

## **SCHADEVERGOEDINGSRECHT**

### **ALGEMEEN**

Indien men slachtoffer is van b.v. een ongeval dan is de vraag of de ander de veroorzakende partij daarvoor 100% aansprakelijk is. Indien die aansprakelijkheid vaststaat en het slachtoffer geen schuld treft zal de schade volledig worden vergoed incl. advocatenkosten. De schadevergoeding geschiedt op basis van twee berekeningen:

De situatie van het slachtoffer fictief, waarbij alle vermogensbestanddelen en de situatie financieel gezien in beeld worden gebracht alsof het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden enerzijds en de werkelijke vermogenssituatie van het slachtoffer na het ongeval anderzijds.

Het verschil tussen die twee berekeningen is vermogensschade. Deze vermogensschade bestaat uit verschenen schade (schade die al geleden is) en toekomstschade (schade die nog nog geleden wordt in de toekomst). De berekening van de toekomstschade gaat tot de theoretische overlijdensdatum van het slachtoffer.

Naast de vermogensschade ontvangt het slachtoffer veelal een vergoeding voor geleden pijn en aantasting van de persoon (smartegeld).

Mr R.M.W.H. Bedaux is lid van de vereniging van Letselschade-Advocaten de LSA. Dit is een specialistenvereniging van advocaten die zich door opleiding, ervaring en verplichte periodieke studie in het bijzonder toeleggen op het gebied van personenschade. Ook kent de LSA een eigen klachten- en geschillenregeling.

De specialiteit van Mr R.M.W.H. Bedaux ligt op het schadevergoedingsrecht in het algemeen en in alle bijzondere rechtsgebieden waarbij rekenkundige facetten een belangrijke rol spelen zoals ook bijvoorbeeld ook onteigeningsrecht en schadevergoeding bij ontslag.

Mr R.M.W.H. Bedaux berekent de schades veelal zelf. Daarvoor is een goede samenwerking tussen cliënt en advocaat noodzakelijk. De cliënt dient alle schadeposten bij te houden in een opstelling met datum omschrijving van de schade en het bedrag. Bedaux advocaten zullen die opgaves integreren in een meer omvattende schadeberekening voor nu en voor de toekomst.

Het zelf berekenen van de schade door de advocaat komt de snelheid van de schade-afwikkeling ten goede. Ons kantoor heeft een eigen methodiek voor de berekening van verschenen en toekomstschade. In de praktijk is die methode helder en inzichtelijk voor iedereen.

Natuurlijk zijn er ook vele schaderegelaars (niet advocaten) die zich bezig houden met de begeleiding van slachtoffers van medische fouten, verkeers- en bedrijfsongevallen. Het is evenwel een voordeel als een advocaat en zeker een letselschade-advocaat de schade-afwikkeling ter hand neemt niet alleen vanwege de benodigde juridische kennis op dit gebied, maar ook om druk te kunnen zetten op de verzekeringsmaatschappij als deze niet betaalt. Weigering of het te lang laten slepen kan worden voorkomen door de dreiging van een procedure, die meteen door dezelfde advocaat kan worden opgestart als de verzekeringsmaatschappij niet meewerkt. De advocatenkosten zijn een onderdeel van de schade en deze kosten (buiten de procedure) kunnen meestal volledig op de verzekeringsmaatschappij worden verhaald. Voor de kosten binnen een procedure gelden eigen regels.

Het slachtoffer zal in beginsel die kosten zelf moeten betalen. Soms is er een mogelijkheid om tegen verminderd tarief te procederen. Indien de procedure succesvol eindigt en de vordering wordt toegewezen (meestal is dat zo) dan moet de tegenpartij een standaardpakket aan kosten betalen waarin hij wordt veroordeeld. Helaas is dat standaardpakket veelal lager dan de werkelijke advocatenkosten (zie hierover elders op deze website).

Ik verwijs U verder naar de inhoudsopgave van de syllabus van Mr R.M.W.H. Bedaux waarin alle facetten van het schadevergoedingsrecht en vergoeding van schade worden besproken

## **MEDISCHE FOUTEN**

In dit kort bestek is het natuurlijk niet mogelijk om kort alle facetten hiervan te belichten maar kort samengevat zij de volgende facetten van belang:

Meestal zal de patiënt niet tevreden zijn over een bepaald resultaat dat de arts heeft bereikt bij de diagnose die de arts heeft gesteld of de verder medisch advisering dan wel de behandeling. Tegenvallende resultaten wil niet altijd zeggen dat de betreffende arts daarvoor aansprakelijk is. In een aantal gevallen kan de betreffende arts aansprakelijk zijn te weten;

De arts heeft de betreffende patiënt niet goed ingelicht door bijvoorbeeld niet te wijzen op de mogelijke risico's van de medische ingreep. Indien de arts wel had gewezen op de risico's dan had de patiënt ervoor kunnen kiezen dat risico niet te nemen.

De handelende arts kan de medische handeling hebben verricht in strijd met de norm van de betreffende beroepsgroep en niet als van een redelijk bekwaam handelend arts mag worden verwacht.

Geringe risico's, weinig voorkomende complicaties vallen in het beginsel niet onder de genoemde aansprakelijkheidsgronden. Vanaf januari 1995 kan ook het ziekenhuis aansprakelijk worden geacht voor de handelingen van de arts, die niet in loondienst is.

Indien aansprakelijkheid van de arts wordt vermoed zijn er twee mogelijkheden.

De beste mogelijkheid is om een advocaat in te schakelen die de betreffende schade van de patiënt kan proberen te verhalen op de arts en/of ziekenhuis.

Ook kan de patiënt een klacht indienen tegen de betreffende arts. Die klacht evenwel leidt tot vaststelling of en zo ja de arts mogelijk in het kader van de normen van de betreffende beroepsgroep laakbaar heeft gehandeld. Dit leidt dan in het beste geval tot een berisping of tot een waarschuwing van de betreffende arts en nooit rechtstreeks tot het vaststellen van schadevergoeding. Lange procedures bij het medisch tuchtcollege hebben derhalve niet altijd veel zin.

## **BEDRIJFSONGEVALLLEN**

De werkgever is in beginsel aansprakelijk indien de bedrijfsomstandigheden het risico van het ongeval of door het werk opgelopen ziekte hebben verhoogd. De werkgever moet de werkplek zo inrichten en zodanige maatregelen treffen en aanwijzingen geven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade leidt.

Voor de werknemer is meestal voldoende te stellen dat het ongeval of de ziekte is opgelopen tijdens of samenhangend met het werk. De werkgever moet dan aantonen dat hij voornoemde verplichtingen is nagekomen. Veelal wordt derhalve de bewijslast omgedraaid en moet de werkgever bewijzen dat de ziekte of het ongeval niet aan de werkomstandigheden ligt. Ook is er een theoretische escape voor de werkgever als hij aantoont dat de schade is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Dit laatste wordt door de rechter vaak niet aangenomen.

## **VERKEERSONGEVALLLEN**

Indien iemand door een verkeersovertreding schade veroorzaakt moet hij of de verzekeringsmaatschappij de schade vergoeden. De voetganger en fietser worden in vergaande mate beschermd. Ook al zou de voetganger of fietser schuld hebben aan het ongeval dan wordt er van uitgegaan dat de gemotoriseerde bestuurder minimaal 50% betaalt van de volledige schade. Indien ook de gemotoriseerde bestuurder iets fout heeft gedaan of iets kan worden verweten dan wordt de resterende 50% opgedeeld in de mate waarin de wederzijdse fout hebben bijgedragen aan de schade.

De verzekeringsmaatschappij kan rechtstreeks worden aangesproken.



# ENKELE ALGEMENE OPMERKINGEN OVER HET SCHADEVERGOEDINGSRECHT

## 1. INLEIDING

Een grote groep slachtoffers komen voort bij ongevallen in of rondom de woning (circa 50%). De slachtoffers van deze groep dragen meestal hun schade zelf. De schades onttrekken zich dan ook voor een belangrijk deel aan jurisdictie. Veelal wel juridisch van belang zijnde schade spelen zich af in het kader van geweldsmisdrijven, het verkeer, de arbeidsplaats en de medische behandeling.

In bijna 90% van de drie laatstgenoemde sectoren is een verzekeringsmaatschappij in het spel. In veel gevallen daarvan wordt weliswaar aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk aanvaard, maar is de vraag aan de orde of, en zo ja, in hoeverre er sprake is van rechtens te vergoeden schade. Het schadevergoedingsrecht is derhalve maatschappelijk omvangrijk en van belang.

Het is opvallend, dat de uitspraken voor elke voornoemde sector lijkt te verschillen. Het voert in dit bestek te ver om die verschillen gedetailleerd te beschrijven. Het lijkt er evenwel op, dat de rechter schade bij vaststaande aansprakelijkheid en een betalende verzekeringsmaatschappij ruimer toerekent, dan in het geval waarin geen verzekeringsmaatschappij betrokken is.

In de gevallen waarbij schade is ontstaan door geweldsmisdrijven en zeker bij familieleden en/of burens wordt de schade-omvang veelal restrictief benaderd. Slachtoffers van geweldsmisdrijven zien daarom vaak een lagere schadevaststelling tegemoet dan in de gevallen waarin een verzekeringsmaatschappij is betrokken. Illustratief in dit verband is het feit, dat de ANWB-smartengeldgids het smartengeld na mishandeling in geheel afzonderlijke categorie behandelt omdat de bedragen niet vergelijkbaar zijn met het smartengeld na een verzekerd ongeval.

In deze korte uitleg zal ik ingaan op enkele hoofdindelingen en uitgangspunten voor de schadevaststelling, de kring van gerechtigden, daarna ingaan op het vorderingsrecht, om vervolgens wat dieper in te gaan op een aantal veel voorkomende schadebestanddelen en de berekening van toekomstschade en overlijdensschade.

## 2. WAT IS SCHADE EN WAT BEPAALT DE RECHTSVERHOUDING?

Het begrip schade is ook in boek 6 BW niet afzonderlijk gedefinieerd. Een gangbare definitie lijkt te zijn:

*"Schade is het nadeel dat door een bepaalde gebeurtenis wordt geleden."*

Om die schade te bepalen wordt de situatie van de benadeelde vóór en na de schadeveroorzakende gebeurtenis vergeleken. Het verschil tussen de denkbeeldige (fictieve) situatie en de werkelijkheid bepaalt de schade. Beide situaties, de denkbeeldige en de werkelijke, worden in getallen omgezet. De materiële verschillen hebben betrekking op de vermogens- en inkomenspositie en worden derhalve als vermogensschade aangeduid. Die vermogensvergelijking wordt zoveel mogelijk per periode bepaald. De vermogensverschillen worden ook in de toekomst per periode vergeleken en van elkaar afgetrokken. Het immateriële verschil heeft betrekking op wat in feite niet in geld is uit te drukken (smartengeld) en wordt in één bedrag uitgedrukt teruggerekend naar schadedatum. Schade is daarom het resultaat van twee vergelijkingen en omvat derhalve: elke gulden aan kosten, elke gulden aan gemist inkomen en een bedrag aan smartengeld.

Ik zie de schade-afwikkeling in de praktijk in het kader van een krachtenveld.

Een eerste schadebenadering is daarbij om de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de situatie waarin hij zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis, derhalve het ongeval weggedacht, zou hebben verkeerd. Er wordt gewezen op een algemeen aanvaard uitgangspunt, dat, indien eenmaal de aansprakelijkheid vast staat, de gelaedeerde (het slachtoffer of de benadeelde) in beginsel recht heeft op een volledige schadevergoeding. Het maximum is 100% van het verschil in deze vergelijking.

De andere daartegen overstaande benadering is, dat vergelijking van die twee berekeningen en de verschillen daarvan evenwel niet te allen tijde met zich meebrengt, dat die verschillen door de schadeveroorzakende partij ook altijd volledig moeten worden vergoed. Dit wordt onderbouwd met de stelling dat elk slachtoffer in beginsel zijn eigen schade draagt en alleen dan die schade volledig op de ander kan verhalen, indien deze daarvoor aansprakelijk is, die schade ook geheel aan de ongevalsveroorzakende gebeurtenis kan worden toegerekend en er ook geen andere redenen zijn waarom in de gegeven omstandigheden die schadepost niet door het slachtoffer zelf geheel of gedeeltelijk moet worden gedragen. De onderbouwing en stelplicht van alle schadeposten rusten op het slachtoffer.

Binnen dit krachtenveld, deze twee uitersten, speelt zich de discussie af van de omvang van de schade. Dit krachtenveld omschrijft al een verhouding tussen partijen. De relatie tussen schadeveroorzaker en benadeelde is veelal buiten hun wil ontstaan. Zij hebben elkaar niet uitgezocht. Zij zijn als het ware tot elkaar veroordeeld.

Beide partijen hebben evenwel jegens elkander de verplichting medewerking te verlenen aan de vaststelling van die schade. De rechtsverhouding wordt daarbij bepaald door de open norm van artikel 6:2 lid 1 BW:

*"Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid."*

### 3. HET WETTELIJK KADER IN VOGELVLUCHT EN ALGEMENE GRONDSLAGEN

Het BW geeft globaal de volgende indeling. In art. 6:95 BW wordt nader aangegeven welke schade wordt vergoed. De schade **die op grond van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding** moet worden vergoed, bestaat uit: vermogensschade (art. 6:96 BW) en ander nadeel (art. 6:106 BW). Het feit, dat er schade en smart is geeft derhalve nog geen recht op vergoeding.

Bij vermogensschade valt bijvoorbeeld te denken aan geleden verlies, gederfde winst, derhalve ook toekomstschade, kosten ter beperking van schade, kosten ter bepaling van schade en buitengerechtelijke kosten. Ander nadeel, zoals bedoeld in art. 6:106 BW omvat het smartengeld.

Art. 6:95 BW verwijst zelf al naar de wet als bron voor de schadevergoedingsplicht. De wijze waarop de schade wordt begroot wordt geregeld in 6:97 BW. *"De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat."* Dit is dus een zeer ruime open norm, die de rechter een enorme vrijheid geeft. Dat is ook goed, want geen enkel mens, geen enkele omstandigheid en daarmee geen enkele schade is gelijk.

In artikel 6:105 BW wordt de begroting van toekomstschade (nog niet ingetreden schade) eveneens met een open norm geregeld. Die begroting geschiedt na afweging van alle goede en kwade kansen bij voorbaat met een bedrag ineens dan wel door middel van periodieke bedragen al dan niet met zekerheidstelling of op nader door de rechter te stellen voorwaarden.

Art. 6:98 BW eist causaliteit: vergoeding slechts van schade, die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat deze aan de veroorzaker mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade als een gevolg van deze gebeurtenis aan de veroorzaker kan worden toegerekend.

Art. 6:100 BW opgekomen voordelen (enkel bij de benadeelde) door de gebeurtenis moeten worden verrekend.

Daarbij moet aan de voorwaarden van verrekening worden voldaan. Voordelen bij bijvoorbeeld de moeder mogen dus niet van de schade van het kind worden afgetrokken.

Art. 6:101 BW wordt meestal gezet onder het kopje "*eigen schuld benadeelde*". Toch komt het woord schuld niet in de bepaling voor. De omschrijving en daarmee de bevoegdheid van de rechter is ruimer. Er wordt gesproken over vermindering van schade als gevolg van omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend. Deze verminderen de schade in evenredigheid als deze tot de schade hebben bijgedragen. Indien het resultaat van die correctie onbillijk is wegens de ernst van de gemaakte fouten van slachtoffer of van veroorzaker dan mag de rechter een andere verdeling kiezen of de vergoedingsplicht geheel in stand laten of laten vervallen. Ook hier is er dus sprake van een zeer ruime rechterlijke bevoegdheid, waarbij de gulden naar beide kanten kan vallen.

Art 6:105 lid 2 BW. De rechter kan ambtshalve op verzoek van (lees: op vordering van) partijen bepalen, dat de schadevaststelling wordt gewijzigd indien zich na de uitspraak omstandigheden voordoen met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling der bedragen geen rekening is gehouden.

Art. 6:106 BW regelt de immateriële schade, het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat naar billijkheid wordt vastgesteld onder een groter aantal in dat artikel omschreven voorwaarden.

Art. 6:107 BW geeft de eigenlijke basis voor de vordering van het slachtoffer en regelt ook de verplaatste schade. "*Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen.*"

Art. 6:108 BW regelt de overlijdensschade, waarop een bepaalde kring van gerechtigden aanspraak kan maken.

Art. 6:109 BW geeft een basis voor een volledige schadeloosstelling. "*Indien toekenning van **volledige** schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.*"

Elk beding dat hiermee in strijd is, is nietig. Die matiging mag niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de veroorzaker zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt dan wel verplicht was te dekken.

Het recht beperkt derhalve op een groter aantal punten een ongebreidelde schade-omvang. In elke sector van het schadevergoedingsrecht (o.a. verkeers-, medisch- en arbeidsrecht) zijn er specifieke afwijkingen en aanvullingen, die U ertoe noodzaken om steeds alle wettelijke bepalingen goed door te lezen. In het hier navolgende hoofdstuk komen we enkele verschillende begrippen tegen die mede invloed kunnen hebben op de schadebepaling.

## **4 HET ONDERSCHIED VAN SCHADE IN GROEPERINGEN**

### **4.1 Abstract of concreet?**

De schadeomvang kan abstract, dan wel concreet worden vastgesteld.

Men gaat uit van een nauwkeurige aan de persoon gekoppelde berekening, waarbij het verschil wordt bepaald tussen de vermogenspositie het ongeval weggedacht de fictieve berekening en de tweede berekening van de werkelijke vermogenspositie na ongeval, de daadwerkelijk uit het vermogen getreden schade (concrete benadering). Indien deze benadering om een door de rechter vast te stellen reden niet mogelijk is wordt de schade geschat (abstracte benadering), los van de vraag of kan worden aangetoond dat die schade daadwerkelijk uit het vermogen is getreden (is betaald). De gekozen benadering heeft veelal invloed op de omvang van de schadevergoeding mede in verband met stelplicht en bewijslast van de schadepost. Een concrete schadebenadering vereist, dat de schade middels een daadwerkelijke vermogensvermindering is geleden en dat die vermogensvermindering op zijn minst aannemelijk is gemaakt. De concrete berekening is een minimum.

Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig (hoeft niet concreet te zijn) worden vastgesteld, dan wordt zij geschat. De rechter verlost daarbij het slachtoffer van het aantonen van de betaalde schade.

Bij zaakschade wordt in het algemeen de abstracte methode gekozen. De schade van bijvoorbeeld een deuk in de auto wordt door een expert geschat, los van de vraag, of die deuk ook daadwerkelijk is gerepareerd en die schade door het slachtoffer betaald is. De eis van een betalingsbewijs van elke schadepost gaat te ver. Uiteraard wordt wel verlangd dat elke schadepost goed wordt onderbouwd met zoveel gegevens als in elk geval redelijk is..

#### **4.2 Personen- of zaakschade?**

Dit onderscheid behoeft geen uitvoerige bespreking. Personenschade is schade aan de persoon, zaakschade aan een voorwerp. Interessant worden de combinaties die zich voordoen bij beide begrippen.

Bij personenschade stelt men in het algemeen de eis, dat de schade concreet is geleden, dus dat het vermogen daadwerkelijk is verminderd door werkelijk betaalde schade en/of door gederfd inkomen. Bij letselschade zegt men wordt in het algemeen de concrete schadeberekennings-methode gehanteerd. Dit is niet geheel juist. Er zijn in de praktijk wel afwijkingen. Verplaatste schade volgens artikel 6:107 BW heeft vaak een abstract element.

Bezoekkosten van familieleden in het ziekenhuis worden in de vermogenssfeer niet door het slachtoffer geleden, maar toch vergoed. Huishoudelijke hulp bijvoorbeeld, die door een ander gezinslid wordt uitgevoerd, gaat meestal niet gepaard met concreet vermogensverlies. Dit is anders indien men een derde tegen betaling inschakelt. Toch wordt in het algemeen een geabstraheerde vergoeding betaald voor huishoudelijke hulp verricht door familieleden.

Zaakschade wordt niet altijd abstract berekend.

#### **4.3 Verschenen schade en toekomstschade**

Op het moment dat een schadeberekening wordt afgesloten, berekent men de op dat moment verschenen schade. Over elke schadepost berekent men de rente naar dat moment van berekening. Het gekozen tijdstip, waarnaar de schade wordt berekend, noemt men de valutadatum. Schade tot valutadatum is verschenen schade. De schade na valutadatum is toekomstschade. De toekomstschade wordt voor elk toekomstig jaar veelal teruggerekend door de contante waarde van alle schadeposten in elk toekomstjaar naar de valutadatum terug te rekenen. Hoe en op welke wijze dit geschiedt wordt nader besproken in hoofdstuk 10. Ook bij de bepaling van toekomstige personenschade gaat men in beginsel uit van een concrete schadeberekening. Dit betekent dat men er dus vanuit gaat dat deze schade elke periode weer opnieuw uit het vermogen zal treden. Het slachtoffer heeft dus ook vermogen nodig om daaruit in de toekomst te kunnen putten. Het feit dat deze toekomstschade concreet wordt benaderd, betekent niet dat daaraan geen schattingen ten grondslag liggen.

#### **4.4 Geheel of proportioneel**

Dit interessante onderscheid speelt zich af binnen het krachtenveld van de uiteindelijke stelplicht en bewijslast van toekomstige schadeposten. Hier doet zich een tegenstrijdigheid voor die veelal aanleiding geeft tot discussies. Het slachtoffer stelt in de toekomst schade te hebben en de veroorzaker bestrijdt zulks, omdat dit onvoldoende aannemelijk is gemaakt. Het slachtoffer ervaart de gevraagde concrete schadebenadering, de daarbij horende stelplicht en zelfs bewijslast als een oneerlijk element. De kans op toekomstig succes is nu juist door de schadeveroorzaker verminderd of weggenomen. Een toekomstige kans verdraagt zich niet met een concreet bewijs van die schade. Hoe kom je uit die cirkel.

Indien het redelijk aannemelijk is dat een schade ook in de toekomst wordt geleden dan wordt deze schade op basis van de leer van de ruime toerekening veelal voor 100% vergoed. Het slachtoffer krijgt het voordeel van de twijfel. Een concreet geleden verlies arbeidsvermogen in het verleden vanaf schadedatum wordt meestal bepaald op grond van de voornoemde vergelijking van werkelijke en fictieve momenten en daarna veelal in de toekomst doorberekend, indien er geen aanwijzingen zijn dat deze schadepost zich niet verder zal voordoen in de toekomst.

De vergelijking wordt wel eens gemaakt van de weddenschap op een paard dat door de veroorzaker vroegtijdig uit de race is genomen. Er is dus sprake van kansverlies, nu juist door de schadeveroorzakende gebeurtenis. Hoe groter de ontnomen kans, des te hoger de schade.

Soms kan evenwel die twijfel zo groot zijn dat er aanleiding bestaat om de toekomstschaade in het geheel niet dan wel proportioneel (voor een bepaald deel, een bepaald percentage) toe te wijzen.

In andere landen is de problematiek van schade door kansverlies uitdrukkelijker aan de orde geweest dan in Nederland. Het uit 1911 daterende Engels arrest "*Chaplin versus Hicks*" geeft hiervan een aardig voorbeeld. Chaplin wordt bij een schoonheidswedstrijd in de eerste voorronde uitverkoren tot de 50 schoonsten en kan, door een aan een ander toe te rekenen omstandigheid, niet meedoen aan de finale. Hierdoor wordt haar de kans ontnomen tot de erkend 12 schoonsten van het land te behoren met alle financiële gevolgen van dien. In deze zaak ontstond de discussie, wat er zou zijn gebeurd indien Chaplin wel zou hebben kunnen meedoen. Eiseres omschrijft de kans als zeer groot en verweerder als nihil. De standpunten schommelen tussen 10 en 90%. Het Court of Appeal hakt de knoop door en wijst een proportionele schadevergoeding toe van 50%.

Een recent Nederlands voorbeeld waarin een proportionele schade werd toegewezen is "*Wever de Kraker*" Hof Amsterdam, 4 januari 1996. NJ 1997/213. In dit geval was er een duidelijk aanwezige kleine kans op een beter behandelingsresultaat als de medische fout zich niet had voorgedaan. Het ging om de vraag hoe deze kans, hoe gering ook, voor de toekomst als schadepost kon worden begroot.

*"Medische fout ten aanzien van baby Ruth. Geen omkering van de bewijslast ten aanzien van causaal verband. Schade is het verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat. De patiënte wordt niet gevolgd in haar standpunt dat de bewijslast ten aanzien van de vraag in hoeverre, de kunstfout weggedacht, een behandelingsresultaat zonder of met significant minder restverschijnselen zou zijn bereikt, op gedaagden rust.*

*2. De deskundigen achten de kans buitengewoon groot dat ook zonder de kunstfout restverschijnselen zouden zijn overgebleven. Daaruit volgt dat de kans op restloos herstel verwaarloosbaar klein was.*

*3. In de gegeven omstandigheden heeft de kunstfout de kans op een beter resultaat bij adequaat medisch handelen verloren doen gaan. De schade, bestaande in het verlies van die kans, wordt begroot op 25%. Het Hof bevestigt de uitspraak van de rechtbank met de overweging " het Hof is van oordeel dat de rechtbank terecht en gegrond dit percentage heeft vastgesteld op 25. Dit afgeronde percentage is - alle omstandigheden in aanmerking genomen - een juiste schatting"*

25% was voor dit geval volgens de HR een juiste schatting. In andere gevallen kan dat natuurlijk al naar gelang de feitelijke onderbouwing een ander percentage zijn.

Het lijkt er op alsof in deze uitspraak het conditio sine qua non-vereiste wordt omzeild. Toch is dit niet het geval, want ook in deze uitspraak wordt eerst vastgesteld, dat er sprake is van een medische fout. Daarna wordt geconstateerd, dat de omvang de schade moeilijk is te schatten. Aan het vaststellen van de omvang van de schade gaat het vaststellen van aansprakelijkheid vooraf, waarbij wordt vastgehouden aan het csqn- vereiste. Daarna pas volgt de omvangsfase waarbij in dit geval de schade proportioneel wordt toegewezen. In het schadevergoedingsrecht worden feiten vaker dubbel gewogen eerst voor de vaststelling van de aansprakelijkheid en vervolgens voor de omvang van de schade.

Zoals hiervoor al is aangeduid is het vaak niet goed mogelijk om met enige zekerheid vast te stellen hoe dat toekomstig verlies arbeidsvermogen er uitziet. De gemiste kans dient goed te worden onderbouwd met zoveel mogelijk aanwezige gegevens, die iets kunnen zeggen over de mate van waarschijnlijkheid in de toekomst. Indien die kans moeilijk te bepalen is kan men terugvallen op een proportionele schadetoewijzing.

De grenzen tussen afwijzing, proportionele of gehele toewijzing kwam aan de orde in H.R. 15 mei 1998 RVDW 1998/110. Het betreft een huismoeder die van plan was terug te keren in het arbeidsproces en derhalve niet op grond van de laatste inkomensgegevens kon aantonen dat er sprake was van verlies arbeidsvermogen.

*“Ten tijde van het ongeval was Vehof bijna 37 jaar, zij was gehuwd en zij had toen twee schoolgaande kinderen van omstreeks 18 en 15 jaar. Zij had noch enige noemenswaardige specifieke opleiding (allen l.o. en l.h.n.o.) genoten, noch enig noemenswaardig arbeidsverleden (alleen enige jaren hulp in de huishouding vóór haar huwelijk op 19-jarige leeftijd). Wel had zij gedurende haar huwelijk vrijwilligersactiviteiten ontplooid, zoals ziekenbezoek, organisatie van sociale activiteiten in de verzorgende sector, incidentele vrijwillige hulpverlening.....*

*De vraag of een door een ongeval getroffen(e) als gevolg van het ongeval schade heeft geleden door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval met de hypothetische situatie bij wegdenken van het ongeval. Bij zulk een vergelijking komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen. Het Hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te spreken van een redelijke kans en was niet gehouden deze maatstaf nader uit te werken door het specificeren van een kanspercentage of anderszins .....*

*3.5.3. Onderdeel 10 klaagt over 's Hofs oordeel (rov. 3.11 in verbinding met rov. 3.9) dat onvoldoende aannemelijk is dat Vehof, zo zij de opleiding tot zieken/bejaardenverzorgster met goed gevolg zou hebben voltooid, als gediplomeerd zieken/bejaardenverzorgster op de arbeidsmarkt een (parttime) baan had weten te bemachtigen. Het onderdeel acht dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk. De klacht over onjuistheid faalt, aangezien zij zich keert tegen een feitelijk oordeel, dat in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. De motiveringsklacht is evenwel gegrond. Het Hof is tot het bestreden oordeel gekomen op grond van zijn overwegingen: dat volgens het rapport van Heling "uit informatie van enkele arbeidsbureau blijkt dat het landelijk beeld sinds 1990 is dat het aanbod van bejaardenverzorgsters de vraag ruim overtreft en dat om deze reden de scholing voor deze beroepen wordt beperkt of gestopt"; dat Heling in zijn rapport wel vermeldt dat "niet uitgesloten" is dat Vehof via een stageplaats een arbeidsplaats zou hebben verworven, maar bij deze kansweging als een factor in aanmerking heeft genomen dat Vehof herintreedster zou zijn; dat Vehof tegenover de gemotiveerde betwisting door Helvetia geenszins aannemelijk heeft kunnen maken dat zij voor een werkgever als gesubsidieerde herintreedster zou kunnen worden aangemerkt. Zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt, is - mede gelet op het hiervoor aan het slot van 3.5.2 overwogene - niet begrijpelijk dat het Hof reeds op grond van zijn weergegeven overwegingen het oordeel van Heling dat de kans voor Vehof op een baan in de verzorgende sector op 50% mag worden gesteld, niet aannemelijk heeft geacht. Dat oordeel was immers niet alleen gebaseerd op Helings veronderstelling dat Vehof als herintreedster zou worden aangemerkt, doch tevens op andere belangrijke overwegingen, te weten de persoonlijkheid en de ambities van Vehof en de omstandigheid dat via een stageplaats gemakkelijker een functie te verkrijgen is.....*

*3.9. Uit het voorgaande volgt dat 's Hofs arrest niet in stand kan blijven.*

*Verwijzing is noodzakelijk. Na verwijzing zal de vordering van Vehof tot vergoeding van schade wegens het derven van arbeidsinkomsten geheel opnieuw moeten worden beoordeeld, evenals haar vorderingen tot betaling van smartengeld en tot vergoeding van buitengerechtigde kosten. Voorts zal moeten worden beslist op welke wijze de toe te wijzen vordering tot vergoeding van kosten van een huishoudelijke hulp ad f 1500 per jaar zal dienen te worden voldaan.*

#### *4. Beslissing*

*De Hoge Raad:*

*vernietigt het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 17 september 1996; verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te Amsterdam;”*

Toekomstige schadeposten dienen in de praktijk zo goed mogelijk te worden onderbouwd met stellingen die de verwachting van schade redelijk aannemelijk maken. In het laatstgenoemde arrest kwalificeert de H.R. een kans van 70% als redelijk aannemelijk. Het kan ook andersom werken. Een goed onderbouwde schadebegroting met een toekomstschadeberekening wordt meer dan eens door een verzekeringsmaatschappij van de hand gewezen met verwijzing naar waarschijnlijk te achten toekomstige gebeurtenissen die de schade verminderen of beperken. Ook hieraan worden voor de onderbouwing van het verweer redelijk hoge eisen gesteld. Indien verlies arbeidsvermogen voor de toekomst vaststaat, dan zal de veroorzaker zich wel eens beroepen op de waarschijnlijkheid van bijvoorbeeld een toekomstige VUT-uitkering die de toekomstschade zal beperken.

Zie bijvoorbeeld het om meer redenen bekende arrest ziekenhuis De Heel HR 13 januari 1995, RvdW 95,31c (bijlage 12.2) . Een minder bekend detail in dit arrest is het verweer van het ziekenhuis op het toekomstig verlies arbeidsvermogen met de stelling, dat het slachtoffer in de gegeven omstandigheden gebruik zal maken van de VUT-regeling.

*“Door te oordelen dat er onvoldoende concrete aanwijzingen zijn dat de patiënt, zo het ongeval hem niet was overkomen, van de VUT-regeling gebruik zou hebben gemaakt, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 29 april 1994, NJ 1995, 609 onder 5.3.2 en HR 10 aug. 1994, NJ 1995, 58, onder 3.6).”*

## 5.1 De benadeelde

In het schadevergoedingsrecht is er in beginsel voor gekozen dat alleen de benadeelde zelf recht heeft op schadevergoeding. Er zijn uitzonderingen en die staan alle in de wet.

Ter beperking van hoge verzekeringspremies is in ons Nederlandse recht ervoor gekozen om de schade te concentreren rondom het slachtoffer zelf en de kring van gerechtigden daarom heen te beperken. In het oude BW werd dit geregeld door artikel 1407. Kort samengevat werd geregeld, dat in beginsel alleen de schade van de gewonde zelf voor vergoeding in aanmerking komt, de gewonde zelf alleen kan vorderen de schade die deze zelf heeft geleden.

In de toelichting van Meijers (Parlementaire Geschiedenis boek 6 NBW, blz. 608) valt het volgende hierover op:

*"De ratio van de bedoelde regel - het tegengaan van onbegrensde vergoedingsplichten ter zake van toegebracht letsel - is vervallen zodra in het algemeen voor een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als eiser wordt gesteld, dat een onrechtmatige daad jegens eiser moet zijn gepleegd en dat de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg te voorzien was en niet buiten het beschermingsbereik van de overtreden norm moet liggen".*

## 5.2 De ouders of familieleden van het slachtoffer

De hoofdregel om de schade te beperken tot het slachtoffer zelf is in een constante jurisprudentie bevestigd.

Bijvoorbeeld het arrest (HR 2 november 1979 NJ 1980/77). Door een medische fout raakt dochter Mia in coma en overlijdt na lange duur. De vader trekt zich de houding en reacties van het ziekenhuis erg aan en verliest het vertrouwen in de medemens. Uiteindelijk wordt de vader depressief en verliest zijn baan

HR: ... *"Een en ander in aanmerking genomen, heeft het Hof bij zijn oordeel dat hier sprake is van een zo uitzonderlijke vorm van schade en van een zo ver verwijderd verband met de voormelde gedragingen van verweerders, dat deze schade aan hen niet als een gevolg van deze gedragingen kan worden toegerekend, juiste maatstaven aangelegd."*

In het algemeen is er dus geen recht op smartengeld ook al is er smart bij het zien of het betrokken zijn bij verwonding/overlijden van een dierbaar persoon. Zie ook het arrest (NJ 1984, 717). Geen smartengeld wordt toegekend aan de moeder na een dodelijk verkeersongeval van haar kind, ook niet nu de moeder allerlei klachten kreeg zoals onzekerheid, angst voor het leven van haar tweede kind, angststromen enz. gepaard gaand met hyperventilatie. De vordering op smartengeld werd ontzegd.

Een uitzondering op voornoemd uitgangspunt dat enkel het slachtoffer recht heeft op schadevergoeding lijkt evenwel te zijn shockschade, bijvoorbeeld indien de echtgenote haar man ziet overlijden door een ongeval en zij daardoor een shock oploopt. In de praktijk worden daaraan evenwel de volgende voorwaarden gesteld:

- een shock als rechtstreeks ongevalgevolg;
- waarneembare gevolgen bij de derde na aanschouwen ongeval/schade;
- nauwe band met slachtoffer zoals minimaal een affectieve relatie.

Persoonlijk ben ik van mening dat er in zo'n geval gewoon sprake is van een tweede slachtoffer, dat op grond van de leer van de ruime toerekening een rechtstreekse schadeclaim verkrijgt, indien deze zelf in persoon betrokken is bij het ongeval. De smart door het aanschouwen kan dan onder omstandigheden de persoon rechtstreeks en persoonlijk treffen, zodat betrokkene zelf slachtoffer is geworden. Aan die voorwaarde wordt niet meer voldaan als de persoon niet rechtstreeks bij het ongeval betrokken is geweest.

### **5.3 Familieleden of derden met verplaatste schade**

Ook al horen de familieleden niet rechtstreeks tot de kring der gerechtigden. Op basis van artikel 6:107 BW worden via een omweg schadeposten vergoed, die familieleden of derden hebben gemaakt ten behoeve van het slachtoffer. Men spreekt van verplaatste schade. In de praktijk zijn dit meestal ondergeschikte posten. Denk bijvoorbeeld aan de volgende schadeposten. De ouders betalen een ziekenhuisrekening van hun kind, nemen verlof en maken reis- of telefoonkosten. De ouders zouden in dergelijke gevallen op basis van voornoemde uitgangspunten (formeel) geen claim hebben en het kind zou (formeel) geen schade meer hebben. Dat is geen wenselijke situatie.

Art. 107 BW bepaalt daarom dat derden een eigen recht hebben op schadevergoeding. Het moet dan wel gaan om kosten ten behoeve van het slachtoffer. Men spreekt daarom van verplaatste schade. Dit begrip wordt in de praktijk ruim geïnterpreteerd. Er is dus een eigen vorderingsrecht en daarmee een lichte uitbreiding van de kring der gerechtigden. In hoofdstuk 8 worden nadere voorbeelden verder uitgewerkt.

### **5.4 De werkgever**

De bedrijfsvereniging had op grond van artikel 52a ZW een volledig regresrecht voor het doorbetaalde ziekengeld en heeft dit ook nog voor de verleende WAO. Er zijn enkele uitspraken op grond waarvan het regresrecht van de bedrijfsvereniging, maar ook van het pensioenfonds zich in de praktijk enkel uitstrekt over de netto-uitkering.

Vóór de Wet Terugdringing Ziekteverzuim van 1 januari 1994 maar ook nu nog wordt door de werkgever de cessieconstructie gebruikt. De vordering van het slachtoffer (werknemer) op de aansprakelijke derde wordt voorzover het betreft een bedrag gelijk aan het door de werkgever doorbetaald bedrag (nettoloon) aan de werkgever overgedragen. Het blijft dus mogelijk om te bepalen dat de verplichting tot doorbetaling van loon slechts bestaat indien en voor zover de werknemer jegens derden geen aanspraak heeft tot vergoeding van zijn gederfd loon, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 dec. 1983, NJ 1985, 296. Een dergelijke bepaling is ook nu nog in de meeste CAO's opgenomen. Als de werkgever dan toch doorbetaalt, dan gebeurt dit in de vorm van een onverschuldigde betaling en laat de werkgever zich de vordering op de veroorzaker door de werknemer cederen.

Vanaf 1 februari 1996 is in werking getreden het nieuwe artikel 6:107a BW. In deze bepaling krijgt de werkgever, indien en voor zover een derde aansprakelijk is voor de schade en voor de arbeidsuitval, een rechtstreekse vordering op die derde, enkel en alleen ten bedrage van het door de werkgever aan de werknemer betaalde netto loon.

### **5.5 Nabestaanden/familieleden op grond van 6:108 BW**

De kring van gerechtigden inzake schadevergoeding bij overlijden, wordt omschreven in art. 6:108 BW. Het artikel beoogt drieërlei. In het eerste lid worden limitatief de personen genoemd die aansprakelijkheid wegens iemands overlijden een vordering tot schadevergoeding wegens het derven van levensonderhoud hebben. Het tweede lid bepaalt de vergoedbaarheid van de kosten van lijkbezorging. Het derde lid regelt de verweermiddelen van de veroorzaker (gelijk als tegen het slachtoffer).

Noodzakelijk is dus dat jegens de overledene aansprakelijkheid zou hebben bestaan. Niet vereist is echter dat ook jegens de nabestaanden een grond voor aansprakelijkheid bestaat. Het recht op schadevergoeding ex art. 6:108 komt de genoemde nabestaanden uit eigen hoofde toe en staat dus los van het erfgenaamschap. De in het kader van art. 6:108 te verkrijgen schadevergoeding bestaat in hoofdzaak uit gederfd levensonderhoud en kosten van lijkbezorging.

De omvang van de schadevergoeding is afhankelijk zowel van de (hypothetische) draagkracht van de overledene zoals deze zich naar alle waarschijnlijkheid verder ontwikkeld zou hebben, als van de (feitelijke) behoefte van de nabestaanden zoals deze zich na het overlijden, onder invloed van alle omstandigheden (inclusief alle hen toekomende baten), verder ontwikkelt. In het kader van het hier bedoelde artikel kan met de draagkracht van de aansprakelijke geen rekening gehouden worden; dit kan slechts langs de weg van art. 6:109 BW gebeuren.

In artikel 6:108 lid 1 sub a - d worden de personen opgesomd die recht hebben op vergoeding van hun schade door het derven van levensonderhoud en de voorwaarden waaronder dat het geval is. Bedacht dient te worden dat deze categorieën elkaar kunnen overlappen.

In zo'n geval staat het ter keuze van de nabestaande op welke van de toepasselijke bepalingen de vordering wordt gebaseerd. In bepaalde gevallen kan deze keuzemogelijkheid uitkomst brengen bij bewijsproblemen.

Sub a: De echtgenoot en de minderjarige kinderen hebben ieder onafhankelijk van elkaar een eigen recht op vergoeding van hun gedeelde levensonderhoud. Niet vereist is dat zij reeds ten tijde van het overlijden werden onderhouden. Alimentatienormen zijn hier niet van toepassing. Zij kunnen in beginsel hun volledige schade wegens gedeeld levensonderhoud vorderen. De vordering van de een mag uiteraard niet worden verrekend met bijvoorbeeld opkomende voordelen van de ander.

Met betrekking tot onwettige kinderen geldt, voor wat de vader betreft, dat hieronder begrepen worden zowel de erkende als niet-erkende kinderen waarvan hij de verwekker is. De bepaling behandelt beide typen kinderen gelijk. Voor zover er verschillen optreden zijn deze het gevolg van verschillen in hetgeen omtrent de verschuldigdheid van levensonderhoud wordt bepaald in Boek 1. Verjaring (art. 1:405 lid 2) van de vordering tot het verstrekken van levensonderhoud van art. 1:394 lid 1 staat niet aan de onderhavige vordering in de weg, mits aannemelijk is dat de vader het niet-erkende kind alsnog levensonderhoud zou hebben verschaft wanneer dit naderhand nodig zou zijn gebleken.

Sub b: Ook andere bloed- of aanverwanten van de overledene hebben recht op vergoeding van gedeelde levensonderhoud. Hier geldt echter wel de eis dat de overledene ten tijde van het overlijden geheel of gedeeltelijk in hun levensonderhoud voorzag, zij het dat een krachtens rechterlijke uitspraak bestaande verplichting daartoe ook voldoende is.

Sub c: Ook personen met wie de overledene reeds voor de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust in gezinsverband samenwoonden (bijvoorbeeld de concubine) hebben, anders dan in oud BW, recht op gedeeld levensonderhoud.

De nabestaande moet reeds op het moment van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust met de overledene in gezinsverband hebben samengewoond. Andere samenlevingsvormen en vrijwillige ondersteuning buiten een gezinsverband zijn met het oog op de rechtszekerheid buiten de bepaling gehouden.

De overledene moet geheel of voor een groot deel in het levensonderhoud van het gezinslid hebben voorzien. Recht op vergoeding bestaat slechts voor zover aannemelijk is dat het verstrekken van levensonderhoud zonder het overlijden zou zijn voortgezet en het gezinslid redelijkerwijs niet voldoende in zijn levensonderhoud kan voorzien.

Sub d: Ook indien de overledene bijdroeg in het levensonderhoud van iemand waarmee deze in gezinsverband samenwoonde door het doen van de gemeenschappelijke huishouding kan de schade door het derven van dit levensonderhoud in natura worden vergoed. Het betreft hier derhalve een vergoeding voor vervangende huishoudelijke hulp indien bijvoorbeeld de echtgenote of concubine zou overlijden door een ongeval.

## **6 HET VORDERINGSRECHT**

### **6.1 Aanspraak maken op schadevergoeding**

De vordering waarbij aanspraak wordt gemaakt op schade dient te geschieden middels een verklaring die in elke vorm kan geschieden, ook mondeling. Om haar werking te hebben dient de verklaring de aansprakelijke persoon te hebben bereikt.

### **6.2 Verjaring en stuiting**

Indien na het bekend worden van de schade en de dader er vijf jaren niets meer gebeurd, is de vordering verjaard.

Deze termijn vangt aan vanaf het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Zowel de schade als de aansprakelijke persoon moeten derhalve bekend zijn.

De verjaringstermijn is vijf jaren vanaf laatst genoemd tijdstip en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt derhalve ongeacht of de benadeelde met de schade en/of de persoon bekend was. Een uitzondering op die 20-jaren termijn is schade ten gevolge van verontreiniging van stoffen (bijvoorbeeld asbest) lucht, water of bodem. In dat geval is de termijn dertig jaren.

Een vordering tot schadevergoeding wordt ook gestuit door erkenning. Elke handeling of gedraging zowel schriftelijk als mondeling waaruit blijkt dat de schuld is erkend, stuit de verjaring (bijvoorbeeld een aanbod tot betaling als bedoeld in art. 3:318). Men dient hiermede voorzichtig te zijn. In de praktijk kan niet elke brief en/of spijtbetuiging als erkenning worden aangemerkt.

Aandacht verdient ook de afzonderlijke regeling m.b.t. de vordering waarbij aanspraak gemaakt wordt op smartengeld art. 6:106 BW. Deze vordering is niet vatbaar voor overgang en beslag. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde zelf (of zijn gemachtigde) de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken. Mondelinge aanspraken zijn voldoende.

Indien de benadeelde is overleden zonder dat namens deze aanspraak is gemaakt op smartengeld dan kan de overgebleven partner daarop niet meer met succes aanspraak maken. De vordering gaat niet onder algemene titel over.

### **6.3 Verjaringstermijnen**

De nachtmerrie van iedere advocaat. Ik noem er enkele:

Rechtsvordering tot vergoeding van schade:	5 jaar;
in ieder geval vanaf gebeurtenis:	20 jaar;
Verontreiniging lucht, water, bodem	
in ieder geval vanaf gebeurtenis:	30 jaar;
Aanspraak op smartengeld:	5 jaar + tijdens leven;
Wet schadefonds geweldsmisdrijven:	3 jaar;
Vordering tegen WAM-assuradeur:	3 jaar;
Productenaansprakelijkheid:	3 jaar;

### **6.4 Belang bij de vordering**

De eisende partij dient aan de vordering een voldoende grondslag te leggen en de schade nader te omschrijven. Zoals hiervoor al gesteld is het onvoldoende om te stellen dat er sprake is van een onrechtmatige daad en schade. Elke zaak en elke schade is steeds weer anders. Hetgeen voor de een schade oplevert, behoeft voor de ander geen schadepost te zijn.

## 7 ANDERE RELATIES DAN TUSSEN SLACHTOFFER EN VEROORZAKER

### 7.1 Inleiding

In een aantal gevallen zijn vorderingen geschapen ten behoeve van het slachtoffer op andere (rechts)personen dan de veroorzaker zelf. Een voorbeeld is de vordering op de WAM-assuradeur (zie de bijdrage in een ander onderdeel van deze VSO-cursus). Ook zijn er in de praktijk door de rechtsoverheid fondsen opgericht teneinde een door de overheid gereguleerde schadeclaim vergoed te krijgen, zoals bijvoorbeeld het Schadefonds voor Silicose- en Asbestslachtoffers.

Het slachtoffer van geweldsmisdrijven heeft een aantal jaren geleden wettelijke steun gekregen door een schadefonds voor geweldsmisdrijven en middels een beter geregelde positie in het strafproces. De behandeling van schadeposten in een strafproces geschiedt in de praktijk alleen indien de schade eenvoudig is vast te stellen en te begroten. Voor meer ingewikkelde schades verdient het aanbeveling de weg naar de gewone rechter niet af te sluiten door een uitspraak van de strafrechter. Er zijn in alle regio's van Nederland bureaus voor slachtofferhulp opgericht die in de praktijk goed werk doen. In de meeste gevallen wordt het slachtoffer ondersteund en de weg gewezen naar schadeverhaal.

Een afzonderlijke regeling waarop we hieronder nader ingaan, is het Schadefonds voor Geweldsmisdrijven.

## 8 ENKELE SCHADEPOSTEN NADER BEKEKEN

### 8.1 Rente

Voor schade ontstaan na 1 januari 1992 is huidig recht van toepassing. De termijn van de wettelijke rente loopt vanaf het moment dat de schade is ontstaan. Art. 6:83 geeft aan dat het verzuim intreedt vanaf het moment dat de schadevergoeding niet terstond wordt nagekomen. Er is geen afzonderlijke ingebrekestelling nodig. Aangenomen wordt dat rente moet worden betaald vanaf het moment dat de schade is ontstaan. Daarvoor wordt een concrete schadebenadering gehanteerd hetgeen dus betekent dat rente verschuldigd is over schadeposten vanaf het moment dat de schade wordt geleden en uit het vermogen treedt van de benadeelde. Smartengeld wordt berekend vanaf moment ongeval, ook al wordt pas in een veel later stadium het definitieve bedrag bepaald.

Ingevolge artikel 173 Ow is bepalend of de schade vóór of na het in werking treden van de wet is ontstaan. Blijkt dit niet duidelijk, dan is beslissend of de schade er vóór of er na bekend is geworden. Op grond van artikel 182 Ow wordt huidig recht niet toepasselijk indien de schuldenaar vóór de inwerkingtreding in de nakoming van zijn verbintenissen is tekort geschoten, ook indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.

In de overgangswetgeving is derhalve sprake van eerbiedigende werking, hetgeen betekent dat oud recht van toepassing blijft indien de verbintenis is ontstaan vóór 1 januari 1992.

Naar oud BW wordt rente berekend over de schade vanaf het moment dat deze schade is gevorderd en op rente aanspraak is gemaakt. Het is dus niet zo dat vanaf 1 januari 1992 zonder meer rente kan worden doorberekend indien daarvoor is nagelaten op rente aanspraak te maken.

**Zie ook het hierna in hoofdstuk 10 te bespreken arrest HR, 17 oktober 1997, NJ 1998 508, waarin is uitgemaakt, dat de rente over smartengeld in beginsel kan worden berekend vanaf datum ongeval. Ook is in dit arrest uitgemaakt dat wettelijke rente kan worden berekend over de contante waarde van de toekomstschade ook indien die contante waarde verder in de tijd is teruggerekend. In dat geval moest naar oud recht wel aanspraak worden gemaakt op rente over de contante waarde.**

**De rente over de verdere, meestal concreet berekende, schadeposten wordt berekend vanaf datum dat die schade uit het vermogen is getreden.**

## 8.2 Ziekenhuiskosten

Deze worden integraal vergoed voor zover daarop geen aanspraak worden gemaakt bij de ziektekostenverzekeraar. Het feit, dat gelaedeerde verzekerd is voor bepaald ongevalsgevolg bijv. voor ziekenhuis 2e klas, brengt met zich mee dat de veroorzaker de ziekenhuiskosten 2e klasse dient te betalen. Het ziekenhuis heeft verhaal op de veroorzaker voor de kosten. Bij het verhaal door de ziektekostenverzekering op de laedens kan deze zich er niet op beroepen, dat dit slechts 3e klas hoefde te zijn indien het slachtoffer 2e klas verzekerd is.

De situatie van vóór het ongeval is voor de bepaling van de schade altijd van belang. Het slachtoffer kan geen eerste klas verpleging eisen als deze aldoor tweede klas verzekerd was.

## 8.3 Kosten ter voorkoming of beperking van schade

Alle redelijke kosten gericht op voorkoming, beperking of verzachting van schade worden vergoed.

Redelijkheidstoets achteraf. Het is niet van belang of die kosten ook werkelijk schade voorkomen of beperkt hebben.

Onder kosten ter beperking van de schade wordt begrepen schade van familieleden (naaste verwanten en concubine) gemaakt i.v.m. bezoek en welzijn van het slachtoffer: bijvoorbeeld reiskosten, kosten door verminderd werken partner indien nodig.

Het slachtoffer heeft deze schade veelal niet zelf betaald en toch wordt deze schade veelal vergoed naar oud en zeker naar huidig recht. De ratio achter de vergoeding is dat de besteding van deze uitgaven kunnen bijdragen (hebben kunnen bijdragen) tot herstel. Men noemt deze schade ook wel verplaatste schade.

Ook komen vaak kosten voor uit het niet altijd strikt aantoonbaar noodzakelijke semi-medische circuit, zoals acupunctuur. Deze uitgaven dienen uiteraard aan een redelijkheidstoets te voldoen maar worden veelal vergoed.

## 8.4 Kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid

Dit is voor de rechtspraak voor U van groot belang. Schroom niet in overleg met slachtoffer en verzekeringsmaatschappij deskundigen in te schakelen, die U bij de bepaling en vaststelling van de schade behulpzaam zijn.

Dit kunnen bijvoorbeeld zijn:

- Artsen voor de omschrijving van het medisch letsel, de behandeling, de te verwachten behandelingen in de toekomst, duur en aard van pijn, restcapaciteit, mate van arbeidsongeschiktheid onderscheiden naar medische invaliditeit en naar beroep. Zijn er psychische gevolgen aan te wijzen, welke toekomstige gevolgen zijn te verwachten, kan het erger worden.
- Stel objectieve vragen, zo uitvoerig mogelijk, die de arts dwingen uitvoerig te schrijven en alle medische aspecten te noemen. Neem geen genoegen met te korte of onvolledige omschrijvingen. Overleg met de arts.
- Revalidatieartsen. Beschrijvingen van duur, aard revalidatieproces. Waar liggen voor het slachtoffer beperkingen, wat kan het slachtoffer niet meer, wat gebeurt bij te lange of te intensieve belasting.
- Arbeidsdeskundigen. Tot welke arbeid was het slachtoffer in staat. Wat was het normale verloop van het arbeidsproces van het slachtoffer het ongeval weggedacht?
- Welke loonontwikkeling kon het slachtoffer verwachten, wat is het verloop bij alternatieve functies, welke kansen en carrièreplanning zijn mogelijk te verwachten, welke grenzen. Wat kunnen gezonde collega 's in vergelijkbare beroepen, welke inkomsten? De informatie van arbeidsdeskundigen is uitermate belangrijk voor de bepaling van toekomstschade.

- Welke arbeid kan het slachtoffer na het ongeval verrichten, hoe liggen daar de ontwikkelingen en kansen gezien de beperkingen?
- Accountants. Verloop van en gemiddelde winst uit onderneming. Gemiddeld besteedbaar/ consumptief inkomen. Berekening belastingschade.
- Schade-experts voor bepaling van zaak- toekomstschade. Meerdere bureaus houden zich hiermede bezig al dan niet in gemengde disciplines, bijvoorbeeld Pals en Audalet.
- Actuarissen. Berekening contante waarde, renteverloop.

En last but not least:

- de advocaat. De redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte worden vergoed. Zie ook HR 3 april 1987 NJ 88/275:

*"Terecht is het Hof ervan uitgegaan dat kort gezegd de kosten van buitengerechtelijke rechtshulp, ook als onderhandelingen niet tot overeenstemming leiden en een rechtsgeding volgt, kunnen behoren tot door de voor een verkeersongeval aansprakelijke te vergoeden schade.*

*Wie ten gevolge van een onrechtmatige daad schade lijdt, zal bij de vaststelling en begroting van de schade, alsmede bij zijn poging in der minne een vergoeding te krijgen niet zelden behoefte hebben zich, gezien de moeilijke feitelijke en juridische vragen, die zich daarbij kunnen voordoen, tot een of meer deskundigen te doen bijstaan. Vooral ook als aan de zijde van de aansprakelijke deskundigen optreden.*

*Voor zover de benadeelde in de gegeven omstandigheden redelijk handelde, door zich van deskundige bijstand te voorzien, behoort de aansprakelijke de daaraan verbonden kosten voor zover deze redelijk zijn, te dragen, want het is zijn onrechtmatige daad die tot het maken daarvan heeft geleid (2x redelijkheidstoets). Een en ander geldt in beginsel ook voor de kosten van een rechtsgeleerde raadsman. Komt het evenwel tot een geding, dan gelden voor de aan het voeren daarvan verbonden kosten bij uitsluiting de regels van de artikelen 56 en 57 Rv."*

In de praktijk worden deze buitengerechtelijke kosten wel eens gematigd indien het schadebedrag niet in verhouding staat tot het bedrag aan buitengerechtelijke kosten. (Zie bijvoorbeeld Kantongerecht Leiden 29 januari 1997, PRG 1997/4728. Anderzijds worden hogere buitengerechtelijke kosten toelaatbaar of aanvaardbaar geacht indien de graad van ingewikkeldheid en de beantwoording van de feitelijke juridische vragen daartoe aanleiding geven, ook indien bijvoorbeeld extra onderzoek is gedaan naar overlijdensschade. (Kantongerecht Rotterdam 11 januari 1993, VR 1993 nr. 106.

## 8.5 Autokosten

Ook in de praktijk worden zoals hiervoor al gesteld voor de vaststelling van schade twee berekeningen gemaakt, een met doorberekening van alle gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis en een tweede berekening, waarbij de schade veroorzakende gebeurtenis wordt weggedacht.

Die benadering resulteert veelal in het slechts aanvaarden van marginale kostensoorten voor uitgaven die zonder het ongeval er ook al waren, bijvoorbeeld autokosten. De kosten van de toch al aanwezige auto worden niet meegerekend, wel de variabele autokosten, de kosten van een verreden km behorende bij die auto. Het slachtoffer dat eerder geen auto had, kan vaak moeilijk volhouden er nu wel een nodig te hebben (zeker bij een relatief geringe schade).

In de praktijk worden door verzekeringsmaatschappijen zogenaamde verbondsrichtlijnen gehanteerd, waarbij voor elke soort schade een standaardbedrag geldt. Zo wordt voor verreden kilometers minimaal fl 0,40 per km aanvaard en voor ziekenhuisverblijf fl 50,00 per dag.

Een kleine goedkopere auto doet fl 0,40 per km, een grotere en duurdere wel fl 0,75 per km ook al zijn de echte marginale kosten van die auto iets minder.

## 8.6 Huishoudelijke hulp

Deze schadepost geeft veelal aanleiding tot discussies en verwikkelingen, omdat de omvang daarvan bij een concrete schadevaststelling moeilijk kan worden aangetoond. Een van de manieren is om door middel van geneeskundig onderzoek de beperkingen van het slachtoffer te laten vaststellen en daarna arbeidsdeskundig onderzoek te laten plaatsvinden naar de behoefte van ondermeer huishoudelijke hulp. In eenvoudigere gevallen wordt volstaan met een onderzoeksopdracht aan de Stichting Thuishulp, die de huishoudelijke hulpbehoefte per week berekent of bepaalt. In vele uitspraken van lagere rechters komen tegenstrijdige uitgangspunten voor. Een voorbeeld hiervan vormen twee recente uitspraken van gerechtshoven over dit onderwerp.

Hof Amsterdam 25 juni 1998 Verkeersrecht 1999/65

Hierin wordt toegewezen de kosten huishoudelijke hulp door een professioneel bedrijf op basis van een commercieel uurtarief van fl 28,00 per uur en wordt afgewezen het standpunt van de verzekeringsmaatschappij (Generali) dat moest worden uitgegaan van het aanmerkelijk lagere bedrag van de eigen bijdrage, die normaal gesproken wordt berekend bij hulp van de Stichting Thuishulp (retributietarief).

Daar staat tegenover de uitspraak van Hof Leeuwarden d.d. 30 december 1988, verkeersrecht 1999/66

Het slachtoffer had langere periode met inzet van familieleden, zwartwerkers en vrijwilligers voorzien in huishoudelijke hulp en vordert een geabstraheerd bedrag aan huishoudelijke hulp gebaseerd op offertes van instellingen.

In algemene bewoordingen erkent het Hof dat huishoudelijke hulp niet is beperkt tot het voorzien in de vergoeding voor de goedkoopste vorm van zorgverlening, doch zich uitstrekt tot datgene wat in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs passend moet worden geacht om het nadeel weg nemen. Daarbij moet acht worden geslagen op het prijsniveau van de gewenste hulp alsmede op de vraag of een bepaalde vorm van zorg hulp aansluit op de behoeften, de subjectieve beleving en de verdere gezinsomstandigheden van degene die de hulp heeft.

## 8.7 Verplaatste schade

Hiervoor is al gesteld dat er sprake is van een zelfstandig vorderingsrecht en dat het meestal ondergeschikte posten betreft. Dit kan anders worden indien bijvoorbeeld familieleden de verzorging op zich gaan nemen van het slachtoffer in plaats van de professionele hulp. In de praktijk zijn dan aan de orde of schadeposten zoals opgenomen verlof, de bestede uren aan het slachtoffer moeten worden betaald en de vraag of niet op een andere wijze schade had kunnen worden beperkt door inschakeling van bijvoorbeeld professionele gesubsidieerde hulp.

Een recent interessant arrest over deze kwestie is HR 28 mei 1999 NJ 99,564, Kruidhof-Gemeente Losser (zie bijlage 12.5). Het betreft ouders, beiden in dienstbetrekking werkzaam, die besluiten een 11-jarig kind met brandwonden zelf te verzorgen. De ouders besteden aan verzorging 1386 uren en berekenen daarvoor fl 15,00 per uur. Het Hof kende fl 15.000,00 toe voor deze post. Een tweede post had betrekking op het verlies van vakantiedagen en de vraag was aan de orde of dit vermogensschade van het kind was.

## 8.8 Smartengeld

In de literatuur worden twee redenen genoemd om smartengeld te vergoeden:

Als eerste grondslag wordt genoemd genoegdoening ten behoeve van het slachtoffer, bevrediging, correctie van het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde, een tegemoetkoming voor de aantasting van de persoon.

Een tweede reden is het boete-element. Het straffen van de persoon die het ongeval/smart heeft veroorzaakt.

Er is in theorie nog een derde element en wel met name een waarschuwingselement in maatschappelijke zin. De hoogte van het smartengeld kan maatschappelijk een waarschuwend effect hebben.

In de VS met haar juryrechtspraak staat dit bekend als punitive damages. Van de uitspraak gaat vaak een waarschuwing uit met sterk moraliserende en waarschuwend tendensen tot in het absurde toe. Twee voorbeelden: de Smartie- en de Mc Donalds-case.

Een werkgever (advocaat) werkzaam bij Baker & MacKenzie frommelt enkele smarties in het borstzakje van zijn secretaresse om ze er vervolgens weer uit te halen. De werkgever wordt door de enkele weken in dienst zijnde secretaresse "gesued". De punitive damages werden gesteld op 10% van het netto jaarinkomen van de advocaat en ook op 10% van het netto bedrijfsresultaat, waardoor in totaal aanvankelijk een zeer hoge schadevergoeding van \$ 7.100.000,00 werd opgelegd! Dit bedrag is later in appel aanmerkelijk gematigd, maar tot welk bedrag is niet bekend.

Bij Mc Donalds bestelt een bezoeker lauwe koffie in de auto en morst de ontvangen zeer hete koffie over haar schoot en loopt derdegraads brandwonden op. Mc Donalds schenkt met opzet hele hete koffie vanwege geur en smaak. De punitive damages werden berekend over de extra omzet ten gevolge van het schenken van extra hete koffie en werd aanvankelijk bepaald op \$ 2.900.000,00 ten laste van de Mc Donalds Corporation, maar ook later aanmerkelijk gematigd.

Nederland is van de welvarende landen ten opzichte van de VS het andere uiterste. Het smartengeld in Duitsland en Engeland is bijvoorbeeld beduidend hoger.

Er bestaat in de praktijk een "*Smartengeldrichtlijn Verbondscommissie Schaderegelingbeleid*". Deze richtlijn heeft in de praktijk veel kritiek ondervonden en wordt zeker bij een goede voorbereiding door de rechter vaker niet dan wel toegepast.

In de praktijk wordt ook ten onrechte verondersteld, dat smartengeld dient te worden betaald voor het ondergaan van lichamelijk letsel. Smartengeld wordt dan wel benaderd in een bedrag van b.v. fl 1.500,00 per % medische invaliditeit. 10% medische invaliditeit levert in die gedachtegang maximaal fl. 15.000,00 op. Die gedachtegang is te beperkt.

De schadevergoeding dient immers naar billijkheid te worden vastgesteld. De rechter heeft een grote vrijheid. Bij de bepaling van smartengeld dient de rechter met alle omstandigheden rekening te houden. Veel voorkomende omstandigheden die in de jurisprudentie voorkomen zijn:

- Aard en mate van het lijden.
- Mate waarin de benadeelde ook voor de toekomst lichamelijk is getroffen. Dit wordt onderscheiden naar gradaties van lichamelijk letsel.
- Leeftijd van het slachtoffer.
- Geestelijk letsel. In de memorie van antwoord bij artikel 6:106 BW wordt gesproken over een vergoeding in verband met "*de aantasting van de persoon*". Dit betekent dat ook ander nadeel dan enkel lichamelijk letsel dient mee te spelen.
- Men dient rekening te houden met andere omstandigheden in de persoon. Te denken valt bijvoorbeeld ook aan hetgeen het slachtoffer in de toekomst zou moeten missen, bijvoorbeeld deze kan niet meer voetballen en was een hartstochtelijk en enthousiast voetballer.
- Andere omstandigheden bij de veroorzaker, die meespelen zijn de aard van de aan de gedaagde verweten gedraging (schuldgraad). De aard van de aansprakelijkheid en de economische omstandigheden van beide partijen.

U ziet: geen enkele schade is gelijk. Elk slachtoffer is ook uniek. Standaardbedragen en/of tabellen zijn niet de juiste oplossing, ook niet de ANWB Smartengeldgids.

## **8.9 Verlies arbeidsvermogen**

Dit is het verschil tussen enerzijds het bedrag dat het slachtoffer zou hebben verdiend als hem het ongeval niet was overkomen en anderzijds het bedrag dat het slachtoffer verwerft na ongeval. Het eerste bedrag wordt berekend aan de hand van de werkelijke verdiensten van het slachtoffer in de periode voorafgaand aan het ongeval. Meestal wordt het laatste jaar als uitgangspunt genomen. Bij een ondernemer gaat men veelal van de laatste drie jaren uit.

## 8.10 Belastingcomponent

De terminologie verlies arbeidsvermogen heeft ook een belastingtechnische achtergrond. In het belastingrecht zijn immers de bronnen, die tot belastingaanslagen leiden, afzonderlijk benoemd. Deze bronnen zijn: inkomen uit arbeid, inkomen uit onderneming, inkomen uit een periodieke uitkering en inkomen uit vermogen. Meer zijn er niet.

De verloren gegane toekomstige capaciteit om inkomsten te verwerven is dus ook voor de schaderegelingspraktijk geen belastbare bron. Vandaar dat gesproken wordt over "*verlies arbeidsvermogen*". Men gaat er in de praktijk vanuit dat daarover geen belasting wordt betaald. In een aantal gevallen is bij verschenen schade en bij berekende winst uit onderneming wel een belastingaanslag gevolgd.

Bij het vaststellen van het verlies arbeidsvermogen tot de berekeningsdatum van de schade moet men voorzichtig zijn. Indien men dit verlies als inkomenssupplement zijdens de verzekeringsmaatschappij omschrijft zou de belastingdienst formeel een reden hebben om wel een aanslag op te leggen.

In beginsel zijn alle vormen van schadevergoeding zoals materiële schade, verlies arbeidsvermogen, toekomstschade en smartengeld belastingvrij. Indien rente wordt verkregen over het uitgekeerde vermogen dan is dit winst uit vermogen en derhalve wel belastbaar. De inkomstenbelasting over rente wordt niet als schade aangemerkt.

In het weinig tot niet voorkomende geval dat over de schade-uitkering (excl. De rentecomponent) belasting zou moeten worden betaald, dan behoren die belastingen tot de schade en moeten die worden meegerekend. Dat is ook de reden, dat in de praktijk veelal een belastinggarantie wordt verlangd over de schade-uitkering.

Vanaf 2001 wordt smartegeld en schade-uitkeringen die overblijven bijvoorbeeld om toekomstige schade te financieren belast in box 3. Er wordt verondersteld dat het vermogen 4% rendement oplevert. Dat veronderstelde rendement met een vermogens-af trek van ca 37.500 wordt belast met een vast percentage van 30%. In de praktijk betaalt men derhalve over het meerdere na de aftrek 1,2% over het vermogen.

## 8.11 Voorbehoud op toekomstige wijzigingen in de WAO-uitkering

In het geval dat het slachtoffer een arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft is het van groot belang om bij de vaststellingsovereenkomst danwel in de procedure wel een duidelijk voorbehoud te maken ten aanzien van de eventuele teruggang in de hoogte van die uitkering al dan niet ten gevolge van verdere wijzigingen in het stelsel. De verzekeringsmaatschappijen zullen veelal een dergelijke clause van de hand willen wijzen.

Ook wordt veelal een belastinggarantie verzocht voor het geval dat de uitkering toch in box 1 of 2 belast zou worden.

## 9 OVERLIJDENSSCHADE

### 9.1 Behoeftte en behoefligheid

Bij het berekenen van de omvang van het gederfd levensonderhoud spelen de begrippen behoefte en behoefligheid een rol. Behoefte is een kwantitatief begrip. Het geeft aan wat iemand in materiële zin nodig heeft om een bepaalde levensstandaard te kunnen blijven voeren. Het begrip behoefligheid ziet dan op het ontbreken van de middelen om in de behoefte te voorzien.

De nabestaanden hebben elk een afzonderlijk eigen recht, dat ook op zichzelf dient te worden beoordeeld. Alimentatie aanspraken kunnen bijvoorbeeld niet op een lijn worden gesteld met schadevergoedingsaanspraken. Verder is het zo dat de aanspraak van een moeder eindigt bij hertrouwen. Die eindigt niet al bij samenwonen. Wel treedt dan een besparing op. De aanspraak van een kind loopt door na hertrouwen van de moeder. Meestal loopt de schade van een kind door tot 18 jarige leeftijd, maar latere leeftijden zijn ook te verdedigen, met name als het gaat om een studierend kind.

## 9.2 Opkomende voordelen

Verder is het van belang om op te merken dat opkomende voordelen en periodieke uitkeringen moeten worden toegerekend aan degene bij wie het voordeel opkomt. Zo moest de vroegere AWW-uitkering voor 100% aan de achtergebleven partner worden toegerekend, ook al zat in die uitkering een toeslag voor overige gezinsleden.

Verrekening van voordelen van bijvoorbeeld de moeder met de lasten van het kind zijn niet toelaatbaar.

## 9.3 Splitsing en verdeling van vaste en variabele lasten

Bij de berekening van de omvang van het gedeerd levensonderhoud, moet eerst een onderscheid worden gemaakt tussen vaste en variabele lasten. Vaste lasten zijn kosten die niet door het overlijden worden beïnvloed of kosten onafhankelijk van de gezinssamenstelling. Dit zijn bijvoorbeeld de vaste lasten van de woning. Men gaat ervan uit dat weduwe en kinderen recht en belang hebben om de woonstatus te blijven behouden. De vaste lasten blijven dus. De overige lasten hebben betrekking op het consumptieve of het besteedbare variabele inkomen van elk gezinslid. Die zijn dus afhankelijk van de gezinssamenstelling. Vaak neemt men voor deze splitsing een bepaald percentage. Afhankelijk van de hoogte van het inkomen schommelt het percentage vaste lasten tussen de 30% en 45%. Het variabel besteedbaar inkomensdeel van de overledene is geen last meer en dient bij de schadebepaling ook niet meer te worden betrokken.

Na bepaling van het resterend besteedbaar consumptief inkomen moet dit over de nabestaanden worden verdeeld. Dit geschiedt meestal op basis van de Amsterdamse Voedingsschaal, of modernere schalen (zie bijlage 10.1). Deze schalen zijn gebaseerd op wat de afzonderlijke gezinsleden aan voeding consumeren. Er is kritiek op, maar de schalen geven wel enig houvast voor de berekening. Het is gebruikelijk om, in tegenstelling tot wat de schalen aangeven, het aandeel van de man en de vrouw in de variabele lasten beide op 100 te stellen.

## 9.4 Verdeling vaste lasten

Verder is het bij de berekening van een overlijdensschade van belang om te weten dat tot het levensonderhoud ook de vaste lasten behoren, welke over de achterblijvende partner en kind moeten worden verdeeld in de verhouding 2:1. Als er meer kinderen zijn, dan moeten die worden verdeeld in de verhouding 2:1:1 (:1 enz.). Dat volgt uit het Rijnders-arrest (HR 21 februari 1992, NJ 1992/339). Dit arrest is bijgevoegd als bijlage 11.5.

Elk jaar moet de verdeling worden aangepast aan de nieuwe verhoudingen. Dat maakt de berekening bijzonder bewerkelijk. Gelukkig bestaan er computermodellen voor.

## 10 TOEKOMSTSCHADE

Alle denkbare schadeposten lopen niet alleen vanaf datum ongeval tot aan de datum waarop de schade wordt berekend en betaald, maar kunnen veelal in de toekomst doorlopen. Uiteraard mag deze toekomstschade niet worden vergeten.

Bij het bepalen van toekomstschade komt een groter aantal begrippen voor die hierna slechts kort kunnen worden toegelicht. Ook zal daarbij aandacht worden besteed aan enkele argumenten, die bij het bepalen van toekomstschade een rol zouden kunnen spelen.

### 10.1 Het toekomstige schadebedrag

Die toekomstschade is vermogensschade en kan bestaan uit steeds jaarlijks wederkerende dus terugkerende posten, zoals bijvoorbeeld materiële schade, huishoudelijke hulp, wegvallen zelfwerkzaamheid, vervoerskosten, telefoonkosten, medische hulp, maar ook verlies arbeidsvermogen.

Deze jaarschaden behoeven niet elk jaar even groot te zijn. Een slachtoffer zou bijvoorbeeld in de toekomst meer hebben kunnen verdienen, bijvoorbeeld omdat op grond van de arbeidsovereenkomst en de toepasselijke CAO een reële inkomensstijging voorzien is. Dit is dan te herleiden door de betreffende CAO van het slachtoffer erop na te slaan. Indien deze in een bepaalde functie in functiegroep 2 zit en die groep gaat t/m 6, dan is te verwachten dat het slachtoffer die functiegroep in de toekomst zal doorlopen en er dus sprake zal zijn van een reële inkomensstijging over een periode die aan de hand van de CAO kan worden herleid.

Ook is het zeer wel denkbaar dat verlies arbeidsvermogen wordt berekend tot bijvoorbeeld 65 jaar, terwijl de wederkerende jaarlijkse schade daarna doorloopt. In de berekening maakt dan de jaarschade een grote knik.

## **10.2 Valutadatum**

Dit is het tijdstip waarnaar de schade wordt toe- of teruggerekend. Indien bijvoorbeeld de onderhandeling omtrent de schadevaststelling in augustus 1998 plaatsvindt, dan kan de schade naar 1 januari 1999 worden berekend met alle verschenen schadeposten en rente. De toekomstschade wordt meestal contant gemaakt met terugrekening van alle na 1 januari 1999 veronderstelde schade naar deze datum. Zo'n tijdstip wordt valutadatum genoemd en vormt de grens tussen verschenen en toekomstschade.

## **10.3 Contante waarde**

De voornoemde schadeposten kunnen ook na een ongeval zeer lang door blijven lopen. Dat hoeft een regeling niet in de weg te staan. Door middel van een rekenkundige formule worden toekomstige jaarschaden teruggerekend naar het uitkeringstijdstip. Men noemt dat kapitaliseren. Men maakt de toekomstige schade dan alvast contant. Door middel van een kapitalisatieberekening kan men dus de contante waarde van de toekomstige schade uitrekenen. Dit geschiedt door de veronderstelde schade van elk toekomstig jaar terug te rekenen naar de valutadatum. Daarbij neemt men aan dat rente (minus inflatie) berekend over het vermogen de toekomstschade zal verminderen.

## **10.4 Inflatie**

Een gulden of binnenkort de euro is al over 1 jaar niet meer diezelfde gulden of euro. De waardedaling van onze koopkracht in de loop der tijd wordt in een percentage per jaar weergegeven. Zulks wordt inflatie genoemd. In de berekening moet dus gekozen worden voor een toekomstig inflatiepercentage. Meestal wordt dit geschat of veronderstellende wijze aangenomen op steeds wisselende percentages. De verschillen waren in de afgelopen jaren erg groot. De inflatie kan onder meer worden afgelezen aan de hand van bijvoorbeeld de prijsindexcijfers CBS werknemersgezinnen met laag inkomen.

## **10.5 Rente**

De verkregen schadevergoeding zal men niet in een keer opmaken. Er moet immers ook in de toekomst schade van worden "betaald". In die tussentijd genereert het vermogen echter rente, hetgeen het slachtoffer ook weer kan aanwenden om zijn schade van te "betalen". Deze rente is derhalve een factor waardoor de toekomstschade wordt beperkt.

Indien de looptijd korter is, is de rente veelal lager. Nu uit het vermogen elk jaar bestedingsruimte moet worden afgenomen, zal de opbrengst van het vermogen niet zo hoog kunnen zijn. In het algemeen hanteert men 5 of 6%. Vanaf 2001 is er reden meer om uit te gaan van de door de overheid veronderstelde vermogensopbrengst van 4%. Dat lijkt een redelijk uitgangspunt.

## **10.6 Rekenrente**

Voor de berekening van toekomstschade wordt door de meeste verzekeringsmaatschappijen het begrip rekenrente gehanteerd. Dit is het verschil tussen de werkelijke renteopbrengst van het vermogen minus het inflatiepercentage. Indien bijvoorbeeld de rente op 5% wordt geschat en de inflatie op 3%, dan levert dit een rekenrente op van 2% (5%-3%). Het toekomstig schadebedrag wordt dan tegen die rekenrente contant gemaakt. Volgens mij is een dergelijke soort berekening om meerdere redenen niet juist. Hierop kom ik dadelijk terug.

Men dient zich in het algemeen niet te vergissen in de verschillen, die in de praktijk teweeg worden gebracht. Een verschil van 1% kan enorme gevolgen met zich meebrengen zoals blijkt uit het volgende voorbeeld.

Indien een weduwe 40 jaar lang elk jaar  $f$  5.000,00 zou moeten hebben, dan is de contante waarde van alle jaarschades samen bij een verschillende rekenrente als volgt:

Rekenrente	Contante waarde
= 1%	165.992,00
= 2%	138.137,00
= 3%	117.295,00

Indien wordt uitgegaan van 4% rente en een inflatie van 2% dan zal de rekenrente 2% moeten zijn. Daarvan komt nog in mindering de 1,2% box-3 belasting. Naar mijn mening is een rekenrente van hooguit 15 redelijk.

## 11 SLOT

Het bovenstaande is zeer globaal. In de praktijk kunnen bij elke schadevaststelling afwijkingen of aanvullingen gelden. Ieder mens en daarbij iedere schade is weer anders.

Mr R.M.W.H. Bedaux

