

# HET MOMENT VAN ONTSTAAN VAN SCHADE

C.J.M. Klaassen  
A.J. Akkermans

**SANDERS INSTITUUT**



koninklijke vermande  
1998

Sanders  
Inst.

ISBN 90 5458 620 6

NUGI 692

© Koninklijke Vermande, Lelystad, 1998

Omslagontwerp: C. Koevoets

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

## INHOUD

### HET MOMENT VAN ONTSTAAN VAN SCHADE

C.J.M. Klaassen

A.J. Akkermans

### HET ONTSTAANSMOMENT VAN SCHADE IN RELATIE TOT DE VERSCHULDIGDHEID VAN WETTELIJKE RENTE EN FAILLISSEMENT .....

Blz.

*C.J.M. Klaassen*

<b>1</b>	<b>Inleiding</b> .....	1
1.1	Relevantie .....	1
1.2	Het moment van ontstaan van schade .....	3
1.3	Plan van aanpak .....	5
<b>2</b>	<b>Wettelijke rente</b> .....	5
2.1	Algemeen .....	5
2.2	Abstracte versus concrete schadeberekening .....	6
2.2.1	Een opmerkelijk renteverskil .....	6
2.2.2	Mogelijke oplossingen .....	7
2.3	Toekomstige schade .....	13
2.3.1	Probleemstelling .....	13
2.3.2	Het ingangsmoment van de wettelijke rente en het ontstaansmoment van de schade .....	14
2.3.2.1	De literatuur .....	14
2.3.2.2	De Hoge Raad .....	17
2.3.2.3	Wettelijke rente vanaf de peildatum; enkele kanttekeningen	18
2.3.2.4	De ongevalsdatum als peildatum? .....	21
2.3.3	Eenzijdige vaststelling van de peildatum door het slachtoffer? .....	23
2.3.4	Samenvatting .....	25
2.3.5	Wettelijke rente en vergoeding van immateriële schade ...	25
<b>3</b>	<b>Het ontstaansmoment van schade en faillissement</b> .....	27
3.1	Verificatie in faillissement .....	27
3.1.1	Algemeen .....	27
3.1.2	Arbeidsvermogensschade .....	27

3.1.3	Verzekerde schade .....	28
3.2	HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 258 .....	31
3.3	Mogelijke oplossingen? .....	33
3.3.1	Rechtstreekse aanspraak .....	34
3.3.2	First party verzekering; directe verzekering .....	35
3.3.3	Verificatie van een vordering betreffende kansschade .....	36
3.4	Erkenning van kansschade vanwege het faillissement? .....	36
3.5	Erkenning van kansschade in faillissement alleen terzake van arbeidsvermogensschade? .....	38
3.6	Begrenzing .....	40
3.7	Heroverweging van het gekozen uitgangspunt .....	41
<b>4</b>	<b>Samenvatting</b> .....	<b>41</b>

**DE TWEE GEZICHTEN VAN INKOMENSSCHADE BIJ LETSEL**  
Over ontstaansmoment, wettelijke rente en verjaring

*A.J. Akkermans*

<b>1</b>	<b>Inleiding</b> .....	<b>45</b>
<b>2</b>	<b>De twee gezichten van toekomstige schade</b> .....	<b>47</b>
2.1	Het principe .....	47
2.2	Zaakschade .....	48
2.3	Zuivere vermogensschade .....	49
<b>3</b>	<b>Het januskop-concept bij inkomensschade</b> .....	<b>51</b>
3.1	Verlies van arbeidsvermogen als actuele schade .....	51
3.2	Twee gezichten, één beloop .....	53
3.3	Aansluiting bij het fiscale recht .....	54
3.4	In het doorsnee letselschadegeval zijn beide zijden van de januskop niet te scheiden .....	55
3.5	Het verdragingsrente-arrest (Beelen/Advocaten) .....	56
3.6	Commentaar .....	59
3.7	De betekenis van het januskop-concept bij inkomensschade .....	60
3.8	De verhouding tot het fiscale recht .....	62

<b>4</b>	<b>Wettelijke rente</b> .....	<b>64</b>
4.1	Het gewenste regime: de kapitalisatiedatum als 'omslagpunt' .....	64
4.2	Geen wettelijke rente, want geen verzuim, voorzover de vertraging in de nakoming van de vergoedingsplicht niet toerekenbaar is (art. 6:81 BW) .....	66
4.3	De plicht tot afdracht van genoten voordeel bij overmacht (art. 6:78 BW) .....	68
4.4	Vertragingschade in de januskop-benadering .....	69
<b>5</b>	<b>Verjaring</b> .....	<b>71</b>
5.1	Inleiding .....	71
5.2	Het aanvangstijdstip van de verjaring naar oud en huidig recht .....	72
5.3	Aanvang van de korte termijn bij inkomensschade .....	73
5.4	Aanvang van de lange termijn bij inkomensschade .....	75
5.5	Verjaring in de januskop-benadering .....	75
<b>6</b>	<b>Besluit</b> .....	<b>76</b>

# HET ONTSTAANSMOMENT VAN SCHADE IN RELATIE TOT DE VERSCHULDIGDHEID VAN WETTELIJKE RENTE EN FAILLISSEMENT

C.J.M. Klaassen

## 1 Inleiding

### 1.1 Relevantie

Het moment waarop schade ontstaat of althans geacht wordt te ontstaan is in diverse opzichten relevant. Zo is er pas sprake van een verbintenis tot schadevergoeding uit hoofde van een onrechtmatige daad als er schade is geleden<sup>1</sup> en, zoals Bloembergen reeds in 1965 schreef, als de elementen die zijn vereist voor het ontstaan van een dergelijke verbintenis niet in tijd samenvallen, is schade altijd het element dat zich het laatste zal voordoen<sup>2</sup>. Het ontstaansmoment van de verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad wordt derhalve bepaald door het moment waarop de schade is geleden. Omdat een dergelijke verbintenis na haar ontstaan in principe ook terstond opeisbaar is, is het moment van ontstaan van de schade daarmee tegelijkertijd bepalend voor de opeisbaarheid. Wat betreft een vordering tot schadevergoeding vanwege toerekenbaar tekortschieten ligt een en ander vanwege (met name) de verzuim-regeling minder eenvoudig. Slechts in het geval er sprake is van schade die definitief is veroorzaakt ontstaat er terstond recht op schadevergoeding en is derhalve ook in geval van toerekenbaar tekortschieten het moment van ontstaan van de schade bepalend voor zowel het moment van ontstaan van de verbintenis tot schadevergoeding als voor de opeisbaarheid daarvan<sup>3</sup>. Niettemin is ook in die gevallen van toerekenbare tekortkoming waarin een verbintenis tot schadevergoeding pas ontstaat nadat de schuldenaar in verzuim is – en dus in de regel eerst in gebreke gesteld moet worden – het ontstaans-

1 Een uitzondering geldt voor toekomstige schade, waarover hierna meer.

2 Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht, Deventer, 1965, nr. 94 alsmede zijn conclusie voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 (m.n. punt 2.3), waarin ook uitgebreid wordt verwezen naar verdere literatuur en rechtspraak.

3 Zie evenwel art. 6:87 lid 2 BW: voor vervangende schadevergoeding is nog een omzettingsverklaring vereist.

moment van de schade (vervolgens) relevant voor de opeisbaarheid van de schadevergoedingsverbintenis<sup>4</sup>. Aldus is het moment waarop schade ontstaat, of althans geacht wordt te ontstaan, bijvoorbeeld relevant voor de verrekenbaarheid van een vordering tot schadevergoeding<sup>5</sup> alsmede voor de positie van de benadeelde in het geval de aansprakelijke (rechts)persoon failliet is (zie art. 24 Fw). In de lijn van het voorgaande is het ontstaansmoment van schade ook relevant voor de verschuldigdheid van wettelijke rente, althans wordt dit daarvoor als regel relevant geacht. Verder wordt het ontstaansmoment van schade traditioneel in verband gebracht met het ingangsmoment van de verjaringstermijn. Onder het regime van het oude BW begon de (algemene) verjaringstermijn van een verbintenis tot schadevergoeding te lopen vanaf het moment van opeisbaarheid van deze verbintenis en aldus was het moment waarop de schade was ontstaan vaak bepalend voor het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn (vgl. art. 2004 oud-BW). Thans is het tijdstip van opeisbaarheid niet meer het cruciale moment, maar dit betekent niet dat het ontstaansmoment van de schade in het geheel niet meer van belang is. Ingevolge art. 3:310 (lid 1) BW geldt als hoofdregel dat een rechtsvordering tot schadevergoeding verjaart nadat vijf jaren zijn verstreken sinds de dag dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Omdat een benadeelde veelal niet bekend kan zijn met schade die nog (in het geheel) niet is ontstaan, speelt het moment waarop de schade ontstaat nog steeds een rol, zij het indirect<sup>6</sup>.

Het moment waarop de schade is ontstaan is ook van wezenlijk belang voor de verzekeringsdekking in het geval er sprake is van een loss occurrence-polis. Last but not least wijs ik – overigens zonder de pretentie van volledigheid – op de relevantie van het ontstaansmoment van de schade in het kader van het overgangsrecht. Zie in het bijzonder art. 173, lid 2 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan – grofweg weergegeven – de aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan of bekend is geworden na 1 januari 1992, maar voortkomt uit een

4 Zie nader Asser-Hartkamp 4-1, nr. 369, met verdere verwijzingen.

5 Vgl. HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246.

6 Dit is bijvoorbeeld anders bij voortdurende schade of (andere) schade waarvan door de benadeelde reeds bij voorbaat kan worden voorzien dat deze in de toekomst is te verwachten. Vgl. B.W.M. Nieskens-Isphording (red.), Van nieuw BW naar BW, Zwolle, 1993, p.82 en 83 (J. Linssen en A.C. van Schaick) alsmede Asser-Hartkamp 4-1, nr. 674, ten aanzien van toekomstige en voortdurende schade.

voordien plaatsgevonden gebeurtenis die toen ook reeds tot schade heeft geleid, (eveneens) door het vóór 1992 geldende recht wordt beheerst. Dit is in het bijzonder van belang voor doorlopende schadeposten, zoals bijvoorbeeld gederfd inkomen tengevolge van blijvende invaliditeit na een ongeval<sup>7</sup>.

## 1.2 Het moment van ontstaan van schade

‘Het’ ontstaansmoment van schade bestaat niet. Het tijdstip waarop schade ontstaat kan per schadepost verschillend zijn, terwijl soms ook een bepaalde schadepost niet op één moment ontstaat, maar zich uitstrekt over een langere periode. In dit verband komt ook betekenis toe, althans wordt in de regel betekenis toegekend, aan de wijze waarop de schade (door de rechter) wordt begroot – abstract of concreet, op een bedrag ineens, of op periodiek uit te keren bedragen –. Een enkel voorbeeld ter illustratie<sup>8</sup>. Zaaksbeschadiging leidt veelal terstond tot schade, te weten waardevermindering van de beschadigde zaak. Ervan uitgaande dat de zaaksbeschadiging onrechtmatig is, ontstaat deze schadepost derhalve tegelijk met de onrechtmatige daad. De schade bestaande uit de (concrete) herstelkosten die degene wiens zaak is beschadigd maakt, ontstaat daarentegen (mijns inziens<sup>9</sup>) pas op het moment dat daadwerkelijk herstelkosten worden gemaakt en terzake een opeisbare vordering van een derde is ontstaan.

Letsel vormt op zichzelf geen juridisch relevante vermogensschade. Letsel kan tot vermogensschade leiden, bijvoorbeeld als er naar aanleiding hiervan dokters- en/of ziekenhuiskosten worden gemaakt, inkomensschade wordt geleden etc. De schade bestaande uit de dokters- en ziekenhuiskosten ontstaat op het moment dat de benadeelde deze kosten opeisbaar verschuldigd wordt<sup>10</sup>. Terzake van het ontstaansmoment van de tengevolge van het letsel geleden inkomensschade, of liever

7 Zie verder Schadevergoeding (T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes), Inleiding, aant. 26. Vgl. ook Asser-Hartkamp 4-1, nr. 419.

8 Zie voor verder voorbeelden Schadevergoeding (T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes), Inleiding, aant. 28.

9 Zie ook Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 475. Vgl. verder bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-1, nr. 419 en J. Spier, WPNR 6199 (1995), p. 711. Anders echter Schadevergoeding (T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes), Inleiding, aant. 28 onder d alsmede W.C.L. Van der Grinten, noot onder HR 12 april 1985, NJ 1985, 625, hierna uitgebreid besproken in par. 2.2.2.

10 Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 475.

gezegd arbeidsvermogensschade<sup>11</sup>, verschillen de meningen. Grofweg weergegeven zijn er twee 'kampen' te onderscheiden:

i) zij die inkomensschade beschouwen als een doorlopende en ten tijde van het ongeval toekomstige schade, die periodiek wordt geleden op het moment dat zonder het letsel cq. de arbeidsongeschiktheid het inkomen zou zijn genoten<sup>12</sup>, en

ii) zij die inkomensschade beschouwen als een momentschade, die in z'n geheel ontstaat op het moment van het ongeval<sup>13</sup>. Mijn medepreadviseur neemt een tussenstandpunt in en neemt aan dat inkomensschade twee 'gezichten' heeft, een actueel en een toekomstig. Ik ben evenwel niet overtuigd van de toegevoegde waarde van zijn op zichzelf innovatieve invalshoek en zou mij willen aansluiten bij het meer traditionele gedachtengoed van Bloembergen c.s. Zie nader par. 2.3.2.1. De lezer moet maar beoordelen of dit getuigt van wijsheid of van starheid van geest, om met de woorden van Bloembergen zelf te spreken<sup>14</sup>.

Vaak wordt ook de wijze waarop de schade wordt begroot van belang geacht voor het moment waarop inkomensschade ontstaat, of althans *geacht* wordt te zijn ontstaan. Dit geschiedt mijn inziens ten onrechte. Ik kom daar hierna nog op terug, maar geef alvast een voorbeeld ter verduidelijking: als de inkomensschade door de rechter wordt vastgesteld op een door de aansprakelijke partij ineens te betalen bedrag, wordt wel aangenomen dat deze schade daarmee geacht wordt te zijn geleden op het moment van deze rechterlijke uitspraak<sup>15</sup>.

11 Zie over deze terminologie H.A. Bouman en G.M. Tilanus-van Wassenaer, Mon. Nieuw BW B-37, nr. 27 alsmede Handboek Personenschade, par. 3030-3 (H.A. Bouman).

12 Zie m.n. A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, nr. 75 en 95 alsmede diens conclusie voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508, en verder (o.a.) J. Spier, Mon. Nieuw BW B-36, nr. 43 en H.A. Bouman en G.M. Tilanus-van Wassenaer, Mon. Nieuw BW B-37, nr. 33 onder d. Overigens werd dit standpunt in de vorige druk van laatstgenoemd werk stilliger verkondigd.

13 Aldus bijvoorbeeld Hofmann-van Opstall en Hartkamp. Zie voor een nadere bespreking van hun visie alsmede de vindplaats daarvan par. 2.3.2.1. Vgl. daarnaast bijvoorbeeld L.H. Pals, Contante waarde, koopsom lijfrente, periodieke afwikkeling, een commentaar, VR 1987, m.n. p. 281.

14 Deze uitsluiting van Bloembergen geschiedde overigens in ander verband. Zie A.R. Bloembergen, Vrijheid, gelijkheid en broederschap in het wetsvoorstel verkeersaansprakelijkheid, NTBR 1998/6, p. 174.

15 Vgl. bijvoorbeeld Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 475 en A.R. Bloembergen, conclusie voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508, punt 2.8. Overigens wordt de wijze waarop de schade wordt begroot meer in het algemeen van belang geacht voor het moment waarop de schade geacht wordt te zijn ontstaan (vergelijk abstracte versus concrete schadeberekening).

### 1.3 Plan van aanpak

In de vorige paragraaf zijn reeds enkele meningsverschillen ten aanzien van het moment van ontstaan van diverse schadeposten aangestipt. Er zijn er veel meer. Méér dan genoeg voor een preadvies, dat volgens mijn opdrachtgever beslist kort moet zijn. Dit noopt tot keuzes. Mede vanwege het feit dat het standpunt dat door diverse schrijvers wordt ingenomen ten aanzien van het ontstaansmoment van schade<sup>16</sup> kennelijk wordt ingekleurd door de context waarin deze vraag speelt, althans eenmaal ingenomen standpunten hieromtrent regelmatig weer worden bijgesteld als dit op een bepaald terrein, bijvoorbeeld wat betreft de verschuldigdheid van rente, tot een onwenselijk geacht resultaat leidt, geef ik er de voorkeur aan niet te schrijven over het ontstaansmoment van de schade 'sec', maar hierop in te gaan aan de hand van twee situaties waarop deze kwestie relevant is, te weten: het ingangsmoment van de wettelijke rente en het faillissement van de aansprakelijke partij. Vanuit deze invalshoeken zullen enkele facetten – maar niet meer dan dat – van het ontstaansmoment van schade worden belicht. In het bijzonder zal hierbij aandacht worden besteed aan arbeidsvermogensschade.

## 2 Wettelijke rente

### 2.1 Algemeen

Behoudens afwijkende contractuele regelingen, bestaat de schadevergoeding verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom uit de wettelijke rente. Art. 6:119, lid 1 BW bepaalt dat deze wettelijke rente verschuldigd is over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening van de door hem verschuldigde geldsom in verzuim is. Wat betreft een geldsom verschuldigd ten titel van schadevergoeding geeft art. 6:83, onderdeel b BW voor de meest voorkomende gevallen een nadere regeling. Wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in art. 6:74, lid 1 BW – schadevergoeding wegens toerekenbaar tekortschieten – en niet terstond wordt nagekomen, treedt het verzuim zonder ingebrekestelling

16 Zoals uit par. 1.2 blijkt dient eigenlijk te worden gesproken van 'een bepaalde schadepost'. Kortheidshalve spreek ik hierna evenwel meer in het algemeen van 'schade'.

in. Men zou derhalve geneigd zijn te verwachten dat de wettelijke rente over dergelijke verbintenissen tot schadevergoeding automatisch loopt vanaf het moment dat de schade ontstaat of althans geacht wordt te ontstaan en, als dit ontstaansmoment eenmaal is vastgesteld, het ingangsmoment van de wettelijke rente geen discussiepunt meer vormt. Immers, aangenomen wordt dat het moment waarop schade ontstaat of geacht wordt te ontstaan bij de schadevergoedingsverplichting op grond van onrechtmatige daad zowel het ontstaan van de verbintenis tot schadevergoeding als de opeisbaarheid daarvan bepaalt en, wat betreft de schadevergoedingsverplichting uit hoofde van toerekenbaar tekortschieten, in elk geval de opeisbaarheid daarvan<sup>17</sup>. Als deze verbintenis niet terstond wordt voldaan is er sprake van een 'vertraging in de voldoening' als bedoeld in art. 6:119 BW en is vanaf het (veronderstelde) moment van ontstaan van de schade wettelijke rente verschuldigd. Terzake van de ten tijde van de schadevaststelling reeds geleden schade bestaat er inderdaad weinig discussie over het ingangsmoment van de wettelijke rente, zij het dat de uitkomst van de wettelijke regeling geen algemene instemming geniet. Ik ga hierop in par. 2.2 nader in. Wat betreft de toekomstige schade ligt de renteproblematiek aanmerkelijk gecompliceerder. Ik kom hierop in par. 2.3 terug.

## 2.2 *Abstracte versus concrete schadeberekening*

### 2.2.1 Een opmerkelijk renteverskil

*'Het gebruik van een wetboek zelf doet zijn gebreken kennen.'*<sup>18</sup>

In het oog springt in dit verband het verschil tussen de verschuldigde wettelijke rente bij concreet berekende schadevergoeding en bij abstract berekende schadevergoeding, zoals deze bijvoorbeeld is geaccepteerd bij zaaksbeschadiging<sup>19</sup>. Degene wiens zaak is beschadigd door een

17 Een en ander onverminderd de in geval van toerekenbaar tekortschieten eventuele nadere vereisten voor het ontstaan (en daarmee voor de opeisbaarheid) van de verbintenis tot schadevergoeding. Vgl. par. 1.1.

18 B.C. de Die, Een nieuw Burgerlijk Wetboek, Zwolle, 1991, p. 3. De Die was van 1972 tot april 1991 hoofd van de Stafafdeling Wetgeving nieuw Burgerlijk Wetboek van het Ministerie van Justitie.

19 Zie voor voorbeelden van andere gevallen waarin deze wijze van schadeberekening is geaccepteerd bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-1, nr. 417-418 alsmede Schadevergoeding (T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes), art. 97, m.n. aant. 27 e.v.

gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, kan opteren voor een abstracte schadeberekening en vergoeding vorderen van de waardevermindering die de zaak heeft ondergaan, maar in principe kan hij desgewenst ook vergoeding vorderen van de in concreto door hem gemaakte herstellkosten<sup>20 21</sup>. Zoals in par. 1.2 is aangegeven, ga ik ervan uit dat zijn schade in laatstgenoemd geval pas ontstaat op het moment dat door hem daadwerkelijk herstellkosten worden gemaakt, met als gevolg dat hij eerst vanaf dat tijdstip een opeisbare vordering tot vergoeding van deze schade heeft en ook pas vanaf dat moment de wettelijke rente over deze vordering loopt. Als hij kiest voor een abstracte schadeberekening, wordt als schade aangemerkt de waardevermindering die de zaak op het moment van de zaaksbeschadiging heeft ondergaan. Zijn vordering is dan derhalve reeds ontstaan op en opeisbaar vanaf het moment dat de zaaksbeschadiging plaatsvond, met als gevolg dat deze vordering reeds vanaf dat moment rentedragend is<sup>22</sup>. De waardevermindering wordt in de regel gesteld op de de 'naar objectieve maatstaven berekende herstellkosten'<sup>23</sup>. Dit betekent dat het voor de benadeelde aantrekkelijk kan zijn om, ook als hij tot herstel is overgegaan of van plan is hiertoe over te gaan, desalniettemin vergoeding van de waardevermindering te vorderen. De vraag is evenwel of het wenselijk is dat de benadeelde aldus kan manipuleren teneinde rente te ontvangen. Met Spier ben ik van oordeel dat dit niet het geval is<sup>24</sup>.

### 2.2.2 Mogelijke oplossingen

De vraag is echter hoe deze situatie dan zou moeten worden opgelost. Vooropgesteld zij dat ik op zichzelf geen afbreuk zou willen doen aan de vrijheid van de benadeelde om te kiezen tussen een abstracte dan wel concrete berekening van zijn schade. Ik zou slechts een oplossing

20 Vgl. wat betreft de begrenzing van het recht op herstel laatstelijk HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43.

21 Dat de benadeelde terzake een keuzerecht heeft wordt onder andere onderschreven door R.J. de Groot, Grenzen aan de mogelijkheden van abstracte schadeberekening?, VR 1980, p. 49 e.v., A.R. Bloembergen, Mon. Nieuw BW B-34, nr. 30, Asser-Hartkamp 4-1, nr. 418, Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (T. Hartlief), nr. 208. Vgl. ook R.A. Salomons, Mon. Nieuw BW B-38, nr. 20, Anders T.E. Deurvorst, NTBR 1996/2, p. 38.

22 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 475.

23 Vgl. HR 12 april 1985, NJ 1985, 625.

24 J. Spier, Privaatrecht Aktueel, WPNR 6199 (1995), p. 711-712.

willen zoeken voor het daaruit voortvloeiende verschil wat betreft de ingangsdatum van de wettelijke rente, teneinde te voorkomen dat de benadeelde zich op deze wijze zonder redelijke grond zou kunnen verrijken ten koste van de aansprakelijke persoon (of diens verzekeraar). Het feit dat de hiervóór geschetste verrijkingmogelijkheid wordt 'gerechtvaardigd' door de wettekst – art. 6:83, onderdeel b jo. art 6:119 BW – en de parlementaire geschiedenis<sup>25</sup>, behoeft er niet aan in de weg te staan om in een dergelijk geval voor een andere benadering te opteren en de wettelijke regeling, ondanks het recente karakter hiervan, terzijde te stellen. De in de artt. 6:2, lid 2 en 6:248, lid 2 BW vervatte derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid biedt hiervoor een bruikbaar handvat. Gelet op het in het Nederlandse schadevergoedingsrecht geldende uitgangspunt, dat de benadeelde recht heeft op volledige vergoeding van de in werkelijkheid door hem geleden schade, alsmede de daaruit voortvloeiende consequentie dat de benadeelde niet méér dan zijn werkelijke schade vergoed krijgt<sup>26</sup>, leidt onverkorte toepassing van de wettelijke regels betreffende de wettelijke rente in een situatie als hierboven geschetst tot 'onaanvaardbare' resultaten<sup>27</sup>. Nu zou men hiertegen in kunnen brengen dat de wettelijke rente toch een abstracte vorm van schadevergoeding is, waarvoor het niet relevant is of er daadwerkelijk renteschade wordt geleden en, zo ja, tot welke hoogte. Dit vormt mijns inziens echter geen, althans onvoldoende rechtvaardiging om de wettelijke rente te doen ingaan vanaf een moment in het verleden, terwijl onmiskenbaar is dat erop dat moment van enigerlei renteschade (nog) geen sprake was. De toepassing – bij wijze van uitzondering – van een abstracte wijze van schadeberekening is mijns inziens vooral een praktisch hulpmiddel, dat met

25 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 475.

26 Zie bijvoorbeeld A.R. Bloembergen, Mon. Nieuw BW B-34, nr. 2, Asser-Hartkamp 4-I, m.n. nr. 415 en 418, L. Dommering-Van Rongen, In Volle Verzekerdheid ('Van Wassenaer-bundel'), Zwolle, 1993, p. 239 en J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), Berekening van schadevergoeding, Zwolle, 1995, p. 19 e.v. Zie laatstgenoemd werk, p. 20, voor een vergelijking met een tweetal andere, buitenlandse systemen.

27 Wat betreft de mogelijkheid om de consequenties van een onverkorte toepassing van de wettelijke regeling van de wettelijke rente te mitigeren, verdient vermelding dat volgens Spier ook de wetgever niet zou hebben beoogd art. 6:83 BW zonder meer te doen toepassen. Spier beroept zich in dit verband op onthullingen van Bloembergen betreffende van de kant van 'justitie' verstrekte informatie. Zie J. Spier, WPNR 6199 (1995), p. 712.

name wordt gerechtvaardigd door het feit dat schade aldus op een efficiënte en eenvoudige wijze kan worden afgewikkeld in gevallen waarin een concrete schadeberekening tot aanmerkelijke theoretische en praktische bezwaren kan leiden<sup>28</sup>. Zoals Hartkamp terecht opmerkt, voert de abstracte schadeberekening in het merendeel der gevallen waarin deze in de rechtspraak is toegepast ook tot redelijke resultaten<sup>29</sup>. Naar mijn oordeel is dat, zoals vermeld, in de hierboven aan de orde gestelde situatie anders.

Terug naar de vraag hoe bovenvermelde kwestie zou moeten worden opgelost.

Spier oppert de rente eerst te laten lopen vanaf het tijdstip dat, bij redelijk handelen van de benadeelde, deze de schade zou hebben geleden. Derhalve vanaf het tijdstip dat een redelijk handelende benadeelde tot reparatie zou zijn overgegaan<sup>30</sup>. Hij zou dit criterium, zo begrijp ik hem, willen hanteren zowel in het geval dat door de benadeelde wordt gekozen voor een abstracte schadeberekening als in het geval dat wordt gekozen voor een concrete schadeberekening (en reparatie mogelijk op een later tijdstip plaatsvindt). Het bezwaar van het door Spier voorgestelde criterium is dat het een bron van discussie kan vormen en de vaststelling van het tijdstip waarop een redelijk handelend benadeelde tot reparatie zou zijn overgegaan uiteindelijk altijd min of meer arbitrair is. De vraag is evenwel wat het alternatief is, ervan uitgaande dat het – althans naar mijn oordeel – evenmin wenselijk is dat een benadeelde, met name als hij ten tijde van de vaststelling van de schade reeds daadwerkelijk tot reparatie is overgegaan en vergoeding vordert van de daadwerkelijk door hem gemaakte kosten, rente zou kunnen genieten over een periode dat hij nog geen kosten heeft gemaakt, enkel en alleen door zijn vordering in te kleden als een vordering terzake van waardevermindering.

Van der Grinten nam, naar aanleiding van het arrest van de HR van 12 april 1985, aan dat het voor de beoordeling van de opeisbaarheid van de vordering van de 'beschadigde partij' geen verschil maakt of deze vergoeding van de waardevermindering van de zaak vordert die

28 Vgl. ook J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), a.w., p. 24, met een overzicht van de opvattingen van diverse andere schrijvers.

29 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 418.

30 A.w., p. 712.



hij dan stelt op de herstelkosten, dan wel vergoeding van de door hem betaalde herstelkosten<sup>31</sup>. Hij nam aan dat deze vordering in beide gevallen ontstaat en opeisbaar is op het moment van de zaaksbeschadiging. Het feit dat dit kan meebrengen dat de eigenaar van de zaak door de wettelijke rente méér ontvangt dan het bedrag van de werkelijk door hem geleden schade achtte hij niet bezwaarlijk<sup>32</sup>. Dit paste zijns inziens bij het stelsel dat voor de aanspraak op wettelijke rente onverschillig is of de schuldenaar schade heeft geleden en hoe groot zijn schade is. Van der Grinten hechtte kennelijk met name waarde aan de rechtszekerheid die uit voormeld stelsel voortvloeit.

Ik meen evenwel dat het arrest van 12 april 1985 de door Van der Grinten daaruit getrokken conclusie niet kan dragen. Om deze reden *en* vanwege Van der Grinten's stelling, dat dit arrest zijn belang onder de vigeur van het huidige BW behoudt en er geen termen zijn over deze kwestie thans anders te oordelen, ga ik wat uitgebreider op deze uitspraak in.

Het ging in deze zaak om de vordering tot schadevergoeding van de Staat jegens H. van Driel en Zoon BV wegens een door een werknemer van laatstgenoemd bedrijf beschadigd spoorwegviaduct. Voormelde zaaksbeschadiging heeft plaatsgevonden op 13 februari 1978. De Staat heeft H. van Driel en Zoon BV op 3 augustus 1978 medegedeeld dat de schade werd geraamd op twee ton en conform art. 1286 oud-BW terzake de wettelijke rente aangezegd per 1 september 1978. Nadien heeft de Staat laten weten, gelet op de inmiddels reeds ontvangen rekeningen, de schade nader te ramen op 2,5 ton en over het meerdere ad. f 50.000,- per 8 juli 1979 de wettelijke rente aan te zeggen. Uiteindelijk heeft de Staat laten weten dat de herstelkosten f 248.802,04 hebben bedragen. De kern van het geschil in cassatie betreft de vraag vanaf welk moment door de Staat wettelijke rente kon worden gevorderd. De Rechtbank en het Hof hebben geoordeeld dat de aanspraak op schadevergoeding van de Staat weliswaar reeds ontstond op de datum

31 Zie zijn noot onder dit arrest in NJ 1985, 625. Vgl. ook Van der Grinten's noot onder HR 1 februari 1985, NJ 1985, 560.

32 Vgl. ook J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), a.w., p. 313. Zij achten het 'praktischer' de datum van het schadetoebrengende feit als rente-ingangsdatum aan te houden en spreken in dit verband van een 'theoretisch' en 'veelal verwaarloosbaar' rentevoordeel dat hierdoor voor de benadeelde kan ontstaan. Met deze laatste kwalificaties onderschatten zij naar mijn oordeel deze kwestie.

van het ongeval, maar dat, nu de Staat in rechte de concrete herstelkosten heeft gevorderd, zijn vordering eerst *opeisbaar* werd nadat hij deze kosten had gemaakt en de Staat derhalve geen aanspraak kon maken op wettelijke rente vanaf een eerder tijdstip. De Hoge Raad oordeelt hier anders over. Hij overweegt als volgt:

"... Is de zaaksbeschadiging het gevolg van een onrechtmatige daad, dan heeft derhalve in het algemeen de eigenaar sedert het moment der beschadiging ten minste tot dat bedrag (d.w.z. tot het bedrag der waardevermindering, in algemeen te stellen op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten; toevoeging C.K.) op de dader een opeisbare vordering. Wil de eigenaar aanspraak maken op de wettelijke interesses over die vordering, dan zal hij ingevolge art. 1286 derde lid de dader schriftelijk tot betaling moeten aanmanen met mededeling dat hij in geval van verdere vertraging aanspraak maakt op vergoeding van interesses. Wat herstel, naar objectieve maatstaven kost, weet men niet zelden eerst nadat de reparatie heeft plaatsgevonden en de nota's zijn gepresenteerd. Daarop hoeft de eigenaar echter met zijn aanmaning niet te wachten....

Voldoet de dader aan een dergelijke aanmaning niet, dan zal de eigenaar er in de regel eerst toe overgaan de door hem ter zake van waardevermindering der beschadigde zaak geleden schade in rechte te vorderen, wanneer het beloop van de herstelkosten nauwkeurig bekend is. Ook als die bekendheid daaruit voortvloeit dat de zaak inmiddels hersteld is, moet het ervoor worden gehouden dat de vordering van de eigenaar ertoe strekt de dader te doen veroordelen hem datgene te voldoen tot betaling waarvan hij hem reeds had aangemaand, te weten de op het bedrag van de herstelkosten te stellen vergoeding van de door hem op het ogenblik der beschadiging in zijn vermogen geleden schade wegens waardevermindering der zaak. Zulks geldt ook indien de eigenaar in de dagvaarding enkel melding maakt van het bedrag dat de herstelkosten in feite hebben belopen en niet met zoveel woorden tot uitdrukking brengt dat hij vergoeding vordert voor de op dat bedrag gestelde schade wegens waardevermindering van de beschadigde zaak. Bezwaarlijk kan worden aanvaard dat het van dergelijke, betrekkelijk toevallige verschillen in formulering zou afhangen (of; toevoeging C.K.) een eigenaar van een beschadigde zaak, die de dader voordien heeft aangemaand tot betaling van de kosten die met het herstel gemoeid zullen blijken, in rechte al dan niet aanspraak heeft op wettelijke reute vanaf de dag waartegen de dader is aangemaand."

Mijns inziens dient het arrest aldus te worden gelezen dat het Hof naar het oordeel van de Hoge Raad ten onrechte heeft aangenomen dat de grondslag van de vordering niet was de waardevermindering, maar de herstelkosten. De herstelkosten dienden alleen als berekeningsmethode voor de waardevermindering. Het feit dat de Staat in de dagvaarding nog slechts rept van de betaalde herstelkosten en, anders dan in de eerdere aanmaningen, niet rept van een vordering terzake van waardevermindering, te stellen op te herstelkosten, brengt op zichzelf – zo lees ik

het oordeel van de Hoge Raad – geen wijziging in de grondslag van de vordering<sup>33</sup>.

Het ‘meerdere’, dat Van der Grinten kennelijk in deze uitspraak las, lees ik er niet in. Het arrest vormt naar mijn oordeel dan ook geen belemmering voor een van de visie van Van der Grinten afwijkende benadering.

Een en ander afwegende, zou ik voor een dergelijke afwijkende benadering willen opteren. Het rechtszekerheidsargument, dat onmiskenbaar aan de benadering van Van der Grinten ten grondslag ligt, weegt mijns inziens niet op tegen de bezwaren verbonden aan het feit dat de benadeelde in bepaalde gevallen kenbaar méér schade vergoed krijgt dan door hem geleden en een schadegebeuren in feite een spaarpotje vormt. Ondanks de ook daaraan verbonden bezwaren, voel ik uiteindelijk toch het meest voor de benadering van Spier. De door de rechter in te vullen ‘redelijke termijn’ bergt weliswaar enige onzekerheid in zich, maar aan de andere kant wordt ook elders in het recht – cq. het BW – regelmatig gebruik gemaakt van een uiteindelijk door de rechter in te vullen termijn, zonder dat dit voor zover ik weet in de praktijk tot veel problemen leidt<sup>34</sup>.

Een rigoureuze alternatief zou kunnen zijn in het geheel geen aanspraak op wettelijke rente toe te kennen in het geval waardevermindering wordt gevorderd en er feitelijk ook geen herstel heeft plaatsgehad. Ik ben mij er van bewust dat een dergelijke gedachtegang haaks staat op hetgeen de gevestigde rechtspraak en literatuur leert en hetgeen op zichzelf in de lijn ligt met het door de wetgever in het BW welbewust gehandhaafde stelsel van een gefixeerde schadevergoeding, maar zou een heroverweging op dit punt niet uit de weg willen gaan.

Gelet op de hiervoor geschetste (onwenselijke) consequenties van het huidige systeem, leg ik u gaarne de vraag voor of het daadwerkelijk wenselijk is dat een benadeelde die kennelijk geen gelden vrij heeft gemaakt en/of geleend ter dekking van uitgaven wegens beschadiging van zijn zaak, aanspraak kan maken op rentevergoeding vanwege de waardevermindering van een object, die hij mogelijk nimmer daadwer-

33 Zie ook de conclusie van AG Franx.

34 Vgl. bijvoorbeeld de art. 3:55 lid 2; 6:221 lid 1, 230 lid 1; 7:21 lid 2 en 3 en 23 BW.

kelijk in zijn vermogen zal voelen (omdat hij het object gewoon blijft gebruiken en nimmer verkoopt etc.).

### 2.3 Toekomstige schade

#### 2.3.1 Probleemstelling

Een geheel eigen probleem vormt de toekomstige schade. Hieronder wordt de schade verstaan die op het tijdstip dat de schade wordt vastgesteld nog niet is geleden<sup>35</sup>. Buiten kijf staat dat – als uiteraard aan de overige voorwaarden voor schadeplichtigheid is voldaan – er (ook) aanspraak bestaat op vergoeding van toekomstige schade. Zie art. 6:105 BW, waar wordt gesproken van ‘nog niet ingetreden schade’<sup>36</sup>. De vraag is evenwel vanaf welk moment terzake van een verbintenis tot vergoeding van toekomstige schade – derhalve schade die nog niet is ontstaan – wettelijke rente verschuldigd is. Anders gezegd: wanneer is er terzake van een dergelijke verbintenis sprake van een ‘vertraging in de voldoening’ (vgl. art. 6:119, lid 1 BW)? Voor het antwoord op deze vraag is van belang vanaf welk moment er sprake is van een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding. Hiervóór zagen we dat – onverminderd de eventuele nadere vereisten in geval van toerekenbare tekortkoming – een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat op althans opeisbaar is vanaf het moment dat de schade wordt geleden of tenminste *geacht* wordt te zijn geleden. De vraag is evenwel of dit ook op gaat terzake van toekomstige schade. Verder zien we dat in de literatuur het ingangsmoment van de wettelijke rente niet steeds gelijk gesteld wordt met het moment waarop men aanneemt dat de schade (en daarmee een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding) is ontstaan<sup>37</sup>.

35 Idem A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, nr. 20, p. 28. Vgl. ook Asser-Hartkamp 4-I, nr. 421. Anders Hofmann-van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, eerste gedeelte, 1976, p. 204.

36 Voorwaarde voor de begroting bij voorbaat van een toekomstige schade is dat het intreden hiervan voldoende vast moet staan en alleen de schadeomvang onzeker is. *Schadevergoeding* (A.T. Bolt) art. 105, aant. 1. De meningen verschillen over de vereiste ‘mate van waarschijnlijkheid’ dat de schade zal intreden. Vgl. bijvoorbeeld J. Ronse, *Schade en Schadeloosstelling*, deel I, Gent, 1984, m.n. nr. 497, J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), a.w., m.n. p. 180-181 alsmede H.A. Bouman en G.M. Tilanus-van Wassenauer, *Mon. Nieuw BW B-37*, nr. 32 onder a.

37 Zie hierna, par. 2.3.2.1.

Wat betreft de renteproblematiek in verband met toekomstige schade worden in par. 2.3.2 t/m 2.3.5 drie kwesties aan de orde gesteld:

- valt het tijdstip waarop de wettelijke rente gaat lopen samen met het tijdstip waarop de schade ontstaat of althans geacht wordt te ontstaan cq. dient dit zo te zijn?
- kan een benadeelde door eenzijdige kapitalisatie bereiken dat de wettelijke rente gaat lopen?
- wettelijke rente en vergoeding van immateriële schade.

### 2.3.2 Het ingangsmoment van de wettelijke rente en het ontstaansmoment van de schade

#### 2.3.2.1 De literatuur

Ter illustratie en gedachtebepaling uwerzijds geef ik de visie van enkele andere schrijvers weer, alvorens tot een eigen standpuntbepaling te komen.

In Hofmann-Van Opstall wordt alleen gesproken van toekomstige schade als het gaat om schade tengevolge van een gebeurtenis die mogelijk in de toekomst zal plaatsvinden. Als het gaat om een reeds plaatsgevonden onrechtmatige daad of wanprestatie is er in deze visie geen sprake van toekomstige schade, ook niet als het gaat om een vermogensnadeel dat pas in de toekomst zal worden gevoeld, zoals gemis aan toekomstige inkomsten door arbeidsongeschiktheid<sup>38</sup>. In Hofmann-Van Opstall wordt uitgegaan van een geheel eigen en afwijkend schadebegrip. Onder schade wordt daar in het algemeen verstaan de ontneming of vermindering van gunstige mogelijkheden en/of van gunstige kansen<sup>39</sup>. In de lijn hiervan wordt bijvoorbeeld 'toekomstige' arbeidsvermogensschade als reeds ten tijde van de onrechtmatige daad of wanprestatie geleden schade aangemerkt. De consequentie, dat over deze schadepost, na de destijds op grond van art. 1286 oud-BW vereiste aanmaning en mededeling, wettelijke rente verschuldigd is, wil Van Opstall echter niet aanvaarden. Het zou niet rechtvaardig zijn de schuldenaar over de waarde in geld van de door de wanprestatie of de onrechtmatige daad gederfde voordelen wettelijke rente te laten betalen als vergoeding wegens het derven van de vruchten daarvan vanaf een

38 Hofmann-van Opstall, a.w., m.n. p. 204-205.

39 A.w., p. 174 e.v.

tijdstip gelegen vóór dat waarop die voordelen zouden zijn verkregen, aldus Van Opstall<sup>40</sup>.

Hartkamp gaat, althans sinds de negende druk van Asser-Hartkamp 4-I<sup>41</sup>, een vergelijkbare kant op, ook al gaat hij uit van de gebruikelijke definitie van toekomstige schade<sup>42</sup>. Hartkamp stelt zich op het standpunt dat ook de vordering terzake van toekomstige schade 'terstond' – dat wil zeggen ten tijde van aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis – opeisbaar is, maar deze opeisbaarheid de gelaedeerde nog geen recht geeft op wettelijke rente<sup>43</sup>. De wettelijke rente gaat zijns inziens pas lopen nadat het schadebedrag is vastgesteld en niet wordt uitbetaald; betreft het de betaling van periodieke termijnen dan zal dit het geval zijn telkens bij het opeisbaar worden van een termijn, aldus Hartkamp. Ik veronderstel dat Hartkamp met de bovenstaande redenering het oog heeft op letselschade en in het bijzonder op arbeidsvermogensschade tengevolge van letsel<sup>44</sup>. Met name als deze schade niet periodiek wordt vergoed, maar wordt gekapitaliseerd en door middel van een som ineens wordt vergoed, roept het betoog van Hartkamp vragen op. Spier heeft reeds de vraag opgeworpen wat moet worden verstaan onder de 'vaststelling' van het schadebedrag?<sup>45</sup>. Wordt hiermee bedoeld op de vaststelling door de rechter of door partijen in der minne? Met name in het eerste geval zou de benadeelde in de visie van Hartkamp geruime tijd van rente verstoken blijven, terwijl in zijn visie de vordering tot schadevergoeding wel opeisbaar is.

Verder dient te worden bedacht dat bij de kapitalisering van toekomstige letselschade wordt uitgegaan van een peildatum. Deze kan uiteinde-

40 A.w., m.n. p. 284-285. Eenzelfde redenering wordt gevolgd terzake van de verschuldigdheid van wettelijke rente over reparatiekosten en medische kosten die pas later behoeven te worden betaald.

41 Zie nr. 421. Voordien ging Hartkamp er in dit handboek van uit dat een dergelijke vordering opeisbaar wordt op het tijdstip dat de schade wordt vastgesteld cq., bij veroordeling tot betaling van periodieke termijnen, telkens bij het opeisbaar worden van een termijn. Zie ook Hartkamp's conclusie voor HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 onder 7c.

42 Zie hiervoor, par. 2.3.1 alsmede noot 35.

43 In dezelfde zin R.Ph. Elzas, Handboek Personenschade, p. 3070-3/4 alsmede 3070-7/8. Vgl. ook W.C.L. van der Grinten, noot onder HR 12 april 1985, NJ 1985, 625, die eveneens aannam dat deze vordering reeds opeisbaar is vóór de schadevaststelling, maar daarentegen kennelijk aannam dat voordien ook de wettelijke rente kan ingaan.

44 Zie ook J. Spier, Mon. Nieuw BW B-36, nr. 43.

45 Mon. Nieuw BW B-36, nr. 43.

lijk ruimschoots vóór het tijdstip van het rechterlijk vonnis of de totstandkoming van de minnelijke regeling blijken te liggen. Als onder het moment van vaststelling van de schade het moment van het totstandkomen van een minnelijke regeling of het tijdstip van een rechterlijk vonnis is begrepen, treedt in zo'n geval ook hier een 'gat' op wat betreft de rente: bij de per de peildatum berekende contante som wordt uitgegaan van een rekenrente die (als regel) lager is dan de wettelijke rente. Door middel van kapitalisering ontvangt de benadeelde immers op een moment in het heden reeds een bedrag ter vergoeding van de schade die hij pas in de toekomst daadwerkelijk zal lijden. Ervan uitgaande dat hij dit bedrag renderend kan aanwenden, is bij uitkering in het heden een lager bedrag dan de totaalsom van de in de toekomst te verwachten schade voldoende om de toekomstige schade te compenseren. De rekenrente behelst derhalve in feite een 'korting' voor het feit dat de toekomstige schade bij voorbaat wordt vergoed. Als dit bedrag evenwel pas beschikbaar komt nadat de hoogte hiervan in of buiten rechte 'is vastgesteld', zonder dat over de periode voordien, – dus: vanaf de peildatum – wettelijke rente verschuldigd is, ondervindt de benadeelde hierdoor nadeel. Hartkamp besteedt aan deze kwestie geen aandacht.

Ik opteer voor de 'visie Bloembergen'<sup>46</sup>, en ga ervan uit dat arbeidsvermogensschade geen momentschade is die reeds terstond ten tijde van het ongeval ontstaat, maar periodiek wordt geleden, te weten telkens op het moment dat de benadeelde zonder het ongeval zijn hypothetische hogere inkomen zou hebben genoten (bijvoorbeeld wat betreft een benadeelde in loondienst maandelijks). Vergelijk in dit verband HR 11 september 1992, NJ 1992, 746, waarin de Hoge Raad oordeelt dat de schade, bestaande uit een op zijn AOW-uitkering toegepaste korting, die Mulders leed tengevolge van beweerdelijk onrechtmatig handelen van de Staat, periodiek werd geleden, namelijk telkens wanneer hij gerechtigd werd tot een bepaalde termijn<sup>47</sup>.

In het geval de toekomstige arbeidsvermogensschade – maar hetzelfde geldt voor andersoortige toekomstige schade – evenwel wordt gekapitaliseerd en als een contante som wordt uitgekeerd, is mijns inziens over de contante som vanaf de peildatum wettelijke rente verschul-

digd<sup>48</sup>. Men zou kunnen zeggen dat de benadeelde vanaf dat moment een opeisbare vordering op de aansprakelijke persoon heeft tot de hoogte van de contante som<sup>49</sup>. Mijns inziens betekent dit niet dat de schade op de peildatum reeds is ontstaan en evenmin acht ik het zinvol om te werken met de fictie dat de schade op de peildatum reeds geacht wordt te zijn ontstaan. Het is en blijft toekomstige schade, maar doordat deze bij voorbaat wordt begroot en wordt vastgesteld op een ineens te betalen bedrag, ontstaat er vóórdát de schade daadwerkelijk wordt geleden reeds een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding. Over de op de peildatum reeds geleden schade is wettelijke rente verschuldigd vanaf het moment dat deze schade daadwerkelijk is geleden (bij arbeidsvermogensschade dus veelal van maand tot maand)<sup>50</sup>.

#### 2.3.2.2 De Hoge Raad

Ook de Hoge Raad gaat er kennelijk van uit dat, althans bij 'inkomensschade'<sup>51</sup>, in geval van kapitalisering de daarbij tot uitgangspunt genomen peildatum naar huidig recht tevens het ingangsmoment voor de wettelijke rente (over de toekomstige schade) vormt. Zie met name rechtsoverweging 3.8 uit het reeds veel besproken arrest van de HR van 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 (m.nt. JBMV), betreffende de vordering tot vergoeding van de door het echtpaar Beelen geleden renteschade vanwege het feit dat hun (vier) respectieve advocaten geen wettelijke rente hadden aangezegd aan de WAM-verzekeraar die jegens hen aansprakelijk was voor de schade die zij hadden opgelopen tengevolge van een verkeersongeval, terwijl dat destijds op grond van art. 1286 oud-BW wel was vereist teneinde vóór het moment van dagvaarding reeds aanspraak op wettelijke rente te kunnen maken. Anders dan ik voorsta, gaat de Hoge Raad echter wél uit van de fictie dat de gekapita-

48 Zie echter ook par. 2.3.2.3.

49 De uitkering ineens hoeft niet altijd gelijk te zijn aan de contante waarde van de in de toekomst te verwachten schade. Andere vormen zijn denkbaar. Vgl. bijvoorbeeld R.Ph. Elzas, Handboek Personenschade, p. 3070-9/12, L.H. Pals, Toekomstige schade wegens verlies van arbeidsvermogen, VR 1996, p. 281-283 en Schadevergoeding (A.T. Bolt), art. 105, aant. 8. Ten behoeve van de eenvoud ga ik (ook in het navolgende) niettemin uit van de contante waarde-methode.

50 Vgl. evenwel par. 2.3.2.3.

51 Zoals reeds in par. 1.2 vermeld, geef ik de voorkeur aan het begrip arbeidsvermogensschade. Overigens zie ik geen reden waarom het oordeel van de Hoge Raad in het geval andersoortige toekomstige schade zou worden gekapitaliseerd anders zou (moeten) luiden.

46 Zie noot 12.

47 Vgl. ook HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 40.

liseerde inkomensschade op de peildatum *geacht wordt te zijn geleden*<sup>52</sup>. De Hoge Raad overweegt:

“...dat inkomensschade zowel begroot kan worden op de concrete bedragen die periodiek aan inkomen zouden zijn verkregen, wanneer het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden, en ter zake waarvan de vervangende schadevergoeding dan ook periodiek verschuldigd wordt, als op een gekapitaliseerd bedrag ineens ter zake van toekomstige schade, die dan geacht moet worden op de bij deze kapitalisering tot uitgangspunt genomen peildatum te zijn geleden.”

### 2.3.2.3 Wettelijke rente vanaf de peildatum; enkele kanttekeningen

Gelet op enerzijds het feit dat wordt aanvaard dat toekomstige schade bij voorbaat, contant kan worden gevorderd, en anderzijds het feit dat bij de contantmaking een ‘korting’ wordt toegepast vanwege het feit dat het betreffende bedrag wordt uitgekeerd alvorens de schade daadwerkelijk wordt geleden, lijkt het op zichzelf alleszins redelijk in zo’n geval de wettelijke rente te doen ingaan vanaf de peildatum. Niettemin kleven ook hier haken en ogen aan.

Omdat de wettelijke rente als regel hoger is dan de bij kapitalisering aangehouden rekenrente, is het in deze benadering voor de benadeelde (in de regel) aantrekkelijk als de peildatum zo vlot mogelijk vast ligt<sup>53</sup>. Afhankelijk van de wijze waarop hij de door hem te ontvangen som zou willen aanwenden cq. beleggen en het van deze belegging te verwachten rendement, kan het voor de benadeelde vervolgens aantrekkelijk zijn de discussie over de omvang van de aan hem te betalen schadevergoeding te rekken en te profiteren van de lopende wettelijke rente. Een dergelijke situatie is geenszins denkbeeldig, nu het uitgangspunt bij de vaststelling van de wettelijke rente immers de rente is waartegen de benadeelde bij het uitblijven van betaling elders vervangend geld kan opnemen. Rekening houdend met het promessedisconto van De Nederlandsche Bank, wordt aansluiting gezocht bij de rentevoet die door de handelsbanken voor diverse soorten van bedrijfskredieten aan hun cliënten wordt berekend<sup>54</sup>. Deze rente is vaak hoger dan de rente

52 Zo ook bijvoorbeeld Bloembergen in zijn conclusie voor dit arrest, punt 2.8. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 465.

53 Dit kan ook aantrekkelijk zijn als de verzekeringsdekking van de eigenlijke schadevergoeding gelimiteerd is, maar die van de wettelijke rente niet, zoals in de zaak die heeft geleid tot HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508. Door vroegtijdig te kapitaliseren wordt de eigenlijke schadevergoeding beperkt en gaat de wettelijke rente lopen.

54 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 473.

die de benadeelde door middel van een in zijn geval raadzame spaarvorm kan genereren.

Ik onderschrijf in dit verband de visie van Bouman en Tilanus-van Wassenaer, dat een juiste schadeafwikkeling meebrengt dat wordt uitgegaan van een peildatum die zo dicht mogelijk bij het tijdstip van het rechterlijk vonnis of het totstandkomen van de minnelijke regeling ligt<sup>55</sup>. Voormelde schrijvers poneren dit standpunt met betrekking tot de afwikkeling van personenschade, maar dit geldt mijns inziens voor de afwikkeling van toekomstige schade meer in het algemeen. Uitgaande van een concrete schadeberekening<sup>56</sup>, dient in het geval dat gedurende het debat over de omvang van de te betalen schadevergoeding is uitgegaan van een peildatum die uiteindelijk ver voor het moment van het vonnis of de totstandkoming van de minnelijke regeling is gelegen, er in principe<sup>57</sup> een herberekening plaats dient te vinden waarbij de peildatum voor de op dat moment nog steeds toekomstige schade wordt aangepast en naar voren, naar een later tijdstip wordt geschoven. De inmiddels reeds geleden schade dient met inachtneming van de inmiddels bekend geworden feiten te worden vergoed. In theorie dient hierover wettelijke rente te worden vergoed vanaf het moment dat de schade daadwerkelijk is geleden. In de praktijk pleegt men globaler te werk te gaan<sup>58</sup>.

Zoals door Bouman en Tilanus-van Wassenaer reeds is aangestipt, kan bovenstaande benadering, waarbij de peildatum wordt aangepast aan het moment van schadeafwikkeling, voor de benadeelde nadelig zijn, doordat hij aldus het mogelijke voordeel van het verschil tussen de bij de kapitalisering aangehouden rekenrente en de wettelijke rente misloopt. Ik zie dit evenwel niet als een bezwaar. In dezelfde zin oordeelt

55 Mon. Nieuw BW B-37, nr. 33 onder d, p.70-72. Zie ook H.A. Bouman, De ivoren raadkamer, VR 1998, m.n. p.6, punt 6. Zie verder L.H. Pals, Onrechtmatige doodslag, diss. Groningen, Deventer, 1983, p. 121, R. Ph. Elzas, Handboek Personenschade, p. 3070-7 en Bloembergen, conclusie voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508, punt 2.8.

56 Het feit dat bij de begroting van de toekomstige schade noodzakelijkerwijs bepaalde abstracties worden gehanteerd maakt deze schadeberekening op zichzelf niet abstract.

57 Tegen de achtergrond van het regclende karakter van het schadevergoedingsrecht zijn partijen op zichzelf echter vrij een andere regeling te treffen en de vroegtijdige peildatum te handhaven.

58 Vaak wordt over de totale som van de gedurende een jaar verschuldigde termijnen vanaf 1 juli van dat jaar wettelijke rente berekend.

Bloembergen, die dit mogelijke voordeel aanduidt als 'echt een buitenkansje', dat de benadeelde eigenlijk niet toekomt<sup>59</sup>.

Ik voel dan ook niets voor de door Barendrecht en Hendriks voorgestane oplossing, om bij de latere kapitalisatie weliswaar de nieuwe, inmiddels bekend geworden omstandigheden te verdisconteren, maar als peildatum uit te gaan van 'het moment waarop redelijkerwijs overeenstemming had kunnen worden bereikt over de omvang van de schadevergoeding'. Om discussie te voorkomen zouden zij dit moment willen fixeren op een jaar na het schadetoebrengeende feit. Vanaf dat moment zouden zij de wettelijke rente willen doen gaan lopen, ongeacht het moment waarop de schadeberekening feitelijk plaatsvindt. 'Voorkomen wordt aldus dat de debiteur een belang krijgt om het geschil te rekken, met name als hij een hoger rendement kan verwerven dan de rekenrente gehanteerd bij de kapitalisatie...', aldus Barendrecht en Hendriks<sup>60</sup>. Zoals reeds opgemerkt, gaat terzake van de inmiddels actueel geworden schade de wettelijke rente evenwel gewoon lopen. Terzake van de toekomstige schade lijdt de *benadeelde* door de vertraging van de afwikkeling en het vooruitschuiven van de peildatum geen financieel nadeel, maar mist hij, zoals reeds opgemerkt, hooguit een voordeel. Dit is naar mijn mening echter geen reden om te gaan werken met ficties als door Barendrecht en Hendriks bepleit<sup>61</sup>.

De *aansprakelijke partij*, althans diens verzekeraar, lijdt door het aannemen van een vroegtijdige peildatum oftewel het 'terugplaatsen' van de peildatum wél nadeel. Terwijl hij anders immers slechts wettelijke rente verschuldigd zou zijn over de schade die lopende het minnelijk overleg (of de procedure) daadwerkelijk en periodiek zou worden geleden, is hij in dat geval reeds wettelijke rente verschuldigd over de constante waarde van de gehele toekomstige schade. De prikkel tot spoedige afwikkeling die hiervan kan uitgaan vormt hiervoor mijns inziens echter geen rechtvaardiging<sup>62</sup>. Het schadevergoedingsrecht wordt aldus

59 Conclusie voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508, punt 2.9. Anders W.G. Verkruijsen, *Vertragsrente: de praktische gevolgen van abstracte benadering*, VR 1998, p. 69-71 en F.C. Schirmeister, *Renteschade: advocaat let op uw saeck!*, *Advocatenblad* 1998, p. 29. Vgl. van Schirmeister ook de beschouwing *Naar een statuut van de wettelijke rente*, *Rechtshulp* 1998-4, m.n. p. 15.

60 J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), a.w., p. 312.

61 Zie ook Bloembergen in zijn conclusie voor HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508, punt 2.9.

62 Anders F.C. Schirmeister en W.G. Verkruijsen. Zie de in noot 59 vermelde publicaties.

aangewend voor een ander doel dan waarvoor het bestemd is. De centrale doelstelling hiervan is immers: volledige vergoeding van de werkelijk door de benadeelde geleden schade<sup>63</sup>. Dat het uit praktisch oogpunt geldende systeem van gefixeerde wettelijke rente tot een afwijkend resultaat kan lijden doet aan dit uitgangspunt niet af. Ook voor de wettelijke rente geldt dat dit een vorm van *schadevergoeding* is, geen boete<sup>64</sup>. Nu behoeft het op zichzelf geen bezwaar te zijn dat met het schadevergoedingsrecht een ander doel wordt gediend dat voormeld centrale doel – dit geschiedt wel meer<sup>65</sup> –, maar ik acht dit niet op zijn plaats als dit lijdt tot een resultaat dat indruist tegen het hoofdoel. Dit zal bij het aanhouden van een vroegtijdige peildatum in de praktijk het geval zijn.

#### 2.3.2.4 De ongevalsdatum als peildatum?

In de lijn van het voorgaande, onderschrijf ik ook de visie van Dommering-van Rongen niet, inhoudende dat op het moment dat *begroting* van de toekomstige schade *mogelijk* is deze schade opeisbaar is en de wettelijke rente daarover gaat lopen<sup>66</sup>. Dommering-van Rongen stelt dat deze conclusie kan worden getrokken uit het arrest van de HR van 17 oktober 1997, NJ 1998, 508. Zij doelt dan kennelijk op de hiervóór reeds geciteerde overweging uit dit arrest – dat gekapitaliseerde toekomstige schade geacht moet worden op de bij deze kapitalisering tot uitgangspunt genomen peildatum te zijn geleden – in samenhang met de daarop volgende overweging, dat het niet bij voorbaat uitgesloten is '... dat als peildatum de dag van het ongeval mag worden gekozen, in het bijzonder wanneer terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden.' Deze overwegingen kunnen mijns inziens Dommering-van Rongen's conclusie niet dragen. De Hoge Raad komt tot voormelde overwegingen in het kader van de beantwoording van de vraag op welk moment de respectieve advocaten van het echtpaar Beelen een aanmaning en mededeling in de zin van art. 1286, lid 3 oud-BW hadden kunnen en moeten doen uitgaan ten-

63 Vgl. par. 2.2.2.

64 Vgl. de tekst van art. 6:119 BW alsmede Asser-Hartkamp 4-I, nr. 522 en de daar genoemde rechtspraak.

65 Zie A.R. Bloembergen, *Mon. Nieuw BW* B-34, nr. 2 en 3.

66 L. Dommering-van Rongen, *Aansprakelijkheid van de advocaat: 'a trial within a trial', kansaansprakelijkheid en wettelijke rente bij letselschade*, *NTBR* 1998/3, p. 85.



einde de wettelijke rente te doen ingaan en hoe de renteschade moet worden berekend nu dit niet is geschied. De Hoge Raad 'zoekt' in dit verband naar de vroegst mogelijke datum van waaraf de wettelijke rente over de inkomensschade had kunnen gaan lopen (en had moeten worden aangezegd). In *dit* verband wordt overwogen dat toekomstige schade kan worden gekapitaliseerd en dan geacht moet worden op de hierbij tot uitgangspunt genomen peildatum te zijn geleden alsmede dat het *niet bij voorbaat uitgesloten is* dat als peildatum de dag van het ongeval mag worden gekozen (... etc.). Hiermee is niet gezegd dat de datum, per wanneer de schade *had kunnen worden begroot*, meer in het algemeen heeft te gelden als de datum waarop toekomstige (inkomens)schade opeisbaar en rentedragend *is*, zoals Dommering-van Rongen betoegt.

De vraag is evenwel hoe voormelde overweging van de Hoge Raad betreffende de ongevalsdatum als peildatum dan wel moet worden verstaan. Duidelijk is dat de Hoge Raad voorzichtig is en kennelijk niet beoogt een algemene regel te geven inhoudende dat (voor de ingangsdatum van de wettelijke rente cq. – destijds – de datum waarop deze rente kon worden aangezegd) de ongevalsdatum de peildatum *is*<sup>67</sup>. De Hoge Raad ziet a) op de vergoeding van inkomensschade en b) op de situatie dat terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden (al beperkt hij de werkingssfeer van de door hem gegeven mogelijkheid daartoe niet). In dat geval 'is niet bij voorbaat uitgesloten' dat de ongevalsdatum als peildatum 'mag worden gekozen'. Onduidelijk is in welke gevallen de Hoge Raad deze keuze voor de ongevalsdatum als peildatum op zijn plaats acht. Ook is niet duidelijk wie in dit verband 'mag kiezen'. De Hoge Raad heeft bij de bewuste overweging waarschijnlijk het oog gehad op de rechter. De Hoge Raad leert in het betreffende arrest immers dat voor de vraag

67 F.C. Schirmeister trekt (mijns inziens ten onrechte) verdergaandere conclusies. Zie Advocatenblad 1998, m.n. p. 29. Dit sluit echter aan bij de door hem wenselijk geachte benadering als bepleit in Rechtshulp 1997-4, m.n. p.14-15. Vgl. ook W.C.L. van der Grinten, noot onder HR 12 april 1985, NJ 1985, 625 alsmede C.G. Breedveld-de Voogd, Handboek Personenschade, p. 3120-9 e.v. De visie van laatstgenoemde schrijfster is mij evenwel niet geheel duidelijk. Enerzijds lijkt zij aan te nemen dat de vordering tot vergoeding van toekomstige schade bij betaling van een bedrag ineens onmiddellijk opeisbaar en rentedragend is vanaf het schadegebeuren, terwijl (ook) zij anderzijds lijkt aan te haken bij de peildatum.

wanneer rente had moeten worden aangezegd bepalend is hoe de schade uiteindelijk door de rechter wordt begroot en komt in deze context tot voormelde overweging. Gelet op het feit dat de datum van een gerechtelijke uitspraak over de omvang van de schadevergoeding in de regel niet dichtbij de datum van het ongeval zal liggen<sup>68</sup>, acht ik het arrest op dit punt ongelukkig<sup>69</sup>. De consequentie hiervan is immers dat ook schade die ten tijde van het vonnis reeds daadwerkelijk (periodiek) is geleden wordt herleid tot de ongevalsdatum en vanaf dat moment rentedragend is. Een dergelijke schadeberekening staat ver af van de wijze waarop in de praktijk als regel toekomstige personenschade wordt afgewikkeld<sup>70</sup>, terwijl de benadering van de Hoge Raad tegen de achtergrond van de terzake geldende uitgangspunten – zoals met name het uitgangspunt dat de schade van de benadeelde volledig dient te worden vergoed – naar mijn inzicht geenszins noodzakelijk is of althans gerechtvaardigd wordt; integendeel.

Voor zover er sprake zou zijn van een keuze door partijen in het kader van een minnelijke regeling, geldt – zoals reeds eerder opgemerkt (zie noot 57) – dat het schadevergoedingsrecht in principe regelend van aard is en het partijen vrij staat de peildatum, althans voor het ingaan van de wettelijke rente, te stellen op het moment van het ongeval, maar dit niet voor de hand ligt als het moment van afwikkeling veel later ligt. Dit gebeurt in de praktijk dan in de regel ook niet<sup>71</sup>. De in het algemeen namens of althans aan de kant van de aansprakelijke partij optredende verzekeraar zal hier niet voor voelen.

### 2.3.3 Eenzijdige vaststelling van de peildatum door het slachtoffer?

Resteert de mogelijkheid dat het slachtoffer – of, meer in het algemeen: de benadeelde – eenzijdig de peildatum zou kunnen vaststellen en daarbij voor de ongevalsdatum zou kunnen kiezen. Gelet op het voorgaande, zal het niet verbazen dat ik de gedachte verwerp dat het

68 Een uitzondering geldt voor het kort geding, maar hier zal het steeds gaan om betalingen bij wijze van voorschot, waarbij deze problematiek niet speelt. Vgl. ook art. 6:44 lid 1 BW.

69 Vgl. ook D. Wachter, noot onder HR 17 oktober 1997, A&V 1997/6, m.n. p. 155.

70 Vgl. voor een weergave van de gebruikelijke gang van zaken bij de afwikkeling van personenschade H.A. Bouman en G.M. Tilanus-van Wassenar, Mon. Nieuw BW B-37, nr. 33 onder d.

71 Zie ook D. Wachter, noot onder HR 17 oktober 1997, A&V 1997/6, p. 155.

slachtoffer eenzijdig de rente-ingangsdatum zou kunnen bepalen door aanspraak te maken op de gekapitaliseerde (toekomstige) arbeidsvermogensschade – of andere toekomstige schade – per de ongevalsdatum of hiervoor eenzijdig een andere peildatum in het verleden zou kunnen kiezen. Het slachtoffer heeft geen *recht* op kapitalisering<sup>72</sup>. De rechter kan hiervoor opteren of het slachtoffer en de aansprakelijke partij (cq. veelal diens verzekeraar) kunnen dit – zoals te doen gebruikelijk is – in het kader van een minnelijke regeling tezamen doen. In de lijn hiervan geldt dat de benadeelde, ervan uitgaande dat eenmaal is gekozen voor kapitalisering, evenmin eenzijdig de daarbij tot uitgangspunt te nemen peildatum kan bepalen: ofwel de rechter bepaalt deze, ofwel – buiten rechte – partijen gezamenlijk. De benadeelde heeft naar mijn mening geen *recht* op kapitalisering *per de ongevalsdatum*<sup>73</sup>. Hij kan dit recht, zoals reeds opgemerkt, ook niet eenzijdig creëren. Ik zou hier althans niet voor voelen. Ik verwijs in dit verband ook naar Bloembergen, die deze mogelijkheid ‘onaanvaardbaar’ acht<sup>74</sup>. Hij stelt:

“Zoals gezegd wordt de schade in beginsel geleden op het tijdstip waarop het slachtoffer de inkomsten zou hebben ontvangen. Het kan niet zo zijn dat het slachtoffer eenzijdig, dus buiten de rechter en de wederpartij om, verandering in dit uit de wet voortvloeiende regime zou kunnen aanbrengen door tot kapitalisatie over te gaan. Het slachtoffer kan niet ten eigen bate en ten nadele van de aansprakelijke persoon wet en recht opzij zetten...”

Niet geheel duidelijk is wat het standpunt van de Hoge Raad in deze is. Het besproken arrest van 17 oktober 1997 voert niet noodzakelijk tot de conclusie dat de benadeelde terzake (in het algemeen) een eenzijdig keuzerecht toekomt. De Hoge Raad lijkt deze mogelijkheid evenwel niet uit te sluiten.

72 Zo ook Bloembergen, meergenoemde conclusie, punt 2.9. Vgl. ook Schadevergoeding (A.T. Bolt), art. 105, aant. 3. Anders L.H. Pals, a.w., VR 1987, m.n. p. 281-282 en C.G. Breedveld-de Voogd, Handboek Personenschade, p. 3120-11.

73 Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 369, Schadevergoeding (A.T. Bolt), art. 105, aant. 2 en 3, Asser-Hartkamp 4-I, nr. 421 alsmede Bloembergen, conclusie voor meergenoemd arrest, punt 2.9. Ook de Hoge Raad lijkt dit *in zijn algemeenheid* niet als een recht te zien, gelet op zijn terughoudende formulering.

74 Zie diens meergenoemde conclusie, punt 2.9. Vgl. ook H.A. Bouman, De ivoren raadkamer, VR 1998, m.n. p. 6.

#### 2.3.4 Samenvatting

Ik vat mijn standpunt ten aanzien van in par. 2.3.1 en par. 2.3.2 aan de orde gestelde vragen samen:

- het moment waarop de wettelijke rente terzake van toekomstige schade gaat lopen valt niet noodzakelijk samen met het moment waarop deze schade ontstaat;
- als deze schade wordt vergoed door middel van periodieke termijnen ontstaat telkens op het tijdstip dat een termijn verschuldigd is een opeisbare verbintenis daartoe en gaat (uitgaande van de in art. 6:83 onderdeel b BW bedoelde situaties) vanaf dat moment daarover de wettelijke rente lopen;
- als de toekomstige schade wordt gekapitaliseerd ontstaat vanaf de daarbij tot uitgangspunt genomen peildatum een opeisbare vordering en gaat vanaf die datum de wettelijke rente lopen. De peildatum dient in principe dicht bij het moment van schadevaststelling – in of buiten rechte – te liggen;
- de peildatum, en daarmee het ingangsmoment van de wettelijke rente, kan door de benadeelde niet eenzijdig worden bepaald;
- omdat het moment van schadevaststelling in rechte, maar ook buiten rechte, als regel, althans vaak, ver verwijderd zal liggen van de datum van de gebeurtenis die de aanleiding tot de verplichting tot schadevergoeding vormt, wordt gelijkstelling van de peildatum met de datum van de tot de schade aanleiding gevende gebeurtenis verworpen;
- in het geval van kapitalisering is er sprake van een opeisbare verbintenis tot vergoeding van in de toekomst te lijden schade. Kapitalisering is (slechts) een wijze van begroting, hierdoor ontstaat de schade niet. Het is niet zinvol in deze uit te gaan van de fictie dat de schade alsdan geacht moet worden te zijn ontstaan;
- als (conform art. 6:105 BW) wordt aanvaard dat toekomstige schade bij voorbaat kan worden begroot en kan worden gekapitaliseerd, dient ook te worden aanvaard dat er sprake kan zijn van een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding terzake van schade die nog moet ontstaan (en wel: per de peildatum).

#### 2.3.5 Wettelijke rente en vergoeding van immateriële schade

Terzake van immateriële schade wordt als regel één som toegekend. Deze som kan betrekking hebben op de pijn, de gederfde levensvreug-



de etc. die de benadeelde op dat moment reeds heeft ondervonden, maar ook op hetgeen de benadeelde op dit punt in de toekomst naar verwachting nog zal ondervinden. In die zin lijkt er op het eerste gezicht wellicht geen reden voor een aparte bespreking van deze vorm van schade en zou men op zichzelf geneigd kunnen zijn hierover hetzelfde te oordelen als over geleden en nog te lijden vermogensschade. In zijn arrest van 17 oktober 1997 heeft de Hoge Raad zich evenwel ook uitgelaten over de opeisbaarheid van de vordering tot vergoeding van immateriële schade en terzake voor een enigzins andere benadering gekozen. Ten aanzien van deze schadepost overweegt de Hoge Raad zonder enig voorbehoud dat het terzake toegekende bedrag op de dag van het ongeval opeisbaar is geworden<sup>75</sup>. Naar huidig recht zou derhalve vanaf die dag over dit bedrag de wettelijke rente lopen, ook al wordt de omvang van dit bedrag pas later vastgesteld. Ondanks dat het strikt genomen wellicht niet geheel juist is aan te nemen dat de immateriële schade cq. de vordering tot vergoeding van deze schade in volle omvang ontstaat op het moment van het ongeval – of, meer in het algemeen, de gebeurtenis die aanspraak op vergoeding van deze schade geeft – acht ik deze benadering vanuit praktisch oogpunt alleszins acceptabel. Anders dan terzake van bijvoorbeeld toekomstige arbeidsvermogensschade is ten aanzien van deze schadepost immers minder eenvoudig een splitsing aan te brengen tussen de op het moment dat dit bedrag wordt bepaald reeds geleden en de nog toekomstige schade. Ook kan, anders dan bij arbeidsvermogensschade, ten aanzien van de toekomstige component minder gemakkelijk – of wellicht beter: in het geheel niet – worden gesteld dat het een gekapitaliseerde vergoeding betreft voor schade die in wezen, steeds voor een stukje, in de toekomst daadwerkelijk zal worden geleden. Van enige peildatum, zoals die wordt gehanteerd bij het contant maken van vermogensschade, is dan ook geen sprake. Tegen deze achtergrond heb ik er wat betreft de immateriële schade minder moeite mee de ingangsdatum van de wettelijke rente te fixeren op het tijdstip waarop de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis heeft plaatsgehad<sup>76</sup>.

75 Volledigheidshalve teken ik aan dat, zoals te doen gebruikelijk is, ook in deze zaak terzake van de immateriële schade één som was toegekend. Ik ga in het vervolg van deze gebruikelijke situatie uit.

76 Zie voor een enkele kritische kanttekening bij deze benadering H.A. Bouman, VR 1998, p. 6.

### 3 Het ontstaansmoment van schade en faillissement

#### 3.1 Verificatie in faillissement

##### 3.1.1 Algemeen

Het moment waarop schade, of althans een verbintenis tot schadevergoeding, ontstaat of geacht wordt te ontstaan is van cruciaal belang voor de mogelijkheid een dergelijke vordering te verifiëren en aldus terzake een aanspraak te doen gelden jegens de boedel in het geval de aansprakelijke (rechts)persoon failliet is. Ingevolge art. 24 Fw is de boedel immers in principe niet aansprakelijk voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan<sup>77</sup>. Het feit dat de omvang van een bepaalde schade(post) of mogelijk zelfs het uiteindelijke bestaan daarvan onzeker is, staat aan verificatie niet in de weg, mits maar wordt aangenomen dat terzake reeds ten tijde van de faillietverklaring een schadevergoedingsverbintenis bestaat. Op grond van art. 133 Fw worden dergelijke vorderingen geverifieerd voor hun geschatte waarde ten tijde van de faillietverklaring.

##### 3.1.2 Arbeidsvermogensschade

De vraag rijst wat in dit verband de consequenties zijn van mijn stellingname, dat arbeidsvermogensschade, voor zover deze betrekking heeft op de toekomst, dient te worden beschouwd als een toekomstige schade terzake waarvan eerst een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat als deze schade bij voorbaat wordt begroot. In het (uitzonderlijke) geval dat dit zou resulteren in een verplichting tot het betalen van periodieke termijnen, geldt in geval van faillissement art. 131 Fw: deze vordering wordt geverifieerd voor haar waarde op de dag der faillietverklaring<sup>78</sup>. In het geval dat wordt gekapitaliseerd, ontstaat per de peildatum een terstond opeisbare vordering, die voor het gekapitaliseerde

77 De uitzondering als vermeld in art. 24 Fw zelf is voor ons onderwerp niet relevant. Een terzake relevante uitzondering geeft wel art. 37a Fw. Vgl. ook art. 299 WSNP (wetsvoorstel 22 969).

78 Een veroordeling tot het betalen van termijnen kan ook aan voorwaarden worden verbonden. Zie art. 6:105 lid 1 BW, slot. Ook de mogelijkheid tot wijziging als vermeld in art. 6:105 lid 2 zou men als een voorwaarde kunnen zien. (Ik voel daar overigens minder voor). Zie voor dat geval de artt. 129 en 130 Fw.

bedrag geverifieerd dient te worden. Wat echter indien begroting (bij voorbaat) op de faillissementsdatum nog niet heeft plaatsgehad? Op zichzelf heeft de benadeelde op een dergelijke begroting geen recht<sup>79</sup>. Kan de curator zich dan op het standpunt stellen te maken te hebben met een toekomstige vordering en deze vordering om die reden niet te erkennen cq. moet hij dit ten behoeve van de belangen van de overige schuldeisers zelfs doen? Een positieve beantwoording van deze vra(a)g(en) zou het slachtoffer zeer (kunnen) duperen.

### 3.1.3 Verzekerde schade

Als de failliet voor de betreffende schade verzekerd is bestaat er mijns inziens in elk geval geen materieel bezwaar tegen verificatie van een dergelijke schadevergoedingsvordering.

Overigens dringt de behoefte aan de mogelijkheid tot verhaal van een vordering terzake van toekomstige schade via de boedel minder in het geval dat de benadeelde (ook) een rechtstreekse aanspraak jegens de verzekeraar van de failliet kan doen gelden, zoals dat op grond van art. 6, lid 1 WAM en – minder belangrijk – art. 12b Jachtwet het geval is. Vanwege de voor zijn rekening te nemen bijdrage in de faillissementskosten wordt de benadeelde hier in zo'n geval alleen maar 'slechter' van. De wetgever heeft in zijn algemeenheid echter uitdrukkelijk afgezien van de mogelijkheid om de benadeelde een rechtstreekse vordering jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar toe te kennen en heeft welbewust gekozen voor het systeem van art. 3:287 BW<sup>80</sup>. Ingevolge art. 3:287, lid 1 BW heeft de benadeelde wat betreft zijn vordering tot schadevergoeding een recht van voorrang op de vordering die de aansprakelijke partij vanwege diens verplichting tot vergoeding van benadeelde's schade jegens zijn verzekeraar heeft. Dit voorrecht gaat boven eventuele rechten van derden (art. 3:287, lid 2 BW).

Erkenning van de vordering van de benadeelde dupeert in het geval de aansprakelijke failliet terzake aanspraak kan maken op een verzekeringsuitkering diens overige schuldeisers niet. De verzekeringsuitkering vormt geen actief waarop zij zich anders zouden kunnen verhalen, nu deze uitkering immers zonder erkenning van benadeelde's vordering

79 Zie art. 6:105 lid 1 BW. Vgl. evenwel ook art. 6 EVRM ('redelijke termijn'), waarover J. Spier, Mon. Nieuw BW B-36, nr 45.

80 Zie Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 877.

in het geheel niet in de boedel zou zijn gekomen. Doordat de benadeelde moet medelen in de omslag van de faillissementskosten levert erkenning van zijn vordering de overige schuldeisers zelfs voordeel op (ten koste van de benadeelde).

Er bestaat derhalve vanuit de optiek van de bij de afwikkeling van een faillissement te behartigen belangen voor de curator geen reden in een geval als hier geschetst erkenning van een vordering tot schadevergoeding af te wijzen vanwege het enkele feit dat het hier een toekomstige schade betreft. Vergelijk in dit verband het arrest van de Hoge Raad inzake De Ontvanger/curator Hamm<sup>81</sup>. In de lijn van zijn eerdere jurisprudentie, overweegt de Hoge Raad dat de curator bij zijn handelen rekening behoort te houden met alle gerechtvaardigde belangen. Volgens komt hij (o.a.) met een beroep op 'de redelijkheid' en de maatschappelijke betamelijkheid tot een uitspraak waarvan kan worden betwijfeld of deze strikt genomen aansluit bij het wettelijk systeem.<sup>82</sup> Een zelfde benadering zou de curator 'rugdekking' kunnen bieden om in de door mij aan de orde gestelde situatie tot verificatie over te gaan<sup>83</sup>. Het arrest De Ontvange/curator Hamm zou misschien zelfs een aanknopingspunt kunnen bieden voor de stelling dat de curator de verzekeringspenningen buiten de boedel om aan de gelaedeerde moet doen toekomen. Het gaat de context van dit preadvies te buiten deze stoutmoedige gedachte nader uit te werken. Ik laat het derhalve bij het oplaten van dit 'ballonnetje', zij het met de kanttekening dat ik dit, gelet op het systeem van de Fw, te ver vind gaan, maar dat geldt wat mij betreft ook voor de uitkomst van voormeld arrest. Overigens schijnt het in de praktijk regelmatig voor te komen dat een schadeclaim in geval van faillissement van degene die aansprakelijk is buiten de

81 HR 5 september 1997, NJ 1998, 437.

82 In grote lijnen weergegeven oordeelt de Hoge Raad in dit arrest immers dat de curator een onverschuldigde betaling aan de gefailliceerde na diens faillietverklaring ten spoedigste ten volle ongedaan dient te maken en slechts de redelijke kosten in mindering mag brengen die hierdoor zijn ontstaan.

83 Overigens kan de vraag worden opgeworpen of de redelijkheid *sec* in dit verband betekenis toekomt. Zie ook de noot van N.E.D. Faber onder het arrest in JOR 1997, 102, p. 810. Mijns inziens zou de redenering dienen te zijn dat onverkorte toepassing van de regeling van de verificatie van vorderingen in het geschetste geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

boedel om, rechtstreeks tussen de benadeelde en de verzekeraar wordt afgewikkeld<sup>84</sup>.

De curator dient mijns inziens in het geval een vordering wordt ingediend terzake van toekomstige, door verzekering gedekte schade, als hij de *omvang* van de vordering zoals die wordt ingediend niet aanstonds wenst te erkennen, deze op de lijst van betwiste schuldvorderingen te plaatsen, zodat deze in een renvooiprocedure (nader) kan worden begroot. De vraag is welk moment bij deze begroting als peildatum dient te worden aangehouden. Ingevolge het in faillissement geldende fixatiebeginsel zou de peildatum niet ná de datum van faillietverklaring dienen te liggen. Dit beginsel houdt immers in dat de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen moet worden beoordeeld naar het moment van faillietverklaring. Als gevolg hiervan kunnen slechts diegenen in het faillissement opkomen die reeds schuldeiser zijn ten tijde van de faillietverklaring, en wel voor het bedrag dat zij op dat moment te vorderen hebben. Dit zou, gelet op hetgeen ik in par. 2.3.2.3. heb betoogd betreffende de peildatum, meebrengen dat deze gelijk zou dienen te zijn aan de datum van faillietverklaring (en niet op een (ruim) daaraan voorafgaand tijdstip dient te worden gesteld). Men kan zich echter afvragen of dit de meest wenselijke benadering is. Zou het, gelet op het uitgangspunt dat letselschade zo concreet mogelijk dient te worden begroot, niet meer in de lijn liggen ook in geval van faillissement de peildatum zo dicht mogelijk te laten aansluiten bij de datum van het vonnis (in de renvooiprocedure)? Ik meen van wel. Indien de verificatie van ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstige (door verzekering gedekte) schade mogelijk wordt geacht – zoals ik bepleit – en aldus reeds wordt afgeweken van het verificatiebeginsel, geef ik er de voorkeur aan vervolgens voor de omvang waarin deze vordering bij de verdeling van de boedel ‘mee mag doen’ zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de feitelijke schade zoals die ten tijde van de vaststelling van de omvang van de vordering bekend is. Dit betekent dat de vordering wat betreft de ten tijde van het vonnis in de renvooiprocedure inmiddels daadwerkelijk geleden schade wordt erkend met inachtneming van de

84 Vgl. K.W. Brevet en C.W.M. Lieverse, Verzekering en faillissement: de positie van de benadeelde en de verzekeraar als de schadeveroorzaker failliet gaat, advies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap, Zwolle, 1996, m.n. p. 13-14 en p. 28-29.

inmiddels bekend geworden feiten en omstandigheden. De *wettelijke rente* vormt overigens geen argument voor het al dan niet verschuiven van de peildatum van de dag der faillietverklaring naar een later tijdstip omdat op grond van art. 128 Fw rente die vervalt na de faillietverklaring niet wordt geverifieerd.

We dienen ons evenwel te realiseren dat de hierboven weergegeven (pragmatische) redenering de benadeelde geen soulaas biedt bij een negatieve boedel, terwijl hij ook bij een positieve boedel veelal slechts een gedeelte van zijn vordering krijgt uitgekeerd<sup>85</sup>. Verder zal de erkenning van een vordering tot schadevergoeding niet steeds worden ‘gecompenseerd’ door een daar tegenover staande verzekeringsuitkering, terwijl bovendien de frictie met art. 24 Fw overeind blijft. Een structurele bezinning op de problematiek van arbeidsvermogensschade, maar ook andere vormen van toekomstige schade, in geval van faillissement van de aansprakelijke persoon, acht ik derhalve wenselijk. Alvorens een suggestie te doen voor een mogelijke oplossing van deze kwestie, ga ik eerst in op het arrest van de HR van 31 oktober 1997, NJ 1998, 258, teneinde nog een ander probleem te adstrueren dat op dit terrein speelt of althans in de nabije toekomst zal gaan spelen.

### 3.2 HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 258

Deze zaak betreft het verzoek van werknemer Andeweg tot heropening van de vereffening van het vermogen van zijn gefailleerde werkgever, kortweg aangeduid als ‘RDM’<sup>86</sup>. Andeweg is gedurende lange tijd in dienst geweest bij RDM en is in het kader van zijn werkzaamheden in aanraking geweest met asbest houdende materialen, als gevolg waarvan zich begin 1996 bij hem mesotheliom heeft geopenbaard. Zijns inziens is RDM in dit verband aansprakelijk op grond van art. 7A:1638x oud-BW (thans: art. 7:658 BW). RDM is in april 1983 failliet verklaard. In 1985 heeft de verificatievergadering plaatsgevonden en eind 1990 is de slotuitdelingslijst verbindend geworden. RDM is door de insolventie ontbonden en haar vermogen is reeds overeenkom-

85 Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann, noot onder Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 juli 1997, JOR 1997, 88.

86 Op 31 oktober 1997 heeft de Hoge Raad onder rekestnummer 8983 een gelijk-luidende uitspraak gedaan jegens een werknemer (A. Bloem) die asbestose had opgelopen. Deze uitspraak is niet in de NJ gepubliceerd, wel in JOR 1997, 145.

stig de artt. 173 e.v. Fw vereffend op het moment dat de ziekte zich bij Andeweg openbaart. Hij heeft derhalve geen vordering ter verificatie ingediend cq. in kunnen dienen. Vanwege het feit dat RDM tegen aansprakelijkheid op grond van art. 7A:1638x oud-BW verzekerd is, heeft Andeweg de rechter verzocht de vereffening te heropenen op grond van art. 2:23c BW<sup>87</sup>, stellende dat er deswege sprake was van een (potentiële) bate als in dit artikel bedoeld. De Hoge Raad honoreert het verzoek van Andeweg en gelast de heropening van de vereffening. Aldus krijgt Andeweg alsnog de mogelijkheid zich te verhalen op de boedel van zijn voormalige werkgever, en wel met voorrang. Het is evenwel de vraag of deze weg voor werknemers in de toekomst ook open zal staan. In het zogenaamde AVB 96-polismodel<sup>88</sup>, zoals dat eind november 1995 bij wijze van advies door de Afdeling Algemene Aansprakelijkheid van het Verbond van Verzekeraars is gepresenteerd, wordt immers uitgegaan van een claims made-systeem (in tegenstelling tot het gangbare loss occurrence-systeem<sup>89</sup>)<sup>90</sup>. Inmiddels worden, in navolging van het AVB 96-polismodel, door diverse individuele verzekeraars AVB-polissen aangeboden die uitgaan van een claims made-systeem. In beginsel eindigt bij een dergelijke verzekering, met de beëindiging van de verzekering, de dekking en is het niet mogelijk nadien nog aanspraken jegens de verzekeraar in te stellen, ook niet terzake van schade die gedurende de looptijd is ontstaan of althans veroorzaakt. Deze strikte uitsluiting van het uitlooprisico wordt in het polismodel AVB 96 weliswaar gemitigeerd door enerzijds een 'namelings-' en anderzijds een 'omstandighedenclausule', maar het is maar zeer de vraag in hoeverre deze clausules de verzekerde cq. het slachtoffer in een situatie als aan de orde in het arrest Andeweg/RDM enig zicht op een uitkering bieden.

87 Heropening op grond van art. 194 Fw zou geen soulaas bieden omdat vereffening en verdeling van een nagekomen bate in dat geval op basis van de vroegere uitdelingslijsten zou dienen plaats te vinden, waarop Andeweg niet voorkwam.

88 'AVB' staat voor Aansprakelijkheidspolis voor Beroepen en Bedrijven.

89 In dit systeem is het moment van ontstaan van de schade beslissend: dit moet binnen de looptijd van de polis liggen. Zie hierover J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Zwolle, 1994.

90 De clou van een claims made-verzekering is dat de claim (aanspraak) tijdens de looptijd van de verzekering door de verzekerde en/of de verzekeraar moet zijn ontvangen. Zie nader J.H. Wansink, a.w., p. 98-99 en 110-112 alsmede J. Spier en O.A. Haazen, *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag*, Deventer 1996. Vgl. ook de diverse bijdragen over het polismodel AVB 96 in A&V 1996/6.

Voor de mogelijkheid tot namelding dient (door de verzekerde) immers (apart) premie te worden betaald, hetgeen in geval van faillissement niet zal geschieden. Bij een omstandighedenclausule gaat het er – kortweg weergegeven – om dat dekking wordt verleend terzake van schade die voortvloeit uit (aan de verzekerde toe te rekenen) feiten waarvan de verzekerde de verzekeraar gedurende de looptijd van de verzekering reeds in kennis heeft gesteld, en waarvan in redelijkheid kan worden aangenomen dat deze tot een aanspraak jegens de verzekerde zullen leiden. Met name de vereiste mate van waarschijnlijkheid dat er na afloop van de dekkingsperiode een aanspraak tot schadevergoeding jegens de verzekerde zal worden ingediend bergt de nodige onduidelijkheid in zich<sup>91</sup>. Naar verwachting zal in dit verband onvoldoende zijn dat een bedrijf gedurende de looptijd aan de verzekeraar meldt dat haar werknemers in hun werkzaamheden met asbest in aanraking zijn gekomen zonder dat tegen de daaraan verbonden gevaren de benodigde bescherming werd geboden en er deswege in de toekomst claims zijn te verwachten.

Kortom: er bestaat een gerede kans dat werknemers in een vergelijkbare positie als Andeweg in de nabije toekomst geen gebruik kunnen maken van de door de Hoge Raad voor Andeweg opengestelde weg (een deel van) zijn schade alsnog op zijn voormalige werkgever te verhalen, terwijl zij in het huidige systeem de mogelijkheid missen hun vordering (voordien) te laten verifiëren en evenmin een rechtstreekse aanspraak jegens de verzekeraar kunnen doen gelden.

### 3.3 Mogelijke oplossingen?

Bij mijn zoektocht naar mogelijke oplossingen voor de in par. 3.1.2 en par. 3.2 geschetste verificatieproblemen, zijn diverse gedachten opgekomen. De belangrijkste worden hierna besproken. Ik ga hierbij uit van de positie van een werknemer, zoals Andeweg, maar de in par. 3.3.1 en par. 3.3.3 weergegeven gedachten gelden (analoog) ten aanzien van andere benadeelden met ten tijde van de faillietverklaring toekomstige arbeidsvermogensschade<sup>92</sup>:

91 Hierover uitgebreid J. Spier en O.A. Haazen, a.w., p. 81 e.v.

92 Vgl. meer in het algemeen voor een aantal mogelijkheden om de benadeelde in geval van door een aansprakelijkheidsverzekering gedekte schade buiten de boedel om te voldoen K.W. Brevet en C.W.M. Lieverse, a.w., m.n. p. 14 e.v. De daar besproken mogelijkheden bieden evenwel geen oplossing voor de door mij aangestipte kwesties.

- invoering van een rechtstreekse aanspraak van de werknemer jegens de AVB-verzekeraar van zijn werkgever;
- invoering van een first party verzekering of althans een directe verzekering ten behoeve van werknemers, of
- uitbreiding van de mogelijkheid tot verificatie van vorderingen door erkenning van een vordering tot vergoeding van ‘kansschade’ als een bestaande vordering.

### 3.3.1 Rechtstreekse aanspraak

Zoals hiervoor reeds is aangestipt, heeft de wetgever in het kader van de totstandkoming van het huidige BW welbewust van deze mogelijkheid afgezien en gopteerd voor het in art. 3:287 BW neergelegde systeem. In dit kader heeft een rol gespeeld dat, buiten de WAM (en art. 12a Jachtwet alsmede art. 10a van het Verdrag van Parijs inzake de aansprakelijkheid voor kernenergie), het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering niet verplicht is. In de Toelichting Meijers wordt opgemerkt dat een eigen recht jegens de verzekeraar in een regeling van verplichte verzekering moge passen, maar als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen te ver gaat<sup>93</sup>. Dit betekent dat er wat betreft de aansprakelijkheidsverzekering tegen bedrijfsongevallen en beroepsziekten op termijn wellicht een opening ontstaat, nu, naar ik heb begrepen, op dit terrein de invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor de werkgever wordt overwogen, althans het voornemen bestaat terzake het advies van de SER te vragen<sup>94</sup>. We dienen ons evenwel te realiseren dat alsdan weliswaar het hierboven geschetste verificatieprobleem wordt omzeild, maar de belemmeringen die voor de werknemer ontstaan vanwege de overgang naar claims made-polissen op zichzelf gehandhaafd blijven. Zo de aansprakelijkheidsverzekering immers al niet door de verzekeraar is of wordt beëindigd vanwege het niet betalen van de verschuldigde premie respectievelijk het faillissement, zal dat veelal tegen de vroegst mogelijke datum door de curator geschieden. Of de werknemer desondanks een beroep kan doen op de verzekeraar vanwege schade die zich eerst na de

93 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 877. Zie ook S.C.J.J. Kortmann, noot onder Pres. Rechtbank 's-Gravenhage, JOR 1997, 88.

94 Zie Kamerstukken II, 1996-1997, 25 000 XV, nr. 58, m.n. p. 4 en 1997-1998, 25 426, nr. 2, p. 13.

beëindigingsdatum heeft geopenbaard, zal wederom in het bijzonder afhangen van de in de polis vermelde omstandighedenclausule en de uitleg die daaraan wordt gegeven. Zoals echter hiervoor al is aangegeven zal deze clausule juist voor ten tijde van de beëindiging van de verzekering nog onbekende schades naar verwachting in de regel geen oplossing bieden.

Een alternatief voor de invoering van een algemeen geldende rechtstreekse aanspraak van de werknemer jegens de verzekeraar van zijn werkgever, zou kunnen zijn de invoering van een op de leest van art. 7:420, lid 1 BW geschoeide bepaling in het BW: de werknemer zou dan alleen in geval van faillissement van de werkgever een rechtstreekse aanspraak jegens de verzekeraar verkrijgen. De keerzijde, dat de verzekeraar in zo'n geval de rechten uit de verzekeringsovereenkomst rechtstreeks jegens de werknemer kan doen gelden en hem dus rechtstreeks tot betaling van de premie kan doen aanspreken (vgl. art. 7:42, lid 1 BW), lijkt echter minder wenselijk. Dit alternatief valt derhalve reeds om die reden af.

### 3.3.2 First party verzekering; directe verzekering

Gedacht zou kunnen worden aan een ‘zuivere’ first party verzekering, waarbij de werknemer zichzelf verzekerd tegen (arbeidsvermogens)schade ten gevolge van een gebeurtenis als bedoeld in art. 7:658, lid 2 BW, maar de werkgever verplicht zou zijn de te betalen premies aan de werknemer te vergoeden. Vergelijk in dit verband art. 7:658a, lid 2 BW van het wetsvoorstel Verkeersongevallen<sup>95</sup>.

Het probleem blijft echter dat bij betalingsproblemen respectievelijk een faillissement aan de kant van de werkgever de verzekering als regel zal eindigen, tenzij, in het geval van een directe verzekering, de werknemer

95 Zie wetsvoorstel 25 759, art. 7:658a lid 2 BW. Aldaar geldt het afsluiten van een verzekering ten behoeve van de werknemer of het terbeschikkingstellen van een vergoeding aan de werknemer om dit zelf te doen als een disculperende omstandigheid. De werkgever is in dat geval ontheven van zijn aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 lid 1 BW.

de premiebetalingen voor eigen rekening voortzet of hij aansluitend in dienst treedt bij een andere werkgever die de verzekering voortzet<sup>96</sup>.

### 3.3.3 Verificatie van een vordering betreffende kansschade

Een oplossing zou gevonden kunnen worden door (ook) in geval van faillissement 'kansschade' als een actuele vorm van vermogensschade te erkennen. Deze schade – in casu: de kans op arbeidsvermogensschade – ontstaat terstond ten tijde van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis. Art. 24 Fw staat aan verificatie van deze schade derhalve niet in de weg. Mede vanwege de mij toegemeten ruimte voert het te ver op deze plaats op alle daaraan verbonden 'ins' en 'outs' in te gaan<sup>97</sup>. Ik volsta derhalve met enkele opmerkingen. Vooraf teken ik aan dat (ook) deze benadering op zichzelf slechts het verificatieprobleem oplost en niet de beperking van de verzekeringsdekking die door de overgang naar claims made-polissen ontstaat, met als gevolg dat de benadeelde mogelijk slechts een concurrente vordering heeft en voor zijn verhaal is aangewezen op het daarvoor (al dan niet) beschikbare overige actief. Niettemin zal de erkenning van aansprakelijkheid voor kansschade meebrengen dat er eerder een aanspraak jegens de verzekeraar kan worden ingesteld en er dekking onder de (nog) lopende polis zal bestaan. De repercussies die dit van verzekeraarszijde ongetwijfeld zal oproepen laat ik hier verder rusten.

### 3.4 Erkenning van kansschade vanwege het faillissement?

Mijns inziens verdient het meer in het algemeen aanbeveling om in die gevallen waarin de begroting van de definitieve schade op problemen stuit, toepassing van het leerstuk van 'la perte d'une chance' te overwe-

96 Meer in het algemeen verdient in het kader van de van diverse zijden geopperde directe verzekering als oplossing voor de problemen op het gebied van de aansprakelijkheid voor met name beroepsziekten de ontwikkeling naar claims made-systemen in verband met long tail-schade nadere aandacht. Zie voor een gemotiveerd pleidooi voor een directe verzekering M. Faure en T. Hartlief, Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER, NJB 1998, p. 1135 e.v.

97 Ik verwijs hiervoor in het bijzonder naar de dissertatie van A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, Deventer, 1997, m.n. hoofdstuk 3.

gen<sup>98</sup>. Denkbaar is niettemin deze leer alleen op specifieke deelterreinen cq. in specifieke gevallen te aanvaarden. Een vraag die in dit verband opkomt, is of het bezwaarlijk zou zijn om, teneinde een oplossing te bewerkstelligen voor de hiervóór geschetste problemen in geval van faillissement, dit leerstuk voor vorderingen tot vergoeding van arbeidsvermogensschade *daar* te aanvaarden, maar daarbuiten (eventueel) niet. Een bezwaar dat hiertegen aangevoerd zou kunnen worden, is dat het slachtoffer aldus *door* het faillissement van de aansprakelijke partij een vordering krijgt, die hij anders niet zou hebben gehad. Dit bezwaar acht ik echter niet van doorslaggevend belang. Allereerst wordt in de Faillissementswet zelf in diverse gevallen de mogelijkheid geschapen vorderingen te verifiëren terzake waarvan de debiteur buiten faillissement (nog) niet zou kunnen worden aangesproken (vgl. de artt. 130 en 131 Fw)<sup>99</sup>. Een dergelijke 'actualisering' van de vordering vertaalt zich in een (mogelijke) 'korting' ten opzichte van de uiteindelijke, definitieve waarde. Hetzelfde geschiedt bij het 'herleiden' van een onzekere toekomstige schade tot een actuele kansschade. De kansschade vormt altijd een breukdeel van de definitieve schade.

Ik wijs in dit verband verder op de door met name Van Galen en Boekraad in meer algemene context bepleite uitbreiding van de categorie verifieerbare vorderingen<sup>100</sup>. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van vorderingen die weliswaar na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar waarvan de materiële verschuldigdheid in overwegende mate is bepaald door de rechtsverhouding die vóór de faillietverklaring reeds

98 Vgl. in dit kader bijvoorbeeld de zaak die heeft geleid tot HR 15 mei 1998, RvdW 1998, 110C, met noot van schrijver dezes verschenen in A&V 1998/4. Zie ook par. 3.5.

99 Vgl. ook R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement, WPNR 6225-6226 (1996), p. 393-397 en 413-417. Van Galen neemt aan dat het ontstaansmoment van een vordering wordt ingekleurd door de juridische context waarin deze vraag speelt. Tegen deze achtergrond neemt hij aan dat een vordering in geval van faillissement van de schuldenaar eerder ontstaat (en derhalve verifieerbaar is) dan bijvoorbeeld in het kader van de vraag of deze vordering reeds cedeerbaar is. Ik onderschrijf deze kaleidoscopische benadering niet.

100 Zie R.J. van Galen, a.w. alsmede G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, diss. Nijmegen, Deventer, 1997, hoofdstuk 1.



bestond, zoals het geval is in de door mij besproken situaties<sup>101</sup>. Zelfs wordt wel de verifieerbaarheid bepleit van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van een door de gefailleerde *na* diens faillissement gepleegde onrechtmatige daad<sup>102</sup>. Zowel Van Galen als Boekraad bepleiten dat voor de mogelijkheid een vordering in faillissement te verifiëren soepelere criteria dienen te worden aangehouden dan bijvoorbeeld worden aangelegd voor de mogelijkheid een vordering te bezwaren of verrekenen<sup>103</sup>.

### 3.5 *Erkenning van kansschade in faillissement alleen terzake van arbeidsvermogensschade?*

Ik ben hiervóór uitgegaan van arbeidsvermogensschade, maar zou ook, of zelfs juist, in geval van faillissement, de mogelijkheid tot erkenning van kansschade als actuele pendant van de toekomstige, definitieve schade ten aanzien van andersoortige schade niet willen uitsluiten. De uitsluiting van verificatie betekent immers vaak dat de betreffende schuldeiser (in elk geval) geen verhaalsmogelijkheden meer zal hebben voor zijn toekomstige schade, ook niet als deze zich inmiddels daadwerkelijk heeft doen gevoelen. In het geval de failliete schadeveroorzaker een natuurlijke persoon is, betekent het kwalificeren van een schuld als niet-verifieerbaar in theorie 'slechts' dat de verhaalsmogelijkheden van de gedupeerde tijdelijk zijn beperkt. Na beëindiging van het faillissement kan de gedupeerde op zichzelf weer verhaal nemen op alle vermogensbestanddelen van de voormalige failliet, maar dit zal

101 Zie R.J. van Galen, a.w., m.n. p. 415-416 alsmede G.A.J. Boekraad, a.w., m.n. p. 29-30. Overigens hadden beide schrijvers kennelijk andere situaties voor ogen dan door mij besproken, maar hun gedachtegang kan ook daarin worden toegepast. Verder geldt dat de weg waarlangs voormelde schrijvers tot een uitbreiding van de verifieerbare vorderingen komen zowel van de door mij gevolgde weg als onderling verschilt.

102 Zie G.A.J. Boekraad, a.w., m.n. p. 28-29.

103 Overigens zou het in de lijn van de redenering van Boekraad in het geheel niet nodig zijn om te werken met een vordering die reeds ten tijde van het faillissement bestaat (zoals een vordering terzake van kansschade). Hij bepleit (uitbreiding van) de verificatie van *toekomstige* vorderingen (op zichzelf). Ik meen evenwel met F.M.J. Verstijlen (Tvl 1996/2, p. 38) alsmede S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Tvl 1996/5, p. 132) dat deze benadering niet aansluit bij de Fw en haar parlementaire geschiedenis en geef derhalve de voorkeur aan de benadering via de 'kansschade'.

vaak weinig soulaas bieden<sup>104</sup>. Het buitensluiten van een vordering in het faillissement van een rechtspersoon betekent als regel dat de schuldeiser definitief zijn verhaalsmogelijkheden jegens deze schuldenaar verliest. Veelal zal de rechtspersoon immers worden ontbonden – doordat òfwel het faillissement bij gebrek aan baten wordt opgeheven, òfwel de staat van insolventie intreedt (zie art. 2:19, lid 1 onderdeel c BW) – en vervolgens ophouden te bestaan (zie art. 2:19 leden 4 en 6 BW)<sup>105</sup>.

Gelet op de kennelijk positieve ervaringen in diverse andere landen, waar men met het leerstuk van *la perte d'une chance* veel vertrouwder is dan bij ons, is de onder Nederlandse juristen nog al eens te proeven vrees, dat dit tot een stortvlloed aan vage vorderingen zal leiden, naar verwachting ongegrond<sup>106</sup>. Zo wordt bijvoorbeeld in diverse landen schadevergoeding toegekend voor het verlies van de aan een geldlening verbonden zekerheid, zonder dat de onverhaalbaarheid van de geldlening zich reeds gerealiseerd heeft<sup>107</sup>. Niettemin teken ik aan dat de gevallen waarin schade kan optreden zo divers en daardoor onoverzienbaar zijn, dat ik het niet aandurf te stellen dat een vordering tot vergoeding van kansschade in zijn algemeenheid in faillissement als een verifieerbare vordering moet worden erkend. Van geval tot geval zal beoordeeld dienen te worden of er in concreto systematische of andersoortige bezwaren tegen erkenning van een vordering terzake van kansschade bestaan. Uitgesloten acht ik bijvoorbeeld een vordering tot vergoeding van de 'schade' die de borg lijdt vanwege het risico dat hij door de schuldeiser van de failliete schuldenaar zal worden aangesproken, in een geval dat voorwaardelijke toelating van zijn (definitieve) vordering op grond van art. 136, lid 2 Fw (jo. art. 7:850, lid 3 BW) is uitgesloten omdat de schuldeiser terzake van de vordering waarvoor de borgtocht tot zekerheid strekt zelf in het faillissement opkomt. De ratio van art. 136 Fw verzet zich daartegen<sup>108</sup>.

104 Vgl. ook art. 358 jo. art. 299 WSNP (wetsvoorstel 22 969).

105 Vgl. ook G.A.J. Boekraad, a.w., p. 12.

106 Zie het uitgebreide rechtsvergelijkend overzicht van A.J. Akkermans, a.w., par. 3.3.

107 Zie A.J. Akkermans, a.w., p. 221.

108 Hetzelfde geldt voor de voorwaardelijke regresvordering tussen hoofdelijk medeschuldenaren terzake van een aanspraak waarvoor de schuldeiser zelf in het faillissement van de hoofdelijke medeschuldenaar opkomt.

### 3.6 Begrenzing

Niettemin bestaat, in het bijzonder in geval in faillissement, waar immers in principe een niet toereikend vermogen onder de schuldeisers verdeeld dient te worden, behoefte aan begrenzing van de uit hoofde van kansschade te erkennen vorderingen. Vooropgesteld zij, dat ik het leerstuk van de kansschade beschouw als een hulpmiddel, toe te passen als de vergoeding (bij voorbaat) van de definitieve schade tot problemen lijdt.

Ik zou wat betreft de erkenning van een vordering tot vergoeding van kansschade niet de eis willen stellen dat er al 'een begin van schade' moet zijn, in die zin dat bijvoorbeeld alleen degene die al daadwerkelijk letsel heeft geleden een vordering toekomt terzake van de kans op arbeidsvermogensschade die hij hierdoor in de toekomst zal lijden. Ik zou deze mogelijkheid ook open willen houden voor bijvoorbeeld de werknemer die is blootgesteld aan asbest en terzake zijn werkgever rechtens een verwijt kan maken, maar bij wie zich nog geen letsel heeft geopenbaard. Wel moet er sprake zijn van een dusdanige mate van waarschijnlijkheid dat hij daadwerkelijk letsel en daardoor schade zal oplopen, dat het reëel is aan deze kans een economische waarde toe te kennen. Aan in wezen theoretische kansen dient geen waarde te worden toegekend. Een vaste, meer in het algemeen geldende maatstaf – cq. een minimumpercentage – is mijns inziens in dit verband niet te geven. Evenals dat bij het al dan niet meewegen van bepaalde kansen in het kader van art. 6:105 BW geschiedt, zal dit (door de rechter) van geval tot geval aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden beoordeeld dienen te worden. Ten behoeve van degenen die geneigd zijn het leerstuk der kansschade vanwege bovenstaande 'vaagheid' van de hand te wijzen, wijs ik erop dat de rechter in het schadevergoedingsrecht in zijn algemeenheid een grote mate van vrijheid toekomt: het bewijsrecht speelt geen rol van betekenis en er gelden slechts beperkte motiveringseisen ten aanzien van het rechterlijk oordeel. Last but not least geldt dat ook in de landen waar kansschade in ruime(re) mate wordt erkend als regel geen vaste kanspercentages worden geëist, althans de rechtspraak geen kanspercentage pleegt te vermelden, maar als richtsnoer wordt gewerkt vanuit vergelijkbare 'vage' criteria, zonder dat dit kennelijk tot noemenswaardige problemen lijdt<sup>109</sup>.

109 Vgl. A.J. Akkermans, a.w., par.3.6.

### 3.7 Heroverweging van het gekozen uitgangspunt

De problemen waartoe het door mij gehanteerde uitgangspunt – dat toekomstige arbeidsvermogensschade in haar definitieve vorm niet reeds ten tijde van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis ontstaat, maar nadien – in geval van faillissement leidt, roept de vraag op of het deswege niet raadzamer is te opteren voor een standpunt à la Hartkamp of Van Opstall (zoals in par. 2.3.2.1 weergegeven). In elk geval bij Van Opstall is het vermijden van verificatieproblemen in geval van faillissement kennelijk een belangrijke beweegreden voor het door hem verkozen standpunt. Ik voel er evenwel niet voor om enkel om opportunititsredenen en naar mijn gevoelen in weerwil van de werkelijkheid aan te nemen dat toekomstige arbeidsvermogensschade reeds ontstaat ten tijde van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis. Dit is, gelet op het moment waarop dergelijke schade zich in het vermogen van de benadeelde doet gevoelen, mijns inziens een fictie cq. een constructie. Mede vanwege het feit dat onverkorte doorvoering hiervan weer op andere terreinen tot problemen leidt – vergelijk immers de door zowel Hartkamp als Van Opstall verdedigde afwijking ten aanzien van (bijvoorbeeld) het ingangsmoment van de wettelijke rente –, zie ik niet in dat dit een verkieslijker benadering zou zijn.

## 4 Samenvatting

Ik geef ten behoeve van de discussie ter vergadering kort de belangrijkste standpunten die ik hiervoor heb ingenomen weer.

- Het ontstaan van schade is in diverse opzichten van belang. Niettemin wordt het belang hiervan soms ook overtrokken en wordt in de lijn hiervan op gekunstelde wijze aangenomen dat schade reeds is ontstaan. Dit geschiedt bijvoorbeeld met het oog op de toekenning van wettelijke rente alsmede de mogelijkheid tot verificatie in het geval de aansprakelijke (rechts)persoon failliet is.
- Voor de aanspraak op wettelijke rente is vereist dat er sprake is van een *opeisbare* verbintenis tot betaling van een geldsom, die niet wordt voldaan. In zijn algemeenheid geldt dat er pas sprake kan zijn van een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding als er schade is ontstaan, ofwel: er daadwerkelijk *schade is geleden*. Tegen deze achtergrond wordt ten aanzien van toekomstige schade, die (conform art. 6:105 BW) bij voorbaat en op een ineens te betalen som wordt



begroot, aangenomen dat deze *geacht wordt* op de bij deze berekening tot uitgangspunt genomen peildatum reeds te zijn geleden. Dit lijkt met name te geschieden om de benadeelde vanaf dat tijdstip aanspraak op wettelijke rente toe te (kunnen) kennen. Dit is niet nodig. We dienen eenvoudigweg te aanvaarden dat er reeds bij voorbaat een opeisbare verbintenis tot vergoeding van toekomstige schade kan bestaan, en wel vanaf de peildatum. Zie par. 2.3.2.1. Zie evenwel ook par. 2.3.2.3.

- Het recht op wettelijke rente c.q. het ingangsmoment hiervan verdient heroverweging. Dit geldt allereerst ten aanzien van het recht op wettelijke rente bij zaaksbeschadiging. Het gaat niet aan dat een benadeelde, waarvan bekend is dat hij eerst op een later moment uitgaven tot herstel van de beschadigde zaak heeft gedaan, terzake van deze uitgaven reeds vanaf het moment der zaaksbeschadiging een opeisbare verbintenis kan doen gelden door vergoeding van deze kosten te vorderen onder de noemer van de waardevermindering die terstond na de zaaksbeschadiging is ontstaan, althans dat hij zodoende over dit bedrag vanaf dat moment aanspraak op wettelijke rente kan maken. Hij ontvangt aldus wettelijke rente over een periode dat hij nog geen kosten heeft gemaakt. Een oplossing zou zijn de rente eerst te laten lopen vanaf het moment dat een redelijk handelend benadeelde tot reparatie zou zijn overgegaan. In het geval de benadeelde ten tijde van de minnelijke afwikkeling van de schade danwel de rechterlijke uitspraak daarover (nog) in het geheel niet tot reparatie is overgegaan (en ook anderszins niet blijkt dat de waardevermindering zich daadwerkelijk in zijn vermogen heeft doen gevoelen) verdient het overweging in het geheel geen recht op wettelijke rente toe te kennen. Zie nader par. 2.2.2.
- Ten tweede verdient het gebruik van de wettelijke rente als instrument ter bespoediging van de afwikkeling van (letsel)schadezaken heroverweging. Met name vanuit deze invalshoek achten sommigen het kennelijk gerechtvaardigd dat bij de afwikkeling bij voorbaat van arbeidsvermogensschade een peildatum wordt aangehouden gelijk aan het moment van het schadeveroorzakende ongeval of althans (ruim) voor het moment van minnelijke afwikkeling of het vonnis. Mijns inziens ten onrechte. Zie nader par. 2.3.2.3.
- Arbeidsvermogensschade is mijns inziens geen momentschade, maar schade die in de toekomst, periodiek wordt geleden. Zie voor een

beknopte samenvatting van de consequenties die dit mijns inziens heeft voor het ingangsmoment van de wettelijke rente par. 2.3.4.

- Immateriële schade neemt een enigszins afwijkende positie in. Ondanks dat het strikt genomen wellicht niet geheel juist is aan te nemen dat deze schade c.q. de vordering tot vergoeding van deze schade in volle omvang ontstaat op het moment van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis, is het standpunt van de Hoge Raad, dat vanaf dat moment deze schade ten volle opeisbaar is, acceptabel. Zie nader par. 2.3.5.
- Mijn standpunt betreffende het ontstaansmoment van arbeidsvermogensschade leidt tot verificatieproblemen in het geval de aansprakelijke (rechts)persoon failliet gaat en deze schade voordien nog niet bij voorbaat is begroot. In het geval de schade door verzekering is gedekt bestaat er vanuit de optiek van de door de curator te behartigen belangen evenwel geen materieel bezwaar tegen verificatie en zou de curator daartoe – overminderd de formele barrière die art. 24 Fw opwerpt – over moeten gaan. Zie par. 3.1.3.
- Een structurelere oplossing voor deze verificatieproblematiek is echter wenselijk (vgl. ook par. 3.2.). Deze zou in het bijzonder gelegen kunnen zijn in de erkenning van ‘kansschade’ als een reeds ten tijde van het ongeval ontstane vorm van vermogensschade. Zie par. 3.3-3.6.

Nijmegen, augustus 1998

## DE TWEE GEZICHTEN VAN INKOMENSSCHADE BIJ LETSEL Over ontstaansmoment, wettelijke rente en verjaring<sup>1</sup>

A.J. Akkermans

### 1 Inleiding

Over de vraag op welk moment inkomensschade als gevolg van letsel geacht moet worden te zijn geleden – op het tijdstip van het ongeval of periodiek naargelang de gederfde inkomsten zouden zijn genoten – bestaat in de doctrine een oude controverse. Haar wortels gaan terug tot de conclusie van P-G Langemeijer voor een arrest uit 1958.<sup>2</sup> Gevoed door uiteenlopende standpunten van onder meer Bloembergen,<sup>3</sup> Van Opstall,<sup>4</sup> Hartkamp<sup>5</sup> en Spier<sup>6</sup>, is zij tot op heden onbeslecht gebleven. Onlangs is het stof dat zich reeds op deze kwestie had genesteld plotseling weggeblazen door het *vertragingsrente*-arrest van de HR van 17 oktober 1997 (*Beelen/Advocaten*).<sup>7</sup> Het betreft hier een vrij fundamentele vraag van schadevergoedingsrecht, die slechts in een wijder verband (dat van de toekomstige schade in het algemeen) kan worden beantwoord, en die consequenties heeft voor diverse naastgelegen onderwerpen (zoals verjaring en wettelijke rente).<sup>8</sup> Bijgevolg valt hierover veel te zeggen. De Vereniging voor Burgerlijk Recht heeft mij echter bezworen dit preadvies van beperkte omvang te houden. Boze tongen beweren wel dat de ideale omvang van een preadvies zich uitstrekt tot de hoeveelheid tekst die de gemiddelde lezer kan verwerken gedurende de treinreis van zijn woonplaats naar de plaats van de bijeenkomst waar het preadvies zal worden besproken. Alle in deze maatstaf besloten liggende suggesties ver van mij afwerpend, heb ik mij niettemin ingespannen om aan het verzoek van de Vereniging te vol-

- 1 Met dank aan H.A. Bouman, W.H. Bouman, C.E. Drion, Chr.H. van Dijk en D. Wachter voor hun commentaar bij een eerdere versie van dit preadvies.
- 2 HR 17 november 1958, NJ 1960, 177.
- 3 Diss. nr. 95.
- 4 Hofmann-Van Opstall I 1, 1967, blz. 204 e.v.
- 5 Asser-Hartkamp I nr. 421.
- 6 Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43.
- 7 HR 17 okt. 1997, NJ 1998, 508 m.nt. JBMV.
- 8 Zie voorts *Schadevergoeding (Hartlief en Tjittes)* Inleiding, aant. 26; Bloembergen, diss. nr. 96.

doen. Ik heb daarom besloten de lezer te confronteren met een tamelijk onorthodox en, naar ik hoop, prikkelend standpunt, dat noodgedwongen kort door de bocht zal worden verdedigd en vooral is bedoeld als aanzet voor de discussie ter vergadering. Kort gezegd zal ik betogen dat 'iedereen' in zoverre gelijk heeft, dat inkomensschade bij letsel twee gezichten heeft waarvan het ene bestaat uit de actuele schade die ontstaat op het moment van het ongeval (het verlies van mogelijkheden om zich in de toekomst door arbeid inkomsten te verwerven) en het andere uit de toekomstige schade die periodiek ontstaat met het verstrijken van de tijd (het derven van inkomsten). Ter aanduiding van de ene kant van deze januskop zal ik hierna spreken van *arbeidsvermogensschade*, ter aanduiding van de andere zal ik spreken van *inkomstenderving*. Als neutrale benaming zal ik de term *inkomensschade* blijven hanteren. In fiscaal opzicht bestaat deze januskop eveneens en vergoedt men in het doorsnee letselschadegeval arbeidsvermogensschade die is ontstaan op het moment van het ongeval. Wat mij betreft sluiten wij daar voor het vermogensrecht niet bij aan. De crux van het januskop-concept is niet dat een keuzemoment wordt geïntroduceerd over welk van beide gezichten men voor zich neemt, maar dat het onvermijdelijk hybride karakter van inkomensschade tot uitdrukking wordt gebracht. Aldus opgevat biedt het eventueel extra grond om de benadeelde of de aansprakelijke partij juist *niet* te volgen wanneer deze de eenzijdige voorkeur heeft voor een wijze van schadeafwikkeling die als een 'keuze' voor één van beide kanten van de januskop kan worden gekwalificeerd en voor de wederpartij onredelijk uit zou pakken. Wat tussen partijen rechtens is hoort niet af te hangen van welke zijde van de januskop men elkaar of de rechter voorhoudt. Het januskop-concept kan ook behulpzaam zijn om de bestaande dogmatische ruimte inzichtelijk te maken om bij onderwerpen als opeisbaarheid en wettelijke rente op inhoudelijke gronden te kiezen voor de meest gewenste oplossing. Die ruimte bestaat omdat bij 'traditionele' strijdpunten als verjaring en wettelijke rente het ontstaanstijdstip van de schade niet (langer) maatgevend is: niet voor het aanvangstijdstip van de verjaring omdat het huidige recht in art. 3:310 BW daarvoor andere criteria kent, en, zoals ik zal toelichten, ook niet voor het stramien volgens welk wettelijke rente wordt verschuldigd omdat de vertraging in de nakoming van de vergoedingsplicht, voorzover die bij letselschade onvermijdelijk optreedt, de vergoedingsplichtige niet kan worden toegerekend zodat in zoverre geen sprake is van het voor toepassing van art. 6:119 BW vereiste verzuim.

## 2 De twee gezichten van toekomstige schade

### 2.1 Het principe

Dat een toekomstige schade haar schaduw vooruit kan werpen en daarmee een actuele schade teweeg kan brengen is in het Nederlandse recht tot dusver alleen voor dreigende schade aan een zaak expliciet erkend.<sup>9</sup> Een aardig voorbeeld is het arrest *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek*.<sup>10</sup> Van den Broek was reeds jaren verwickeld in een procedure tegen Oranje Nassau Mijnen over mijnschade aan zijn huis te Heerlen. Het Hof kende onder meer *f* 150.000 schadevergoeding toe voor de waardevermindering van het pand wegens reeds ingetreden verzakkingen en zettingen, maar óók een bedrag van *f* 40.000 in verband met het risico dat door nawerking van de inmiddels gestaakte mijnexploitatie zich nieuwe schade aan het pand zou manifesteren. Dit laatste bedrag betrof geen actuele schade, maar schade die slechts mogelijkwijs zou kunnen optreden, aldus Oranje Nassau Mijnen, en kwam daarom niet voor vergoeding in aanmerking. Het Hof verwierp dit betoog met de volgende motivering:

"dat waar de deskundigen het voor mogelijk houden dat nog circa tien jaren na het uitbrengen van hun rapport zich nieuwe mijnschade aan het pand zal kunnen manifesteren [...] die kwade kans de verkoopwaarde van het pand reeds thans nadelig beïnvloedt en diensvolgens als schadefactor actueel is en niet van toekomstige aard; dat die nadelige beïnvloeding haar effect heeft onafhankelijk van de vraag of het risico dat de vorenbedoelde kwade kans inhoudt, tot werkelijkheid wordt".

Omdat Van den Broek zich bereid had verklaard de *f* 40.000 als een 'afkoopsum' te beschouwen en zich van verdere schadeclaims te ont-

9 Zie voor rechtspraak het hierna te bespreken HR 23 mei 1980, NJ 1980, 466 (*Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek*); HR 13 dec. 1963, NJ 1964, 449 m.nt. GJS (*Beschadigde auto-arrest*) (waardevermindering van auto, toe te schrijven aan het risico dat auto, ondanks herstel, gebrek heeft tengevolge van aanrijding); HR 2 februari 1979, NJ 1979, 384 m.nt. FHJM (*Binnendijk/IJsselcentrale*) (waardevermindering van onroerend goed door overhangende hoogspanningskabels die een verhoogd gevaar opleveren voor het onroerend goed en de zich daarop en daarin bevindende personen en goederen). Zie voor literatuur Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43; Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 1; J.H. Beekhuis, noot bij HR 6 dec. 1963, NJ 1965, 56; L.E.H. Rutten, VR 1964 blz. 73 e.v. (op blz. 77 r.k.).

10 HR 23 mei 1980, NJ 1980, 466.

houden, stond niets aan de toewijzing van dit bedrag in de weg, aldus het Hof. Het hiertegen gerichte cassatieberoep werd verworpen.

Het is van belang zich te realiseren dat van de toekomstige schade waarvoor hier een bedrag van f 40.000 werd toegekend (verdere mijnschade) het *intreden* onzeker was en dat niet (zoals bij inkomensschade als gevolg van letsel doorgaans het geval zal zijn) haar intreden op zichzelf in de toekomst vaststond en slechts haar precieze *omvang* onzeker was. In mijn proefschrift heb ik betoogd dat een dreigende toekomstige schade niet *soms*, maar in principe *altijd* haar schaduw vooruitwerpt en een actuele schade teweegbrengt die bestaat uit het op geld waardeerbare risico dat zij in de toekomst zal intreden, dus ook bij zuivere vermogensschade en personenschade.<sup>11</sup> Bloembergen lijkt daarmee in te stemmen.<sup>12</sup> Vanwege het onderwerp van mijn proefschrift heb ik dit betoog daar beperkt tot toekomstige schade waarvan het intreden onzeker is, daarbij sprekend van *'de belasting met een duurzaam risico'*. Hier wil ik deze benadering doortrekken naar alle toekomstige schade, dus ook naar die waarvan het intreden op zichzelf vaststaat. Wat geldt voor *mogelijk* in de toekomst te verwachten schade, geldt a fortiori voor *met zekerheid* in de toekomst te verwachten schade: vanaf het moment dat met haar intreden in de toekomst rekening moet worden gehouden – in de regel zal dat het moment zijn van de wanprestatie of onrechtmatige daad – werpt zij haar schaduw vooruit en brengt zij een actuele schade teweeg die bestaat uit de actuele 'waardevermindering' van het 'goed' dat door de toekomstige schade zal worden getroffen. Bij zaakschade en zuivere vermogensschade is dit eigenlijk evident en kunnen de aanhalingstekens om de woorden 'waardevermindering' en 'goed' gerust worden weggelaten. Bij personenschade wordt het gebruik van die begrippen moeizaam. Ik kom hierop terug.

## 2.2 Zaakschade

Bij een te verwachten toekomstige zaakschade is de waardevermindering van de betreffende zaak zo vanzelfsprekend dat het uitgesloten lijkt om de realiteit van de actuele schade te ontkennen. Stel dat het pand van Van den Broek niet *mogelijk*, maar *zeker* verder zou verzak-

ken door nawerking van de mijnexploitatie. Dan spreekt het voor zich dat deze toekomstige schade de huidige verkoopwaarde negatief zal beïnvloeden. En wel in volle omvang. Een toekomstige schade die kan worden geschat op f 80.000 zal de waarde van het pand in principe met f 80.000 doen zakken, wellicht met wat minder wanneer het intreden van de toekomstige schade nog geruime tijd op zich zal laten wachten en het pand tot op dat moment zijn volle gebruikswaarde houdt. Daarin ligt overigens een belangrijk verschil besloten met het geval dat (ook) het intreden van de toekomstige schade onzeker is, omdat de reële kans dat zij volledig zal uitblijven een matigend effect zal hebben op de omvang van de actuele waardevermindering. Indien slechts de kwade kans van 50% bestaat dat de toekomstige schade van f 80.000 zich daadwerkelijk zal voordoen zou de waarde van het pand niet met f 80.000 moeten zakken, maar met wezenlijk minder, bijvoorbeeld met f 40.000. Niet alleen voor wat betreft hun ontstaansmoment, maar ook voor wat betreft hun beloop kan dus verschil bestaan tussen de actuele 'kansschade' (bijvoorbeeld een waardevermindering ad f 40.000 wegens het risico op verdere mijnschade) en de toekomstige 'definitieve schade' (de mijnschade ad f 80.000 waarvan het intreden slechts voor 50% zeker is).

## 2.3 Zuivere vermogensschade

Het klassieke equivalent van de figuur in *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek* bij zuivere vermogensschade is het verlies van een zekerheid bij een geldlening, zoals wanneer door een fout van een notaris een hypotheek nietig of vernietigbaar blijkt. Ondanks de mogelijkheid dat de schuldenaar keurig op tijd zal betalen, zal dit toch de waarde van de vordering uit geldlening doen dalen, en wel met het bedrag van de voorziening die door een professioneel kredietverlener met het oog op het risico van niet afbetalen zou worden opgenomen. Ook hier werpt de dreigende toekomstige schade (het mogelijk niet voldoen door de schuldenaar) haar schaduw vooruit en veroorzaakt een actuele schade (de waardevermindering van de vordering uit geldlening). Het is jammer dat dit in het *vernietigde borgtocht-arrest (Ontvanger/Amro)*<sup>13</sup> buiten het gezichtsveld van de Hoge Raad is gebleven. De

<sup>11</sup> A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, 1997, hoofdstuk 3, i.h.b. par 3.5, blz. 221.

<sup>12</sup> WPNR 6279 (1997) blz. 505 e.v. onder 5.

<sup>13</sup> HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 m.nt. PvS.

echtgenote van een borg had met succes de nietigheid van de borgtocht ingeroepen omdat zij haar toestemming ex art. 1:88 BW niet had gegeven. Door (toedoen van) de borg was haar handtekening onder de borgtochtovereenkomst vervalst. De hoofdschuldenaar betaalde niet of kon niet betalen. De schuldeiser (de Amrobank) vorderde daarop van de borg het belang onder de borgtocht ad f 34.877,66 bij wijze van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde dat deze schade werd geleden op het moment dat de borg door de Amrobank uit de borgtochtovereenkomst werd aangesproken, omdat

“op dat tijdstip geen vooruitzicht meer bestond dat de vordering waarvoor de borgtocht tot zekerheid was verstrekt, zou worden voldaan.”<sup>14</sup>

Terecht merkt annotator Van Schilfgaarde op dat voor het lijden van schade ook het tijdstip waarop de valse handtekening werd gezet in aanmerking komt:

“Op dat moment vermindert immers de hoofdvordering in waarde en zou een voorziening moeten worden opgenomen.”<sup>15</sup>

Van Schilfgaarde maakt echter niet expliciet dat het hier gaat om een *andere* schade (het risico dat de hoofdschuldenaar niet zal voldoen en tevergeefs een beroep op de borgtochtovereenkomst zal worden gedaan) dan het uiteindelijk door Amrobank geleden nadeel (het inderdaad niet voldoen door de hoofdschuldenaar en het tevergeefs inroepen van de borgtochtovereenkomst). De eerste schade bestaat uit het op geld waardeerbaar risico op het intreden van de laatste, en haar beloop is mede afhankelijk van de grootte van dat risico. Op het moment dat de schuld uit de geldlening opeisbaar werd en de hoofdschuldenaar in gebreke bleef (en kennelijk geen verhaal bood) ontstond de definitieve schade ad f 34.877,66. Op het moment dat de borgtochtovereenkomst werd vervalst ontstond de kansschade van – bij een risico van bijvoorbeeld 10% – bijvoorbeeld f 3.487,76.<sup>16</sup> Op grond van dit inzicht is in

14 R.o. 3.3. Het tijdstip waarop deze vordering tot vergoeding van schade opeisbaar was geworden, was van belang wegens een derdenbeslag door de Ontvanger op de aan de borg toekomende tegoeden onder de Amrobank. In het kader van dat derdenbeslag wierp zich namelijk de vraag op of de verrekening, waarop de Amrobank zich beriep, van haar vordering tot schadevergoeding met het tegoed van de borg, kon zijn voltooid vóór de datum van het beslag.

15 Zie zijn noot bij het arrest in de NJ onder 3.

16 Anders: C.H.M.A. de Munnik, NTBR 1992 blz. 73 e.v.

verschillende landen om ons heen schadevergoeding toegekend voor het verlies van een zekerheid bij een geldlening.<sup>17</sup>

Ook hier geldt – net als bij zaakschade – dat wanneer op het moment van de wanprestatie of onrechtmatige daad moet worden aangenomen dat definitieve schade niet *mogelijk*, maar *met zekerheid* in zal treden, deze toekomstige schade de waarde van de geldvordering in volle omvang negatief zal beïnvloeden. Wanneer in de casus van *Ontvanger/Amro* reeds op het moment dat de valse handtekening werd gezet zou hebben *vastgestaan* dat de hoofdschuldenaar op het moment van opeisbaarheid niet zou presteren en geen verhaal zou bieden, dan zou de waarde van de vordering uit geldlening meteen met de volle f 34.877,66 zijn verminderd.<sup>18</sup> In dat geval zou immers reeds op dat tijdstip geen vooruitzicht meer hebben bestaan dat de vordering waarvoor de borgtocht tot zekerheid was verstrekt, zou worden voldaan.

### 3 Het jauskop-concept bij inkomensschade

#### 3.1 Verlies van arbeidsvermogen als actuele schade

Naar mijn mening bestaat geen afdoende reden om de hiervoor beschreven benadering te beperken tot zaakschade en zuivere vermogensschade, en niet door te trekken naar personenschade (waarbij ik mij in het navolgende zal beperken tot inkomensschade). Het zij onmiddellijk toegegeven dat – anders dan zaken en vorderingsrechten – iemands arbeidsvermogen geen ‘goed’ is in de zin van een vermogensrecht, en dat een ‘waardevermindering’ daarvan niet kan blijken uit een verminderde marktwaarde. Men spreekt wel van iemands ‘marktwaarde’ op de arbeidsmarkt, maar doorgaans slechts in overdrachtelijke zin. Iemands

17 Voor België zie J. Ronse, *Schade en Schadeloosstelling I* (1984) nr. 95, voor Frankrijk zie Ph. Le Tourneau en L. Cadiet, *Droit de la responsabilité* (1996) nr. 658, voor Canada zie *Wilson v. Rowsell*, (1970) 11 D.L.R. 3d 737, waarover Akkermans, a.w., blz. 161. Voor een Engels voorbeeld waarin vergoeding werd toegekend voor het actuele risico op zuivere vermogensschade zie *D.W. Moore & Co Ltd. v. Ferrier*, [1988] 1 W.L.R. 267; [1988] 1 All E.R. 418 (risico van toekomstige verliezen wegens fouten van een *solicitor* in de formulering van een overeenkomst).

18 Ten behoeve van de eenvoud abstraheer ik hier van diverse aspecten (contante waarde hoofdsom, rente, toch nog afgeloste termijnen, resterende verhaalsmogelijkheden op de schuldenaar) die maken dat het zonder meer in tijd extrapoleren van het bedrag van f 34.877,66 niet helemaal juist zal zijn.

arbeidskracht behoort op zichzelf niet tot iemands vermogen. Maar in de woorden van Bloembergen:

“dat neemt niet weg dat die arbeidskracht op geld waardeerbaar is en als zodanig tot de vermogenssfeer behoort.”<sup>19</sup>

Wanneer duidelijk is dat iemand door een ongeval een verlies heeft geleden in zijn mogelijkheden om door arbeid inkomsten te verwerven dan is het heel goed mogelijk om dat verlies aan te merken als een actuele vermogensschade.

Voor de vraag of een verlies een vergoedbare vermogensschade oplevert, is maatgevend of dat verlies een nadeel inhoudt in feitelijk-economische zin. Of daarvan sprake is hangt mede af van maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen.<sup>20</sup> Arbeidsvermogen als zodanig is niet overdraagbaar. Een referentie aan de verkeerswaarde daarvan is, zoals gezegd, niet mogelijk. Kijken wij echter naar de inspanningen die in de maatschappij worden verricht om arbeidsvermogen te behouden, te verwerven of te verbeteren, dan lijkt de financiële waarde van dat arbeidsvermogen een moeilijk te ontkennen realiteit. Iemands arbeidsvermogen wordt, behalve door zijn aangeboren talenten, vooral bepaald door zijn fysieke en psychische gezondheid, en door zijn opleiding. Voor gezondheidszorg en onderwijs worden jaarlijks vele miljarden uitgegeven, niet alleen als onderdeel van de collectieve uitgaven maar ook door individuen. Alleen al met het oog op deze uitgaven kan een ongevalslachtoffer, dat het beroep waarvoor hij jarenlang studeerde niet meer kan uitoefenen, moeilijk worden voorgehouden dat hij door het ongeval als zodanig geen verlies met een financiële betekenis heeft geleden, maar dat hij pas in de toekomst financieel verlies zal lijden, wanneer hij periodiek met lagere inkomsten zal worden geconfronteerd. Alle inspanningen en uitgaven die hij heeft gedaan om zich voor zijn beroep te kwalificeren zijn voor niets geweest. Het is alleszins reëel wanneer de betrokkene dat verlies reeds van aanvang af kwalificeert als een actuele vermogensschade (en niet alleen als actuele immateriële schade) waarvan de omvang overigens niet wordt bepaald door die inspanningen en uitgaven, maar door de baten die daartegenover

19 Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 28 onder d.

20 Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 27.

hadden gestaan. Zo ook wanneer het slachtoffer volledig arbeidsongeschikt is geworden. Niet iedere dwarslaesie-patiënt zal het vanzelfsprekend vinden wanneer hij geacht wordt door zijn invaliditeit als zodanig nog geen materiële schade te hebben geleden, maar die pas in de toekomst te lijden, wanneer hij periodiek met lagere inkomsten zal worden geconfronteerd.

Dat men in de meeste gevallen op het moment van het ongeval de financiële consequenties van het geleden verlies nog (lang) niet kan overzien, doet misschien een beroep op het voorstellingsvermogen, maar maakt niet dat nog geen vermogensschade zou zijn geleden. Dat de omvang van een schade eerst later uitkristalliseert is op zichzelf niet bijzonder. In het algemeen is een verbintenis tot schadevergoeding op het tijdstip waarop zij ontstaat, in zoverre nog onbepaald, dat zij invloed kan ondergaan van latere feiten en omstandigheden.<sup>21</sup> Zo kennen wij het beginsel dat de schade moet worden vastgesteld op grond van de feiten zoals die bekend zijn op het moment van de einduitspraak.<sup>22</sup>

### 3.2 Twee gezichten, één beloop

Zo bezien heeft ook inkomensschade bij letsel een januskop: men kan haar benaderen als een schade die pas in de toekomst (periodiek) zal worden geleden wanneer de gederfde inkomsten zouden zijn genoten ('inkomstenderving'), maar ook als een actuele (moment)schade die reeds wordt geleden op het moment van het ongeval ('arbeidsvermogensschade'). Het beloop van de actuele schade (de arbeidsvermogensschade) is in principe gelijk aan het (gekapitaliseerde) beloop van de toekomstige (de te verwachten inkomstenderving), althans wanneer met zekerheid vaststaat dat de toekomstige schade zal intreden, hetgeen bij inkomensschade als gevolg van letsel in de regel het geval zal

21 Zie Bloembergen, diss. (aan het eind van) nr. 97.

22 Zie Schadevergoeding (Hartlief en Tjittes) Art. 97, aant. 19. Het beginsel wordt ook erkend in het buitenland. Zie Ronse, a.w. nrs 366-400; McGregor on Damages, 15e druk 1988, nmr 1429; H. Lange, Schadensersatz, 2e druk 1990, blz. 46. Op het terrein van letselschade heeft het zijn weerslag gevonden in art. 2 van Resolutie (75) 7 van de Raad van Europa (onder meer te vinden als bijlage bij Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus)).

zijn.<sup>23</sup> Conceptueel gaat het dus om twee verschillende schades, maar hun beloop is in beginsel hetzelfde (althans de een bedraagt de contante waarde van de ander). Evenzo wat betreft de wijze van begroting. Bij de begroting van beide schades kan en moet zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de concrete omstandigheden van de individuele gekwetste. Zoveel mogelijk, maar meer moet men niet pretenderen, want de vergelijkingshypothese, de situatie die zou hebben bestaan zonder ongeval, is en blijft hypothetisch. Beide zijden van de januskop kunnen en moeten in dezelfde (beperkte) mate concreet worden berekend.<sup>24</sup> Dit betekent dat men ook bij de begroting van de actuele arbeidsvermogensschade uit moet gaan van de periodiek te verwachten inkomstenderving. Maar dat betreft dan slechts de methode van begroting, en niet haar object.

### 3.3 Aansluiting bij het fiscale recht

Beide zijden van de januskop, actuele arbeidsvermogensschade en periodieke inkomstenderving, vindt men terug in het fiscale recht. De vergoeding van inkomensschade kan fiscaal op twee verschillende manieren worden gekwalificeerd.<sup>25</sup> Wordt afgerekend in één som ten titel van arbeidsvermogensschade dan zal de vergoeding in beginsel<sup>26</sup> worden aangemerkt als compensatie voor 'verminderde arbeidskracht' en is daarover – in verband met het zogenaamde bronnenstelsel van de IB – geen inkomstenbelasting verschuldigd. Leggen partijen echter een

23 In de regel maar niet altijd. Zie voor een recent voorbeeld van het geval dat daarover twijfel mogelijk is HR 13 mei 1998, RvdW 1998, 110 C (*Vehof/Helvetia*).

24 Het concept van actuele arbeidsvermogensschade die ontstaat op het moment van het ongeval dwingt naar mijn mening dus niet tot de aanvaarding van een abstract schadebegrip, zoals Bloembergen lijkt te veronderstellen (diss. nr. 74). Ik zie niet waarom men bij dit concept perse uit zou moeten gaan van de objectieve waardevermindering van de gebruiksmogelijkheden van het lichaam, zonder daarbij na te gaan of de benadeelde deze gebruiksmogelijkheden ook daadwerkelijk zou hebben benut. Mét Bloembergen lijkt mij dat ook niet juist. Het beloop van de actuele arbeidsvermogensschade bedraagt de contante waarde van de periodieke inkomstenderving, en die moet zo concreet mogelijk worden berekend.

25 Zie Mon Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus) nr. 36 a en c.; Handboek personen-schade (Rensema) hoofdstuk 3090.

26 Het fiscale recht op dit punt is weinig zeker. Zie de conclusies van A-G Hartkamp bij HR 25 februari 1994, NJ 1995, 608 m.nt. CJHB en HR 27 november 1987, NJ 1989, 48 m.nt. CJHB, en de daarin vermelde rechtspraak en literatuur.

(te) direct verband tussen vergoeding en 'in concreto gederfde inkomsten' dan is wél inkomstenbelasting verschuldigd. Lees in het eerste geval 'actuele arbeidsvermogensschade' en in het tweede 'periodieke inkomstenderving' en de theoretische overeenkomst met het fiscale recht is gegeven.

### 3.4 In het doorsnee letselschadegeval zijn beide zijden van de januskop niet te scheiden

Zoals hiervoor aangestipt bestaat een belangrijk verschil tussen het geval dat van een toekomstige schade het *intreden* onzeker is, en het geval dat haar intreden in de toekomst als zodanig vaststaat en slechts onzekerheid bestaat over haar *omvang*.

In het eerste geval zal de reële kans dat de toekomstige schade zal uitblijven een matigend effect hebben op het beloop van de actuele schade. In de omvang van beide schades bestaat een wezenlijk verschil. Qua vergoeding is het van tweeën één. Wie vergoeding ontvangt voor een actueel risico op toekomstige schade neemt daarmee dat risico ook voor zijn rekening. Anders wordt hij ongegrond verrijkt. En wie later vergoeding zal ontvangen voor een nu nog toekomstige schade loopt thans geen (financieel) risico. Dit betekent dat tussen beide schades een 'keus' zal moeten worden gemaakt. Deze keus is in beginsel aan de benadeelde, zij het dat de rechter hem daar niet zonder meer in hoeft te volgen. Ik verwijs hierover korthedshalve naar mijn proefschrift.<sup>27</sup>

In het tweede geval werpt de toekomstige schade haar schaduw in volle omvang vooruit. Het beloop van de actuele en de toekomstige schade is in principe gelijk, althans is de actuele schade gelijk aan de contante waarde van de toekomstige. Zoals gezegd is dat bij inkomensschade in de regel het geval. Ook hier is het qua vergoeding van tweeën één. Er kan immers maar één keer op vergoeding aanspraak worden gemaakt. Maar omdat het beloop van beide schades hetzelfde is zijn zij nog wel in theorie, maar in de praktijk niet meer van elkaar te scheiden. In het doorsnee letselschadegeval – waartoe ik mij hier zal beperken – staat het de benadeelde (of de aansprakelijke partij) naar mijn mening juist *niet* vrij om eenzijdig voor één van beide gezichten van de januskop te 'kiezen' in die zin dat daaruit bepaalde rechtsgevolgen zouden voort-



vloeien waar de wederpartij zich bij neer zou moeten leggen. Beide gezichten van de januskop zijn hier ineengevloeid. De geleden inkomensschade heeft onvermijdelijk een hybride karakter. Het januskop-concept brengt dat tot uitdrukking. De omstandigheid dat beide gezichten van de januskop nog wel te onderscheiden, maar niet meer te scheiden zijn, biedt dogmatisch eventueel extra grond om de benadeelde of de aansprakelijke partij juist niet te volgen wanneer deze de eenzijdige voorkeur heeft voor een wijze van schadeafwikkeling die als een keus voor een van beide gezichten kan worden gekwalificeerd en voor de wederpartij onredelijk uit zou pakken. Wat tussen partijen rechtens is hoort niet af te hangen van welke zijde van de januskop men elkaar of de rechter voorhoudt. Dit klinkt allemaal erg abstract en vraagt om nadere uitwerking. Ik probeer die te geven in par. 3.7. Maar omdat ik dat wil doen tegen de achtergrond van het *vertragsrente*-arrest bespreek ik dat eerst.

### 3.5 Het *vertragsrente*-arrest (Beelen/Advocaten)<sup>28</sup>

Het benaderen van inkomensschade bij letsel als een schade met twee gezichten sluit aan bij de beslissing in het *vertragsrente*-arrest, zij het verre van naadloos. Volgens dit arrest moet inkomensschade, wanneer zij wordt gekapitaliseerd tot een som ineens, geacht worden op de kapitalisatiedatum te zijn geleden. Tot dusver ging een meerderheid van de schrijvers er – zij het met uiteenlopende stelligheid – vanuit dat inkomensschade periodiek ontstaat.<sup>29</sup> Het *vertragsrente*-arrest dwingt om deze opvatting te nuanceren. Naar mijn mening is het januskop-concept daarvoor de aangewezen weg.

Het echtpaar Beelen was als gevolg van een verkeersongeval op 9 januari 1978 uiteindelijk volledig arbeidsongeschikt geworden. In een procedure tegen de aansprakelijke WAM-verzekeraar hadden zij vergoe-

ding gevorderd van de door hen geleden inkomensschade op basis van een schadeberekening waarin de schade over de jaren 1978 t/m 1984 van jaar tot jaar was opgeteld als reeds verschenen schade, en de schade over de overige jaren was gekapitaliseerd (in essentie is dat eveneens optellen, maar dan onder aftrek van het veronderstelde rendement – gecorrigeerd met de veronderstelde inflatie – dat over het opgetelde bedrag zou kunnen worden behaald omdat dit niet periodiek maar bij voorbaat in één som ter beschikking van de benadeelde komt)<sup>30</sup> met als kapitalisatiedatum 1 januari 1985. Een dergelijke wijze van berekenen is alleszins gebruikelijk. Bij een soepel lopende schaderegeling buiten rechte zorgt de aansprakelijke verzekeraar voor een bevoorschotting die min of meer gelijke tred houdt met de gederfde inkomsten, tot aan het moment dat de medische toestand van de gekwetste en diens resterende loopbaanmogelijkheden zodanig zijn uitgekristalliseerd – meestal pas na enkele jaren – dat partijen over voldoende gegevens beschikken om een beredeneerde schatting te maken van de inkomensschade die in de toekomst nog zal worden geleden. Deze inkomensschade wordt dan gekapitaliseerd, doorgaans op basis van een kapitalisatiedatum die zo dicht mogelijk bij het tijdstip ligt waarop het aldus berekende bedrag daadwerkelijk zal worden uitgekeerd. In het geval van het echtpaar Beelen hadden partijen geen overeenstemming kunnen bereiken en lag op het moment van dagvaarding van de WAM-verzekeraar (14 mei 1987) de in de berekening gehanteerde kapitalisatiedatum (1 januari 1985) alweer bijna twee en een half jaar in het verleden. Het *vertragsrente*-arrest werd gewezen in de procedure die het echtpaar Beelen tegen zijn voormalige advocaten had aangespannen ter vergoeding van de door hen gederfde wettelijke rente. De advocaten hadden namelijk verzuimd om voorafgaand aan de dagvaarding aanspraak te maken op de wettelijke rente, hetgeen, anders dan naar huidig recht, naar oud recht noodzakelijk is voor het verschuldigd worden daarvan.<sup>31</sup> In alle instanties werd dit als een beroepsfout aangemerkt.

28 HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 m.nt. JBMV. Zie over dit arrest D. Wachter, A&V 1997 blz. 152 e.v. alsmede NbBW 1997 blz. 114 e.v.; C.E. du Perron, Bb 1997 blz. 203 e.v.; J. Wildeboer, Bb 1997 blz. 208 e.v. alsmede Vrb 1998 blz. 17 e.v.; H.A. Bouman, VR 1998 blz. 4 e.v.; W.G. Verkruijsen, VR 1998 blz. 69 e.v.; F.C. Schirmeister, Adv.bl. 1998 blz. 25 e.v.; L. Dommering-Van Rongen, NTBR 1998 blz. 81 e.v.

29 Zie Bloembergen, diss. nr. 75 en 95; Mon Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43; Schadevergoeding (Bolt) Art. 107, aant. 12; Mon Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus) nr. 33 sub d; J.M. Barendrecht en H.M. Storm, a.w. blz. 311.

30 Althans dit is de meest gebruikelijke methode. Daarop is ook kritiek. Zie J.M. Barendrecht en H.M. Storm, Berekening van schadevergoeding, 1995, blz. 214 e.v.

31 Naar oud recht werd de wettelijke rente verschuldigd per datum van de dagvaarding, tenzij de schuldenaar reeds eerder schriftelijk was aangemaand met aanspraak op de wettelijke rente bij verdere vertraging. Dat kon vanaf het opeisbaar worden van de vordering (art. 1286, lid 3 oud). Naar huidig recht is over een geldsom de wettelijke rente verschuldigd over de tijd dat de schuldenaar in verzuim is (art. 6:119, lid 1). Bij een verbintenis tot schadevergoeding treedt dit verzuim zonder ingebrekestelling in (art. 6:83 aanhef en sub b). Zie nader paragraaf 4.



De rechtbank ging er bij haar berekening van de renteschade vanuit dat de inkomensschade door het echtpaar Beelen vanaf 1978 periodiek was geleden,<sup>32</sup> het Hof berekende de renteschade ervan uitgaande dat de inkomensschade ten belope van het volledige gekapitaliseerde bedrag werd geleden op de datum van het ongeval. Dit leverde een verschil op van bijna f 430.000.

De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt:

“De wijze waarop wettelijke rente over het bedrag van een geldvordering tot schadevergoeding moet worden berekend, hangt in belangrijke mate af van de wijze waarop de schade door de rechter is begroot. De wijze van begroting bepaalt immers op welk tijdstip de betreffende schade geacht moet worden te zijn geleden. In de onderhavige zaak is in dit verband in het bijzonder van belang dat inkomensschade zowel begroot kan worden op concrete bedragen die periodiek aan inkomen zouden zijn verkregen, wanneer het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden, en ter zake waarvan de vervangende schadevergoeding dan ook periodiek verschuldigd wordt, als op een gekapitaliseerd bedrag ineens terzake van toekomstige schade, die dan geacht moet worden op de bij deze kapitalisering tot uitgangspunt genomen peildatum te zijn geleden. Het is niet bij voorbaat uitgesloten dat als peildatum de dag van het ongeval mag worden gekozen, in het bijzonder wanneer terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden.”<sup>33</sup>

In het onderhavige geval betekende dit dat over de periode vanaf de datum van het ongeval (9 januari 1978) tot de in de berekening gekozen kapitalisatiedatum (1 januari 1985) ervan moest worden uitgegaan dat het om een periodiek aan het eind van elk jaar verschuldigde schadevergoeding ging, over de bedragen waarvan telkens met ingang van de eerste dag van het volgende jaar wettelijke rente verschuldigd was geworden. Over de periode daarna moest de inkomensschade worden geacht in haar geheel te zijn geleden op de gehanteerde kapitalisatiedatum, zodat de wettelijke rente vanaf die datum over het gehele bedrag verschuldigd was geworden.<sup>34</sup>

32 De rechtbank ging uit van een toegewezen bedrag aan inkomensschade van in totaal f 950.000 en van de fictie dat in de periode van het ongeval in 1978 tot de dagvaarding op 14 mei 1987 jaarlijks telkens een evenredig deel van dit toegewezen bedrag aan inkomensschade was geleden en rentedragend geworden.

33 R.o. 3.8.

34 R.o. 3.11. Wel moest na verwijzing nog worden bezien in hoeverre de advocaten geacht moesten worden de gerechtvaardigheid van de kapitalisatiedatum van 1 januari 1985 te hebben aangevochten.

### 3.6 Commentaar

Volgens de Hoge Raad bepaalt de wijze van begroting het tijdstip waarop inkomensschade ‘geacht moet worden te zijn geleden’.<sup>35</sup> Daar ben ik het niet mee eens. Op zichzelf is juist dat wie een periodieke uitkering vordert, logisch gezien vergoeding vordert van periodiek geleden inkomstenderving. Maar wie kapitaliseert vordert nog niet perse vergoeding van een actuele momentschade. Men kan immers ook – zoals het in de doctrine doorgaans wordt voorgesteld – periodiek gederfde inkomsten kapitaliseren. Belangrijker is dat voor hetgeen op dit punt tussen partijen rechtens is, niet maatgevend kan zijn wat de benadeelde eenzijdig vordert. Gelukkig is dat is ook niet het standpunt van de Hoge Raad. Die laat het aan de rechter over om de meest geschikte wijze van schadebegroting te kiezen. Dat de Hoge Raad het daarbij ‘niet bij voorbaat uitgesloten’ acht dat als kapitalisatiedatum de dag van het ongeval mag worden gekozen gaat naar mijn mening wel te ver, maar betekent nog niet dat de benadeelde daarvoor eenzijdig zou mogen kiezen. De rechter moet daarover de knoop doorhakken. Op de marges waarbinnen hij daarbij dient te blijven kom ik terug.<sup>36</sup> Hier wijs ik er nog op dat het *vertragsrente*-arrest werd gewezen in een *andere* procedure (namelijk tussen het echtpaar Beelen en hun voormalige advocaten) dan die waarin de discussie over de kapitalisatiedatum thuis hoorde (namelijk die tussen het echtpaar Beelen en de aansprakelijke WAM-verzekeraar). Dan is het juist om tot uitgangspunt te nemen wat de rechter in de oorspronkelijke procedure op het punt van de begroting heeft beslist of zou hebben beslist.<sup>37</sup> In het onderhavige geval had de rechtbank de gerechtvaardigheid van de door het echtpaar Beelen gehanteerde kapitalisatiedatum van 1 januari 1985 in het midden gelaten. Daarom bestond in de aansprakelijkheidsprocedure op dit punt nog enige ruimte voor discussie, waarvan echter niet vaststond of de advocaten die ook hadden gebruikt. Na verwijzing moest worden bezien in hoeverre de advocaten geacht moesten worden in de aansprakelijkheidsprocedure deze gerechtvaardigheid te hebben aangevochten, aldus de Hoge Raad.<sup>38</sup>

Ook in het standpunt dat bij kapitalisatie de schade “geacht moet wor-

35 Vgl. PG boek 6 blz. 475.

36 Zie paragraaf 4.

37 Zie HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. PAS (*Baijings/mr H.*)

38 R.o. 3.11.

den op de bij deze kapitalisering tot uitgangspunt genomen peildatum te zijn geleden" wil ik de Hoge Raad niet volgen. Voor een dergelijke fictie zie ik geen ruimte, en overigens ook geen reden. Hanteert men als kapitalisatiedatum niet de datum van het ongeval, maar een datum daarna, dan 'verandert' daarmee niet ineens het ontstaanstijdstip van de arbeidsvermogensschade. Arbeidsvermogensschade wordt in essentie berekend door de te verwachten periodieke inkomstenderving op te tellen, onder aftrek van het rendement dat over het opgetelde bedrag zou kunnen worden behaald omdat dit niet periodiek, maar bij voorbaat in één som ter beschikking van de benadeelde komt. Daarbij is de kapitalisatiedatum niet meer dan de veronderstelde datum van waaraf hij over het geld kan beschikken en het rendement zou kunnen behalen. Er is geen reden om aan deze rekentechnische consequentie van het feit dat men met geld geld kan verdienen, de magische betekenis toe te kennen die de Hoge Raad daaraan geeft.

Althans in werkelijkheid bestaat daarvoor geen reden. Ik begrijp de beslissing van de Hoge Raad aldus, dat zij is ingegeven door de opvatting dat de uiteindelijk door de rechter tot grondslag van zijn beslissing genomen kapitalisatiedatum – of de buiten rechte door partijen overeengekomen kapitalisatiedatum – maatgevend behoort te zijn voor het regime op basis waarvan bij vertraging wettelijke rente wordt verschuldigd. Zoals ik nader zal toelichten ben ik het daarmee eens. Maar noch naar oud, noch naar huidig recht is daarvoor vereist om de ontstaansdatum van de arbeidsvermogensschade naar de kapitalisatiedatum 'te verschuiven'. Ik kom hierop terug in par. 4.

### 3.7 De betekenis van het januskop-concept bij inkomensschade

Zoals gezegd houdt het januskop-concept in dat men inkomensschade op twee manieren kan beschouwen, als toekomstige schade die periodiek ontstaat en als actuele schade die ontstaat op het moment van het ongeval. Het laatste doet een zeker beroep op het voorstellingsvermogen, maar onder omstandigheden doet het eerste dat in zekere zin ook (vgl. het voorbeeld van de dwarslaesie-patiënt). Wellicht ten overvloede: mijn positie is dus niet gelijk aan die van Van Opstall,<sup>39</sup> wiens opvatting is dat inkomensschade op het moment van het ongeval ont-

staat en niet anders. Ik meen slechts dat men inkomensschade zo kan beschouwen, maar tegelijkertijd blijft ook de andere benadering valide. In mijn opvatting ontstaat door het ongeval dus in zekere zin zowel een actuele als een toekomstige schade. Het beloop van de eerste is gelijk aan de contante waarde van de tweede. De vordering tot vergoeding daarvan is in principe opeisbaar vanaf het moment van het ongeval. Daarvoor is naar mijn mening niet nodig om voor één van beide gezichten van de januskop te 'kiezen'. Voor de actuele schade spreekt haar opeisbaarheid voor zich, voor de toekomstige volgt zij uit de mogelijkheid om daarvoor op de voet van art. 6:105 bij voorbaat vergoeding te vorderen.<sup>40</sup>

Betekent dit nu dat de januskop-benadering de ruimte biedt om 'van twee walletjes te eten' al naar gelang het beste uitkomt? Naar mijn mening biedt het januskop-concept de rechter deze ruimte eventueel wel, hetgeen onder omstandigheden een extra grondslag kan bieden voor het bereiken van een redelijke beslissing. Maar de benadeelde (of de aansprakelijke partij) komt die vrijheid in elk geval niet toe (althans niet eenzijdig) omdat dat tot onbillijke resultaten zou leiden.

Nemen wij de situatie waar de Hoge Raad aan refereert, waarin 'terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden'. Stel dat de benadeelde als gevolg daarvan een aanzienlijke inkomstenderving zou lijden, ware het niet dat hij, voor het zover komt, enige tijd later door een geheel andere oorzaak overlijdt.<sup>41</sup> Kunnen dan zijn erven een vordering tot vergoeding van arbeidsvermogensschade geldend maken op basis van het standpunt dat deze reeds op het moment van het ongeval door hun erflater werd geleden (of, in het stelsel van de Hoge Raad, op basis van een kapitalisatie per datum ongeval)? Dat dit onaanvaardbaar zou zijn is evident. De dogmatische grondslag om deze vordering af te wijzen is naar mijn

40 Dit laatste ligt in werkelijkheid een slag genuanceerder wegens de bevoegdheid van de rechter om 'de begroting' van de schade geheel of gedeeltelijk uit te stellen, en wegens zijn bevoegdheid om 'slechts' te veroordelen tot betaling van een periodiek uit te keren bedrag. Ik ga daar korthedshalve aan voorbij. Zie voorts hetgeen opgemerkt in noot 59.

41 Zie voor het verwante maar juridisch wezenlijk verschillende geval dat de benadeelde na enige tijd niet overlijdt door een oorzaak die voor zijn rekening komt, maar door een dergelijke eveneens arbeidsongeschikt zou zijn geworden, HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB en mijn kritiek daarop in BW-krant jaarboek 1996 blz. 50. Ik laat de netelige problematiek van de meer-voudige causaliteit hier verder rusten.

mening niet dat door de overledene op het moment van het ongeval in het geheel geen arbeidsvermogensschade werd geleden, maar dat diens inkomensschade ook een toekomstig element had waarvan het in casu niet is gekomen, waardoor zij achteraf gezien op nihil moet worden gesteld. Schade moet immers worden vastgesteld op grond van de feiten zoals die bekend zijn om het moment van de einduitspraak.<sup>42</sup> En anderzijds, kan een benadeelde, zonder voldoende belang daartoe zoals bepaalde onzekere toekomstige ontwikkelingen, vasthouden aan vergoeding door middel van een periodieke uitkering, ondanks dat deze zou worden belast en daarmee de schadelast van de wederpartij aanzienlijk wordt verhoogd, op basis van de stelling dat zijn schade nu eenmaal periodiek ontstaat en hem geen vergoeding kan worden opgedrongen van schade die hij nog niet heeft geleden? Het antwoord is eveneens ontkennend, hetgeen in overeenstemming is met bestaande rechtspraak.<sup>43</sup> De dogmatische grondslag om geen periodieke vergoeding toe te wijzen hoeft naar mijn mening niet beperkt te zijn tot een belangenafweging maar kan tevens luiden dat inkomensschade ook een actueel element heeft dat afbreuk doet aan de stelling dat de betreffende schade nog niet zou zijn ontstaan.

Aldus opgevat biedt het januskopconcept de benadeelde of de aansprakelijke partij dus niet een grondslag om eenzijdig voor één van beide kanten van de januskop te kiezen, maar de rechter juist een extra grondslag om de betreffende partij niet te volgen wanneer deze een voorkeur heeft voor een wijze van schadeafwikkeling die als zo'n 'keuze' kan worden gekwalificeerd en voor de wederpartij onredelijk zou uitpakken. Wat tussen partijen rechtens is hoort niet af te hangen van welke zijde van de januskop men elkaar of de rechter voorhoudt.

### 3.8 De verhouding tot het fiscale recht

Zoals gezegd vindt men het januskop-concept terug in het fiscale recht.

<sup>42</sup> Althans concreet te berekenen schade zoals letselschade. Dit kan anders zijn bij abstracte schadeberekening. Zie HR 13 dec. 1963, NJ 1964, 449 m.nt. GJS (Schreuder/Van Driesten).

<sup>43</sup> Zie Rb Arnhem 23 november 1989, VR 1996, 208 m.nt. H.A. Bouman; Rb Utrecht 21 maart 1990, VR 1991, 147. Zie over deze materie voorts Schadevergoeding (Deurvorst) Art. 105 aant. 3 e.v.

Fiscaal is het zo – althans in theorie<sup>44</sup> – dat de vergoeding van arbeidsvermogensschade onbelast is, maar dat wanneer men gederfde inkomsten kapitaliseert daarover inkomstenbelasting moet afdragen. In de letselschadepraktijk tracht men daaraan zoveel mogelijk te ontkomen. Het overgrote merendeel van de schades wordt afgewikkeld door betaling van een som ineens ten titel van 'arbeidsvermogensschade' waarover geen belasting wordt afgedragen. Tot aan de uitkering daarvan worden daarop 'voorschotten onder algemene titel' uitbetaald die doorgaans met succes eveneens buiten de belastingheffing worden gehouden. Op het fiscale vlak pretenderen partijen dus geen gederfde inkomsten te vergoeden, maar door het ongeval geleden arbeidsvermogensschade. Ook hier zou ik partijen niet in hun 'keuze' willen volgen. In elk geval niet voor het vermogensrecht. Op het fiscale rechtsgebied zal de (belasting)rechter zich uiteraard wél tot één van beide kanten van de januskop moeten bekennen. Er is immers belasting verschuldigd of niet. Maar wat fiscaal rechtens is, hoeft dat civiel nog niet te zijn. Hier kan dat in elk geval niet, want de civiele aspecten van de betreffende 'keuze' verschillen te zeer van de fiscale. Het blind volgen van het fiscale recht zou tot allerlei rechtsgevolgen kunnen leiden waarvoor een inhoudelijke rechtvaardiging ontbreekt. Ik herinner aan het voorbeeld van de enige tijd na het ongeval overleden benadeelde. Het op zichzelf aantrekkelijke argument van rechtseenheid moet het daartegen afleggen. Nog daargelaten dat het fiscale recht op dit punt in theorie veel helderder is dan in de praktijk, het is nu eenmaal het civiele niet.

Het januskop-concept leidt dus wel tot aansluiting bij het fiscale recht, maar niet tot navolging daarvan. Wel aansluiting, want de twee gezichten van inkomensschade zoals het fiscale recht die kent komen ermee in het vermogensrecht terug. Maar geen navolging, want in het fiscale recht moet voor één van beide gezichten worden 'gekozen' en in het januskop-concept gebeurt dat juist niet.

<sup>44</sup> In werkelijkheid "[is] vaak bepalend [...] welk etiket partijen op de schadevergoeding plakken, de regel dat 'het wezen voor de schijn gaat' ten spijt", zo is de indruk van A-G Hartkamp in zijn conclusie bij HR 25 februari 1994, NJ 1995, 608 m.nt. CJHB. Vgl. Handboek personenschade (Rensema) hoofdstuk 3090 onder 3.1.

## 4 Wettelijke rente

### 4.1 Het gewenste regime: de kapitalisatiedatum als 'omslagpunt'

Zoals gezegd duurt het bij inkomensschade als gevolg van letsel doorgaans geruime tijd voordat de medische toestand van de gekwetste en diens resterende loopbaanmogelijkheden zodanig zijn uitgekristalliseerd dat partijen over voldoende gegevens beschikken om een beredeneerde schatting van de geleden en nog te lijden inkomensschade te maken. Bij een soepel lopende schaderegeling zal de aansprakelijke partij – althans diens verzekeraar – tot aan dat moment zorgen voor een bevoorschotting die globaal gelijke tred houdt met de gederfde inkomsten. Een financiële prikkel voor de aansprakelijke partij om met zijn voorschotten tenminste bij te blijven, is de wettelijke rente die hij verschuldigd wordt wanneer een achterstand is ontstaan. In de buitengerechtelijke praktijk gaat men wel aldus te werk, dat op het moment van begroting de betaalde voorschotten van de periodiek gederfde inkomsten worden afgetrokken, en over de eventuele saldi daarvan de wettelijke rente wordt begroot, waarbij men nauwkeurig (bijvoorbeeld per maand) of veel globaler (bijvoorbeeld per jaar) te werk kan gaan.<sup>45</sup> Als daarachter liggende gedachte kan worden gezien dat de aansprakelijke partij die tot aan de definitieve afwikkeling tenminste bijblijft met bevoorschotting, qua betaling alles doet wat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd. Meer juridisch geformuleerd: naar verkeersopvattingen is van toerekenbare vertraging in de nakoming van zijn verplichtingen slechts sprake voorzover die bevoorschotting achterloopt. Daarom dient hij slechts wettelijke rente verschuldigd te worden over de gederfde inkomsten die niet tijdig door die voorschotten werden gecompenseerd.

Indien de op het moment van begroting in de toekomst gelegen inkomstenderving wordt gekapitaliseerd tot één som (zoals gezegd geschiedt in de praktijk zelden anders) is de enige logische kapitalisatiedatum uit de aard der zaak de datum waarop de benadeelde wordt verondersteld over het gekapitaliseerde bedrag te kunnen beschikken. De crux van kapitaliseren is immers het in mindering brengen op de opgetelde inkomstenderving van het rendement dat de benadeelde over liet in één

som uitgekeerde bedrag kan behalen, en dat kan hij pas doen zodra hij daarover de beschikking heeft. Duurt het langer voordat partijen het definitief eens worden, dan kan de schade op basis van een nieuwe peildatum worden herberekend (wat veelal nauwelijks meer vergt dan een druk op de knop) of kunnen zij overeenkomen dat wettelijke rente wordt vergoed over het volledige gekapitaliseerde bedrag.

De keuze tussen beide oplossingen wordt pas echt een issue wanneer partijen het *niet* eens worden en een procedure volgt. Maar in dat geval krijgt de rechter het heft in handen. Stemt het door hem toegewezen bedrag overeen met hetgeen door de benadeelde werd gevorderd, dan heeft de aansprakelijke partij zich, naar achteraf kan worden vastgesteld, ten onrechte tegen de schadevaststelling verzet. Om die reden kán de rechter de 'zwarte piet' van de wettelijke rente vanaf de kapitalisatiedatum bij hem neerleggen. Heeft de benadeelde ongelijk gekregen, of oordeelt de rechter het toewijzen van de wettelijke rente vanaf de oorspronkelijke kapitalisatiedatum op andere grond bezwaarlijk, dan kan hij gelasten dat de sowieso al opnieuw te maken berekening tevens geschiedt op basis van een nieuwe kapitalisatiedatum. Over de periode tot aan die nieuwe kapitalisatiedatum is de aansprakelijke partij dan eventueel wettelijke rente verschuldigd volgens het hiervoor beschreven bevoorschottings-regime. Vanaf die nieuwe kapitalisatiedatum tot aan het moment van betaling is hij wettelijke rente verschuldigd over het volledige gekapitaliseerde bedrag.

Aldus in grote lijnen het regime dat naar mijn mening de rechtvaardigste resultaten geeft, aansluit bij de verkeersopvattingen, wordt verdedigd in de literatuur,<sup>46</sup> en – zoals ik het *vertragingsrente*-arrest begrijp – wordt beoogd door de Hoge Raad.<sup>47</sup> Voor het bedrag waarover

46 Zie Asser-Hartkamp I nr. 421; J.M. Barendrecht en H.M. Storm, a.w. blz. 311 e.v.; Handboek Personenschade (Breedveld-de Voogd) hoofdstuk 3120 par. 5. Anders: F.C. Schirmeister, *Rechtshulp* 1997, blz. 10 e.v.; W.G. Verkuisen, VR 1998 blz. 69 e.v. Twijfelend: Mon Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus) nr. 33 onder d.

47 De lagere rechtspraak van vóór het *vertragingsrente*-arrest liep enigszins uiteen. Aansluitend bij liet hier verdedigde regime: Rb Den Bosch 30 jan. 1987, VR 1989, 182; Rb Amsterdam 17 maart 1993 en 15 dec. 1993, VR 1994, 206 m.nt. H.A. Bouman (rente over som ineens vanaf kapitalisatiedatum); Rb Amsterdam 3 feb. 1993, VR 1993, 157 (rente over som ineens vanaf datum einduitspraak). Anders: Rb Amsterdam 12 maart 1997, VR 1998, 7 (rente over som ineens vanaf datum ongeval); Rb Zutphen 28 feb. 1987, VR 1990, 12 (rente over periodieke inkomstenderving, maar of in deze procedure reeds was gekapitaliseerd is mij niet duidelijk).

45 Zie Mon Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus) nr. 33 onder d.

de wettelijke rente verschuldigd kan worden vormt de kapitalisatiedatum een 'omslagpunt': vóór de kapitalisatie is dat over de periodieke inkomstenderving, daarna over het volledige bedrag van de som ineens. Maar om dit regime te bereiken is de fictie dat arbeidsvermogensschade moet worden geacht op de kapitalisatiedatum te zijn ontstaan helemaal niet nodig omdat de wettelijke rente slechts wordt verschuldigd voorzover de schuldenaar in *verzuim* is.<sup>48</sup> Dat was reeds zo naar oud recht,<sup>49</sup> dat ik hier verder laat rusten.<sup>50</sup> Voor het huidige recht staat dit verzuimsvereiste expliciet vermeld in art. 6:119, lid 1 BW.<sup>51</sup>

#### 4.2 *Geen wettelijke rente, want geen verzuim, voorzover de vertraging in de nakoming van de vergoedingsplicht niet toerekenbaar is (art. 6:81 BW)*

Art. 6:81 BW bepaalt dat de schuldenaar in verzuim is gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden (en aan de eisen van de artt. 82 en 83 is voldaan)<sup>52</sup> behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend (of nakoming reeds blijvend onmogelijk is).<sup>53</sup> Welnu, omdat het bij inkomensschade als gevolg van letsel in de regel *onvermijdelijk* geruime tijd – meestal enkele jaren – duurt voordat de omvang van de schade zodanig is uitgekristalliseerd dat daarvan een beredeneerde schatting kan worden gemaakt, kan de vertraging in de nakoming van de vergoedingsplicht voorzover deze in verband daarmee eveneens onvermijdelijk is, de aansprakelijke

partij in de regel niet worden toegerekend, zodat in zoverre geen sprake is van verzuim. Voordat de omvang van de inkomensschade in overleg tussen partijen – of door de rechter – kan worden begroot is de aansprakelijke partij naar verkeersopvattingen qua betalingen slechts gehouden tot een bevoorschotting die tenminste gelijke tred houdt met de gederfde inkomsten. Over deze periode kan de aansprakelijke partij dus geen wettelijke rente verschuldigd worden over de later vast te stellen som ineens, ook niet wanneer dit bedrag gedurende deze periode al wel als opeisbaar moet worden beschouwd (wegens hantering van een vroege kapitalisatiedatum in het systeem van het *vertragingsrente*-arrest, of op grond van het actuele element van inkomensschade zoals in mijn opvatting). Wel zal de aansprakelijke partij in deze periode de wettelijke rente verschuldigd worden over de gederfde inkomsten die niet tijdig door de voorschotten worden gecompenseerd. Met het compenseren daarvan is hij dan immers wél in verzuim. En indien de benadeelde de som ineens later krijgt uitbetaald dan de kapitalisatiedatum, is de aansprakelijke partij over die som ineens slechts de wettelijke rente vanaf de kapitalisatiedatum verschuldigd voorzover hem die vertraging kan worden toegerekend.

Aldus ingevuld geeft het normatieve element dat in het verzuimsvereiste is gelegen (toerekenbare vertraging) de ruimte voor een wijze van verschuldigd worden van wettelijke rente die normatief is bepaald, en die van de 'oude' discussie over ontstaan en opeisbaarheid van inkomensschade is bevrijd. De fictie uit het *vertragingsrente*-arrest, dat de arbeidsvermogensschade moet worden geacht op de kapitalisatiedatum te zijn ontstaan, is dus overbodig. Ook zonder deze fictie fungeert de kapitalisatiedatum als een omslagpunt voor het bedrag waarover de wettelijke rente kan worden verschuldigd. En bovendien is het enkele feit van vertraging nog niet voldoende om die wettelijke rente daadwerkelijk verschuldigd te worden: de verplichting tot betaling van de wettelijke rente ontstaat slechts voorzover die vertraging aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend.

Voor de januskop-benadering betekent dit dat een veel geopperd bezwaar tegen de zienswijze dat arbeidsvermogensschade ontstaat op het moment van ongeval – namelijk dat dan van aanvang af de wettelijke rente wordt verschuldigd over de volledige som ineens – niet opgaat. Ook in de januskop-benadering fungeert de kapitalisatiedatum als omslagpunt en wordt wettelijke rente slechts verschuldigd voorzover sprake is van verzuim. Ik kom hierop terug in par. 4.4. Maar eerst

48 Zie Handboek Personenschade (Breedveld-de Voogd) hoofdstuk 2130 par. 2.

49 Zie HR 31 mei 1991, NJ 1992, 261 m.nt. HJS (*Willems c.s./FMN*).

50 Overigens kan het oude recht nog geruime tijd van belang zijn, omdat krachtens art. 173, lid 2 Overgangwet Nieuw BW de aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan onder het oude recht en doorloopt onder het nieuwe recht, ook wat haar omvang betreft geheel wordt beoordeeld naar oud recht. Derhalve moet in deze gevallen nog steeds wettelijke rente worden aangezegd, zo nodig ook na 1 januari 1992.

51 Art. 6:119, lid 1 luidt: 'De schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest.'

52 Bij schadevergoeding is dat in zoverre 'automatisch' het geval dat krachtens art. 6:83 aanhef en sub b geen ingebrekestelling is vereist.

53 Art. 6:81 luidt 'De schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artt. 82 en 83 is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.'

de wettelijke rente verschuldigd kan worden vormt de kapitalisatiedatum een 'omslagpunt': vóór de kapitalisatie is dat over de periodieke inkomstenderving, daarna over het volledige bedrag van de som ineens. Maar om dit regime te bereiken is de fictie dat arbeidsvermogensschade moet worden geacht op de kapitalisatiedatum te zijn ontstaan helemaal niet nodig omdat de wettelijke rente slechts wordt verschuldigd voorzover de schuldenaar in *verzuim* is.<sup>48</sup> Dat was reeds zo naar oud recht,<sup>49</sup> dat ik hier verder laat rusten.<sup>50</sup> Voor het huidige recht staat dit verzuimsvereiste expliciet vermeld in art. 6:119, lid 1 BW.<sup>51</sup>

#### 4.2 *Geen wettelijke rente, want geen verzuim, voorzover de vertraging in de nakoming van de vergoedingsplicht niet toerekenbaar is (art. 6:81 BW)*

Art. 6:81 BW bepaalt dat de schuldenaar in verzuim is gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden (en aan de eisen van de artt. 82 en 83 is voldaan)<sup>52</sup> behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend (of nakoming reeds blijvend onmogelijk is).<sup>53</sup> Welnu, omdat het bij inkomensschade als gevolg van letsel in de regel *onvermijdelijk* geruime tijd – meestal enkele jaren – duurt voordat de omvang van de schade zodanig is uitgekristalliseerd dat daarvan een beredeneerde schatting kan worden gemaakt, kan de vertraging in de nakoming van de vergoedingsplicht voorzover deze in verband daarmee eveneens onvermijdelijk is, de aansprakelijke

48 Zie Handboek Personenschade (Breedveld-de Voogd) hoofdstuk 2130 par. 2.

49 Zie HR 31 mei 1991, NJ 1992, 261 m.nt. HJS (*Willems c.s./FMN*).

50 Overigens kan het oude recht nog geruime tijd van belang zijn, omdat krachtens art. 173, lid 2 Overgangwet Nieuw BW de aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan onder het oude recht en doorloopt onder het nieuwe recht, ook wat haar omvang betreft geheel wordt beoordeeld naar oud recht. Derhalve moet in deze gevallen nog steeds wettelijke rente worden aangezegd, zo nodig ook na 1 januari 1992.

51 Art. 6:119, lid 1 luidt: 'De schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest.'

52 Bij schadevergoeding is dat in zoverre 'automatisch' het geval dat krachtens art. 6:83 aanhef en sub b geen ingebrekestelling is vereist.

53 Art. 6:81 luidt 'De schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artt. 82 en 83 is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.'

partij in de regel niet worden toegerekend, zodat in zoverre geen sprake is van verzuim. Voordat de omvang van de inkomensschade in overleg tussen partijen – of door de rechter – kan worden begroot is de aansprakelijke partij naar verkeersopvattingen qua betalingen slechts gehouden tot een bevoorschotting die tenminste gelijke tred houdt met de gedeerde inkomsten. Over deze periode kan de aansprakelijke partij dus geen wettelijke rente verschuldigd worden over de later vast te stellen som ineens, ook niet wanneer dit bedrag gedurende deze periode al wel als opeisbaar moet worden beschouwd (wegens hantering van een vroege kapitalisatiedatum in het systeem van het *vertragingsrente*-arrest, of op grond van het actuele element van inkomensschade zoals in mijn opvatting). Wel zal de aansprakelijke partij in deze periode de wettelijke rente verschuldigd worden over de gedeerde inkomsten die niet tijdig door de voorschotten worden gecompenseerd. Met het compenseren daarvan is hij dan immers wél in verzuim. En indien de benadeelde de som ineens later krijgt uitbetaald dan de kapitalisatiedatum, is de aansprakelijke partij over die som ineens slechts de wettelijke rente vanaf de kapitalisatiedatum verschuldigd voorzover hem die vertraging kan worden toegerekend.

Aldus ingevuld geeft het normatieve element dat in het verzuimsvereiste is gelegen (toerekenbare vertraging) de ruimte voor een wijze van verschuldigd worden van wettelijke rente die normatief is bepaald, en die van de 'oude' discussie over ontstaan en opeisbaarheid van inkomensschade is bevrijd. De fictie uit het *vertragingsrente*-arrest, dat de arbeidsvermogensschade moet worden geacht op de kapitalisatiedatum te zijn ontstaan, is dus overbodig. Ook zonder deze fictie fungeert de kapitalisatiedatum als een omslagpunt voor het bedrag waarover de wettelijke rente kan worden verschuldigd. En bovendien is het enkele feit van vertraging nog niet voldoende om die wettelijke rente daadwerkelijk verschuldigd te worden: de verplichting tot betaling van de wettelijke rente ontstaat slechts voorzover die vertraging aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend.

Voor de januskop-benadering betekent dit dat een veel geopperd bezwaar tegen de zienswijze dat arbeidsvermogensschade ontstaat op het moment van ongeval – namelijk dat dan van aanvang af de wettelijke rente wordt verschuldigd over de volledige som ineens – niet opgaat. Ook in de januskop-benadering fungeert de kapitalisatiedatum als omslagpunt en wordt wettelijke rente slechts verschuldigd voorzover sprake is van verzuim. Ik kom hierop terug in par. 4.4. Maar eerst



bespreek ik nog een juridisch-technische complicatie, namelijk de plicht tot afdracht van genoten voordeel bij overmacht van art. 6:78 BW.

#### 4.3 De plicht tot afdracht van genoten voordeel bij overmacht (art. 6:78 BW)

Naast de plicht tot vergoeding van de wettelijke rente ex art. 6:119 BW bestaat nog een tweede route voor de vergoeding van vertragingsschade, die naar mijn mening echter niet tot wezenlijk andere resultaten leidt, namelijk de plicht tot afdracht van genoten voordeel bij overmacht ex art. 6:78 BW.<sup>54</sup> Gedurende de periode dat de geleden arbeidsvermogensschade wel opeisbaar is, maar de vertraging in de vergoeding daarvan niet aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend, is zoals gezegd krachtens art. 6:81 jo 6:119, lid 1 BW geen wettelijke rente verschuldigd. Maar krachtens art. 6:78 BW geldt dan wél een schadevergoedingsplicht op de grondslag van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking.<sup>55</sup>

Deze regels houden in dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht is diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking, voor zover dit redelijk is (art. 6:212 BW).<sup>56</sup> Er moet dus sprake zijn van verrijking én van verarming. Anders dan bij wettelijke rente gaat het hier dus niet om een abstracte schadevergoeding op basis van een wettelijke fixatie,<sup>57</sup> maar wordt deze vergoedingsplicht beheerst door concrete uitgangspunten. In principe kan men stellen dat de aansprakelijke partij, die wegens de onvermijdelijke vertraging in de voldoening van een vordering tot vergoeding van arbeidsvermogensschade, gedurende de voorschot-periode op (het grootste deel van) zijn centen kan blijven zitten, daardoor wordt ver-

rijkt. Gedurende die periode kan hij immers rendement over het betreffende bedrag behalen. Of men tevens kan stellen dat de benadeelde hierdoor werd verarmd is echter de vraag. Ook als men ervan uitgaat dat de door hem geleden schade in volle omvang op het moment van het ongeval is ontstaan, blijft het in principe zo dat hij slechts vertragingsschade lijdt voorzover de bevoorschotting achterloopt bij de verschenen inkomstenderving. Is dat niet het geval, dan lijdt hij mijns inziens alleen vertragingsschade indien de gekapitaliseerde som later wordt uitgekeerd dan de kapitalisatiedatum. Dan is de berekening immers gebaseerd op de veronderstelling dat hij rendement over het betreffende bedrag behaalt gedurende een periode waarin hij in werkelijkheid nog niet over het geld beschikte en dus niet tot het behalen van dat rendement in staat was. Maar indien men dat nadeel wil compenseren lijkt het meer voor de hand te liggen om de kapitalisatiedatum aan de werkelijkheid aan te passen.

Daar komt bij dat de vergoedingsplicht slechts bestaat voor zover dit redelijk is. Het antwoord op de vraag of de vergoeding van een eventueel geleden vertragingsschade krachtens art. 6:78 BW redelijk is, lijkt in essentie te worden beheerst door dezelfde gezichtspunten als het antwoord op de vraag of de vertraging in de nakoming aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend in de zin van art. 6:81 BW. Daarom zou de eventuele toepassing van art. 6:78 BW in grote lijnen tot hetzelfde resultaat moeten leiden als die van art. 6:119 BW.

Op grond van het voorgaande vermoed ik dat bij de vergoeding van inkomensschade om wille van de eenvoud beter van toepassing van art. 6:78 BW kan worden afgezien. Ik zal dit kort illustreren in de volgende paragraaf en verder laat ik deze kwestie rusten.

#### 4.4 Vertragingsschade in de januskop-benadering

In mijn opvatting ontstaat door het ongeval in zekere zin zowel een toekomstige schade die periodiek wordt geleden naargelang de gederfde inkomsten zouden zijn genoten, als een actuele schade die ontstaat op het moment van het ongeval. Dat betekent niet dat van aanvang af de wettelijke rente wordt verschuldigd over de volledige som ineens, zoals in de opvatting van het Hof in het *vertragingssrente*-arrest. De vordering tot vergoeding van de actuele arbeidsvermogensschade is wel terstond opeisbaar, maar de onvermijdelijke vertraging in de voldoening daarvan kan niet worden toegerekend aan de schuldenaar tot aan het

54 Art. 6:78, lid 1 luidt: 'Indien een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, heeft de schuldeiser met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel.'

55 De Toelichting Meijers bij art. 6:81 (6.1.8.6) vermeldt expliciet dat dit artikel niet derogeert aan art. 6:78 (6.1.8.4). Zie PG boek 6 blz. 283.

56 Art. 6:212, lid 1 luidt: 'Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voorzover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.'

57 Zie de wetgeschiedenis bij art. 6:119 (6.1.9A.8) PG boek 6 blz. 466 e.v.

moment dat haar omvang is vastgesteld.<sup>58</sup> Of nauwkeuriger: tot aan het moment waarop in het kader van die vaststelling wordt verondersteld dat wordt uitbetaald (de kapitalisatiedatum). Tot die datum kan slechts een toerekenbare vertraging ontstaan met betrekking tot de bevoorschotting. Net als in het systeem van de Hoge Raad in het *vertragings-rente*-arrest vormt de kapitalisatiedatum ook hier het omslagpunt voor het bedrag waarover wettelijke rente verschuldigd kan worden: vóór de kapitalisatiedatum over de inkomstenderving, daarna over het volledige bedrag van de som ineens.

Ik teken aan dat voor dit resultaat niet nodig is om aan te nemen dat men door kapitalisatie 'kiest' voor vergoeding van de actuele arbeidsvermogensschade. Ook als men het zo voorstelt dat de toekomstige inkomstenderving wordt gekapitaliseerd, wordt daardoor de verbintenis tot het vergoeden van deze gekapitaliseerde inkomstenderving tot haar volle beloop opeisbaar en kan de wettelijke rente daarover gaan lopen.<sup>59</sup> En vóór de kapitalisatiedatum kan in deze voorstellingswijze uit de aard der zaak slechts wettelijke rente verschuldigd worden over de reeds verschenen inkomstenderving. Het januskop-concept biedt dus wel een grondslag om te bereiken dat de kapitalisatiedatum fungeert als omslagpunt voor de wettelijke rente, maar is daarvoor niet noodzakelijk.

Voor alle duidelijkheid: in mijn opvatting kan de benadeelde niet alleen niet eenzijdig 'kiezen' voor één van beide kanten van de januskop (actuele arbeidsvermogensschade of periodieke inkomstenderving) maar óók niet voor de peildatum waartegen wordt gekapitaliseerd wanneer

58 Voor dezelfde uitkomst is Asser-Hartkamp I nr. 421.

59 Dit op de voet van art. 6:105 (zie hetgeen opgemerkt in noot 40). In zoverre ben ik het dus niet eens met Bloembergen (diss. nr. 94 en conclusie voor het *vertragings-rente*-arrest onder 2.3) dat de verbintenis tot schadevergoeding pas opeisbaar is vanaf het moment waarop de schade is geleden (zie ook *Schadevergoeding* (Hartlief en Tjittes) Inleiding, aant. 27). Voorzover de benadeelde op de voet van art. 6:105 vergoeding van 'nog niet ingetreden schade' kan vorderen is deze voorstellingswijze onjuist. In dezelfde zin Handboek Personenschade (Elzas) hoofdstuk 3070 par. 2 alsmede (Breedveld-de Voogd) hoofdstuk 3120 par. 5; Asser-Hartkamp I nr. 421; Van der Grinten onder HR 12 april 1985, NJ 1985, 625 (*Staat/Van Driel*). De fictie uit het *vertragings-rente*-arrest dat de schade op de kapitalisatiedatum geacht moet worden te zijn geleden (zie ook de conclusie van Bloembergen onder 2.8) is mijns inziens dus geheel overbodig, óók wanneer men ervan uitgaat dat inkomstenschade uitsluitend periodiek wordt geleden. Een verdergaande bespreking van deze fundamentele en interessante kwestie valt helaas buiten het beperkte bestek van dit preadvies.

de schade wordt vergoed door middel van een som ineens. Welke datum daarvoor wordt gehanteerd is een kwestie van overeenstemming tussen partijen, en bij gebreke daarvan een besluit dat is voorbehouden aan de rechter. Vanuit zijn aard behoort de kapitalisatiedatum zo veel mogelijk samen te vallen met het moment van waaraf de benadeelde feitelijk over het te vergoeden bedrag ineens zal beschikken (de 'feitelijke' kapitalisatiedatum), maar normatieve gezichtspunten – wie was verantwoordelijk voor welke vertraging – *kunnen* aanleiding vormen om van die feitelijke datum af te wijken.

Wil men bij achteraf gezien onnodige vertraging de zwarte piet bij één van de partijen leggen dan kan men de kapitalisatiedatum stellen op de datum dat redelijkerwijs tot vaststelling en uitkering over had kunnen worden gegaan (de 'redelijke' kapitalisatiedatum). Hoort de zwarte piet bij de benadeelde thuis dan kan men hem de sindsdien verschenen wettelijke rente van art. 6:119 BW ontzeggen (vertraging niet toerekenbaar in de zin van art. 6:81 BW) en tevens de concrete verdragings-schade van art. 6:78 (vergoeding niet redelijk in de zin van art. 6:212 BW). In theorie is een minder vergaande 'sanctie' om de laatste vergoeding wél toe te wijzen, maar dan kan met net zo goed – of eigenlijk: beter – uitgaan van de feitelijke kapitalisatiedatum. Naar resultaat komt dat immers op hetzelfde neer. Hoort de zwarte piet bij de aansprakelijke partij dan kan men hem veroordelen om de sinds de redelijke kapitalisatiedatum verschenen wettelijke rente te betalen. Ook hier kan men stellen dat in theorie een minder vergaande 'sanctie' is om hem niet de wettelijke rente maar de concrete verdragings-schade van art. 6:78 BW te laten voldoen, maar lijkt het in dat geval beter om uit te gaan van de feitelijke kapitalisatiedatum.

## 5 Verjaring

### 5.1 Inleiding

Ik ben mij bewust dat het voorgaande reeds veel van de lezer zal hebben gevergd, en dat diens trein inmiddels wel zo ongeveer op de plaats van bestemming zou zijn aangekomen. Voordat ik ga afsluiten wil ik echter nog één kwestie bespreken, en dat is het aanvangstijdstip van de verjaring. Dit omdat daarmee een tweede bezwaar verband houdt dat wel is geopperd tegen de zienswijze dat arbeidsvermogensschade ontstaat op het moment van het ongeval, namelijk dat dit zou meebrengen



dat een vordering tot vergoeding van een bepaalde schadepost verjaard zou kunnen zijn voordat die schadepost is ontstaan.<sup>60</sup> Wat er zij van deze voorstelling van zaken – naar mijn mening schuilt daarin een petitum principii – voor het huidige recht is deze kwestie niet meer relevant omdat voor het aanvangstijdstip van de verjaring niet langer wordt aangeknoopt bij het moment van ontstaan van de schade.

### 5.2 Het aanvangstijdstip van de verjaring naar oud en huidig recht

Naar oud recht werd aangenomen dat de verjaringstermijn van een vordering begon te lopen op het ogenblik waarop de verbintenis opeisbaar werd, ongeacht of de schuldeiser op dat tijdstip reeds met het bestaan van de verbintenis bekend was.<sup>61</sup> Voor het gaan lopen van de verjaring van schadevorderingen uit onrechtmatige daad was vereist dat daardoor schade was ontstaan.<sup>62</sup> Immers door het intreden van de schade wordt de vordering tot vergoeding daarvan opeisbaar.

Krachtens art. 3:313 BW geldt ook naar huidig recht het moment van opeisbaarheid als ingangsmoment voor de verjaring, echter behoudens voorzover de wet anders bepaalt, hetgeen zij voor de vordering tot vergoeding van schade of betaling van een boete doet in art. 3:310 BW. Dit artikel kent een korte termijn van vijf jaar en een lange van twintig, respectievelijk dertig jaar.<sup>63</sup> Het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn wordt bepaald door een subjectieve maatstaf. De termijn begint te lopen nadat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Daarnaast loopt er steeds ook een lange termijn waarvan het begin afhankelijk is van een objectieve maatstaf. Deze termijn bedraagt twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, behalve bij schade door milieuverontreiniging en door gevaarlijke stoffen waarvoor een termijn geldt van dertig jaar.

Voor beide termijnen geldt dat het tijdstip waarop zij gaan lopen afwijkt van het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn naar oud recht. Dat spreekt het meest voor het subjectieve bekendheidscriterium

60 Zie Bloembergen, diss. nr. 95; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43.

61 HR 27 november 1964, NJ 1965, 51; HR 4 maart 1966, NJ 1966, 215; HR 11 september 1992, NJ 1992, 746.

62 Zie HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 (*Ontvanger/AMRO*).

63 Voor de eenvoud laat ik de materie van de leden 3 en 4 buiten beschouwing.

voor ingang van de korte termijn van vijf jaar. Daaraan kan uiteraard (veel) later zijn voldaan dan op het moment van de opeisbaarheid. Objectief gezien is een vordering tot schadevergoeding immers ook dan reeds opeisbaar als de benadeelde nog niet bekend is met de schade, of met de omstandigheid dat deze werd geleden als gevolg van een gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is.<sup>64</sup> Maar ook het aanvangstijdstip van de lange termijn van 20 of 30 jaar wijkt af van het oude recht. De gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt kan immers (veel) eerder hebben plaatsgevonden dan het intreden van de schade en het daarmee opeisbaar worden van de vordering tot schadevergoeding.

De verschillen laten zich goed illustreren aan de hand van de casus van het *Diaconessenhuis*-arrest.<sup>65</sup> Daarin zou de benadeelde pas in 1967<sup>66</sup> te weten zijn gekomen dat het doodgeboren worden van haar kinderen in 1959 en 1960 en haar daaropvolgende kinderloosheid het gevolg was van een fout bij een bloedtransfusie in 1956. Naar oud recht was voor de aanvang van de dertigjarige verjaringstermijn maatgevend het moment waarop de schade was ingetreden (ontstaanscriterium), hetgeen volgens het Hof uiterlijk het geval was in 1960 toen de benadeelde voor de tweede keer een doodgeboren kind kreeg, zo zij al niet geacht moest worden reeds te zijn ingetreden in 1956 toen de benadeelde de verkeerde bloedtransfusie ontving.<sup>67</sup> Naar nieuw recht zou de korte verjaringstermijn van vijf jaar zijn gaan lopen in 1967 toen zij van de relevante feiten op de hoogte kwam (bekendheidscriterium), de lange van 20 jaar meteen bij de verkeerde bloedtransfusie in 1956 (gebeurteniscriterium).<sup>68</sup>

### 5.3 Aanvang van de korte termijn bij inkomensschade

Volgens Hartkamp vangt de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310

64 Zie HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 (*Ontvanger/AMRO*).

65 HR 3 november 1995, NJ 1998, 380 m.nt. CJHB.

66 Althans daarvan moest worden uitgegaan. In cassatie had de benadeelde nog aangevoerd dat zij pas in 1988 van de relevante feiten op de hoogte kwam.

67 R.o. 4.4.3. De Hoge Raad hoefde over het exacte aanvangstijdstip de knoop niet door te hakken omdat ook bij een aanvang in 1960 de verjaring was voltooid (r.o. 3.2.).

68 Wel hangt dit mede af van de vraag van welke schade precies vergoeding wordt gevorderd. Zie in dit verband de beschouwingen van J.M. van Dunné, TMA 1996 blz. 17 e.v.

BW met betrekking tot door een ongeval veroorzaakte voortdurende schade, zoals regelmatig terugkerende dokterskosten en inkomensschade, aan op het moment van het ongeval.<sup>69</sup> Dit omdat op dat moment de benadeelde gezegd kan worden bekend te zijn met de schade, ook met die waarvan te verwachten is dat zij in de toekomst zal worden geleden. Een aparte verjaringstermijn zal volgens Hartkamp slechts gaan lopen terzake van schadeposten die ten tijde van het ongeval niet behoeften te worden verwacht. Dit is in overeenstemming met het op dit punt veel verder uitgekristalliseerde Duitse recht.<sup>70</sup>

Deze benadering lijkt mij juist. Een belangrijke rechtvaardiging jegens de schuldeiser voor het relatief snelle verlies van zijn rechten bij voltooiing van de korte verjaringstermijn van vijf jaar, is naar mijn mening gelegen in de omstandigheid dat de schuldeiser gedurende deze termijn in staat was om zijn vordering geldend te maken (of door stuiting veilig te stellen) maar daartoe niet is overgegaan. Zo bezien schijnt het enige juiste criterium voor het aanvangstijdstip van deze termijn het moment te zijn van waaraf de benadeelde daadwerkelijk in staat kan worden geacht om zijn recht op schadevergoeding uit te oefenen. Voorzover hij dat op enig moment op de voet van art. 6:105 BW ook voor doorlopende en/of toekomstige schade reeds kan doen, is redelijk dat de vijfjarige verjaringstermijn vanaf dat moment gaat lopen.

De consequentie is dat de vordering tot vergoeding van periodieke inkomstenderving inderdaad kan zijn verjaard voordat de betreffende inkomsten zouden zijn genoten. Bijvoorbeeld wanneer het de benadeelde van meet af aan duidelijk was dat hij als gevolg van het ongeval inkomensschade zou lijden, maar hij desondanks de hem bekende aansprakelijke partij vijf jaar lang niets liet horen. Ondanks dat op het moment van voltooiing van de korte verjaringstermijn een deel van zijn inkomstenderving nog moet verschijnen, is zijn vordering tot vergoeding daarvan op dat moment verjaard. Maar dat is geen consequentie van de zienswijze dat arbeidsvermogensschade ontstaat op het moment van het ongeval, maar van het wettelijk systeem. Mits men het bekend-

69 Asser-Hartkamp I nr 764.

70 Zie Palandt par. 852 Rz. 9. Evenzo het Oostenrijkse recht, zie OGH 18 augustus 1996, ZVR-Spruchbeilage 1997, 129 (ZVR 1997 blz. 370 e.v.).

heidscriterium niet gaat objectiveren maar werkelijk subjectief opvat,<sup>71</sup> lijkt deze consequentie ook niet onredelijk.

#### 5.4 Aanvang van de lange termijn bij inkomensschade

Bij letsel als gevolg van een ongeval vangt de 20 of 30-jarige verjaringstermijn van art. 3:310 BW aan met het ongeval. Dat is immers de gebeurtenis waardoor de schade werd veroorzaakt. Bij beroepsziekten en andere sluipende oorzaken ligt dit gecompliceerder omdat daarbij het ontstaanstijdstip van de schade van invloed kan zijn op de juiste uitleg van het begrip 'gebeurtenis' in art. 3:310 BW.<sup>72</sup> Ik laat deze kwestie hier rusten, en merk slechts op dat ook door het verstrijken van de lange termijn de vordering tot vergoeding van periodieke inkomstenderving kan zijn verjaard voordat de betreffende inkomsten zouden zijn genoten. Ook dit is geen consequentie van de zienswijze dat arbeidsvermogensschade ontstaat op het moment van het ongeval, maar van het wettelijk systeem.

#### 5.5 Verjaring in de januskop-benadering

In de januskop-benadering ontstaat door het ongeval in zekere zin zowel een toekomstige schade die periodiek wordt geleden naargelang de gederfde inkomsten zouden zijn genoten, als een actuele schade die ontstaat op het moment van het ongeval. Voor het moment waarop beide verjaringstermijnen van art. 3:310 BW gaan lopen is irrelevant welke zijde van de januskop men voor zich neemt: zowel de korte als de lange termijn gaat in beginsel lopen op het moment van het ongeval. Dat is slechts anders wanneer de benadeelde op dat moment nog niet behoefde te verwachten dat hij inkomensschade zou gaan lijden. In dat geval gaat de korte termijn pas lopen op het moment dat dit hem wél duidelijk is geworden.<sup>73</sup> Maar ook daarbij is de 'keuze' voor één van beide zijden van de januskop niet van belang.

71 Zoals gebeurt in de 'heersende leer'. Zie J. Linssen en A.C. van Schaick, Van nieuw BW naar BW, 1993, blz. 79 e.v.; M.W.E. Koopmann, Bevrijdende verjaring, diss. 1993, blz. 64 e.v.; Vermogensrecht (Koopmann) Art. 310, aant. 2.1. Anders: J.J. van Hees, NJB 1995 blz. 937-938. Aarzelend: H. Stein, Inleidingen LSA 1998 blz. 49-51.

72 Zie hierover J.Spier, WPNR 6050 (1992) blz. 589; J.M. van Dunné, TMA 1996, blz. 17 e.v.

73 Uiteraard mits hem ook de aansprakelijke partij bekend is.

## 6 Besluit

In mijn opvatting doet men het fenomeen inkomensschade het beste recht door het zoveel mogelijk te benaderen als een hybride figuur met twee gezichten. Aan de ene kant een toekomstige schade die periodiek wordt geleden naargelang de gederfde inkomsten zouden zijn genoten, en aan de andere kant een actuele schade die wordt geleden op het moment van het ongeval. Welbeschouwd komt zo'n januskop wel vaker voor: ook toekomstige zaakschade en toekomstige zuivere vermogensschade hebben naast hun toekomstige een actuele kant. En op het terrein van de inkomensschade vindt men de januskop terug in het fiscale recht. Het januskop-concept fungeert in mijn opvatting niet zozeer als grondslag voor bepaalde rechtsgevolgen, maar primair als een theoretisch concept waarmee het hybride karakter van inkomensschade tot uitdrukking wordt gebracht. Eventueel biedt het extra grond om de benadeelde of de aansprakelijke partij *niet* te volgen wanneer deze de eenzijdige voorkeur heeft voor een wijze van schadeafwikkeling die als een 'keuze' voor één van beide kanten van de januskop kan worden gekwalificeerd en voor de wederpartij onredelijk uit zou pakken. Wat tussen partijen rechtens is hoort niet af te hangen van welke zijde van de januskop men elkaar of de rechter voorhoudt.

Wat betreft het verschuldigd worden van wettelijke rente kan door invulling te geven aan het verzuimsvereiste van art. 6:119 een regime worden bereikt dat aansluit bij de verkeersopvattingen, wordt verdedigd in de literatuur, en wordt beoogd door de Hoge Raad, zonder dat gebruik hoeft te worden gemaakt van ficties. De kapitalisatiedatum functioneert als omslagpunt voor het bedrag waarover wettelijke rente verschuldigd kan worden, zonder dat hij hoeft te worden 'gedenaturaliseerd' tot verondersteld ontstaanstijdstip van de schade, zoals gebeurt in het *vertragingssrente*-arrest. Aanvaarding van het januskop-concept is hiervoor niet noodzakelijk, maar maakt een en ander wel inzichtelijk.

Voor het moment waarop de verjaringstermijnen van artikel 3:310 BW gaan lopen is het ontstaanmoment van de schade irrelevant. Zowel de korte als de lange termijn gaan in beginsel lopen op het moment van het ongeval. Dat is slechts anders voorzover de benadeelde op dat moment nog niet behoefde te verwachten schade te gaan lijden.

## REEDS VERSCHENEN PREADVIEZEN

### Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Deze preadviezen zijn tot dusver verschenen:

1. **Burgerlijk recht en grondrechten**  
door prof. mr J.L.M. Elders en mr M.B.W. Biesheuvel  
ISBN 90 6040 784 9
2. **Produktenaansprakelijkheid**  
door prof. mr J.H. Nieuwenhuis en mr J.M. Barendrecht  
ISBN 90 6040 833 0
3. **Kredietverlening naar huidig en komend recht**  
door prof. mr F.H.J. Mijnsen, prof. mr P.A. Stein en  
mr C.J.B. Ebeling  
ISBN 90 6040 879 9
4. **Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding**  
door prof. mr E.A.A. Luijten en mr J.A.M.P. Keijser  
ISBN 90 6040 909 4 (niet meer leverbaar)
5. **De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid**  
door prof. mr R. van den Bergh, dr. M. Faure LL.M., mr T. Hartlief en  
mr R.P.J.L. Tjittes  
ISBN 90 6040 942 6
6. **Capita overgangsrecht NBW**  
door mr R.S. Meijer, mr A.I.M. van Mierlo, prof. mr M.V. Polak,  
prof. mr J. Spier en mr C.H.W.M. Sterk en mr A.J. Tekstra  
ISBN 90 6040 979 5
7. **Contractsdwang/De global note en de nemo plusregel**  
door mr P. Klik LL.M. en mr P. Kuipers  
ISBN 90 5458 026 7
8. **Naar een Europees burgerlijk recht/Europees privaatrecht – Een bonte lappendeken**  
door prof. mr E.H. Hondius en mr L.A.D. Keus  
ISBN 90 5458 086 0

- 9. Het Haagse Trustverdrag in een Europees perspectief/  
Het Nederlandse Goederenrecht en het Haagse Trustverdrag**  
door mr C.D. van Boeschoten en prof. mr R.D. Vriesendorp  
ISDN 90 5458 198 0
- 10. Enige aspecten van het Weens koopverdrag/  
Specific topics of the CISG in the light of judicial application and  
scholarly writing**  
door mr R.I.V.F. Bertrams en prof. dr. Franco Ferrari LL.M.  
ISBN 90 5458 259 6
- 11. De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter/  
Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid**  
door prof. mr W. Konijnenbelt en prof. mr R.P.J.L. Tjittes  
ISBN 90 5458
- 12. Vermogensrechtelijke aspecten van leasing**  
door mr J.J. van Hees, mr drs. R.M. Hermans en  
prof. mr S.C.J.J. Kortmann  
ISBN 90 5458 526 9

Leden van de vereniging ontvangen ieder jaar de uitgebrachte preadviezen en hebben toegang tot de jaarvergadering. De contributie bedraagt thans *f* 35,- voor gewone leden en *f* 25,- voor student-leden. Voor aanmelding als lid kan men zich wenden tot SDU Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag, tel. 070-3789830, fax: 070-3789783. Voor nadere informatie over de vereniging kan men zich wenden tot de adjunct-secretaris van de VBR, mevr. mr C.W.M. Lieverse, postbus 74, 3000 AB Rotterdam, tel. 010-4034768, fax: 010-4129939, e-mail: [lieverse@loeff.com](mailto:lieverse@loeff.com)