



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2005). Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht. *Opgenomen In Waarheidsvinding En Privacy*, 83-95. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12288>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12288>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Wat is waarheid?

Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis

Wat is waarheid? Pontius Pilatus tegen een verdachte die hem zojuist heeft voorgehouden: ik ben geboren om van de waarheid te getuigen.¹ Wat is waarheid? De vraag is door de evangelist Johannes opgetekend in het Grieks: *ti estin aletheia?* *A-letheia* betekent letterlijk 'onverborgenheid'. Dit strookt met een gangbare theorie over het begrip 'waarheid': de correspondentie-theorie. Een uitspraak is waar indien zij overeenstemt met de werkelijkheid. De uitspraak 'Op de mat zit een kat' is waar als op de mat inderdaad een kat zit, en onwaar als dat niet het geval blijkt te zijn.

Eenvoud is slechts zelden kenmerk van het ware. Toegepast op de waarheidsvinding in het recht, schiet de correspondentie-theorie hopeeloos tekort. Komt hetgeen door partijen is gesteld overeen met de werkelijkheid? Een enkele maal zal het proces gericht zijn op de onthulling van het antwoord op deze vraag. Sloeg de Johanna Maria inderdaad plotseling bakboord uit, zoals de opvarenden van de Bamco VI met grote stelligheid beweren? Veel vaker, zeker in de letselschadepraktijk, zal het perspectief worden bepaald door de *on*werkelijkheid. Hoe zou de wereld van Johanna Maria van Dam eruit hebben gezien als de tegemoetkomende auto niet plotseling op de linker rijbaan was terechtgekomen?

Hypotheses non fingo (hypothesen verzin ik niet), Isaac Newton in zijn *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*; de letselschadeadvocaat doet niet anders dan verzinnen van hypothesen. Het dertigjarige slachtoffer zit in een rolstoel; haar duurzaam geestelijk en lichamelijk letsel is het gevolg van een verkeersongeval. Dit is de werkelijkheid. Hoe zou haar leven zijn verlopen als het ongeval niet had plaatsgevonden? Hier betreden wij onontkoombaar de wereld van de fictie. Zou zij vijfendertig jaar later afscheid hebben genomen als rectrix van een scholengemeenschap in Boskoop?

Waarheidsvinding en privacy. De spanning tussen beide zal vaak worden opgeroepen door een conflict waarbij de één op zoek is naar een waarheid die de ander wel kent, maar die hij met een beroep op het recht op respect voor zijn privé-leven geheim wil houden. De vrouw die onge-

1 Johannes, 18:36-38.

huwd zwanger is geraakt wil de naam van de verwekker geheim houden, ook tegenover haar dochter die op zoek gaat naar de waarheid omtrent de identiteit van haar biologische vader.² Maar omvat mijn recht op respect voor mijn privé-leven ook het recht om mijzelf te beschermen tegen de waarheid over *mijzelf*?

In de vroege ochtend van uw veertigste verjaardag gaat de bel: een postbode. U ziet onmiddellijk dat het geen gewone postbode is, een helder licht omstraalt zijn hoofd. Twee aangetekende brieven uit Vaticaanstad. Hij geeft een korte toelichting. De ene brief bevat informatie over hetgeen U veertig jaar geleden is overkomen. Uw moeder heeft U verteld dat U is geboren uit een vluchtige relatie met een Griekse zeeman waarvan zij zich nog slechts zijn voornaam kan herinneren: Aristotelis. De brief bevat zijn volledige naam en het adres waar hij thans verblijft. In de tweede brief staat wat uw lot zal zijn over veertig jaar, bijvoorbeeld: reeds twintig jaar geleden overleden, verblijft sedert drie jaar in inrichting voor demente bejaarden of is samen met zijn recente vriendin druk in de weer in zijn wijngaarden in de omgeving van Montepulciano.

Wat doet U?

Ik schat dat U de eerste brief opent en leest. Wie weet, is Aristotelis wel Aristotelis Onassis, een man die later niet zonder succes in de rederij is gegaan. In dat geval is Jacqueline Kennedy nog uw stiefmoeder geweest.

De tweede brief, daar ben ik vrij zeker van, geeft U ongelezen prijs aan de vlammen van uw open haard. Er is een principieel verschil tussen waarheid over het eigen verleden en een waarheid over de eigen toekomst. Een waarheid uit het verleden kan uiteraard ook ingrijpend zijn (uw vader blijkt niet uw vader te zijn), maar een voortijdige onthulling van de dingen die komen gaan, heeft een verlamme uitwerking op een leven dat nog geleefd moet worden.

Hoofden van Lebak: eens sterven wij allen! De mens is het enige dier dat weet heeft van zijn onontkoombaar lot: de dood. Tot zijn geluk weet hij in de regel niet wanneer en onder welke omstandigheden deze ingrijpende gebeurtenis zal plaatsvinden (*certum an, incertum quando*). De Trojaanse koningsdochter Cassandra is een uitzondering. Zij werd na de val van Troje als krijgsbuit meegevoerd door Agamemnon. Cassandra voorzag dat zij samen met haar nieuwe heer en meester zou worden vermoord door diens vrouw Klytaimnestra en haar minnaar:

Die vrouw – leeuwin met mensenklauwen, die een wolf in bed nam, toen de fiere leeuw het hol verliet – slacht mij erbij. Zij roert het gif en voegt mijn portie aan zijn doodsdrank toe.³

2 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

3 Aischylos, *Agamemnon*, vv. 1258 e.v. Vertaling M. d'Hane-Scheltema.

Kassandra ervoer dit heldere zicht op haar eigen toekomst als een straf van de god Apollo, die zij in bed had afgewezen.

Wie beroepshalve wèl voelt voor de rol van Cassandra is de aansprakelijkheidsverzekeraar; niet zozeer om zijn eigen levenseinde te voorspellen, maar om zoveel mogelijk zicht te krijgen op hetgeen de toekomst te bieden zou hebben gehad voor het slachtoffer, indien het ongeval waarvoor zijn verzekerde aansprakelijk is niet zou hebben plaatsgevonden.

Een recente uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie bevat een interessant voorbeeld van deze Cassandra-rol. Bij een verkeersongeval waarvoor het Vlaams Gewest verantwoordelijk is (onvoldoende waarschuwen voor gladheid door ijzel) komt M om het leven. Zijn weduwe vordert schadevergoeding (derven van levensonderhoud). Het Hof van Cassatie neemt tot uitgangspunt dat het slachtoffer dat op het moment van overlijden zevenentwintig jaar oud was, tot zijn vijfenzestigste verjaardag nog een 'lucratieve levensduur' van achtendertig jaar voor de boeg zou hebben gehad, indien het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden. Het Vlaams Gewest had hiertegen aangevoerd 'dat rekening dient te worden gehouden met het feit dat vele huwelijken eindigen op een echtscheiding en derhalve er maar van dient uitgegaan te worden dat dit tevens het geval zou zijn bij U.M (de weduwe) zodat zij slechts gerechtigd zou zijn op 1/3 van de post inkomensderving.'

Die Liebe dauert, oder dauert nicht; dat geldt ook voor België. Ook in België eindigen niet alle huwelijken op de wijze die de voorkeur geniet van het Vaticaan: door de dood. De redenering van het Vlaams Gewest is een fraaie illustratie van wat de Engelse filosoof Alfred North Whitehead heeft genoemd de *Fallacy of Misplaced Concreteness*.

This fallacy consists in neglecting the degree of abstraction involved when an actual entity is considered merely so far as it exemplifies certain categories of thought.⁴

Of korter: mistaking our abstractions for concrete realities.⁵

Van alle Nederlanders ging vorig jaar twintig procent met vakantie naar Frankrijk.

Praamstra is Nederlander.

De kans dat Praamstra vorig jaar met vakantie naar Frankrijk ging, bedraagt twintig procent.

4 A.N. Whitehead, *Process and Reality*, Cambridge 1929, p. 9.

5 A.N. Whitehead, *Science and the Modern World*, Lowell Lectures 1925, ch. III.

Zouden wij de 'actual entity' Praamstra louter bezien vanuit één 'category of thought', zijn nationaliteit, dan klopt de conclusie wel: een kans van twintig procent dat Praamstra vorig jaar met vakantie naar Frankrijk is geweest. Naarmate we over Praamstra meer weten dan het enkele feit dat hij Nederlander is, smelt deze conclusie als sneeuw voor de zon. De wetenschap dat Praamstra een uitgesproken hekel heeft aan Fransen ('opgeblazen kikkers'), gevoegd bij het feit dat hij enkele jaren geleden een romantische bouwval heeft gekocht in de Toscaanse heuvels, reduceren de kans van een vakantieverblijf in Frankrijk tot vrijwel nul.

Mistaking our abstractions for concrete realities. Een abstractie, de echtscheidingsfrequentie in België, wordt toegepast op een concrete echtverbintenis, het huwelijk van M en U.M. Het Hof van Cassatie maakt korte metten met dit betoog. 'Een dergelijk argument komt het hof in het kader van huidig geschil als niet pertinent dienend en zelfs eerder als ongepast voor.'⁶

Maar wat indien de aansprakelijke partij en haar verzekeraar over concrete aanwijzingen beschikken dat het huwelijk van het slachtoffer en zijn vrouw zich in een diep dal bevond? Kan in dat geval ook worden gezegd dat het niet pertinent dienend en/of zelfs ongepast is om aan te voeren dat, zo het dodelijk ongeval niet had plaatsgevonden, het huwelijk waarschijnlijk door echtscheiding zou zijn ontbonden en de vrouw van haar voormalig echtgenoot levensonderhoud zou hebben ontvangen gedurende een periode van maximaal twaalf jaar (art. 1:157 lid 4 BW)?

Omvat het recht op respect voor het privé- en gezinsleven het recht om gevrijwaard te blijven van een debat over de vraag of dit huwelijk deze crisis al dan niet zou hebben overleefd?

Het vereiste respect voor het privé-leven komt ook in het gedrang bij het peilen van de kans dat de jonge weduwe opnieuw in het huwelijk zal treden. Als haar man door een verkeersongeval om het leven komt, is mevrouw De Vries 32 jaar oud. Nationale Nederlanden, de WAM-verzekeraar van de automobilist die aansprakelijk is voor het ongeval, voert aan dat bij de berekening van de schade door het derven van levensonderhoud rekening moet worden gehouden met de hertrouwkansen van mevrouw De Vries. Het Hof houdt de boot af:

Allereerst is niet duidelijk of NN doelt op een abstracte, aan de hand van statistische gegevens te berekenen hertrouwkans of veeleer op de concrete mogelijkheid dat deze weduwe hertrouwt. Bedoelt NN het eerste dan had NN tenminste moeten aangeven of betrouwbare statistische gegevens beschikbaar zijn die het mogelijk maken een zodanige correctie te berekenen. Bedoelt NN het laatste dan is zij in gebreke concrete

6 Hof van Cassatie 16 december 2004, nr. RC 04CG7.

feiten en omstandigheden te stellen die het verantwoord maken te verwachten dat de weduwe zal hertrouwen.

In cassatie klaagt Nationale Nederlanden dat zij wel degelijk concrete feiten en omstandigheden had aangedragen die de verwachting rechtvaardigden dat mevrouw De Vries zou hertrouwen. Na het overlijden van haar man was zij met een ander gaan samenwonen. Bovendien viel haar trouwlustige aard af te leiden uit het feit dat zij vóór haar huwelijk met De Vries reeds met een ander getrouwd was geweest.

De Hoge Raad verwierp deze klacht. Het Hof had niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting; evenmin was 's-Hofs oordeel onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Daarbij verdient aantekening, aldus de Hoge Raad, dat het Hof het door Nationale Nederlanden gestelde kenmerk onvoldoende heeft geoordeeld om daaruit af te leiden dat hertrouwen van de weduwe met een voldoende mate van zekerheid viel te verwachten.⁷

Bij het berekenen van de hertrouwkans komt de *privacy* van drie zijden onder vuur te liggen. In de eerste plaats door het recherche-werk dat nodig is om te bepalen of de nieuwe voordeurder aangemerkt moet worden als levensgezel dan wel als kostganger. In de tweede plaats is de omstandigheid dat de samenwonenden niet slechts de voordeur, maar ook het bed delen, een volstrekt onbetrouwbare indicatie omtrent het bestaan van trouwplannen. In de derde plaats is de ontwikkeling van een relatie als waarvan sprake, gebaat bij een grote mate van ongewisheid als het gaat om de toekomst. De betrokkenen doen goed de ander noch zichzelf dagelijks te confronteren met de vraag: willen wij met elkaar in het huwelijk treden? Als bij gelegenheid van een comparitie de kwestie van het bestaan van concrete trouwplannen aan bod zou komen, is een eerlijk en legitiem antwoord: *Que sera, sera*.

Op één punt is het recht om niet te worden geconfronteerd met de waarheid omtrent de eigen toekomst hecht verankerd in de wet:

Indien de patiënt te kennen heeft gegeven geen inlichtingen te willen ontvangen, blijft het verstrekken daarvan achterwege, behoudens voor zover het belang dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien (art. 7:449 BW).

‘Het recht op niet weten’, zo luidt de titel van het proefschrift van Ingrid Ravenschlag dat is gewijd aan dit onderdeel van de wettelijke regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling.⁸

7 HR 29 april 1994, NJ 1995, 609.

8 I. Ravenschlag, *Het recht op niet weten*, Amsterdam 1992.

Anja is dertig jaar. In haar familie komt borstkanker tamelijk frequent voor. Zij besluit een diagnose te laten uitvoeren om een eventuele predispositie voor borstkanker op te sporen. Als een mutatie wordt aangetroffen, heeft zij een kans van zestig procent op borstkanker en is de kans dat zij vóór haar vijftigste jaar overlijdt, aanzienlijk. Kort nadat de diagnose is uitgevoerd, verzoekt zij de arts haar de resultaten niet mee te delen. Enkele maanden later wordt zij slachtoffer van een verkeersongeval waardoor zij blijvend arbeidsongeschikt raakt. Zij eist vergoeding van haar inkomensschade gebaseerd op het uitgangspunt dat zij op vijftenzestigjarige leeftijd als gemeentesecretaris van Almelo met pensioen zou gaan.

‘Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren’ (art. 21 Rv.). Is Anja gehouden de testresultaten alsnog op te vragen en door te geven aan de verzekeraar van de aansprakelijke partij? Een instructie om de resultaten niet aan haarzelf mee te delen, maar uitsluitend aan de aansprakelijkheidsverzekeraar en aan haar eigen advocaat, is niet ècht een oplossing. Vroeg of laat komt ze dan toch achter de waarheid.

Het recht om te worden beschermd tegen de verpletterende druk van de waarheid is een fundamenteel recht. In het Valkenhorst-arrest heeft de Hoge Raad het algemene persoonlijkheidsrecht aangemerkt als grondslag van zowel vanouds bekende grondrechten als vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting, als nieuwe, tot dat moment nog onbeschreven, grondrechten zoals het recht op de waarheid omtrent zijn of haar afstamming.⁹ Het recht om desverkiezend niet te worden geconfronteerd met de waarheid over een eventueel aanwezige predispositie voor borstkanker, is zeker onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht. Maar het fundamentele karakter van het recht om niet te worden blootgesteld aan deze waarheid betekent niet dat het aanspraak kan maken op een absolute prioriteit en voor geen enkel ander recht behoeft te wijken.

De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft er recht op niet te worden veroordeeld tot vergoeding van méér dan de in werkelijkheid geleden schade. Brengt dat niet noodzakelijkerwijs mee dat hij recht heeft op volledige opening van zaken over het leven dat de toekomst voor het slachtoffer in petto zou hebben gehad als het ongeval niet had plaatsgevonden? Ook van fundamentele rechten kan afstand worden gedaan. Wie vergoeding van inkomensschade eist, baseert de omvang daarvan op de toekomst die hem te wachten zou hebben gestaan als het ongeval achterwege was gebleven. Is het niet zo dat hij in dat geval afstand doet van het recht om niet te worden geconfronteerd met akelige waarheden?

9 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

B raakt na een verkeersongeval langdurig arbeidsongeschikt; hierbij hebben overwegend psychische factoren een rol gespeeld en is het bij de aanrijding opgelopen letsel nauwelijks van invloed geweest. Het Hof was van oordeel dat deze omstandigheden voor rekening van B kwamen. Dit oordeel vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad:

Het hof heeft ten onrechte de persoonlijkheidsstructuur van het slachtoffer en de moeilijkheden in diens privé-leven aangemerkt als omstandigheden die aan het slachtoffer moeten worden toegerekend en op die grond de vergoedingsplicht verminderd door de schade te verdelen over het slachtoffer en de dader. Voor zulk een verdeling is slechts plaats onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld indien het slachtoffer van zijn kant zich – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur en zijn privé-moeilijkheden – onvoldoende inspant om een bijdrage te leveren aan het herstelproces.

B ontvangt een zak met geld, maar wel tegen een prijs: onthulling van het feit dat hij beschikt over een ‘hysterisch-neurotische persoonlijkheidsstructuur en een sterke neiging tot aggraving.’¹⁰

Het slachtoffer van het verkeersongeval heeft een legitiem belang om niet te weten hoe groot de kans is dat zij vóór haar vijftigste zal overlijden aan borstkanker. De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft een evenzeer legitiem belang om niet te worden veroordeeld tot een vergoeding die is gebaseerd op een veronderstelde ‘lucratieve’ levensduur eindigend op vijftenzestigjarige leeftijd, maar die in werkelijkheid vijftien jaar korter zal duren.

Hoe moet dit belangenconflict worden beslecht? Twee alternatieven dienen zich aan.

In de eerste plaats is het mogelijk op de voet van art. 6:105 BW de aansprakelijke partij niet te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens, maar tot betaling van periodiek uit te keren bedragen.¹¹ In dat geval behoeven partijen zich niet uit te laten over de prognose van borstkanker en hoeft het slachtoffer niet jarenlang te leven met de wetenschap van een kans van zestig procent op borstkanker. Art. 6:105 lid 2 bepaalt immers dat de periodieke uitkering kan worden gewijzigd, indien zich na de uitspraak omstandigheden voordoen, die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn en met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling der bedragen geen rekening is gehouden.

10 HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.

11 Zie voor een geval waarin de rechtbank een voorkeur uitsprak voor schadevergoeding in de vorm van periodiek uit te keren bedragen Rechtbank Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847.

Mocht zich bij het slachtoffer op vijfenveertigjarige leeftijd borstkanker openbaren en leidt dit tot een blijvende arbeidsongeschiktheid die ook zou zijn ingetreden als het verkeersongeval niet had plaatsgevonden, dan is dit reden om de periodieke uitkering te staken.¹²

In de tweede plaats kan uiteraard het belangenconflict worden beslecht door één van beide belangen het zwaarst te laten wegen. De voorkeur voor betaling van een som ineens zal vaak uitgaan van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Zo hoeft hij de lotgevallen van het slachtoffer niet jarenlang te volgen en kan hij dit dossier sluiten. Betaling van een som ineens brengt onvermijdelijk mee dat de vergoeding een groter confectie-karakter draagt dan het geval zou zijn geweest bij veroordeling tot periodieke uitkeringen die kunnen worden aangepast aan de gewijzigde omstandigheden. Achteraf kan blijken dat de vergoeding te ruim is uitgevallen, omdat het slachtoffer de veronderstelde pensionering op vijfenzestigjarige leeftijd door voortijdig overlijden niet heeft mogen meemaken. Maar ook kan blijken dat de vergoeding te krap was bemeaten, omdat de toegepaste sterftekanscorrectie (aftrek wegens een kans van zestig procent op overlijden vóór de vijftigjarige leeftijd) feitelijke grondslag mist: het slachtoffer rijdt op zeventigjarige leeftijd nog steeds rond in haar rolstoel.

Het eerste is minder erg dan het tweede. Om het eerste euvel te voorkomen is nodig dat we het slachtoffer dwingen de waarheid omtrent haar eventuele predispositie voor borstkanker onder ogen te zien. In dat geval heeft de aansprakelijke partij niet slechts haar blijvende invaliditeit veroorzaakt, maar ook inbreuk gemaakt op haar 'informatieele autonomie', haar recht om, desverkiezend, niet te worden geconfronteerd met de waarheid over de eigen toekomst. *Que sera, sera*.

Een tegenwerping: omvat het uitgangspunt, dat niet minder, maar ook niet méér wordt vergoed dan de *werkelijk* geleden schade, niet de dwingende eis dat het slachtoffer wordt geconfronteerd met hetgeen de toekomst te bieden zou hebben gehad, zo het ongeval achterwege was gebleven? Deze tegenwerping noopt ertoe de status van het uitgangspunt onder ogen te zien.

Het recht op *volledige* vergoeding van de *werkelijk* geleden schade; is dit een geloofsartikel of een constitutioneel verankerd grondrecht?¹³ Voor het gehele domein van het schadevergoedingsrecht geldt dat de werkelijke schade slechts kan worden bepaald door vergelijking met een onwerkelijke situatie: hoe zou de benadeelde ervoor hebben gestaan, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaats-

12 HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292.

13 In deze laatste zin, S.D. Lindenbergh, Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2004, p. 111 e.v.

gevonden? Meestal vergt dit geen al te grote verbeeldingskracht. Hoe zou de schuldeiser in financieel opzicht eraan toe zijn geweest als de schuldenaar op 15 november niet vierduizend knollen had geleverd, maar, zoals afgesproken, vierduizend citroenen? In het letselschaderecht is de hypothesevorming weerbarstiger. Hoe zou het leven zijn verlopen als het ongeval achterwege was gebleven? Soms valt het ook hier nog wel mee, vooral als we ons beperken tot de inkomensvormende activiteiten. Met betrekking tot een drieënzestigjarige hoogleraar die reeds een datum voor zijn afscheidsrede heeft gereserveerd, kan met een grote mate van precisie worden bepaald welk inkomen hij zou hebben verworven als hij niet door het ongeval arbeidsongeschikt was geraakt.

Naarmate zijn leeftijd lager is, wordt het fictionele gehalte van het verhaal over de toekomst die het slachtoffer te wachten zou hebben gestaan, dienovereenkomstig groter. Met behulp van welk scenario moeten letselschadejuristen (advocaten en rechter), deze weerbarstige fictie te lijf gaan. Twee verhalen over zeer jeugdige slachtoffers.

Op 3 juni 1982 heeft te Utrecht een verkeersongeval plaatsgevonden waarbij Emiel Verboom (geboren op 20 maart 1981), bij zijn ouders achter in de auto in een kinderstoeltje zittend, hersenletsel heeft opgelopen, en wel zodanig dat hij zijn hele leven zal zijn aangewezen op een vorm van beschermd wonen. Hoe zou zijn leven zijn verlopen als het ongeval niet had plaatsgevonden? Op 23 mei 2001 wijst de Rechtbank Amsterdam een (tussen-)vonnis:

Het formuleren van een redelijke verwachting over de toekomstige persoonlijke ontwikkeling, scholing en loopbaanontwikkeling van een peuter van ongeveer 14 maanden veronderstelt dat daarvoor voldoende aanknopingspunten zijn. In dat verband hebben Verboom c.s. gesteld dat als redelijke referentie kan gelden de ongeveer negen jaar oudere broer van Emiel, die in de verpleging werkzaam is. Nu SunAlliance (de verzekeraar van de automobilist die aansprakelijk is voor het ongeval; jhn) heeft aangegeven daarmee te kunnen instemmen, gaat ook de rechtbank hiervan uit.

Bij de begroting van de schade moet, aldus de Rechtbank, rekening worden gehouden met een loopbaan als A-verpleegkundige zonder specialisatie. Het komt de Rechtbank 'niet reëel voor bij de berekening een pensioneringsleeftijd van vijfenzestig jaar aan te houden. Naar algemeen bekend is, treedt het overgrote deel van de verpleegkundigen reeds op eerdere leeftijd uit. Een uittredingsleeftijd van eenenzestig jaar komt voor de schadeberekening reëel voor.¹⁴

14 Rechtbank Amsterdam, 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847.

Uit Zwolle een ander verhaal. De Rechtbank ter stede:

De rechtbank is van oordeel dat bij het vaststellen van de schade ervan uitgegaan moet worden dat Josine (toen zij 18 maanden oud was; *jhn*) blijvend invalide is geworden (als gevolg van een medische fout; *jhn*) en voor haar verdere leven volledige verpleging zal behoeven, waarvan de kosten niet voor haar rekening zullen komen. Het verdient naar het oordeel van de rechtbank de voorkeur niet uit te gaan van de gevolgen van verloren arbeidsvermogen, omdat dan te zeer een wissel zou moeten worden getrokken op veronderstelde mogelijkheden, welke Josine in de toekomst zou hebben gehad, indien het onderhavige accident zich niet had voorgedaan, doch welke mogelijkheden in belangrijke mate slechts op grond van speculatie kunnen worden aangegeven. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er in deze aanleiding tot toekenning van een zodanige immateriële schadevergoeding, dat daaruit (mede) uitgaven zullen kunnen worden bekostigd welke kunnen dienen om het leven voor Josine zoveel mogelijk te veraangenamen en waaruit extra mogelijkheden kunnen worden bekostigd voor een zinvolle tijdsbesteding.¹⁵

Het inkomen van een oudere broer tot uitgangspunt nemen of een fonds vormen waaruit kan worden geput om het leven van het slachtoffer nog zoveel mogelijk te veraangenamen; welke van beide benaderingen komt het dichtst in de buurt van volledige vergoeding van de werkelijke schade?

Wat is het realiteitsgehalte van de hypothese dat Emiel in de voetsporen zou zijn getreden van zijn negen jaar oudere broer en op eenen-zestigjarige leeftijd zou zijn gepensioneerd als A-verpleegkundige zonder specialisatie? De aanvaardbaarheid van deze wijze van schadebegroting is niet zozeer gelegen in de waarschijnlijkheid dat het inderdaad zo zou zijn gelopen, als wel in de omstandigheid dat een berekening uitgaande van deze hypothese op instemming kan rekenen van zowel eiser als gedaagde. Voor de laatste zal een rol hebben gespeeld dat de verpleging een beroep is dat in verhouding tot zijn maatschappelijk belang bescheiden wordt gehonoreerd. SunAlliance zou heel wat minder makkelijk akkoord zijn gegaan met de negen jaar oudere broer als referentie als deze na een carrière als beroepsvoetballer bij Ajax en Manchester United zojuist een contract had ondertekend om als coach het team van AC Milan onder zijn hoede te nemen. En wat, indien Emiel geen oudere broers zou hebben gehad, was dan, onder het motto, zo vader, zo zoon, ook de loopbaan van zijn vader als maatstaf in aanmerking gekomen?

De Zwolse rechtbank ziet bewust af van 'speculatie' omtrent de mogelijkheden die Josine in de toekomst zou hebben gehad, als de medische fout niet was gemaakt. De Rechtbank koerst af op een vergoeding die kan worden aangewend om het leven van Josine zoveel mogelijk te

15 Rechtbank Zwolle, 23 december 1992, rolnummer 1014/89.

veraangenamen. Een kinderachtig bedrag zal dat niet zijn geweest; het voorschot werd bepaald op f 250.000.

De Rechtbank laat na gedaagde te veroordelen tot vergoeding van het inkomen dat Josine derft. Verzaakt zij zo haar taak als rechter? Als de fout niet zou zijn gemaakt, zou Josine met een grote mate van waarschijnlijkheid inkomen uit arbeid hebben verworven. Hoeveel? Daarover valt weinig te zeggen. Een oordeel daarover zou te zeer een wissel trekken op veronderstelde mogelijkheden van Josine, aldus de Rechtbank. Mag dat reden zijn om op dat punt in het geheel geen vergoeding toe te kennen en de veroordeling te beperken tot toekenning van smartengeld?

Bezien vanuit de traditionele coördinaten van het letselschaderecht verdient de Amsterdamse aanpak de voorkeur. Wel is het zo dat deze benadering aan waarachtigheid wint, als de hypothese dat zonder het ongeval Emiel zestig jaar later zou zijn afgezwaaid als A-verpleegkundige zonder specialisatie, niet wordt gepresenteerd als 'een redelijke verwachting over zijn toekomstige persoonlijke ontwikkeling, scholing en loopbaanontwikkeling'. Deze *Fallacy of Misplaced Concreteness* kan op twee manieren worden vermeden. We kunnen een oude begrotingsmaatstaf onder het stof vandaan halen en daaraan een geheel nieuwe functie verlenen: 'de stand en fortuin'¹⁶ van het gezin waarin het slachtoffer werd geboren. In dat geval ontvangen Emiel I en Emiel II sterk verschillende bedragen al naar gelang de ooievaar hen veertien maanden tevoren heeft afgeleverd in een Amsterdamse stadsvilla aan de Apollolaan, dan wel in een bovenwoning in de derde Helmersstraat vier hoog. Een andere mogelijkheid is uiteraard, uitgaan van een modale scholing en loopbaanontwikkeling. Als zodanig kan wellicht de scholing en loopbaanontwikkeling van een A-verpleegkundige zonder specialisatie uitstekend dienst doen.

Een radicaler alternatief met betrekking tot de gevallen waarin een verkeersongeval of een medische fout heeft geleid tot blijvende invaliditeit van een zeer jeugdig kind, is het volgen van het Zwolse spoor. Verlaat de traditionele coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht. De gangbare cartografie eist dat een hypothetische lijn in kaart wordt gebracht: langs welke lijn zou het inkomen van de benadeelde zich hebben ontwikkeld, als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, was uitgebleven?¹⁷ Hoe zou het leven van Emiel en Josine zijn verlopen, als... Waarom het verschiet van dit gedroomde leven niet prijsgegeven en het oog gericht op nog slechts één toekomstperspectief: hoe optimalise-

16 Vgl. Art. 1407 (oud) BW.

17 Zie daarover A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer 1965, p. 17 e.v.

ren we de toekomst van dit blijvend invalide kind?¹⁸ Wat is daarvoor nodig?

Van de kant van het recht is daarvoor in ieder geval nodig dat we ons realiseren dat het bij het toekennen van smartengeld om méér gaat dan financiering van de veraangenaming van het leven, ter compensatie van de gedeerde levensvreugde. De strijd tegen de handicaps vergt veel van ouders en professionele begeleiders, maar het meest van de gehandicapte zelf. ‘In het afgelopen jaar is met Emiel (in dat jaar achttien geworden; jhn) toegewerkt naar het wonen in een beschermde woonvoorziening: cursus Randmeer College, vrijetijdsbesteding meer los van de groep, zelfredzaamheid uitbreiden (...) ook de verantwoordelijkheid van Emiel ten aanzien van taken is toegenomen.’, aldus een door de Rechtbank geciteerde behandelrapportage. Niet het zoveel mogelijk ‘veraangenamen’ van het gehandicapt bestaan, maar het veroveren van een zo groot mogelijke autonomie¹⁹; daarop dient het vizier gericht te zijn. Voor Emiel betekent dat: ‘wonen met accent op zelfstandigheid met structurende begeleiding.’ Het accent op zelfstandigheid vergt uiteraard hogere uitgaven dan nodig zijn, indien de vergoeding wordt beperkt tot een tegemoetkoming bestemd voor de ‘veraangenaming’ van het leven, ter compensatie van de ‘gedeerde levensvreugde’.²⁰

Welke weg voert het letselschaderecht naar de waarheid omtrent de vergoeding waarop Emiel en Josine recht hebben? Is dat de Amsterdamse, of is dat de Zwolse weg?

Wat is waarheid? Ongemerkt zijn wij terechtgekomen bij een andere vraag: wat is wijsheid?

Wijsheid is in ieder geval het inzicht dat de waarheid van het recht zelden enkelvoudig is. Naar gangbare opvatting draait het gehele schadevergoedingsrecht om één Archimedisch punt: hoe zou de benadeelde ervoor staan indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, achterwege zou zijn gebleven? A’s olietank scheurt open en een grote hoeveelheid olie komt terecht in de bodem van een aan B toebehorend perceel. Hoe zou B ervoor staan als A’s olietank niet was opengescheurd? Hij was dan nog, als tevoren, de gelukkige bezitter van een stuk schone

18 Zie in deze zin S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, *Schade: vergoeden of beperken*, Den Haag 2004, p. 73 e.v.

19 In de Duitse rechtsliteratuur staat deze visie op smartengeld bekend als de Überwindungstheorie; zie daarover S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer 1998, p. 35.

20 Het gaat hier om kosten ter beperking van verlies van levensvreugde. Zie voor de vraag of deze kosten moeten worden aangemerkt als vermogensschade dan wel als immateriële schade, A. Bolt, *Schadevergoeding: een eeuw later*, Deventer 2002, p. 3.

grond. De kosten verbonden aan verwijdering van de olie en herstel in de vorige toestand komen voor vergoeding in aanmerking. Een kind kan de was doen.

Een vrouw wordt ongewenst zwanger als gevolg van een sterilisatiefout van een arts. Hoe zou zij ervoor hebben gestaan als de fout niet was gemaakt? Inderdaad, niet zwanger. Deze toestand kan op eenvoudige wijze en tegen betrekkelijk lage kosten worden hersteld: verwijdering van de vrucht door middel van abortus. Het valt niet moeilijk in te zien dat het gangbare oriëntatiepunt hier tot een verre van optimaal resultaat leidt. De autonomie van de vrouw is in het geding. Een keuze vóór anti-conceptie laat de vrouw vrij in haar keuze tegen abortus.²¹ Als de vrouw besluit het kind ter wereld te laten komen, berooft haar dat niet van aanspraak op een vergoeding die uitgaat boven de kosten van abortus. Wel is het zo dat het traditionele spoor van het aansprakelijkheidsrecht (volledige vergoeding van de *concrete* schade) in dat geval moet worden verlaten. De Hoge Raad doet dit door te kiezen voor een abstracte schadevaststelling (de opvoedingskosten van een modaal kind, te bepalen aan de hand van zogeheten NIBUD-normen).²² De Engelse rechter is radicaler:

I still regard the proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz. the right to limit the size of their family.²³

Beide benaderingen van de *Wrongful birth*-vordering hebben één ding gemeen: zij verlaten het gebaande pad van het schadevergoedingsrecht.

De Amsterdamse rechtbank volgde trouw de traditionele route: hoe zou het de benadeelde zijn vergaan als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgevonden? Hoe zou het leven van Emiel zijn verlopen als hij niet – veertien maanden oud – slachtoffer was geworden van een verkeersongeval? Uit het voorgaande blijkt dat een ander spoor niet onontkoombaar naar het moeras voert. Een verdere verkenning van de Zwolse weg verdient de voorkeur.

21 Zie Hof Leeuwarden, te kennen uit HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

22 Zie het in de vorige noot aangehaalde arrest.

23 *Rees v Darlington Memorial Hospital* [2004] 1 A.C. 309 *per* Lord Millet.