

Uitleiding

Een eerlijk schadeverhaal leidt tot verhaal van schade.
Zorgvuldig schaderegelen en zinvol schade vergoeden:
over angst, moed, vertrouwen, gunnen en creativiteit

Mr. A.H. (Harry) Blok¹

Inleiding

Een bezoek aan het Gronings Letselschadecongres is een vreugdevolle bezigheid. De reis naar het Noorden heeft iets van een bedevaart. De hectiek van de dagelijkse praktijk valt bij het verglijden van de kilometers van de schouders en er komt ruimte voor bezinning en reflectie op de dagelijkse praktijk van de letselschaderegeling, inclusief de gevallen waarin die in een slagveld of knollentuin is ontaard.

Aangekomen bij dit hoofdstuk van de bundel, hoeft het u niet te verbazen dat ik zelfs bij benadering geen poging onderneem de voorgaande bijdragen inhoudelijk in completo te bespreken, laat staan te bekritisieren. Daartoe ontbreekt mij de tijd, de deskundigheid en de vereiste wetenschappelijke objectiviteit.

Een bijzondere vermelding verdient wel de bijdrage van Hartlief. Zij biedt een indrukwekkend overzicht van het geldend recht over de schadebegroting, inclusief een vermelding van alle publicaties in de literatuur van de afgelopen 10-15 jaar. Daarmee is de bijdrage verplichte kost voor iedere praktijkjurist, die immers wel geacht wordt kennis te nemen van de ontwikkelingen in de wetgeving en jurisprudentie, maar van de meer beschouwende publicaties in de literatuur hooguit de hoofdlijnen mee krijgt.

In het kader van deze Uitleiding op de congresbundel confronteer ik de inhoud van de voorgaande bijdragen met een viertal casusposities uit mijn eigen letselschadepraktijk. Ik probeer zo te achterhalen of zij een oplossing bieden voor een viertal dossiers die mij in de periode sinds de dag van het congres hebben beziggehouden en waarin een verschil van mening over de schadebegroting voor ligt. Vervolgens zoom ik dieper in een selectie van de andere hoofdstukken van deze bundel en hetgeen daar al dan niet ‘achter weg lijkt te komen.’ De conclusie zal zijn dat een ‘revolutie’ in de schadebegroting ertoe noopt ook andere, in de literatuur als funda-

¹ LSA-advocaat bij BVD-advocaten in Veenendaal. Met dank aan mijn kantoorgenoten mr. P.W. Blok en mr. W.C. Bieshaar van de sectie Aansprakelijkheids-, Verzekeringsrecht en Letselschade van mijn kantoor.

menteel beschouwde, uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht ter discussie te stellen of te relativeren.

Mijn positie

Sinds 1998 ben ik als advocaat werkzaam op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht en de letselschade. Tot en met 2009 hoofdzakelijk aan de betalende kant, sindsdien met name aan de halende kant van de schaderegeling.

De bespreking van de hierna volgende casusposities geschiedt vanuit een per definitie eenzijdig of zo u wilt partijdig perspectief, namelijk dat van het slachtoffer / de benadeelde in het betreffende geval. Sommige zaken zijn onder de rechter of zullen mogelijk nog onder de rechter komen, hetgeen de vrijheid om in detail te treden hier en daar beperkte of noopte tot het toepassen van de nodige abstractie. Het gaat mij om de problematiek die daarin speelt alsmede om de vraag of en zo ja hoe deze met behulp van hetgeen de voorgaande bijdragen aandragen over hetgeen het geldend recht zou kunnen of moeten zijn, al dan niet kan worden opgelost. The proof of the pudding is in the eating.

Casus 1: schade ten gevolge van vervroegde verkoop eigen woning

Zowel Hartlief als De Hek maken melding van de mogelijkheid van het schatten van de schade. Hartlief beschouwt deze onder verwijzing naar HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 (*wrongful life*) als een bron van ongekende mogelijkheden ('toverstokje'). Bij De Hek heeft zij een enigszins dreigende toepassing. Als het niet anders kan, hakt de rechter de knoop door, welke spaanders daarbij ook zouden vallen. Al te veel heil (of geluk) moet er niet van worden verwacht.

Artikel 6:97 BW biedt de rechter in theorie inderdaad een grote mate van vrijheid bij de wijze van schadebegroting. De Hek noemt, met recht, de beperkingen die het processuele debat daarbij met zich mee brengt. Mijn ervaring is echter dat (feiten) rechters zeer huiverig zijn voor een schatting van de schade en zij daartoe alleen over gaan als het echt niet anders kan. Hartlief maakt daarvan ook melding:

'(...) in de zaak Moonen komt goed naar voren hoe lastig het is voor rechters om een knoop door te hakken wanneer deskundigen zich op de vlakte (moeten) houden.'

Tot nader 'bewijs' mijnerzijds noem ik de beslissing in deelgeschil van Rechtbank Rotterdam van 18 oktober 2016, *JA* 2017/1 in de zaak *X/Univé*. De benadeelde is op 16 mei 2009 aangereden door een bromscooter op het moment dat zij met de fiets aan de hand een voetgangersoversteekplaats overstak. Zij was toen 70 jaar oud. Het ongeval heeft grote gevolgen gehad voor haar tot dan toe goede gezondheidstoestand. Zij heeft ernstige evenwichtsproblemen, mist het gehoor van het linkeroor, het gezichtsvermogen van het rechteroog en ziet met het linkeroog nog slechts 15%. Vanwege deze beperkingen kon zij niet terugkeren naar de woning waarin

zij voordien nog geheel zelfstandig woonachtig was. Mevrouw heeft lange tijd in een verzorgingstehuis verbleven en is uiteindelijk verhuisd naar een zogeheten service-appartement.

De voorgaand belangenbehartiger heeft getracht te komen tot een algehele afwikkeling door middel van een som ineens, met andere woorden de zogenaamde ‘zak met geld’. Daarbij is het standpunt ingenomen dat de benadeelde in de zogenoemde hypothetische situatie zonder ongeval tot haar tachtigste levensjaar in de eigen woning zou hebben gewoond (1 mei 2020).

In plaats van op dat moment, moest de woning nu eerder worden verkocht en wel in een zeer ongunstige periode, namelijk op het dieptepunt van de economische crisis. De woning is medio 2011 te koop gezet voor een vraagprijs van € 169.000. De WOZ-waarde bedroeg toen € 182.000. Deze was gebaseerd op een schatting van de waarde per 1 januari 2010. De woning is in 2013 uiteindelijk verkocht voor een bedrag van € 130.000. Er is aanspraak gemaakt op vergoeding van het verschil, waarbij nog een aftrek is toegepast voor uitgespaarde kosten van (regulier) onderhoud, verzekeringspremie e.d. Uiteindelijk lagen partijen € 35.000 uit elkaar.

Dit verschil bleek onoverbrugbaar, zodat een verzoekschrift voor een deelgeschil is ingediend om – conform artikel 1019w Rv – alsnog te komen tot een vaststellings-overeenkomst. De rechtbank is uitdrukkelijk verzocht om, in het geval zij van oordeel zou zijn dat de schade niet nauwkeurig zou kunnen worden vastgesteld (aldus de eerste helft van de tweede volzin van artikel 6:97 BW), de schade te schatten. Daarbij is onder meer gewezen op:

- de leeftijd en toestand van de benadeelde (inmiddels 78 jaar);
- het feit dat pogingen tot een onafhankelijke taxatie waren afgeketst op het feit dat makelaars en/of deskundigen geen uitspraak zouden kunnen of mogen doen over toekomstige waardeontwikkeling;
- aangegeven dat over de waarde van een woning altijd discussie kan bestaan;
- de WOZ-waarde in ieder geval een zekere mate van objectiviteit heeft; en
- het niet op voorhand onredelijk zou zijn om de verkoopwaarde in 2020 te stellen op ten minste de WOZ-waarde per 1 januari 2010.

Door Univé is wel verweer gevoerd tegen laatstgenoemd uitgangspunt, maar een alternatief is niet gegeven.

De rechtbank besluit tot benoeming van een of meer deskundigen omdat (a) de WOZ-waarde de grondslag is voor de gemeentelijke belastingheffing en zij niet altijd overeenkomt met de werkelijke waarde van de woning en (b) onvoldoende zou zijn onderbouwd waarom de WOZ-waarde in 2010 representatief zou zijn voor de marktwaarde in 2020.

De rechtbank wijdt aan het (subsidiare) verzoek tot een schatting letterlijk geen enkel woord. Dat is tenminste opvallend: er lag een (althans in zekere mate) objec-

tief aanknopingspunt voor, zijnde de WOZ-waarde per 1 januari 2010, zodat het toepassen van een schatting naar vaste rechtspraak in ieder geval zou zijn toegestaan. Een schatting van de mogelijke verkoopwaarde per 1 mei 2020, voor zover al mogelijk en toegestaan, kan niet op voorhand als een per definitie meer objectief of beter aanknopingspunt worden beschouwd.

De bijdrage van Hartlief had, juist ook in de vergelijking met de jurisprudentie over zaakschade, achteraf nog wat extra handvatten kunnen geven om de rechter in het voorliggende geval te verleiden tot een schatting. In lijn van HR 28 januari 2005, *NJ* 2008/55 (Dakar) en het recente vonnis van Rechtbank Assen² zou de vordering kunnen worden vormgegeven als een vergoeding van gemiste fictieve huurwaarde over de periode 2013 t/m 2020.³ Uitgaande van een huurprijs van bijvoorbeeld minimaal ca € 500 per week zou dat een bedrag opleveren in dezelfde orde van grootte als thans in rechte is gevorderd.

De beschikking van de rechtbank lijkt dus een bevestiging van de indruk dat de rechter sterk geneigd is om een schatting te voorkomen c.q. te ontwijken door bijvoorbeeld het (opnieuw en/of nog weer opnieuw) benoemen van één of meer deskundigen. Die terughoudendheid is ook niet verwonderlijk, omdat de Hoge Raad wat betreft het bewijs van schade enerzijds overweegt dat de gewone regels van stelplicht daarop niet van toepassing zijn en het voldoende is dat de schade aannemelijk wordt gemaakt⁴, maar anderzijds – vooral als het verweer daartoe aanleiding geeft – wel bewijslevering in de klassieke zin kan worden bevolen.⁵

De schaarse gevallen waarin de feitenrechter in letselschadezaken daadwerkelijk tot een schatting overgaat, worden niet zelden als een bedrijfsongeval beschouwd.⁶ Dat geldt ook voor de door Hartlief genoemde vonnissen. Artikel 6:97 BW heeft daarmee, zoals in het *wrongful life*-arrest ook het geval lijkt, vooral een retorische of argumentatieve functie, tot een daadwerkelijke schatting in financiële zin komt het zelden tot nooit. Als het, zoals in *Moonen/Vossen*, de facto wel tot een schatting komt, aarzelt de Hoge Raad niet om (fors) in te grijpen. Of artikel 6:97 BW daadwerkelijk het toverstokje zou kunnen zijn voor een paradigmaverschuiving in de schadebegroting – hoezeer soms ook gewenst – waag ik derhalve te betwijfelen.

Casus 2: verhuizing naar een aangepaste woning

Een andere casus die mij het afgelopen jaar hoofdbrekens heeft gekost, heeft eveneens te maken met de zogenoemde eigenwoningproblematiek. Het betreft een 56-jarige cliënt die door een fietsongeval knieletsel heeft opgelopen en daarom – zo

2 Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, *RAV* 2017/61.

3 Aldus als het ware in omgekeerde zin HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/122.

4 Onder meer HR 18 april 1986, *NJ* 1986/567 m.nt. Van der Grinten.

5 Onder meer HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002/132 (*NJ* 2010/61).

6 Zie bijvoorbeeld Rb. Roermond 8 februari 2006, *JA* 2006/57. Ook het door Hartlief besproken vonnis Rb. Amsterdam 17 maart 1994, *VR* 1995/204 lijkt in het licht van HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 (baby Kelly) op een onjuiste leest te zijn geschoeid.

staat tussen partijen vast – moet verhuizen naar een rolstoeltoe- en doorgankelijke woning omdat de huidige woning niet aanpasbaar is.

In de eigen woonplaats blijkt, ook na een lange zoektocht, een dergelijke woning niet beschikbaar. Het is mogelijk een bestaande woning aan te passen. Ook is het mogelijk een aangepaste nieuwbouwwoning te realiseren. De financiële consequenties daarvan zijn fors, mede omdat de aangepaste woning een fors grotere perceeloppervlakte en inhoud behoeft. De cliënt beschikt niet over middelen om de aankoop van een dergelijke woning te financieren. Hij kan vanwege zijn leeftijd – en door het ongeval teruggelopen inkomen – geen (extra) hypotheek meer krijgen en het geheel aan schadevergoeding over de gehele looptijd (derhalve met gebruikmaking van de door Hartlief genoemde ‘zak geld’) is, zowel inclusief als exclusief reeds betaalde voorschotten, onvoldoende om het ‘gat te dichten.’

Verzekeraar stelt zich primair op het standpunt dat de aankoop van een dergelijke aangepaste, maar ook duurdere woning leidt tot een vermogensvermeerdering en dat aldus de extra kosten wegvallen tegen een voordeel in de zin van artikel 6:100 BW.⁷ Voor zover dat al niet het geval zou zijn, zou de vordering beperkt zijn tot de extra woonlasten die aan het bewonen van een dergelijke woning verbonden zouden zijn. Aldus wordt de facto de aankoop van een dergelijke woning geblokkeerd, omdat er geen mogelijkheden zijn de aankoop uit eigen middelen of door middel van een verhoogde hypotheek te financieren.

In een poging aankoop toch mogelijk te maken, heb ik de verzekeraar voorgesteld om voor een met ‘het gat’ overeenkomend deel mede-eigenaar te worden van de woning of voor dat bedrag een renteloze lening te verstrekken die bij verkoop van de woning, eventueel met een vergoeding van een deel van de tussentijdse waardestijging, weer zal worden afgelost. Een dergelijke constructie zou volgens verzekeraar vanwege een vermeende strikte scheiding tussen het Schade- en Levenbedrijf niet zijn toegestaan of op administratieve bezwaren stuiten. Medewerking wordt in ieder geval niet verleend of toegezegd. Binnenkort zal een procedure uitsluitel moeten bieden.

De casus is interessant omdat buiten kijf is dat noodzaak bestaat voor de aanschaf van een aangepaste woning. De cliënt hoeft geen genoegen te nemen met een vroegtijdige verhuizing naar een appartement waarbij het niet mogelijk meer zal zijn om zijn hobby’s als tuinieren en klussen aan allerlei apparaten uit te oefenen, terwijl de behoefte daaraan – het ongeval heeft ook geleid tot een niet-gewilde vervroegde uitval uit het arbeidsproces – in de situatie na/met ongeval juist extra groot is.

⁷ Vgl. in dit verband HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 waarin in het kader van een beroep op voordeelverrekening ook de vraag op komt wat de vergoedbare schade is of zou moeten zijn in de zin van art. 6:98 (en 6:97 en 6:95) BW.

De verplichting tot herstel wijst mijns inziens eenduidig in de richting van het door de verzekeraar moeten aanbieden van een aangepaste woning. Lezing van de bijdrage van Loth over het herstellen van de autonomie zou daartoe moeten volstaan. Derhalve zou de verzekeraar de aanschaf van een dergelijke woning in de terminologie van Hartlief ook moeten ‘faciliteren en financieren’. Toch hebben partijen daarover een diepgaand verschil. Een duidelijk precedent ligt niet voor. In het weliswaar in feitelijk opzicht buitenissige en in veel opzichten niet vergelijkbare geval van Hof Arnhem 27 maart 2014, *JA* 2014/38 werd door het hof de schade overigens wél geschat, maar met een in financieel opzicht voor benadeelde(n) niet slechts hoopgevende uitkomst.

Loth heeft mijns inziens volstrekt gelijk in de slotzin van zijn conclusie dat bij het realiseren van het herstel niet de vermogenspositie van de benadeelde voor en na ongeval bepalend is, maar de mogelijkheden om, gegeven de capaciteiten en het welbevinden van het slachtoffer, een waardevol leven te realiseren. De interessante vraag is of die waarden de rechter overleven, die de schade immers moet uitdrukken in een bedrag in geld.⁸ Biedt de benadering van Loth – indachtig de waarschuwing van Lucebert⁹ – een voldoende ‘harde’ grondslag voor het afdwingen van een bepaald bedrag aan schadevergoeding in het concrete geval?

Het Gronings Letselschadecongres 2015 was gewijd aan de relatie tussen letselschade en mensenrechten.¹⁰ Een (te) korte samenvatting en/of (wellicht onjuiste) indruk mijnerzijds is dat een inbreuk op mensenrechten, mede gelet op de jurisprudentie vanuit Europa (zowel EHRM als HvJ EU), kan dienen als grondslag voor een vordering tot schadevergoeding, maar dat de bedragen die als schadevergoeding worden toegewezen in de regel zeer beperkt zijn.

8 Dit naar het oude gezegde: *omnia iudicia, pecuniaria sunt*, vgl. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 en de daarop volgende discussie in de literatuur of het (aansprakelijkheids- en/of schadevergoedings)recht (uiteindelijk) iets anders te bieden zou hebben dan ‘geld.’

9 De zeer oude zingt:
er is niet meer bij weinig
noch is er minder
nog is onzeker wat er was
wat wordt wordt willoos
eerst als het is is het ernst
het herinnert zich heilloos
en blijft ijlings
alles van waarde is weerloos
wordt van aanraakbaarheid rijk
en aan alles gelijk
als het hart van de tijd
als het hart van de tijd.

10 F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman, *Letselschade en Europa; Internationale invloeden op de Nederlandse letselschadepraktijk*, BJu, Den Haag, 2016.

Zijn fundamentele rechten inderdaad meer dan een troefkaart?¹¹ Kunnen zij daadwerkelijk dienen als een adequate en effectieve ‘remedy’, in die zin dat daarmee aan een op ‘vermogensschade’ – in de zin van geleden verlies en gederfde winst¹² – gebaseerde en daarmee uiteindelijk financieel-economische wijze van schadebegroting kan worden ontkomen? Bieden zij daadwerkelijk ruimte om ook buiten de begroting van het smartengeld (als een vergoeding naar billijkheid van het immaterieel nadeel) te komen tot een voldoende (en indien nodig ruimhartige) vergoeding voor ‘geschonden of gemiste’ capaciteiten, ook als niet of niet zeer evident sprake is van ‘harde’ schade in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW? Als dat het geval zou zijn, is het debat over de noodzakelijke verhoging van het smartengeld in één klap gereduceerd tot geneuzel in de marge.

Casus 3: proportionele (ver)delingen

Hartliefs derde casus is er een van medische aansprakelijkheid. Een deelgebied dat hij eerder uitmuntend in kaart bracht in zijn preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht in 2007.¹³ Tussen beide publicaties zijn de arresten van de Hoge Raad over de proportionele aansprakelijkheid en de kansschade geweest.¹⁴ De uit die arresten voor de schadebegroting voortvloeiende problematiek komt in de bijdrage van Hartlief helaas niet aan de orde, terwijl in ieder geval het leerstuk van de kansschade ook als een toepassing van schadebegroting wordt beschouwd.¹⁵

In de schaderegeling is de vraag of een proportionele factor moet worden toegepast en, zo ja, welke (ongeveer); een breinbreker, al was het maar omdat juristen in het algemeen en wat kansberekening in het bijzonder hun alfa-achtergrond niet verloochenen en slecht kunnen rekenen.¹⁶ Het berekenen van een eventuele factor is niet zelden op zich onderwerp van een procedure tot in hoger beroep.¹⁷

Dat schadebegroting juist in medische aansprakelijkheidszaken niet los kan worden gezien van de discussie over een proportionele factor wordt geïllustreerd door de volgende casus, ontleend aan Rechtbank Zeeland-West Brabant van 19 februari 2014, *GJ* 2014/148.¹⁸

11 Vgl. Richard Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977.

12 Zie aldus letterlijk: art. 6:95 en 6:96 lid 1 BW. Zie ook r.o. 4.4.1 en 4.4.2 van HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*).

13 ‘De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht’, in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2007.

14 Het onderwerp van 2013. Werkelijk alle thema’s die er in de personenschade toe doen, zijn de afgelopen jaren aan de orde gesteld!

15 Dat sprake kan zijn van een dergelijk, controversieel, verband, lijkt ook te volgen uit HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*), dat in de diverse bijdragen helaas niet wordt genoemd en/of verder wordt doordacht. Zie S.S.Y. Engelen en A.L.M. Keirse, ‘Voordeelstoerekening: leuker kunnen we het niet maken, wel inzichtelijker’, *TVvP* 2017/2, p. 29-41.

16 Aldus A.J. Van en R.P. Wijne, ‘Lies, damned lies, and statistics’, *TVvP* 2012, nr. 1, p. 16-24.

17 Hof Den Bosch 6 mei 2014, *JA* 2014/92.

18 Er is hangende de verdere schaderegeling hoger beroep ingesteld.

Een zich ontwikkelende diepe veneuze trombose wordt door de huisarts niet tijdig onderkend, waardoor deze zich ontwikkelt tot een ernstig zogenoemd posttrombotisch syndroom (PTS). Op welk(e) moment(en) zich het delay precies heeft voorgedaan is in geschil, wat de (precieze of mogelijke) gevolgen zijn ook. Volgens een door partijen ingeschakelde vaatchirurg is de kans op het optreden van een PTS verdrievoudigd. Ook zijn de gevolgen van het door de fout ontstane PTS ernstiger dan bij tijdige ontdekking het geval zou zijn geweest.

In essentie zijn partijen het er in vervolg op het deskundigenbericht over oneens of een zogenoemde proportionele factor c.q. kansschatting moet plaatsvinden en, zo ja, in welke mate. De patiënt meent dat het eventueel geldende kanspercentage ergens tussen de 80 en 100 ligt. De verzekeraar komt niet verder dan 37%. Uit het deskundigenbericht volgt ook dat de patiënt in de hypothetische situatie zonder fout wel althans bijna geheel in staat zou zijn geweest om zijn werkzaamheden als docent techniek te blijven uitoefenen en dat van verlies van verdienvermogen in dat geval geen sprake zou zijn geweest. Dat levert dan ten slotte het derde – en in deze meest interessante – geschilpunt op of dan nog wel wordt toegekomen aan toepassing van een proportionele factor of dat de relevantie daarvan, althans voor het begroten van het verlies van verdienvermogen, is komen te vervallen.

Een zaak als deze laat zien dat het begroten van de schade nooit helemaal los kan worden gezien van de beoordeling van het causaal verband, zowel waar het de conditio sine qua non als de (ruime) toerekening betreft. Dat is ook logisch alleen al omdat bij de zogenoemde vergelijkingshypothese de situatie mét ongeval één van de polen (of beter gezegd: variabelen) is. Het toepassen van een proportionele factor is in de lagere rechtspraak, juist ook bij de hoven, nogal populair.¹⁹ Partijen worden daarbij vaak verrast door de meest creatieve vondsten van achter de tafel. Dat het Hof in *Moonen/Vossen* dus niet anders zou hebben gekund dan en/of er niet aan zou hebben gedacht en/of hoeven denken om een andere oplossing te kiezen dan een eendimensionale beperking van de looptijd tot 55 jaar, wil er bij mij niet in. Vanwaar anders de ongebreidelde creativiteit bij het toepassen van proportionele factoren?

Casus 4: de schade van de zelfstandig ondernemers

Eén van de meest complexe terreinen van de letselschade is de schadebegroting bij zelfstandig ondernemers, in het bijzonder wanneer zij hun onderneming uitoefenen in de vorm van één of meer besloten vennootschappen.²⁰ Het is algemeen bekend dat de schade in de eerste fase na de schadeveroorzakende gebeurtenis enorm oploopt.

19 Als recent en tamelijk kras voorbeeld noem ik het vonnis van Hof Den Haag in de zaak van de moeders van Srebrenica van 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761, juist gewezen in de week dat deze bijdrage werd geschreven. Ook in dat geval, aldus tenminste de advocaat van de moeders op Radio 1, was sprake van het voor hem bij verrassing toepassen van een proportionele factor.

20 Zie zeer op hoofdlijnen, F. Schultz, 'Begroting schade zelfstandigen: juridische aspecten', *TLP* 2016/6.

Het betreft daarbij de kosten van vervangende arbeidskrachten, interim-managers enzovoort én een vaak dramatische terugval van omzet en/of marges. Al deze schade moet bruto (inclusief loonbelasting, ook wat betreft het werkgeversdeel en sociale premies) worden opgevangen en betaald c.q. voorgeschoten en in de praktijk vervolgens worden ‘verrekend’ met de netto berekende schadevergoeding waarop de ondernemer recht heeft. De bv heeft immers vanwege het zogenoemde gesloten stelsel geen recht op schadevergoeding.

De bijdragen van Hartlief en Loth volgend staat buiten kijf dat ook in dergelijke gevallen allereerst herstel moet plaatsvinden. Dat impliceert forse bevoorschotting om te voorkomen dat de onderneming omvalt. Is die verplichting eindig en, zo ja, voor welke periode moet zij worden aangenomen? Hoe moet worden omgegaan met het feit dat de verzekeraar standaard netto bevoorschot op de privérekening van de ondernemer, waardoor de onderneming allerlei fiscale faciliteiten mist die bij een normale kapitaalstorting c.q. investering wel zouden kunnen zijn benut en direct tot een in de tijd groeiend liquiditeitsprobleem leiden bij de onderneming? In de praktijk resteert na de herstelfase vaak nog slechts een zeer beperkte vergoeding voor de rest van de looptijd van de schade. Er dreigt dan een situatie waarin de in de eerste fase betaalde voorschotten een zodanig deel van de schade – lees: de verzekerde som – hebben ‘verorberd’ dat de zelfstandig ondernemer voor de rest van zijn leven slechter af dreigt te zijn dan de werknemer in loondienst. Kan er dan nog serieus worden volgehouden dat het recht primair een recht op herstel waarborgt en vervolgens een vergoeding wordt berekend van datgene wat niet meer kan worden hersteld?

Als er dan een revolutie, of – in meer wetenschapstheoretische termen – een paradigmawisseling zou moeten plaatsvinden, dan is het ook tijd om wat betreft het gesloten stelsel grote schoonmaak te houden. Dat gesloten stelsel lijkt ook één van de achtergronden van de abstracte wijze van schadebegroting in *Rijnstate/Reuvers*. Daarbij was immers sprake van een taakverschuiving tussen het slachtoffer en haar partner enerzijds. Beiden waren voor het ongeval (en daarna) 50% aandeelhouder van een winkel in woninginrichting. Deze taakverschuiving was mede ingegeven door de (slechts beperkt geslaagde) poging om aldus het verlies aan omzet en winst van de onderneming van het slachtoffer op te vangen. Er was domweg geen geld om betaalde huishoudelijke hulp te verkrijgen. De onderneming moest noodgedwongen worden gestaakt. Dát is nog eens schade, maar om redenen van het gesloten stelsel ook een zeer complexe! Vermoedelijk mede om te voorkomen dat de aansprakelijke partij al te zeer zou profiteren van het feit dat door het gesloten stelsel een (te groot) deel van de vordering zou komen te vervallen, werd een op abstracte wijze berekende vergoeding toegekend voor door de partner verrichte huishoudelijke hulp.

In geen van de voorgaande bijdragen komt een zelfstandig ondernemer voor. Dit terwijl die er, gelet op de explosie van het aantal zzp'ers, wel veel meer zijn dan

voorheen.²¹ Hoe komt het toch dat in rechtspraak en literatuur de werknemer in loondienst nog steeds de ‘maatmens-benadeelde’ is?

Bloembergen heeft in 1965 al opgemerkt dat artikel 6:96 lid 1 BW suggereert dat het begroten van schade bestaat uit het berekenen van het geleden verlies en de gederfde winst in economische zin, maar dat niets minder waar is en schade een juridisch begrip is (en blijft). Zelfs gerenommeerde registeraccountants hebben echter geen flauw idee meer waar ‘wij’ in de letselschade mee bezig zijn en in feite lijkt er in heel Nederland nog slechts één deskundige te zijn wiens werkwijze althans nog enigszins draagvlak heeft aan beide zijden van de schaderegeling. In feite een absurde situatie, die overigens in feite ook geldt voor de schadebegroting in letselschadezaken in het algemeen.

Alleen juristen en in letselschade gespecialiseerde rekenkundigen lijken elkaar wat betreft de begroting van het verlies van verdienvermogen over en weer nog enigszins te kunnen begrijpen. De cliënten haken voortijdig af, al helemaal als zij al een zenuwslopend debat over de aansprakelijkheidsvraag en het causaal verband achter de rug hebben. De uitkomst van zogenoemde A-letsel berekeningen en/of de uitkomst van onderhandelingen over het verschil tussen berekeningen op grond van wederzijds verschillende uitgangspunten komt als een soort donderslag bij heldere hemel, terwijl voor het slachtoffer geldt: hoe meer regen, hoe beter.

Algemene opmerkingen

De voorlopige les van het vorenstaande is dat schadebegroting creativiteit vergt, zeker ook in juridisch-conceptuele zin en ook in ogenschijnlijk simpele(re) gevallen. Een effectieve remedy rolt er niet ‘standaard’ uit. Hierna wil ik pogen te benoemen wat daarvan de diepere reden(en) en/of achtergrond(en) zou(den) kunnen zijn. Ik neem daarbij de bijdrage van Hartlief als uitgangspunt voor het verdere betoog.

Hartlief stelt, zelfs bij herhaling, dat het aansprakelijkheidsrecht voor slachtoffers vooral een vergoedingssysteem is dat zijn aantrekkingskracht ontleent aan het gegeven dat het een gunstiger vergoedingsregime kent dan bijvoorbeeld dat van de sociale zekerheid.

Zelf stelt hij daar tegenover dat het aansprakelijkheidsrecht in de eerste plaats juist *geen* vergoedingssysteem is, maar een middel tot sanctionering en handhaving van rechtsplichten. Die bijzondere aard zou blijken in een grotere mate van vrijheid en keuzeruimte dan in andere vergoedingssystemen én uit het denken vanuit (of juist in de richting van) het ‘herstel van de geschonden (voormalige) status quo.’ Hartlief zoekt evenals Loth naar ruimte om los te komen van het (denken in termen van) geld, maar kiest een benadering die (veel) dichter ligt bij het geldend recht.

²¹ Aldus ook de Hoge Raad in HR 23 maart 2012, NJ 2014/414.

Waar herstel (in natura) niet mogelijk zou zijn, is betaling van een som in geld naar zijn mening geen ‘tweederangs’ oplossing, daar zij tot op zekere hoogte ook leidt tot herstel van autonomie.

Hartlief stelt wel de vraag naar de grenzen (‘Is de redelijkheid hier de maatstaf? In hoeverre speelt in dit verband een rol dat de te maken kosten economisch mogelijk niet verantwoord zijn?’), maar beantwoordt deze niet, althans niet rechtstreeks.

Onder verwijzing naar HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 (*Rijnstate/Reuvers*) wijst Hartlief op de mogelijkheid van abstracte schadebegroting die ertoe leidt dat schadevergoeding wordt betaald voor activiteiten waar geen ‘out of pocket’-kosten tegenover staan. Hartlief duidt deze jurisprudentie als ‘(een vorm van) restoration’. Het bedrag aan schadevergoeding stelt de benadeelde ter herstel van de keuzemogelijkheden ‘vooraf’ in staat met het geld eigen keuzes te maken ‘achteraf’.

Daarbij wijst hij er vervolgens op dat het maken van abstracties onvermijdelijk lijkt te zijn bij het formuleren van de hypothetische situatie zonder ongeval, zodat dat in sommige gevallen een de iure of de facto verboden onderscheid wordt gemaakt in de zin van artikel 1 van de Grondwet en het recht op gelijke behandeling.²²

Terzijde: Hartlief ziet er mijns inziens aan voorbij dat het gebruik van statistisch materiaal pas aan de orde is op het moment dat de concrete situatie van de benadeelde onvoldoende duidelijkheid geeft. Zie daartoe, mijns inziens glashelder en juist, Rechtbank Limburg 24 maart 2016, *RAV* 2016/68. Voor zover ik dat als eenvoudige praktijkjurist kan beoordelen, is dát ook iets wat de Hoge Raad niet beviel in het arrest van het hof in de zaak *Moonen/Vossen Laboratoires*. Anders dan Hartlief is dat mijns inziens dus niet het enkele feit dat het hof een harde streep trok op een looptijd tot 55 jaar, maar het ontbreken van een concrete aanwijzing dat Vossen, om welke reden dan ook, vroegtijdig, bijvoorbeeld uiterlijk op zijn 55e jaar, het arbeidsproces zou hebben (moeten) verlaten.

Hartlief meent dat in de rechtspraak van de Hoge Raad twee ‘begrenzingsmechanismen’ zouden zijn terug te vinden, waarvan de belangrijkste zou zijn dat de Hoge Raad zou hebben aangegeven dat bij de begroting van de schade rekening moet worden gehouden met een ‘bijzondere lichamelijke of geestelijke gesteldheid’. Hartlief noemt geen vindplaatsen van arresten van de Hoge Raad waarin dit ‘begrenzingsmechanisme’ zou zijn terug te vinden. In HR 8 februari 1985, *NJ* 1986/136 en 137 spreekt de Hoge Raad over een ‘predispositie en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico’s op klachten’ die een ‘factor’ kunnen zijn waarmee de begroting van de schade ‘rekening valt te houden’.

Hartlief vermeldt dat de Hoge Raad de gelaedeerde in HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/624 (*Vehof/Helvetia*) en HR 14 januari 2000, *NJ* 2000/437 (*Van Sas/Interpolis*) al ‘gun-

²² Vgl. ook de noot van Wervelman onder Hof Den Bosch 25 oktober 2016, *JA* 2017/30.

stig gezind' is gebleken. Dat is feitelijk juist en overigens ook rechtens vanuit de grondgedachte die in de praktijk wordt weergegeven met het motto dat 'de aansprakelijke partij niet mag wedden op het paard dat hij zelf uit de race heeft gehaald'. Het niet zomaar aannemen van een predispositie en/of een ten opzichte van de gemiddelde Nederlander – wie dat dan ook moge zijn – verhoogde kwetsbaarheid, is mijns inziens dan ook geheel terecht. Iets preciezer geformuleerd dan zojuist, is het arrest van het hof in *Moonen/Vossen* dus wellicht (mede) gecasseerd omdat het zich niet verdroeg met de in *Vehof/Helvetia* en *Van Sas/Interpolis* neergelegde beoordelingsmaatstaf.

Overvragen en afdingen

Hartlief meent dat de opvatting van Schreuder ertoe leidt dat 'wel degelijk' van het bestaan van een predispositie zou worden geabstraheerd. Dat lijkt hij niet te willen. Even verderop stelt hij de (alleen retorische?) vraag of misbruik niet op de loer ligt. De Hek stelt dat 'het in de praktijk voor een verzekeraar lastig is om goed te onderbouwen dat deze benadeelde ook zonder ongeval zou zijn uitgevallen'. Het verbaast mij dat het vermeende 'goed recht' van iedere/de verzekeraar om daartoe kennelijk steeds een poging te ondernemen, ook als iedere onderbouwing kennelijk ontbreekt, als zodanig niet kritisch wordt gezien.

In een bijdrage op een eerder Gronings congres heeft De Hek geschetst dat slachtoffers (met recht) vragen om respect voor hun authenticiteit, door hem verwoord als het zogenoemde subjectieve perspectief. Dat impliceert volgens De Hek dat ook klachten en beperkingen bewezen c.q. aanwezig worden geacht waarvan het bestaan niet op natuurwetenschappelijke wijze onomstotelijk kan worden aangetoond. In diezelfde bijdrage stelt hij zich op het standpunt dat de benadeelde voor de situatie zonder ongeval 'objectief' naar zichzelf zou moeten kijken, zijn reactie op het ongeval daarbij inbegrepen.²³ Thans lijkt hij – na *Moonen/Vossen* – een iets andere benadering te kiezen, waarbij hij wijst op de in zijn algemeenheid grote kans op uitval door ziekte of gebreken. Hij noemt de door Van Dijk en Overes²⁴ bepleite zogenoemde onzekerheidscorrectie, die De Hek 'de moeite van het overdenken waard' vindt. Zij menen dat een dergelijke correctie geboden is in gevallen waarin daarvoor een voldoende duidelijke aanleiding is. De Heks betoog heeft ook betrekking op heel algemene onzekerheden en risico's.

Het moge duidelijk zijn dat mijns inziens om louter algemeenheden en/of in die gevallen waarin slechts naar een discutabele predispositie wordt 'gezocht', van een 'aftrek' op de schadevergoeding geen sprake kan zijn. Van een zinvol gesprek over wat in een concreet geval een zinvolle wijze van schade vergoeden en/of een redelijk bedrag aan schadevergoeding moet worden geacht, kan überhaupt geen sprake

23 Zie H. de Hek, 'Duel of duet' en H. de Hek, 'Whiplash: observaties van een rechter', in: F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman, *Whiplash: juristen aan het woord*, BJu, Den Haag, 2012.

24 *TLP* 2016/5, nr. 138.

zal zijn als wederzijds vertrouwen ontbreekt. In het opbouwen van dit vertrouwen spelen de aansprakelijke partij en diens verzekeraar een sleutelrol. Dat de belangen tegengesteld zijn, valt uit te leggen. Dat een medisch adviseur ‘zoekt’ naar voor de verzekeraar gunstige en mogelijk vermeend verzwegen elementen in de medische voorgeschiedenis en deze vervolgens in de onderhandelingen worden ingezet om het bedrag aan schadevergoeding te beperken, niet. Daarbij wreekt zich dat veel verzekeraars dezelfde (bureaus van) medisch adviseurs inschakelen voor de acceptatie van nieuwe polissen én voor advies over de mogelijke ontwikkelingen in de gezondheidstoestand van een letselschadeslachtoffer in de hypothetische situatie zonder ongeval. Het slachtoffer dat met wantrouwen tegemoet wordt getreden zal als vanzelf meer de neiging hebben om eventuele (mogelijke) vlekjes in de voorgeschiedenis weg te poetsen. Waar partijen onderling vertrouwen hebben opgebouwd, kunnen zij elkaar over en weer ook het voordeel van de twijfel gunnen. Het op voorhand twijfelen aan de juistheid en/of volledigheid van het verhaal van het slachtoffer is mijns inziens onjuist en dat die twijfel kennelijk ook bij de rechterlijke macht leeft al helemaal.

De retorische vragen van Hartlief en de vooronderstelling van De Hek lijken ten diepste ingegeven door de angst dat het slachtoffer er (bij voorbaat en/of per definitie) op uit zou zijn om de aansprakelijke partij meer schade te laten vergoeden dan ten gevolge van het ongeval daadwerkelijk is geleden en het slachtoffer aldus ten onrechte zou (kunnen) worden ‘bevoordeeld’ met een te hoog bedrag aan schadevergoeding voor het hem overkomen letsel.²⁵ Dat in de schaderegeling sprake zou zijn van ‘overcompensatie’ is voor zover mij bekend nog nimmer empirisch vastgesteld. Daarom is ook zo het wrang en onterecht dat ieder slachtoffer zich tegen die, (op dit moment) irrationele, angst dient te verweren. Er lijkt van uit te worden gegaan dat het (lees: ieder) slachtoffer per definitie vatbaar is voor de verleiding de situatie zonder ongeval bewust of onbewust te rooskleurig te doen voorkomen. In lijn van Keizer en Oskam, Oskam en Ertürk²⁶ en – wederom – Van Dijk²⁷ zou naast een onzekerheidscorrectie dan ook de standaardtoepassing van een ‘fraudecorrectie’ kunnen worden bepleit.

De gevallen waarin sprake is van fraude in de zin van het bewust en/of opzettelijk vertellen van een (substantieel) ander verhaal dan overeenkomt met de werkelijkheid, zijn naar mijn ervaring echte uitzonderingsgevallen. Daarvan geldt mijns

25 In zijn conclusie voor HR 17 februari 2017, *JA* 2017/57 gaat Hartlief nog een stap dieper in op de rol van eventuele predisposities in de schadebegroting. Hij sluit het voorstel voor een beslissboom, inclusief een causaalverbandvereiste onder 4.11 af met de opmerking dat de omvang van de arbeidsvermogensschade niet lichtvaardig mag worden beperkt. De Hoge Raad neemt het voorstel in r.o. 3.3.2 niet over, althans niet uitdrukkelijk. Het causaalverbandvereiste wordt in r.o. 3.3.3. wel vermeld. De Hoge Raad spreekt zich dus, opnieuw, niet zo duidelijk over predisposities uit als Hartlief en De Hek wellicht zouden wensen.

26 K. Ertürk en P. Oskam, ‘Persoonlijk onderzoek bij moeilijk objectiveerbaar letsel’, *VR* 2017/32.

27 Chr. van Dijk en M.F.J. Hiel, ‘Welke sancties passen bij de frauderende claimant’, *AV&S* 2017/2. Zie voor de vraag of het beginsel ‘*fraus omnia corrumpit*’ al dan niet geldend recht is mede H.J. Kooten, *WPNR* 6910 (2011).

inziens ook dat zij vrijwel altijd door de waarheid worden achterhaald. In een veel groter aantal gevallen is sprake van een verdenking op fraude, waarbij de verdenking door de verzekeraar wordt beschouwd als een ‘feit’ tot het tegendeel blijkt en het slachtoffer vanaf de verdenking wordt opgenomen in alle interne en externe registers die daarvoor inmiddels zijn opengesteld. Ik vraag mij overigens af of het aanhouden en de inrichting van die registers in mededingingsrechtelijk opzicht door de beugel kan. De facto is ieder van wie de gegevens in die registers is opgenomen algeheel onverzekerbaar, hoe onterecht vaak ook.

Keizer en Oskam sluiten af met de conclusie dat het ‘een gegeven’ is dat er in letselschadezaken fraude wordt gepleegd. Daarom zouden verzekeraars belang hebben bij ‘tools’ waarmee zij fraude kunnen bestrijden. Die conclusie ontbeert een deugdelijke grondslag: immers is niet bekend wat ‘de incidentie’ van deze fraude is, daar de cijfers over fraude niet zijn gedifferentieerd naar letselschadegevallen en niet-letselzaken. Keizer en Oskam vermelden zelf al dat er geen empirisch c.q. economisch onderzoek is gedaan naar de vraag in welke mate in letselschadezaken sprake is geweest van fraude en welke bedragen daarmee gemoeid zouden zijn. Als verzekeraars van fraude een speerpunt zouden willen maken, dienen zij mijns inziens daarmee te beginnen en pas indien de uitkomst van dergelijk onderzoek beschikbaar is, kan de discussie of in de letselschaderegeling expliciet en structureel met het voorkomen – in dubbele betekenis – van fraude moet worden gerekend, worden vervolgd. Een verdenking van fraude is voor het slachtoffer, juist ook het ‘onschuldige’ slachtoffer, zeer ingrijpend en soms zelfs als traumatiserend te beschouwen.²⁸

Tegenover de pleidooien voor een onzekerheidscorrectie of een fraudecorrectie als een ‘aftrekpost’ op de te berekenen schade, pleit Van Dort juist voor een ‘welvaarscorrectie’ bij het vaststellen van de voor de toekomst te hanteren fictieve rendementen en inflatiecijfers, de zogenoemde rekenrente.

Voor zover mij bekend is nooit empirisch onderzocht of slachtoffers van ongevallen, zowel micro- als macro-economisch gezien, uiteindelijk even goed ‘af’ zijn geweest ten opzichte van hun soortgenoten die geen ongeval overkwam en/of ten opzichte van de levensloop die zij bij gebreke van het ongeval vermoedelijk zouden hebben gehad. Cijfermateriaal ontbreekt al helemaal over de vraag of slachtoffers met de door hen in het verleden ontvangen bedragen aan schadevergoeding hebben kunnen ‘uitkomen’ ten opzichte van hun wijze van leven voor het hen overkomen ongeval en/of ten opzichte van hetgeen is aangenomen voor de hypothetische situatie zonder ongeval. Of de voor de situatie ‘met’ ongeval aangenomen uitgangspunten enig realiteitsgehalte hebben gehad, is evenmin bekend. Zolang daarover in feite

28 Zie Hof Arnhem Leeuwarden 4 februari 2014, *JAR* 2014/69 (Hoffmann) over de aansprakelijkheid van een onderzoeksbureau voor het optreden van een PTSS.

niets zinnigs valt te zeggen, past ons – maar zeker verzekeraars – bescheidenheid.²⁹ Het verzekeringsbedrijf lijkt nog immer een – eufemistisch uitgedrukt – tamelijk winstgevende tak van sport te zijn. Een enkele hevige hagelbui gooit meer roet in het eten³⁰ dan de vraag of en, zo ja, in welke mate en voor welke bedragen in letselschadezaken sprake is van ‘fraude’ en/of wordt ‘overbetaald’.

Afronding en conclusie

Na al het vorenstaande hebt u waarschijnlijk de indruk dat het maar het beste zou zijn om in de schaderegeling alles bij het oude te houden. Dat is geenszins het geval. Mijn overstap naar de halende kant van de letselschade was in belangrijke mate ingegeven door de wens mensen bij te staan in het realiseren van herstel, inclusief de daaraan verbonden kosten. De keerzijde daarvan is veelal en kan in ieder geval zijn dat de zak geld die uiteindelijk wordt uitgekeerd kleiner zal zijn. Maar wat telt nu meer: een succesvolle re-integratie in het arbeidsproces (met waarborgen voor de toekomst), of een verloren leven met een goudgerande bankrekening? Ik ben het volledig eens met Loth dat verleden, heden en toekomst niet moeten worden vergeleken vanuit een (primaire) financieel perspectief, maar vanuit de capaciteiten om na het ongeval een waardevol leven te realiseren.

Ik twijfel echter of ik daarvoor het begrip autonomie zou willen hanteren en/of (zo) centraal zou willen stellen. Zelf zou ik liever spreken over integriteit. Integriteit ten opzichte van de eigen fysieke en mentale vermogens en integriteit in (het web van) relaties, waaronder de relatie met de aansprakelijke partij en diens verzekeraar.

De overigens bij ‘belangenbehartigers’ vanwege zijn expertises in ‘whiplashzaken’ nogal omstreden prof. Koerselman publiceerde onlangs het boek *Wie wij zijn*.³¹ Daarin beschrijft hij dat mensen (wij dus en ook de slachtoffers van letselschade) worden gedreven door drie psychologische basisbehoeften, namelijk de behoefte aan geborgenheid, aan autonomie en aan competitie. Deze Uitleiding is niet de plaats om de vraag te beantwoorden of en, zo ja, in hoeverre dat uitgangspunt juist is en ook niet om te bepalen welke gevolgen een dergelijke driedeling zou kunnen hebben voor de schadebegroting in letselschadezaken.

Wel ontleen ik aan deze drieslag de gedachte dat er meer is dan alleen autonomie. Of het juist is, weet ik niet, maar van een collega-LSA-advocaat hoorde ik dat de door Loth genoemde Donna Thomson ten behoeve van de zorg voor (de ontwikkeling van de capaciteiten van) haar gehandicapte zoon Nicholas heeft afgezien en kunnen afzien van het verrichten van betaalde arbeid buitenshuis. Die mogelijkheid

29 Vergelijk in meer algemene zin met verdere vindplaatsen de kritiek van Spier dat verzekeraars het risico van onverzekerbaarheid niet behoorlijk kwantificeren in zijn conclusie voor HR 27 november 2015, *NJ* 2016/138.

30 Persbericht Verbond van Verzekeraars van 15 juni 2017.

31 F. Koerselman, *Wie wij zijn, Tussen verstand en verlangen*, Prometheus 2016.

is niet ieder gegeven, zeker niet de ouders van ernstig gehandicapte kinderen.³² Loth merkt immers op dat mensen met een beperking gemiddeld een lager inkomen hebben en méér kosten maken. Nicholas is dus ‘gelukkiger’ geworden door het offer dat zijn moeder voor hem wilde brengen; een offer dat zij bracht juist vanwege de relatie tussen haar als moeder en Nicholas als haar zoon. Het begrip autonomie sluit goed aan bij de strikt individuele basis van het schadevergoedingsrecht, ook wel het gesloten stelsel genoemd, maar doet aan het werkelijke mens-zijn – een bestaan in relaties – tekort.

Koerselman noemt de behoefte aan competitie. Dat begrip competitie zit ook achter de manier waarop de hypothetische situatie zonder ongeval wordt gedefinieerd en de daarover opkomende geschillen. Dit slachtoffer heeft niet meer de mogelijkheid om (geheel) op eigen (volle) kracht te laten zien wat hij of zij in het leven zou hebben bereikt als het ongeval hem niet was overkomen. De schaderegeling valt letterlijk stil zodra het vergelijken begint, zelfs als deze zich nog volop in de zogenoemde herstelfase bevindt. Werkelijk werken aan een nieuw perspectief is dan niet meer mogelijk.

Is het verwonderlijk dat de inhoud van de hypothetische situatie een obsessie wordt als je wordt voorgehouden dat je tenminste een verhoogde kans had tot de spreekwoordelijke losers te behoren omdat je daar nu ook daadwerkelijk bij bent beland? Zou het niet heel veel helpen als er, met inachtneming van de na het ongeval bestaande beperkingen maar ook mogelijkheden, daadwerkelijk en integer zou worden gewerkt aan het realiseren van een nieuw perspectief, ook als de kosten daarvan (zeer) aanzienlijk zijn en voor de verzekeraar niet van tevoren vaststaat dat sprake is van een ‘rendabele investering’?

Het vorenstaande heeft mij geleerd dat het verkennen van de grondslagen van de traditionele wijze van schadebegroting én de uitnodiging tot andere, mogelijk zelfs revolutionaire manieren van schadebegroting, interessante vergezichten biedt, maar ook uitnodigt tot een in andere opzichten vernieuwende aanpak van de schaderegeling. Wil die creativiteit werkelijk tot iets kunnen leiden, dan moeten verzekeraar en rechterlijke macht bij een werkelijk herstelgerichte aanpak voor lief nemen dat die mogelijk in sommige gevallen aanzienlijk meer kost dan zou volgen uit een rekenkundige begroting van geleden verlies en gederfde winst, binnen de grenzen van het zogenaamde gesloten stelsel. Mijn overtuiging is dat verzekeraars op meso- of macro-economisch niveau beter af zijn als mensen kunnen (blijven) werken aan een nieuw perspectief, zij daarmee de regie over hun leven behouden en daarmee ook weer of meer in hun eigen levensonderhoud kunnen voorzien. Empirisch onderzoek naar die vraag lijkt mij dringend geboden. De hypothetische vergelijking is, net als het recht als zodanig, een middel; geen doel in zichzelf.

32 Vgl. ook het in de ijskast verdwijnen van het daartoe strekkende consultatievoorstel Zorg- en affectieschade waarover in 2014 in Groningen werd gecongresseerd.

Dat brengt mij bij Koerselmans derde basisbehoefte, die aan geborgenheid. Slachtoffers zoeken, juist omdat zij zijn gekwetst in hun meest basale behoeften, naar geborgenheid, (inderdaad) ook in financiële zin. Zij willen hun hypotheek kunnen blijven betalen en niet tekortschieten in hun verantwoordelijkheden tegenover hun gezinsleden, hun partner en kinderen in het bijzonder. Hoe langer de looptijd, hoe groter de onzekerheid, hoe hoger het bedrag aan schadevergoeding, wellicht hoger dan naar ooit zal blijken nodig was. Is dat irrationeel, onredelijk en ongewenst? Als beurscrashes en economische recessies elkaar in een over de lange termijn zeker niet minder frequent tempo als voorheen opvolgen en het rendement op spaarrekeningen en obligaties zeer beperkt is, niet. Als regelingen van sociale zekerheid en maatschappelijke ondersteuning in sneltreinvaart worden versoberd evenmin. Zolang vermogensbelasting over de som voor de toekomst moet worden betaald, ongeacht het feitelijke rendement, al helemaal niet!

Hartlief pleit voor een herwaardering van de periodieke afwikkeling. Anker, Duarte en Samsom zetten, op basis van een vergelijking met het Engelse recht, ook voor de letselschadepraktijk van alledag prachtig op een rij wat de voor- en nadelen zijn van afwikkeling door middel van een ‘som ineens’ enerzijds en door middel van periodieke uitkeringen anderzijds. Zij signaleren terecht dat de rechterlijke macht voor een periodieke uitkering niet altijd veel voelt.³³ Mijns inziens is het inderdaad hoog tijd een veel gevarieerder palet aan oplossingen te exploreren dan alleen de som ineens. Dat vereist dat de verzekeraars de fiscale wetgever ervan overtuigen dat ook dan netto kan of moet kunnen worden afgewikkeld en zij, als dat niet zou lukken, het ‘verlies’ van een mogelijke bruto vergoeding op de koop toenemen.

In een relatie gebaseerd op wederzijds vertrouwen en integriteit zal het slachtoffer een wellicht levenslang periodiek cont(r)act op maat met de verzekeraar van zijn wederpartij niet, althans niet per definitie, beschouwen als een ongewenste inbreuk op zijn autonomie en/of privacy. De verzekeraar zal die privacy immers zo veel als mogelijk is (moeten) respecteren en heeft zich in die ideale wereld immers ontpopt als een hoeder van geborgenheid voor en de bevordering van het herstel en/van de autonomie van het slachtoffer. Aan het bieden van die geborgenheid ontleent het (schadevergoedings)recht immers in belangrijke mate zijn bestaansrecht.

33 Hof Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1749.