

Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht

Over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen door letsel

NTBR 2015/39

Hoe moet in geval van schadevergoeding wegens letsel bij de vaststelling van toekomstverwachtingen omgegaan worden met iemands geslacht, nationaliteit of ras? Bij inschatting van die toekomstverwachtingen wordt vaak gebruikgemaakt van statistieken waarin dergelijke kenmerken verborgen liggen. Hier lijkt sprake van een spanning tussen concrete schadeberekening en het verbod van discriminatie. Deze bijdrage verkent welke denkrichtingen de (buitenlandse) literatuur biedt en bevat een vergelijking met de gelijkheidsdiscussie in het pensioenrecht. Die informatie brengt ons tot een voorkeur voor het gebruik van sekse-neutrale gegevens bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen als gevolg van letsel.

1. Inleiding

Letselschade vergoeden betekent in veel gevallen inschattingen maken: inschattingen ten aanzien van de toekomst van het slachtoffer, maar vooral ten aanzien van diens 'verloren toekomst'.² Het 'beredeneerd schatten' van de gevolgen van letsel voor een individuele getroffen persoon geschiedt vaak aan de hand van specifieke aanknopingspunten, maar hoe minder aanknopingspunten er zijn en hoe dieper er in de toekomst moet worden gekeken, hoe minder men daarop kan terugvallen. Wat men in dat geval als het meest aannemelijke scenario ziet, baseert men niet zelden op 'statistische verwachtingen', bijvoorbeeld ten aanzien van arbeidsparticipatie. In statistieken kunnen evenwel verbanden besloten liggen tussen arbeidsparticipatie en factoren als geslacht, ras, leeftijd etc. De vraag rijst of op basis van dergelijke factoren toekomstverwachtingen ten aanzien van individuele slachtoffers mogen worden gevormd, of dat dit botst met het discriminatieverbod.

Naast de regels van het schadevergoedingsrecht moet bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen immers rekening worden gehouden met gelijkebehandelingswetgeving. De zaak van het meisje Esra Coskun, waarover het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) in augustus 2014 oordeelde, legt op pijnlijke wijze bloot hoe het gebruik van bepaalde statistieken kan leiden tot het han-

teren van discriminatoire aannames bij de vaststelling van deze schadepost.³ Esra Coskun raakte op 10-jarige leeftijd betrokken bij een ernstig verkeersongeval, als gevolg waarvan zij ernstig en blijvend hersenletsel heeft opgelopen. Bij het vaststellen van het verlies van verdienvermogen gingen haar belangenbehartigers uit van een functie als kapster die zij fulltime en tot haar 67^e zou vervullen. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de betrokken motorrijder beriep zich daarentegen op statistieken waaruit blijkt dat vrouwen in die functie, met het krijgen van kinderen, de arbeidsmarkt doorgaans een aantal jaren verlaten om vervolgens nog slechts parttime te werken. Op grond daarvan nam de verzekeraar tot uitgangspunt dat Esra van haar 27^e tot en met haar 36^e jaar niet zou hebben gewerkt, en daarna 50%. Wordt hier door de verzekeraar verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht?

In een deelgeschil oordeelt de Rechtbank Den Haag dat zij, rekening houdend met de beschikbare statistische gegevens en de persoonlijke omstandigheden van Esra, dient te schatten hoe haar leven er, het ongeval weggedacht, zou hebben uitgezien. Daarbij is het volgens de rechtbank onvermijdelijk dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat zij een vrouw is, maar dit maakt – aldus de rechtbank – nog niet dat de aannames daarmee discriminerend zijn.⁴ Het College oordeelde daarentegen dat de verzekeraar met het hanteren van het uitgangspunt dat Esra, met het krijgen van kinderen, de arbeidsmarkt een aantal jaren zou hebben verlaten om vervolgens nog slechts parttime te werken direct verboden onderscheid op grond van geslacht maakt, nu het College het niet aannemelijk vindt dat dit uitgangspunt ook wordt gehanteerd bij de berekening van het verlies van het verdienvermogen van een man.⁵ Deze zaak suggereert een spanningsveld tussen de regels en de praktijk van het Nederlandse schadevergoedingsrecht enerzijds, en gelijkebehandelingswetgeving anderzijds. Bestaat er inderdaad een spanningsveld tussen de beginselen van concrete en volledige schadevergoeding, die aan ons schadevergoedingsrecht ten grondslag liggen, en het uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende discriminatieverbod? Hoe brengt de wijze van schadeberekening partijen in een situatie waarin het gelijkheidsbeginsel in het gedrang komt? En hoe moet of kan dit dan worden vermeden?

1 Citeerwijze: E.S. Engelhard, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht', *NTBR* 2015/39, afl. 9. Mw. mr. E.S. (Evelien) Engelhard en mr. M.R. (Marnix) Hebly zijn promovendi aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Prof. mr. S.D. (Siewert) Lindenbergh is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Zie over de vergoeding van toekomstige personenschade uitgebreid R.Ph. Elzas, 'Toekomstige personenschade', *Het Verzekerings-Archief* 2015-2, p. 57-78.

3 College voor de Rechten van de Mens, 19-08-2014, oordeel 2014-97.

4 Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276. Zie over deze uitspraak

J.C.J. Dute, annotatie bij: Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, *JA* 2013/171; R.A. Hebly, annotatie bij: Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, *L&S* 2013, nr. 214; M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/17, afl. 5/6 en Ch.H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', *AV&S* 2015/19, afl. 4, p. 114-125.

5 Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, r.o. 3.11.

Deze problematiek is niet aan landsgrenzen gebonden: de discussie is elders al eerder op gang gekomen (zie paragraaf 3). Daaruit blijkt dat er verschillende manieren zijn om meer betekenis aan het gelijkheidsbeginsel toe te kennen binnen het personenschaderecht. Twee vragen kunnen in dit verband van elkaar worden onderscheiden: hoe moeten gegevens en statistieken worden *gelezen* en *begrepen*, en vervolgens, hoe moet bij de berekening van verlies van verdienvermogen worden omgegaan met de informatie die men daaruit heeft afgeleid? Ten aanzien van de eerste vraag komt het er voor juristen op aan om zich rekenschap te geven van wat gegevens en statistieken zeggen (of soms juist *niet* zeggen) over een bepaalde populatie en de daarin bestudeerde elementen, en van de vraag in hoeverre statistische gegevens over een bepaalde populatie ook iets zeggen over de kansen van een individu dat tot die populatie behoort (deductie).⁶

Wij zullen in het kader van deze bijdrage ingaan op de tweede, meer normatieve vraag, omdat ten aanzien hiervan het gelijkheidsbeginsel een rol kan spelen. Daartoe volgt hierna eerst een uiteenzetting van het relevante juridisch kader met betrekking tot bewijs van verlies van verdienvermogen en (voor het privaatrecht relevante) gelijkebehandelingswetgeving, waarna het spanningsveld tussen beide nader wordt geanalyseerd. Vervolgens worden drie uit (internationale) literatuur gedestilleerde benaderingen besproken ten aanzien van de onderhavige problematiek. Daarna zal de – met deze problematiek enigszins vergelijkbare – discussie die met betrekking tot het pensioenrecht speelde, worden beschreven, ter illustratie van de wijze waarop de invloed van het gelijkheidsbeginsel het recht kan veranderen.

2. Juridisch kader

2.1 *Verlies van verdienvermogen als bewijsprobleem van de benadeelde*

De schade die het slachtoffer als gevolg van een bepaalde gebeurtenis heeft geleden dient in beginsel volledig te worden vergoed.⁷ Men dient daartoe zo goed mogelijk de werkelijk geleden en te lijden schade te begroten.⁸ Het gaat erom het slachtoffer zoveel mogelijk financieel in de situatie te brengen waarin het zou hebben verkeerd zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Het uitgangspunt dat schade volledig moet worden vergoed en concreet moet worden berekend, leidt tot een noodzakelijke vergelijking tussen de ‘situatie met’ en de ‘situatie zonder’ de schade-toebrengende gebeurtenis.⁹ Ten aanzien van het verlies van verdienvermogen – dat qua omvang doorgaans tot de grootste schadeposten kan worden gerekend – komt het erop neer eerst na te gaan welk inkomen het slachtoffer zonder het ongeval zou hebben gehad, om daar vervolgens het in-

komen van af te trekken dat het na het schadegebeuren nog (zal) geniet(en). Het verschil tussen beide vormt immers het te vergoeden verlies.

Wanneer letsel blijvende gevolgen heeft voor het arbeidzame leven van het slachtoffer, dan zal het nooit meer in de positie komen die gelijk is aan de ‘situatie zonder’ ongeval, zodat die situatie per definitie hypothetisch is. Maar de vraag hoe het leven mét het letsel zich in de toekomst zal gaan ontwikkelen laat zich, nu het de toekomst betreft, evenmin met zekerheid beantwoorden. Het antwoord op die vraag is voornamelijk van belang wanneer men – zoals in de regel het geval is – met de betaling van een bedrag ineens (als alternatief voor periodieke uitkering, op grond van art. 6:105 lid 1 BW) de zaak probeert af te sluiten. Ten aanzien van beide situaties gaat het dan om ‘professioneel koffiedikkijken’ op het tijdstip van begroten: men moet vergaande prognoses omtrent de toekomst én omtrent de ontwikkelingen in een hypothetische situatie maken.¹⁰

In personenschadezaken is de omvang van het verlies van verdienvermogen daarom een lastig bewijsprobleem. De Hoge Raad overwoog in *Vehoff/Helvetia* dat aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot dit bewijs: het is immers de veroorzaker die de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen over wat ‘in de hypothetische situatie zou zijn geschied’.¹¹ Dit houdt evenwel niet in dat er door het slachtoffer geen bewijs hoeft te worden geleverd: op de benadeelde partij rust conform art. 150 Rv de bewijslast ten aanzien van de omvang van de vordering tot schadevergoeding gebaseerd op verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid. Daarbij geldt dat een gemotiveerde ontkenning van de gestelde hypothetische situatie door de aangesproken partij niet kan worden aangemerkt als een stelling waarvan de bewijslast op de aangesprokene rust.¹² Zo overwoog het Hof Amsterdam, ten aanzien van een 16-jarige ‘voetballer in de dop’ die schadevergoeding vorderde wegens het verlies van een carrière als betaald voetballer of als topamateur, dat het aan het slachtoffer was om, mede gelet op de betwisting door de verzekeraar, voldoende feiten te stellen die een zodanige verwachting konden rechtvaardigen.¹³

In het arrest *Van Sas/Interpolis* speelde de vraag of het slachtoffer, een 46 jaar oude, heringetreden lerares die 13 uren per week onderwijs gaf in steno en typen en die een cursus volgde in computerkunde en automatisering, in de situatie zonder ongeval tot haar 65ste jaar haar beroep zou hebben uitgeoefend. Erg waarschijnlijk werd dat niet gevonden, omdat het aantal vrouwen met een baan in het onderwijs dat tot het 65^e jaar blijft werken en geen gebruikmaakt van de mogelijkheid om eerder uit te treden volgens statistische gegevens verwaarloosbaar klein zou zijn. Zou dit slachtoffer

6 Vgl. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. KUB), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 187-192. Zie ook T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005/27, afl. 5, p. 159-168.

7 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 14 en 31 en Lindenbergh, *Mon. BW* B-34, nr. 11.

8 Zo volgt ook uit HR 30 november 2007, *RvdW* 2007/1025.

9 Zie daarover Lindenbergh & Van der Zalm, *Mon. BW* B37, nr. 19, 20 en 21.

10 Zie T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005/27, afl. 5, p. 159-168 en S.D. Lindenbergh, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013, p. 8.

11 HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/624, r.o. 3.5.2 (*Vehoff/Helvetia*).

12 HR 13 december 2002, *NJ* 2003/212, r.o. 3.6.1.

13 Hof Amsterdam 5 oktober 2006, *NJF* 2006/622. Zie in gelijklopende zin over de geldende bewijslast Rb. Zwolle-Lelystad 16 april 2008, *JA* 2008/156.

van die mogelijkheid wel of geen gebruik hebben gemaakt? De Hoge Raad overweegt dat de rechter met het verlies van een voorheen bestaande keuzemogelijkheid zo veel mogelijk in het voordeel van de benadeelde rekening kan houden, maar dat dat niet zo ver gaat dat moet worden uitgegaan van het vermoeden dat de keuzemogelijkheid ook zou zijn gerealiseerd, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer reden wordt gevonden het tegendeel aan te nemen.¹⁴ Maatgevend blijft dus wat, na afweging van goede en kwade kansen, naar redelijke verwachting de loopbaan van het slachtoffer zou zijn geweest, en men kan niet louter de goede kansen aan het slachtoffer toerekenen. Het arrest maakt duidelijk dat bij het bepalen van wat een redelijke verwachting is statistische gegevens een rol kunnen spelen. Het gebruik van statistische gegevens ter onderbouwing (of ter betwisting) van gestelde toekomstscenario's is dan ook niet ongebruikelijk; discussies betreffen daarbij doorgaans de vraag welke statistische gegevens en welke factoren zeggingskracht hebben in het concrete geval.¹⁵

2.2 De rol van het discriminatieverbod in de vaststelling van verlies van verdienvermogen

De vaststelling van het verlies van verdienvermogen dient niet alleen plaats te vinden volgens de regels van het schadevergoedingsrecht; evengoed moet worden voldaan aan de regels inzake gelijke behandeling. In dat verband is relevant dat artikel 1 van de Grondwet een algemeen discriminatieverbod behelst. Ook verscheidene internationale verdragen en Europese richtlijnen, waaronder het EVRM (artikel 14), het EU-handvest (artikel 21) en het VN Vrouwenverdrag, kennen een (algemeen) discriminatieverbod. Het verbod wordt uitgewerkt in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb). Artikel 7 lid 1 aanhef en onder a Awgb verbiedt het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Dit artikel is van toepassing op de afwikkeling van letselschade, zowel in de situatie waarin een letselschadeslachtoffer 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.¹⁶ Ook Richtlijn 2004/113/EG is van betekenis voor de afwikkeling van letselschade; daarin is vastgelegd dat het gebruik van geslacht als factor bij de berekening van verzekeringspremies en uitkeringen niet mag resulteren in verschillen tussen de verzekeringspremies en uitkeringen van individuen.¹⁷

De Awgb noemt twee typen onderscheid: direct en indirect onderscheid. Van direct onderscheid is sprake als een verschil in behandeling direct is gekoppeld aan een discriminatiegrond, zoals geslacht. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een jongeman de toegang tot een discotheek wordt ontzegd vanwege zijn (Marokkaanse) afkomst. Behoudens enkele wettelijke uitzonderingen is het maken van direct onderscheid verboden. Indirect onderscheid ziet op situaties waarin onderscheid op grond van neutrale criteria die niet aan geslacht refereren, onderscheid op grond van geslacht oplevert omdat ofwel vrouwen ofwel mannen door toepassing van die criteria nadelig worden getroffen. Een voorbeeld van een dergelijk criterium is lengte; vrouwen zijn immers gemiddeld kleiner dan mannen. Indirect onderscheid is volgens artikel 2 Awgb in beginsel verboden, tenzij het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en het een passend en noodzakelijk middel is om dat doel te bereiken.

Vóór de 'Esra-zaak' had het College zich driemaal eerder uitgesproken over de vraag of in een concreet geval verboden onderscheid op grond van geslacht jegens het letselschadeslachtoffer werd gemaakt, op grond van een veronderstelde kinderwens en het gebruik van statistische gegevens. In 1996 oordeelde het College dat verboden onderscheid werd gemaakt jegens een vrouw door haar enerzijds vragen te stellen over haar kinderwens en deze vraag niet aan mannen voor te leggen, en anderzijds de schadeberekening (mede) te baseren op statistische gegevens over de arbeidsparticipatie in het algemeen zonder te expliciteren dat – en waarom – deze gegevens op dit concrete geval konden worden toegepast.¹⁸ In 2004 leidde het gebruik van statistieken, waaruit de afnemende arbeidsparticipatie van vrouwen na hun 55^e levensjaar bleek, bij de schadeberekening volgens het College tevens tot verboden onderscheid op grond van geslacht.¹⁹ Tot slot oordeelde het College in 2009 dat door een verzekeraar verboden onderscheid op grond van geslacht werd gemaakt jegens een vrouw door het schadebedrag te matigen wegens een (slechts veronderstelde) kinderwens. Daarnaast stelde de verzekeraar dat statistieken betreffende veranderende arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen na het krijgen van hun eerste kind bij vrouwen vaak, maar bij mannen zelden tot nooit zullen leiden tot matiging van het schadebedrag wegens (het vermoeden van) een kinderwens.²⁰

2.3 Spanningsveld tussen 'concreet' schade vaststellen en gelijk behandelen?

Uit het arrest *Van Sas/Interpolis* kan worden afgeleid dat de rechter zich, bij het vormen van een redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen, op statistische gegevens mag baseren die zien op – in dit geval – arbeidsparticipatie van bepaalde groepen. Ook hier heeft het College zich over uitgelaten: het gebruik van statistieken bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen is volgens het College een neutraal criterium, tenzij het gebruik daarvan voor met

14 HR 14 januari 2000, NJ 2000/437, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/Interpolis*), r.o. 3.4.
 15 T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', AV&S 2005/27, afl. 5, p. 159-168.
 16 Zo blijkt uit een verkennend onderzoek van het College (toen nog onder de naam Commissie Gelijke Behandeling, die per 2 oktober 2012 is opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens) naar onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade: Commissie Gelijke Behandeling, *Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek*, 2012.
 17 Opgenomen in art. 5 lid 1 van Richtlijn 2004/113/EG.

18 Commissie Gelijke Behandeling 5 november 1996, oordeel 1996-90.
 19 College Gelijke Behandeling 1 april 2004, oordeel 2004-37.
 20 Commissie Gelijke Behandeling 1 december 2009, oordeel 2009-117, m.nt. A.S. Oude Hergelink en S.D. Lindenbergh.

name mannen of vrouwen nadeel oplevert. In dat geval leidt het gebruik van statistische gegevens tot verboden indirect onderscheid op grond van geslacht, zoals in het eerste oordeel van het College aan de orde was.²¹ Het gebruiken van statistische gegevens is volgens het College een geschikt middel om tegemoet te komen aan de noodzaak om uitspraken te doen over de vermoedelijke inkomensontwikkeling zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, wanneer die gegevens voldoen aan eisen van relevantie, kwaliteit en actualiteit en als deze worden gerelateerd aan de individuele omstandigheden van het slachtoffer.

Het spanningsveld ontstaat daar waar statistische gegevens handvatten aanreiken om aan de redelijke toekomstverwachtingen (enige) invulling te geven, maar waar diezelfde statistische gegevens duidelijk maken dat bijvoorbeeld een factor als geslacht een verschil in die verwachtingen met zich brengt. Mag men in de schadeberekening een factor als geslacht mee laten wegen, wanneer uit statistische gegevens bijvoorbeeld wordt afgeleid dat de arbeidsparticipatie tussen mannen en vrouwen verschilt? Stuur het beginsel van volledige vergoeding van concreet berekende schade in een dergelijk geval aan op het hanteren van discriminatoire aannames? Verlies van verdienvermogen wordt weliswaar concreet berekend – en dus wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met individuele omstandigheden van de benadeelde – maar waar het de toekomst betreft draait het om wat in het specifieke geval als een redelijke verwachting heeft te gelden.

Statistische gegevens en veronderstellingen kunnen bij de vorming hiervan een rol spelen, maar daarmee ontstaat de enigszins tegenstrijdige situatie waarin men ten aanzien van een individu concrete verwachtingen formuleert op basis van een vergelijking met anderen. Cruciaal is de vraag met wie het slachtoffer dan moet worden vergeleken, oftewel op grond van welke kenmerken de specifieke verwachtingen ten aanzien van het slachtoffer worden gevormd. Haakt men in dat geval aan bij bepaalde – voornamelijk aangeboren – kenmerken, zoals het geslacht van het slachtoffer, dan maakt men ongeoorloofd onderscheid.

3. Gelijkheid en schadevergoedingsrecht: drie richtingen

3.1 Inleiding

Gelijkheid binnen het schadevergoedingsrecht betreft een thema dat in de (inter)nationale rechtsliteratuur, in het bijzonder in de Verenigde Staten, Canada en Australië, al enige aandacht heeft gekregen. De discussie draait veelal om de vraag hoe men moet omgaan met actuariële gegevens die verschillen blootleggen in arbeidsparticipatie tussen verschillende groepen, en dan vooral groepen die zich laten indelen op grond van aangeboren kenmerken zoals geslacht, ras etc. Drie benaderingswijzen vallen uit de literatuur te distilleren: men kan ‘gewoon’ gebruikmaken van onderscheid makende gegevens, men kan neutrale of gemengde statistieken gebruiken, of men kan het slachtoffer uit een

‘achtergestelde groep’ in de ‘bevoordeelde’ groep plaatsen. Deze drie benaderingswijzen zullen hieronder – beknopt – worden uiteengezet.

3.2 Het gebruik van onderscheid makende gegevens

Het gebruiken van onderscheid makende gegevens ten behoeve van uitgangspunten bij de schadeberekening wordt wel gezien als de ‘traditionele benadering’. In deze benadering worden in principe alle onderscheid makende factoren, zoals geslacht en sociaal-economische status, meegewogen in de berekening van het verlies van verdienvermogen. In personenschadezaken is het immers gemeengoed dat uitgekeerde schadevergoedingen sterk variëren tussen groepen, ook wanneer het type ongeval en de ernst van het letsel van individuen onderling vergelijkbaar zijn.²² Dit valt te verklaren doordat 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 in concreto teweeg heeft gebracht.²³ In deze benadering wordt op de koop toe genomen dat vrouwen een substantieel lager bedrag aan schadevergoeding ontvangen dan wanneer zij geen vrouw maar man zouden zijn, wanneer verondersteld wordt dat vrouwen vaker de zorgtaken in het gezin op zich nemen, minder gaan werken nadat zij kinderen krijgen, vaker flexibele functies bekleden of lager betaald werk accepteren.²⁴ Het gaat er alleen om dat individuele benadeelden zoveel mogelijk in de positie worden gebracht waarin zij zouden hebben verkeerd zonder het ongeval, en indien sprake is van een maatschappij waarin mannen doorgaans meer inkomen uit arbeid vergaren dan vrouwen, moeten mannelijke ongevalsslachtoffers dus doorgaans ook een hogere vergoeding wegens verlies van verdienvermogen ontvangen. Dit is de lijn die ook de Rechtbank Den Haag in de zaak van Esra Coskun impliciet lijkt te volgen, waar zij overweegt dat het ‘onvermijdelijk’ is dat in de berekening van verlies van verdienvermogen rekening wordt gehouden met het feit dat zij vrouw is.²⁵ Dit is ook de benadering die Van Dijk bepleit: hij stelt dat in de ‘Esrazaak’ sprake was van discriminatie omdat er ‘te snelle conclusies op basis van te magere, inadequate en verouderde statistiek’ werden getrokken, en dat, mits sprake is van goede, relevante statistiek, deze een rol moet kunnen spelen bij het bepalen van de schade, ook indien dat anders uitpakt bij man en vrouw.²⁶

Los van de vraag of wat aangenomen wordt ook te baseren is op gegevens die voldoen aan de eisen van relevantie, kwaliteit en actualiteit, wordt wel als kritiek aangevoerd dat met deze benadering een eventuele ‘achterstelling’ in de

21 Commissie Gelijke Behandeling 5 november 1996, oordeel 1996-90.

22 J. Goodman, E.F. Lofthus, M. Miller en E. Greene, ‘Money, sex, and death: gender bias in wrongful death damage awards’, *Law & Society Review* 1991-2, p. 264.

23 S.D. Lindenbergh, ‘Schade aan het lichaam als bron van inkomsten’, *Nemesis* 2001-6, p. 179.

24 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.

25 Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, r.o. 3.11.

26 Ch.H. van Dijk, ‘Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening’, *AV&S* 2015, afl. 5/6, p. 114-125.

maatschappij – indien deze al terecht wordt verondersteld en ook ten aanzien van de toekomst te gelden zou hebben – wordt weerspiegeld en dus via de schadevergoeding wordt *bestendig*.²⁷ Ongelijke patronen in de maatschappij worden hiermee beschermd: de vermogenden worden ‘teruggeplaatst’ in hun welgestelde positie voorafgaand aan het ongeval, terwijl de minder kansrijke slachtoffers worden ‘teruggeplaatst’ in hun mindere welstand.²⁸ Het behoud van de positie van de meer welvarende slachtoffers zou bovendien indirect bekostigd worden door de minder welvarenden, daar waar aansprakelijkheidsverzekeraars aan ‘rijk en arm’ dezelfde verzekeringspremies in rekening brengen; zij weten van tevoren immers niet of zij aan een ‘kansrijk’ dan wel een ‘kansarm’ slachtoffer een uitkering zullen moeten doen.²⁹ Vanuit de kritiek op deze ‘traditionele aanpak’, die sociaaleconomische ongelijkheid en ongelijkheid tussen mannen en vrouwen in stand zou houden, worden dan ook meer ‘egalitaire oplossingen’ verkend.

3.3 Neutrale of gemengde aannames

Een ‘alternatieve’ wijze van schade berekenen is het gebruikmaken van neutrale of meer ‘gemengde’ statistiek. Men neemt dan doorgaans een gemiddelde, bijvoorbeeld het gemiddelde inkomen van alle universitair afgestudeerde mannen en vrouwen, in plaats van dat men ‘verder’ kijkt naar wat een man of wat een vrouw naar statistische verwachtingen zou verdienen. Om onderscheid op grond van geslacht tegen te gaan kan men er dus voor kiezen om slechts genderneutrale gegevens te gebruiken bij de berekening van toekomstig inkomensverlies. Deze benadering biedt kansen om gelijkheid in uitkomsten (dat wil zeggen: de omvang van de toe te kennen bedragen) te bewerkstelligen: men voorkomt dat mannen een hogere vergoeding dan vrouwen zouden krijgen indien men slechts kijkt naar wat iemand met een bepaald opleidingsniveau (bijvoorbeeld de universitair afgestudeerde) gemiddeld verdient. Men bereikt pas daadwerkelijk dit resultaat, wanneer dit gemiddelde op iedereen – dus mannen én vrouwen – wordt toegepast. Wanneer men immers veronderstelt dat tussen mannen en vrouwen onderling de vrouwen de minder verdienende categorie vormen, dan worden zij alsnog benadeeld ten opzichte van mannen wanneer bij hen wel, en bij mannen niet het gemiddelde zou hebben te gelden.³⁰ Dit stuit echter op kritiek, nu men dan niet alleen de minder verdienende groep (vrouwelijke afgestudeerden) naar een gemiddeld niveau ‘tilt’, maar dus ook de meer verdienende groep (mannelijke afgestudeerden) naar dat niveau ‘omlaag

trekt’. Ten aanzien van mannelijke afgestudeerden wordt het dan bijvoorbeeld als bezwaarlijk gezien dat ten aanzien van de inschatting van hun inkomensschade meeweegt dat een deel van de afgestudeerden minder zou gaan werken na het krijgen van kinderen, terwijl deze laatste categorie juist vooral uit vrouwen zou blijken te bestaan. Deze relatieve ‘over- en ondercompensatie’ lijkt echter inherent aan de principiële gelijkstelling via neutrale of gemengde statistiek van categorieën ten aanzien waarvan men nu juist weet (of veronderstelt) dat er verschillen zijn.

De zaak *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States* uit 1991 illustreert deze ‘neutrale’ of ‘gemengde’ benadering op treffende wijze. In die zaak werd een Amerikaanse rechter geconfronteerd met het dilemma hoe het verlies van verdien capaciteit moest worden ingeschat van een halfbloed kind, Nyenpan Tarpeh-Doe, wiens vader Liberiaans en wiens moeder Amerikaanse was. Er ontstond discussie over de vraag of men moest uitgaan van de statistieken ten aanzien van alle *mannelijke Amerikaanse college graduates*, of ‘slechts’ van de statistische verwachting ten aanzien van *gekleurden*. De rechter weigerde zich hier echter in te ‘mengen’:

“It would be inappropriate to incorporate current discrimination resulting in wage differences between the sexes or races or the potential for any future such discrimination into a calculation for damages resulting from lost wages (...) Accordingly, upon request by the Court, [defendant’s expert] submitted a calculation of the average earnings of all college graduates in the United States without regard to sex or race.”³¹

De beslissing van de rechter had verregaande gevolgen voor de uiteindelijk toegekende schadevergoeding: het gemiddelde loon voor alle *college graduates* lag namelijk lager dan dat van zowel de blanke als de gekleurde mannen.

Met name ten aanzien van zeer jonge ongevalsslachtoffers is – overigens niet om specifiek aan het probleem van discriminatie tegemoet te komen – wel gepleit voor het *gemiddelde nationale loon* als maatgevend voor de berekening van de toekomstige inkomensschade.³² Men zou volgens die benadering relatief eenvoudig verlies van verdien capaciteit kunnen berekenen door het gemiddelde nationale loon te vermenigvuldigen met het aantal jaren dat het slachtoffer naar verwachting zou hebben gewerkt. Vooral bij jeugdige slachtoffers, die nog geen enkel ‘track record’ hebben op de arbeidsmarkt, wordt het als problematisch beschouwd

27 E. Adjin-Tettey, ‘Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies’, *McGill Law Journal* 49 (2003), p. 314.
 28 T. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Ashgate Publishing Ltd. 2013, p. 67. Zie ook P.S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing 1997, p. 19.
 29 T. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Ashgate Publishing Ltd. 2013, p. 69.
 30 E. Adjin-Tettey, ‘Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies’, *McGill Law Journal* 49 (2003), p. 319-320 en M. Chamallas, ‘Questioning the use of race-specific and gender-specific economic data in tort litigation: a constitutional argument’, *Fordham Law Review* 1994, p. 123-124.

31 *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427 (D.C. 1991), 455-456.
 32 J.F.M. Janssen, ‘De begroting van inkomensschade van baby’s en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel’, *NTBR* 2007/11, p. 110-112, S.C.P. Giesen & R.P.J.L. Tjittes, ‘De rekening van het kind - de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend ernstig letsel’, in: *Schade: vergoeden of beperken? Inleidingen gehouden op het LSA Symposium*, Den Haag 2004, p. 73-90, 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 en F.Th. Kremer, ‘Normen bij schade van jonge kinderen’, *TvP* 2002, p. 125 e.v. Zie in andere zin: R.M.J.T. van Dort, ‘Het is een bijzonder kind en dat is-ie!’, in: S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: PIV 2009, p. 119-138.

wanneer de toekomstige inkomensschade (mede) wordt berekend op basis van factoren als geslacht, ras, de sociaal-economische status van hun ouders of enkele schoolprestaties in de lagere klassen. Bij het begroten van dergelijke schades ligt het gevaar van verboden onderscheid – zo schatten wij in – per definitie op de loer. Het zou bij die oplossing gaan om een soort ‘supergemiddelde’, waarin als het ware ‘alle kansen van het hypothetisch leven naar hun ware grootte verdisconteerd zijn’³³, wat als voordeel heeft dat er niet alleen relatief weinig discussie over kan ontstaan tussen partijen, maar dat vanuit het perspectief van *uitkomstengelijkheid* het maximaal haalbare wordt bereikt.³⁴ De kritiek van de veronderstelde relatieve ‘over- en ondercompensatie’ doet zich ten aanzien van deze oplossing natuurlijk bij uitstek gelden (‘iedereen krijgt hetzelfde, maar niet iedereen verloor hetzelfde’), maar wanneer men ertoe geneigd is te betwijfelen of de situatie voorafgaand aan het ongeval wel een rechtvaardige maatschappelijke verdeling inhield, dan kan men zich afvragen waarom zoveel tijd en geld wordt uitgegeven aan het ‘repliceren van die onrechtvaardigheid’.³⁵ Cassels beschrijft dit als volgt:

“What remains, then, is the issue of whether the law of damages should seek to replicate with precision the results that would have been achieved in an inegalitarian and unfair society. While there may be good reasons to rely on the market pricing in the allocation of resources in the market, should this system be extended in its entirety to the way in which society provides care for the victims of accidents? Why should the concern, care and respect to which an injured person is entitled turn on a guess about how they would have fared in the unfair lottery of life? These considerations indicate that individualized measurements of opportunity costs may not be desirable.”³⁶

In dit verband wordt ook wel het argument genoemd dat actuariële tabellen weliswaar verschillen in *inkomensniveaus* tussen bepaalde groepen kunnen weergeven, maar daarmee nog geen betrekking hebben op *arbeidsvermogen*, en dat men het *arbeidsvermogen* van vrouwen gelijk zou moeten inschatten en waarderen als dat van mannen.³⁷ ‘Vermogen’ is immers een term die impliceert dat het gaat om *potentie*: datgene waartoe iemand in staat is. Dat is strikt genomen natuurlijk iets anders dan de verwezenlijking er-

van; wat iemand met het vermogen tot het verrichten van arbeid zal of zou doen, hangt immers van veel factoren af, waaronder persoonlijke keuzes die men hierin maakt.

3.4 *Gelijkstelling aan de meest verdienende categorie*

Een verregaander oplossing dan het werken met seksneutrale statistieken, die aan het zojuist besproken probleem van de ‘ondercompensatie van de meest verdienenden’ tegemoet zou komen, is het gebruikmaken van de gegevens over de meest verdienende categorie voor de berekening van de schade van minder verdienende categorieën. Kort gezegd: men kan statistieken die betrekking hebben op mannen, indien zij meer blijken te verdienen dan vrouwen, natuurlijk ook toepassen op vrouwen.³⁸ Rechters lijken deze benadering aantrekkelijker te vinden naarmate er meer aannemelijk is over de carrièrekeuzes die het (vrouwelijke) slachtoffer zou hebben gemaakt.³⁹ Dit zou ook stroken met overheidsbeleid dat erop is gericht om vrouwen zoveel mogelijk dezelfde kansen te bieden als mannen. Toch zal, wanneer deze benadering structureel wordt gevolgd, sprake zijn van relatieve overcompensatie voor schade van vrouwelijke slachtoffers, wanneer voor hen in het algemeen een lagere arbeidsparticipatie zou worden aangenomen ten opzichte van mannen (bijvoorbeeld vanwege de zorg voor het gezin), en dit op macroniveau niet terug te zien valt in de bedragen die aan mannen en vrouwen uitgekeerd worden voor vergoeding van verlies van verdienvermogen.⁴⁰ Impliciet wordt dan dus – zo zou men kunnen stellen – gekozen voor positieve discriminatie: de achtergestelde groep krijgt dan een ‘voorkeursbehandeling’. 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.⁴¹

3.5 *‘Ongelijkheidsherstel’ via het schadevergoedingsrecht?*

De bovenstaande drie benaderingen dwingen tot nadenken over de vraag of het schadevergoedingsrecht zich in sterkere mate van gelijkheidsoverwegingen rekenschap moet geven. Hoewel met het schadevergoedingsrecht inderdaad een vorm van sociale ongelijkheid tussen mannen en vrouwen zou kunnen worden bestreden – althans, niet voortgezet – kan men zich afvragen of dit niet haaks staat op het principe van *restitutio in integrum* of het gerechtvaardigd is dat deze vorm van ongelijkheidsherstel bekostigd wordt

33 J.F.M. Janssen ‘De begroting van inkomensschade van baby’s en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel’, *NTBR* 2007/11, p. 112.

34 Overigens doet het gelijkheidsbeginsel dan een andere vraag rijzen, namelijk of het gerechtvaardigd is om een dergelijke methode uitsluitend toe te passen op (jonge) kinderen en niet op oudere slachtoffers (en dus onderscheid te maken op grond van leeftijd). Zie hierover T. Hartlief, ‘Vergoeden van personenschade. Wat is wijsheid?’, in: A.G. Castermans (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 523-542).

35 J. Cassels, ‘(In) Equality and the Law of Tort; Gender, Race and the Assessment of Damages’, *Advocates Quarterly* 17 (1995), p. 182.

36 J. Cassels, ‘Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last!’, *Canadian Bar Review* 1992, 71, p. 445.

37 S.R. Lamb, ‘Toward gender-neutral data for adjudicating lost future earning damages: an evidentiary perspective’, *Chicago-Kent Law Review* 1996, p. 337-338.

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

39 E. Adjin-Tettey, ‘Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies’, *McGill Law Journal* 2003, p. 322-333.

40 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.

41 Zie L. de Haan, ‘Moederschap, vaderschap en de schadeberekening’, *Assurantie Magazine* 2014-6, p. 56-57.

door aansprakelijke partijen die 'toevallig' iemand treffen die zich in een achtergestelde positie bevindt.⁴² Hier wordt tegenin gebracht dat het aansprakelijkheidsrecht wel de- gelijk beïnvloed wordt door elementen van *distributieve* rechtvaardigheid en niet slechts door *correctieve* rechtvaardigheid: niet alleen de direct betrokkenen bij een ongeval, maar ook de maatschappij als geheel heeft belang bij het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht, en bovendien worden de meeste schades niet door individuen maar door verzekeraars gedragen.⁴³ Daadwerkelijk 'ongelijkheidsher- stel' in de maatschappij via het schadevergoedingsrecht is natuurlijk maar betrekkelijk, nu het hier slechts gaat om de gelijkstelling van ongevalsslachtoffers voor de vergoeding van inkomen dat zij niet meer kunnen vergaren, en niet om rechtstreeks arbeidsmarktbeleid. Maar er wordt ook wel aangevoerd dat de *preventiefunctie* van het aansprakelijk- heidsrecht met zich brengt dat het onacceptabel is dat er financieel sterkere prikkels zouden zijn om welvarender personen tegen gevaren te beschermen: de te verwachten aansprakelijkheidslast ten aanzien van bijvoorbeeld lood- vergiftiging kan in een achterstandswijk veel lager zijn dan in een andere omgeving.⁴⁴ Gaat men hier uit van een preventieve werking van het schadevergoedingsrecht, dan neemt de prikkel tot het treffen van veiligheidsmaatregelen dus toe naarmate men met 'kansrijkere' potentiële slachtof- fers te maken heeft.

4. Over differentiatie naar geslacht in het pensioenrecht

4.1 Gelijke behandeling en pensioenen

De hierboven geschetste problematiek en de daartoe aan- gedragen oplossingsrichtingen vertonen onzes inziens interessante gelijkenissen met het debat over gelijke be- handeling van mannen en vrouwen ten aanzien van pensi- oenen, dat hier kort zal worden besproken (een uitvoeriger beschrijving gaat het bestek van deze bijdrage te buiten). Een probleem ten aanzien van gelijke behandeling in het pensioenrecht, is dat principiële keuzes moeten worden gemaakt over hoe om te gaan met actuariële gegevens die differentiëren naar discriminatiegevoelige factoren. In hoe- verre mogen seksegerelateerde actuariële factoren (zoals het gegeven dat voor vrouwen van boven de 65 jaar lagere sterftekansen gelden dan voor mannen in die leeftijdscat- egorie) worden meegewogen bij de inschatting van het te verzekeren risico, en ook worden verdisconteerd bij de pre- miestelling? En wanneer maakt men ongeoorloofd onder- scheid naar geslacht?

In Nederland spitste deze discussie zich in de jaren '90 van de vorige eeuw toe op de vraag of individuele pensioendeel-

nemers mocht worden aangerekend dat zij man of vrouw zijn, en derhalve een relatief korte of lange levensduur (en tevens pensioenduurverwachting) hadden.⁴⁵ De vraag was, met andere woorden, of sekseafhankelijke sterftetafels mochten worden gehanteerd, die leidden tot verschillen in de kostprijs en pensioenuitkeringen aan mannen en vrou- wen. Vooropgesteld werd dat, hoewel uitgezonderd van het discriminatieverbod, het hanteren van sekseafhankelijke sterftetafels een vorm van *directe* discriminatie was. Er werd immers onderscheid gemaakt op grond van geslacht: een niet-beïnvloedbare en persoonsgebonden factor.⁴⁶ Daarom werd wel bepleit dat pensioenfondsen en -verzekeraars met sekseneutrale sterftetafels of tarieven zouden moeten wer- ken, waarin geen onderscheid naar de levensverwachting van mannen en vrouwen wordt gemaakt, maar van gemid- delden wordt uitgegaan. Een 'zuivere' toepassing van het gelijkheidsbeginsel zou immers dwingen tot tarifiering op basis van gemiddelden, ongeacht geslacht.⁴⁷ Dat het hante- ren van sekseneutrale tarieven in pensioenen mogelijk was, bleek uit ervaringen elders: in Frankrijk, Denemarken en de Verenigde Staten was het gebruik daarvan door de overheid aan pensioenfondsen opgelegd.⁴⁸ Zoekt men inderdaad de oplossing in sekseneutrale gemiddelden, dan betekent dat overigens niet dat er feitelijk geen onderscheid meer be- staat: slechts de *uiterlijke ongelijkheid* wordt daarmee weg- genomen. Indien immers volgens statistische gegevens de kans groot is dat de vrouw vijf jaar langer van het pensioen geniet dan de man, maar de vrouw niet meer premie zou hoeven te betalen omdat dat discriminatie zou zijn, dan zou men kunnen bepleiten dat er sprake is van *gelijke* behan- deling in *verschillende* situaties.⁴⁹ Met andere woorden: het – statistische – verschil tussen mannen en vrouwen wordt dan weliswaar 'weggeredeneerd', maar mannen krijgen ten opzichte van vrouwen 'individueel actuariael gezien' een te lage uitkering voor hun ingebrachte kapitaal of premie.⁵⁰ Uiteindelijk valt daar niet aan te ontkomen, en komt het neer op een vraag naar solidariteit.

4.2 Beweging vanuit Europa

Vóór 1990 vond onderscheid op grond van geslacht in pen- sioenen veelvuldig plaats: zo werden vrouwen van pensi- oenvoorzieningen uitgesloten of daarin op een latere leef-

42 E. Adjin-Tetty, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill Law Journal* 2003, p. 312.

43 E. Adjin-Tetty, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill Law Journal* 2003, p. 343.

44 E. Adjin-Tetty, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill Law Journal* 2003, p. 344.

45 M. Westerveld, 'De meerwaarde van vrouwen. Levensduursolidariteit, een nobel doel voor een luttel bedrag', *Nemesis* 1999-4, p. 101.

46 P. Portegies, 'Naar sexe gescheiden sterven. Aparte sterftetabellen voor mannen en vrouwen bij pensioenen discriminerend', *Nemesis* 1993-2, p. 63.

47 J. Dierx, 'Wat er ook gebeurt? Recht op een statistisch gelijke levensverwachting', *Nemesis* 1998-5, p. 131.

48 W. Rutten, 'Seks(e), de dood en het geld. Het gebruik van geslachtsonafhankelijke factoren bij de berekening van pensioenen in Europa', *Nemesis* 1999-4, p. 21-23; K. Olsen, 'Sekse-neutrale sterfte op de VS-pensioen markt', *Nemesis* 1999-4, p. 23-25. In de VS werd al in 1978 geoordeeld dat het individueel afrekenen van vrouwen op het groepskenmerk van langer leven discriminerend was, vergelijkbaar met het iemand niet aannemen of lager belonen vanwege zijn huidskleur. Zie City of Los Angeles et al. v. Marie Manhart et al., 25 april 1978.

49 Vgl. de annotatie door M.R. Mok onder Hof van Justitie EU 1 maart 2011, C-236/09, NJ 2011/120.

50 E. Lutjens, 'Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen?', *NtEr* 2011/8, p. 287.

tijd opgenomen dan mannen. Het Europese Hof van Justitie maakte daaraan in 1990 een einde door in het *Barber*-arrest pensioenpremies voor bedrijfspensioenregelingen, als een voordeel dat de werkgever betaalt uit hoofde van een dienstbetrekking, onder het begrip 'beloning' in de zin van artikel 119 EU-verdrag te scharen, waardoor (in)direct onderscheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenregelingen botste met het beginsel van gelijke beloning, en dus niet langer was toegestaan. In latere rechtspraak en wetgeving zijn op dat verbod enkele uitzonderingen gemaakt,⁵¹ maar sinds het meer recente *Test-Aankoop*-arrest uit 2011, waarin het Europese Hof van Justitie oordeelde dat de uitzondering die onderscheid naar geslacht bij de premievaststelling voor een particuliere levensverzekeringsovereenkomst mogelijk maakt ongeldig is wegens strijd met de grondrechten van de Europese Unie (zoals neergelegd in de artikelen 21 en 23 van het Handvest), is het twijfelachtig in hoeverre diverse uitzonderingen – vormgegeven zowel in het Europees als in ons nationaal recht – in de toekomst nog standhouden.⁵²

4.3 Een vergelijkbaar probleem?

Het beginsel van gelijke behandeling heeft het pensioenrecht in beweging gebracht: een beweging die het verzekerings- en pensioenwezen wegvoert van het gebruikmaken van uitsluitend op geslacht gebaseerde risicofactoren. Hoewel het bij aanvullend pensioen natuurlijk om een ander probleem gaat dan de vaststelling van verlies van verdienvermogen door een schadeval, lijkt er toch een raakvlak te liggen daar waar het gaat om de vraag hoe men dient om te gaan met discriminatiegevoelige actuariële berekeningsfactoren. Binnen het pensioenrecht is duidelijk zichtbaar hoe het gebruik van – op zichzelf 'kloppende' – actuariële gegevens die differentiëren naar discriminatiegevoelige factoren afstuit op het verbod op discriminatie. Men kan zich afvragen of dit anders zou moeten zijn waar het gaat om het inschatten van het toekomstig verlies van verdienvermogen van een gekwetst individu. Vermeldenswaard is hierbij ook het arrest van het Europese Hof van Justitie van 3 september 2014, waarin wordt overwogen dat door bij de vaststelling van de schadevergoeding na een arbeidsongeval gebruik te maken van actuariële gegevens met betrekking tot de gemiddelde levensverwachting van mannen en vrouwen sprake is van discriminatie, nu een vrouw daardoor in dezelfde omstandigheden een hogere schadevergoeding zou krijgen

dan een man.⁵³ Het betrof een zaak uit Finland, waar een regeling bepaalt dat werkgevers verplicht zijn om een verzekering tegen arbeidsongevallen af te sluiten en waarvan het Europese Hof oordeelde dat het tot de sociale zekerheid behoort (waardoor Richtlijn 97/7 van toepassing is).⁵⁴ Hoewel het hier opnieuw om een andere situatie gaat dan de Nederlandse (zo valt ons systeem van werkgeversaansprakelijkheid niet – rechtstreeks – onder de sociale zekerheid), ziet men ook hier terug hoe het verbod op discriminatie op het gebruik van seksneutrale gegevens aanstuurt.

5. Evaluatie en slotsom

Uit het voorgaande blijkt dat, wanneer men bij het inschatten van de toekomstige schade van een individu concrete verwachtingen baseert op gegevens die verschillen blootleggen tussen categorieën die zich laten onderscheiden naar bepaalde, met name aangeboren kenmerken, men kan handelen in strijd met het verbod op discriminatie. Men formuleert dan immers concrete verwachtingen ten aanzien van een individu op basis van een vergelijking met anderen, die dezelfde – discriminatiegevoelige – kenmerken hebben. We zien dit probleem vooral opspelen waar bepaalde uitgangspunten met betrekking tot arbeidsparticipatie worden gehanteerd ten aanzien van vrouwen, waardoor zij in een minder gunstige positie verkeren dan mannen in dezelfde situatie. Het verschil in sterftekansen tussen mannen en vrouwen lijkt soms juist mannen in een minder gunstige positie te plaatsen. Hoewel we over de omvang van het probleem weinig weten (in welke gevallen doen dergelijke problemen zich nu bij uitstek voor?), biedt de literatuur reeds nuttige inzichten over hoe met onderscheid kan worden omgegaan. De drie uit de literatuur gedestilleerde benaderingswijzen omvatten ten eerste de traditionele, waar 'gewoon' van onderscheid makende gegevens gebruik wordt gemaakt. In plaats daarvan kan men bij de schadeberekening van seksneutrale gemiddelden gebruikmaken, of slechts van gegevens over de meest verdienende categorie. Onzes inziens verdient het werken met seksneutrale gegevens (de in par. 3.3 beschreven benadering) de voorkeur boven gebruikmaking van onderscheid makende arbeidsparticipatiegegevens. Leidende gedachte daarbij is dat aan het gelijkheidsbeginsel en het fundamenteel recht om niet gediscrimineerd te worden eenvoudigweg veel waarde moet worden toegekend. De 'traditionele benadering', waarin onderscheid makende gegevens worden gehanteerd bij de berekening van verlies van verdienvermogen omdat de schadeberekening hiermee 'concreter' zou zijn, verdient daarom niet onze voorkeur. Het miskent dat een dergelijke schadevaststelling om niets meer draait dan een toekomstverwachting die per definitie met onzekerheid gepaard gaat. Daar komt bij dat arbeidsparticipatie deels afhankelijk is van persoonlijke keuzes van individuen en dat, zo lang

51 Bepalingen werden bijvoorbeeld aangebracht in de uitspraken *Neath* (Hof van Justitie EU 22 december 1993, C-152/91) en *Coloroll* (Hof van Justitie EU, 28 september 1994, C-200/91). In de zogeheten 'Barber-richtlijn' van 1996 (Richtlijn 96/97/EG tot wijziging van Richtlijn 86/3778/EEG) zijn deze, alsmede enkele andere uitzonderingen op het verbod tot onderscheid tussen mannen en vrouwen opgenomen (zie artikel 6). Ter implementatie van deze richtlijn is in 1998 de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen gewijzigd; daaraan zijn de art. 12a-12f toegevoegd.

52 Zie over deze discussie onder meer de annotatie door M.R. Mok onder Hof van Justitie EU 1 maart 2011, C-236/09, *NJ* 2011/120 (*Test-Aankoop*), E. Lutjens, 'Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen?', *NtEr* 2011-8, p. 284-291, J. Borgesius, 'Verzekeringspremie: mensenrecht. Over een baanbrekend arrest, richtsnoeren voor de uitleg, en een ongeldige wet', *Het Verzekerings-Archief* 2012-3, p. 100-116.

53 Hof van Justitie 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.

54 Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid.

aan die keuzes nog geen invulling is gegeven (bijvoorbeeld doordat nog maar de vraag is of in een specifiek geval een kinderwens zou hebben bestaan en hoe met het krijgen van kinderen zou zijn omgegaan in het kader van arbeid en gezinsonderhoud), het wrang is om juist hier de verwachtingen in te vullen aan de hand van patronen uit het verleden. Naar onze mening dient het oordeel van het College in de zaak van Esra Coskun – waarin een duidelijk signaal is afgegeven dat met het hanteren van bepaalde aannames, waartoe het systeem van schadevergoeding partijen én rechter kennelijk bracht, verboden onderscheid werd gemaakt – serieus te worden genomen. Om gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen binnen het personenschaderecht te bevorderen verdient het werken met seksneutrale gegevens naar onze mening de voorkeur. Dit vereist ook geen ingrijpende wijzigingen in de huidige wijze van schadeberekening. Men kan de verplichting om te werken met seksneutrale statistieken en veronderstellingen eenvoudigweg plaatsen in de sleutel van de ‘redelijke verwachtingen’; het draait bij de schadevaststelling immers niet om verwachtingen *zonder meer*. Het is uiteindelijk een keuze voor solidariteit die zwaarder gewicht toekomt dan het bezwaar van relatieve over- en ondercompensatie. Onze bijdrage laat bovendien zien dat in belendende rechtsgebieden – mede door Europeesrechtelijke druk – het gebruik van seksegerelateerde actuariële gegevens door het verbod op discriminatie in toenemende mate aan banden wordt gelegd en wordt aangestuurd op het gebruik van seksneutrale gegevens. Wij zien geen goede reden waarom ons schadevergoedingsrecht van die ontwikkelingen geïsoleerd zou moeten blijven.