dat de vrouw minder zal gaan werken. Wanneer de man aangeeft een kind te hebben, zal slechts sprake zijn van matiging van het schadebedrag wanneer *hijzelf* aangeeft minder te werken na de komst van het kind. Niet enkel het gebruik van statistische gegevens zou derhalve (indirect) onderscheid kunnen opleveren, door de werkwijze - bij vrouwen

standaardgebruik statistieken, bij mannen niet - kan dit (direct) onderscheid doen vermoeden.

11. Deze uitspraak is in lijn met de stringente jurisprudentie van de CGB. In navolging op het verbod tot het vragen naar een kinderwens, is ook een matiging in het licht van een hypothetische kinderwens niet toegestaan. Daarnaast heeft de Commissie aangegeven dat het gebruik van statistieken in beginsel toegestaan is, mits deze niet in het nadeel van vrouwen uitvallen en de gegevens aansluiten bij de huidige en verwachte ontwikkelingen. De verzekeraar dient te onderbouwen waarom een beroep op statistische gegevens in het concrete geval aangewezen is. Het gebruik van statistische gegevens zal waarschijnlijk in veel gevallen struikelen over de dubbele toetsingsmaatstaf (de statistische gegevens mogen niet in het nadeel van vrouwen uitvallen én de gegevens dienen aan te sluiten bij de huidige en verwachte ontwikkelingen) of over de (zware) argumenteerlast die op de verzekeraar rust.

Gezien het feit dat de burgerlijke rechter de uitspraken van de CGB reeds meerdere keren heeft meegenomen in haar beoordeling (zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 24 maart 2003, *LJN AO7874* betreffende discriminatie bij het toekennen van pensioenkorting of Rb. Amsterdam 22 september 2007, *LJN BB2290* betreffende discriminatie bij een ontslagbesluit), zal deze uitspraak haar uitwerking hebben op de gehele letselschadepraktijk. Het is naar onze mening een positieve ontwikkeling dat discriminatie op grond van geslacht zoveel mogelijk ingedamd wordt. Deze uitspraak kan dan ook gezien worden als een veelbelovende verruiming van de reeds ingezette lijn van jurisprudentie op het gebied van discriminatie op grond van geslacht.