

Artikelen

| 155 | Overlijdensschade 2.0: een juridische analyse.

mr. J.M. Tromp¹

Tromp schetst het juridisch kader rondom overlijdensschaden. Hij vergelijkt de oude methode voor het berekenen van de schade met de nieuwe methode van de Denktank. Het rekenen is eenvoudiger geworden. De rol van de belangenbehartiger is toegenomen. Tromp stelt voor om een beter onderscheid te maken tussen het gederfd levensonderhoud in geld en in natura. Hij heeft kritiek op het voorstel om de schade van het hele gezin uit te keren aan de verzorgende ouder en formuleert een praktische oplossing. Ten slotte bepleit Tromp een dogmatisch gelijke behandeling van letsel- en overlijdensschadezaken, waardoor het behoeftigheids criterium kan worden afgeschaft.

1. Inleiding.

In november 2014 is door de werkgroep “Denktank Overlijdensschade” (hierna: de Denktank) een nieuwe methode gelanceerd voor de berekening van een overlijdensschade. In februari 2015 is die methode door de Letselschaderaad tot richtlijn verheven.² Het nieuwe rekenmodel is ten opzichte van het oude model gepresenteerd als een eenvoudiger, moderner en transparanter model voor het berekenen van overlijdensschaden. De vraag is of dat wel zo is, althans in de praktijk ook zo zal uitpakken. Het nieuwe model bestaat namelijk uit twee delen, te weten een rekendeel I en een juridisch deel II. Het rekendeel is inderdaad eenvoudiger, moderner en transparanter. Maar dan zijn wij er nog niet. Daarna is er (nog) een taak weggelegd voor de belangenbehartiger in het tweede, juridische deel van het model. Die taak moet niet worden onderschat. In dit artikel zal niet alleen het nieuwe model aan een kritische juridische analyse worden onderworpen, maar zal ook een dogmatische gelijkschakeling van artikel 108-zaken met artikel 107-zaken worden bepleit.

Mijn stelling is dat de rol en de verantwoordelijkheid van de belangenbehartiger in het nieuwe model ten opzichte van het oude model zijn toegenomen. Om die stelling toe te lichten zal achtereenvolgens worden ingegaan op het wettelijke kader in kort bestek (§ 2); het oude rekenmodel in hoofdlijnen (§ 3); het nieuwe rekenmodel van de Denktank Overlijdensschade (§ 4); de eerste ervaringen van drie rekenbureaus met het nieuwe model (§ 5) en de belangrijkste lessen uit de jurisprudentie (§ 6). De tussenconclusie zal zijn dat veel arresten ook in het nieuwe model relevant blijven. Onder de titel punaisepoetsen zal ik daarna twee punten van kritiek op het nieuwe model

uitwerken, gevolgd door (i) een voorstel voor een praktische oplossing en (ii) het antwoord op de vraag of sprake kan zijn van beroepsaansprakelijkheid simpel en alleen vanwege de keus voor van één van beide modellen (§ 7). Mijn pleidooi voor een dogmatische gelijkschakeling volgt daarna (§ 8). Het artikel zal worden afgesloten met enkele conclusies en aanbevelingen (§ 9).

2. Het wettelijk kader in kort bestek

Wie kunnen vorderen?

In principe heeft alleen een slachtoffer een recht op schadevergoeding, behoudens wettelijke uitzonderingen. Artikel 6:108 BW (hierna: art. 108) is één van die uitzonderingen. Op grond van art. 108 lid 1 hebben vier categorieën nabestaanden een vorderingsrecht, te weten:

- a. Echtgenoten, geregistreerde partners en minderjarige kinderen.
- b. Andere bloed- en aanverwanten die werden onderhouden of daar aanspraak op hadden. Dat zijn bijvoorbeeld ouders, grootouders, kleinkinderen, meerderjarige kinderen, stiefkinderen, schoonkinderen, broers en zusters.
- c. Gezinsleden die werden onderhouden. Dat zijn bijvoorbeeld de ongehuwde partners, pleeg- en stiefkinderen en anderen die in gezinsverband met de overledene samenleefden.
- d. Degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van de gemeenschappelijke huishouding.

¹ Maarten Tromp is advocaat & mediator te Rotterdam, rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Noord-Nederland en docent overlijdensschade in de Specialisatieopleiding Personenschade aan de Grotius Academie.

² <http://www.deletselschaderaad.nl/library/repository/De%20Letselschade%20Richtlijn%20Rekenmodel%20Overlijdensschade.pdf>

Relevant om op te merken is dat alle vorderingsgerechtigden een eigen zelfstandig vorderingsrecht hebben. Het feit dat de vorderingsgerechtigden een eigen recht hebben betekent dat de positie dus ook anders kan zijn.

De grondslag van de vordering van kinderen wordt overigens niet bepaald door het tijdstip van overlijden, maar door de leeftijd van het kind.³ Bij kinderen die na het overlijden van één van de ouders meerderjarig worden, vindt een overloop plaats van a naar b.

De categorieën a t/m d kunnen elkaar overlappen. In zo'n geval staat het ter keuze van de nabestaanden op welke van de toepasselijke bepalingen de vordering zal worden gebaseerd.⁴ De uiteindelijke keus zal verband kunnen houden met eventuele bewijsproblemen. Voor een vordering op grond van art 108 lid 1 sub c dient namelijk aan extra eisen te worden voldaan (vergeleken bij categorie a en b), wil men daadwerkelijk vorderingsgerechtigd zijn. Als aan die voorwaarden is voldaan, is de vordering in omvang dezelfde als bij categorie a het geval zou zijn geweest.⁵ Als aan de extra voorwaarden van sub c niet zou zijn voldaan, leidt dat tot een verval van de claim.

Over de vorderingsgerechtigden enerzijds en de overlap en/of overgang van de grondslagen anderzijds valt nog veel meer zinnigs te zeggen, maar dat valt buiten het bestek van dit artikel. Al met al geldt dat de kring van gerechtigden op schadevergoeding op grond van art. 108 beperkter is dan bij een vordering op grond van art. 6:107 BW (hierna: art. 107).

Wat kan worden gevorderd?

De op grond van art. 108 voor vergoeding in aanmerking komende schadecomponenten zijn beperkt tot de posten: (i) het gedeerd levensonderhoud (zowel in geld als in natura), (ii) de begrafenis kosten, (iii) de wettelijke rente en (iv) de buitengerechtigde kosten.

Het wetsvoorstel Affectieschade, dat lange tijd ter behandeling in de Tweede Kamer voorlag, is in maart 2010 door de Eerste Kamer afgeschoten, maar staat thans toch weer op de politieke agenda. Het lijkt erop dat op (korte?) termijn ook smartengeld en/of affectieschade kan worden geclaimd.

Het overlijden van iemand kan volgen op eerder ernstig letsel. Alsdan loopt de "107-zaak" als het ware over in een "108-zaak". De vermogensschade van de overledene

(en zijn gemaakte aanspraak op smartengeld) valt dan in de nalatenschap.

De voor vergoeding in aanmerking komende posten mogen dan in aantal beperkt zijn, in omvang zijn zij dat niet. Als eenmaal aanspraak kan worden gemaakt op schadevergoeding, dan is dat nog steeds een aanspraak op *volledige* schadevergoeding, zoals ook bij een vordering op grond van art. 107.

Het gedeerd levensonderhoud kan worden gesplitst in een vordering voor gedeerd levensonderhoud in (i) geld en (ii) in natura. Het gedeerd levensonderhoud in geld wordt gebaseerd op grond van art. 108 lid 1 sub a en/of b en/of c. Het gedeerd levensonderhoud in natura wordt gebaseerd op art. 108 lid 1 sub d.

Het begrip "gemeenschappelijke huishouding" in sub d wordt ruim uitgelegd. Niet alleen de ook in letselschadezaken voorkomende schadeposten "zelfwerkzaamheid" en "huishoudelijke hulp" vallen eronder, maar ook de eventuele extra kosten voor zorg, opvoeding en oppas kunnen als gedeerd levensonderhoud in natura worden geclaimd. Als sprake is van gedeerd levensonderhoud in natura in de zin van art. 108 lid 1 sub d, dan wijkt het bepalen van de omvang van de schade weinig af van een letselschadezaak. De behoefte aan vervangende hulp zal in kaart moeten worden gebracht. Bij discussie over de omvang van de tijdsbesteding kan een arbeidsdeskundig onderzoek behulpzaam zijn. De (jaarlijkse) kosten om die vervangende hulp ook daadwerkelijk in te kunnen roepen, vormen dan de (jaar-) schade. Dat bedrag kan in de overlijdensschadeberekening worden ingevoerd.

In dit artikel zal nu verder met name op het gedeerd levensonderhoud worden ingegaan, waarbij het accent zal liggen op het gedeerd levensonderhoud in geld.

3. Het oude rekenmodel in hoofdlijnen

De behoefte en de behoefteigheid

Voor de bepaling van het gedeerd levensonderhoud is het van belang dat onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen "behoefte" en "behoefteigheid". "Behoefte" is een kwantitatief begrip. Het geeft aan wat iemand in materiële zin nodig heeft om een bepaalde levensstandaard (nu en in de toekomst) te kunnen (blijven) voeren. Het begrip "behoefteigheid" ziet op het ontbreken van de mid-

³ Zie ook Hof Leeuwarden 11 oktober 2006, NJF 2007, 527, zoals besproken door M.C.J. Peters in TVP 2007, nr. 1, blz. 21 e.v.

⁴ Als voorbeeld kan men denken aan een pastoor die een gemeenschappelijke huishouding voert met zijn verzorgster / huishoudster. Als een van beiden overlijdt, lijkt de ander een vorderingsrecht te hebben op art. 108 lid 1 sub c en/of sub d. En bij broers en zussen die samenwonen is een overlap mogelijk tussen b en c.

⁵ Dat volgt uit HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6089, RvdW 2006, 1 en NJ 2008, 186 (Pruisken), welk arrest daarom ook wel het C = A-arrest wordt genoemd.

delen om in de behoefte te voorzien. Anders gezegd: de behoefte is het tekort (de schade) van elk van de vorderingsgerechtigden.

Om de behoefte te bepalen wordt gekeken naar het totale gezinsinkomen. Die levensstandaard kan in de toekomst wijzigen. Het gaat om een vergelijking tussen de situatie zonder en met ongeval, net als bij letselschaden. Het toekomst-/carrièreperspectief voor elk van de gezinsleden is dus van groot belang. Dat was zo en dat blijft zo.

Bij het kapitaliseren van het toekomstig gederfd levensonderhoud (zowel in geld, als in natura), wordt rekening gehouden met een dubbele sterfttekans. In de situatie zonder overlijden had het slachtoffer immers ook een kans om te overlijden en dat geldt ook voor de vorderingsgerechtigde.

Verschillende verdelingen

Het startpunt van de berekening wordt gevormd door het totale netto gezinsinkomen in de situatie zonder ongeval. Dat inkomen wordt eerst een paar keer verdeeld, voordat een berekening kan worden gemaakt. Over die verdelingen kan men verschillend denken, zodat daar vaak discussie over bestaat. Het (oude) systeem wordt mede daardoor als complex ervaren.

Een eerste verdeling betreft de verdeling van het inkomen in een deel vaste lasten⁶ en een deel variabele lasten.⁷ De vaste lasten worden in het oude model alleen na het ongeval over de achterblijvende ouder en de kinderen verdeeld in de verhouding 2:1(:1:1, enzovoort).⁸ De discussie rondom (het percentage van) de vaste lasten vertegenwoordigt doorgaans een groot financieel belang. De variabele lasten worden zowel in de situatie zonder, als met overlijden over de gezinsleden verdeeld, conform een zogenaamde voedingsschaal, waarvan de Amsterdamse schaal uit 1917 de meest bekende is. Later zijn

ook meer moderne voedingsschalen opgesteld, waarvan de Haagse schaal een voorbeeld is.⁹ In de Haagse schaal krijgen kinderen al vanaf 13 jaar (ook) 100 punten toebedeeld.

Een andere verdeling betreft de toedeling van bepaalde delen van het inkomen (of gehele inkomstenbronnen) tot het gezinsinkomen (G) of het persoonlijk inkomen (P). Een ANW-uitkering wordt bijvoorbeeld (inclusief het eventuele kindsdeel) aan de persoonlijke pot van de achtergebleven partner toebedeeld.¹⁰ Ook het weduwepensioen en het halfwezenpensioen worden in beginsel toebedeeld aan de persoonlijke pot van de begunstigde.¹¹ Met name deze toedelingen, zowel in de situatie (i) zonder ongeval en (ii) met ongeval, bezorgen het oude model een complexe reputatie. Een nuancering is echter wel op zijn plaats. Door middel van de P en G kan namelijk worden ingespeeld op de specifieke bedoelingen/omstandigheden binnen het gezin. In gezinnen waar beide partners werken komt men vaak de afspraak tegen dat pa werkt voor het dagelijks levensonderhoud en dat ma werkt om de (eventueel latere) kosten van de opleiding/studie van de kinderen (mede) mee te kunnen financieren. Een variant die men in de praktijk ook tegenkomt is dat de ouders tijdens de opleiding/studie van de kinderen, de kinderen financieel extra ondersteunen en in het begin van hun carrière extra in natura ondersteunen. Dergelijke afspraken binnen het gezin kunnen cultureel zijn bepaald. Hoewel terughoudendheid wordt bepleit¹², kan door middel van de P en G-verdeling binnen het oude model recht worden gedaan aan dit soort specifieke afspraken.

Het leerstuk van de behoefte verminderende omstandigheden levert ook een grote bijdrage aan de complexiteit van het oude systeem, waardoor de werking en uitkomst vaak niet meer aan de betrokkenen kan worden uitgelegd. In een letselschadezaak wordt een opkomend voordeel niet snel met de schade verrekend.¹³ Op grond van

⁶ Vaste lasten zijn kosten die in omvang onafhankelijk zijn van de gezinssamenstelling. Die lasten worden niet (of nauwelijks) beïnvloed door het overlijden. Voorbeelden van vaste lasten zijn woonlasten, aanschaf en onderhoud inventaris, energielasten, vaste vervoerskosten, abonnementskosten voor de telefoon en de kosten voor het onderhoud van de woning.

⁷ Variabele lasten zijn in omvang wel afhankelijk van de gezinssamenstelling. De variabele lasten dalen in beginsel indien een lid van een gezin overlijdt. Voorbeelden van variabele lasten zijn de kosten voor kleding en eten.

⁸ Vgl. HR 21 februari 1992, NJ 1992, 339 (Reinders).

⁹ De Haagse schaal is ontwikkeld door Menno Neeser, verbonden aan het Nederlands Rekencentrum Letselschade (NRL) en gepresenteerd in "Overlijdensschade 21^{ste} eeuw, een update", VR 2009, nr. 12, blz. 366 en 367. Menno Neeser is lid van de Denktank Overlijdensschade.

¹⁰ De hele uitkering wordt aan de partner toebedeeld, omdat de omvang van het kindsdeel niet afhankelijk is van het aantal kinderen. De ANW-uitkering heeft ook niet de strekking om de behoefte van de kinderen te verminderen. Per 1 juli 2013 is de ANW-halfwezenuitkering komen te vervallen.

¹¹ Het weduwe- en halfwezenpensioen wordt doorgaans door het pensioenfonds vanaf het overlijden aan de overblijvende partner en/of kinderen uitgekeerd. De overblijvende partner ontvangt veelal 70% van het maximaal te behalen ouderdompensioen. Het halfwezenpensioen van een (studerend) bedraagt veelal 14%. Dat is 20% van het partnerpensioen. Bij een toenemend aantal pensioenfonds stopt het halfwezenpensioen na de maand waarin het betreffende kind 21 jaar wordt. Voorheen gold als einddatum vaak het einde van de studie, of de 27-jarige leeftijd (als dat eerder was). In sommige pensioenregelingen wordt het wezenpensioen in hoogte verdubbeld, als beide ouders zijn overleden.

¹² Onder andere door mij in de syllabus overlijdensschade ten behoeve van de Specialisatieopleiding Personenschade aan de Grotius Academie.

¹³ HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808.

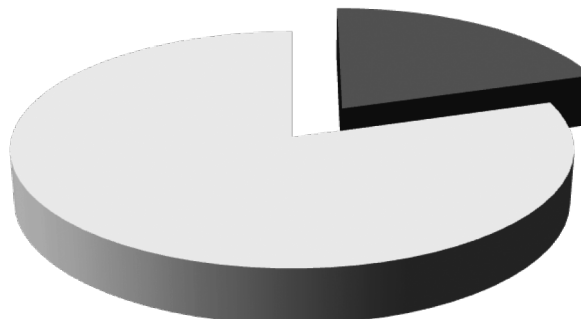
art. 6:100 BW (hierna: art. 100) gelden daar strenge criteria voor. Bij overlijdensschade wordt een opkomend voordeel echter via art. 108 geacht de behoefte van de vorderingsgerechtigden te verminderen. Aldus worden de criteria van art. 100 omzeild en lopen de behandeling van een letselschadezaak en een overlijdensschadezaak op dit punt dogmatisch uit elkaar.

Het gederfd levensonderhoud wordt in het oude model berekend door het bedrag dat na een overlijden per vorderingsgerechtigde beschikbaar is, af te zetten tegen het bedrag dat voor de betreffende vorderingsgerechtigden na het ongeval nodig is. Daarvoor zijn doorgaans de volgende tien stappen nodig:

1. Het netto gezinsinkomen zonder overlijden bepalen.
2. Het vast en variabel deel bepalen (zonder overlijden).
3. Het verdelen van de variabele lasten over de gezinsleden (zonder overlijden).
4. Het bepalen van de vaste lasten (na overlijden).
5. Het bepalen van de vaste lasten per persoon (na overlijden).
6. Het bepalen van de behoefte per persoon (= 3 + 5).
7. Het netto gezinsinkomen na overlijden bepalen.
8. Het netto gezinsinkomen na overlijden verdelen per persoon.
9. Het bepalen van de behoefte (= 6 - 8).
10. Het eventueel verrekenen van opgekomen voordeelen.

In het oude model is de uitkomst van de overlijdensschadeberekening sterk afhankelijk van de gekozen uitgangspunten. Als een uitgangspunt wordt aangepast of veranderd, dan heeft dat direct invloed op het resultaat. In de praktijk zijn gaandeweg verschillende modellen, systemen en/of hard and fast rules ontwikkeld. Ter wille van de eenvoud is het werken met (reken-)modellen, percentages en systemen toe te juichen. Het is dan echter wel noodzaak dat die modellen, percentages en systemen begrijpelijk en herkenbaar zijn. In het toepassen daarvan dient een ieder de achtergrond in essentie te kennen. Evenzo is het in dat verband wenselijk om het effect van de verschillende uitgangspunten op de uitkomst van de berekening te begrijpen. Zonder dat begrip zou voor nabestaanden mogelijk te weinig worden gevorderd of door een (aansprakelijke) verzekeraar teveel worden betaald. Dat kan tot aansprakelijkheid leiden.¹⁴

Ontdaan van alle franje komt de hele rekenexercitie in het oude model er in de kern op neer om de besparing uit te rekenen, veroorzaakt door het vrijvallen van de variabele lasten van de overledene. Zie schema 1: de groene hap.



Schema 1: de groene hap¹⁵

4. Het nieuwe rekenmodel van de Denktank Overlijdensschade

De gedachtegang

De gedachtegang van de Denktank bij het bedenken van de nieuwe methode was simpel. Als art. 108 gisteren zou zijn ontworpen (en er dus nog geen literatuur en jurisprudentie zou bestaan), hoe zou dan de eerste overlijdensschade moeten worden begroot?

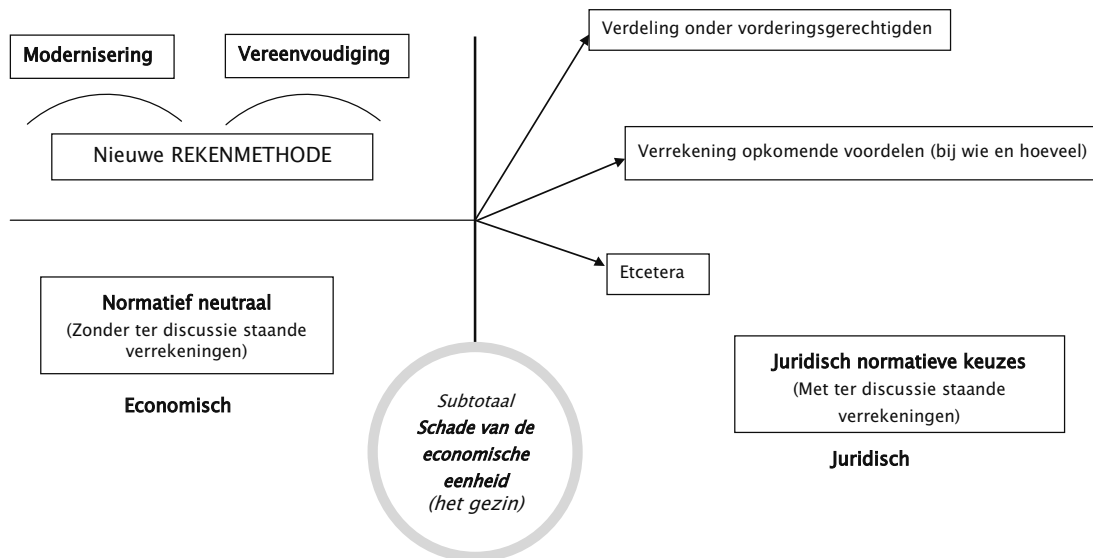
Het uiteindelijke resultaat van de oude systematiek (vergelijk de groene hap uit schema 1) lijkt als startpunt te zijn genomen. De vraag is dan: hoe kun je eenvoudiger en sneller de omvang van die hap berekenen, zonder het wettelijk kader geweld aan te doen?

Splitsing in twee delen

Daartoe is ervoor gekozen om de berekening in twee delen te splitsen, in (i) een economisch gedeelte dat normatief neutraal is en (ii) een juridisch deel waarin keuzes kunnen worden gemaakt. Zie ook schema 2: de (verticale) streep van Akkermans.

¹⁴ Rechtbank Zutphen 31 mei 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AY7300, VR 2007, 86.

¹⁵ Donkergrijs weergegeven wegens zwart-wit druk.



Schema 2: de (verticale) streep van Akkermans

Het gezin als economische eenheid

Ook is ervoor gekozen om het gezin als economische eenheid te zien. Vervolgens heeft de Denktank de vraag gesteld welke kosten binnen die economische eenheid worden “bespaard” als een volwassen lid van het gezin

wegvalt. In opdracht van de Denktank is daartoe door het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (Nibud) uitgebreid onderzoek gedaan. In dat kader heeft het Nibud eerst een nieuwe definitie geformuleerd van het begrip “besteedbaar inkomen”. Zie schema 3: nieuwe Nibuddefinitie totaal besteedbaar inkomen.

Inkomensbron	
Bruto loon uit arbeid hoofdkostwinner	+
Bruto loon uit arbeid partner	+
Bruto loon uit arbeid kinderen *	+
Fiscale winst hoofd kostwinner	+
Fiscale winst overige leden van het huishouden	+
Sociale uitkeringen	+
Bruto pensioen	+
Bijverdiensten	+
Inkomsten uit vermogen	+
Huurtoeslag	+
Zorgtoeslag	+
Kinderbijslag, kindgebonden budget	+
Kinderopvangtoeslag	+
Studiefinanciering, Tegemoetkoming Schoolkosten	+
Ontvangen alimentatie	+
Koopsubsidies	+
Overig inkomen (kostgeld)	+
Premies werknemersverzekeringen **	-
Premies volksverzekeringen en AOW ANW AWBZ	-
Loon en inkomstenbelasting (waarbij de hypotheekrente-aftrek, heffingskortingen, alle aftrekposten (ook voor zelfstandigen) en bijtellingen, zoals de fiscale bijtelling voor de lease-auto, zijn verrekend)	-
Procentuele premie ZVW	-
Totaal besteedbaar inkomen (Nibud-definitie)	=

Schema 3: nieuwe Nibuddefinitie totaal besteedbaar inkomen.

De Weggevallen Normatieve Uitgaven (WNU)

Vervolgens is door het Nibud onderzocht welke uitgaven na een overlijden wegvallen. Dat blijkt afhankelijk te zijn van (i) het aantal gezinsleden, (ii) de hoogte van het inkomen en (iii) de aanwezigheid van kinderen.¹⁶ Het

eindresultaat van het onderzoek door het Nibud is een tabel waarin voor tien huishoudtypen op basis van zeven inkomensniveaus de besparingspercentages worden weergegeven. De Denktank noemt dat de Weggevallen Normatieve Uitgaven (WNU). Zie schema 4: de WNU-percentages.

Huishoudsamenstelling	€ 24.000	€ 36.000	€ 48.000	€ 60.000	€ 72.000	€ 84.000	€ 96.000
Paar zonder kinderen	28,1%	27,4%	23,9%	21,7%	20,3%	19,3%	18,5%
Paar met 1 kind onder de 13 jaar	20,9%	19,9%	17,8%	16,3%	15,2%	14,5%	13,9%
Paar met 1 kind van 13 jaar of ouder	20,3%	18,4%	16,7%	15,1%	14,1%	13,4%	12,9%
Paar met 2 kinderen onder de 13 jaar	20,2%	17,8%	16,1%	14,7%	13,7%	12,9%	12,7%
Paar met 2 kinderen, waarvan 1 jonger is dan 13 jaar en 1 13 jaar of ouder is	19,7%	16,6%	15,2%	13,7%	12,7%	12,0%	11,5%
Paar met 2 kinderen van 13 jaar of ouder	19,3%	15,7%	14,7%	13,2%	12,1%	11,5%	10,9%
Paar met 3 kinderen onder de 13 jaar	21,2%	17,2%	15,6%	14,0%	12,9%	12,2%	11,6%
Paar met 3 kinderen, waarvan twee jonger dan 13 jaar en één 13 jaar of ouder	21,3%	16,6%	15,4%	13,7%	12,6%	11,8%	11,3%
Paar met 3 kinderen, waarvan één jonger dan 13 jaar en twee 13 jaar of ouder	21,5%	16,2%	15,2%	13,5%	12,4%	11,6%	11,0%
Paar met 3 kinderen van 13 jaar of ouder	21,7%	15,7%	15,1%	13,4%	12,2%	11,4%	10,8%

Schema 4: de WNU-percentages.

Voor de inkomens die tussen de genoemde niveaus in liggen, kan het gewogen gemiddelde worden genomen van de naastliggende percentages. Dat noemt men interpolatie. Voor inkomens onder de minimumcategorie en boven de maximumcategorie, wordt uitgegaan van dezelfde percentages uit respectievelijk de minimum- en maximumcategorie.

Op basis van deze percentages kan de groene hap uit schema 1 grof worden berekend. Tot nu toe gaat het namelijk om weggevallen *normatieve* uitgaven, welke zijn gebaseerd op het wet van de grote getallen. Het finslijpen aan de hand van de concrete en specifieke omstandigheden van het geval moet nu nog plaatsvinden. Dat kan in het nieuwe model worden ingevoerd via de Weggevallen Uitgaven (WU) en de Bijkomende Uitgaven (BU).

De Weggevallen Uitgaven (WU)

Los van het genormeerde (lees: vaste) percentage van de besparing, kan het zijn dat er in een specifieke casus sprake is van andere weggevallen (lees: bespaarde) uitgaven. Als voorbeeld noemt de Denktank (i) de eventueel verlaagde hypotheeklasten en (ii) de eventueel verlaagde verzekeringspremies. Als sprake is van (extra) weggevallen uitgaven (lees: een extra besparing bovenop het percentage uit de tabel), dan worden die bij het netto besteedbaar inkomen (na ongeval) opgeteld. Uiteindelijk werkt dat schadeverlagend. Oplettenheid (ja, misschien zelfs wel terughoudendheid) is hier op zijn plaats, omdat veel weggevallen uitgaven al zijn verwerkt in de WNU, zoals bijvoorbeeld de bespaarde ziektekostenpremie.

¹⁶ Opvallend is dat uit het onderzoek van het Nibud bleek dat bij het overlijden van een volwassene ook uitgaven wegvallen, welke voorheen als vaste lasten werden gezien.

De Bijkomende Uitgaven (BU)

Ook kan het zijn dat in een specifieke situatie na het overlijden, extra uitgaven worden gedaan. Denk bijvoorbeeld aan de kosten van kinderopvang, huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid. De Denktank noemt dat Bijkomende Uitgaven. Als daar sprake van is, dan moeten die kosten van het netto besteedbaar gezinsinkomen (na ongeval) worden afgetrokken. Uiteindelijk werkt dat

schadeverhogend. Het gederfd levensonderhoud in natura (in het oude systeem) kan in het nieuwe systeem in de kolom van de Bijkomende Uitgaven worden opgenomen.

De schade

Al deze (feitelijke) informatie wordt in negen kolommen ingevuld, waarna het resultaat kan worden doorgerekend. Zie schema 5: berekening.

dossier	gezin met 2 kinderen thuis										
kolom 1	kolom 2			kolom 3	kolom 4		kolom 5	kolom 6	kolom 7	kolom 8	kolom 9
jaar	2 partners ovl	kind 1 1-1-2009 leeftijd	kind 2 1-1-2008 leeftijd	cons.ink gezin	weggevalen normat.uitg. (WNU)		behoefte gezin	cons.ink gezin	WU gezin	BU gezin	schade gezin
	ZO	ZO	ZO	ZO	NO		NO	NO	NO	NO	NO
2011	2	3	2	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2012	2	4	3	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2013	2	5	4	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2014	2	6	5	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2015	2	7	6	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2016	2	8	7	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2017	2	9	8	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2018	2	10	9	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2019	2	11	10	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2020	2	12	11	40,000	17.2%	6,880	33,120	23,720	-	-	9,400
2021	2	13	12	40,000	16.1%	6,440	33,560	23,720	-	-	9,840
2022	2	14	13	40,000	15.4%	6,160	33,840	23,720	-	-	10,120
2023	2	15	14	40,000	15.4%	6,160	33,840	23,720	-	-	10,120
2024	2	16	15	40,000	15.4%	6,160	33,840	23,720	-	-	10,120
2025	2	17	16	40,000	15.4%	6,160	33,840	23,720	-	-	10,120
2026	2	18	17	40,000	15.4%	6,160	33,840	23,720	-	-	10,120
2027	2		18	40,000	17.8%	7,120	32,880	21,760	-	-	11,120
2028	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2029	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2030	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2031	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2032	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2033	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2034	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2035	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2036	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2037	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
2038	2			40,000	26.2%	10,480	29,520	19,800	-	-	9,720
Totaal											272,480

Schema 5: berekening.

De gearceerde kolommen 3, 6, 7 en 8 zijn afhankelijk van specifieke (eventueel uit te onderhandelen) informatie. De overige kolommen bevatten feitelijke informatie of

bevatten het resultaat van een bewerking van de informatie uit de andere kolommen. Enkele getallen zijn vet-

gedrukt, om te benadrukken dat en waarom in die jaren een wijziging optreedt.

De sterftekanscorrectie

In het nieuwe model geldt niet meer een dubbele sterftekanscorrectie. Een en ander wordt nu opgelost in de looptijd van de vordering. Daarvoor is gekozen omdat de sterftekans voor kinderen anders is dan voor de achtergebleven ouder. Bovendien is de looptijd van de vordering van de kinderen doorgaans korter dan die van de ouder. Als bij de ouder sprake is van een levenslang durende schade, dan wordt de statistische eindleeftijd genomen van een van beide ouders, afhankelijk van wiens eindleeftijd als eerste wordt bereikt.

Welke discussie blijft en welke niet?

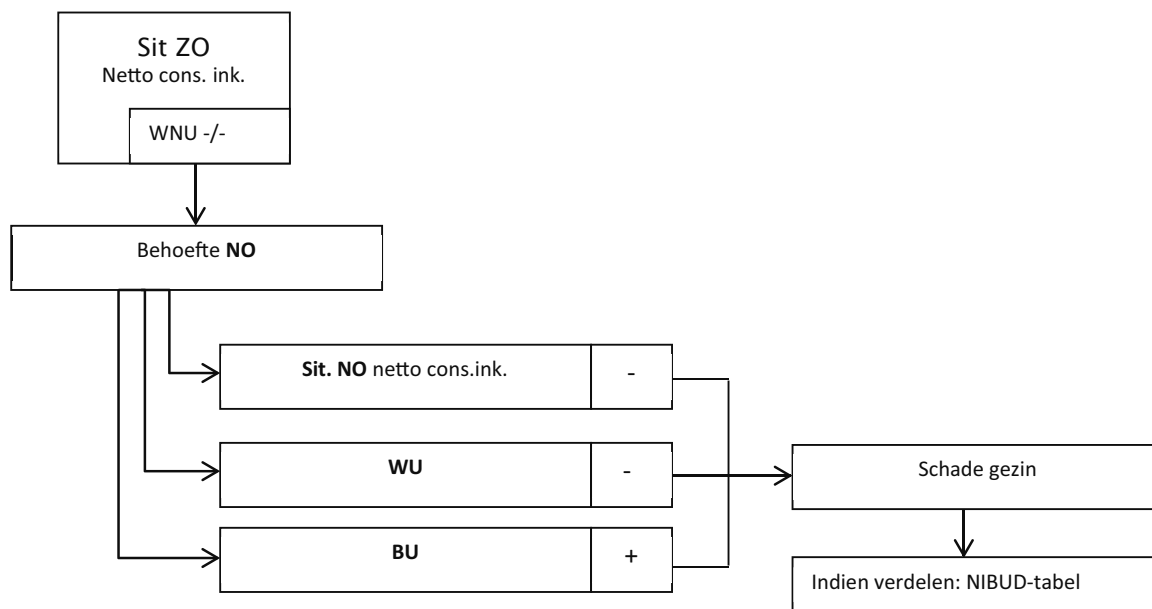
De discussie over de omvang van het fictief inkomen van de economische eenheid (in de situatie met en zonder overlijden) blijft ook in het nieuwe model bestaan. Dat is ook logisch, want dat vormt het beginpunt van de berekening. Die discussie blijft ook in het eerste economische

deel. Andere discussiepunten zijn echter uit het economisch deel gehaald, zoals bijvoorbeeld: de P/G-discussie; de verdeling van het G-inkomen in vaste en variabele lasten; de verdeling van die lasten over de vorderingsgerechtigden (en dus ook de 2:1(:1:1:1, enzovoort) verdeling van de vaste lasten).

Daarmee pretendeert de nieuwe rekenmethode eenvoudiger, transparanter en met name hedendaagser te zijn. Al met al kan de schade van het gezin rekenkundig in de volgende zeven stappen worden weergegeven:

1. Gezinsinkomen zonder ongeval
2. Weggevallen Normatieve Uitgaven (WNU) -/-
3. **Behoefte na ongeval**
4. Gezinsinkomen na ongeval -/-
5. Weggevallen Uitgaven (WU) -/-
6. Bijkomende Uitgaven (BU) + / +
7. **Schade gezin**

De Denktank heeft dat ook inzichtelijk gemaakt in de vorm van een stroomdiagram. Zie schema 6: stroomdiagram schade gezin.



Schema 6: stroomdiagram schade gezin

De Denktank adviseert om de schade van het gezin na de streep van Akkersman uit schema 2 (dus in deel II) niet per definitie over de gezinsleden te verdelen. Het kan, maar hoeft niet, aldus de Denktank. Als toch voor een verdeling wordt gekozen, dan adviseert de Denktank om daarvoor de Nibudpercentages te nemen. Zie schema 7: Nibudpercentages voor schadeverdeling.

Aantal kinderen in gezin	% totaal kinderen	% kinderen	% ouder ouders
1	17%	17%	83%
2	26%	13%	74%
3	33%	11%	67%
4	40%	10%	60%

Schema 7: Nibudpercentages voor schadeverdeling.

5. De eerste ervaringen van drie rekenbureaus met het nieuwe model

Stijgende vraag naar berekeningen op basis van nieuw model

Ten behoeve van dit artikel heb ik drie rekenbureaus¹⁷ enkele vragen gesteld. Zo vroeg ik allereerst of er al sprake was van een stijgende vraag naar berekeningen op grond van het nieuwe model. Mijn vermoeden werd bevestigd. De referentieperiode is nog maar kort, maar er is inderdaad sprake van een toenemende vraag om een overlijdensschade op basis van het nieuwe model uit te rekenen. Na 20 februari 2015¹⁸ zijn bij twee rekenbureaus zelfs geen aanvragen meer voor alleen een “oude berekening” binnengekomen. Wel is in een beperkt aantal gevallen gevraagd naar berekeningen op basis van beide systemen.

Specifieke vragen?

Ook vroeg ik of er al specifieke vragen over de verdeling van de gezinsschade over de vorderingsgerechtigden waren gesteld. Dat was nog niet het geval, bij geen enkel bureau. Ook over de zogenaamde BEM-problematiek¹⁹ zijn geen specifieke vragen bij de bureaus binnengekomen.

Vragen op detailniveau komen wel voor, maar dat kunnen ook zogenaamde controlevragen zijn geweest. Als voorbeeld noemde een bureau de vragen over de tweede auto, de mobiele telefoon en andere weggevallen kosten, die men in de kolom Weggevallen Uitgaven (WU) wilde meenemen. Die kosten zijn echter al in de WNU verdisconteerd. Ter toelichting worden in de rapporten de posten die zijn opgenomen in de WNU, ook altijd limitatief opgesomd.

Vermeldenswaard is dat ook wel eens aan de bureaus wordt gevraagd of de schade met het nieuwe model hoger of lager uitkomt.²⁰

Nieuw model niet (goed) toepasbaar?

Op de vraag of er al een casus/situatie was meegemaakt waarop het nieuwe model niet goed toepasbaar bleek, werd aangegeven dat dat de situatie is waarin het gaat om een eenoudergezin. Die situatie doet zich thans vaker voor dan vroeger. De WNU-percentages houden daar geen rekening mee, waardoor het nieuwe model vooralsnog alleen toepasbaar is op twee oudergezinnen, waarvan één overlijdt.²¹

De kosten van de berekening en de omvang van de rapportage?

De kosten voor een berekening op basis van het nieuwe model vallen lager uit. Dat komt met name doordat er geen onderzoek meer hoeft te worden gedaan naar (i) de omvang van de vaste lasten en (ii) de verdeling van de inkomens in P of G. Dat scheelt volgende de bureaus tussen de 10 en 25% van de tijd.

De meeste tijd gaat nog steeds zitten in de rekenkundige uitwerking van de toekomstige carrières, zowel in de situatie met als zonder overlijden.

De rapportages zullen nog steeds een lijvige omvang hebben. Dat komt met name door het bruto-netto traject. Mogelijk dat de rapporten uiteindelijk toch wat dunner zullen uitvallen, door het wegvallen van het pakket aan vaste lasten. Veelzeggend is het credo van één van de bureaus over een goede rapportage: “*Zo dik als nodig, zo dun als mogelijk*”.

Nieuwe methodiek wordt als verbetering ervaren

Alle drie bureaus vinden de nieuwe rekenmethodiek een enorme verbetering. Het wordt als een “zegen” ervaren dat er door hen geen aanvullende vragen meer hoeven te worden gesteld over de vaste lasten of over de verdeling van de inkomens. De nieuwe Nibuddefinitie van het “besteedbaar inkomen” verhoogt de duidelijkheid en de eenduidigheid. Dat zal ook de spreiding in de mogelijke

¹⁷ Laumen Expertise, Het Rekenbureau en het Nederlands Rekencentrum Letselschade (NRL).

¹⁸ Op 20 februari 2015 is de Letselschaderaad rekenmodel Overlijdensschade van kracht geworden. Hierin staat de volgende overgangsbepaling: “De richtlijn is van toepassing op alle overlijdensschadezaken waarbij de datum van overlijden is gelegen op of na de dag van publicatie van deze richtlijn. Zaken van voor de ingangsdatum van de richtlijn moeten worden beoordeeld en begroot conform de ten tijde van het overlijden gangbare wijze. Het staat partijen vrij om in goed onderling overleg het nieuwe rekenmodel te gebruiken in gevallen waarin nog geen overlijdensschadeberekening is gemaakt”.

¹⁹ De afkorting BEM staat voor Belegging Erfenis en andere gelden Minderjarigen. Een BEM-clausule houdt in dat het geld op de rekening gedurende de minderjarigheid is geblokkeerd. De bank mag alleen met toestemming van de kantonrechter bepaalde bedragen eerder laten vrijvallen.

²⁰ Dit artikel beoogt het leerstuk van de overlijdensschade (oud en nieuw) in juridisch perspectief te plaatsen. Voor een meer rekenkundige beschouwing zij verwezen naar E.J. Bakker, “Oud & nieuw in de overlijdensschade: een wisseling van de wacht”, TLP 2015, nr. 3.

²¹ Zelf heb ik thans een casus in behandeling waarin ten gevolge van een ongeval beide ouders zijn overleden en twee minderjarige kinderen zijn achtergebleven. Men noemt dat ook wel een “dubbel overlijden”. De WNU-percentages houden ook daar geen rekening mee, waardoor het nieuwe model vooralsnog ook minder geschikt lijkt voor die situatie.

rekenkundige uitkomsten verminderen. Rekenkundig is dat pure winst.

Mijn stelling getoetst

De drie bureaus onderschrijven mijn stelling uit de inleiding dat het rekenen in deel I eenvoudiger wordt en dat de rol van de belangenbehartiger in deel II pregnanter wordt. De rekenaars hoeven nu alleen nog maar te rekenen. Niet meer en niet minder. Het nieuwe model verlost hen van alle vertroebelende aspecten die in het verleden, als gevolg van (i) historische keuzes en (ii) jurisprudentie, het rekenen in het oude model gaandeweg steeds complexer hebben gemaakt.

Alle complicerende aspecten uit het verleden zijn nu overgeheveld naar het juridische deel II. De rekenaar is daarvan nu dus bevrijd, maar de belangenbehartiger niet. De jurist kan zijn vak weer uitoefenen. In de volgende paragraaf zal worden aangegeven welke lessen uit de jurisprudentie daarbij relevant blijven.

6. De belangrijkste lessen uit de jurisprudentie

Het behoeftigheidsvereiste

Uit het Eagle Star-arrest²² volgt (i) dat men alleen een vordering toekomt als sprake is van behoeftigheid en (ii) dat uitkeringen uit (sommen-)verzekeringen de behoefte kunnen verminderen. Het behoeftigheidscriterium wordt in de literatuur al jaren bekritiseerd.²³ Het behoeftigheidscriterium lijkt sterk verband te houden met het alimentatie karakter van de schadevergoeding op grond van art. 108.²⁴ Die schadevergoeding wordt gemaximeerd door de behoefte. Omdat (verzekerings-)uitkeringen de behoefte kunnen verminderen, hebben die uitkeringen derhalve in principe een schadeverlagend effect.

Omdat de Denktank (nog) geen expliciete afstand heeft genomen van het behoeftigheidscriterium, blijft het Eagle Star-arrest uit 1970 relevant, net zo goed als een andere, minder bekende uitspraak van de Hoge Raad uit 1970.²⁵

Het (deels) vrijlaten van behoefte verminderende uitkeringen

Uit het Kwidama-arrest²⁶ volgt dat men eerst goed naar de *strekking* van een (verzekerings-)uitkering moet kijken, voordat aan die uitkering een behoefte-verminderend effect wordt toegekend. Na verwijzing naar het Hof werd de betreffende uitkering deels vrijgelaten.

Dat naar de strekking van de verzekering moet worden gekeken is – bij nadere beschouwing – heel begrijpelijk. Neem bijvoorbeeld een kapitaalverzekering waarvoor voor het overlijden een behoorlijk bedrag is ingelegd. Dat kapitaal rendeert. Als na het overlijden aan de gehele uitkering een behoefte verminderend effect wordt toegekend, dan zou dat betekenen dat men gedeeltelijk de eigen schade financiert, namelijk voor het bedrag van het ingelegde kapitaal (inclusief het daarop voorafgaand aan het overlijden behaalde rendement). Als aan die gehele uitkering een behoefte verminderend effect wordt toegekend, pleegt men in feite diefstal. De Rechtbank Amsterdam²⁷ verwoordt het – iets netter en juridisch zuiverder – als volgt:

“(…). Naar het oordeel van de rechtbank dient echter, overeenkomstig het voorstel van de deskundige, wel rekening te worden gehouden met de waarde van de verzekering per overlijdensdatum, welke waarde bestaat uit de in totaal betaalde premies en de rentederving wegens de premiebetaling (...). Voor deze waarde geldt immers niet dat deze als gevolg van het overlijden van (...) een voordeel oplevert. Daarom moet deze waarde op het voordeel van de uitkering in mindering worden gebracht.”

Het kan zijn dat dergelijke kapitaalverzekeringen en/of beleggingsverzekeringen waren afgesloten met het oog op toekomstige vermogensvorming. Mogelijk wilde men eerder stoppen met werken en/of te zijner tijd de hypotheek op de woning aflossen. Dergelijke toekomstige vermogensvorming kan nog steeds tot de behoefte worden gerekend, ook vanuit een alimentatierechtelijk perspectief bezien.²⁸ Zo beschouwd is dus geen sprake van een behoefte-verminderende omstandigheid als dit soort verzekeringen na een overlijden tot uitkering komen. Integrale verrekening is dan ook niet op zijn plaats. Oplettenheid op dit punt is en blijft vereist. Als door middel

²² HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380 met noot Scholten.

²³ Onder andere door A-G Spier in zijn conclusie voor HR 4 februari 2000, VR 2000, 154 (Kwidama) en door A. van Duyvendijk-Brand in *“Overlijdensschade, een hybride figuur”*, LSA-bundel 2010, blz. 59-88 (zie m.n. blz. 88), Den Haag, SDU-uitgevers, ISBN: 978-90-12-38355-4. Zie ook I. van der Zalm *“Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is”*, met als subtitel: Tijd voor een heroverweging in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen? uit het boek *“Rake remedies”*, een boek uit de Jonge Meesters-reeks, onder redactie van W.H. van Boom; J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh.

²⁴ Zie voor een heldere analyse van de behoeftigheidseis in de rechtspraak van de Hoge Raad, A. van Duyvendijk-Brand, a.w. in de vorige voetnoot.

²⁵ HR 3 april 1970, NJ 1970, 379 met noot G.J. Scholten.

²⁶ HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4719, VR 2000, 154.

²⁷ Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ7581, r.o. 2.8.6.

²⁸ Vgl. ook A. van Duyvendijk-Brand, a.w. noot 23, blz. 84 en 85.

van een dergelijke uitkering, als hier bedoeld, na een overlijden de hypotheek (vervroegd) wordt afgelost, moet dat niet bij de Weggevallen Uitgaven (WU) worden verdisconteerd, daar waar dat wel mag worden gedaan als sprake is van een risicoverzekering en/of levensverzekering die tegenover de hypotheek was afgesloten, met als strekking om na een onverhoopt overlijden de nabestaanden, door middel van de uitkering, in staat te stellen in de woning te blijven wonen. Voor de rekenaar is hier naar mijn mening een controlerende taak weggelegd. Niet elke verlaging van de hypotheeklasten hoeft in de kolom Weggevallen Uitgaven (WU) te worden meegenomen. Bij onduidelijkheid over de herkomst van het bedrag, waarmee de hypotheek na het overlijden is afgelost, zouden nadere vragen kunnen worden gesteld.

Ook een mooi voorbeeld is het arrest van het Hof Amsterdam²⁹ waarin bepaalde bedragen moesten worden vrijgelaten, met als dragende overweging dat de nabestaanden geen aanspraak konden maken op smartengeld en/of affectieschade.

Een minder voor de hand liggend voorbeeld is te vinden in het al aangehaalde vonnis van de Rechtbank Amsterdam³⁰ waarin (ook) is geoordeeld dat van een verzekeringsuitkering eerst de te betalen successiebelasting mocht worden afgetrokken, voordat aan het restant een behoefte-verminderend effect zou worden toegekend.

Als een werkgever na een overlijden nog een aantal maanden salaris doorbetaalt, is die uitkering niet van invloed op de behoefteigheid, aldus het Hof Den Haag.³¹ Die uitkering diende volgens het Hof ter dekking van bijzondere, door het overlijden veroorzaakte, kosten die niet op grond van art. 108 voor vergoeding in aanmerking komen. Aldus verminderde de behoefteigheid van de nabestaanden niet. Een dergelijke redenering komt men ook wel tegen in de jurisprudentie met betrekking tot een (geringe) uitkering onder een ongeval- of levensverzekering.³²

Ieder heeft een eigen recht

Uit het Hony-arrest³³ volgt (i) dat iedere vorderingsgerechtigde een eigen recht heeft en (ii) dat alimentatie-aanspraken niet op één lijn kunnen worden gesteld met aanspraken op schadevergoeding. Na en op basis van dit arrest kan en mag een overschot bij één van de vorde-

ringgerechtigden niet (meer) worden verrekend met een tekort van een andere vorderingsgerechtigde. Dit arrest blijft ook voor het nieuwe model van groot belang, al is nog onduidelijk op welke wijze dat in de berekening het beste kan worden gecorrigeerd. In deel I wordt namelijk de schade van het gezin uitgerekend en niet de schade van de individuele vorderingsgerechtigden. Dat de Denktank voorstelt om (optioneel) de gezinsschade over de gezinsleden te verdelen, is iets anders.

Dat dit in deel II alsnog tot discussies kan leiden mag ook blijken uit het Wink-arrest³⁴ waaruit volgt dat de positie van het kind niet hetzelfde is als die van een ouder. De aanspraak van een ouder stopt pas bij hertrouwen. De aanspraak van een kind loopt daarna gewoon nog door. Als een ouder gaat samenwonen, treedt bij de ouder mogelijk een besparing op, maar bij het kind niet. De vordering van het kind stopt als het kind wordt geadopteerd.³⁵

Opkomende voordelen

Uit het Huiskes-arrest³⁶ volgt dat de opkomende voordelen moeten worden toegerekend aan degene bij wie het voordeel opkomt. Dit blijft in het nieuwe model hetzelfde. In deel I worden opkomende voordelen niet meegenomen, anders dan de pensioenen en de sociale uitkeringen. In het oude systeem werden die via P en G verdeeld. In het nieuwe model vallen die in het gezinsinkomen. Voor die keus is veel te zeggen.

Andere voordelen laat het nieuwe model in deel I buiten beschouwing. Als een discussie in deel II over de verdeling van de schade wordt gestart, moet rekening worden gehouden met (ook) een discussie over de toedeling van die opkomende voordelen aan de individuele vorderingsgerechtigden. Andersom geldt ook: als in deel II een discussie wordt gestart over de behoefte verminderende uitkeringen (met een schadeverlagend effect) dan moet rekening worden gehouden met (ook, of opnieuw) een discussie over de verdeling van de inkomens in deel I en de verdeling van de gezinsschade over de gezinsleden. Voorwaar geen aanlokkelijk perspectief!

Verdeling vaste lasten

Uit het Reinders-arrest³⁷ volgt dat de vaste lasten ook tot het levensonderhoud behoren. Die lasten moeten na het

²⁹ Hof Amsterdam 3 februari 2000, VR 2000, 86 (Elvia/Smit).

³⁰ Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ7581, r.o. 2.8.7.

³¹ Hof Den Haag 2 april 1987, NJ 1988, 495.

³² Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 27 juli 1989, VR1991, 53.

³³ HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221.

³⁴ HR 13 december 1985, NJ 1986, 246.

³⁵ HR 4 november 1983, NJ 1984, 786 (Schipper).

³⁶ HR 28 februari 1986, NJ 1987, 100.

³⁷ HR 21 februari 1992, NJ 1992, 339.

overlijden over de achtergebleven partner en de achtergebleven kinderen worden verdeeld in de verhouding 2:1 (:1:1, enzovoort). Dit arrest is in het nieuwe model in deel I niet meer relevant. Er lijken echter concrete omstandigheden denkbaar, waarin het verdedigbaar is om in deel II alsnog een verdeling van de vaste lasten aan te brengen. Denk bijvoorbeeld aan een huis dat ten behoeve van een gehandicapt kind sterk is aangepast. Alternatieven zijn er uiteraard ook. Zo zou een en ander ook in een (persoonlijke) kolom Bijkomende Uitgaven (BU) kunnen worden meegenomen. Maar dan wreekt zich het feit dat de Denktank in deel I in principe alleen de schade van het gezin berekent.

$C = A$

Uit het Pruiskens-arrest³⁸ volgt (i) dat een vordering voor gedeerd levensonderhoud in geld op grond van sub c in omvang gelijk is aan een dergelijke vordering op grond van sub a en (ii) dat de vordering voor gedeerd levensonderhoud in natura, abstract mag worden berekend. Dit arrest blijft relevant.

De schade mag niet worden verlegd

Uit het Bakkum-arrest³⁹ volgt (i) dat de vordering voor gedeerd levensonderhoud (in natura) van de kinderen ook na hertrouwen van de vader in stand blijft en (ii) dat mag worden geabstraheerd van het feit dat de stiefmoeder de hulp verleende. Dit arrest is geheel in lijn met de genoemde arresten Hony, Wink, Huiskes en Pruiskens. Het arrest blijft relevant. Een andere opvatting zou betekenen dat de onderhoudsplicht (lees: de schade) naar anderen wordt verlegd. Dat is niet de bedoeling.⁴⁰ Het verleggen van de schade is ook in andere situaties niet toegestaan.⁴¹

Het gedeerd levensonderhoud in geld en in natura is één post

Uit het arrest “kinderloos echtpaar”⁴² volgt dat het gedeerd levensonderhoud (i) in geld en (ii) in natura, als één en dezelfde schadepost moeten worden gezien. Dat betekent dat een zogenaamd overschot in categorie a

mag worden verrekend met een zogenaamd tekort in categorie d. In de literatuur en jurisprudentie werd daarvoorheen anders over gedacht.⁴³ Als het om twee verschillende schadeposten zou gaan, dan zou kruislings verrekenen niet zijn toegestaan.⁴⁴

Van wie is de vordering en voor wie is die bestemd?

Uit het Bolink-arrest⁴⁵ volgt dat de concrete inkomensachteruitgang van de achtergebleven moeder op grond van sub a in de berekening mag worden betrokken. De rechtvaardiging daarvoor was met name gelegen in het feit dat de moeder daarmee en daardoor de vordering van de kinderen voor gedeerd levensonderhoud in natura beperkt.⁴⁶ Doordat de Denktank (voor en na overlijden) uitgaat van het gezin als economische eenheid, is dit arrest in feite al in het nieuwe model geïmplementeerd. Oplettendheid is echter wel vereist. Want van wie is de vordering eigenlijk? En voor wie is de vordering bedoeld?

Terug naar de casus: ma Bolink was minder gaan werken met de bedoeling om meer tijd te hebben voor de zorg en opvoeding van de kinderen. Zo beschouwd gaat het dus om de waardering (op geld) van de vordering van de kinderen voor het gedeerd levensonderhoud in natura. De opbrengst van die vordering is bedoeld voor diegenen die zich daadwerkelijk om de zorg en de opvoeding van de achtergebleven kinderen bekommert. Dat is in dit geval diezelfde ma Bolink die er in inkomen op achteruit is gegaan. Ogenschijnlijk is het dus lood om oud ijzer, maar dat is uiterlijke schijn. Ontdaan van alle franje is en blijft het gewoon een waarderingskwestie van de verschillende vorderingen van de verschillende vorderingsgerechtigden. Het gedeerd levensonderhoud in natura kan abstract worden berekend, zoals in de arresten Pruiskens, Bakkum en het kinderloos echtpaar. In het nieuwe model kan dat worden ingevoerd in de kolom Bijkomende Uitgaven (BU). Maar het kan en mag ook concreet worden berekend, zoals in het Bolink-arrest. In het nieuwe model komt dat dan tot uiting in kolom 6 (gezinsinkomen na ongeval).

³⁸ HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, ECLI:NL:HR:2005:AU6089.

³⁹ HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, ECLI:NL:HR:2008:BC9365.

⁴⁰ Zie recent in dezelfde zin bij een dubbeloverlijden, Rechtbank Rotterdam 17 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10051.

⁴¹ Zie voor een blokkade op het verleggen van schade binnen een maatschap: Rechtbank Maastricht 22 mei 1980, VR 1981, 73. Zie voor de DGA in relatie tot zijn BV, Hof Amsterdam 29 december 1983, NJ 1985, 296. En zie voor een wrongfull birth-situatie, HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

⁴² HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH6533.

⁴³ Vgl. bijvoorbeeld PG, blz. 398 en 404; Rechtbank Middelburg 31 maart 1999, VR 2001, 153 en Hof Amsterdam 7 september 2006, NJF 2007, 32.

⁴⁴ HR 17 december 1976, NJ 1977, 351.

⁴⁵ HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8781, NJ 2009, 386.

⁴⁶ De grondslag voor de vordering kan worden gevonden in art. 6:96 BW, in combinatie met het recht op zelfbeschikking (lees: keuzevrijheid), zoals gewaarborgd in het EVRM.

7. Punaisepoetsen

De Denktank heeft een nieuw model ontworpen voor het sneller en eenvoudiger berekenen van de gezinsschade na een overlijden van één van de ouders. Dat is gelukt en verdient waardering: chapeau! In een artikel als dit mogen echter ook punaises worden opgepoetst. Ik beperk mij tot twee.

Het niet verdelen van de gezinsschade is in strijd met het wettelijk kader

Een van de aanbevelingen van de Denktank is om de schade van het gezin in deel II, dus na de “streep van Akkermans” (zie schema 2) niet per definitie over de gezinsleden te verdelen. Het kan, maar hoeft niet, aldus de Denktank. Dat advies is door de Letselschaderaad overgenomen. Ik ben daar sceptisch over en had dat liever anders gezien.

De argumenten die de Denktank gebruikt overtuigen niet. Zo zou het (te) vaak voorkomen dat aan het einde van de looptijd van de schade van minderjarige kinderen, de voor hen bestemde bedragen nog op de betreffende BEM-rekening staan.⁴⁷ Dat zou onwenselijk zijn, reden waarom het hele BEM-verhaal zou worden “afgeraden”. Mede gezien de onderhoudsplicht die op de ouder rust, zou er geen bezwaar bestaan om als ouder de gehele gezinsschade te vorderen, aldus de Denktank (en in navolging daarvan ook de Letselschaderaad).

Dat mag zo zijn, het bedrag van die vordering is deels bedoeld voor de financiering van toekomstig levensonderhoud van de kinderen. Niet valt in te zien hoe de toekomstschade van de (minderjarige) kinderen, bevrijdend kan worden gestort op een bankrekening ten name van iemand anders. Een belangenbehartiger zou naar mijn mening er niet aan mogen meewerken dat bedragen ter zake van de toekomstschade, worden gestort op een bankrekening ten name van iemand anders dan degene van wie de vordering (mede) is.

Met name ten aanzien van minderjarigen bestaat een verhoogde zorgplicht om ervoor te zorgen dat er een waarborg in het leven wordt geroepen. Die verhoogde zorgplicht rust in ieder geval op de eigen belangenbehartiger. Verdedigbaar is om te stellen dat die zorgplicht ook op de verzekeraar rust. In de praktijk wordt daartoe door middel van de betaling op een BEM-rekening een veiligheidsklep ingebouwd, zodat de bedragen ter zake van de

toekomstschade in die toekomstige jaren ook nog daadwerkelijk beschikbaar zijn.

Veiligheidskleppen en/of waarborgen worden doorgaans niet aangebracht voor die gevallen waarin het goed gaat, maar voor die gevallen waarin het fout kan gaan. Een vergelijking dringt zich op met het leerstuk rondom de verplaatste schade ex art. 107. Daar speelt exact dezelfde problematiek. Zie daartoe ook het door mij geschreven hoofdstuk 3040 “Verplaatste schade” in het Handboek Personenschade, met name § 4, “Van wie is de vordering?”, met verwijzing naar verdere literatuur en jurisprudentie.⁴⁸ Zie in die zin ook het consultatie-wetsvoorstel zorg- en affectieschade, waarin is bepaald dat de verschenen schade kan worden gevorderd door zowel degene die de zorg heeft geleverd, alsook door het slachtoffer zelf. De toekomstschade kan echter alleen maar worden gevorderd door het betreffende slachtoffer.⁴⁹ Dat is ook logisch, omdat het slachtoffer die toekomstige zorg moet kunnen financieren. In gevallen van overlijdensschade is dat bij kinderen niet anders.

Het opnemen van de gelden is een mogelijkheid, het is geen plicht. Als op de 18-jarige leeftijd de gelden toch nog op de BEM-rekening staan, dan is dat niet per definitie een schande. Het zou namelijk kunnen zijn dat de achtergebleven ouder op andere wijze in staat is gebleken om invulling te geven aan de onderhoudsplicht, zoals door de Denktank bedoeld. Dat zou mede kunnen zijn ingegeven door de wens om het kind op de 18-jarige leeftijd een bedrag ter vrije besteding te “gunnen”, al dan niet ter compensatie van het gemis van de andere ouder. In de maatschappij wordt de omvang van de schadevergoeding als beperkt ervaren. Bovendien bestaat er (nog) geen recht op smartengeld na een overlijden. Tegen die achtergrond past het de betrokken professionals niet om een waardeoordeel uit te spreken over het feit dat op 18-jarige leeftijd eventueel nog gelden op de BEM-rekening staan. Het volstaat om er ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst voor te zorgen dat de financiële middelen in de toekomst (relatief eenvoudig) beschikbaar kunnen komen op die momenten dat ze nodig zijn.

Van een dergelijke veiligheidsklep is geen sprake (meer) als het totale bedrag van de overlijdensschade van het gezin na de afwikkeling op de bankrekening ten name van de achtergebleven ouder wordt gestort. Daarmee worden risico's in het leven geroepen. Want wat gebeurt er als die ouder – al dan niet in een moment van zwakte

⁴⁷ Zie noot 19.

⁴⁸ S.D. Lindenbergh, “Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak”, TVP 2006, nr. 4, blz. 105-1110, zie met name blz. 106; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998; G.M. van Wassenauer en S.V. Mewa, “Tweemaal slachtoffer worden door een onjuiste afwikkeling van derdenschade, hoe kan dat worden voorkomen?”, TVP 2006, nr. 4, blz. 129-133; S.D. Lindenbergh, “Vergoeding voor 'verlies van tijd' bij overlijden”, TVP 2002, blz. 62 e.v.

⁴⁹ Zie MvT wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade, blz. 4 en 5.

– het geld vergokt, of aan een (onverantwoord dure) vakantie en/of hobby besteedt?

Als de totale schade aan de achterblijvende ouder wordt uitgekeerd en er gaat daarna (onverhoopt) iets fout, dan zouden de kinderen later de belangenbehartiger aansprakelijk kunnen stellen. De vraag is of een aangesproken belangenbehartiger zich dan kan verweren door te stellen dat de kantonrechter toestemming heeft verleend op grond van art. 1:345 lid 3 BW. Ik zou menen van niet, omdat de kantonrechter de gevraagde toestemming doorgaans marginaal toetst, op basis van juist de input van de betreffende belangenbehartiger. Daarbij is het van belang om te realiseren dat kantonrechters doorgaans denken vanuit het perspectief dat vermogen bijeen dient te worden gehouden, althans behouden dient te blijven.⁵⁰ In overlijdensschadegevallen dient het perspectief te zijn dat de bedragen op de BEM-rekening gaandeweg worden opgesoupeerd, terwijl de door mij bedoelde veiligheidsklep er alleen uit bestaat om er voor te zorgen dat de bedragen die voor de toekomst zijn bedoeld er in die toekomst ook daadwerkelijk (nog steeds) zullen zijn.

Een volgende vraag is of de belangenbehartiger de betreffende verzekeraar dan in vrijwaring kan oproepen, stellende dat niet bevrijdend is betaald. Het lijkt mij in het belang te zijn van (ook) de verzekeraars om hier nog eens kritisch naar te (laten) kijken. Want ook een verzekeraar zal zich naar mijn mening niet kunnen verschuilen achter de eventueel door de kantonrechter gegeven toestemming voor integrale betaling aan de achtergebleven ouder.

Scherper onderscheid tussen gederfd levensonderhoud in (i) geld en (ii) in natura

De kracht van het nieuwe model is gelegen in het eenvoudiger en transparanter berekenen van het gederfd levensonderhoud in geld. De door het Nibud berekende percentages voor de eventuele verdeling (zie schema 7) zijn alleen van toepassing op het gederfd levensonderhoud in geld.

Het nieuwe model biedt ruimte om ook het gederfd levensonderhoud in natura mee te nemen. Als daartoe kosten worden gemaakt, of als het gederfd levensonderhoud in natura abstract wordt begroot, zal dat in de kolom Bijkomende Uitgaven (BU) tot uiting komen. Als het gederfd levensonderhoud in natura in navolging van het eerder besproken Bolink-arrest wordt berekend op basis van de inkomensdaling van de achtergebleven ouder,

dan zal dat in kolom 6 (gezinsinkomen na ongeval) tot uiting komen.

Hoe het gederfd levensonderhoud in natura van de kinderen ook wordt berekend, in alle gevallen is die vordering voor 100% van hen. Als de totale schade van het gezin op basis van de door het Nibud berekende percentages wordt verdeeld, dan krijgen de kinderen dus in het beste geval 40% van hun schade op dit punt toebedeeld.

Hoe het praktisch kan worden opgelost

Het is wenselijk om het gederfd levensonderhoud in geld beter te onderscheiden van het gederfd levensonderhoud in natura. Omdat de kolom BU meer kan omvatten dan alleen gederfd levensonderhoud in natura, bepleit ik de opname van een extra (persoonlijke) kolom: "natura". Voor de Bolink-gevallen betekent dat een budget neutrale correctieboeking van kolom 6 naar die kolom. Het zou de duidelijkheid en overzichtelijkheid ten goede komen als er evenveel kolommen "natura" zouden komen als dat er gezinsleden zijn.

Als het gederfd levensonderhoud in geld wordt verdeeld, conform de door het Nibud berekende percentages (zie schema 7), dan kunnen daar de bedragen uit de persoonlijke kolommen natura bij worden opgeteld. Zo kan helder in kaart worden gebracht welke bedragen in welke jaren voor het *gehele* levensonderhoud per persoon nodig zijn. Deze individuele toedeling voorkomt dat een eventueel overschot bij de moeder in een bepaald jaar wordt verrekend met een tekort van één of meer van de kinderen in dat betreffende jaar. Iets dat wel (automatisch en vrijwel onzichtbaar) gebeurt als de schade als schade van het gezin wordt gepresenteerd.

Op basis van de uit de berekening blijkende toekomstschade kan voor de minderjarige kinderen een onttrekkingsschema worden opgesteld. Omdat op grond van art. 1:345 lid 3 BW niet alleen de toestemming van de kantonrechter nodig is voor een vaststellingsovereenkomst, maar ook voor een geldopname, is het verstandig om de onttrekkingsschema's op te nemen in het (overigens vormvrije) verzoekschrift aan de kantonrechter. Aan de kantonrechter kan dan worden gevraagd om in één beschikking zijn "zegen" te geven aan (i) de totale regeling en (ii) de onttrekkingsschema's.

Een kopie van de beschikking van de kantonrechter kan dan aan de bank worden toegestuurd, met het verzoek om de toekomstschade periodiek te laten vrijvallen naar

⁵⁰ Vgl. ook het hoofdstuk van J. Sap, "Het blijft toch je kind", blz. 180, in "Kind en schade: Wat nu?", onder redactie van S.D. Lindenberg, F.Th. Kremer en J.M. Tromp, Den Haag, PIV, 2009.

de bankrekening van diegene die zich daadwerkelijk om de verzorging van de minderjarige kinderen bekommert.

Het komt mij voor dat deze toekomstgerichte zorgvuldigheid van alle betrokken professionals mag worden verwacht. Het is weinig moeite en kan op termijn ruzie binnen de familie (over geld!) voorkomen.

Beroepsaansprakelijkheid?

De vraag is of na de lancering van het nieuwe model sprake kan zijn van beroepsaansprakelijkheid van een belangenbehartiger als hij/zij (niet) voor een van beide modellen zou kiezen.

Het komt mij voor dat die eventuele aansprakelijkheid niet kan worden gebaseerd op alleen de keus voor een bepaald model. Die aansprakelijkheid zal bij toepassing van het oude model mogelijk wel kunnen worden gebaseerd op nalatigheid en/of onzorgvuldigheid ten aanzien van de te hanteren uitgangspunten. Als voorbeeld kan worden gedacht aan het nog toepassen van de Amsterdamse schaal voor het verdelen van de variabele lasten. Uit het Nibudonderzoek dat in het kader van het nieuwe model is gedaan, volgt namelijk dat er een belangrijke omslag plaatsvindt vanaf de 13-jarige leeftijd van kinderen. Dat pleit voor de toepassing van de Haagse schaal, waarin aan kinderen vanaf 13 jaar (ook) 100 punten worden toebedeeld. Ook zou de aansprakelijkheid bij toepassing van het nieuwe model kunnen worden gebaseerd op het onbenut laten van de (correctie- en/of discussie-)mogelijkheden in deel II. Als voorbeeld kan worden gedacht aan het onbenut laten van de mogelijkheid om de schade correct te verdelen over de gezinsleden, in combinatie met het niet borgen van de toekomstschade van de kinderen.

8. Een pleidooi voor dogmatische gelijkschakeling van art. 108-zaken met art. 107-zaken

$X - Y = \text{Schade}$

Letselschadezaken kunnen eenvoudig worden benaderd met de formule $X - Y = \text{Schade}$. De X staat daarbij voor de situatie zonder het ongeval en de Y staat voor de situatie met het ongeval. Het verschil daartussen moet zo goed en zo kwaad mogelijk op geld worden gewaardeerd. De formule is simpel, maar de uitwerking vaak niet. In een letselschadezaak wordt die formule doorgaans uitgewerkt door het antwoord te zoeken op de volgende drie vragen (en ook in die volgorde):

1. Welk letsel heb ik door het ongeval opgelopen (een vraag naar klachten)?
2. Wat kan ik daardoor niet meer (een vraag naar beperkingen)?

3. Wat zijn daarvan de financiële consequenties (een vraag naar de omvang van de schade)?

Ten aanzien van elk van die vragen kunnen discussies ontstaan. Bovendien is het zo dat klachten niet per definitie tot beperkingen leiden. En beperkingen hoeven nog niet altijd tot schade te leiden.

De formule $X - Y = \text{Schade}$ kan ook behulpzaam zijn in overlijdensschadezaken. Het antwoord op vraag 1 is met het overlijden gegeven. Vraag 2 luidt dan: Wat mis ik daardoor? Vraag 3 blijft hetzelfde. Het alimentatiekarakter van de schadevergoeding en het behoeftigheidsver-eiste van art. 108 zitten in feite al in de X verdisconteerd. Om dat nader te illustreren citeer ik hier de volledige rechtsoverweging 3.3.2 uit het Bolink-arrest:

“Deze verplichting tot schadevergoeding heeft een gemengd karakter. Enerzijds dient, zoals in het algemeen gebruikelijk is bij het bepalen van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, de omvang van die plicht – die in beginsel strekt tot volledige schadevergoeding – te worden bepaald door de bijdrage die de overleden echtgenoot zou hebben geleverd in het levensonderhoud van de achterblijvende partij te vergelijken met de positie waarin de nabestaande door dat overlijden daadwerkelijk is te komen verkeren (afgezien van nu niet terzake dienende gevallen, waarin de schade abstract dient te worden berekend). Daarbij dient in beginsel de gehele financiële positie van de nabestaande in aanmerking te worden genomen (vgl. HR 4 februari 2000, nr. R98/132, NJ 2000, 600). Voor de vaststelling van het schadebedrag dient te worden uitgegaan van hetgeen de overledene aan de nabestaande feitelijk placht te verstrekken, met dien verstande dat in dit verband mede de wijzigingen dienen te worden verdisconteerd – zowel wat betreft de omvang van de bijdrage van de overledene als van de behoefte van de nabestaande – die op het moment van het overlijden redelijkerwijs waren te verwachten (vgl. de MvA II bij art. 6:108, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 397).

Anderzijds heeft deze verplichting mede een – kort gezegd – alimentatierechtelijk karakter. Hieruit volgt onder meer dat de nabestaande aan art. 6:108 slechts een vordering kan ontnemen voor zover bij deze sprake is van behoeftigheid, gerelateerd aan de specifieke situatie van de huishouding waarvan de overledene en de nabestaande deel uitmaakten (HR 16 december 2005, nr. C04/276, NJ 2008, 186).”

Het eerste deel van dit citaat maakt nogmaals duidelijk dat het (ook) bij overlijdensschadezaken gaat om een vergelijking tussen de situatie *zonder* en *met* ongeval (lees: overlijden). Het tweede deel van het citaat (vanaf “Anderzijds”) geeft aan dat men alleen maar een vordering heeft als er sprake is van behoeftigheid. En dat is het antwoord op vraag 2: wat mis ik daardoor? Mist een vorderingsgerechtigde niets, dan heeft hij geen claim. Mist hij wel wat, dan heeft hij wel een claim. Zo beschouwd zorgt het begrip “alimentatiekarakter” alleen maar voor verwarring. Naar mijn mening kan men ook heel goed

zonder dit begrip uit de voeten. Aanspraken op alimentatie kunnen en mogen ook niet op één lijn worden gesteld met aanspraken op schadevergoeding.⁵¹

Als alleen naar de situatie met overlijden zou worden gekeken (zoals op basis van de arresten uit 1970 werd gedaan), dan zou ook een erfenis als een behoefte verminderende uitkering kunnen worden beschouwd. Een erfenis zou ook zonder ongeval zijn opgekomen, alleen dan wat later. Om die reden zou hooguit aan het rendement over het geërfde vermogen een behoefte-vermindereffect kunnen worden toegekend. Een andere opvatting zou betekenen dat men de vorderingsgerechtigden in feite zelf hun eigen schade laat financieren. Dat kan niet waar zijn. Dat is ook niet de bedoeling van het aansprakelijkheidsrecht. Vrouwe Justitia is niet voor niets geblinddoekt. Zij mag niet discrimineren. Dat zou niet alleen moeten gelden ten opzichte van de rechtzoekenden onderling, maar ook ten aanzien van de vorderingen voor letselschade enerzijds en overlijdensschade anderzijds, welke vorderingen beide op hetzelfde aansprakelijkheidsrecht zijn gebaseerd. Het oude dogmatische en discriminatoire verschil tussen 108-zaken en 107-zaken is (al lang) niet meer van deze tijd.

De formule $X - Y = \text{Schade}$ volstaat en kan alle discussiepunten ondervangen. Het zou ook direct aantonen dat de alimentatiegerechtigde ex-echtgenoot de gemiste alimentaties zou kunnen vorderen. In de X-situatie zou namelijk alimentatie blijven worden ontvangen. In de Y-situatie niet meer. Daardoor wordt schade geleden in de vorm van gemist levensonderhoud. Ex-echtgenoten zijn op grond van art. 1:3 lid 3 BW (nog steeds) als aanverwant te beschouwen in de zin van art. 108 lid 1 sub b. Derhalve komt aan alimentatie ontvangende ex-echtgenoten een vordering toe.

Een ander voorbeeld is het gederfd levensonderhoud in natura van kinderen. Wat te denken van minderjarige kinderen van een gescheiden (en overleden) ouder, bij wie zij niet in huis woonden, maar met wie zij wel een omgangsregeling hadden. Kunnen die kinderen nog aanspraak maken op gederfd levensonderhoud in natura op grond van art. 6:108 lid 1 sub d? Dat is verdedigbaar, omdat het begrip “gemeenschappelijke huishouding” ruim wordt uitgelegd. Een volgende vraag is of de vordering voor het gederfd levensonderhoud in natura een langere looptijd zou mogen hebben dan een vordering voor het gederfd levensonderhoud in geld. Het is algemeen bekend dat ouders ook op latere leeftijd van de eigen kinderen hand- en spandiensten verrichten. Dat kan bij

voorbeeld hulp bij het verhuizen zijn, oppas voor de kleinkinderen of kluswerkzaamheden aan het (nieuwe) huis. Met name bij vaders en moeders die zeer handvaardig zijn, komt men dit veel tegen. Op basis van de formule $X - Y = \text{Schade}$, zou dit aspect eenvoudig in een overlijdensschadeberekening kunnen worden betrokken.

Het behoeftigheids criterium kan worden afgeschaft

Als de formule $X - Y = \text{Schade}$ ook voor overlijdensschaden kan worden gebruikt, dan is meteen duidelijk dat ook het behoeftigheids criterium kan worden afgeschaft (of losgelaten). Want ook dat criterium zit in feite al in het antwoord op vraag 2 verweven.

Het behoeftigheids criterium ligt al jaren onder vuur. Zie met name de conclusie van A-G Spier voor het Kwidamarrest.⁵² Hij toonde zich toen al een voorstander van het afschaffen van dit criterium, maar meende dat de tijd daar toen nog niet (helemaal) rijp voor was, omdat de gevolgen toen volgens hem nog niet goed waren te overzien. En zo kon het gebeuren dat bepaalde uitkeringen vanaf toen (schoorvoetend, met pijn en moeite en dan ook nog gedeeltelijk) meer en meer werden vrijgelaten. De redenen daarvoor en de gronden waarop waren echter niet altijd even duidelijk.

Voordeelsverrekening in plaats van behoeftevermindering

Als het behoeftigheids criterium wordt afgeschaft, dan verloopt de discussie over voordeelsverrekening niet meer over de band van art. 108, maar via art. 100. Aldus zou eenzelfde regime gaan gelden als bij letselschadezaken. Het richtinggevende arrest van de Hoge Raad⁵³ wordt dan ook voor overlijdensschadezaken relevant, met terughoudendheid troef als boodschap.

In het oude systeem is het verdedigbaar te stellen dat periodieke (blijvende) uitkeringen moeten worden verrekend via art. 108. Die periodieken verminderen de behoefte ook daadwerkelijk en continu. In het nieuwe model zijn dat soort uitkeringen verdisconteerd in het nieuwe begrip besteedbaar inkomen (zie schema 3). Volgens de Letselschaderaad is het redelijk om die uitkeringen in mindering te brengen op de gezinsschade, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich daartegen verzetten. Zie paragraaf 5 van de Letselschade Richtlijn Rekenmodel Overlijdensschade. Die formulering sluit aan bij art. 100. In de toelichting op paragraaf 5 wordt opgemerkt dat eenmalige uitkeringen ook zonder het overlij-

⁵¹ HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221 (Hony). Zie voor dezelfde gedachtegang in analoge situaties: Rechtbank Maastricht, 22 mei 1980, VR 1981, 73; Hof Amsterdam, 29 december 1983, NJ 1985, 296; en HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

⁵² HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4719, VR 2000, 154.

⁵³ HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808. In r.o. 3.5.2 is expliciet bepaald dat het arrest niet van toepassing is op overlijdensschadezaken.

den tot uitkering hadden kunnen komen. Ook dat duidt op aansluiting bij art. 100. Op grond van dit artikel geldt namelijk niet alleen een redelijkheidstoets, maar ook een causaliteitstoets. Die causaliteitstoets zit ook in de formule $X - Y = \text{Schade}$.

In de toelichting op paragraaf 5 wordt ook opgemerkt dat de uitkeringen na overlijden lager kunnen zijn dan zonder overlijden het geval zou zijn geweest. Dan is sprake van een opkomend nadeel. In de formule $X - Y = \text{Schade}$ kan ook dat worden meegenomen.

Het is verdedigbaar te stellen dat voordeelsverrekening pas aan de orde is als alle schade is vergoed.⁵⁴ Het feit dat bij overlijdensschade op grond van de wet niet alle schade voor vergoeding in aanmerking komt, is dus een extra reden om terughoudend te zijn. Al helemaal als sprake mocht zijn van een percentage eigen schuld.

Het gezin als economische eenheid (en als schadelijder)

Het feit dat de Denktank een gezin als economische eenheid ziet, sluit aan bij de tendens van de laatste jaren om in het kader van een letselschadezaak ook oog te hebben voor het gezin als schadelijder. Dat is ook logisch. Als het slachtoffer centraal staat, dan moet men ook oog hebben voor de directie omgeving van het slachtoffer, zoals gezin en werk. Niet voor niets luidt de titel van het boek in de PIV-serie uit 2002 ook: "Het gezin als schadelijder".⁵⁵

Eenzelfde definitie van besteedbaar inkomen?

In opdracht van de Denktank heeft het Nibud een nieuwe definitie opgesteld van het "bestedbaar inkomen" (zie schema 3). Bij een dogmatische gelijkshakeling ligt het voor de hand om die definitie dan ook te gaan hanteren in letselschadezaken voor het berekenen van het verlies aan arbeidsvermogen. De drie rekenbureaus pleiten daar ook voor.⁵⁶

Mogelijk dat ook die berekeningen dan eenduidiger worden en minder spreiding in uitkomsten zullen vertonen, net zoals nu bij het berekenen van overlijdensschaden op basis van het nieuwe model het geval is. Dat zou ook goed aansluiten bij de gedachte van het gezin als schadelijder. Wij hoeven dan ook niet meer te wachten op de

invoering van het wetsontwerp zorg- en affectieschade, waarvan in de wandelgangen wordt gezegd dat die twee aspecten thans uit elkaar worden getrokken en verder afzonderlijk zullen worden behandeld.

Smartengeld en/of affectieschade mogelijk

Als een overlijdensschadezaak dogmatisch gelijk wordt geschakeld met een letselschadezaak, kan (min of meer automatisch) ook aanspraak worden gemaakt op een bedrag aan smartengeld en/of affectieschade. Daar staat in de maatschappij grote behoefte aan. Het staat ook niet voor niets weer op de politieke agenda.⁵⁷ Het Europees Hof van Justitie⁵⁸ heeft bepaald dat verplicht een vergoeding moet worden geboden voor de smart (lees: affectieschade) van nabestaanden van slachtoffers die ten gevolge van een grensoverschrijdend auto-ongeval zijn overleden. Relevant is ook dat het Schadefonds Geweldsmisdrijven per 1 januari 2012 aan nabestaanden een vergoeding voor immateriële schade kan toekennen. De introductie van smartengeld voor nabestaanden zou ook een einde maken aan de huidige discriminatie van hen bij wie na een overlijden geen (deels vrij te laten) uitkeringen opkomen. Kortom: de tijd is rijp om (ook op dit punt) een overlijdensschade dogmatisch gelijk te schakelen met een letselschadezaak.

9. Conclusies en aanbevelingen

Overlijdensschadezaken zijn drama's. Niet alleen voor de nabestaanden, maar ook in dogmatisch opzicht. Het is ronduit wrang dat ons wettelijk systeem voor het meest verstrekende (fatale) letsel voor een beperkt aantal vorderingsgerechtigden een beperkte schadevergoeding biedt. Daarbij komt dat de methode voor het berekenen van het gederfd levensonderhoud gaandeweg onder invloed van historische keuzes en ingewikkelde jurisprudentie een complex geheel is geworden.

De Denktank heeft een nieuw model ontworpen voor het sneller en eenvoudiger berekenen van de gezinschade na een overlijden van één van de ouders. Dat is gelukt en verdient waardering: chapeau!

⁵⁴ C. Bouwman, "Voordeelstoerekening", Handboek Personenschade, hoofdstuk 3130, verwoordt het op blz. 4 als volgt: "Per saldo kan van voordeel eerst sprake zijn nadat het feitelijk nadeel volledig is gecompenseerd". Hij verwijst daarbij ook naar J. Wildeboer, "Voordeelverrekening of niet (helemaal)?", Letsel & Schade 2007/63 (afl. 2).

⁵⁵ Het gezin als schadelijder, Stichting Personenschade Instituut Verzekeraars (PIV), onder redactie van S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer en J.M. Tromp, Den Haag, PIV 2002.

⁵⁶ Zie daartoe het gezamenlijk artikel van E.J. Bakker, J. Laumen en M. Neeser, "De kern van de letsel- en overlijdensschadeberekening: het netto besteedbaar inkomen", zoals dat waarschijnlijk in het juni-nummer van Verkeersrecht 2015 zal worden gepubliceerd.

⁵⁷ Overigens is het op grond van art. 11, 12, 13 en 19 van de resolutie (75) 7 van de Raad van Europa verdedigbaar om te stellen dat vanaf 1992 ten tijde van de inwerkingtreding van het (N)BW een recht op smartengeld in het kader van art. 6:108 BW had moeten worden geïntroduceerd.

⁵⁸ Europees Hof van Justitie 24 oktober 2013, Katarína Haasová v. Ratislav Petřík, ECLI:EU:C:2013:692, C-22/12.

Door uit te gaan van het gezin als economische eenheid wordt aansluiting gezocht bij de dagelijkse realiteit. Op basis van een nieuwe definitie van het besteedbaar inkomen, is onderzocht welke uitgaven na een overlijden wegvallen. De aldus grof berekende gezinsschade kan nog in twee kolommen op de specifieke omstandigheden van het betreffende geval worden toegesneden. Daarna is deel I afgesloten en ligt er nog een belangrijke taak weggelegd voor de belangenbehartiger in deel II.

De Denktank adviseert om de gezinsschade in deel II niet te verdelen over de gezinsleden. Dat advies is door de Letselschaderaad overgenomen. Dat advies staat op gespannen voet met het wettelijk kader. Ieder van de gezinsleden heeft namelijk een eigen recht op schadevergoeding. Niet valt in te zien hoe de toekomstschade van de (minderjarige) kinderen, bevrijdend kan worden gestort op een bankrekening ten name van iemand anders.

De oplossing lijkt eenvoudig door standaard te verdelen in plaats van optioneel, waarbij bovendien een duidelijker onderscheid kan worden gemaakt in gederfd levensonderhoud in (i) geld en (ii) natura. Dat betekent dat aan de berekening (zie schema 5) nog één of meer individuele kolommen “natura” moeten worden toegevoegd. Uit de berekening valt dan af te leiden wat per persoon de toekomstige jaarschaden zijn. Daarna kan in een brief aan de kantonrechter toestemming worden gevraagd voor (i) de hele regeling en (ii) het periodiek laten vrijvallen van de toekomstschade conform het per kind op te stellen onttrekkingsschema. Het zou goed zijn als de Denktank (en in navolging daarvan de Letselschaderaad) dit aspect zou heroverwegen.

Wellicht dat de Denktank dan ook in het kader van een vervolgoopdracht aan het Nibud zou kunnen vragen wat de WNU-percentages zijn als (i) de ouder van een eenoudergezin komt te overlijden en (ii) als beide ouders bij een ongeval komen te overlijden.

Het verrekenvraagstuk is geen onderdeel meer van de (economische) berekening in deel I, maar kan nog wel onderwerp zijn van het (juridisch) debat in deel II. Ook op dat punt bestaat behoefte aan modernisering en vereenvoudiging. En ook daartoe heeft de Denktank een belangrijke aanzet gegeven. De gebruikte formulering en de aanbevolen criteria duiden eerder op een toets in het kader van de voordeelsverrekening op grond van art. 100, dan op een behoeftevermindering via art. 108.

De Denktank kan in een volgend rapport expliciet stelling nemen tegen het oude en discriminerende behoeftigheidsvereiste. Dat vereiste is niet meer van deze tijd. De simpele formule $X - Y = \text{Schade}$ is een werkbaar alternatief. Het voordeel daarvan zou ook zijn dat overlijdensschades en letselschadezaken dogmatisch hetzelfde kunnen worden behandeld.

Voor overlijdensschade is het momenteel in rekenkundig opzicht “oud & nieuw”. Dat roept de vraag op of een belangenbehartiger een beroepsfout maakt als hij voor een van beide modellen kiest (of daaraan meewerkt). Naar mijn mening zal die aansprakelijkheid niet kunnen worden gebaseerd op de keus voor de oude of nieuwe methode, maar wel op een onzorgvuldige toepassing van het gekozen model.

Overlijdensschade omvat meer dan alleen het gederfd levensonderhoud. Als het gehele leerstuk van de overlijdensschade onder de loep zou worden genomen, dan kunnen nog vele (andere) interessante vragen worden gesteld, zoals bijvoorbeeld (maar niet limitatief bedoeld) de vraag naar (i) de wettelijke systemen in het buitenland, (ii) hoe om te gaan met tegennatuurlijke gebeurtenissen, zoals het overlijden van een kind, (iii) de aard en de omvang van de begrafenis kosten en de invloed daarop van culturele rituelen, (iv) de waardering op geld van affectieschade en (v) een opsomming van de best practices. Dat alles valt echter (ver) buiten het bestek van dit artikel.