

Rechtbank Maastricht 26 oktober 2011, nr. HA RK 11-88, LJN BU7197 (mr. J.F.W. Huinen, mr. T.A.J.M. Provaas en mr. E.J.M. Driessen)

Noot I. van der Zalm

### **Overlijdensschade. Schadeberekening. Inkomensschade.**

[BW art. 6:108]

### **Samenvatting**

De echtgenoot van de verzoekster is zowel in 1998 als in 2006 slachtoffer geweest van een medische fout, gemaakt in het academisch ziekenhuis Maastricht; de aansprakelijkheid voor de twee fouten is door het AZM erkend. In 1998 is er ten onrechte een nier verwijderd (eerste kunstfout), als gevolg waarvan meneer arbeidsongeschikt is geworden en aangewezen was op een WAO-uitkering. In 2006 is er te laat ingegrepen naar aanleiding van een zogenaamde blindedarm ileus (tweede kunstfout), als gevolg waarvan meneer is overleden. Na het overlijden van meneer hebben het AZM en verzoekster (als erfgenaam) in 2009 met betrekking tot de eerste kunstfout een vaststellingsovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst strekt tot het betalen van € 54.500,- aan verzoekster, waarvan € 30.000,- als vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen van meneer. Deze vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van de eerste kunstfout ziet op de periode tussen de eerste en de tweede kunstfout (1998-2006); op het moment van sluiten van deze overeenkomst is bekend dat meneer inmiddels is komen te overlijden als gevolg van de tweede kunstfout. De in deze uitspraak centraal staande vraag is welk inkomen er als uitgangspunt dient te worden genomen om de schadevergoeding als gevolg van het overlijden voor de nabestaande te berekenen.

### **Noot**

1.

De in bovenstaande uitspraak centraal staande vraag is welk inkomen er als uitgangspunt dient te worden genomen om de schadevergoeding als gevolg van het overlijden voor de nabestaande te berekenen. In deze noot zullen hieronder eerst de belangrijke feiten uit de uitspraak worden besproken, waarna (kort) de berekening van overlijdensschade wordt weergegeven, om het belang van het inkomen van de overledene aan te geven. Vervolgens zal worden ingegaan op het oordeel van de rechtbank, waarbij ook het belang van het tijdstip van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst aan bod komt.

2. Feiten

Het gaat in de hier te bespreken zaak om het berekenen van de schadevergoeding als gevolg van het overlijden na een medische fout. De echtgenoot van de verzoekster is zowel op 23 juli 1998 als op 19 februari 2006 slachtoffer geweest van een medische fout, gemaakt in het academisch ziekenhuis Maastricht (hierna: AZM); de aansprakelijkheid voor de twee fouten is door het AZM erkend. In 1998 is er ten onrechte een nier verwijderd (hierna: eerste kunstfout), als gevolg waarvan meneer arbeidsongeschikt is geworden en aangewezen was op een WAO-uitkering. In 2006 is er te laat ingegrepen naar aanleiding van een zogenaamde blindedarm ileus (hierna: tweede kunstfout), als gevolg waarvan meneer is overleden. Na het overlijden van meneer hebben het AZM en verzoekster (als erfgenaam) in 2009 met betrekking tot de eerste kunstfout een vaststellingsovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst strekt tot het betalen van € 54.500,- aan verzoekster, waarvan € 30.000,- als vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen van meneer. Deze vergoeding voor het

verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van de eerste kunstfout ziet op de periode tussen de eerste en de tweede kunstfout (1998-2006);<sup>1</sup> op het moment van sluiten van deze overeenkomst is bekend dat meneer inmiddels is komen te overlijden als gevolg van de tweede kunstfout.

### 3. Berekenen overlijdensschade

Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is overlijdt, is die ander verplicht tot vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud, zo luidt de aanhef van art. 6:108 lid 1 BW. De werkelijke schade komt dus niet voor vergoeding in aanmerking, het recht op schadevergoeding is beperkt tot de derving van levensonderhoud (daarnaast komen ook de kosten van lijkbezorging voor vergoeding in aanmerking, maar dat blijft hier buiten beschouwing). Om het gederfde levensonderhoud te kunnen berekenen, dient eerst de behoefte te worden vastgesteld (wat hebben de nabestaanden nodig om in het levensonderhoud te kunnen voorzien?) om vervolgens de behoefte te kunnen bepalen (het tekort; de schade). Bij het bepalen van de behoefte geldt als vertrekpunt de levensstandaard in de situatie zonder het overlijden en hoe deze zich in de toekomst zou hebben ontwikkeld. Zowel het gederfde levensonderhoud in natura (het voorzien in de huishouding) als in financiële zin komt voor vergoeding in aanmerking. In deze noot zal alleen de berekening van het gederfde levensonderhoud in financiële zin besproken worden, aangezien het daar in bovenstaande uitspraak over gaat.

### 4. Derving van levensonderhoud in financiële zin

Bij het berekenen van het gederfde levensonderhoud in financiële zin is het gezinsinkomen van belang; alle inkomensbestanddelen die ervoor zorgen dat gezinsleden een bepaalde levensstandaard hebben dienen in de berekening te worden betrokken. Om de behoefte te kunnen bepalen dient te worden onderzocht wat het gezinsinkomen zonder het overlijden zou zijn en hoe zich dat in de toekomst (vermoedelijk) zou hebben ontwikkeld (zie hierover ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\*, nr. 164 en J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 224 e.v.). Hierbij zal dus rekening moeten worden gehouden met carrière perspectieven, zowel van de overledene als van de nabestaanden (HR 19 november 1943, *NJ* 1944, 21). Ook indien de overledene op een bepaald moment geen inkomsten meer zou verwerven, dient hiermee rekening te worden gehouden (HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 609).

Bij de berekening van de schadevergoeding zal de gehele financiële positie van de nabestaanden, alle inkomsten en uitgaven, op tafel moeten. Dit is veelal erg belastend voor de nabestaanden en daarnaast ook erg tijdrovend. Wanneer het totale gezinsinkomen zonder ongeval bekend is, dienen de vaste en variabele lasten te worden bepaald. Vaste lasten zullen na het ongeval ongeveer gelijk blijven; deze staan in het algemeen niet in verband met de gezinssamenstelling. De variabele lasten zullen wel wijzigen; de overledene valt hierbij weg, waardoor de variabele lasten af zullen nemen. Om het voor de nabestaanden minder belastend (en het uitzoekwerk minder tijdrovend) te maken, wordt er in de praktijk vaak ook wel gebruik gemaakt van de cijfers van het NIBUD (bijvoorbeeld van de referentiebudgetten voor het berekenen van de vaste lasten).

### 5.

Aangezien elk gezinslid een eigen vorderingsrecht heeft, is het van belang dat er een verdeling van het gezinsinkomen plaats vindt (het verdelen van de vaste en variabele lasten), om zo te berekenen tot welk bedrag de verschillende gezinsleden een

---

<sup>1</sup> Dit blijkt niet met zoveel woorden uit de in de uitspraak van de rechtbank weergegeven delen uit de vaststellingsovereenkomst, maar uit de overwegingen van de rechtbank (Rb. Maastricht 26 oktober 2011, *LJN* BU7196, rov. 3.4).

vorderingsrecht hebben. Uitgangspunt is dat het aandeel in de vaste lasten van de overgebleven ouder het dubbele bedraagt van die van een kind, tenzij de omstandigheden aanleiding geven tot een andere verdeling (verdeling van 2:1; HR 21 februari 1992, NJ 1992, 339 (Reinders/Delta Lloyd)). Bij de verdeling van de vaste lasten wordt de overledene niet meegenomen, omdat het uitgangspunt is dat de lasten niet zullen afnemen als gevolg van het overlijden. Om de variabele lasten aan de gezinsleden toe te delen wordt tegenwoordig nog steeds gebruik gemaakt van de – enigszins aangepaste; de man en vrouw zijn gelijkgesteld – Amsterdamse schaal uit 1917 (zie hierover bijvoorbeeld L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 125). Hierbij wordt gewerkt met vaste percentages. Deze schaal wordt ook wel ‘de aardappelschaal’ genoemd, aangezien de percentages gebaseerd zijn op het aantal aardappels dat werd gegeten door de verschillende gezinsleden. Uitgangspunt is dat volwassenen meer consumeren dan kinderen en dus ook een groter aandeel in de variabele lasten hebben. Wanneer de behoefte van de nabestaanden bekend is (in de hypothetische situatie zonder overlijden) dient deze verminderd te worden met het inkomen van de nabestaanden in de situatie met het overlijden. Wat overblijft is het tekort (de behoefte; de schade), hetgeen de nabestaanden nodig hebben om in levensonderhoud te kunnen voorzien; het gederfde levensonderhoud in financiële zin. Deze schade kan per jaar verschillen, aangezien het afhankelijk is van onder andere een wijziging in de lasten en toekomstige (hypothetische) inkomenswijzigingen (van zowel de nabestaande als de overledene). Het lijkt een logische berekening, maar op diverse punten biedt zij aanleiding tot discussie (zie hierover I. van der Zalm, ‘Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is. Tijd voor een heroverweging in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen?’, in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67). Kortom: het inkomen van de overledene is dus van belang om het gezinsinkomen, en daarmee uiteindelijk de behoefte van de nabestaanden, te bepalen.

#### 6. Oordeel rechtbank

Verzoekster stelt dat als uitgangspunt voor het berekenen van de overlijdensschade (als gevolg van de tweede kunstfout) heeft te gelden het inkomen dat als uitgangspunt is genomen bij het berekenen van de letselschade (als gevolg van de eerste kunstfout), wat volgens verzoekster neer zou komen op het zogenaamde WAO-dagloon. Het AZM stelt daarentegen dat de WAO-uitkering, het inkomen na de eerste kunstfout, als uitgangspunt heeft te gelden. De rechtbank overweegt eerst dat de twee kunstfouten ieder op zich moeten worden beoordeeld. Er is geen causaal verband tussen de twee kunstfouten en de casus kan vergeleken worden met die waarin meneer in een ander ziekenhuis dan het AZM slachtoffer zou zijn geworden van de eerste kunstfout, aldus de rechtbank. Vervolgens oordeelt de rechtbank over het inkomen dat voor het berekenen van de overlijdensschade als uitgangspunt dient te worden genomen, dat geen van de ingenomen standpunten de juiste is, maar dat er naast de WAO-uitkering (feitelijk inkomen vóór overlijden) ook rekening dient te worden gehouden met de inhoud van de vaststellingsovereenkomst. Het bedrag van €30.000,- als vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van de eerste kunstfout ziet op de periode tussen de eerste en de tweede kunstfout (1998-2006) en dient dus gedeeld te worden door het aantal maanden in die periode en bij de WAO-uitkering te worden opgeteld.

#### 7. Inkomen voor overlijden en hypothetisch inkomen na overlijden

Het uitgangspunt bij het berekenen van de schade als gevolg van de eerste kunstfout is inderdaad bij het berekenen van de overlijdensschade niet van belang, dit in tegenstelling tot wat verzoekster stelt. Dit is namelijk niet de situatie voor overlijden (tweede kunstfout), maar de situatie voor de eerste kunstfout, welke los staat van de tweede kunstfout. Ook het enkel als uitgangspunt nemen van de feitelijke situatie van voor de tweede kunstfout, alleen de WAO-uitkering als inkomen, is geen juist uitgangspunt, hier is immers de vergoeding voor

het verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van de eerste kunstfout nog niet in verwerkt (welke wel ziet op de periode van voor het overlijden). De rechtbank oordeelt mijns inziens dus juist door zowel het feitelijk inkomen (WAO-uitkering), als de vergoeding als gevolg van de eerste kunstfout in het inkomen van voor het overlijden te betrekken. Het maakt daarbij niet uit dat de twee kunstfouten door hetzelfde ziekenhuis zijn gemaakt, de casus kan inderdaad (zoals de rechtbank overweegt) worden vergeleken met het geval waarin de eerste kunstfout door een ander ziekenhuis dan het AZM zou zijn gemaakt. Wel zou dit gevolgen kunnen hebben voor de omvang van de door AZM te betalen schadevergoeding als gevolg van de tweede kunstfout, met name wanneer de vaststellingsovereenkomst eerder na de eerste kunstfout (voor de tweede kunstfout) zou zijn gesloten.

8.

Indien de schadevergoeding als gevolg van de eerste kunstfout (1998) namelijk eerder (voor 2006, tweede kunstfout) in een vaststellingsovereenkomst zou zijn vastgelegd, zou deze schadevergoeding vermoedelijk hoger zijn uitgevallen. De inkomensschade als gevolg van de eerste kunstfout zou dan niet alleen betrekking hebben op de periode tussen de eerste en de tweede kunstfout (1998-2006), maar ook op de periode van na 2006. Indien meneer vervolgens, na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst (wanneer deze zou zijn gesloten voor 2006), zou zijn overleden, zou de overlijdensschade lager uit zijn gekomen. Het inkomen van voor overlijden zou dan, net als het hier te bespreken geval, bestaan uit de WAO-uitkering en het deel van de vergoeding voor de inkomensschade als gevolg van de eerste kunstfout, maar het inkomen na overlijden zou dan ook deels uit een (in dat geval voor het overlijden vastgestelde) vergoeding voor de inkomensschade als gevolg van de eerste kunstfout bestaan, in tegenstelling tot in het hier te bespreken geval.

Nu bij het vaststellen van de inkomensschade als gevolg van de eerste kunstfout rekening is gehouden met het overlijden (het overlijden was op het moment van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst bekend) en alleen een vergoeding voor de periode 1998-2006 is toegekend, heeft dit als gevolg voor de overlijdensschade dat de behoefte (het tekort aan inkomen en dus de schade) van verzoekster waarschijnlijk groter is dan wanneer de vaststellingsovereenkomst voor het overlijden zou zijn gesloten.

9.

Nu zowel de eerste als de tweede kunstfout door het AZM is gemaakt, maakt dit uiteindelijk niet uit. Dit zou anders zijn wanneer de kunstfouten door twee verschillende partijen gemaakt zouden zijn en de vaststellingsovereenkomst die ziet op de eerste kunstfout, zoals nu, na het overlijden zou zijn gesloten. Er is dan bij het bepalen van de vergoeding van de inkomensschade rekening gehouden met het overlijden als gevolg van de tweede kunstfout, waardoor de schadevergoeding als gevolg van de tweede kunstfout hoger uitvalt. Gesteld zou kunnen worden dat in dat geval de partij die de eerste fout gemaakt heeft 'voordeel' heeft van de tweede fout en van het pas 'later regelen' van de schade; de schadevergoeding als gevolg van de eerste kunstfout zou anders (zonder de tweede kunstfout) vermoedelijk hoger zijn uitgevallen.

In de hier voorliggende situatie is overigens geen sprake van een voordeel, het pas na de tweede kunstfout vaststellen van de schade als gevolg van de eerste kunstfout (die als gevolg van de tweede kunstfout lager is) komt alsnog voor rekening van het AZM, aangezien de schadevergoeding als gevolg van de tweede kunstfout nu hoger uit zal komen. Bij het berekenen van deze schadevergoeding als gevolg van het overlijden gaat, zoals besproken, het standpunt van AZM dat alleen het WAO-dagloon van voor het overlijden als uitgangspunt dient te worden genomen niet op. Het gehele inkomen van voor het overlijden dient als uitgangspunt te worden genomen, namelijk het WAO-dagloon en de vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van de eerste kunstfout. Zo heeft AZM uiteindelijk geen 'voordeel' van het pas na de tweede kunstfout 'regelen' van de schadevergoeding als gevolg van de eerste kunstfout.

I. van der Zalm  
Wetenschappelijk docent Erasmus Universiteit Rotterdam