

Schade van jeugdigen

**Mr. J.F. Roth en Mr. J.L. van Schoonhoven
Advocaten bij Sap Advocaten te Amersfoort**

1. Inleiding

2. Rechtspositie minderjarigen

3. Opvragen medische informatie

4. Verzorgingskosten

4.1. Bezoek en herstelkosten

4.2. Vergoeding van de tijd besteed aan de verzorging en verpleging van de minderjarige.

4.3. Vergoeding van inkomensschade geleden door de verzorging van de minderjarige

5. Fondsvorming

6. Immateriële schade bij jonge minderjarigen

1. Inleiding

Wanneer een minderjarige ernstig letsel oploopt waarvoor een ander aansprakelijk is dan is, evenals bij meerderjarigen, afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing. Dit betekent dat het algemene uitgangspunt dat ons schadevergoedingsrecht kent, vergoeding van de volledige schade, ook van toepassing is op de afwikkeling van de schade van de minderjarige. Dit brengt met zich mee dat de schade van de minderjarige in beginsel concreet berekend dient te worden.¹ Dat zal echter met name bij jonge minderjarigen niet eenvoudig zijn, omdat het (veelal korte) verleden van de minderjarige weinig houvast biedt voor een inschatting van de toekomstsituatie zonder ongeval. Het is al moeilijk genoeg om een inschatting te maken van de toekomstsituatie van de minderjarige na het ongeval. De minderjarige neemt dan ook een bijzondere positie in als het gaat om de schadeafwikkeling, waarbij ook een bijzondere rol is weggelegd voor de wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige.

In dit hoofdstuk komen een aantal bijzondere aspecten van de schadeafwikkeling bij minderjarigen aan de orde. Voorzover de schadeafwikkeling voor minderjarigen niet afwijkt van

¹ Hier wordt wel anders over gedacht bij de afwikkeling van de schade van minderjarigen met zeer ernstig letsel. In de paragraaf over fondsvorming zal hierop nader ingegaan worden.

die van volwassenen wordt volstaan met een verwijzing naar de betreffende onderwerpen die in andere hoofdstukken van dit handboek aan de orde komen. Voor wat betreft het verlies van arbeidsvermogen van jeugdigen wordt verwezen naar hoofdstuk 3030 paragraaf 5 van dit handboek².

2. Rechtspositie minderjarige

In artikel 1:234 BW is bepaald dat de minderjarige³ alleen handelingsbekwaam is tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen indien de wettelijk vertegenwoordiger daarvoor toestemming verleent. De wettelijk vertegenwoordigers zijn bij minderjarigen de ouders die het gezag over hen uitoefenen (artikel 1:245 lid 4 BW) of anders de voogd (artikel 1:337 BW⁴).

Bij aangelegenheden die de verzorging en opvoeding betreffen, dan wel het vermogen van de minderjarige en waarbij sprake is van een belangentegenstelling tussen de minderjarige en de ouders, dient er een bijzonder curator te worden benoemd die de minderjarige in en buiten rechte vertegenwoordigd (artikel 1:250 BW). De bijzonder curator wordt door de kantonrechter benoemd. Indien een ouder dus onrechtmatig jegens een minderjarig kind heeft gehandeld waardoor het kind schade heeft geleden, dan dient eerst een bijzonder curator te worden benoemd alvorens deze schade - in dan wel buiten rechte - namens het kind op de ouder kan worden verhaald.

In artikel 1:253i BW is bepaald dat de ouders gezamenlijk het bewind over het vermogen van het kind voeren en dat zij gezamenlijk het kind in burgerlijke handelingen vertegenwoordigen.⁵ Ook een ouder alleen is daartoe bevoegd, mits niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken. Eén ouder kan in een procedure dus als wettelijk vertegenwoordiger optreden van de minderjarige. De rechter hoeft zich er dan niet ambthalf van te vergewissen of de andere ouder toestemming heeft gegeven.⁶

² Zie in dit kader ook de NPP aanbeveling schade in verband met studievertraging, opgenomen in hoofdstuk 5141 van het Handboek Personenschade.

³ Zie artikel 1:233 BW: minderjarig zijn zij die nog geen 18 jaren oud zijn. De minderjarigheid kan eerder eindigen door huwelijk of door meerderjarigheidsverklaring (artikel 1:253 ha BW).

⁴ Voogdij wordt door een ander dan de ouder(s) uitgeoefend (artikel 1:245 lid 3 BW).

⁵ Mits er sprake is van gezamenlijk gezagsuitoefening in de zin van artikel 1:251 BW.

⁶ HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 411.

Voor het aangaan van een vaststellingsovereenkomst hebben de ouders op grond van artikel 1:345 lid 3 BW toestemming nodig van de kantonrechter.⁷ Dat geldt op grond van artikel 1:349 BW ook voor het starten van een gerechtelijke procedure of het instellen van beroep tegen een uitspraak. Wordt voor het voeren van een gerechtelijke procedure geen toestemming van de kantonrechter gevraagd, dan wordt de ouder of de voogd die optreedt namens de minderjarige in de procedure niet ontvankelijk verklaard.⁸ Ook voor het berusten in een uitspraak of een tegen de minderjarige ingestelde eis is een machtiging van de kantonrechter nodig.⁹

Voordat de kantonrechter toestemming verleent voor het aangaan van de vaststellingsovereenkomst, beoordeelt de kantonrechter of de belangen van het kind niet onevenredig worden geschaad. Bij twijfel heeft de kantonrechter de mogelijkheid om de zaak voor te leggen aan een deskundige voor een nadere beoordeling. De kantonrechter kan zich daarbij zeer actief opstellen, met name indien het minderjarige slachtoffer niet wordt bijgestaan door deskundige rechtsbijstandverlener. De kantonrechter kan zelfs als voorwaarde aan toestemming verbinden het betalen door de aansprakelijke partij van een hogere vergoeding.¹⁰

Een andere - zeer veel voorkomende - voorwaarde voor toestemming van de kantonrechter is dat de schadevergoeding die de minderjarige zal ontvangen wordt gestort op een bank- of girorekening met een zogenaamde BEM-clausule. Hoewel er veelal van wordt uitgegaan dat deze afkorting staat voor: Beheer Eigen vermogen Minderjarigen, zijn er ook andere varianten in omloop.¹¹ Een BEM-clausule betekent dat alleen over de gelden van de betreffende rekening kan worden beschikt na toestemming van de kantonrechter. Een dergelijke BEM-clausule is te vinden in de artikelen 1:345 lid 2 en 1:350 lid 2 BW.

In artikel 1:345 lid 2 BW is bepaald dat de kantonrechter kan bepalen dat de ouders zijn toestemming nodig hebben indien zij willen beschikken over saldi van bank- en/of girorekening.

⁷ Op grond van schakelbepaling artikel 1:253k BW zijn de artikelen 1:342 lid 2, 344 tot en met 357 en 370 BW niet alleen van toepassing op de voogd, maar ook op de ouders. In het vervolg zal gemakshalve alleen worden gesproken over ouders. Daaronder wordt dan ook de voogdij situatie begrepen.

⁸ De Rechtbank Breda was in het vonnis van 31 maart 1988, KG 1988, 183 van oordeel dat ook in geval van een kort geding een machtiging van de kantonrechter is vereist. Anders: Rechtbank 's-Gravenhage 12 maart 1980, NJ 1982, 654.

⁹ Artikel 1:349 lid 2 BW.

¹⁰ D. van Emden, Het kantongerechtoezicht, WPNR 96/6225, p. 399.

¹¹ W.M. Schonewille en J.L. Zijlma, De BEM-clausule: een ondergeschoven kindje?, Verkeersrecht 2006/5, p. 137.

Als het gaat om beleggingsrekeningen is artikel 1:350 BW van belang. In artikel 1:350 lid 1 BW is bepaald dat de ouders moeten zorgen voor een doelmatige belegging van het vermogen van de minderjarige. Indien de ouders geld van de minderjarige willen beleggen is steeds een machtiging van de kantonrechter vereist.¹² Zij kunnen echter ook vragen om een doorlopende machtiging zodat de ouders niet steeds toestemming hoeven te vragen voor elke belegging.¹³ De kantonrechter kan echter wel bepaalde voorwaarden aan een dergelijke machtiging verbinden.

Blijkens artikel 350 lid 2 BW is er geen toestemming nodig voor het onderbrengen van gelden bij een bank, op rekeningen bestemd voor de belegging van gelden van minderjarigen, zoals bijvoorbeeld een jeugdspaarrekening. Er wordt wel als voorwaarde gesteld dat de rekeningovereenkomst met de bank een beding moet bevatten dat gelden alleen worden terugbetaald met toestemming van de kantonrechter, ofwel dat er een BEM-clausule wordt opgenomen.

Overigens moet nog worden opgemerkt dat ondanks het feit dat in het hiervoor genoemde geval geen toestemming van de kantonrechter nodig is, de ouders nog steeds verantwoordelijk zijn voor het op goede wijze beleggen van het geld van de minderjarige. Zij zijn aansprakelijk in het geval van door slecht bewind veroorzaakte schade (artikel 1:343 BW).

Over de vraag wanneer er sprake is van goed bewind als het gaat om het doelmatig beleggen van het vermogen van de minderjarige kan verschillend worden gedacht. Is het op een spaarrekening zetten van grote schadebedragen goed bewind? Verdedigbaar is dat gekozen dient te worden voor een beter renderende belegging. Daar staan dan echter weer grotere risico's tegenover. Schonewille en Zijlma zijn van mening dat gestreefd dient te worden naar een optimale verdeling tussen vermogensgroei enerzijds en het zorgdragen voor instandhouding van het vermogen anderzijds.¹⁴ Zeker als het gaat om grotere vermogens zal inschakeling van een professionele vermogensbeheerder onontbeerlijk zijn.

Met betrekking tot het beheer van het vermogen van een minderjarig letselschadeslachtoffer doen zich specifieke problemen voor indien de verzorgers (vaak de ouders als wettelijk vertegenwoordigers) uit elkaar gaan, op onverantwoordelijke wijze met het vermogen omgaan of

¹² Artikel 1:350 lid 2 BW.

¹³ Artikel 1:356 lid 1 BW.

¹⁴ W.M. Schonewille en J.L. Zijlma, a.w., p. 140.

in het geval zij psychisch of lichamelijk niet meer in staat zijn tot goed beheer van het vermogen. Dit probleem kan zich in het bijzonder voordoen indien verzorgingskosten voor door de ouders in de toekomst te verrichten zorg deel uitmaken van de betaalde schadevergoeding.¹⁵ Wassenaer en Mewa¹⁶ noemen een voorbeeld (door hen aangeduid met "horrorscenario") waarbij ouders bij de afwikkeling van de letselschadezaak van hun kind € 200.000,00 krijgen voor toekomstige verzorgingskosten. Na twee jaar scheiden de ouders: vader heeft sinds het ongeval een alcoholverslaving en moeder is psychisch zo in de war dat zij niet meer functioneert. Het kind raakt verwaarloosd, vader heeft bijna al het geld verkwanseld. Moeder grijpt niet in en de toestand van het kind verslechtert met de dag.

Om dit risico voor een belangrijk deel te kunnen ondervangen opteren Wassenaer en Mewa voor een periodieke (bijvoorbeeld jaarlijkse) betaling van de verzorgingskosten aan de ouders. De vergoedingen of voorschotten daarop voor smartengeld of toekomstige schadeposten van het minderjarige slachtoffer zelf (bijvoorbeeld verlies verdienvermogen) kunnen dan op een rekening met BEM-clausule worden gestort.

Overigens kan men zich de vraag stellen of in het geval van jonge kinderen niet altijd beter periodiek kan worden afgewikkeld in plaats van middels een lumpsum regeling gezien de onzekere factoren waarmee rekening moet worden gehouden. Bij de schadeafwikkeling van meerderjarigen geeft dit reeds veel stof voor discussie.¹⁷ Bij minderjarigen zijn de goede en kwade kansen over het algemeen nog veel moeilijker in te schatten.

3. Opvragen medische informatie minderjarigen

Ook als het gaat om het opvragen van medische informatie die betrekking heeft op minderjarigen spelen de wettelijk vertegenwoordigers van de minderjarige een belangrijke rol. In de Wet Geneeskundige Behandelings Overeenkomst (WGBO) wordt bij de toestemming voor een medische behandeling onderscheid gemaakt tussen vier categorieën minderjarigen:¹⁸

1. minderjarigen tot 12 jaren;
2. minderjarigen van 12, 13, 14 of 15 jaren;

¹⁵ Het betreft hier schade van een derde in de zin van artikel 6:107 BW. Zie in dit verband ook het Wetsontwerp inkomensschade naasten (Kamerstukken II 2004/05, 28781) dat voorziet in een vergoeding voor inkomensschade indien bijvoorbeeld ouders er voor kiezen zelf hun gewonde kind te verzorgen.

¹⁶ Zie over de problemen G.M. van Wassenaer en mr. S.V. Mewa, Tweemaal slachtoffer worden door een onjuiste afwikkeling van derdenschade, hoe kunnen we dat voorkomen? TVP 2006, nr. 4, p. 129-133.

¹⁷ Zie Losbladige Schadevergoeding (Bolt), Art. 105, aant. 3, Periodieke uitkering of som ineens? en Handboek Personenschade, nr. 3070, alinea's 6 en 7.

¹⁸ Zie de artikel 7:448 en 450 BW. Zie voorts artikel 457 lid 3 BW over het verstrekken van medische informatie aan de wettelijk vertegenwoordigers.

3. minderjarigen van 16 en 17 jaren;
4. minderjarige wilsonbekwamen.

De KNMG heeft op grond van de WGBO de Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens¹⁹ opgesteld. In hoofdlijnen hanteert de KNMG voor het verstrekken van medische informatie de volgende richtlijnen als het gaat om minderjarigen.

Bij minderjarigen tot 12 jaar dienen de wettelijk vertegenwoordigers toestemming te verlenen voor het verstrekken van medische gegevens aan derden. In het kader van 'goed hulpverlenerschap' kan de arts afwijken van de wens van de ouders.

Bij de behandeling van jongeren in de leeftijdsgroep 12 tot en met 15 jaren geldt als hoofdregel dat voor een onderzoek of behandeling dubbele toestemming is vereist: die van de wettelijk vertegenwoordigers én die van de jongere zelf. De KNMG hanteert dat uitgangspunt in de richtlijn ten aanzien van het opvragen van medische informatie: naast de wettelijk vertegenwoordigers zal ook de minderjarige zelf toestemming moeten verlenen voor het verstrekken van medische informatie.

De minderjarige die de leeftijd van 16 jaren en ouder heeft bereikt is bekwaam tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst voor zichzelf.²⁰ In de richtlijn van de KNMG staat vermeld dat de 16 of 17 jarige daarom op dezelfde wijze behandeld moet worden als een meerderjarige en dat dus zonder de toestemming van deze minderjarige geen medische informatie worden verstrekt, ook niet aan de ouders.

Ten aanzien van de minderjarige wilsonbekwame in de leeftijdscategorie 12 tot 18 jaren hanteert de KNMG als richtlijn dat de wettelijk vertegenwoordigers degenen zijn die toestemming moeten verlenen voor het verstrekken van medische informatie aan derden.

4. Verzorgingskosten

Wanneer een minderjarige ernstig letsel oploopt als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander dan zal vaak intensieve verzorging nodig zijn. Doorgaans nemen de ouders van de minderjarige deze zorg op zich. Om deze zorg te kunnen uitoefenen nemen zij bijvoorbeeld

¹⁹ KNMG Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, D.Y.A. van Meersbergen, KNMG, Utrecht, december 2003.

²⁰ Artikel 7:447 BW.

vakantiedagen op of zorgverlof. Wanneer het een langdurige intensieve zorg betreft dan komt het voor dat ouders (of één van hen) minder gaan werken of zelfs hun dienstverband beëindigen om de zorg te kunnen blijven uitoefenen. De vraag die door de ouders in het kader van de schadeafwikkeling gesteld wordt is of zij de opgenomen vakantiedagen of de inkomstenderving kunnen verhalen als schade op de aansprakelijke partij of dat zij hun zorgtaken op enigerlei wijze vergoed kunnen krijgen.

Eén van de uitgangspunten in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dat alleen de benadeelde zelf, in dit geval dus de minderjarige, vergoeding van zijn schade kan vorderen, tenzij de wet anders bepaalt. Een beperkte uitzondering hierop is gemaakt in artikel 6:107 BW (schade door letsel) en 6:108 BW (schade door dood) waarin een beperkt aantal derden²¹ vergoeding van bepaalde schade kunnen vorderen.²² Het betreft dan een zelfstandig recht van op vergoeding van schade ongeacht of jegens henzelf een onrechtmatige daad dan wel wanprestatie werd gepleegd. Uiteraard dient er wel sprake te zijn van een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming jegens de benadeelde zelf.

Artikel 6:107 BW²³ biedt derden een recht op vergoeding van *kosten* die zij anders dan krachtens verzekering ten behoeve van de gekwetste hebben *gemaakt* en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen. Volgens de wettekst gaat het gaat dus om verplaatste schade van de benadeelde naar de derde.

De ouders kunnen dus op grond van artikel 6:107 BW de kosten die zij ten behoeve van hun kind hebben gemaakt op de aansprakelijke partij verhalen. Om welke kosten gaat het dan?

4.1. Bezoek- en herstelkosten

Denk bijvoorbeeld aan de bezoekkosten²⁴ of aan de kosten²⁵ die ouders maken voor de behandeling, verpleging, revalidatie, geneesmiddelen etc van de minderjarige. Deze herstelkosten kunnen zij zelfstandig verhalen op de aansprakelijke partij.²⁶

²¹ Onder derden wordt in dit verband verstaan anderen dan de benadeelde zelf.

²² S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding*, Losbladige Kluwer, art. 107, aant. 43 en S.D. Lindenbergh, "Schade van derden door verwonding of overlijden van een naaste, *TPR* 2002, pag. 1430

²³ In het hoofdstuk 3040 'Verplaatste schade' van dit Handboek wordt artikel 6:107 BW uitgebreid behandeld.

²⁴ In de Parlementaire Geschiedenis van artikel 6:107 lid 1 BW is het volgende overwogen: "*Ook kunnen hieronder vallen kosten als bedoeld in de oorspronkelijke redactie van het eerste lid onder d, mits de gekwetste, zo hij zelf de betreffende kosten voor de daar bedoelde personen zou hebben betaald (bijvoorbeeld hen op zijn kosten had laten overkomen naar de plaats waar hij in het ziekenhuis verbleef), deze schade als door hem zelf geleden, van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.*"

²⁵ In dit verband wordt nog gewezen op de regeling Tegemoetkoming onderhoudskosten thuiswonende meervoudig lichamelijk gehandicapte kinderen. De TOG-regeling geeft –de regeling zegt het al– recht op een tegemoetkoming in de kosten die de ouders kwijt zijn aan de zorg voor hun gehandicapte kind. Zie www.svb.nl

4.2. Vergoeding van de tijd besteed aan verzorging en verpleging van de minderjarige.

Is de vergoeding van de tijd besteed aan verzorging van de minderjarige en de inkomstendering van de ouder ook als verplaatste schade aan te merken?

Onder het oude recht heeft de Hoge Raad al in het Johanna Kruidhof arrest²⁷ overwogen dat de aansprakelijke partij verplicht is de benadeelde die ernstig letsel oploopt, waarmee niet alleen ziekenhuisopname maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis is gemoeid, in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien. Wanneer het gaat om een gewond kind dat niet door professionele hulpverleners maar door de ouders zelf wordt verpleegd en verzorgd brengt de redelijkheid mee dat het de rechter vrij staat te abstraheren van de omstandigheid dat die verplegende taken in werkelijkheid niet door hulpverleners worden vervuld, dat de ouders geen aanspraak op een geldelijke beloning jegens hun kind kunnen doen gelden voor al hun inspanningen en dat zij bij het vervullen van die taken geen inkomsten derven. Voor de vrije tijd die de ouders hebben besteed aan de verzorging en verpleging van Johanna acht de Hoge Raad een vergoeding op zijn plaats. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat de rechter vrij is bij het bepalen van de omvang van deze vergoeding doch dat geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen worden toegewezen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.²⁸

Zie in dit verband ook de Parlementaire Geschiedenis van artikel 6:107 lid 1 BW:

“Ook kan hieronder worden gebracht de schade van bijvoorbeeld de echtgenoot die zich aan de verzorging van het slachtoffer wijdt, mits binnen de grenzen van de kosten die het slachtoffer had kunnen vorderen, wanneer hij daartoe een betaalde kracht zou hebben aangetrokken.”²⁹

Op de vraag of een vergoeding op zijn plaats is voor de tijd besteed aan verpleging en verzorging van een minderjarige kan dus bevestigend worden geantwoord. Met een beroep op artikel 6:107 BW kunnen ouders zelfstandig aanspraak maken op deze schade, waarbij dan als bovengrens de bespaarde kosten van een professionele hulp geldt. Dat deze kosten ook concreet moeten zijn gemaakt is dan geen vereiste.³⁰

²⁶ Zie ook S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding*, Losbladige Kluwer, art. 107, aant. 44, J.M. Tromp Personenschade in de Praktijk, paragraaf 5.13.2.1.; Handboek Personenschade nr. 3040.

²⁷ HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 en VR 1999, 166, Johanna Kruidhof r.o. 3.3.2

²⁸ In zijn artikel *“Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak”*, TvVP 2006, nr. 4, onder paragraaf 7 pag. 108 gaat Lindenbergh nader in op de omvang van de vergoeding.

²⁹ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, pag. 1288-1289

³⁰ Lindenbergh betoogt in zijn artikel *“Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak”*, TvVP 2006, nr. 4, pag. 105-110 dat op deze wijze de schade die daadwerkelijk wordt geleden, extra lasten in de vorm

De omstandigheid dat de ouders als wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige wettelijk verplicht zijn hem of haar te onderhouden, staat niet in de weg aan vergoeding van deze schadepost. Het doet niets af aan de verplichting van de aansprakelijke om de schade van de minderjarige te vergoeden. De minderjarige kan op deze wettelijke verzorgingsplicht aanspraak maken als hij daar behoefte aan heeft en deze behoefte bestaat niet als de minderjarige een schadevergoeding toekomt.³¹

In het arrest Kruter-van de Pol/Wilton Feijenoord³² lijkt de HR een nadere voorwaarde te stellen aan vergoeding van de tijd besteed aan verpleging en verzorging van de benadeelde. In dit geval ging het om stervensbegeleiding door de echtgenote voor de duur van 6 weken. De HR laat de overweging van de rechtbank in stand dat voor een vergoeding van verzorgingsinspanningen geen plaats is als het inschakelen van professionele hulp niet normaal en gebruikelijk is. In de literatuur is op deze norm kritiek geuit. Betoogd wordt dat het in Nederland bijna nooit normaal en gebruikelijk is om particuliere professionele hulp van derden in te schakelen en dat het beter is te beoordelen of het redelijk is om beroep te doen op hulp van derden.³³

4.3 Vergoeding van inkomensschade geleden door verzorging van de minderjarige?

Volgt uit het voorgaande ook dat de ouders de inkomensschade die zij in verband met de verzorging van de een minderjarige lijden op de aansprakelijke partij kunnen verhalen ex. artikel 6:107 BW? Deze vraag is in de jurisprudentie al een aantal keer aan de orde gesteld.³⁴

Onder het oude recht oordeelde de Hoge Raad al in het Johanna Kruidhof³⁵ arrest dat de bezoekkosten wel voor vergoeding in aanmerking komen maar gedeerd inkomen van ouders – bestaande uit opgenomen vakantiedagen- vanwege dat bezoek niet.³⁶ De Hoge Raad overwoog

van inspanningen die het letsel meebrengt, goed in beeld te brengen is en zo afgewenteld kan worden op de aansprakelijke partij. Er wordt niet van het bestaan van de schade geabstraheerd maar juist van de specifieke omstandigheden die het zicht op de daadwerkelijke schade wegnemen.

³¹ Zie Prof. mr. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding*, Losbladige Kluwer, artikel 107, aant. 36; HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m. nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof) r.o.o. 3.2.2.

³² HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 m. nt. J.B.M. Vranken en later ook Hof Arnhem 23 mei 2006, LJN AY51110

³³ Noot JBM Vranken onder het arrest Kruter-Van de Pol/Winton Feijenoord en Prof. Mr. S.D. Lindenbergh

“Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak”, TvVP 2006, nr. 4, noot 22 pag. 107.

³⁴ HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 en VR 1999, 166, Johanna Kruidhof, HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost)

³⁵ HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 en VR 1999, 166, Johanna Kruidhof

³⁶ Overigens wordt door Lindenbergh hier anders over gedacht evenals (GMT) in zijn noot onder het Johanna Kruidhof arrest waarin wordt betoogd dat op de opvatting van de Hoge Raad wel het een en ander valt af te dingen.

dat het niet waarschijnlijk is dat ouders in de plaats van zichzelf professionele, betaalde hulpverleners zouden inschakelen voor ziekenhuisbezoek wanneer zij zelf niet in de gelegenheid zijn hun kind te bezoeken. Hier wordt nog weer eens benadrukt dat het om verplaatste schade van het kind naar de ouders moet gaan. Inkomensschade is geen verplaatste schade, het betreft de eigen schade van de ouders, zodat deze niet op grond van artikel 6:107 BW voor vergoeding in aanmerking komt.³⁷

Wanneer ouders inkomstenderving vorderen omdat jegens henzelf een onrechtmatige daad is gepleegd (ze zijn bijvoorbeeld partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst), dan komt deze post ook niet voor vergoeding in aanmerking voor zover deze betrekking heeft op de verzorging en verpleging van de minderjarige. Immers, alleen het slachtoffer zelf kan zijn schade vorderen en derden alleen voor zover artikel 6:107 BW daar recht op geeft.³⁸ Op grond van de wet is het dan ook vooralsnog niet mogelijk de inkomensschade van de ouders te verhalen op grond van artikel 6:107 lid 1 BW.³⁹

5. Fondsvorming

Bij met name jonge kinderen met zeer ernstig en blijvend letsel –denk dan aan volledige afhankelijkheid- is het moeilijk om de schade concreet te berekenen en dan met name het verlies aan arbeidsvermogen.⁴⁰ Daarom wordt in de praktijk nog wel betoogd om de concrete schadeberekening achterwege te laten en over te gaan tot fondsvorming. Betoogd wordt dat de behoefte van de minderjarige voorop staat. De minderjarige die vaak volledig afhankelijk is zal vermoedelijk toch niet in staat zijn de schadevergoeding op basis van een concrete berekening op te maken, het restant komt dan terecht bij de nabestaanden hetgeen in strijd is met het wettelijk stelsel. Bij fondsvorming wordt beoogd een potje te vormen waarmee de benadeelde zich de rest van zijn leven zou kunnen redden. Uitgangspunt daarbij is de gedachte dat ons

Zo wordt bij de beoordeling van de vergoeding van de tijd besteed aan verzorging en verpleging enerzijds geabstraheerd van de omstandigheid dat professionele hulpverlening feitelijk niet plaatsvindt (abstracte benadering) en bij de beoordeling van de vergoeding van de tijd besteed aan ziekenhuisbezoeken anderzijds toch wel weer verlangd wordt (concrete benadering). Ook wordt wel betoogd dat de vergoeding van bezoekkosten van derden eigenlijk niet onder artikel 6:107 BW zijn te verklaren en werden en worden aangemerkt als vergoedbare schade omdat zij bijdragen in herstel van de benadeelde. Niet in te zien valt waarom de met het bezoek gemoeide tijd dan ook niet als vergoedbare schade zou kunnen worden aangemerkt.

³⁷ Zie ook rechtbank 's-Hertogenbosch, 21 september 2001, LJN AD6131, r.o. 4.7 waarin de ouders de gemiste winst uit onderneming als eigen schade en verplaatste schade vorderen.

³⁸ De oude redactie van artikel 6:107 lid 1 sub d BW liet overigens wel inkomensschade van derden voor vergoeding in aanmerking komen.

³⁹ Inmiddels is er een wetsvoorstel Inkomensschade (28781 nr.8) in de maak dat wel recht zou geven op vergoeding van inkomensschade van derden dan wel een familielid. De tekst van het wetsvoorstel is nog niet openbaar. Voor enkele overwegingen hierover wordt verwezen naar Prof. Mr. S.D. Lindenbergh "*Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak*", TvVP 2006, nr. 4, pag. 109.

⁴⁰ Handboek Personenschade nr. 3030, paragraaf 5.1

sociale zekerheidsstelsel de benadeelde zal voorzien in zijn of haar dagelijkse onderhoud. Het fonds moet dan de extra uitgaven die de benadeelde maakt om zijn leven te veraangenamen kunnen dragen.⁴¹

De vraag is of de vorming van een dergelijk fonds zich verdraagt met het uitgangspunt van volledige schadevergoeding. Verdedigbaar is van niet. Algemeen aanvaard is om bij zeer jeugdigen een doorsnee loopbaan als uitgangspunt te nemen, tenzij er sterke aanwijzingen zijn in andere richting. Bij oudere kinderen tekent zich vaak al een voorkeur voor een bepaalde richting af.⁴² Daarbij zal de discussie zich verplaatsen naar de vraag in welke gevallen fondsvorming de aangewezen weg van schadebegroting is. Tot welke leeftijd van de minderjarige is fondsvorming redelijk, wat is de ernst van het letsel en in hoeverre is het kind zelfredzaam?

Wanneer beide partijen kunnen leven met het vormen van een fonds, waarbij de ouders dan als wettelijk vertegenwoordiger een beslissing nemen namens de minderjarige, dan staat natuurlijk niets aan fondsvorming in de weg. Wel dient echter rekening gehouden te worden met de mogelijkheid dat het sociale zekerheidsstelsel aan diverse veranderingen onderhevig is.⁴³ Een fonds zou bij het wegvallen van de sociale zekerheidsuitkeringen dan niet de schade dekken, zodat een voorbehoud hiervoor gewenst is.

6. Immateriële schade bij jonge minderjarigen

Immateriële schade komt op grond van artikel 6:95 juncto 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking. Ook voor de minderjarige. Artikel 6:106 geeft als uitgangspunt dat de rechter de omvang van het smartengeld naar billijkheid dient vast te stellen. De rechter mag met alle omstandigheden van het geval rekening houden. Volgens de Hoge Raad zijn voor de omvang bepalende factoren de aard van de aansprakelijkheid, de ernst van het aan de aansprakelijke gemaakte verwijt⁴⁴ aard, duur en intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde⁴⁵. De omvang zal moeten worden afgeleid uit meer objectieve factoren en

⁴¹ Zie het standpunt van de verzekeraar in uitspraak van de Rechtbank Zutphen 30 mei 1991, VR 1992/150. Zie ook Handboek Personenschade nr. 3030, paragraaf 5.4, waarin de overige rechtspraak wordt vermeld.

⁴² Handboek Personenschade nr. 3030, paragraaf 5.1

onder de huishoudelijke hulpbehoefte met ingang van 1 januari 2007 onder valt en de gemeente zelf de uitvoering daarvan beheert.

⁴⁴ HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132 (Wrongful birth II)

⁴⁵ HR 8 juli 1992, NJ1992, 714 (AMC/O), HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druiff/Bouw).

concrete aanwijzingen zoals de aard en ernst van het letsel⁴⁶ en de gevolgen daarvan voor betrokkene.

Bij minderjarigen speelt natuurlijk de jonge leeftijd een rol bij het bepalen van de immateriële schadevergoeding. De leeftijd is naast de andere hiervoor genoemde factoren van belang bij de bepaling van de omvang van het smartengeld.⁴⁷ Immers, hoe jonger de leeftijd hoe langer het lijden van de benadeelde.⁴⁸

Bij hele jonge kinderen met ernstig blijvend letsel speelt nog wel eens de mate van bewustzijn een rol. Wanneer een minderjarige op zeer jonge leeftijd ernstig blijvend letsel oploopt dan wordt nog wel eens betoogd dat er geen sprake is van gederfde levensvreugde dan wel dat zij zich de ernst van hun situatie niet ten volle bewust zijn. Dit argument komt men ook wel tegen bij comateuze slachtoffers. Ondanks dit argument wordt een recht op smartengeld hier op zijn plaats geacht.⁴⁹ Het verschil met een toestand van bewusteloosheid is namelijk dat een heel jong kind misschien wel niet beter weet, maar wel degelijk pijn en verdriet kan ervaren. Bovendien is het kind wel de kans ontnomen om het leven te leiden als ieder ander kind. De omvang van de vergoeding is zeer afhankelijk van de omstandigheden van het geval waarvoor wordt verwezen naar de 'ANWB smartengeldgids'⁵⁰.

20. Literatuurlijst

Emden, van D., Het kantongerechtstoezicht, WPNR 96/6225, p. 399.

Lindenbergh, S.D., Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak", TvVP 2006, nr. 4, p. 105 t/m 110

Schonewille, W.M. en Zijlma, J.L., De BEM-clausule: een ondergeschoven kindje?, Verkeersrecht 2006/5, p. 137-141.

⁴⁶ HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (comapatiënt).

⁴⁷ Hiervoor wordt verwezen naar de volgende jurisprudentie: Rb. Arnhem, 22 december 1994, VRS 2000, 97, Rechtbank 's-Gravenhage 1 maart 1995, VRS 2000, 102, Hof Amsterdam 19 maart 1992, VR 1993, 32 VRS 2000, 155, Rechtbank Amsterdam, 2 februari 1993, VRS 2000, 385.

⁴⁸ Losbladige Kluwer, Schadevergoeding, artikel 106, aant. 50.3.

⁴⁹ Losbladige Kluwer, Schadevergoeding, artikel 106, aant. 50.3. Zie ook HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (comapatiënt)

⁵⁰ Smartengeld, *Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, verzameld en bewerkt door mr. M. Jansen, een uitgave van VerkeersRecht en de ANWB, 1988, 1991, 1994, 1997, 2000, 2003 en 2006.