

Mr. M. Bouwman *



* Mr. M. (Maria) Bouwman is werkzaam als advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn Advocaten en Notarissen. Dit artikel is gedeeltelijk gebaseerd op de scriptie die zij schreef ter afronding van de master Encyclopedie & Filosofie van het Recht aan de Universiteit Leiden.

1. Introductie

1.1. Discriminatie van vrouwen: ook een rechterlijk probleem?

Sinds 1969 is de arbeidsparticipatie van Nederlandse vrouwen gestegen van 35,1 procent naar 66,6 procent in 2019. De arbeidsparticipatie van mannen daalde juist: van 85,2 procent naar 75,8 procent.¹⁾ Ook in de top van overheid en bedrijfsleven dringen de vrouwen langzaam maar zeker door.²⁾ Dit gaat echter niet zonder slag of stoot: discriminatie op de werkvloer ligt op de loer. Vrouwen die tijdens een contract zwanger worden, lopen het risico geen verlenging te krijgen (44%) of benadeeld te worden in hun arbeidsvoorwaarden (26%).³⁾

Ook de Nederlandse rechter heeft soms een wat gedateerd beeld van wat vrouwen willen, mogen en kunnen op het gebied van arbeid en zwangerschap. Dit is niet altijd politiek gemotiveerd of zelfs bewust, maar kan wel tot schrijnende situaties leiden. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Esra Coskun*.

1. 'Arbeidsdeelname, vanaf 1969', CBS.nl 13 februari 2020.
 2. 'Participatie van vrouwen', *Ocwincijfers.nl*, geraadpleegd op 27 januari 2021.
 3. 'Monitor arbeidsdiscriminatie 2015-2019', *Discriminatie.nl* 2020.

en schadebegroting bij jonge kinderen

ongelijkheid: een blik op Noord-Amerika

1.2. *Esra Coskun: kleine meisjes, groot onrecht*

Op 7 november 2003 werd het tienjarige Turks-Nederlandse meisje Esra Coskun in de Haagse Schilderswijk geschept door een motorrijder, waardoor zij blijvend ernstige neurologische schade (onder meer een gedeeltelijke verlamming) leed.⁴⁾ Volgens Esra zelf was zij door het ongeval “helemaal verpest”.⁵⁾ De verzekeraar van de motorrijder en de ouders van Esra werden het niet eens over de hoogte van de schadevergoeding, en dus kwam de zaak bijna tien jaar na het ongeval voor de rechter.

De onenigheid tussen de ouders en de verzekeraar zag op een specifiek onderdeel van de schadevergoeding: de “causale schade wegens verlies van verdienvermogen”.⁶⁾ Deze schadepost komt aan de orde wanneer een slachtoffer door een ongeval (blijvend) arbeidsongeschikt raakt. Voor een volwassene met een baan is het relatief makkelijk om te schatten hoeveel geld hij tot zijn pensioen had kunnen verdienen als het ongeval niet had plaatsgevonden. Voor een kind is dit veel lastiger. Het carrièreverloop is dan immers nog geheel hypothetisch. De verzekeraar of de rechter moet in dat geval kiezen welke factoren hij meeweegt bij de schadebegroting, en welke carrièrekeuzes en -potentie hij toedicht aan een tienjarige.

In het geval van Esra pakte dit ongunstig uit. De discussie tussen haar ouders en de verzekeraar zag met name op het aantal uren aan arbeidsverlies dat gecompenseerd diende te worden, oftewel: hoeveel zou Esra hebben gewerkt als zij niet was aangereden? Volgens haar ouders wilde zij dolgraag kapster worden, en zou zij dit vanaf het afronden van haar opleiding tot aan haar pensioen fulltime hebben gedaan. De verzekeraar achtte dit vanaf haar 26e echter geen realistische inschatting meer.

De rechter gaf de verzekeraar gelijk. Gezien haar geslacht en haar “culturele achtergrond” achtte de rechtbank het realistisch dat Esra op haar 26e kinderen zou hebben gekregen. Daarna zou zij tien jaar niet hebben gewerkt en vervolgens tot haar pensioen slechts twintig uur hebben gewerkt. De rechter beargumenteerde dit als volgt: “Het is [...] een feit van algemene bekendheid dat slechts een kleine groep vrouwen na de geboorte van kinderen fulltime blijft werken en derhalve de verzorging en opvoeding van die kinderen voor een belangrijk deel aan derden over laat, terwijl niet is onderbouwd dat [Esra] tot deze kleine groep vrouwen behoort.”⁷⁾ Een beslissing met grote

financiële gevolgen: als Esra haar hele carrière fulltime had gewerkt, had zij recht gehad op een vergoeding van € 550.000 euro. De rechter achtte een vergoeding van € 70.000 euro gepast.⁸⁾

De ouders van Esra vonden de stellingname van de verzekeraar discriminerend, maar zowel de verzekeraar als de rechter meenden dat het meewegen van haar geslacht en culturele achtergrond in de keuze voor het gebruik van bepaalde statistieken niet discriminerend was. Rekening houden met het feit dat Esra een vrouw is, is zelfs “onvermijdelijk”.⁹⁾ De aannames die hieruit voortvloeien, hadden de ouders kunnen weerleggen door bijzondere persoonlijke omstandigheden aan te voeren, maar dit hebben zij niet gedaan.¹⁰⁾

De uitspraak in de zaak *Esra Coskun* leidde tot een storm van verontwaardiging onder journalisten, juristen en politici.¹¹⁾ De ouders van Esra stapten naar het College voor de Rechten van de Mens.¹²⁾ Het College oordeelde anders: door de manier van selectie en toepassing van de statistieken maakte de verzekeraar wel degelijk een op grond van de Algemene wet gelijke behandeling verboden direct onderscheid op basis van geslacht.

1.3. *Opbouw van deze bijdrage*

De zaak *Esra Coskun* roept verschillende vragen op. Deze bijdrage behandelt – kort – de vrijheid van de rechter bij het begroten van schade in het Nederlandse systeem. Vervolgens wordt de uitspraak van *Esra Coskun* bekeken vanuit mensenrechtelijk perspectief, met name vanuit het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en EU-wetgeving ter voorkoming van discriminatie door verzekeraars. Het zwaartepunt van de bijdrage ligt bij de alternatieve wijzen van schadebegroting die in Canada en de Verenigde Staten (met name Californië) zijn gevonden. Hierbij passeren de rechterlijke route (Canada) en de route via de wetgever (Californië) de revue. Tot slot wordt aandacht besteed aan welke route het best bij het Nederlandse rechtstelsel zou passen.

2. De Nederlandse methode in mensenrechtelijk perspectief

2.1 *Schadebegroting in Nederland*

De Nederlandse feitenrechter heeft grote vrijheid bij de schadebegroting.¹³⁾ Dit geldt des te



Het carrièreverloop van een kind is nog geheel hypothetisch.



4. ‘Turks-Nederlandse vrouw krijgt lagere vergoeding om ‘culturele achtergrond’, *Rtlnieuws.nl* 24 december 2013.
5. ‘Esra Coskun: ‘Ik ben helemaal verpest’, *Rtlnieuws.nl* 7 maart 2014.
6. Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, r.o. 4.2.
7. Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, r.o. 4.10.
8. ‘Esra Coskun: ‘Ik ben helemaal verpest’, *Rtlnieuws.nl* 7 maart 2014.
9. Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, r.o. 4.11.
10. Idem.
11. O.a. ‘Turks-Nederlandse vrouw krijgt lagere vergoeding om ‘culturele achtergrond’, *Rtlnieuws.nl* 24 december 2013; ‘Verslag bijeenkomst ‘Vrouw en Turks? Mag dit gevolgen hebben voor de hoogte van uw schadevergoeding?’, *Vrouwenrecht.nl* 5 juni 2014; *Kamerstukken II* 2013/14, 1333; Engelhard, Hebly & Lindenbergh, *NTBR* 2015/39; Emaus, *Letsel & Schade* 2015/3.
12. ‘Asscher tegen Turkse: ga in beroep’, *Rtlnieuws.nl* 7 maart 2014.
13. Zie art. 6:97 BW.



De kwetsbare aard van een kind zorgt ervoor dat het bijzondere bescherming behoeft.



meer in het geval van toekomstige schade, zoals verlies van arbeidsvermogen bij een kind.¹⁴⁾ Concrete schadeberekening, zoals bij letselschade gebruikelijk is, is ingewikkeld in het geval van verlies van arbeidsvermogen. Hoe een kind zich in de toekomst zou hebben ontwikkeld, is onmogelijk te concretiseren. Op grond van artikel 6:105 BW moet de rechter echter bij het begroten van toekomstige schade een afweging van goede en kwade kansen maken. In de praktijk komt dit erop neer dat “veelal aansluiting [wordt] gezocht bij de normale gang van zaken (omdat de goede en kwade kansen daarin zijn verdisconteerd)”.¹⁵⁾ Statistische gegevens spelen hierbij een rol want, aldus A-G Hartlief: “de man is geen vrouw, een leraar is geen bouwvakker en een hoogleraar is weer niet te vergelijken met een leraar in het middelbaar onderwijs”.¹⁶⁾

Het lijkt in eerste instantie misschien een goede zaak dat op basis van algemene informatie geprobeerd wordt toch een toekomstbeeld te vormen en een zo goed mogelijke inschatting van de schade te maken. Het toekennen van een bepaalde ‘waarde’ aan vaak onveranderlijke eigenschappen kan echter in strijd zijn met grondrechten. Want als het verschil tussen mannen en vrouwen al zo evident is als A-G Hartlief aanneemt,¹⁷⁾ is het dan niet discriminerend om daaraan grote financiële gevolgen voor het individu te geven? En is het wel in het belang van het kind om het een vergoeding te geven die (mede) gebaseerd is op zijn geslacht?

Diverse mensenrechtelijke bronnen leveren argumenten tegen het hanteren van geslacht als factor bij de berekening van schade door verlies van arbeidsvermogen bij jonge kinderen. Twee belangrijke grondrechtelijke factoren hierbij zijn de kwetsbare aard van een kind, die ervoor zorgt dat het een bijzondere bescherming behoeft, en het verbod op discriminatie op onder meer geslacht en afkomst.

2.2. IVRK, EVRM en EU-recht

De Nederlandse praktijk bij het begroten van schade door verlies van arbeidsvermogen bij jonge kinderen staat op gespannen voet met het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind. Het meewegen van factoren als geslacht en afkomst is in strijd met het expliciete, strenge verbod op zowel directe als indirecte discriminatie dat in artikel 2 van het verdrag is opgenomen. Een prangende vraag die zich bovendien opdringt, is of de Nederlandse, ‘concrete’ aanpak wel recht doet aan het centrale doel van het Verdrag: het bevorderen van de ontwikkeling van het kind op alle terreinen.¹⁸⁾ Wat betekent het voor de psychische ontwikkeling van een kind als rechters en verzekeraars zijn leerkrachten aan de tand voelen over zijn intellectuele capaciteiten? Wat als een rechter zegt dat het kind vanwege haar afkomst al zéker niet boven het – vanwege haar geslacht toch al matige – geschetste carrièreperspectief zou zijn uitgestegen? In het licht van het IVRK lijkt deze benadering niet alleen vernederend, maar (daarmee) ook onrechtmatig.

Ook in het licht van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens is de Nederlandse methode problematisch. Het Twaalfde Protocol bij het EVRM verbiedt discriminatie met betrekking tot “the enjoyment of *any right set forth by law*”. Het doel van dit verbod is om ervoor te zorgen dat gelijkheid in de Verdragsstaten niet alleen *de jure*, maar ook *de facto* bestaat.¹⁹⁾ Het recht op schadevergoeding is vastgelegd in artikel 6:95 BW. Met betrekking tot dit recht mag dus op grond van het Twaalfde Protocol niet gediscrimineerd worden. Dit is wel het geval wanneer *louter* op grond van geslacht of afkomst een relatief lage schadevergoeding wordt begroot. In een “equal situation”,²⁰⁾ namelijk de situatie waarin een kind door een ongeval niet meer kan werken, worden Turkse meisjes immers achtergesteld ten opzichte van Nederlandse jongens.

Ook op Europees niveau is discriminatie, met name op grond van geslacht, een belangrijk onderwerp. Voor discriminatie bij schadebegroting is vooral de richtlijn over seksdiscriminatie bij toegang tot diensten relevant.²¹⁾ Deze richtlijn bepaalt dat het gebruik van “seksgerelateerde actuariële factoren” (statistieken) door verzekeraars niet mag leiden tot verschillen tussen premies en uitkeringen van individuele personen.²²⁾ Dit is blijkens artikel 5 bedoeld om te voorkomen dat verzekeraars cliënten met wie zij een contract afsluiten discrimineren. Formeel is de richtlijn niet van toepassing op de verhouding verzekeraar-slachtoffer. Het uitgangspunt en doel van de richtlijn is echter niet het regelen van contractuele verhoudingen, maar het creëren van “een kader [...] voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht”.²³⁾ Een nauwe interpretatie van de Richtlijn, waarbij het gebruik van discriminerende statistieken enkel binnen contractuele verhoudingen verboden is, lijkt niet in lijn met dit doel.

3. Canada: voortschrijdend rechterlijk inzicht

Nederland is uiteraard niet het enige land dat schadevergoeding voor verlies van verdienvermogen toekent. Met name in *common law*-landen, waar de rechter een grote vrijheid heeft om schade te begroten, heeft deze schadepost tot discussie geleid. Om een alternatief voor de discriminerende manier waarop in *Esra Coskun* de schade werd begroot te vinden, is het dus de moeite waard om een blik over de grens te werpen. In zowel Canada als de Verenigde Staten, met name in de staat Californië, is hiervoor een oplossing gezocht.

De vergoeding van schade door verlies van arbeidsvermogen bij jonge kinderen is een veelbesproken onderwerp in Canada. Al in 1978 stond de Supreme Court stil bij de complexiteit van het probleem. In *Arnold t. Teno* overwoog rechter Spence: “I do not think we can assume

14. Art. 6:105 BW.

15. Conclusie A-G Hartlief bij HR 17 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1197, r.o. 4.4; zie ook HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654 (*Verhoff/Helvetia*); HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277 (*Van Sas/Interpolis*).

16. T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005/27.

17. T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005/27; zie ook paragraaf 2.2.

18. Zie art. 3 IVRK en CRC *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)**.

19. *Explanatory Report* bij Protocol 12 bij het EVRM, p. 2.

20. *Explanatory Report* bij Protocol 12 bij het EVRM, p. 3.

21. Richtlijn 2004/113/EG.

22. Overweging 18.

23. Artikel 1.

that a bright little girl would not grow up to earn her living and would be a public charge, and we are not entitled to free the defendants, who have been found guilty of negligence, from [...] payment".²⁴⁾

Beperkt gefundeerde aannames over de verdien capaciteiten van een kind kunnen niet alleen het slachtoffer op individueel niveau benadelen, maar ook op maatschappelijk niveau aan (potentiële) daders de perverse prikkel geven dat sommige slachtoffers 'goedkoper' zijn dan andere.²⁵⁾ Voortbouwend op deze gedachte zijn in de Canadese jurisprudentie in de loop der jaren verschillende alternatieve benaderingen ontwikkeld voor de concrete schadebegroting bij verlies van arbeidsvermogen bij kinderen.²⁶⁾

De ontwikkeling van deze benaderingen ging met horten en stoten. In de zaak *Tucker t. Asleson* (1991) liet de British Columbia Supreme Court zich expliciet uit over het gebruik van geslachtsspecifieke statistieken bij de schadebegroting.²⁷⁾ In Canada, zo redeneerde rechter Finch, hebben mannen en vrouwen in principe gelijke kansen als het gaat om onderwijs en carrière.²⁸⁾ Hij maakt vervolgens een onderscheid tussen "capacity" en "likelijkheid of [...] achievement her capacity".²⁹⁾ Geslachtsgebonden statistieken hebben niets te maken met de mogelijkheden van het kind, maar slechts met hoe waarschijnlijk het is dat het kind deze mogelijkheden ten volle zou hebben benut. Het uitgangspunt moet volgens Finch daarom zijn dat een vrouw net zo veel zou hebben verdiend als een man. Van het tegendeel dient bewijs te worden geleverd.³⁰⁾

Tegen deze uitspraak ging *Asleson* succesvol in hoger beroep. Rechter McEachern overwoog dat het weliswaar "deplorable" is dat vrouwen veel minder verdienen dan mannen, maar dat dit niet voor rekening van de schadeveroorzakende partij dient te komen.³¹⁾ Het gebruik van 'mannelijke' statistieken voor meisjes zou daarom onrechtvaardig zijn. Het (algemene) gebruik van 'gender-neutrale' statistieken voor jongens en meisjes zou mannelijke slachtoffers benadelen.³²⁾ McEachern zag het gebruik van 'vrouwelijke' statistieken daarom als de eerlijkste oplossing.³³⁾ Wel moet de rechter volgens McEachern in overweging nemen of sprake is van factoren die ervoor zorgen dat het meisje boven de "all women average performance" zou zijn uitgestegen.³⁴⁾

De Canadese rechter gaf zich – in tegenstelling tot de Nederlandse in *Esra Coskun* – al vroeg rekenschap van de morele dilemma's die spelen bij het al dan niet maken van onderscheid op basis van geslacht bij het begroten van de schade. Toch leidde dit nog niet direct tot een duidelijke keuze voor gelijke behandeling. In *Mulholland t. Riley Estate* (1995) werd gekozen voor een wat halfslachtige benadering. Het inkomen van het vijftienjarige, vrouwelijke slachtoffer werd geschat *tussen* het mannelijke en het vrouwelijke gemiddelde.³⁵⁾ Het leek de rechter weliswaar waarschijnlijk dat mannen

en vrouwen uiteindelijk hetzelfde zouden gaan verdienen, maar hij voorzag dat dit voorlopig nog niet zo zou zijn.³⁶⁾ Kennelijk voelde hij zich niet geroepen om uit te gaan van een optimistisch scenario ten aanzien van de emancipatie van de vrouw op de arbeidsmarkt.

Van een dergelijk positief scenario werd soms wél uitgegaan. Dit had dan te maken met de uitzonderlijke talenten en ambities van het meisje in de zaak, die ervoor zorgden dat zij als een man behandeld kon worden. In *Chu t. Jacobs* overwoog rechter Mary Ellen Boyd dat het in sommige gevallen *gevaarlijk* zou kunnen zijn om mannelijke statistieken te gebruiken voor meisjes.³⁷⁾ In welke gevallen dit zo zou zijn en waarom, liet zij achterwege. Omdat de vijftienjarige Eva Chu een "keen student and a hard worker" was, achtte Boyd het echter aannemelijk dat zij net zo veel zou kunnen verdienen als een man.³⁸⁾

Stapsgewijs besefte de Canadese rechter dat het tijd was voor verandering in de berekening van schade door verlies van verdienvermogen. De statistische verschillen in inkomen tussen mannen en vrouwen hadden niets met aangeboren, gendergerelateerde factoren, maar alles met verschillend gedrag op de arbeidsmarkt van doen.³⁹⁾ Dit gedrag veranderde zo snel, dat vrouwen benadeeld zouden worden door het gebruik van (toenmalige) statistieken over vrouwen.⁴⁰⁾ In *Terracciano t. Etheridge* oordeelde de rechter dat het "inappropriately discriminatory" zou zijn om schadevergoeding enkel op gender te baseren. Een individuele benadering gebaseerd op gedrag zou gepaster zijn.⁴¹⁾ Interessant genoeg koos de rechter ervoor om deze geëmancipeerde benadering te 'compenseren' door in de schadebegroting slechts in beperkte mate rekening te houden met het verlies van de kans om een duurzame relatie aan te gaan.⁴²⁾

De Canadese rechter heeft decennialang geworsteld met de vraag of het rechtvaardig is om onderscheid te maken op basis van geslacht bij het begroten van schadevergoeding.⁴³⁾ Een belangrijke, misschien wel doorslaggevende factor bleek de voortschrijdende emancipatie van vrouwen. Deze "emerging community standards"⁴⁴⁾ zorgden ervoor dat steeds moeilijker te voorspellen was of en in welke mate vrouwen in de toekomst minder zouden werken en verdienen dan mannen. In *MacCabe* werd overwogen dat McEachern weliswaar gelijk had met betrekking tot het verschil in salarissen tussen mannen en vrouwen, maar dat deze discriminerende realiteit op geen enkele manier door de rechter 'beloond' of gesteund moet worden.⁴⁵⁾ Dit betekent voor *Justice* Johnstone dat het tijd is om de "antiquated or limited judicial yardstick", waarbij het geslacht van het slachtoffer werd meegewogen in de berekeningen, op te bergen en over te gaan op een "more realistic, expansive measurement legally grounded in equality".⁴⁶⁾

In *Steinebach t. Fraser Health Authority* (2010) kwam *Justice* Pitfield dan ook tot de conclusie

24. *Partly dissenting opinion Justice Spence* bij Supreme Court of Canada 19 januari 1978, CarswellOnt 586 (*Arnold t. Teno*), r.o. 98.
25. Zie hierover verder paragraaf 4 en T. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Farnham: Ashgate Publishing 2007.
26. Zie ook J.M. Emaus, 'Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoeding: blik op Canada', *LetseL & Schade* 2015/3.
27. British Columbia Supreme Court 25 april 1991, CarswellBC 1997 (*Tucker t. Asleson*).
28. British Columbia Supreme Court 25 april 1991, CarswellBC 1997 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 236.
29. British Columbia Supreme Court 25 april 1991, CarswellBC 1997 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 236.
30. British Columbia Supreme Court 25 april 1991, CarswellBC 1997 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 236-239.
31. British Columbia Court of Appeal 20 april 1993, CarswellBC 94 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 231.
32. British Columbia Court of Appeal 20 april 1993, CarswellBC 94 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 232.
33. British Columbia Court of Appeal 20 april 1993, CarswellBC 94 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 232.
34. British Columbia Court of Appeal 20 april 1993, CarswellBC 94 (*Tucker t. Asleson*), r.o. 234.
35. British Columbia Court of Appeal 21 augustus 1995, CarswellBC 574 (*Mulholland (Guardian ad litem of) t. Riley Estate*), r.o. 44-45.
36. British Columbia Court of Appeal 21 augustus 1995, CarswellBC 574 (*Mulholland (Guardian ad litem of) t. Riley Estate*), r.o. 44.
37. British Columbia Supreme Court 29 maart 1996, CarswellBC 671 (*Chu (Guardian ad litem of) t. Jacobs*), r.o. 26: "there may well be cases in which it would be dangerous to accept a male earnings profile as some forecast of future earnings for a female".
38. British Columbia Supreme Court 29 maart 1996, CarswellBC 671 (*Chu (Guardian ad litem of) t. Jacobs*), r.o. 26.
39. British Columbia Supreme Court 24 maart 1997, CarswellBC 712 (*Zibrik t. Sams*), r.o. 80.
40. Idem. Zie ook British Columbia Supreme Court 6 mei 1997, CarswellBC 982 (*Terracciano (Guardian ad litem of) t. Etheridge*), r.o. 80.
41. British Columbia Supreme Court 6 mei 1997, CarswellBC 982 (*Terracciano (Guardian ad litem of) t. Etheridge*), r.o. 81.
42. British Columbia Supreme Court 6 mei 1997, CarswellBC 982 (*Terracciano (Guardian ad litem of) t. Etheridge*), r.o. 95.
43. Zie naast de genoemde jurisprudentie E. Gibson, 'Loss of Earning Capacity for the Female Tort Victim: Comment on Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital', *CCLT* 1994/78; E. Adjin-Tettey, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill Law Journal* 2004/49; S.J. Pickering, 'Feminism and Tort Law: Scholarship and Practice', *Windsor Review of Social and Legal Issues* 2010/227.
44. British Columbia Supreme Court 23 maart 1998, CarswellBC 644 (*Audet t. Bates*), r.o. 76.
45. Alberta Court of Queen's Bench 5 oktober 1998, CarswellAlta 897 (*MacCabe*), r.o. 469.
46. Alberta Court of Queen's Bench 5 oktober 1998, CarswellAlta 897 (*MacCabe*), r.o. 470.



Ambities van een kind zijn leidend voor de berekening van de schadevergoeding.



dat het bij zeer jonge kinderen gepast kan zijn om aan te nemen dat “with the ongoing passage of time, the disparity between earnings of females and those of males will diminish”.⁴⁷⁾ Voortbordurend op de progressieve aanpak in *MacCabe* overwoog hij dat het krijgen en opvoeden van kinderen – in tegenstelling tot eerder aangemen – economische waarde heeft.⁴⁸⁾ Het krijgen en opvoeden van kinderen gebeurt doorgaans door twee partners in een gezin. Vaak gaat een van de partners minder werken. De financiële lasten worden echter gedeeld: de partner die niet minder gaat werken, zal doorgaans een groter deel van de kosten van het krijgen en opvoeden van een kind voor zijn of haar rekening nemen. Het is dan ook niet logisch om vrouwen (sterk) te benadelen door specifiek bij hen rekening te houden met de mogelijkheid dat zij een kind zullen krijgen.

4. Verenigde Staten/Californië: de *could-have-earned-test* en een specifiek discriminatieverbod

4.1. 9/11: een ramp leidt tot (tijdelijke) verandering

Politici, managers en andere liefhebbers van clichés konden er aan het begin van de coronacrisis niet omheen: de uitspraak “never waste a good crisis” (Winston Churchill). Ook in het aansprakelijkheidsrecht is dit motto regelmatig van toepassing. Zo bleken achtereenvolgens de crash van Germanwings-vlucht 9525 op 24 maart 2015 en de aanslag op de kerstmarkt in Berlijn op 19 december 2016 het laatste zetje om ook in Duitsland vergoeding van affectieschade in te voeren.⁴⁹⁾ Nederland volgde (relatief) snel.⁵⁰⁾

Een andere ramp die tot vernieuwing in het recht leidde, is 9/11. Het zou bijna tien jaar duren totdat hoofdverdachte Osama Bin Laden opgespoord en gedood werd. Het Congres achtte snelle compensatie voor overlevenden en nabestaanden echter zo belangrijk, dat het daarvoor al snel een speciaal fonds opzette. Om eindeloze procedures te voorkomen, werd in ruil voor het instellen van het fonds afgesproken dat slachtoffers geen rechtszaken tegen de betrokken luchtvaartmaatschappijen zouden beginnen.⁵¹⁾

Unieker dan het fonds, met een budget van ruim zeven miljard dollar, was de manier waarop de omvang van de schadevergoeding voor slachtoffers werd vastgesteld.⁵²⁾ De Amerikaanse National Organization for Women (NOW) ging in gesprek met Kenneth Feinberg, de eindverantwoordelijke voor uitkeringen uit het fonds. De NOW wees Feinberg erop dat ook onbetaalde arbeid, zoals huishoudelijke taken of het opvoeden van kinderen, grote economische waarde had. Deze waarde kwam echter niet tot uitdrukking in de salarissen van degenen die deze taken op zich namen – in de Verenigde Staten anno 2001 doorgaans de vrouwen. Feinberg liet zich overtuigen en nam een bijzonder besluit: voor

alle slachtoffers, ongeacht geslacht, zouden ‘mannelijke’ statistieken worden gebruikt.⁵³⁾

Martha Davis, toenmalig voorzitter van de NOW en hoogleraar aan de Harvard-universiteit, sprak de hoop uit dat de 9/11-aanpak een precedent zou vormen voor rechters en advocaten in het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁴⁾ Dit bleek helaas niet direct zo te zijn. Wel bracht de afwikkeling van 9/11 voor het eerst een alternatief voor het tot dan toe algemeen geaccepteerde gebruik van discriminerende statistieken onder de aandacht. Vele jaren later mondde dit uit in een wettelijk verbod op het gebruik van discriminerende statistieken bij schadebegroting in een van de progressiefste staten van de VS: Californië.

4.2. *What could have been: verlies van een kans om president te worden*

In de Amerikaanse staat Californië wordt bij het berekenen van schade door verlies van arbeidsvermogen al decennialang de *could-have-earned-test*, niet de *would-have-earned-test* gehanteerd.⁵⁵⁾ De ratio hierachter is dat degene die het arbeidsvermogen verliest, niet (slechts) een bepaald gemiddeld salaris verliest, maar ook de kans om zich maximaal te ontplooiën op de arbeidsmarkt.⁵⁶⁾ Een intelligent meisje dat wordt aangereden, kan niet alleen geen huisvrouw of parttime lerares meer worden, maar haar wordt ook de mogelijkheid om president te worden ontnomen. Het beroofd worden van de mogelijkheid om te ‘pieken’ (“could have”) is in de Californische benadering dus belangrijker dan het beroofd worden van de mogelijkheid om een gemiddeld leven (“would have”) te leiden. Een ongeval ontnemt het slachtoffer de kans om boven de statistische gemiddelden uit te stijgen. De ambities van het kind zijn dan ook leidend voor de berekening van de schadevergoeding.⁵⁷⁾

Het meisje in *Gargir t. B’nei Akiva*, de zaak waarin de *could-have-test* werd toegepast, was zestien jaar oud en wilde al jaren in het speciaal onderwijs werken.⁵⁸⁾ In sommige gevallen is een kind nog zo jong, dat niet duidelijk is of het bijvoorbeeld een leven lang fulltime had willen werken of uiteindelijk juist huisvrouw of -man had willen worden. In dat geval wordt ook in Californië gebruik gemaakt van meer algemene statistieken. Deze statistieken worden doorgaans aangeleverd door economische experts, en vervolgens overgenomen door de rechter.⁵⁹⁾

4.3. *Wettelijk verbod op discriminerende statistieken: hoe en waarom*

In Californië is het sinds 1 januari 2020 bij wet verboden om schadevergoeding voor verlies van arbeidsvermogen te verlagen op basis van “race, gender or ethnicity”. Volgens de Californische senaat is de staat een “pioneer in civil rights”.⁶⁰⁾ Het gebruik van gemiddelden die tot stand gekomen zijn door “generations of discriminatory practices”, past niet bij deze rol.⁶¹⁾

De initiatiefnemer van de wet, de Democrati-

47. British Columbia Supreme Court 14 juni 2010, CarswellBC 1445 (Steinebach t. Fraser Health Authority), r.o. 172.
48. British Columbia Court of Appeal 29 juni 2011, CarswellBC 1595 (Steinebach t. Fraser Health Authority), r.o. 66-77.
49. A.J. Verheij, ‘Wir schaffen das. Hoe Duitsland in korte tijd een wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade tot stand bracht’, *NJB* 2017/1395.
50. Zie S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *VR* 2018/156.
51. Zie *Vcf.gov*.
52. Zie K.R. Feinberg, *What is Life Worth? The Unprecedented Effort to Compensate the Victims of 9/11*, New York: Public Affairs 2005.
53. M.F. Davis, ‘Valuing Women: A Case Study’, *Women’s Rights Law Reporter* 2002/23.
54. M. Davis, ‘Valuing Women: A Case Study’, *Women’s Rights Law Reporter* 2002/23.
55. Court of Appeal of California 29 september 1998 (*Gargir t. B’nei Akiva*), r.o. 4; zie ook J.A. Stein, *Damages and Recovery – Personal Injury and Death Actions*, Baltimore: Bancroft 1972, p. 94.
56. Court of Appeal of California 29 september 1998 (*Gargir t. B’nei Akiva*), r.o. 4; zie ook J.P. Blumberg, ‘Damages for Loss of Earning Capacity: What Could Have Been’, *Plaintiff Magazine* 2012/5.
57. Idem.
58. Court of Appeal of California 29 september 1998 (*Gargir t. B’nei Akiva*).
59. J.P. Blumberg, ‘Damages for Loss of Earning Capacity: What Could Have Been’, *Plaintiff Magazine* 2012/5.
60. *Senate Bill No. 41, Chapter 136*. Te raadplegen op *Legiscan.com*.
61. *Senate Bill No. 41, Chapter 136*. Te raadplegen op *Legiscan.com*.

sche senator Robert Miles ‘Bob’ Hertzberg, stelt dat deze praktijk systematische ongelijkheid in stand houdt en minderheidsgroepen in gevaar brengt: “[I]t tells companies that if you do bad things in poor communities with disadvantaged populations, your financial liability will be smaller.”⁶²⁾

Hertzberg brengt een opvallend argument naar voren, dat in Canada en Nederland onderbelicht gebleven is. Hoewel dit argument niet in individuele (verkeers-)ongevallen zal opgaan, is het met betrekking tot ingecalculerde risico’s, zoals lucht- en grondwatervervuiling door chemische fabrieken, wel interessant. Als Hertzberg gelijk heeft, maakt het onderscheid op basis van geslacht of afkomst op twee manieren slachtoffers: vrouwen, Latino’s en Afro-Amerikanen zouden niet alleen na een ongeval, maar ook van tevoren benadeeld worden als zij een lagere schadevergoeding krijgen. Zij zijn immers ‘goedkoper’ slachtoffers.⁶³⁾

De angst van Hertzberg voor ‘aanmoediging’ van onrechtmatig gedrag tegenover bepaalde groepen, komt niet uit het niets. Uit onderzoek blijkt dat maar liefst 92 procent van de Amerikaanse economen gender meeweegt bij het berekenen van schadevergoeding. 44 procent van de economen houdt bij de begroting van schade rekening met de afkomst van het slachtoffer.⁶⁴⁾ Dit resulteert in grote verschillen in de totaal uitgekeerde bedragen.

Een schrijnend voorbeeld van de mogelijke gevolgen die deze grote verschillen in kosten – vanuit daderperspectief – kunnen hebben, is de situatie in de Californische stad Richmond. In deze stad is 40 procent van de inwoners Latino, 22 procent Afro-Amerikaans en 13,5 procent Aziatisch. Al honderd jaar bevindt zich in Richmond een raffinaderij van oliegi-gigant Chevron. Watervervuiling, branden en giftige dampen teisteren het gebied. In de loop der jaren zijn steeds meer chemische bedrijven naar de stad getrokken.⁶⁵⁾ Dit treft met name kinderen: in Richmond komen bovengemiddeld veel kinderen met astmatische klachten in het ziekenhuis terecht.⁶⁶⁾ De bevolking in Richmond is arm en is daardoor vaak niet in staat een juridische procedure tegen een groot bedrijf te starten. Mocht dit toch gebeuren, dan hoeft het bedrijf bij een veroordeling minder te betalen dan wanneer het een buurt vol hoogopgeleide witte mannen had vervuild. Er is dus een perverse prikkel om chemische fabrieken te plaatsen en toxisch afval te lozen in buurten waar veel niet-witte mensen wonen. Dit probleem is in de Verenigde Staten zo groot, dat er zelfs een speciale term voor is: “environmental racism”.⁶⁷⁾

Ook in rechterlijke uitspraken op individueel niveau zijn de gevolgen van het gebruik van geslachts- en afkomstspecifieke statistieken in de Verenigde Staten te zien. Zo werd in de zaak *Childs t. Verenigde Staten* het toekomstig inkomen van een mannelijke foetus 84 procent

hoger geschat dan dat van een zesjarig meisje.⁶⁸⁾ Dat de moeder van de foetus enkel een middelbareschooldiploma had, terwijl het meisje excelleerde op school, werd minder relevant geacht dan het verschil in geslacht.⁶⁹⁾ In de zaak *G.M.M. t. Kimpson* stelde de gedaagde partij dat het statistisch vrijwel onmogelijk was dat een vierjarig “Hispanic” kind ooit een academische opleiding zou voltooien.⁷⁰⁾ Dit deed de dienstdoende rechter verzuchten:

“Race and ethnicity are not, and should not, be a determinant of individual achievement. To support such a proposition distorts the American dream [...] Our nation—and, by extension, our workforce—will continue to become increasingly more diverse, as racial and ethnic minorities make up a larger portion of the population, as women continue to enter the workforce, and as gay and transgender individuals, as well as people with disabilities, continue to play a vital role in growing our economy.”⁷¹⁾

In de considerans van de Californische wet die het meewegen van geslacht, ras of etniciteit bij het berekenen van schadevergoeding verbiedt, worden de bovenstaande problemen gesignaleerd.⁷²⁾ Het meewegen van deze factoren, aldus de Californische wetgever, werkt systematische ongelijkheden tussen mannen en vrouwen in de hand en brengt in het bijzonder Afro-Amerikaanse kinderen in gevaar door hen een “goedkoper” slachtoffer te maken. In het licht van het gelijkheidsbeginsel, dat fundamenteel is voor de democratie en voor de burgerlijke vrijheid, koos de Californische senaat daarom unaniem voor een verbod op deze praktijken.⁷³⁾

4.4. Californië: een voorbode voor de rest van de VS?

De Californische senatoren refereerden bij invoering van het verbod op het gebruik van discriminerende statistieken bij schadebegroting aan de voortrekkersrol van hun staat op het gebied van discriminatiebestrijding. Dit roept de vraag op of de wet navolging zal vinden in de rest van de Verenigde Staten. De Democratische senator Cory Booker (New Jersey) diende op 19 september 2019, gesteund door zijn New Yorkse collega Kirsten Gillibrand, een voorstel in voor een *Fair Calculations in Civil Damages act*.⁷⁴⁾ Dit voorstel ging nog net wat verder dan de Californische variant: niet alleen ras, gender of etniciteit, maar ook religie en (veronderstelde) seksuele oriëntatie zouden niet meer gebruikt mogen worden bij de begroting van schade door verlies van verdienvermogen.

De Democratische afgevaardigde Joseph Kennedy III lichtte het wetsvoorstel als volgt toe: “Anyone seeking justice in our courtrooms should not be met with the stubborn injustice of a system that has failed to reckon with its earliest sins of segregation and legalized discrimination. Through the Fair Calculations Act, we can begin to weed out the systemic inequities that too often manifest in our justice system.”⁷⁵⁾



Gelijkheidsbeginsel is fundamenteel voor de democratie en voor de burgerlijke vrijheid.



62. J. Schwab, ‘The Problem with Defining Tort Damages in Terms of Race and Gender’, *Harvardcrcl.org* 25 november 2019.
63. Zie ook T. Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Farnham: Ashgate Publishing 2007.
64. D. Rodriguez & H. Kwiatkowski, *How Race, Ethnicity and Gender impact your Life’s Worth. Discrimination in Civil Damage Awards* (rapport Lawyers’ Committee for Civil Rights under Law), 2018. Zie ook K. Soffen, ‘In one corner of the law, minorities and women are often valued less’, *Washington Post* 25 oktober 2016.
65. J. Kay & C. Katz, ‘Pollution, Poverty and People of Color: Living with Industry’, *Scientific American* 2012/6.
66. D. Rodriguez & H. Kwiatkowski, *How Race, Ethnicity and Gender impact your Life’s Worth. Discrimination in Civil Damage Awards* (rapport Lawyers’ Committee for Civil Rights under Law), 2018, p. 6.
67. O.a. R.J. Lazarus, ‘Environmental Racism! That’s What It Is’, *University of Illinois Law Review* 2010/2000.
68. District Court for the Southern District of Georgia 30 april 1996, 923 F. Supp. 1570 (*Childs t. Verenigde Staten*).
69. District Court for the Southern District of Georgia 30 april 1996, 923 F. Supp. 1570 (*Childs t. Verenigde Staten*), zie ook K. Soffen, ‘In one corner of the law, minorities and women are often valued less’, *Washington Post* 25 oktober 2016.
70. District Court for the Eastern District of New York 30 juli 2015, 13-CV-5059 (*G.M.M. t. Kimpson*).
71. District Court for the Eastern District of New York 30 juli 2015, 13-CV-5059 (*G.M.M. t. Kimpson*).
72. *Senate Bill CA 41*.
73. N. Freeman Engstrom & R.L. Rabin, ‘California Bars the Calculation of Tort Damages Based on Race, Gender and Ethnicity’, *Law.stanford.edu* 13 november 2019.
74. *US Congress S2512*, te raadplegen op Trackbill.com.
75. ‘Booker, Gillibrand Introduce Legislation Banning Inequitable Calculations of Civil Damages’, *Booker.senate.gov* 23 september 2019.



Canadese methode lijkt goed aan te sluiten bij het Nederlandse systeem.



Het voorstel van senator Booker lijkt een stap in de goede richting. Sinds de introductie van het voorstel is echter geen actie meer ondernomen. Eerdere pogingen om discriminerende statistieken buiten de schadevergoeding te houden, leidden niet tot structurele veranderingen. Al bij de uitkering van schadevergoeding aan slachtoffers van 9/11 werd immers besloten voor iedereen – ongeacht geslacht – ‘mannelijke’ statistieken te gebruiken.⁷⁶ De hoop van Martha Davis dat de 9/11-aanpak precedentwerking zou hebben, is tot nu toe geen bewaarheid geworden.⁷⁷ Het is duidelijk dat niet elke rechter zo ‘voortvarend’ is als de Canadese. De meest effectieve aanpak in de Verenigde Staten lijkt daarmee vooralsnog de route via de wetgever.

5. Conclusie

In deze bijdrage is ingegaan op de schadebegroting bij verlies van arbeidsvermogen bij jonge kinderen. De Nederlandse rechter kende in *Esra Coskun* een relatief lage schadevergoeding voor verlies van arbeidsvermogen toe aan een tienjarig meisje, omdat hij zijn begroting baseerde op statistieken over vrouwen. Esra zou jong kinderen krijgen, gedurende lange tijd stoppen met werken en daarna nooit meer fulltime aan het werk gaan. Haar Turkse achtergrond maakte het nog onwaarschijnlijker dat zij dit traditionele rolpatroon zou doorbreken. De Nederlandse rechter heeft van de wetgever grote vrijheid gekregen bij het begroten van schade. De rechter moet weliswaar motiveren, maar krijgt geen methode voor de begroting voorgeschreven. Hij kan de methode aanwenden die hij het meest gepast acht. Het gebruik van statistieken sluit in beginsel aan bij het “afwegen van goede en kwade kansen” zoals dat volgens artikel 6:105 van het Burgerlijk Wetboek bij het begroten van toekomstige schade moet gebeuren. De rechter moet bij zijn keuzes echter wel rekening houden met de relevante mensenrechtenverdragen. Wanneer hij een (ingrijpende) beslissing neemt over het leven van een minderjarige, is hierbij onder meer het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK) van belang. Het IVRK verbiedt zowel directe als indirecte discriminatie op basis van geslacht. Bovendien is het benadelen van een meisje vanwege haar geslacht en afkomst in strijd met het belangrijkste doel van het verdrag: het bevorderen van de algehele ontwikkeling van het kind. Ook het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) verzet zich tegen het maken van (discriminatoire) onderscheid in gelijke gevallen. Verder geldt binnen de Europese Unie een richtlijn over seksediscriminatie bij toegang tot diensten. Deze verbiedt verzekeraars om seksegerelateerde statistieken te gebruiken, wanneer deze leiden tot verschillende uitkeringen aan individuen. Deze richtlijn kan naar analogie ook worden toegepast op rechterlijke beslissingen hierover. De nadelige manier waarop geslacht door de Nederlandse rechter wordt meegewogen in een belangrijke beslissing over het leven van een kind, is dus in strijd met EU-wetgeving en diverse mensenrechtenverdragen, zoals het IVRK

en het EVRM. De vraag blijft dan welke route de beste oplossing kan bieden voor dit urgente probleem: de rechterlijke route, of toch de route via de wetgever?

Met het oog op de grote vrijheid die de rechter bij de schadebegroting geniet, lijkt de ‘Canadese methode’ goed bij het Nederlandse systeem aan te sluiten. Door voortschrijdend inzicht is het gebruik van discriminerende statistieken door de Canadese rechter uitgefaseerd. Naast het feit dat deze methode de wettelijke vrijheid van de rechter respecteert, is het voordeel hiervan dat de feitenrechter – die doorgaans goed zal kunnen inschatten welke methodes werken – zelf aan alternatieven voor het gebruik van discriminerende statistieken zal kunnen bijdragen. Dit heeft de Canadese rechter ook gedaan: vanaf *Arnold t. Teno* (1978), waarin hij voor het eerst opmerkte dat het onjuist zou zijn om aan te nemen dat een slim meisje zichzelf niet zou kunnen onderhouden, tot *Steinebach* (2010), waarin hij concludeerde dat de inkomensverschillen tussen mannen en vrouwen zouden verdwijnen en dat het opvoeden van kinderen ook economische waarde heeft. *Arnold* en *Steinebach* tonen echter ook gelijk het nadeel van de ‘rechterlijke route’ aan: tussen de twee zaken zit maar liefst tweeënderdertig jaar tijd.

De Amerikaanse (Californische) methode geeft de wetgever op het gebied van schadebegroting een grotere rol dan in het Nederlandse recht gebruikelijk is. Met een expliciet verbod op het (nadelig) gebruik van statistieken op basis van geslacht, afkomst en andere persoonsgebonden factoren, worden de mogelijkheden van de rechter bij het begroten van schade aanzienlijk beperkt. De wet dicteert de rechter echter niet hoe hij schade wél moet begroten. Behalve het buiten beschouwing laten van factoren die grondrechtelijk gezien niet eens meegewogen zouden moeten worden, wordt de rechter niets opgelegd. Het College voor de Rechten van de Mens oordeelde dat de verzekeraar in strijd handelde met de Algemene wet gelijke behandeling door geslachtsspecifieke statistieken te gebruiken. Over de uitspraak van de rechter – die de methode van de verzekeraar met enthousiasme volgde – kon het College echter niets zeggen. Een vastgestelde inbreuk op een grondrecht zou echter, zelfs in een rechtssysteem waarin de rechter traditioneel de vrije hand krijgt, voldoende reden voor de wetgever moeten zijn om in te grijpen. Naar het voorbeeld van de Californische wetgever zou hij dit kunnen doen door een bepaling toe te voegen aan het Burgerlijk Wetboek. Het zou de rechter vervolgens – uiteraard – vrij staan om naar eigen inzicht een nieuwe benadering van de schadebegroting bij verlies van arbeidsvermogen te ontwikkelen. Op deze manier wordt enerzijds de vrijheid die de rechter in het Nederlandse systeem heeft bij het begroten van de schade gerespecteerd, en anderzijds wordt het belangrijke grondrecht op gelijke behandeling gewaarborgd.

76. M. Chamallas, ‘The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law’, *Tennessee Law Review* 2003/51, p. 70.

77. M. Davis, ‘Valuing Women: A Case Study’, *Women’s Rights Law Reporter* 2002/23.