

Artikelen

| 247 | **Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de vaststelling van de hoogte van de letselschadevergoeding: blik op Canada**

dr. J.M. Emaus¹

Een vonnis van de Rechtbank Den Haag en een met dat vonnis strijdig oordeel van het College voor de Rechten van de Mens leggen een duidelijk spanningsveld bloot tussen de Algemene wet gelijke behandeling en de concrete begroting van verlies van arbeidsvermogen. Dat spanningsveld staat in deze bijdrage centraal. Na analyse van de beide wettelijke regelingen en de sekse discriminatoire uitwerking van het schadevergoedingsrecht in het bijzonder, worden zeven alternatieve benaderingen voor de vergoeding van verlies van arbeidsvermogen geïntroduceerd. Deze in de Canadese praktijk en wetenschap gevonden benaderingen leiden tot de conclusie dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht beter in lijn moet en kan worden gebracht met het recht op gelijke behandeling op grond van geslacht zonder de grondbeginselen van het schadevergoedingsrecht te verlaten.

'Suppose that Billy and Stacy, two-year-old fraternal twins, are seriously injured in a motor vehicle accident. Both are rendered unemployable for the remainder of their lives. As the case proceeds to trial, liability is admitted and the only remaining issues relates to the damages to be awarded. As the trial judge has no evidence as to the probable course that the twins' lives would take (i.e. no school or work history), the loss of future earning capacity is determined using statistical evidence. Stacy is awarded \$ 300 000 on the basis of female earning statistics while Billy receives \$ 800 000 using male statistics. *Twins they are no longer.*'²

1. Inleiding

Verlies van arbeidsvermogen is in de praktijk een (zo niet de meest) belangrijke schadepost in personenschadezaken.³ Schadevergoeding vanwege verlies van arbeidsvermogen is een compensatie voor het verminderde of verlo-

ren vermogen om betaalde of onbetaalde arbeid te verrichten en heeft een groot aandeel in de totaal uit te keren schadevergoedingssom.⁴ Beslissend voor de omvang van deze schadepost is de daarvoor gekozen (reken)methode. Die methode was onderwerp van geschil in de zaak *Reaal* die aanleiding is voor deze bijdrage. De uit elkaar lopende ideeën van de benadeelde en verzekeraar Reaal over de te hanteren rekenmethode betekenden in deze zaak een verschil in uitkomst van maar liefst € 410.176. De onenigheid tussen partijen leidde tot een vonnis van de Rechtbank Den Haag in een deelgeschilprocedure en tot een met dat vonnis strijdig oordeel van het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College).⁵ Het College oordeelde dat met de toepassing van een scenario-schets die was voorgesteld door Reaal en als uitgangspunt was geaccepteerd door de Rechtbank Den Haag, verboden onderscheid was gemaakt op grond van geslacht. De zaak legt een sekse discriminatoire uitwerking van het Nederlandse schadevergoedingsrecht bloot: de praktijk van het schadevergoedingsrecht leidt er toe dat rekening wordt

¹ Jessy Emaus is redacteur van *Letsel & Schade*, universitair docent Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht en als onderzoeker verbonden aan de Utrechtse onderzoekscentra Ucall (*Utrecht Centre for Accountability and Liability*) en Renforce (*Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe*). Contact: J.M.Emaus@uu.nl. Met dank aan Marlou Overheul, student-assistent Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, voor assistentie bij het onderzoek.

² S. Effler, 'Future Earning Capacity: Implications for Young Female Plaintiffs', *Appeal: Review of Current Law and Law Reform* 1998, p. 6.

³ De terminologie is gebaseerd op het *Handboek Personenschade*. Volgens het *Handboek Personenschade* omvat het verlies van arbeidsvermogen zowel het verminderde of verloren vermogen om betaalde arbeid te verrichten (verlies van verdienvermogen) als het verminderde of verloren vermogen om onbetaalde arbeid te verrichten (huishoudelijke hulp en het verlies zelfwerkzaamheid) omvat. Zie: M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-3.

⁴ Commissie Gelijke Behandeling, *Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek*, 2012, p. 5.

⁵ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, **ECLI:NL:RBDHA:2013:9276**, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute; CRM 19 augustus 2014, 2014-97, in deze aflevering van L&S gepubliceerd onder nummer 251. Zie kamervragen en antwoorden naar aanleiding van het vonnis van de Rechtbank Den Haag: *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1333.



gehouden met het geslacht van de benadeelde bij de berekening van de letselschadevergoeding.

In deze bijdrage staat de hiervoor gesignaleerde discriminatoire uitwerking van het schadevergoedingsrecht centraal.⁶ Die discriminatoire uitwerking wordt nader geanalyseerd in paragraaf 5. In de paragrafen 2, 3 en 4 volgt eerst een inleiding op het onderwerp, met achtereenvolgens een bespreking van de zaak *Reaal* aan de hand van de hiervoor genoemde uitspraken (par. 2), van het fundamentele belang van gelijke behandeling op grond van geslacht *an sich* en van het belang van een wettelijke regeling (par. 3) en een beschrijving van de wettelijke regeling met haar Europese achtergrond (par. 4). Na de beschrijving van het probleem in paragraaf 5 worden in paragraaf 6 oplossingsrichtingen geïntroduceerd. In paragraaf 7 wordt afgesloten met een weergave van de belangrijkste conclusies.

Deze bijdrage is niet alleen gebaseerd op de bestudering van relevante Nederlandse en Europese wetgeving, jurisprudentie en literatuur, maar berust tevens op wetgeving, jurisprudentie en literatuur uit Canada.⁷ Met de inwerkingtreding in 1982 van het *Canadian Charter of Rights and Freedoms* heeft de rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten daar een grote vlucht genomen.⁸ In het *Charter* wordt gelijkheid beschermd in artikel 15, terwijl artikel 28 meer specifiek bepaalt dat bij de toepassing van het *Charter* geen onderscheid op grond van geslacht mag worden gemaakt. In Canada is de hier centraal staande problematiek tenminste reeds sinds begin jaren '90 onderwerp van discussie.⁹ Over die discussie wordt wel gezegd dat het in Canada inmiddels niet meer de vraag is óf 'gender fairness' in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van schade, maar dat de aandacht tegenwoordig erop is gericht te zien hóe seksgelijkheid het best in het schadevergoedingsrecht kan worden geïmplementeerd.¹⁰

In deze bijdrage wordt zowel gesproken over 'non-discriminatie op grond van geslacht' en 'verboden onderscheid op grond van geslacht', als over 'gelijke behandeling van

mannen en vrouwen'. De relatie tussen de verschillende begrippen wordt hier niet verder geproblematiseerd, maar (simpel) gedefinieerd als: het verbod van non-discriminatie of onderscheid draagt bij aan gelijke behandeling. Het verbod van non-discriminatie of onderscheid, anders gezegd en in de woorden van Nikolaidis, komt voort uit de (gevoelde) noodzaak tot gelijke behandeling.¹¹ 'Verboden onderscheid' is een in de Algemene wet gelijke behandeling gebruikt begrip, terwijl in het Europese recht van 'non-discriminatie' wordt gesproken.

2. De zaak *Reaal*

Aanleiding voor de zaak *Reaal* was een verkeersongeval op 7 november 2003 met als slachtoffer een 10-jarig meisje (hierna: benadeelde) die bij het ongeval onder meer blijvend hersenletsel en een gedeeltelijke verlamming had opgelopen.¹² Het kind was door een motorrijder aangereden toen zij de weg wilde oversteken. De motorrijder was verzekerd bij Reaal, die aansprakelijkheid voor het ongeval erkende. De omvang van de uit te keren schadevergoeding hield partijen echter verdeeld.

Aan de Rechtbank Den Haag werd daarom in 2013 in een deelgeschilprocedure door benadeelde – onder meer – verzocht het verlies van arbeidsvermogen vast te stellen op een bedrag van € 432.893.¹³ Dat bedrag was de uitkomst van een berekening door het Nederlands Rekencentrum Letselschade (hierna: NRL), dat daarbij uitgangspunten had gehanteerd die door benadeelde waren gegeven. Het NRL was er onder meer vanuit gegaan dat benadeelde een opleiding op een gemiddeld VMBO-niveau zou hebben genoten. Dat niveau was volgens Reaal echter niet realistisch. In verweer betoogde Reaal dat enkel VMBO-laag haalbaar zou zijn geweest. Reaal hield verder vast aan het scenario dat zij reeds voor de deelgeschilprocedure aan benadeelde had voorgesteld, namelijk om er bij de berekening van uit te gaan dat benadeelde, het ongeval wegdenkende, van haar 17^e tot haar 26^e fulltime zou hebben gewerkt, daaropvolgend 10 jaar niet zou hebben gewerkt en daarna parttime tot haar 67^e. Met dat scenario als uitgangspunt zou er per saldo

⁶ Zie over dit onderwerp eerder uitgebreid: S.D. Lindenberg, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten. Onderscheid naar geslacht bij schadebegroting?', *Nemesis* 2001, p. 178-185.

⁷ En overigens een enkele verwijzing naar Amerikaanse literatuur; het onderwerp is ook in de Verenigde Staten breed bediscussieerd.

⁸ J. Webber, *The Constitution of Canada. A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 3.

⁹ Het in het bijzonder vanwege de link tussen het Charter en onderscheid in het schadevergoedingsrecht – en onder meer: E. Gibson, 'The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages', in: K. Cooper-Stephenson & E. Gibson, *Tort Theory*, North York: Captus Press 1993, p. 185-211.

¹⁰ M Chamallas, 'Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss', *The Ohio State University Moritz College of Law Working Paper Series* 2005, p. 110.

¹¹ Ch. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the jurisprudence of the European courts*, New York: Routledge 2015, p. 29.

¹² CRM 19 augustus 2014, 2014-97. Zie over het oordeel reeds: M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/17, p. 117-118; Chr. H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', *AV&S* 2015/19, p. 114-125; M. Chébiti, 'Het fundamentele recht van vrouwen op respect voor hun autonomie van lichaam en geest', *NJB* 2014/2110, p. 2926-2931. En over het vonnis van de rechtbank: R.A. Hebly, 'Noot: Gelijke monniken, (on)gelijke kappen?', *Letset & Schade* 2013/214 (afl. 3); J.C.J. Dute, noot bij: Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, JA 2013, 171.

¹³ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, **ECLI:NL:RBDHA:2013:9276**, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute.



geen schade zijn, maar de eerste jaren – tot 2019 – zou er wel een tekort van € 22.717 zijn. Reaal was bereid dat tekort op te vangen.

De Rechtbank Den Haag kwam in de deelgeschilprocedure tot de beslissing dat zij op basis van de voorhanden informatie de schade niet kon vaststellen, maar besliste wel over bij de vaststelling van de vergoeding te hantieren uitgangspunten. Ten aanzien van het opleidingsniveau besliste de rechtbank dat er van zou moeten worden uitgegaan dat benadeelde in staat zou zijn geweest een opleiding iets onder gemiddeld VMBO niveau af te ronden.¹⁴ Verder besliste de rechtbank over het verwachte aantal uren dat benadeelde zou hebben gewerkt, dat het door Reaal geschetste scenario redelijk was,¹⁵ onder de overweging:

‘Het is immers een feit van algemene bekendheid dat slechts een kleine groep vrouwen na de geboorte van kinderen fulltime blijft werken en derhalve de verzorging en opvoeding van die kinderen voor een belangrijk deel aan derden over laat, terwijl niet is onderbouwd dat [C] tot deze kleine groep vrouwen behoort.’¹⁶

Het door benadeelde ter zitting opgeworpen bezwaar van onderscheid op grond van geslacht werd door de rechtbank afgedaan met de overweging:

‘De rechtbank dient, rekening houdend met de beschikbare statistische gegevens en de persoonlijke omstandigheden van [C], te schatten hoe het leven van [C] er, het ongeval weggedacht, zou hebben uitgezien. Daarbij is het onvermijdelijk dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat [C] een vrouw is, maar dit maakt nog niet dat de aannames daarmee discriminerend zijn. De aannames laten immers alle ruimte om in afwijking van de statistische gegevens uit te gaan van een fulltime dienstverband wanneer daartoe op basis van de persoonlijke omstandigheden van [C] voldoende aanleiding is.’¹⁷

De beslissing van de rechtbank komt kennelijk voort uit de doelstelling van het schadevergoedingsrecht om de benadeelde zo veel mogelijk te plaatsen in de situatie waarin hij zonder schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben verkeerd,¹⁸ door de inkomenssituatie na het ongeval te vergelijken met de hypothetische situatie het ongeval wegdenkende.¹⁹ Meer concreet komt het daarbij aan, aldus de Rechtbank Den Haag, op een schatting

naar redelijkheid van goede en kwade kansen, waarbij geldt dat geen strenge eisen mogen worden gesteld aan het door de benadeelde te leveren bewijs ten aanzien van de schade die bestaat uit verlies van arbeidsvermogen.²⁰

Na de beslissing van de Rechtbank Den Haag verzochten de ouders van de benadeelde het College voor de Rechten van de Mens te onderzoeken of Reaal bij de berekening van de omvang van de schadevergoeding verboden onderscheid op grond van geslacht maakte. Het College oordeelde op 19 augustus 2014 dat Reaal inderdaad onderscheid maakte op grond van geslacht, zoals verboden bij artikel 7 lid 1 sub a Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), en onderbouwde dat oordeel onder andere met Reaals verweerschrift in de deelgeschilprocedure dat in de procedure voor het College was ingebracht.²¹

In het verweerschrift werd het hiervoor genoemde scenario door Reaal uiteengezet, waarbij Reaal ter onderbouwing hiervan twee onderzoeken over de arbeidsparticipatie van vrouwen had overgelegd. Het College achtte het niet aannemelijk dat de scenarioschets ook bij de berekening van de omvang van schadevergoeding voor een man zou worden gehanteerd. En daarmee waren verzoekers erin geslaagd ‘feiten aan te voeren die direct onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.’²² Volgens de bewijslastverdeling in artikel 10 lid 1 AWGB was het vervolgens aan Reaal om te bewijzen dat zij geen verboden onderscheid had gemaakt. Reaal stelde daartoe dat het geschetste scenario niet een definitief uitgangspunt bij de berekening betrof, maar dat alle mogelijkheden nog open waren. Het College ging daar niet in mee. Verder voerde Reaal aan dat de statistieken weliswaar spreken over ‘kapsters’, maar dat duidelijk is dat de cijfers betrekking hebben op mannen en vrouwen in de beroepsgroep en dat Reaal bereid was om een andere beroepskeuze als uitgangspunt te nemen. Het College overwoog, kort gezegd, dat niet was gebleken dat Reaal nog openstond voor het aannemen van een ander uitgangspunt en dat het College ook geen aanwijzingen had dat Reaal er voor open zou staan in een nieuwe berekening ten aanzien van het aantal arbeidsuren een ander scenario te kiezen dan het hiervoor genoemde. En daarmee was niet bewezen dat Reaal met haar scenarioschets geen direct onderscheid op grond

¹⁴ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.7.

¹⁵ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.12.

¹⁶ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.10.

¹⁷ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.11.

¹⁸ S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW B34), Deventer: Kluwer 2014, p. 8 e.v. En ook: A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 114-115.

¹⁹ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.2.

²⁰ Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, L&S 2013/213 m.nt. R.A. Hebly, JA 2013, 171, m.nt. Dute, r.o. 4.2.

²¹ CRM 19 augustus 2014, 2014-97, r.o. 3.11. Zie ook eerdere oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens): CGB 5 november 1996, oordeel 1996-90; CGB 1 april 2004, oordeel 2004-37; CGB 1 december 2009, oordeel 2009-117. Gekend uit: Commissie Gelijke Behandeling, **Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek**, 2012, p.11-12.

²² CRM 19 augustus 2014, 2014-97, r.o. 3.11.

van geslacht had gemaakt. Een wettelijke uitzondering op het verboden onderscheid, tot slot, was niet van toepassing.

Het College kwam daarmee tot de conclusie dat Reaal bij de berekening van de schadevergoeding verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. Maar wat betekent dat concreet voor partijen in de zaak *Reaal*? Het oordeel van het College heeft geen bindende kracht, noch in de zin van een bindend advies, noch als rechterlijke uitspraak, en heeft ook verder op grond van de wet geen rechtsgevolg aan zich verbonden.²³ Die constatering maakt het oordeel echter niet betekenisloos. Volgens de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel *Oprichting College voor de rechten van de mens* zijn ‘het gezag en de deskundigheid van het College’ bepalend voor wat met de bevindingen en aanbevelingen wordt gedaan door rechter, bestuur of betrokkenen.²⁴ Naar mijn mening betekent dat dat het hof in beroep ervan moet uitgaan dat de scenarioschets inderdaad in strijd is met het artikel 7 lid 1 sub a AWGB.²⁵ Ik licht dat toe in de hiernavolgende paragrafen.

3. De betekenis van gelijke behandeling op grond van geslacht en van de juridische verankering van dat beginsel

3.1. De betekenis van het beginsel van gelijke behandeling

Voordat in paragraaf 5 een nadere analyse van het duidelijke spanningsveld tussen de Algemene wet gelijke behandeling en de concrete begroting van verlies van arbeidsvermogen wordt gegeven, wordt in deze paragraaf eerst het fundamentele belang van gelijke behandeling vooropgesteld. Centraal staan de vragen naar de betekenis van het beginsel van gelijke behandeling – in het bijzonder op grond van geslacht – en naar de betekenis van de juridische verankering van dat beginsel in de wet.

De grote betekenis van het beginsel van gelijke behandeling blijkt in de eerste plaats uit de erkenning ervan in en de waarborging ervan via verschillende internationale en Europese mensenrechtenverdragen waar het tegenwoor-

dig deel van uitmaakt, waaronder de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (hierna: UVRM), het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU Handvest). En ook de Nederlandse Grondwet waarborgt gelijke behandeling in het eerste artikel van die wet. Uit die verankering in mensenrechtenverdragen en Grondwet mag worden afgeleid dat gelijke behandeling kennelijk als een zo fundamenteel beginsel wordt beschouwd dat het bijzondere bescherming in de rechtsorde verdient, en niet slechts in Nederland.

Deze vaststelling van de belangrijke status van het beginsel zegt echter nog niets over het *waarom* van de toekenning van die status. Voor dat waarom wordt in deze bijdrage aangehaakt bij de analyse van *Nikolaidis*, die concludeert dat het voor het vaststellen van de betekenis van gelijke behandeling aankomt op het identificeren van wat een individu nodig heeft om vrij van sociale onderdrukking te kunnen functioneren²⁶ – ik citeer:

‘To trace the substantive reasons for sustaining a fundamental human right to equality is to identify the basic capabilities which will allow the individual to operate free from [such] social oppression. As will be shown later on, this understanding of substantive equality is based on the idea of equal opportunity. The goal is not to achieve equal achievement, either by way of quotas or favourable treatment, but to foster personal enablement by way of eradicating externally imposed barriers to human development.’²⁷

Nikolaidis wijst er in het vervolg van zijn uiteenzetting op dat gelijke behandeling vaak in één adem wordt genoemd met menselijke waardigheid. Hij noemt de preambule bij het UVRM als voorbeeld, maar het geldt even goed voor het, in de context van deze bijdrage meer relevante, EU Handvest.²⁸ De preambule bij het EU Handvest bepaalt onder meer:

‘De Unie, die zich bewust is van haar geestelijke en morele erfgoed, heeft haar grondslag in *de ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit*. Zij berust op het beginsel van democratie en het beginsel van de rechtsstaat. De Unie stelt de mens centraal in haar optreden, door het burgerschap van de Unie in te stellen en een

²³ Kamerstukken II 2009/10, 32467, nr. 3, p. 30 (MvT).

²⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32467, nr. 3, p. 30 (MvT).

²⁵ Het vermoeden dat beroep is ingesteld is afgeleid uit een verslag van de Europese Commissie, waarin de zaak *Reaal* wordt genoemd en waarin wordt vermeld dat de zaak op het moment aanhangig is bij ‘de hogere rechtsinstantie’, zie: Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, COM(2015) 190, p. 9.

²⁶ Ch. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the jurisprudence of the European courts*, New York: Routledge 2015, p. 11.

²⁷ Ch. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the jurisprudence of the European courts*, New York: Routledge 2015, p. 11.

²⁸ En overigens ook de Memorie van Toelichting bij de Algemene wet gelijke behandeling. Zie: Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. 1, p. 1 (MvT). Zie: R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013, p. 108.



ruimte van vrijheid, veiligheid en recht tot stand te brengen (cursivering, JE).’

Deze koppeling van menselijke waardigheid aan gelijke behandeling verklaart *Nikolaidis* uit de gemeenschappelijke band met het fundamentele idee van individuele autonomie die de beide beginselen delen. *Nikolaidis* legt uit dat beide beginselen refereren aan het vermogen van een persoon om zichzelf te zijn, om te leven volgens eigen drijfveren, zonder manipulatie door ‘externe machten’. Anders gezegd:

‘This need for free personal development necessarily requires respect for one’s intrinsic worth; and one’s intrinsic worth cannot be affirmed where people are guided by reasons and motives which are not their own. It seems to be the case then that individual autonomy and human dignity are very closely connected, if not completely confluent, for neither of them can fully be realised or even explicated without reference to the other. The value of equality is similarly attached to the idea of individual autonomy insofar as equality prescribes the freedom of the individual from adverse social norms and attitudes. Equality then implies the personal autonomy which is also an inextricable component of a dignified life.’²⁹

De analyse door *Nikolaidis* sluit aan bij verschillende andere uiteenzettingen over het belang van gelijke behandeling. *Ellis & Watson* schrijven bijvoorbeeld dat zonder gelijke behandeling talenten van het individu niet ten volle kunnen worden benut, dat menselijke waardigheid in gevaar wordt gebracht, en dat de betreffende persoon niet ten volle benutten wat het leven te bieden heeft: ongelijkheid op grond van geslacht is simpelweg oneerlijk.³⁰

3.2. De betekenis van de juridische verankering van het beginsel

De juridische verankering van het beginsel van gelijke behandeling op grond van geslacht is van belang voor de erkenning van dat beginsel als onderdeel van de fundamentele principes waarop onze rechtsorde berust. Maar met een enkele verwijzing naar dat beginsel als recht als zodanig en de erkenning die daar mee komt, kan niet worden volstaan. Voor de verwezenlijking van gelijke

behandeling op grond van geslacht is het noodzakelijk dat dat recht verder concreet wordt gemaakt door harde en meer toespitste wetgeving met daarbij horende handhavingsopties.

In de rechtsorde van de Europese Unie (hierna: Unierechtsorde) heeft het beginsel van gelijke behandeling zich ontwikkeld van een beginsel waaraan in rechtspraak en primair Unierecht werd gerefereerd, tot een recht dat via richtlijnen en daaruit voortgekomen interne regelingen in de lidstaten juridisch afdwingbaar is. Wat de richtlijnen betreft, heeft de Europese Commissie in 2003 bijvoorbeeld het, in deze bijdrage relevante (en overigens ook aangenomen) voorstel gedaan voor een richtlijn tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (hierna: de richtlijn).³¹ Het voorstel illustreert het belang van concrete juridische verankering.

De Commissie kwam tot het voorstel omdat zij meende dat de lidstaten niet voldoende in staat waren om afzonderlijk het gewenste gemeenschappelijke niveau van bescherming tegen discriminatie te bieden, en dat dat beter een taak was voor de Europese Unie.³² Niet alleen werd met de richtlijn beoogd ‘de fundamentele waarden te versterken waarop de Unie gegrondvest is’, ook zou de richtlijn helpen ‘de economische en sociale samenhang [te] versterken door te waarborgen dat de burgers van alle lidstaten een basisniveau van bescherming tegen seksdiscriminatie genieten en over vergelijkbare rechtsmiddelen beschikken.’³³ Discriminatie op grond van geslacht kan, anders gezegd, in de weg staan aan sociale en economische integratie. Daarbij geldt dat een wettelijk verbod van discriminatie een hulpmiddel voor een slachtoffer van discriminatie kan zijn, omdat het hem de mogelijkheid geeft om de discriminatie aan te vechten. De Commissie overwoog verder dat slachtoffers van discriminatie schadeloos moeten worden gesteld en dat strafmaatregelen er verder toe moeten bijdragen dat discriminatie wordt voorkomen. De keuze voor een richtlijn als instrument is gebaseerd op de ruime en positieve ervaring met dit instrument bij het tegengaan van discriminatie op grond van geslacht op de arbeidsmarkt.³⁴ Het heeft er, aldus de Commissie, ‘toe bijgedragen dat de houding ten aanzien van de rol van mannen en vrouwen in de Europese samenleving is veranderd.’³⁵

²⁹ Ch. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, New York: Routledge 2015, p. 13.

³⁰ E. Ellis & P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1.

³¹ Zie paragraaf 4.2.2.

³² Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 10.

³³ Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 12.

³⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 3.

³⁵ Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 3-4.



4. De wettelijke regeling van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten

4.1. *Het Unierecht en de Algemene wet gelijke behandeling*

De wettelijke regeling van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten in de AWGB is een uitwerking van artikel 1 Grondwet, maar geeft ook uitvoering aan de in de vorige paragraaf geïntroduceerde Europese richtlijn. In deze paragraaf wordt die wettelijke regeling uiteengezet (par. 4.3) maar wordt eerst aandacht besteed aan het Europees recht in het licht waarvan de regeling namelijk moet worden begrepen en uitgelegd (par. 4.2).³⁶

4.2. *Het Unierechtelijke kader: de Verdragen, het Handvest, de rechtspraak van het Hof van Justitie, en de Richtlijn*³⁷

4.2.1. *Primair Unierecht*

Het beginsel van gelijke behandeling komt in de Unierechtsorde in de eerste plaats tot uitdrukking in het primaire Unierecht. Tot het primaire Unierecht worden gerekend de Verdragen (het Verdrag betreffende de Europese Unie, hierna: Unieverdrag of VEU, en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, hierna: Werkingsverdrag of VWEU) en het EU Handvest. Het Unieverdrag en het Werkingsverdrag vormen de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest.³⁸ In artikel 2 VEU komen de waarden tot uitdrukking waarop de Europese Unie berust. Tot die waarden horen ook 'non-discriminatie' en 'gelijkheid van mannen en vrouwen'. Als doelstelling van de Europese Unie is vervolgens in artikel 3 VEU opgenomen dat de Europese Unie sociale uitsluiting en discriminatie bestrijdt en sociale rechtvaardigheid en bescherming, en gelijkheid tussen mannen en vrouwen bevordert.

Aan de Europese Unie is in artikel 8 VWEU opgedragen om er bij elk optreden naar te streven de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bevorderen. Een concrete bevoegdheid voor de Europese Raad op het gebied van gelijke behandeling ligt vervolgens in artikel 19 VWEU, dat bepaalt dat de Raad op voorstel van de Europese

Commissie en na goedkeuring van het Europees Parlement 'passende maatregelen [kan] nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.'

Behalve de Verdragen hoort ook het EU Handvest sinds haar inwerkingtreding op 1 december 2009 tot het primaire Unierecht. Het EU Handvest is volgens artikel 6 VEU qua rang en stand gelijk aan de Verdragen. Volgens artikel 51 lid 1 EU Handvest bindt het Handvest de instellingen, organen en instanties van de Unie en ook de lidstaten, maar alleen 'wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.' Onder 'lidstaat' in de zin van deze bepaling is ook de nationale rechter begrepen. In *Åkerberg Fransson* besliste het Hof van Justitie dat artikel 51 lid 1 EU Handvest zo moet worden begrepen dat 'de door het Handvest gewaarborgde grondrechten moeten [dus] worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, zodat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat die grondrechten toepassing vinden. Wanneer het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden.'³⁹ Het Hof van Justitie overwoog later in *Siragusa* dat voor de vraag of sprake is van ten uitvoer brengen van het recht van de Unie onder meer relevant is of een nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt.⁴⁰ Meer concreet, en relevant in het licht van deze bijdrage, wordt de Nederlandse rechter (aldus) geacht het Handvest te eerbiedigen in een civielrechtelijke zaak waarin een regel van nationaal (privaat)recht aan de orde is waarmee wordt beoogd uitwerking te geven aan een richtlijn.⁴¹

Gelijkheid komt een belangrijke plaats toe in het EU Handvest. De preambule bij het Handvest verwijst naar gelijkheid als waarde die aan de Europese Unie ten grondslag ligt. Het EU Handvest heeft verder een aparte 'Titel III. Gelijkheid', in welke titel in zeven bepalingen gelijke behandeling wordt gewaarborgd. Artikel 21 EU Handvest verbiedt discriminatie op verschillende gronden waaronder geslacht, terwijl artikel 23 EU Handvest de gelijkheid van vrouwen en mannen waarborgt. De relevantie van de beide artikelen en de rol die ze kunnen vervullen in de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld uit de in par. 4.2.3. te bespreken *Test-Aankoop* zaak.

De hiervoor genoemde bepalingen van primair Unierecht zijn bepalingen die voorbij de (traditionele) waarborging

³⁶ Zie: Asser/Hartkamp 3-I* 2008, nr. 116 e.v. En uitgebreid: M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht* (Recht en Praktijk 115), Deventer: Kluwer 2011; S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

³⁷ Zie meer uitgebreid: E. Ellis & P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, chapter 1.

³⁸ Aldus de preambules bij het Unieverdrag en Werkingsverdrag.

³⁹ HvJ EU (Grote Kamer) 26 februari 2013, C-617/10, r.o. 21 (*Åkerberg Fransson*).

⁴⁰ HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, r.o. 25 (*Siragusa*).

⁴¹ T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen', *NTBR* 2011, 9. A. Rosas, 'When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?', *Jurisprudence* 2012, p. 1277 e.v.

van gelijke behandeling in de interne markt gaan. De waarborging van gelijke behandeling in het EU Handvest en de algemeen geformuleerde bevoegdheid in artikel 19 VWEU brengen tot uitdrukking dat gelijke behandeling als waarde wordt beschouwd waarop de Europese Unie berust.⁴²

4.2.2. De rechtspraak van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak al vroeg verschillende beginselen erkend als beginselen die ten grondslag liggen aan de Europese Unie.⁴³ De algemene beginselen van Unierecht zijn gebaseerd op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en op verdragen zoals het EVRM. De beginselen hebben constitutionele status⁴⁴ en komen volgens *Craig & De Búrca* in de rangorde op de tweede plaats, dus na de hiervoor besproken Verdragen en het EU Handvest, maar voor het hierna te bespreken secundaire Unierecht: ze worden gebruikt bij de interpretatie van de Verdragen en kunnen grond zijn voor de ongeldigverklaring van secundair Unierecht.⁴⁵ Tot de door het Hof van Justitie erkende beginselen hoort niet in de laatste plaats het beginsel van gelijke behandeling. Dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak een beginsel van gelijke behandeling heeft aanvaard naast de bepalingen daarover in de Verdragen, noemt *Tridimas* eerder een principiële keuze dan een noodzakelijke, vanwege de democratische garantie die het is.⁴⁶

4.2.3. Secundair Unierecht: de Richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten

Aan het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen is in het Unierecht verder toepassing gegeven met, onder meer en hier relevant, de Richtlijn gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten.⁴⁷ De richtlijn verbiedt onder meer discriminatie bij de levering van diensten. Onder diensten worden verstaan ‘dienstver-

richtingen die gewoonlijk tegen vergoeding worden verricht’. Die dienstverrichtingen ‘omvatten met name werkzaamheden van industriële aard, van commerciële aard, van het ambacht, en van de vrije beroepen.’⁴⁸

De richtlijn verbiedt zowel directe als indirecte discriminatie. Directe discriminatie is het minder gunstig behandelen op grond van geslacht dan de ander in een vergelijkbare situatie. In de overwegingen bij de richtlijn wordt geconstateerd dat hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan het fundamentele beginsel van contractvrijheid (in de zin dat een ieder subjectieve redenen kan hebben voor de keuze van de contractspartij), mits de keuze voor een contractspartij niet is gebaseerd op geslacht. Onder indirecte discriminatie wordt verstaan het bijzonder benadelen van personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht via een ‘ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze’.

Een uitzondering op het discriminatieverbod is slechts mogelijk voor zover zij een legitiem doel dient en voor zover de beperking passend en noodzakelijk is.⁴⁹ De Commissie noemt als voorbeelden van legitieme doelen ‘de bescherming van slachtoffers van seksegerelateerd geweld’, ‘redenen van persoonlijke levenssfeer en zedelijkheid’, ‘bevordering van de gelijkheid of van de belangen van mannen en vrouwen’, ‘vrijheid van vereniging’, ‘het organiseren van sportactiviteiten’.⁵⁰ In het recente verslag van de Commissie over de toepassing van de richtlijn constateert zij dat de uitvoering van deze uitzondering één van de belangrijkste problemen is bij de toepassing van de richtlijn door de lidstaten.⁵¹ Problematisch is dat er weinig jurisprudentie is waarin de bepaling verder wordt uitgelegd, en in het bijzonder het ‘legitiem doel’ in de zin van de bepaling.⁵² De Commissie stelt in het verslag overigens voorop dat de uitzondering restrictief moet worden uitgelegd en dat de toepassing van de uitzondering zich beperkt tot ‘situaties waarin de goederen en diensten uitsluitend of hoofdzakelijk voor leden van een bepaald geslacht verkrijgbaar zijn, zonder dat wordt voorzien in de mogelijkheid om die goederen en

⁴² A. Masselot, ‘The State of Gender Equality in the European Union’, *European Law Journal* 2007, p. 155. Zie ook: Explanatory Memorandum to COM(2003)657 – Principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services, <http://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvhdjdk3hydzq_j9vvik7m1c3gyxp/vi8rm2z4xntu> .

⁴³ De grondslag voor die bevoegdheid wordt wel gevonden in artikel 19 VEU dat bepaalt dat het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht verzekert bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen. Zie uitgebreid: T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

⁴⁴ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 6.

⁴⁵ P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 109.

⁴⁶ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 62.

⁴⁷ Richtlijn 2004/113/EG. De richtlijn is op grond van het hiervoor genoemde artikel 19 VWEU op verzoek van de Raad voorgesteld door de Commissie. Zie: Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, **COM(2003)657** def.

⁴⁸ Artikel 50 EG-Verdrag.

⁴⁹ Overweging 16 Richtlijn 2004/113/EG.

⁵⁰ Overweging 16 Richtlijn 2004/113/EG, uitgewerkt in artikel 4 lid 5 van de richtlijn.

⁵¹ Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, **COM(2015) 190** def., p. 6.

⁵² Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, **COM(2015) 190** def., p. 6.



diensten aan het algemene publiek aan te bieden, alsmede situaties waarin personen van beide geslachten toegang hebben tot de goederen of diensten, maar voor mannen en vrouwen verschillende voorwaarden gelden.⁵³

In de overwegingen bij de richtlijn wordt bijzondere aandacht besteed aan discriminatie in de verzekeringsbranche. De richtlijn verbiedt dat het gebruik van sekse gerelateerde actuariële factoren leidt tot verschillen in premies of uitkeringen van individuen. Op dit bijzondere verbod konden lidstaten op grond van artikel 5 lid 2 een uitzondering toestaan, namelijk voor gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.⁵⁴ Het Hof van Justitie heeft deze uitzonderingsmogelijkheid met zijn arrest in de zaak *Test-Aankoop VZW* echter sterk ingeperkt.⁵⁵

In *Test-Aankoop VZW* was aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of de hiervoor genoemde uitzondering verenigbaar is met artikel 6 lid 2 VEU, en meer in het bijzonder met het in dat artikel genoemde beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Het Hof van Justitie overwoog dat de richtlijn, zoals blijkt uit de considerans, uitgaat van de vergelijkbaarheid van de situaties van mannen en vrouwen, in de zin van de artikelen 21 en 23 EU Handvest, bij de vaststelling van premies en uitkeringen. In dat licht overwoog het Hof van Justitie dat het gevaar bestaat dat de uitzondering onbeperkt toegestaan blijft en kwam zij aldus tot de slotsom dat artikel 5 lid 2 Richtlijn 2004/113/EG met ingang van 21 december 2012 ongeldig is.⁵⁶

Het arrest is voor de Commissie aanleiding geweest om richtsnoeren te publiceren voor de toepassing van de richtlijn in het licht van het arrest. In de richtsnoeren verheldert de Commissie dat vanaf 21 december 2012 'de vastgelegde regel van seksneutraliteit zonder enige uitzondering [moet] worden toegepast bij de berekening van de premies en uitkeringen van individuele personen voor nieuwe contracten.'⁵⁷ Of er sprake is van een nieuw

contract moet niet worden bepaald aan de hand van het recht van de lidstaten, maar autonoom en uniform op het Unieniveau. De Commissie bepaalt daarvoor in de richtsnoeren als uitgangspunt dat sprake is van een nieuw contract wanneer 'a) een contractuele overeenkomst wordt gesloten, of een wijziging in een bestaand contract wordt aangebracht, waarmee alle partijen uitdrukkelijk moeten instemmen, b) een partij die voor het sluiten van een contract vereiste instemming laatstelijk heeft betuigd op of na 21 december 2012.'⁵⁸

Interessant te noemen is nog dat in het hiervoor genoemde verslag van de Europese Commissie over de toepassing van de richtlijn de zaak *Reaal* door de Commissie in verband wordt gebracht met de zaak *Test-Aankoop*.⁵⁹ In haar verslag stelt de Commissie dat de meeste lidstaten erin zijn geslaagd om het arrest op tijd ten uitvoer te leggen en dat er in de lidstaten weinig wordt geklaagd over seksdiscriminatie door verzekeraars, waarbij de zaak *Reaal* wordt genoemd als uitzondering op de conclusie.⁶⁰ De Commissie wijdt er verder geen overweging aan, maar besluit met de opmerking dat de zaak op het moment aanhangig is bij de hogere rechtsinstantie.⁶¹

De richtlijn noodzaakt, tot slot, tot het bieden van 'adequate mogelijkheden voor rechtsbescherming' aan personen die op grond van geslacht zijn gediscrimineerd. En bovendien is aanpassing van de bewijslast opgedragen, in die zin dat als kan worden vastgesteld dat er 'kenmerkende discriminatie' bestaat, het beginsel van gelijke behandeling vergt dat de bewijslast bij de verweerder wordt gelegd.

Een belangrijk doel van de richtlijn is een einde te maken aan discriminatie op grond van geslacht bij de vaststelling van premies door verzekeraars.⁶² In dat kader wordt expliciet de aandacht gericht op de levensverwachting die een rol speelt bij de premievaststelling door levensverzekeraars, op verschillende gedragspatronen die een rol spelen bij de premievaststelling door autoverzekeraars en op consumptiepatronen die een rol spelen bij de pre-

⁵³ Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, **COM(2015) 190** def., p. 6.

⁵⁴ Artikel 5 lid 2 Richtlijn 2004/113/EG.

⁵⁵ HvJ EU (Grote Kamer) 1 maart 2011, C-236/09 (*Test-Aankoop*). Zie ook naar aanleiding van de uitspraak en ter opheldering: Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09 (*Test-Aankoop*), C(2011) 9497 def.

⁵⁶ HvJ EU (Grote Kamer) 1 maart 2011, C-236/09 (*Test-Aankoop*).

⁵⁷ Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09 (*Test-Aankoop*), C(2011) 9497 def.

⁵⁸ Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09 (*Test-Aankoop*), C(2011) 9497 def.

⁵⁹ Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, **COM(2015) 190** def., p. 10.

⁶⁰ Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, **COM(2015) 190** def., p. 9-10.

⁶¹ Verslag over de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, **COM(2015) 190** def., p. 10.

⁶² Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, **COM(2003)657** def., p. 8 e.v.



mievaststelling bij gezondheidsverzekeringen.⁶³ De aandacht voor deze praktijken in het bijzonder doet er niet aan af dat de richtlijn breder ziet op gelijke behandeling bij toegang tot en levering van goederen en diensten.⁶⁴ Een verzekeraar als Reaal die een uitkering doet aan een derde, kan naar mijn mening worden beschouwd als dienstverlener in de zin van de richtlijn.⁶⁵ Tot de 'voor het publiek beschikbare goederen en diensten' in de zin van de richtlijn worden immers dan ook 'diensten zoals het bankwezen, verzekeringen en andere financiële diensten' gerekend.⁶⁶ Aan deze conclusie staat volgens mij ook niet in de weg dat verzekeraar Reaal in de onderhavige situatie een uitkering doet op grond van de WAM. De uitkering doet hij tenslotte in de context van de door hem verleende dienst. Een aanwijzing vind ik verder in het hiervoor genoemde verslag van de Europese Commissie over de toepassing van de richtlijn, waarin melding wordt gemaakt van de zaak *Reaal*.

4.3. *Uitwerking in Nederland: de Algemene wet gelijke behandeling*

De hiervoor besproken richtlijn is geen aanleiding geweest tot grote verandering van de Nederlandse wetgeving.⁶⁷ In de Algemene wet gelijke behandeling is reeds in artikel 7 een verbod van onderscheid op grond van geslacht opgenomen voor het terrein van goederen en diensten dat het door de richtlijn bestreken gebied omvat. Anders dan de richtlijn, waarin wordt gesproken van directe en indirecte discriminatie, spreekt de Algemene wet gelijke behandeling van direct en indirect onderscheid.⁶⁸ Verder zijn in artikel 2 lid 2 AWGB (limitatief) de uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid opgenomen. En voor indirect onderscheid bepaalt artikel 2 lid 1 AWGB dat een uitzondering op het verbod kan worden gerechtvaardigd als het onderscheid een 'legitiem doel' dient en de voor het bereiken van dat doel ingezette middelen 'passend' en 'noodzakelijk' zijn. Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een uitzondering toe te staan op het verbod van artikel 5 Richtlijn, inhoudende dat sekse niet een factor mag zijn die bij de berekening van verzekeringspremies-

en uitkeringen leidt tot verschillen in premies en uitkeringen. Nederland maakt namelijk een uitzondering voor levensverzekeringen, met de motivering dat zo'n uitzondering voor de verzekeringsbranche noodzakelijk is, omdat de sekse een determinerende factor is bij de vaststelling van het verzekerde risico.⁶⁹

De Commissie Gelijke Behandeling, en later ook het College voor de Rechten van de Mens, heeft in haar uitspraken steeds het verbod in artikel 7 AWGB ook van toepassing geacht in de situatie als in de zaak *Reaal*, namelijk waarin een verzekeraar een schadevergoeding uitkeert aan de derde/benadeelde.⁷⁰ De Algemene wet gelijke behandeling waarborgt zo ook op zich, zou de richtlijn niet zo ver strekken, gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de hier centraal staande context. Deze conclusie en het gegeven dat de Algemene wet gelijke behandeling (oorspronkelijk) een uitwerking is van artikel 1 Grondwet en dat met de wet is beoogd een kader te scheppen voor gelijke behandeling, zijn zo ook op zich voldoende noodzaak om de discriminatoire uitwerking van het schadevergoedingsrecht aan te pakken.⁷¹

4.4. *Concept-wetsvoorstel Integratiewet Awgb*

Bij de evaluatie van de AWGB heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangekondigd te komen met een wetsvoorstel om een nieuwe uitzondering op te nemen voor direct onderscheid naar geslacht bij de levering van goederen en diensten, namelijk voor zover daarvoor een 'objectieve rechtvaardiging' bestaat.⁷² Die wijziging loopt overigens voor op een voorstel voor een Integratiewet Awgb, waarmee wordt beoogd 'de toegankelijkheid van de gelijkebehandelingswetgeving te verbeteren' door verschillende regelingen in één nieuwe Integratiewet samen te brengen.⁷³ Eind vorig jaar heeft de minister aan de Tweede Kamer laten weten dat verder overleg met het College gewenst is om tot een 'zorgvuldig afgewogen en voldragen' voorstel voor een nieuwe uitzondering op direct onderscheid te komen.⁷⁴

⁶³ Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 6.

⁶⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 14.

⁶⁵ Vgl. J.C.J. Dute in zijn noot bij: Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, JA 2013, 171.

⁶⁶ Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def., p. 14.

⁶⁷ Aan de wet is een verbod van seksuele intimidatie toegevoegd. Zie: *Kamerstukken II 2006/07, 30967, 2, p. 1-2*.

⁶⁸ *Kamerstukken II 2006/07, 30967, 3, p. 3 (MvT)*.

⁶⁹ *Kamerstukken II 2006/07, 30967, 3, p. 5 (MvT)*.

⁷⁰ Commissie Gelijke Behandeling, *Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek*, 2012, p. 9.

⁷¹ Zie: Ph. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 50 e.v.

⁷² *Kamerstukken II 2013/14, 28481, 22, p. 1*.

⁷³ Zie: Concept-wetsvoorstel Integratiewet Awgb, www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb. *Kamerstukken II 2013/14, 28481, 22, p. 1*.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2013/14, 28481, 23*.

4.5. Tussenconclusie

Het beginsel van gelijke behandeling is stevig verankerd in het Europese recht.⁷⁵ Belangrijk is dat het beginsel wordt gewaarborgd in het EU Handvest, dat op grond van artikel 6 VEU qua rang en stand boven de verordeningen en richtlijnen gaat en door de Nederlandse rechter moet worden toegepast als hij het Unierecht ten uitvoer brengt.⁷⁶ Het beginsel van gelijke behandeling is in verschillende richtlijnen verder uitgewerkt, waaronder in de Richtlijn houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van diensten. Die richtlijn verbiedt onder meer discriminatie op grond van geslacht bij uitkeringen door verzekeraars en is een uitwerking van, zo blijkt uit de considerans, de artikelen 21 en 23 EU Handvest. Het discriminatieverbod is in Nederland opgenomen in artikel 7 AWGB. Bij de toepassing van die bepaling geldt dus dat de rechter steeds bedacht moet zijn op de Europese achtergrond van die bepaling en, meer concreet, er voor moet zorgen dat de gelijke behandeling wordt bevorderd. Daarbij is relevant dat in het Europese recht een strenge benadering leidend is, hetgeen verband houdt met het fundamentele karakter van het recht op gelijke behandeling – zo blijkt ook uit de overwegingen door het Hof van Justitie in de *Test-Aankoop*-zaak waarin het hof de richtlijn expliciet in verband bracht met het EU Handvest en van daaruit nota bene besliste dat artikel 5 lid 2 van de richtlijn met ingang van 21 december 2012 ongeldig is. De strenge benadering blijkt verder uit het verslag over de toepassing van richtlijn waarin wordt gesteld dat de uitzondering op het discriminatieverbod restrictief moet worden uitgelegd.

5. Het spanningsveld tussen het fundamentele beginsel van gelijke behandeling en de berekening van de letselschadevergoeding

In de zaak *Reaal* maakte Reaal naar het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens verboden onderscheid doordat het bij de berekening van de letselschadevergoeding (*i.e.* van de verzekeringsuitkering) een

scenario als uitgangspunt koos waarvan werd vermoed dat het niet zou worden gebruikt bij de berekening van een letselschadevergoeding voor mannen, wat tot een aanzienlijk verschil in uitkering zou leiden. Onderscheid op grond van geslacht zoals in *Reaal* is een begrijpelijk gevolg van het Nederlandse schadevergoedingsrecht waarin voor een benadeelde die letsel heeft opgelopen, verlies van arbeidsvermogen, in het bijzonder verlies van verdienvermogen, geldt als de meest belangrijke, voor vergoeding in aanmerking komende schade.

Het uitgangspunt bij de berekening van verlies van verdienvermogen is gegeven in artikel 6:97 BW, namelijk dat de schade wordt begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. En als de schade zich niet exact laat begroten, wordt zij geschat.⁷⁷ Ten aanzien van schade die nog niet is ingetreden bepaalt artikel 6:105 BW dat die, na afweging van goede en kwade kansen, bij voorbaat kan worden begroot. De rechter kan de benadeler veroordelen tot periodieke betaling of tot betaling van een geldsom ineens. Peters merkt terecht op dat deze vage aanwijzingen de rechter 'een grote mate van beoordelingsvrijheid' laten.⁷⁸ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn enkele belangrijke uitgangspunten te kennen.

Bij de begroting van in de toekomst te lijden schade blijft als uitgangspunt gelden, aldus de Hoge Raad, 'dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot.'⁷⁹ In de praktijk werkt dat uitgangspunt zo uit dat zo goed mogelijk wordt vastgesteld wat het verschil is in arbeidsinkomsten als het inkomen van de benadeelde in de feitelijke situatie na de schadeveroorzakende gebeurtenis wordt vergeleken de inkomsten die hij zou hebben genoten in de (hypothetische) situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad.⁸⁰ Daarbij moet rekening worden gehouden met 'een redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen'⁸¹ en staat steeds de concrete situatie van de benadeelde in kwestie centraal, zodat rekening moet worden gehouden met zijn persoonlijke omstandigheden.⁸² Telkens rust, in beginsel, op de benadeelde partij de bewijslast ter zake van de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, aldus de Hoge Raad in de zaak *B/Olifiers*, die daarbij bovendien opmerkt dat dat

⁷⁵ Zie ook: C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', *WPNR* 2011, 6901.

⁷⁶ P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Tekst, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 109.

⁷⁷ In de doctrine wordt, in aansluiting bij de memorie van toelichting bij artikel 6:97 BW, onder omstandigheden ook wel gesproken van abstracte schadebegroting. Zie hierover recent: S.D. Lindenbergh & A.Ch.H. Franken, *Abstracte schadeberekening* (Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Kluwer 2013.

⁷⁸ M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-14-20.

⁷⁹ HR 30 november 2007, **ECLI:NL:HR:2007:BA4606**, NJ 2012, 613, r.o. 5.3. Zie ook: M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-14-20. En over het thema 'toekomstschade': F.T. Oldenhuis, *Toekomstschade. Wat is een mensenleven waard?* (CRBS-reeks 16), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008.

⁸⁰ M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-14-20. Zie over de hypothetische situatie recent: A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zonder ongeval', *TVP* 2015, p. 24-34.

⁸¹ HR 14 januari 2000, **ECLI:NL:HR:2000:AA4277**, NJ 2000, 437, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 3.4 (*Van Sas/Interpolis*). Zie ook: M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-21.

⁸² M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-24-30.

niet anders is voor zover de vordering is gebaseerd op verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid.⁸³ Verder geldt, zoals ook door de Rechtbank Den Haag in de zaak *Reaal* overwogen, dat aan het door de benadeelde te leveren bewijs geen strenge eisen mogen worden gesteld.⁸⁴ 'Het is immers', aldus de Hoge Raad, 'de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.'⁸⁵ In de berekening moeten alle mogelijk denkbare zaken worden betrokken die van invloed zijn op de hoogte van de inkomsten die de benadeelde zou hebben kunnen genereren. Peters noemt onder meer overuren, bonussen, ploegentoeslag en onkostenvergoedingen.⁸⁶ Niet onbelangrijk is, tot slot, dat moet worden bezien of de benadeelde ook verwacht mag worden pensioenschade te lijden.⁸⁷

Deze wijze van begroting van verlies van verdienvermogen staat op gespannen voet met het recht op gelijke behandeling als de rechter bij de begroting is aangewezen op statistische gegevens. Het is immers niet ondenkbaar dat de statistische gegevens het verschil in verrichte aantal uren betaalde arbeid tussen mannen en vrouwen reflecteert. Het verrichte aantal uren betaalde arbeid van mannen is gemiddeld aanzienlijk hoger,⁸⁸ zodat bij de berekening van het verlies van verdienvermogen de arbeidsvermogensschade voor mannen gemakkelijk volgens een ander scenario wordt berekend dan die van vrouwen als concrete begroting het uitgangspunt is. Vrouwen zijn daarmee onder de streep aanzienlijk slechter af dan mannen.

Maar ook als statistiek een minder grote rol speelt bij de begroting van arbeidsvermogensschade, bijvoorbeeld omdat de benadeelde ouder is en bij de begroting van toekomstschade rekening kan worden gehouden met een concreet arbeidsverleden, geldt dat het schadevergoedingsrecht in de hand werkt dat onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht. Het is in zo'n situatie immers goed denkbaar dat vrouwen onder de streep nog steeds aanzienlijk slechter af zijn, omdat ze een significant minder aantal uren betaalde arbeid verrichten. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt veroorzaakt dat het schadevergoedingsrecht discriminatoir uitwerkt. Verlies van verdienvermogen is een belangrijke schadepost en komt vooral de man ten goede die meer

betaalde arbeid verricht dan de vrouw, alhoewel steeds minder. Dat verschil in verlies van verdienvermogen wordt weliswaar mogelijk door andere schadeposten (kosten huishouding, verlies zelfwerkzaamheid)⁸⁹ teruggedrongen, maar het is moeilijk denkbaar dat het verschil in verlies van verdienvermogen daarmee geheel wordt weggenomen. Toch is dat naar mijn mening belangrijk, omdat een verschil in verrichte aantal uren betaalde arbeid naar mijn mening niet rechtvaardigt dat een benadeelde/vrouw die een ongeval overkomt gemiddeld aanzienlijk slechter af is dan een benadeelde/man die datzelfde ongeval overkomt. Die onrechtvaardigheid dringt zich te meer op als alternatieve benaderingen voor de berekening van toekomstige (inkomens)schade worden bezien.

6. Alternatieve benaderingen

6.1. Uitgangspunten

In deze paragraaf worden zeven alternatieve benaderingen voor de berekening van toekomstige (inkomens)schade geïntroduceerd en onderworpen aan een eerste toets aan twee uitgangspunten die volgens mij belangrijk zijn bij reflectie op de invulling van het schadevergoedingsrecht. Volgens het eerste uitgangspunt mag geen onderscheid worden gemaakt op grond van geslacht. Geslacht mag niet een factor zijn die in aanmerking wordt genomen bij de berekening van de schadevergoeding. Ook mag noch man noch vrouw door de gekozen benadering onder de streep significant slechter af zijn. Zowel direct als indirect onderscheid op grond van geslacht moet worden uitgesloten – en overigens ook op andere gronden moet onderscheid worden uitgesloten.

Een tweede uitgangspunt is dat de oplossing voor beide partijen die betrokken zijn als een wettelijke verplichting tot schadevergoeding bestaat, de benadeelde en de benaderer, rechtvaardig moet zijn. Rechtvaardig vanuit het perspectief van de benadeelde is dat hij niet het nadeel draagt dat is ontstaan door de schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor de benaderer verantwoordelijk is. Rechtvaardig vanuit het perspectief van de benaderer is dat hij niet voor méér opdraait dan aan de schadeveroor-

⁸³ HR 13 december 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AE9243**, NJ 2003, 213, r.o. 3.6.1 (*B/Olifiers*). Zie ook: HR 9 augustus 2002, **ECLI:NL:HR:2002:AE2117**, NJ 2010, 61, m.nt. M.H. Wissink, r.o. 4.2. (*KUN/X*).

⁸⁴ HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*)

⁸⁵ HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624, r.o. 3.5.2 (*Vehof/Helvetia*)

⁸⁶ M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-22.

⁸⁷ M.C.J. Peters, 'Verlies van arbeidsvermogen', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-23.

⁸⁸ CBS, *CBS: deelname van vrouwen aan de arbeidsmarkt stabiliseert na jaren van stijging*, 2014

< <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/dossiers/vrouwen-en-mannen/publicaties/artikelen/archief/2014/2014-4196-wm.htm> > .

⁸⁹ Lindenberg merkt in 2001 overigens op dat zelfwerkzaamheid een schadepost is die in de praktijk meer aan mannen dan aan vrouwen wordt toegewezen. De meest aangewezen verklaring daarvoor lijkt hem overigens dat vrouwen minder geneigd zijn vergoeding voor die schade te vorderen. Zie: S.D. Lindenberg, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten. Onderscheid naar geslacht bij schadebegroting?', *Nemesis* 2001, p. 180.



zakende gebeurtenis kan worden toegerekend. Het is een moeilijk, want weinig concreet, uitgangspunt, waar vooral mee is gezegd dat een redelijk evenwicht moet worden gevonden tussen de belangen van de benadeelde en van de benaderer.

6.2. Correctie van statistische gegevens voor de toekomst

6.2.1. De benadering

Een eerste alternatieve benadering voor de berekening van de schadevergoeding is de benadering van *de correctie van statistische gegevens voor de toekomst*.⁹⁰ Vaak zijn ‘heden en verleden’ maatgevend voor de voorspelling van de toekomst die nodig is voor berekening van de letselschadevergoeding en dat is mijns inziens geen juist uitgangspunt, nu de arbeidsparticipatie van vrouwen in ontwikkeling is.⁹¹ Een correctie van statistische gegevens voor de toekomst zou er toe kunnen leiden dat de verschillen in aantal uren dat mannen en vrouwen betaalde arbeid verrichten tenminste minder groot zouden zijn dan wanneer de toekomstverwachting wordt gebaseerd op cijfers die de participatie vandaag de dag weergeven.⁹² Deze benadering is in Canada bijvoorbeeld (voorzichtig) toegepast in de zaak *Steinebach v Fraser* en had voor benadeelde Steinebach tot gevolg dat zij recht had op vergoeding voor *loss of earning capacity* van \$ 750.000 in plaats van \$ 532.000.⁹³ Benadeelde Steinebach had, kort gezegd, bij haar geboorte ernstige hersenschade opgelopen als gevolg van zuurstoftekort kort voor haar geboorte.⁹⁴ Dat zuurstoftekort was volgens de lagere rechter te wijten aan nalatig handelen door arts en verpleegkundige. De rechter kwam aldus tot de beslissing dat arts en verpleegkundige aansprakelijk waren op grond van *negligence*.

Voor de vaststelling van de omvang van de schade liet de rechter zich door partijdeskundigen voorlichten. Als expert voor de benadeelde trad op Carson die het verlies van verdienvermogen van Steinebach berekende op \$ 547.850, terwijl expert voor de benaderer, Hildebrand het verlies van verdienvermogen op \$ 517.400 schatte. Beide experts hadden bij de berekening als uitgangspunt

genomen een vrouw die één of twee jaar *post-secondary education* zou hebben gevolgd en daarna aan het werk zou zijn gegaan. De rechtbank berekende het gemiddelde van de beide berekeningen op \$ 532.000, wat aldus 3% lager was dan de uitkomst van Carson.

Carson had in zijn rapport ook een berekening gevoegd waarbij als uitgangspunt was genomen een man die één of twee jaar *post-secondary education* zou hebben gevolgd en daarna aan het werk zou zijn gegaan. Carson kwam erop uit dat het verlies van verdienvermogen voor de man \$ 945.000 zou zijn. De rechtbank paste daar een correctie van 3% op toe en kwam uit op een (gemiddeld) verlies van verdienvermogen van \$ 916.600. Het verschil tussen man en vrouw was aldus \$ 384.600. De rechtbank besliste dat de begroting voor de man als uitgangspunt moest gelden, met een correctie naar beneden tot \$ 890.000 en motiveerde die beslissing als volgt:

‘In circumstances such as those with which I am faced, namely an infant who is severely compromised and unable to engage in any occupation during the entirety of her lifetime, I am satisfied that it remains appropriate to proceed on the assumption that with the ongoing passage of time, the disparity between earnings of females and those of males will diminish.’⁹⁵

In beroep bleef het uitgangspunt dat rekening moest worden gehouden met het afnemende verschil in verdienvermogen tussen mannen en vrouwen in stand, maar met een correctie naar beneden tot \$ 750.000, om aan te sluiten bij de *gemiddeld verwachte* toename van verdienvermogen van vrouwen.⁹⁶

6.2.2. Toetsing aan de uitgangspunten

Een toetsing van de benadering aan het uitgangspunt van gelijke behandeling, leidt tot de conclusie dat de benadering in zoverre discriminerend werkt dat bij de begroting van de schadevergoeding nog steeds rekening wordt gehouden met geslacht, maar dat daarbij in het (vanuit het perspectief van gelijke behandeling) meest gunstige geval geldt dat wordt aangenomen dat het verschil in verdienvermogen van mannen en vrouwen op termijn zodanig vermindert dat het verdienvermogen van de man als maatstaf kan gelden bij de begroting van

⁹⁰ Vgl. Chr. H. Van Dijk, ‘Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening’, *AV&S* 2015/19, p. 114-125.

⁹¹ T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005/27, p. 159-167.

⁹² Zie voor de meest recente cijfers: CBS, CBS: *deelnamen van vrouwen aan de arbeidsmarkt stabiliseert na jaren van stijging*, 2014 < <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/dossiers/vrouwen-en-mannen/publicaties/artikelen/archief/2014/2014-4196-wm.htm> > .

⁹³ British Columbia Court of Appeal 29 juni 2011, 2011 CarswellBC 1595 (*Steinebach v Fraser*). Zie in eerste instantie: British Columbia Supreme Court 14 juni 2010, 2010 CarswellBC 1445 (*Steinebach v Fraser*). Het *British Columbia Court of Appeal* is het hoogste gerecht in de provincie British Columbia, terwijl het *British Columbia Supreme Court* de hogere rechter in de provincie is (dat wil zeggen: hoger dan het *Provincial Court*). Het *British Columbia Supreme Court* behandelt onder meer in eerste instantie substantiële vorderingen.

⁹⁴ Er was in medische terminologie sprake van ‘hypoxisch-ischemische encefalopathie’.

⁹⁵ British Columbia Supreme Court 14 juni 2010, 2010 CarswellBC 1445, r.o. 172 (*Steinebach v Fraser*). Onder verwijzing naar: British Columbia Supreme Court 25 april 1991, [1991] BCJ 954 (*Tucker v Asleson*); British Columbia Supreme Court 29 april 1998 [1998] BCJ 678 (*Audet v Bates*); British Columbia Supreme Court 28 juni 1991, [1991] BCJ 3940 (*Beaudry v Hackett*).

⁹⁶ British Columbia Court of Appeal 29 juni 2011, 2011 CarswellBC 1595 (*Steinebach v Fraser*).



het verlies van verdienvermogen van een vrouw. Geslacht is dan *de facto* geen factor meer die van invloed is op de omvang van de schadevergoeding.

Wat de redelijke uitwerking voor beide partijen betreft, meen ik dat de werkelijkheid op deze wijze niet minder goed wordt benaderd dan wanneer wordt aangesloten bij statistieken die zijn gebaseerd op heden en verleden. De omvang van toekomstige schade wordt volgens mij beter benaderd als daarin verwachte toekomstige ontwikkelingen worden meegenomen. Dat leidt tot de conclusie dat de benadeler niet voor méér opdraait dan de schade die hij heeft veroorzaakt en dat wordt geprobeerd de benadeelde zo goed mogelijk te compenseren.

6.3. Een (seks) neutrale maatman

6.3.1. De benadering

Een tweede alternatieve benadering voor de berekening van het verlies van verdienvermogen is de benadering die *een (seks) neutrale maatman* als referentiepunt kiest voor de berekening van de schadevergoeding. Deze benadering laat geslacht als factor bij de berekening van de schadevergoeding geheel buiten beschouwing. *Loth* bracht de benadering reeds eerder, ook naar aanleiding van de zaak *Reaal*, onder de aandacht en stelde zich de neutrale maatmens voor als zijnde geabstraheerd van ‘godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, of andere constitutioneel gevoelige eigenschappen.’⁹⁷ Terecht trekt *Loth* de discussie zo breder en brengt hij onder de aandacht dat in het kader van gelijke behandeling niet alleen onderscheid op grond van geslacht verboden is.

In de in Canada bekende zaak *Walker v Ritchie* koos het *Ontario Superior Court of Justice* bij de begroting van inkomensschade een aanpak die in lijn ligt van de benadering van de seksneutrale maatman.⁹⁸ In *Walker v Ritchie* vorderde Walker, die op 17-jarige leeftijd in een verkeersongeval letsel opliep, onder meer, vergoeding van toekomstige inkomensschade – van *future lost income*. Benadeelde Walker was op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis als scholiere in *Grade 12* van *high school*, presteerde daar bovengemiddeld en was bovendien een begaafd atlete.⁹⁹ Zij had naar eigen zeggen nog geen plannen voor de toekomst. Het werd voor mogelijk gehouden dat Walker, zou het ongeval niet hebben plaatsgehad, hoger beroepsonderwijs zou hebben gevolgd en daarna aan het werk zou zijn gegaan, maar even goed was mogelijk dat zij vanuit *high school* naar de universiteit zou zijn gegaan.

De rechter ging van het laatste uit en werd geconfronteerd met twee deskundigenrapporten over Walkers inkomensschade. In beide rapporten was er bij de berekening vanuit gegaan dat Walker universitair onderwijs zou hebben genoten. Deskundige Wollach kwam daarbij uit op een *future lost income* van \$ 1.690.250, terwijl deskundige Ross bleef steken op \$ 1.070.694. Ross had gebruik gemaakt van cijfers voor *vrouwelijke* universitair afgestudeerden, terwijl Wollach het inkomensverlies had berekend met behulp van cijfers die *alle* universitair afgestudeerden representeerden.

De rechter stelde voorop dat het gebruik van statistieken die zijn gebaseerd op geslacht reeds eerder in de rechtspraak kritisch was benaderd, om vervolgens aan te sluiten bij Wollachs benadering die volgens de rechter te meer was aangewezen omdat voor de verre toekomst een voorspelling moest worden gedaan. De rechter woog verder mee dat inkomensverschillen juist in de sector waarin de benadeelde werkzaam zou kunnen zijn geweest, reeds waren teruggebracht.¹⁰⁰

6.3.2. Toetsing aan de uitgangspunten

De benadering van de seksneutrale maatman sluit (direct) onderscheid op grond van geslacht uit. Geslacht wordt immers niet meer als factor in aanmerking genomen bij de berekening van verlies van verdienvermogen. Tegelijk kan worden opgeworpen dat de man die volgens statistieken meer betaalde arbeid verricht ongelijk wordt behandeld, want slechter af is door het gebruik van de maatman. Daarbij moet worden bedacht dat de man niet slechter af is dan de vrouw, er is dus geen sprake van discriminatie op grond van geslacht, maar slechter af is ten opzichte van de huidige situatie waarin hij mogelijk, vanwege gebruik van niet-neutrale statistische gegevens, recht heeft op meer vergoeding. Dat brengt mij bij de toetsing aan het volgende uitgangspunt.

De benadering van de seksneutrale maatman kan onrechtvaardig uitpakken voor de benadeelde die voor de schadeveroorzakende gebeurtenis bovengemiddeld presteerde. Die benadeelde wordt, anders gezegd, ondergecteerd. Ondercompensatie kan echter gemakkelijk worden ondervangen door toe te staan dat de benadeelde die kan aantonen dat hij inderdaad bovengemiddeld presteerde een hogere dan gemiddelde vergoeding ontvangt. Op gelijke wijze kan de benadering ook onrechtvaardig uitpakken voor de benadeler, omdat die immers de niet concreet begrote gemiddelde vergoeding betaalt en dus goed meer kan betalen dan hij ‘werkelijk’ heeft veroorzaakt.

⁹⁷ M.A. Loth, ‘Schadebegroting en mensenrechten’, *AV&S* 2014/17, p. 117-118. Zie over resp. de maatmens benadeelde en abstracte schadebegroting in geval van personenschade: A. Ch. H. Franken, ‘Wie is de “maatmens benadeelde”’, *AV&S* 2014/1; T. Hartlief, ‘Recht doen met abstracte schadebegroting’, *NJB* 2012, 2463.

⁹⁸ Ontario Superior Court of Justice 3 januari 2003, 2003 CarswellOnt 10 (*Walker v Ritchie*).

⁹⁹ Ontario Superior Court of Justice 3 januari 2003, 2003 CarswellOnt 10, r.o. 128-129 (*Walker v Ritchie*).

¹⁰⁰ Ontario Superior Court of Justice 3 januari 2003, 2003 CarswellOnt 10, r.o. 132 e.v. (*Walker v Ritchie*).

6.4. Van verlies aan te verwachten inkomsten naar verlies van verdien capaciteit

6.4.1. De benadering

Een derde alternatieve benadering voor de berekening van de schadevergoeding is de benadering die *het verlies van verdien capaciteit van de benadeelde* als aanknopingspunt voor de schadeberekening kiest.¹⁰¹ Bij een concrete schadebegroting zoals die hiervoor is geschetst komt het er *de facto* op neer dat wordt berekend wat het verlies aan te verwachten inkomsten is, oftewel:

‘De hoofdregel bij de begroting van arbeidsvermogensschade is dat een en ander geschiedt door een zo concreet mogelijke vaststelling van het verschil tussen wat feitelijk sedert het ongeval aan inkomsten is of zal worden ontvangen en wat dat zou zijn geweest als het ongeval niet was geschied.’¹⁰²

Anders dan de schadepost ‘verlies van verdienvermogen’ doet vermoeden, is het niet werkelijk het verdienvermogen dat centraal staat, maar de redelijk te verwachten inkomsten. Als wel het verdienvermogen centraal zou staan, zouden niet de redelijk te verwachten inkomsten worden berekend, maar de capaciteit om inkomsten te verwerven – van *would have earned* naar *could have earned* dus.¹⁰³

De benadering van het verlies van verdien capaciteit is oorspronkelijk door het *Supreme Court of Canada* in de zaak *Andrews v Grand & Toy Alberta* als uitgangspunt voor de berekening van de schadepost ‘*loss of earnings*’ verkozen. Het *Supreme Court of Canada* overwoog namelijk toen het toekwam aan de behandeling van het *loss of earnings*:

‘We must now gaze more deeply into the crystal ball. What sort of a career would the accident victim have had? What were his prospects and potential prior to the accident? It is not loss of earnings but, rather, loss of earning capacity for which compensation must be made [...]. A capital asset has been lost: what was its value?’¹⁰⁴

Volgens deze benadering wordt de capaciteit om inkomsten te verwerven als een vermogensbestanddeel gezien,

bij (onrechtmatige) aantasting waarvan een recht op schadevergoeding ontstaat. De schadevergoeding voor de aantasting van de capaciteit om inkomsten te verwerven reflecteert het verlies aan *capaciteit*.

Het hiervoor genoemde uitgangspunt doet er overigens niet aan af dat de werkelijke berekening door Canadese rechters niet consistent volgens dit uitgangspunt gebeurt.¹⁰⁵ De benadering door de rechters wordt door *Cassels & Adjin-Tettey* omschreven als een pragmatisch compromis tussen verschillende benaderingen.¹⁰⁶

Toegespijst op vrouwen die ervoor kiezen om geen of in deeltijd betaalde arbeid te verrichten werkt de benadering van het verlies van verdien capaciteit zo dat de schadevergoeding niet wordt gerelateerd aan de (gedeeltelijke) onmogelijkheid om de huishoudelijke taken te verrichten, maar dat die wordt gerelateerd aan de inkomsten uit arbeid die de benadeelde had kunnen verdienen als zij niet zou verkiezen om niet-betaalde arbeid te verrichten – de *opportunity cost method*.¹⁰⁷ Simpel gezegd wordt de schadevergoeding berekend door vast te stellen wat de benadeelde had kunnen verdienen als zij betaalde arbeid zou verrichten.¹⁰⁸

Een belangrijk bezwaar tegen de *opportunity cost method* is dat het een nieuw, ongelukkig onderscheid meebrengt. Als immers twee personen die huishoudelijk werk verrichten en geen inkomsten uit arbeid genereren een ongeval overkomt, is het niet gezegd dat deze personen gelijk zouden worden gecompenseerd als de *opportunity cost method* als aanknopingspunt voor de schadeberekening wordt gekozen. Dat is ongelukkig, omdat ze vóór het ongeval dezelfde (onbetaalde) arbeid verrichten waarvoor eenzelfde niveau aan vaardigheden vereist was.¹⁰⁹

6.4.2. Toetsing aan de uitgangspunten

Als ik deze derde benadering toets aan het uitgangspunt van gelijke behandeling op grond van geslacht, leidt dat tot de conclusie dat een zuivere toepassing van de benadering niet discriminerend uitwerkt. Niet valt in te zien hoe geslacht van invloed is op (het verlies van) de verdien capaciteit van een benadeelde. Bij de berekening van (het verlies van) de verdien capaciteit kan geslacht

¹⁰¹ E. Gibson, ‘The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages’, in: K. Cooper-Stephenson & E. Gibson, *Tort Theory*, North York: Captus Press 1993, p. 207-209; E. Adjin-Tettey, ‘Contemporary Approaches to Compensating Female Tort Victims for Incapacity to Work’, *Alberta Law Review* 2000, p. 504-535.

¹⁰² M.C.J. Peters, ‘Verlies van arbeidsvermogen’, in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 3030-14-20.

¹⁰³ J. Cassels & E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages*, Toronto: Irwin Law 2014, p. 148.

¹⁰⁴ Supreme Court of Canada 19 januari 1978, 1978 CarswellAlta 214 (*Andrews v Grand Toy Alberta*).

¹⁰⁵ J. Cassels & E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages*, Toronto: Irwin Law 2014, p. 148; E. Adjin-Tettey, ‘Contemporary Approaches to Compensating Female Tort Victims for Incapacity to Work’, *Alberta Law Review* 2000, p. 504-535.

¹⁰⁶ J. Cassels & E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages*, Toronto: Irwin Law 2014, p. 148.

¹⁰⁷ Ontario Law Reform Commission, *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Toronto: Ministry of the Attorney General 1987, <<https://archive.org/stream/reportoncompensa00onta#page/44/mode/2up>>, p. 45-46.

¹⁰⁸ J. Cassels & E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages*, Toronto: Irwin Law 2014, p. 181.

¹⁰⁹ Ontario Law Reform Commission, *Report on Compensation for Personal Injuries and Death*, Toronto: Ministry of the Attorney General 1987, <<https://archive.org/stream/reportoncompensa00onta#page/44/mode/2up>>, p. 46.



als factor buiten beschouwing blijven. Toch blijkt in de Canadese praktijk dat de benadering niet zuiver wordt toegepast, in die zin dat daar waar al wordt gekeken naar verloren capaciteit bij de benadeelde, steeds eerst moet worden vastgesteld dat er een werkelijke en aanzienlijke mogelijkheid was dat in de toekomst inkomensverlies zou worden geleden. Zo'n uitwerking laat evengoed ruimte om onderscheid te maken op grond van geslacht zoals gebeurd is in de zaak *Reaal*.

Naar mijn mening kan worden verdedigd dat de verdien-capaciteit redelijk uitwerkt voor beide partijen. De schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor de benadeler verantwoordelijk is heeft de benadeelde in zijn verdien-capaciteit aangetast. Die aantasting in de verdien-capaciteit is op geld waardeerbaar en kan aan de benadeler worden toegerekend. De benadeler is dus, als hem een verplichting tot betaling van schadevergoeding wordt opgelegd voor deze schadepost, niet verplicht tot vergoeding van meer schade dan hem kan worden toegerekend. Aan de andere kant wordt een individuele benadeelde gecompenseerd in zijn verlies en hoeft hij dus ook niet het nadeel te dragen dat is veroorzaakt door gebeurtenis die hem is overkomen.

6.5. Betere waardering van niet-betaalde arbeid

6.5.1. De benadering

Een vierde alternatieve benadering voor de berekening van de schadevergoeding, die overigens nauw bij de vorige aansluit, is de benadering die inzet op *een betere waardering van niet-betaalde arbeid*.¹¹⁰ Zoals volgt uit paragraaf 5 is een concrete schadeberekening vanuit het perspectief van gelijke behandeling op grond van geslacht problematisch als in de berekening de betaalde arbeid beter wordt gewaardeerd dan de onbetaalde arbeid. Omdat vrouwen gemiddeld meer onbetaalde arbeid verrichten dan mannen en minder betaalde arbeid, werkt die rekenmethode discriminerend uit.¹¹¹ Dat nadeel wordt deels ondervangen doordat in de berekeningen ook huishoudelijke hulp (schoonmaakwerkzaamheden, koken, verzorging van kinderen)¹¹² en zelfwerkzaamheid (werkzaamheden in/aan/rond de woning)¹¹³ als schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen, maar daarmee wordt, aldus de Amerikaanse rechtseconoom *Posner*, de door vrouwen verrichte onbetaalde arbeid nog steeds onvoldoende

gewaardeerd.¹¹⁴ In de dan (in 1989) geldende Amerikaanse benadering van de “*replacement cost*” *method* wordt volgens *Posner* namelijk de ‘*quality dimension*’ van door huisvrouwen verrichte arbeid genegeerd.¹¹⁵ De rechtseconoom stelt daarom voor om voor de waardering van niet-betaalde arbeid (minimaal) uit te gaan van het inkomen waarvoor de huisvrouw de overstap zou hebben gemaakt naar de arbeidsmarkt.¹¹⁶

6.5.2. Toetsing aan de uitgangspunten

De betere waardering van niet-betaalde arbeid voorkomt niet dat bij de berekening van het verlies van verdienvermogen onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht en dat voor vrouwen andere verwachtingen in de berekening worden gekozen dan voor mannen. Het leidt wel tot meer gelijkheid in die zin dat bij de berekening van schade niet alleen de activiteit van degenen die betaalde arbeid verrichten wordt gewaardeerd, maar dat ook niet betaalde arbeid, vaker verricht door vrouwen dan mannen, beter wordt gewaardeerd. Het is goed mogelijk dat dit zo uitwerkt dat er geen significant verschil meer is in schadevergoeding vanwege verlies van arbeidsvermogen tussen mannen en vrouwen. Vrouwen worden, anders gezegd, door aanpassing van de invulling van de schadepost niet langer minder gunstig behandeld.

Tot slot kan worden verdedigd dat ook voor deze benadering de verdien-capaciteit redelijk uitwerkt voor beide partijen. De schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor de benadeler verantwoordelijk is heeft de benadeelde in zijn *werkvermogen* aangetast. Die aantasting kan aan de benadeler worden toegerekend. De benadeler wordt zo ook niet voor meer verantwoordelijk gehouden dan hem als veroorzaker van de schadeveroorzakende gebeurtenis kan worden toegerekend. Daarvoor is wel nodig dat wordt geaccepteerd dat de waarde van onbetaald verricht werk hoger is dan tegenwoordig (in het schadevergoedingsrecht) erkend. Aan de andere kant wordt een individuele benadeelde gecompenseerd in zijn verlies, ongeacht of hij betaalde of niet-betaalde arbeid verricht, en werkt de benadering voor de benadeelde aldus rechtvaardig uit.

¹¹⁰ E. Adjin-Tetty, ‘Contemporary Approaches to Compensating Female Tort Victims for Incapacity to Work’, *Alberta Law Review* 2000, p. 504-535.

¹¹¹ Zie: SCP & CBS, *Emancipatiemonitor 2014*, <http://www.scp.nl/Publicaties/Alle_publicaties/Publicaties_2014/Emancipatiemonitor_2014>, i.h.b. p. 60 e.v.

¹¹² Zie *Letselschade Richtlijn Huishoudelijke Hulp*, <www.deletselschaderaad.nl>.

¹¹³ Zie *Letselschade Richtlijn Zelfwerkzaamheid*, <www.deletselschaderaad.nl>.

¹¹⁴ R.A. Posner, ‘Conservative Feminism’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, p. 194-195.

¹¹⁵ R.A. Posner, ‘Conservative Feminism’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, p. 195.

¹¹⁶ R.A. Posner, ‘Conservative Feminism’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, p. 195.

6.6. Letsel als uitgangspunt bij de berekening van de omvang van de schadevergoeding

6.6.1. De benadering

Bij de vijfde alternatieve benadering voor de berekening van de schadevergoeding geldt het *letsel als uitgangspunt bij de berekening van de omvang van de schadevergoeding*.¹¹⁷ Volgens deze benadering zouden benadeelden met hetzelfde letsel gelijke schadevergoeding moeten krijgen. Het is dan dus niet meer van belang wat het verdienvermogen van de benadeelde is. Deze benadering ligt kort gezegd in lijn met de door *Lindenbergh* eerder opgemerkte ontwikkeling in het Italiaanse recht ten aanzien van *danno biologico* ('biologische schade') en *danno alla salute* ('schade aan de gezondheid'). Niet het negatieve effect van het letsel op het leven van de benadeelde zou voor vergoeding in aanmerking moeten komen, maar de waarde van de aantasting van de fysieke of mentale gezondheid.¹¹⁸

6.6.2. Toetsing aan de uitgangspunten

Zoals *Lindenbergh* opmerkt wordt met de introductie van deze benadering ieder onderscheid op grond van geslacht – maar overigens ook op andere gronden zoals religieuze achtergrond, uitgebannen.¹¹⁹ De benadering kan de toets aan het uitgangspunt van gelijke behandeling dus doorstaan.

En de benadering is ook een rechtvaardige in eerder genoemde zin. Het kan immers worden betoogd dat de waarde van de aantasting aan de benadeler toerekenbaar is zodat de benadeler niet meer vergoedt dan waarvoor hij verantwoordelijk is. Tegelijk geldt dat bij de benadeelde de schade wordt gecompenseerd. Daarmee is niet gezegd dat de benadeelde met de vergoeding zijn nadeel (concreet inkomensverlies) is weggenomen. Het hangt dus van de individuele benadeelde, zijn letsel en zijn situatie voor het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis af, of de benadering voor hem rechtvaardig uitwerkt.

6.7. Focus op herstel – van verlies naar behoefte

6.7.1. De benadering

Een zesde alternatieve benadering is er een die in de huidige Nederlandse literatuur en rechtspraak op veel belangstelling mag rekenen: de *focus op herstel*.¹²⁰ Een zuivere toepassing van een herstelbenadering zou kunnen betekenen dat de focus komt te liggen op wat de benadeelde nodig heeft, in plaats van hoe hij zoveel kan worden gebracht in de situatie waarin hij zonder schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben verkeerd. Het kan worden betoogd dat de benadeelde, die nooit in de hypothetische situatie zonder ongeval zal geraken, beter af is als die hypothetische toestand buiten beschouwing blijft en de vergoeding wordt afgestemd op zijn tegenwoordige toestand – op wat heeft hij nodig voor een zo optimaal mogelijke kwaliteit van leven.¹²¹ Van verlies naar behoefte dus. In de huidige situatie wordt een misgelopen vermogensontwikkeling vergoed, terwijl daarmee moeilijk wordt bereikt wat wordt beoogd: *restitutio in integrum*; hierbij past de tegenwoordig in de belangstelling staande herstelgedachte.

6.7.2. Toetsing aan de uitgangspunten

Een verplaatsing van focus, namelijk op het doel van het schadevergoedingsrecht 'herstel', kan goed betekenen dat geslacht in de praktijk geen rol meer speelt bij de vaststelling van de vergoeding. Voor een antwoord op de vraag naar wat nodig is voor herstel van kwaliteit van leven, is immers niet het geslacht van de benadeelde bepalend. Een zuivere herstelbenadering werkt aldus sekseneutraal en kan de toets aan het uitgangspunt van gelijke behandeling doorstaan.

Een toetsing aan de rechtvaardigheid leert dat de benadering vanuit het perspectief van de benadeler niet rechtvaardig uitwerkt. De benadeler wordt niet langer geacht de (concrete) schade te vergoeden die hij heeft veroorzaakt, maar hij wordt geacht de benadeelde een zo optimaal mogelijke kwaliteit van leven te vergoeden. Het is goed denkbaar dat de omvang van de kosten die daarmee komen niet gelijk is aan de omvang van de schade

¹¹⁷ E. Adjin-Tetty, 'Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies', *McGill L.J.* 2004, p. 314; E. Gibson, 'The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages', in: K. Cooper-Stephenson & E. Gibson, *Tort Theory*, North York: Captus Press 1993, p. 209.

¹¹⁸ S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten. Onderscheid naar geslacht bij schadebegroting?', *Nemesis* 2001, p. 179-180.

¹¹⁹ S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten. Onderscheid naar geslacht bij schadebegroting?', *Nemesis* 2001, p. 180.

¹²⁰ Zie de signalering van Rijnhout & Steurrijs voor (verdere) literatuurverwijzingen: R. Rijnhout & N. Steurrijs, 'Kroniek schadevergoedingsrecht 2012-2015', *AV&S* 2015/20, p. 139 e.v. Te noemen zijn ook de verschillende congressen gewijd aan het thema, waaronder: het congres 'De weg naar herstel' georganiseerd door de Federatie Slachtoffer Organisaties (FSO) MetZorg in samenwerking met Stichting PIV op 9 oktober 2014 in Amersfoort; de PIV-jaarconferentie 15e 'Zijn er meerdere wegen naar Rome?' georganiseerd door Stichting PIV op 27 maart 2015 in Apeldoorn.

¹²¹ E. Gibson, 'The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages', in: K. Cooper-Stephenson & E. Gibson, *Tort Theory*, North York: Captus Press 1993, p. 210.

in de zin van de vermogensvermindering die in het huidige schadevergoedingsrecht als referentiepunt geldt.¹²² Maar ook vanuit het perspectief van de benadeelde werkt de benadeelde niet rechtvaardig uit, in die zin dat de kosten voor een zo optimaal mogelijke kwaliteit van leven zeer waarschijnlijk hoger of lager zijn dan de inkomsten die de benadeelde zou hebben verworven zou de schadeveroorzakende gebeurtenis niet hebben plaatsgemaakt. De vergoeding wordt niet gerelateerd aan het vermogensverlies van de benadeelde, maar aan een zo optimaal mogelijke kwaliteit van leven.

6.8. Verlies van een relatie van onderlinge afhankelijkheid

6.8.1. De benadering

Een zevende en laatste alternatieve benadering is de aanvaarding van een nieuwe schadepost van *verlies van een relatie van onderlinge afhankelijkheid*, naar het Canadese *'loss of interdependent relationship'*.¹²³ Een relatie van onderlinge afhankelijkheid ontstaat bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, door het aangaan van een huwelijk. Het verlies van de mogelijkheid om zo'n relatie aan te gaan heeft niet alleen immateriële waarde, maar wordt naar Canadees recht onder omstandigheden ook als een economisch verlies aangemerkt dat (dus) voor vergoeding in aanmerking komt. Het belang van de schadepost, aldus het *British Columbia Court of Appeal*, schuilt in het verlies van de mogelijkheid om een permanente relatie van wederzijdse afhankelijkheid aan te gaan waarvan mag worden verwacht dat die financieel voordeel oplevert, bijvoorbeeld in de vorm van gedeeld familie inkomen.¹²⁴ Dat dat financiële voordeel aanzienlijk kan zijn blijkt uit jurisprudentie waarin Canadese rechters niet te verwaarlozen bedragen toekennen voor verlies van een relatie van onderlinge afhankelijkheid. Zo wees het *British Columbia Supreme Court* aan een vrouw die op 21-jarige leeftijd in een verkeersongeval een complete dwarslaesie had opgelopen, een bedrag van \$ 50.000 toe,¹²⁵ terwijl het *Ontario Court of Justice* \$ 125.000 toekende aan een vrouw die op 14-jarige leeftijd in een verkeersongeval ernstig fysiek en geestelijke letsel opliep.¹²⁶ Een vordering voor *loss of interdependent relationship* wordt toegewezen als de benadeelde, kort gezegd, kan bewijzen dat het door hem bij de schadeveroorzakende

gebeurtenis opgelopen letsel tot gevolg heeft dat zijn of haar kans op het aangaan of voortzetten van een *'shared living relationship'* nadelig is aangetast. Daarnaast moet de benadeelde aantonen dat hij of zij economisch voordeel zou hebben genoten van zo'n *shared living relationship*. De concrete misgelopen voordelen waarvoor een vergoeding wordt toegekend zijn voordeel uit inkomen van de partner, uit gedeelde kostenposten, en uit het delen van kosten voor *homemaking*.¹²⁷

Dat de beoordeling van een vordering tot vergoeding van *loss of interdependent relationship* in de praktijk vreemd kan uitwerken illustreert naar mijn mening de volgende passage in een uitspraak van het *Ontario Superior Court of Justice* waarin de rechter toekomt aan het inschatten van de kansen van de benadeelde op een relatie van onderlinge afhankelijkheid:

'In this case we have convincing evidence that before the accident, Stephanie had been an outgoing, personable and well liked person, who had dated throughout her four years of high school. She has a loving family, with parents in a committed and mutually supportive relationship. From this background, while nothing is certain, the strong probability would have been that she would have married, and that the marriage would have endured. Now, she has not only physical, memory and cognitive difficulties, but also personality problems which have left her with few if any friends, and led her own sisters to say that she can be difficult to be with or talk to. It is obvious that her chances of marriage, or of any interdependent relationship, have been significantly reduced, and if such a relationship is entered into, the chances of it breaking up have been significantly increased.'¹²⁸

Een dergelijke vreemde uitwerking zou wat mij betreft kunnen worden voorkomen door als uitgangspunt te nemen dat een ieder op enig moment in zijn leven een relatie van onderlinge afhankelijkheid aangaat, tenzij de benadeelde zelf blijkt geeft van het tegendeel.

6.8.2. Toetsing aan de uitgangspunten

De toetsing van de benadering aan het uitgangspunt van gelijke behandeling leert dat de benadering niet het onderscheid op grond van geslacht bij de berekening van verlies van verdienvermogen zoals gebeurd in de zaak *Reaal* wegneemt, maar wel de uitwerking van het onder-

¹²² S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW B34), Deventer: Kluwer 2014, p. 46 e.v. Zie ook: A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 20 e.v.

¹²³ Canadian Bar Association, *Loss of an Interdependent Relationship. Recognition of the Loss of Shared Living Relationships*, Ontario: 2011. Zie ook: J. Cassels & E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages*, Toronto: Irwin Law 2014, p. 189-191.

¹²⁴ British Columbia Court of Appeal 5 mei 1989, 1989 CarswellBC 79, r.o. 43 (*Reekie v Messervey*).

¹²⁵ British Columbia Supreme Court 2 juli 1986, 1986 CarswellBC 169 (*Reekie v Messervey*). De beslissing bleef in beroep in stand, zie: British Columbia Court of Appeal 5 mei 1989, 1989 CarswellBC 79, r.o. 43 (*Reekie v Messervey*).

¹²⁶ Ontario Court of Justice 6 januari 1999, 1999 CarswellOnt 42 (*Osborne v Bruce*).

¹²⁷ Canadian Bar Association, *Loss of an Interdependent Relationship. Recognition of the Loss of Shared Living Relationships*, Ontario: 2011, p. 5.

¹²⁸ Ontario Superior Court of Justice 3 januari 2003, 2003 CarswellOnt 10, r.o. 192 (*Walker v Ritchie*).



scheid bij het verlies van verdienvermogen uitvlakt, voor zover de vrouwen bij wie een berekening als in *Reaal* wordt toegepast, onder omstandigheden, kunnen rekenen op extra compensatie vanwege verlies van een relatie van onderlinge afhankelijkheid. De benadering kan op zich de toets aan het beginsel van gelijke behandeling doorstaan voor zover bij de berekening van de vergoeding geslacht als factor buiten beschouwing blijft. Maar zoals dat op de loer ligt bij de berekening van het verlies van verdienvermogen is niet ondenkbaar dat hier op gelijke wijze onderscheid wordt gemaakt, maar nu zo dat mannen slechter af zijn. Immers, wanneer als feit van algemene bekendheid geldt dat vrouwen meer zorgtaken verrichten en daarbij minder betaalde arbeid verrichten, zullen zij meer profijt hebben van de mogelijkheid om vergoeding vanwege verlies van een relatie van onderlinge afhankelijkheid te vorderen.

Wat de rechtvaardige uitwerking van de benadering betreft, kan (opnieuw) worden gezegd dat de benadering rechtvaardig lijkt uit te werken, als wordt aangenomen dat het verlies van een relatie van onderlinge afhankelijkheid aan de benaderer is toe te rekenen en de benadeelde met de compensatie van het verlies opnieuw beter is teruggebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd zou de schadeveroorzakende gebeurtenis niet hebben plaatsgehad.

7. Tot slot

'How any society responds to the needs of those who are disabled from earning, and the dependants of those who are prematurely killed, is surely one of the moral indicators of the state of its civilization.'¹²⁹

De uitspraak in de zaak *Reaal* laat zien dat het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht ruimte laat voor beslissingen die sekse discriminerend zijn. Sterker: de (open) rekenmethode die erop is gericht de schade van de benadeelde zo concreet mogelijk te begroten, pakt zo uit dat in de praktijk rekening wordt gehouden met het geslacht van de benadeelde, omdat statistische gegevens laten zien dat er in het verleden, en tegenwoordig nog,

een groot verschil tussen mannen en vrouwen is waar te nemen voor wat betreft het aantal uren dat zij betaalde arbeid verrichten. Het schadevergoedingsrecht staat zo op gespannen voet met het fundamentele beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, dat voor het aanbod van en de toegang tot en levering van goederen en diensten concreet is uitgewerkt in artikel 7 lid 1 sub a AWGB. Dat artikel verbiedt onderscheid door de verzekeraar bij de berekening van een uitkering en is een uitwerking van een Europese richtlijn die op zich weer een uitwerking is van de artikelen 21 en 23 EU Handvest. Die Europese achtergrond is van belang bij de uitleg en toepassing van de AWGB. De constatering in dit kader dat het schadevergoedingsrecht discriminerend werkt, noodzaakt naar mijn mening tot discussie en overweging van alternatieve benaderingen.

Hoe nu verder? Als gezegd moet er wat mij betreft discussie worden gevoerd over de inrichting en problematische uitwerking van het schadevergoedingsrecht. Het ligt voor de hand daarvoor eerst onderzoek te doen naar de omvang van het probleem. Bestudering van de rechtspraak leert dat niet alle rechters toestaan dat bij de berekening van de schadevergoeding onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht.¹³⁰ Verder moet gezegd dat de hier geïntroduceerde alternatieve benaderingen niet zijn getoetst aan een derde belangrijk punt, namelijk de praktische uitvoerbaarheid. Bij de berekening van een *verdiencapaciteit*, bijvoorbeeld, kan (terecht) gemakkelijk worden tegengeworpen dat het in de praktijk nog moeilijker dan voor het verdienvermogen is vast te stellen wat iemands capaciteit zou zijn geweest zou de schadeveroorzakende gebeurtenis niet hebben plaatsgehad.

De in dit artikel geïntroduceerde alternatieve benaderingen onderstrepen naar mijn mening de noodzaak tot herbezinning op de inrichting van het schadevergoedingsrecht in het licht van gelijke behandeling op grond van geslacht. De alternatieve benaderingen brengen naar mijn mening verder aan het licht dat zonder de grondbeginselen van het schadevergoedingsrecht te verlaten, veel mogelijk is. Het schadebegrip op zich laat kan namelijk ook goed anders worden ingevuld dan tegenwoordig gebeurt.

¹²⁹ Citaat van Ison, ontleend aan: E. Gibson, 'The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages', in: K. Cooper-Stephenson & E. Gibson, *Tort Theory*, North York: Captus Press 1993, p. 185. Zie: T. Ison, 'Human Disability and Personal Income', in: L. Klar (ed.), *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto: Butterworths 1977, p. 426.

¹³⁰ Zie het overzicht van civiele rechtspraak in het rapport van de Commissie Gelijke Behandeling: Commissie Gelijke Behandeling, **Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek**, 2012, p. 12 e.v.