

27 Over de onkenbaarheid begroting van schade

Een jonge kunstenares die met hele fijne potloodtekeningen haar brood verdient, wordt het slachtoffer van een ongeval waarvoor iemand anders aansprakelijk is. Door dit ongeval raakt de fijne motoriek in haar rechterhand, waarmee zij tekent, beschadigd. Zij ondergaat twee operaties, maar het komt niet meer goed met de fijne motoriek. Die is zij definitief kwijt. Zij ondervindt hiervan geen enkele last bij het verrichten van alledaagse handelingen, maar kan alleen niet meer goed tekenen. Dit betekent het einde van haar carrière als kunstenares.

Ooit, onder druk van haar ouders, heeft zij een secretaresseopleiding afgemaakt en daar kan ze nu op terugvallen. Ze solliciteert naar een baan als directiesecretaresse en wordt aangenomen. Zij blijkt bijzonder goed te zijn in haar werk en ze vindt het tegen de verwachting in nog leuk ook! Ze verdient nu drie keer zoveel als met haar tekeningen. Als klap op de vuurpijl komt ze in het bedrijf waar ze werkt een leuke man tegen met wie zij een relatie krijgt. Na drie maanden verloven ze zich. Ze deelt haar geluk, gelardeerd met foto's, op haar openbare pagina op Facebook.

Door allerlei omstandigheden is de schadeafwikkeling van het ongeval nog niet afgerond. De aansprakelijke stelt dat ex-kunstenares geen vermogensschade heeft geleden, ze verdient immers drie keer zoveel als voorheen. Zij heeft evenmin recht op vergoeding van immateriële schade. Voor dit laatste baseert de aansprakelijke zich op de op Facebook-berichten van de ex-kunstenares waar het geluk vanaf spat. Het ongeval, zo meent de aansprakelijke, is eigenlijk 'a blessing in disguise'. Daardoor verdient ze niet alleen meer, maar ze zou ook nooit haar verloofde zijn tegengekomen. Heeft de aansprakelijke gelijk?

De aansprakelijke vergelijkt de situatie van de vrouw voor en na het ongeval met elkaar en komt ten aanzien van zowel de vermogensschade als de immateriële schade tot de conclusie dat de vrouw na het ongeval beter af is: zij verdient meer dan daarvoor en is ook veel gelukkiger. Deze redenering is onjuist. Wat betreft de begroting van vermogensschade is de te beantwoorden vraag of het *verdienvermogen* van de vrouw is aangetast door het ongeval. Dat is niet aangetast en daarom bestaat geen recht op vergoeding van vermogensschade. Bepalend is dus niet hoeveel zij na het ongeval concreet verdient, maar in hoeverre haar verdien capaciteit is aangetast. Als de vrouw na het ongeval werk was gaan doen waarmee zij nog minder was gaan verdienen dan zij als kunstenares verdiende, dan had zij evenmin recht gehad op vergoeding van vermogensschade (aangenomen dat ze ook werk had kunnen doen waarmee meer had kunnen verdienen dan voorheen).

Wat betreft de vergoeding van immateriële schade is de redenering als volgt. Art. 6:106 sub b BW geeft haar zonder meer recht op smartengeld. De vrouw is immers in haar fysieke integriteit aangetast en heeft pijn en ongemak geleden door de operaties. Dat mag niet worden 'weggestreept' tegen het thans ervaren geluk. De basis hiervoor zou art. 6:100 BW (voordeelsverrekening) zijn, maar tussen het genoten voordeel en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, bestaat hier onvoldoende causaal verband.¹⁾ Bovendien is het ook niet eerlijk om het huidige geluk als ijkpunt te nemen. Het is maar een momentopname en er bestaat geen enkele zekerheid dat het zal voortduren. Misschien ontpopt de verloofde zich als een kwaadaardig type. Misschien gaan ze samen op zijn kosten skiën en loopt de vrouw daarbij heel ernstig letsel op. Dat zou niet zijn gebeurd als zij een arme kunstenares was gebleven, zij had dan immers geen geld gehad om te gaan skiën.

De onkenbaarheid van de toekomst moet ook in andere gevallen in het voordeel van de benadeelde werken.

Drie militairen worden per taxi naar een militaire luchthaven gebracht vanwaar zij met drie verschillende vliegtuigen naar drie verschillende missies in drie verschillende landen zullen reizen. De taxi wordt echter door een ernstige verkeersfout van een andere automobilist aan-

Het smartengeld waar ze recht op heeft, mag niet worden 'weggestreept' tegen het thans ervaren geluk.

1. Asser/Sieburgh 6-II 2021/99.

van de toekomst en de

gereden en de drie militairen belanden alle drie in een rolstoel. De missie waaraan militair 1 zou deelnemen verloopt voorspoedig en iedereen keert heelhuids terug. De missie van waaraan militair 2 zou deelnemen eindigt in een drama: alle uitgezonden militairen komen om bij een raketaanval. Bij de missie waaraan militair 3 zou deelnemen komt de helft van de militairen om. Moet men bij de begroting van de schade van de drie militairen rekening houden met het verloop van hun respectievelijke missies (waaraan zij door het ongeval niet konden deelnemen)? In dat geval wordt de schade van militair 1 volledig vergoed, die van militair 2 niet en die van de militair 3 voor 50%. Dit zou onjuist zijn. Ze hebben immers precies dezelfde schade en bovendien zegt het verloop van de missies niets over wat er met hen zou zijn gebeurd als ze mee waren gegaan: zij waren er immers niet bij. Misschien zou militair 2 zich ten tijde van de raketaanval om wat voor reden dan ook (vanwege een speciale missie of een verwonding) buiten het legerkamp hebben bevonden en niet gedood zijn bij de raketaanval. Alle drie de militairen hebben dus recht op volledige vergoeding van hun schade.

Dit moet mijns inziens ook gelden als er géén redelijke twijfel over het toekomstig verloop van de gebeurtenissen bestaat. Stel dat in de bovenstaande casus het vliegtuig van militair 1 neerstort en dat alle inzittenden daarbij omkomen. De kans dat militair 1 het vliegtuigongeval zou hebben overleefd als de taxi niet was aangereden, is uiterst klein.²⁾ Het verkeersongeval heeft hem hier dus wel degelijk gered: in plaats van dood te zijn, zit hij nu 'slechts' in een rolstoel. Hij heeft 'geluk' gehad en zo ziet hij dat zelf ook. Maar betekent dat nu dat hij geen recht heeft op schadevergoeding? Dat zou zeer onbevredigend zijn, zeker ook vanwege het contrast met militairen 2 en 3 die precies dezelfde schade hebben geleden en wel volledige compensatie ontvangen. Om militair 1 hetzelfde te behandelen als militair 2 en 3, moeten we dus abstraheren van het neerstorten van het vliegtuig. Maar op welke grond mogen we dat doen? We weten toch praktisch zeker hoe de toekomst er voor militair 1 zou hebben uitgezien zonder het verkeersongeval?

Dat militair 1 recht heeft op volledige schadevergoeding staat echter buiten kijf. Als het gehandicapte kind in het *wrongful life*-arrest³⁾ recht heeft op schadevergoeding, dan heeft militair 1 dat ook. In *wrongful life* moest een niet-bestaan worden vergeleken met een gehandicapt bestaan. Deze vergelijking valt niet te maken, want we weten niet wat niet-bestaan inhoudt. Toch kende de Hoge Raad schadevergoeding toe. In het geval van militair 1 moet een gehandicapt bestaan in een rolstoel worden vergeleken met een 'niet meer'-bestaan. Het verschil tussen beide casus is dus dat in *wrongful life* het kind nooit zou zijn geboren, terwijl de militair zou zijn overleden. Dat verschil is echter niet principieel. Zoals Nabokov schreef in de eerste zin van zijn memoires:

"De wieg schommelt boven een afgrond, en met ons gezonde verstand weten wij dat ons bestaan slechts een flits is tussen twee eeuwigheden van duisternis. Hoewel het identieke tweelingen zijn, beschouwt de mens als regel de prenatale afgrond met meer kalmte dan de afgrond waarop hij afstevent (met een snelheid van ongeveer vijfenveertighonderd hartkloppen per uur)."⁴⁾

Prof. mr. A.J. Verheij *

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht.

De onkenbaarheid van de toekomst moet ook in andere gevallen in het voordeel van de benadeelde werken.

2. Maar deze kans valt niet uit te sluiten: misschien had de militair het vliegtuig zonder het ongeval ook gemist doordat hij door een andere auto zou zijn aangereden, doordat hij op het vliegveld van de trap zou zijn gevallen of doordat was hij op het vliegveld door iemand zou zijn neergestoken.
3. HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken.
4. V. Nabokov, *Geheugen, spreek*, Amsterdam: Athenaeum - Polak & Van Genneep, p. 17.