

De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht

Mr. drs. M.Th. Beumers & Prof. mr. W.H. van Boom¹

1 Inleiding

Het aansprakelijkheidsrecht kent veel maatmensen. Het is veelal de aangesproken partij die 'de maat wordt genomen'. Is zijn gedrag in overeenstemming met het gedrag dat de maatmens zou hebben vertoond? Hoe zou bijvoorbeeld een redelijk handelend en bekwame beroepsgenoot in de gegeven omstandigheden hebben gehandeld? Wat valt van de redelijk handelende werkgever, de zorgvuldige producent en de goede huisvader te verwachten? De maatmens voorziet aldus het aansprakelijkheidsrecht van geobjectiveerde gedragsnormen waaraan de daadwerkelijke gedragingen van een aangesproken partij worden getoetst.

Maar niet alleen de aangesproken partij wordt de maat genomen in het aansprakelijkheidsrecht. Ook voor potentiële benadeelden bestaan maatmensvergelijkingen. Daarover gaat dit preadvies. Wie zijn deze maatmens-benadeelden? Om welke redenen worden zij gehanteerd? Welke functies vervullen zij en voor welke problemen dienen zij een oplossing te bieden? In deze bijdrage zoeken wij, aan de hand van een tweetal concrete voorbeelden, naar antwoorden op zulke vragen. We betrekken daarbij zowel de vestigingsfase als de schadevergoedingsfase. Vervolgens worden, aan de hand van deze voorbeelden, enkele meer algemene perspectieven ontwikkeld op de maatmens-benadeelde, zijn functies, doelstellingen en op de wrijving tussen feit en norm bij het gebruik van de maatmens in het aansprakelijkheidsrecht. Daarmee geven we een aanzet voor een beredeneerde classificatie van de maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht.

De opzet van onze bijdrage is als volgt. Allereerst staan we in hoofdstuk 2 stil bij de maatmens-benadeelde in het consumentenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Zoals zal blijken, is voor de duiding van deze maatmens zijn Europeesrechtelijke achtergrond van belang. Hij dient namelijk mede een harmonisatiedoel: overall in Europa leeft de 'gemiddelde consument'. Duidelijk wordt echter dat dit ideaaltype uniforme consument onmogelijk is te bereiken en dat er spanning

¹ De auteurs zijn verbonden als PhD Fellow respectievelijk hoogleraar bij de Afdeling Civiel Recht, Universiteit Leiden. Zij danken de deelnemers aan de discussie bij de jaarvergadering d.d. 12 november 2015 van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) voor de waardevolle discussie. De bijdrage werd afgesloten op oudejaarsavond 2015; met latere ontwikkelingen is geen rekening meer gehouden.

bestaat tussen feit en norm, dat wil zeggen tussen het daadwerkelijke consumentengedrag en het gedrag van de consument-maatmens.

In hoofdstuk 3 gaan we vervolgens in op de maatmens-benadeelde bij de begroting van verlies van arbeidsvermogen. Het begroten van het verlies van arbeidsvermogen bij letselschade is een exercitie in het construeren van een toekomst die nooit ontstond. Zien we bij die exercitie ook een plaats voor de maatmens? En zo ja, wat is dan de rechtvaardiging daarvoor? Ook in deze discussie is een spanning tussen feit en norm waarneembaar.

Ten slotte proberen we in hoofdstuk 4 enkele meer algemene uitspraken te doen over de maatmens-benadeelde. We inventariseren wat betreft onze twee voorbeelden de achterliggende doelen en de functies die de maatmens vervult.

2 De gemiddelde consument

2.1 Inleiding

Is een folder waarin een risicovol aandelenleaseproduct wordt aangeprezen, misleidend voor consumenten?² Zetten de reclames van de staatsloterij waarin de winkansen positiever worden voorgesteld dan ze in werkelijkheid zijn, hen op het verkeerde been?³

Al meerdere malen heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of het gedrag van een handelaar misleidende reclame vormt op grond van artikel 6:194 (oud) BW of een oneerlijke handelspraktijk op grond van de huidige regeling van artikel 6:193a e.v. BW (afdeling 6.3.3A BW).⁴ Deze twee species van de onrechtmatige daad verbieden het handelaren om misleidend, agressief of anderszins oneerlijk te handelen jegens hun consumenten. Wanneer is daar sprake van? Afgezien van enkele handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn, speelt bij de beoordeling hiervan een consument-maatmens een cruciale rol.⁵

We zullen eerst uiteenzetten wie deze consument-maatmens is en welke eigenschappen hij heeft. Ook gaan we in op de functies van deze maatmens (par. 2.2-2.4). Vervolgens bespreken we de empirische kritiek op het ontwikkelde model van de consument-maatmens en het belang van deze kritiek. Het belang van de kritiek blijkt afhankelijk van hetgeen de consument-maatmens beoogt te zijn (par. 2.5). Daarna zullen we aandacht besteden aan de wijze waarop het model van de consument-maatmens wordt toegepast door de nationale rechter. Dan blijkt dat de nationale rechter veel ruimte is gelaten om met het daadwerkelijke consumentengedrag rekening te houden (par. 2.6-2.8).

2 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/183 (Levob/Bolle), r.o. 4.3.1-4.3.11.

3 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, RvdW 2015/223, AA 2015, p. 784-793 (Stichting Loterijverlies).

4 In de nieuwe afdeling 6.3.3A BW is misleidende reclame een species van de oneerlijke handelspraktijken. Daarmee werd het oude artikel 6:194 BW grotendeels overbodig voor B2C-praktijken. Het is echter gehandhaafd ter bescherming van niet-consumenten die worden benadeeld door misleidende reclame van een ander bedrijf.

5 Handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn, staan in respectievelijk artikel 6:193g en 6:193i BW.

2.2 Een Europese achtergrond

De consument-maatmens uit afdeling 6.3.3A BW is van Europese origine. De wettelijke regeling betreffende oneerlijke handelspraktijken in het BW vormt de implementatie van de EU-Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna: Richtlijn OHP).⁶ De consument-maatmens stamt echter al van voor deze richtlijn. Hij werd daarvoor onder meer ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (verder: het Hof) over misleidende reclame.⁷ Deze consument-maatmens is daarnaast op verschillende andere deelterreinen ingezet door het Hof, zoals in het intellectuele eigendomsrecht, in het recht op het vrije verkeer van goederen en diensten en in verschillende specifieke productrichtlijnen.⁸

Aangezien in dit preadvies het aansprakelijkheidsrecht centraal staat, spitst dit hoofdstuk zich toe op de wettelijke regeling in het BW over oneerlijke handelspraktijken en op de Richtlijn OHP.

2.3 De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument

Het antwoord op de vraag of een handelspraktijk respectievelijk oneerlijk (6:193b BW), misleidend (6:193c BW) of agressief (6:193h BW) is, is mede afhankelijk van de reactie erop door de gemiddelde consument. Om te beoordelen of een handelspraktijk agressief, misleidend of anderszins oneerlijk is, wordt niet getoetst of daadwerkelijke consumenten door de handelspraktijk een ander besluit over de overeenkomst hebben genomen dan zij zouden hebben genomen zonder de handelspraktijk, maar of *een gemiddelde consument* dat zou hebben gedaan. Wie is dat? Opmerkelijk genoeg bevat de wettelijke regeling in het BW zelf geen definitie van deze gemiddelde consument.⁹ In de Memorie van Toelichting van afdeling 6.3.3A BW is er wel een te vinden:¹⁰

“(...) het gaat om de fictieve doorsneeconsument, dat wil zeggen de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument (...).”

6 Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (Verder: Richtlijn 2005/29/EG).

7 Zoals de EU-wetgever expliciet vermeldt in Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

8 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 21-22; Pavillon 2011, p. 297 (voetnoot 45) en Duivenvoorde 2014, p. 44. Zie verder: Mak *MvV* 2011, p. 185-190, Mak *ERPL* 2011, p. 25-42 en Mak 2013, p. 333-356. Zij laat zien dat het consumentenbegrip in de nationale rechtssystemen en in verschillende andere richtlijnen afwijkt van de consument-maatmens uit de Richtlijn OHP en dat daar veelal is gekozen voor een consumentenvriendelijkere invulling. Zulke verschillen zijn problematisch naar haar mening. In onze bijdrage richten we ons echter uitsluitend op de consument-maatmens uit de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

9 Artikel 6:193a lid 2 BW geeft enkel aan wat er *mede* onder een gemiddelde consument wordt verstaan.

10 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14 (MvT).

De Hoge Raad omschreef de gemiddelde consument min of meer:¹¹

“Bij de beantwoording van de vraag of een mededeling misleidend is in de zin van art. 6:194 (oud) BW moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt, de ‘maatman’ (...).”

Beide definities zijn gebaseerd op de Richtlijn OHP. In de considerans van deze richtlijn wordt de gemiddelde consument omschreven als een ‘fictieve doorsneeconsument’, die ‘redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend’ is.¹² Met deze omschrijving zocht de Richtlijn aansluiting bij de jurisprudentie van het Hof, die dit criterium ontwikkelde in zijn jurisprudentie.¹³ De locus classicus vormt het arrest *Gut Springenheide*, waarin de vraag centraal stond of reclame die voor een bepaald soort eieren werd gemaakt, misleidend was.¹⁴ De verwijzende rechter vroeg zich onder meer af of bij deze beoordeling moest worden uitgegaan van de verwachtingen van een oppervlakkige consument of van een consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen.¹⁵ Het Hof antwoordde op deze vraag dat:¹⁶

“[moet worden] uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (...).”

Dit criterium is vervolgens in verschillende arresten gehanteerd¹⁷ en ligt thans dus ook ten grondslag aan de Richtlijn OHP.

De gemiddelde consument krijgt heldere kwaliteiten toegedicht. Hij heeft een redelijk ontwikkelde algemene kennis en heeft daarnaast enige kennis over de producten die hij aanschaft.¹⁸ Daarbij bestudeert de consument-maatmens de informatie die hem is verstrekt door de verkoper nauwkeurig en grondig, met name ook de informatie die te vinden is op het etiket van de productverpakking.¹⁹ Indien nodig maakt de consument een prijsvergelijking tussen verschillende producten voordat hij een aankoop doet.²⁰ Hij is daarbij kritisch en laat zich niet snel om de tuin leiden door de reclame-uitingen van een

11 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, *RvdW 2015/223* (Stichting Loterijverlies), r.o. 3.2.3.

12 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

13 Dat blijkt uit Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 en *Kamerstukken II 2005/07, 30928*, nr. 3, p. 14 (MvT). Zie hierover: Drijber *NTER 2005*, p. 180; Verkade 2009, p. 31 en Pavillon 2011, p. 297-298.

14 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*).

15 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 15.

16 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 31.

17 Bijvoorbeeld: HvJ EG 28 januari 1999, C-303/97 (*Sektkellerei Kessler*), r.o. 36; HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 27; HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 20 en HvJ EG 19 september 2006, C-356/04 (*Lidl*), r.o. 78.

18 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 25; HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 2 en conclusie A-G Léger bij dit arrest sub 70-72. Zie verder: Incardona en Poncibò *JCP 2007*, p. 24; Verkade 2009, p. 31 en Duivenvoorde 2014, p. 49-50, 67.

19 HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 22; conclusie A-G Léger bij dit arrest, sub 39 en conclusie A-G Geelhoed bij HvJ EG 15 juli 2004, C-239/02 (*Douwe Egberts*), sub 54.

20 Conclusie A-G Tesouro bij HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90 (*Nissan*), sub 9.

verkoper. De consument handelt namelijk rationeel en efficiënt en is zich daarbij bewust van de mogelijke risico's die zijn gemoeid met de aankoop van producten.²¹ Hij is *niet* oppervlakkig en handelt *niet* ondoordacht of impulsief.²²

2.4 Ratio achter de consument-maatmens

Het hanteren van deze consument-maatmens bij de beoordeling van handelspraktijken moet ervoor zorgen dat er evenredigheid bestaat tussen twee doelstellingen die met de Richtlijn OHP worden nagestreefd: een hoge mate van consumentenbescherming enerzijds en het bevorderen van het vrije verkeer van goederen en diensten anderzijds.²³ Aan de ene kant moeten consumenten voldoende worden beschermd tegen oneerlijke handelspraktijken van malafide handelaren, maar aan de andere kant moet ervoor worden gewaakt dat het vrije verkeer wordt belemmerd door allerlei strikte en rigide consumentenbescherming van individuele lidstaten.²⁴

De Richtlijn OHP vereist maximumharmonisatie. Het doel is dus eveneens om nationale verschillen in consumentenbescherming te laten verdwijnen en om te waarborgen dat in de gehele Unie hetzelfde niveau van consumentenbescherming tegen oneerlijke handelspraktijken bestaat. Dit komt de rechtszekerheid en daarmee de grensoverschrijdende handel ten goede.²⁵ De consument-maatmens moet helpen voorkomen dat de nationale rechter van de ene lidstaat een handelspraktijk als oneerlijk kwalificeert, maar dat dezelfde handelspraktijk volgens een andere nationale rechter wel door de beugel kan.²⁶

2.5 Maatmens, feit of norm?

Dit model van consument-maatmens is niet onomstreden. In de rechtswenschappelijke literatuur wordt, met een beroep op empirische inzichten, aangevoerd dat de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende

21 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 25; conclusie A-G Geelhoed bij HvJ EG 15 juli 2004, C-239/02 (*Douwe Egberts*), sub 79 en conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 103. Zie ook: Leidraad voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, EC 3 december 2009, SEC(2009) 1666, p. 28 (verder: Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG).

22 Verkade 2009, p. 30-31; Van Dam *SEW* 2009, p. 5-6; Mak *ERPL* 2011, p. 29 en Duivenvoorde 2013, p. 148.

23 Dit zijn de doelstellingen van de Richtlijn OHP volgens Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 1-2 en art. 1.

24 Zie: Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 en Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG, p. 28. Ook in de jurisprudentie is dit benadrukt: HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 28 en conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 102. Zie verder: Abbamonte *CJEL* 2006, p. 707; Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 26-27; Van Dam *SEW* 2009, p. 6; Duivenvoorde *WPNR* 2010, p. 533; Mak 2013, p. 336-339 en Duivenvoorde 2014, p. 28, 64.

25 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1, 3 (MvT) en Richtlijn 2005/29/EG, art. 4.

26 Conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EU 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 102 en Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 3 en 4. Zie ook: Wilhelmsson 2007, p. 249; Van Dam *SEW* 2009, p. 8 en Duivenvoorde *WPNR* 2010, p. 533.

consument een onrealistisch beeld schetst van de daadwerkelijke consumentenpopulatie.

Zo zou uit empirisch onderzoek blijken dat consumenten helemaal niet in staat zijn om alle informatie die hun wordt aangeboden over een product op een juiste manier te verwerken. Zeker wanneer hun zeer veel informatie wordt aangeboden, lezen consumenten het merendeel van de productinformatie niet.²⁷ Ook interpreteren consumenten productinformatie eenzijdig, subjectief en veelal verkeerd.²⁸ Bovendien maken ze bij de aanschaf van een product niet steeds een volledige afweging op basis van de beschikbare informatie, maar is hun beslissing veeleer afhankelijk van allerlei vuistregels en eerdere ervaringen.²⁹ Daarbij komt dat consumenten contracteerbeslissingen vaak nemen op basis van emoties, dat zij gevoelig zijn voor modegrillen en geneigd zijn om het autoriteitsoordeel van 'experts' als zoete koek te slikken.³⁰ Een model waarin ervan uit wordt gegaan dat de gemiddelde consument rationeel handelt en bewuste, doordachte keuzes maakt, strookt dus niet met de werkelijkheid, zo houden deze critici ons voor.³¹

Bovendien is betoogd dat de gemiddelde consument helemaal niet bestaat. Consumenten verschillen sterk in hun kennis over de producten die zij aanschaffen, in hun mate van betrokkenheid bij de aanschaf van producten en in hun capaciteiten om informatie juist te verwerken. Er is, met andere woorden, een grote variëteit aan consumenten. Sommigen worden nauwelijks beïnvloed door oneerlijke handelspraktijken, terwijl anderen er juist zeer vatbaar voor zijn.³² Wilhelmsson verdedigt aan de hand van statistisch onderzoek dat er bovendien grote verschillen bestaan tussen de culturen van de Europese lidstaten. Zo wordt het bedrijfsleven in sommige lidstaten meer vertrouwd dan in andere lidstaten, wordt reclame serieuzer genomen en nemen consumenten aankoopbeslissingen meer met het hart dan met het verstand.³³ Deze verschillen zijn van invloed op de mate waarin handelspraktijken consumenten uit de verschillende lidstaten beïnvloeden.

Het 'pan-Europese' ideaal van de consument-maatmens wordt om deze reden bekritiseerd omdat het er ten onrechte van uitgaat dat alle consumenten hetzelfde reageren op oneerlijke handelspraktijken. Het model van een consument-maatmens doet daarmee geen recht aan verschillen tussen consumenten binnen een lidstaat en de verschillen tussen de culturen van de verschillende lidstaten.³⁴

Deze kritiek op het model van de consument-maatmens is fors, maar wat is het belang ervan? Dat lijkt ons afhankelijk te zijn van de vraag wat de

27 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 32; Duivenvoorde 2013, p. 150-151 en Van Raaij 2013, p. 35.

28 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 32 en Duivenvoorde 2013, p. 151-152.

29 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 32-33 en Duivenvoorde 2013, p. 152.

30 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 33-34, 36.

31 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 36; Duivenvoorde *WPNR* 2010, p. 533; Duivenvoorde 2013, p. 153; Van Raaij 2013, p. 37-39 en Duivenvoorde 2014, p. 169, 177.

32 Duivenvoorde 2013, p. 152-156 en Duivenvoorde 2014, p. 170-173.

33 Wilhelmsson 2007, p. 259-264.

34 Wilhelmsson 2007, p. 265-266; Incardona en Poncibò *JCP* 2007; Duivenvoorde 2013, p. 158 en Duivenvoorde 2014, p. 177-178.

consument-maatmens eigenlijk beoogt te zijn: een *feitelijke* veronderstelling over het daadwerkelijke gedrag van de gemiddelde consument of een *normstelling* die voorschrijft hoe consumenten worden geacht zich te gedragen, of 'iets daartussenin'?³⁵

Wanneer de consument-maatmens een *zuiver* feitelijk model zou zijn, heeft dat namelijk verschillende consequenties. Ten eerste zijn de empirische argumenten dan van grote betekenis. Ze tonen dan immers aan dat het Hof en de EU-wetgever er onjuiste veronderstellingen op nahouden over de consument.

In werkelijkheid hanteren Hof en EU-wetgever echter geen zuiver feitelijk begrip van de consument-maatmens. In verschillende arresten is overwogen dat de gemiddelde consument wordt *geacht* het een en ander te begrijpen of te doen. Zo wordt hij geacht te begrijpen dat in reclames wordt overdreven, hij wordt geacht de etiketten van producten te lezen en hij wordt geacht te weten dat landbouwproducten altijd in geringe mate zijn vervuild met zware metalen.³⁶ In verschillende conclusies bij arresten over de gemiddelde consument worden deze normatieve elementen van het model nog duidelijker. Volgens Fennelly moeten er strenge eisen worden gesteld aan consumenten en vormt de consument-maatmens geen statistisch criterium.³⁷ Op vergelijkbare wijze betogen Trstenjak en Geelhoed dat de consument wordt "geacht het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daar rationeel op te reageren"³⁸ en geacht dat hij "vóór de (eerste) aanschaf van een gegeven product steeds kennis zal nemen van de informatie die op het etiket is vermeld en dat hij voorts in staat is deze informatie op waarde te schatten."³⁹ Bovendien betoogde Tesauro al dat het recht slechts de oplettende, en niet de slapende consument beschermt.⁴⁰ Ook in de Richtlijn OHP, waarin aansluiting wordt gezocht bij de jurisprudentie van het Hof, schemeren deze normatieve verwachtingen aan het adres van de gemiddelde consument door.⁴¹

De meeste auteurs komen dan ook tot conclusie dat de consument-maatmens een normatief model vormt.⁴² Anderen zien de consument-maatmens als een hybride concept, dat zowel normatieve als feitelijke elementen omvat.⁴³ Het is veilig om te concluderen dat de consument-maatmens in ieder geval deels een normatief karakter heeft en geen zuiver feitelijk model is. De

35 Duivenvoorde 2013, p. 150 (voetnoot 7) en Duivenvoorde 2014, p. 63-66. In de literatuur is wel verdedigd dat het onderscheid tussen een feitelijk of normatief model van de consument-maatmens een schijn tegenstelling is omdat de feitelijke en normatieve benadering twee zijdes van dezelfde medaille zouden behelzen. Zie: Radeideh 2004, p. 172 en Van Dam SEW 2009, p. 6. Dit lijkt ons een onderschatting van het verschil tussen feit en norm.

36 HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93 (*Mars*), r.o. 24, HvJ EG 4 april 2000, C-465/98 (*Adolf Darbo*), r.o. 26-27, conclusie A-G Léger bij dit arrest sub 70-72.

37 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 29.

38 Conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 9 november 2010, C-540/08 (*Mediaprint*), sub 103.

39 Conclusie A-G Geelhoed bij HvJ EG 15 juli 2004, C-239/02 (*Douwe Egberts*), sub 54.

40 Conclusie A-G Tesauro bij HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90 (*Nissan*), sub 9.

41 Richtlijn 2005/29/EG, *considerans*, sub 18 (slot).

42 Dittmer *EIPR* 1998, p. 316; Duivenvoorde *WPNR* 2010, p. 533; Pavillon 2011, p. 307; Mak 2013, p. 336-340 en Duivenvoorde 2014, p. 63-66.

43 Radeideh 2004, p. 171-173; Wilhelmsson 2007, p. 245-246 en Van Dam SEW 2009, p. 6.

consument-maatmens schrijft ten dele voor hoe consumenten zich dienen te gedragen.

Dat de consument-maatmens een deels normatief karakter heeft, betekent dat de bovengenoemde empirische kritiek – hoe feitelijk correct deze ook moge zijn – de consument-maatmens niet raakt. De consument-maatmens vormt blijkbaar geen veronderstelling over het (zuiver) feitelijke gedrag van de gemiddelde consument, maar is ten dele een norm waaraan consumenten worden geacht te voldoen om bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken te verdienen. In die normatieve discussie over het gewenste consumentengedrag, komt aan het feitelijke gedrag van consumenten geen doorslaggevende betekenis toe.⁴⁴

Toch is de empirische kritiek relevant. Wanneer een maatmens van geen enkele realiteitszin getuigt, kan dat een overtuigend argument zijn om de norm bij te stellen. Zo zal een consument-maatmens die onrealistische hoge verwachtingen aan de consumentenpopulatie stelt, de doelstelling van een hoge mate van consumentenbescherming ondergraven. Als in de praktijk blijkt dat alleen de meest behoedzame consumenten aan de norm kunnen voldoen, blijft een merendeel van de consumenten onbeschermd achter.⁴⁵ Dat zou de vraag wettigen of de betreffende regel wel geëigend is om de gestelde doelen te bereiken. In dit opzicht levert empirische kritiek dus een belangrijke bijdrage aan de normatieve discussie over het gewenste gedrag van consumenten.⁴⁶

2.6 De maatmens en concrete handelspraktijken

Vanuit de Europese Unie is het Nederlands recht dus verrijkt met een model van de consument-maatmens. Deze consument-maatmens vormt een ten dele normatief model dat voorschrijft hoe consumenten worden geacht zich te gedragen. De vervolgvraag is hoe dit model concreet wordt toegepast. De Richtlijn OHP legt deze beoordelingstaak bij de nationale gerechtelijke instanties van de lidstaten:⁴⁷

“Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordelen volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.”

Het Hof laat de nationale rechters van lidstaten veel ruimte om dit te beoordelen en geeft daarmee zelf weinig sturing. In *Lifting* overwoog het Hof dat de nationale rechter met ‘alle relevante gegevens’ rekening moet houden,⁴⁸ zoals

44 Wilhelmsson 2007, p. 246.

45 Gomez *ERCL* 2006, p. 27-28 en Duivenvoorde 2013, p. 149-150.

46 Incardona en Poncibò *JCP* 2007, p. 35-36 en Wilhelmsson 2007, p. 245-249, 265.

47 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

48 HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 30 en HvJ EG 19 september 2006, C-356/04 (*Lidl*), r.o. 79. Zie ook: HvJ EG 26 november 1996, C-313/94 (*Graffione*), r.o. 26 en conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 29.

de omstandigheden waaronder een product is verkocht, de informatie op een verpakking, reclame-uitingen en de context van de verkoop.⁴⁹

In de twee volgende paragrafen zullen twee van deze omstandigheden centraal staan: empirische gegevens en taalkundige, culturele en maatschappelijke factoren. Het gebruik van beide omstandigheden is omstreden en de discussie erover laat opnieuw de spanning zien tussen norm, dat wil zeggen het model van de consument-maatschappij enerzijds, en feit, dat wil zeggen de gedragingen van de daadwerkelijke consumentenpopulatie anderzijds.

2.7 Empirische gegevens

Mag empirisch bewijs worden gebruikt door een rechter om te beoordelen of een concrete handelspraktijk oneerlijk is? Over deze vraag is discussie. In Duitsland werd bij de beoordeling van een handelspraktijk lange tijd gebruikgemaakt van opinie- en deskundigenonderzoeken. Wanneer een aanzienlijk percentage – variërend van tien tot vijftien procent – van de geënquêteerde consumenten door de handelspraktijk op het verkeerde been werd gezet, werd deze handelspraktijk als misleidend gekwalificeerd.⁵⁰

In de oudere jurisprudentie van het Hof werd niet helemaal helder of er waarde aan zulke onderzoeken mocht worden gehecht. In *Nissan* oordeelde het Hof dat van misleiding sprake was wanneer “een aanzienlijk aantal consumenten” onder de juiste voorstelling van zaken van de koop had afgezien.⁵¹ Dit duidde erop dat de vraag of sprake was van misleiding aan de hand van een kwantitatief criterium kon worden vastgesteld. In *Mars* legde het Hof daarentegen een ander criterium aan. Het Hof stelde de vraag centraal of een consument met een redelijk onderscheidingsvermogen zou zijn misleid.⁵² In het eerder besproken *Gut Springenheide* gaf het Hof opheldering over de verhouding tussen deze twee arresten. De verwijzende rechter vroeg zich onder meer af of hij feitelijk moest vaststellen of een bepaald percentage van de consumenten door de productomschrijving van de eieren werd misleid en, zo ja, bij welk percentage kon worden aangenomen dat de gemiddelde consument erdoor werd misleid.⁵³ Het Hof overwoog ten eerste dat een dergelijk onderzoek niet noodzakelijk is om de vermoedelijke verwachtingen van de gemiddelde consument vast te stellen.⁵⁴ Onder verwijzing naar *Nissan* stelde het Hof vervolgens dat:⁵⁵

“(…) nationale rechter, althans in sommige bijzondere omstandigheden, overeenkomstig zijn nationaal recht kan beslissen een opinie- of deskundigenonderzoek te gelasten, teneinde zich over het eventueel misleidend karakter van een reclame-uiting te laten informeren.”

49 Zie voor een uitgebreide lijst van omstandigheden: Pavillon 2011, p. 298-299.

50 Dittmer *EIPR* 1998, p. 315-316; Mann *EIPR* 1999; Kabel 2006, p. 19; Van Dam *SEW* 2009, p. 7 en Duivenvoorde 2014, p. 71.

51 HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90 (*Nissan*), r.o. 15.

52 HvJ EG 6 juli 1995, C-470/93 (*Mars*), r.o. 24.

53 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 15.

54 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 32-33.

55 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 34-35.

Wat deze bijzondere omstandigheden zijn waarin een deskundigen- of opinieonderzoek uitkomst kan bieden, blijft onduidelijk. In de literatuur wordt wel betoogd dat het uitsluitend kan worden gebruikt in moeilijke gevallen.⁵⁶ In *Sektkellerei Kessler* werd door het Hof een vergelijkbare eis gesteld.⁵⁷ Er blijft desalniettemin discussie mogelijk over de vraag in welke gevallen het gebruik van empirisch bewijs is geoorloofd.⁵⁸ Ook over de vraag aan welk percentage van misleide consumenten vervolgens moet zijn voldaan om van misleiding van de gemiddelde consument te kunnen spreken, laat het Hof zich tot op heden niet uit. Dit moeten de nationale rechters op basis van hun eigen nationale recht bepalen.⁵⁹

Het belang van statistisch onderzoek lijkt met deze arresten in ieder geval drastisch te zijn beperkt. A-G Fennelly betoogde al dat aan statische gegevens geen doorslaggevend betekenis toekomt.⁶⁰ De nationale rechter moet namelijk op basis van zijn eigen oordeel beslissen of de gemiddeld geïnformeerde, oplettende en omzichtige consument door een handelspraktijk zou zijn misleid. Bij deze beoordeling moet hij alle relevante omstandigheden van het geval betrekken.⁶¹ In de considerans van de Richtlijn OHP wordt ook vooropgesteld dat de consument-maatmens geen statistisch criterium vormt en dat de rechter zelf moet bepalen wat de typische reactie van de consument-maatmens is wanneer deze wordt geconfronteerd met een oneerlijke handelspraktijk.⁶² In de literatuur wordt de beperking van de rol van statistisch bewijs bij de beoordeling van handelspraktijken betreurd. Er wordt bijvoorbeeld op gewezen dat het gebruik van opinie- en deskundigenonderzoek waarborgt dat de consument-maatmens een realistisch beeld vormt van de daadwerkelijke gemiddelde consument en dat wordt voorkomen dat het recht te hoge verwachtingen van de consument koestert.⁶³

In de praktijk is evenwel het gebruik van statistische gegevens niet uitgesloten. Het is weliswaar duidelijk dat het de nationale rechter niet vrijstaat om *uitsluitend* aan de hand van statistische gegevens, verkregen uit bijvoorbeeld opinie- of deskundigenonderzoek, de typische reactie van de consument-maatmens vast te stellen, maar omdat de nationale rechter betrekkelijk de vrije hand heeft bij het concreet toepassen van het model van de consument-maatmens kan hij zeker *acht slaan* op kwantitatieve bewijsvoering.

56 Kabel *IER* 2004, p. 368; Radeideh 2004, p. 61-62 en Pavillon 2011, p. 304.

57 HvJ EG 28 januari 1999, C-303/97 (*Sektkellerei Kessler*), r.o. 37.

58 Pavillon 2011, p. 304 en Duivenvoorde 2014, p. 74.

59 HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide*), r.o. 34-36. Later ook in: HvJ EG 28 januari 1999, C-303/97 (*Sektkellerei G.C. Kessler*) en HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), ro. 31. Zie ook: Radeideh 2004, p. 61-62; Pavillon 2011, p. 305 en Duivenvoorde 2014, p. 74.

60 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 29.

61 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 29.

62 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18 (slot) en Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG, p. 30-31. Zie ook: Van Boom e.a. 2014, p. 9.

63 Dittmer *EIPR* 1998, p. 316; Kabel 2006, p. 22 en Gomez *ERCL* 2006, p. 26-27.

2.8 De rol van taal, cultuur en maatschappij

Op een geheel andere wijze bieden de Richtlijn OHP en de arresten van het Hof wel ruimte om met de concrete omstandigheden van daadwerkelijke consumenten rekening te houden. In de considerans van de Richtlijn OHP staat vermeld dat:⁶⁴

“(...) de gemiddelde (...) consument als maatstaf [wordt] genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren.”

In vroegere jurisprudentie nam het Hof culturele, maatschappelijke of linguïstische verschillen tussen lidstaten juist niet mee in zijn beoordeling van handelspraktijken. In *Clinique* overwoog het Hof bijvoorbeeld:⁶⁵

“(...) deze produkten [worden] in andere landen rechtmatig in de handel gebracht onder de benaming ‘Clinique’, kennelijk zonder dat het gebruik van deze naam bij de consument tot misverstanden leidt.”

Om die reden was er ook in de onderhavige lidstaat geen sprake van verwarring bij consumenten.⁶⁶ In latere arresten, zoals *Graffione* en *Lifting*, zag het Hof de maatschappelijke, culturele en taalkundige kenmerken van een lidstaat daarentegen wel als relevante omstandigheden. Dit leidde ertoe dat bepaalde handelspraktijken in de ene lidstaat wel oneerlijk waren, terwijl daar in een andere lidstaat geen sprake van was.⁶⁷ Zo waren papieren zakdoekjes die werden verkocht onder de merknaam “Cottonelle”, in sommige lidstaten misleidend. In die landen lag deze merknaam te dicht tegen het woord voor katoen aan (bijvoorbeeld het Engelse woord: *cotton*), waardoor consumenten de verkeerde indruk konden krijgen dat de zakdoekjes van katoen waren gemaakt. In andere lidstaten werd deze misleidende indruk niet gewekt, omdat het woord voor katoen significant afweek van de merknaam (het Duitse woord: *Baumwolle*).⁶⁸

De consument-maatmens is dus niet blind voor maatschappelijke, culturele en taalkundige verschillen tussen lidstaten en de nationale rechter wordt door het Hof de ruimte geboden om met zulke omstandigheden rekening te houden.⁶⁹ Het is echter onduidelijk in welke mate de nationale rechter rekening mag houden met zulke omstandigheden bij de beoordeling van de typische reactie van de consument-maatmens.⁷⁰ De arresten betreffen ‘onschuldige’

64 Richtlijn 2005/29/EG, considerans, sub 18.

65 HvJ EG 2 februari 1994, C-315/92 (*Clinique*), r.o. 21.

66 Radeideh 2004, p. 59-60; Van Dam SEW 2009, p. 6-7 en Duivenvoorde 2014, p. 71.

67 Conclusie A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), sub 30; Abbamonte CJEL 2006, p. 708-709; Van Dam SEW 2009, p. 6-7 en Duivenvoorde 2014, p. 71.

68 HvJ EG 26 november 1996, C-313/94 (*Graffione*), r.o. 22. Zie ook: HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*), r.o. 29.

69 Radeideh 2004, p. 61.

70 Duivenvoorde 2014, p. 71.

taalkundige verschillen tussen lidstaten, maar het meewegen van maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren kan in potentie verstrekkende gevolgen hebben. Nationale rechters kunnen meewegen dat binnen hun nationale cultuur consumenten veel of juist weinig vertrouwen hebben in het bedrijfsleven en snel geneigd zijn reclames te geloven. Men zou zelfs de opvattingen binnen een cultuur over de geoorloofdheid van handelspraktijken kunnen laten meewegen.⁷¹ Vanwege de doelstellingen van de Richtlijn om het vrije verkeer van goederen te bevorderen en om de nationale wetgeving met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken te uniformeren, verwachten veel auteurs juist dat de maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren maar van beperkte invloed zullen zijn. Een te ruime toepassing zou namelijk de doelstellingen van de richtlijn ondermijnen.⁷² Vanuit dezelfde gedachte wordt verdedigd dat wanneer een handelspraktijk in de ene lidstaat niet oneerlijk is, dit nog steeds een belangrijke aanwijzing vormt dat deze handelspraktijk in een andere lidstaat óók niet oneerlijk zal zijn.⁷³

Dat de Richtlijn OHP de nationale rechter expliciet opdraagt maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren mee te wegen, heeft tot kritiek geleid. Het zou nationale rechters te veel ruimte geven om een eigen invulling te geven aan het model van de consument-maatmens. De angst is, met andere woorden, dat er allerlei nationale consument-maatmensen ontstaan. Dit staat 'haaks' op de doelstellingen van maximumharmonisatie, van het bevorderen van het vrije verkeer van goederen en van een uniforme consumentenbescherming in alle lidstaten.⁷⁴ Van Dam verdedigt de stelling dat hiermee het 'Paard van Troje' is binnengehaald.⁷⁵ Wilhelmsson ziet daarentegen juist een uitgelezen kans om aan de hand van deze omstandigheden meer recht te doen aan de grote culturele verschillen tussen lidstaten. Naar zijn mening heeft een volledige harmonisatie waarin geen rekening wordt gehouden met dergelijke omstandigheden een negatief effect op het consumentenvertrouwen.⁷⁶

2.9 Wat kunnen we van de Europese consument-maatmens leren?

Wat leert de consument-maatmens uit de wettelijke regeling in het BW over oneerlijke handelspraktijken en de nationale en Europese discussie hierover ons over de maatmens-benadeelde in het algemeen?

Ten eerste wordt de harmoniserende functie van de maatmens-benadeelde duidelijk zichtbaar. De Europese consument-maatmens beoogt een balans te vinden tussen twee doelstellingen: een hoog niveau van consumentenbescherming enerzijds en het 'level playing field' voor het vrije communautaire verkeer anderzijds. De consument-maatmens zoals die door het Hof is ontwikkeld en vervolgens

71 Van Dam SEW 2009, p. 10-11 en Duivenvoorde 2014, p. 71-72.

72 Wilhelmsson 2007, p. 248-249 en Duivenvoorde 2014, p. 72.

73 Allamonte CJEL 2006, p. 709. Hij verwijst naar de conclusie van A-G Fennelly bij HvJ EG 13 januari 2000, C-220/98 (*Lifting*). Zie verder: Leidraad voor Richtlijn 2005/29/EG, p. 30.

74 Broekman TvC 2005, p. 178-179; Van Dam SEW 2009, p. 10-11; Mak ERPL 2011, p. 30; Pavillon 2011, p. 299.

75 Van Dam SEW 2009, p. 7.

76 Wilhelmsson 2007, p. 266-268.

is opgenomen in de Richtlijn OHP, legt de lat hoog voor individuele consumenten zodat niet iedere handelspraktijk oneerlijk is. Tegelijk wordt met de consument-maatmens rechtseenheid binnen de Europese Unie nagestreefd. In iedere lidstaat zou de beoordeling van handelspraktijk op gelijke wijze moeten geschieden aan de hand van de reactie van een uniforme consument-maatmens.

Ten tweede wordt de spanning zichtbaar tussen het Europese model van de consument-maatmens en het gedrag van de daadwerkelijke consumentenpopulatie. Met de consument-maatmens worden normatieve doelstellingen nagestreefd. De consument-maatmens vormt dan ook (in ieder geval ten dele) een normatief model dat voorschrijft hoe consumenten zich dienen te gedragen voordat ze voor bescherming in aanmerking komen. Omdat het daarmee geen zuiver feitelijke veronderstelling van het gedrag van consumenten vormt, is de in de literatuur geuite kritiek dat het model niet met de werkelijkheid strookt en onrealistische verwachtingen koestert van de consumentenpopulatie, maar van beperkt belang. Het daadwerkelijke gedrag van de gemiddelde consument staat immers niet centraal, maar het gewenste gedrag van de consumentenpopulatie. Toch blijft empirische kritiek van enige belang. Een gedragsnorm moet realistisch blijven.

Bij de toepassing van dit veeleisende normatieve model van de consument-maatmens op concrete handelspraktijken – een taak die de Richtlijn OHP legt bij de nationale rechters – is ook ruimte geboden om hier rekening mee te houden. De nationale rechter krijgt zeer veel vrijheid bij de beoordeling van handelspraktijken. Zo mag hij maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren meewegen en lijkt de nationale rechter met een schuin oog te mogen kijken naar deskundigen- en opinieonderzoek waarin misleiding van een significant deel van de consumentenpopulatie is vastgesteld.

Een duidelijke spanning tussen feit en norm wordt zo zichtbaar. Enerzijds wil men rekening houden met feitelijke omstandigheden van het specifieke geval. Ongetwijfeld interpreteert een Poolse bakker een Engelstalige reclame voor een ingewikkeld financieel product anders dan een Britse consultant uit de City of London. Aan zulke feitelijke verschillen wil men recht doen. Anderzijds wil men dat in alle lidstaten uniforme, scherpe en evenwichtige normen bestaan voor handelspraktijken, zodat handelaren en consumenten weten waar ze aan toe zijn wanneer zij grensoverschrijdend zaken doen. Een bank wil dat de vraag of zijn handelspraktijk door de beugel kan, in Polen hetzelfde wordt beantwoord als in Engeland, zonder zich te hoeven bekreunen over de verschillen tussen Poolse bakkers en Britse consultants.

In dit spanningsveld tussen gelijkmaking van het Europese juridische speelveld en lokale verschillen wordt met de consument-maatmens uit de Richtlijn OHP een balans gezocht tussen feit en norm. Met de consument-maatmens heeft men dus enerzijds een 'paardenmiddel' in handen om een balans te waarborgen tussen consumentenbescherming enerzijds en het vrije verkeer van goederen anderzijds.⁷⁷ Echter, door nationale rechters veel vrijheid te geven bij de beoordeling van concrete handelspraktijken toont de consument-maatmens

77 Kabel IER 2004, p. 369.

zich ook gevoelig voor de omstandigheden van het specifieke geval.⁷⁸ De vraag waar de balans tussen feit en norm ligt – of, nog belangrijker: waar deze behoort te liggen – is lastiger te beantwoorden. Met een maatmens kunnen beleidsdoelen zoals het creëren van een gelijk speelveld binnen de Unie worden nagestreefd, maar de nationale rechter blijft toch altijd in zekere mate gehouden om zich af te vragen of de daadwerkelijke consumenten die hij de maat neemt ook maar in de buurt komen van het ideaaltype van de consument-maatmens. Hoe verder deze twee uit elkaar groeien, des te minder aansprekend zal een maatmens zijn.

3 De maatmens en zijn verlies van arbeidsvermogen

3.1 Inleiding

Wanneer iemand door de fout van een ander ernstig of blijvend letsel oploopt, ontstaan er veel schadeposten. Voor al deze posten is de veroorzaker van de fout aansprakelijk, zoals voor ziekenhuisrekeningen, voor revalidatiekosten en voor de immateriële schade bestaande uit het lichamelijke letsel. Bovendien kan een slachtoffer (ten dele) arbeidsongeschikt raken door de fout van de dader. Het slachtoffer is door zijn letsel niet meer in staat om hetzelfde werk te doen – en dus hetzelfde inkomen te genereren – als voor het ongeval. Ook dit vormt een schadepost: verlies van arbeidsvermogen. Onder het huidige recht is deze schadepost notoir ingewikkeld om te berekenen. Om deze problemen en moeilijkheden het hoofd te bieden is meermaals geopperd om een maatmens-benadeelde te introduceren bij deze berekening.

In dit hoofdstuk gaan we nader op deze materie in om inzicht in de mogelijke functies en de doelstellingen van de maatmens te krijgen. Eerst bespreken we het huidige recht (par. 3.2), daarna zetten we uiteen welke problemen het huidige recht kent en welke rol statistische gegevens momenteel spelen bij de berekening van verlies van arbeidsvermogen (par. 3.3-3.4). Tot slot laten we zien hoe de toepassing van een maatmens-benadeelde als oplossing voor deze problemen is aangedragen. Aan de hand van deze literatuur krijgen we inzicht in de functies en doelstellingen van de maatmens-benadeelde (par. 3.5).

3.2 Het huidige recht

In het Nederlandse recht geldt als beginsel dat de veroorzaakte schade *volledig* moet worden vergoed door de laedens. Het beginsel vergt dat de benadeelde in vermogensrechtelijke zin in de positie wordt geplaatst, waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.⁷⁹

Om de hoogte van de schadevergoeding te berekenen, moet er dus een vergelijking worden gemaakt tussen twee situaties: de *daadwerkelijke* situatie waarin de benadeelde zich bevindt na de schadeveroorzakende gebeurtenis en

⁷⁸ Wilhelmsson 2007, p. 248.

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld: Lindenberg 2014, p. 17.

de *hypothetische* situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Deze vergelijking geschiedt, enkele uitzonderingen daargelaten, concreet: alle relevante omstandigheden van het specifieke geval worden meegenomen bij de berekening van de schade. Het verschil tussen deze twee situaties vormt de schade van de benadeelde, waarvoor de laedens vergoeding moet bieden.⁸⁰

Dit beginsel geldt eveneens bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen van een slachtoffer dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis ten dele of volledig arbeidsongeschikt is geraakt. Er moet ook dan een vergelijking worden gemaakt, ditmaal tussen het arbeidsvermogen van het slachtoffer ná het ongeval en zijn hypothetische arbeidsvermogen wanneer er geen ongeluk zou hebben plaatsgevonden. De Hoge Raad overwoog hieromtrent:⁸¹

“De vraag of een door een ongeval getroffen(e) als gevolg van het ongeval schade heeft geleden door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval met de hypothetische situatie bij wegdenken van het ongeval.”

De eerste horde die moet worden genomen, behelst de vaststelling van het resterende arbeidsvermogen van een slachtoffer ná het ongeval. Is het slachtoffer nog in staat om te werken na het ongeval? Zo ja, wat voor werk kan hij nog doen? Hoe zal zijn letsel zich over de jaren heen ontwikkelen? Is er kans dat zijn gezondheid verbetert en daarmee zijn inzetbaarheid op de arbeidsmarkt toeneemt? Zeker bij jonge slachtoffers, die nog veel jaren voor zich hebben, is het voorspellen van de toekomstige ontwikkelingen van hun arbeids(on)geschiktheid een lastige opgave.⁸²

Met het vaststellen van het arbeidsvermogen van het slachtoffer ná de schadeveroorzakende gebeurtenis is men pas halverwege. Er moet namelijk óók worden voorspeld hoe het arbeidsvermogen van het slachtoffer zich zou hebben ontwikkeld in de hypothetische situatie dat hij geen slachtoffer was geworden van de schadeveroorzakende gebeurtenis.⁸³ Hoe zou zijn loon zich hebben ontwikkeld gedurende zijn carrière? Tot welke leeftijd zou hij hebben doorgewerkt? Zou hij promotie hebben gemaakt, voor een radicale carrièreswitch hebben gekozen of nieuwe opleidingen hebben gevolgd?⁸⁴ Opnieuw geldt dat hoe jonger het slachtoffer is, hoe lastiger de beantwoording van zulke vragen is.

Het is aan het slachtoffer om zijn hypothetische levensloop zonder ongeval te schetsen tijdens de gerechtelijke procedure. Er worden geen hoge eisen gesteld

80 Zie bijvoorbeeld: Bloembergen 1965, p. 14-18; Hartlief *AV&S* 2005, p. 160; Dijkshoorn en Lindenbergh *AA* 2010, p. 538 en Lindenbergh 2014, p. 46-47.

81 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehoff/Helvetia*), r.o. 3.5.1. Zie hierover: Giesen en Tjittes 2004, p. 75-76 en Hartlief *AV&S* 2005, p. 160-161.

82 Hartlief *AV&S* 2005, p. 160, 162 en Kolder *TvVP* 2015, p. 24-25.

83 Zie hierover: Hartlief *AV&S* 2005, p. 160 en Kolder *TvVP* 2015, p. 24.

84 Kolder *TvVP* 2015, p. 25-26.

aan het ‘bewijs’ van zulke voorspellingen. Het betreft namelijk een hypothetische toekomst en het slachtoffer kan nooit bewijzen – in de zin dat men feiten bewijst – hoe zijn leven zich zou hebben ontwikkeld zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Juist door de schadeveroorzakende gebeurtenis is het namelijk onmogelijk geworden dat een dergelijk leven ooit realiteit wordt voor het slachtoffer.⁸⁵ De Hoge Raad overwoog dat:⁸⁶

“(…) aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers 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.”

Er moet een realistische inschatting worden gemaakt van de goede en kwade kansen gedurende de hypothetische levensloop zonder ongeval van het slachtoffer. Bij deze inschatting van de goede en kwade kansen ligt weliswaar het voordeel van de twijfel bij het slachtoffer, maar het is niet zo dat het missen van iedere zeer geringe goede kans door het slachtoffer volledig aan de dader mag worden toegerekend.⁸⁷

3.3 Welke problemen levert het huidige systeem op?

De huidige wijze van berekening van verlies van arbeidsvermogen is niet onomstreden en er zijn in de literatuur verschillende problemen gesignaleerd: de berekening is sterk speculatief, lokt discussie uit en kan op gespannen voet komen te staan met het verbod om op grond van bepaalde persoonlijke eigenschappen onderscheid te maken.

Om met het eerste probleem, dat van het speculatieve karakter, te beginnen: de vraag is hoe het arbeidsvermogen van het slachtoffer zich zou hebben ontwikkeld zonder ongeval. Hartlief wijst erop dat het voorspellen van de hypothetische situatie zonder ongeval moeilijk is en vaak een enigszins speculatief karakter heeft, voornamelijk wanneer statistische gegevens of deskundigenrapporten geen uitsluitsel kunnen geven.⁸⁸ Zeker bij jonge slachtoffers is het voorspellen van hun arbeidsvermogen zonder ongeval zeer speculatief. Bij volwassen slachtoffers heeft men tenminste nog enkele aanknopingspunten, bijvoorbeeld welke opleiding zij hebben gevolgd, welk beroep zij uitoefenden voor het ongeval en wat hun inkomen was voor het ongeval. Op basis van zulke

85 Giesen en Tjittes 2004, p. 76; Hartlief *AV&S* 2005, p. 161; Janssen *NTBR* 2007, p. 101; Van Dijk *AV&S* 2015, par. 2.1 en Kolder *TvVP* 2015, p. 26.

86 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehoff/Helvetia*), r.o. 3.5.2.

87 HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, *NJ* 2000/437 (*Van Sas/Interpolis*), r.o. 3.4 en sub 4 van de annotatie van Brunner bij dit arrest.

88 Hartlief *AV&S* 2005, p. 163-165; Hartlief 2009, p. 525-526 en Lindenbergh 2014 (2), p. 2. Ook Janssen *NTBR* 2007, p. 110 wijst op het inherent speculatieve karakter van het voorspellen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval.

gegevens kan men enigszins voorspellen hoe de verdere carrière van slachtoffers zou zijn verlopen zonder het ongeval. Bij een jong slachtoffer ontbreekt dergelijke informatie vaak volledig. Onderwijsniveau, carrièrewensen en arbeidsmarktperspectieven, doorgroeimogelijkheden, parttime of fulltime; bij jonge kinderen is daar weinig zinnigs over te zeggen. Om toch een voorspelling te maken, wordt bij jonge slachtoffers veelal aansluiting gezocht bij discutabele gegevens zoals het opleidingsniveau van hun directe gezinsleden. Over de voorspellende waarde van zulke gegevens zijn velen sceptisch.

Het feit dat deze voorspellingen, zeker bij jonge slachtoffers zo speculatief zijn, wordt onwenselijk gevonden. Het kan leiden tot zeer uiteenlopende schadevergoedingsbedragen in vergelijkbare gevallen, tot willekeur en tot onduidelijke en arbitraire beslissingen van rechters.⁸⁹ Het is, met andere woorden, te veel 'natte vingerwerk'.⁹⁰ Het berekenen van het verlies van arbeidsvermogen wordt dan ook gezien als een ingewikkelde opgave met grote foutkansen.⁹¹

Daarmee zijn we bij het tweede probleem aanbeland: het leidt geregeld tot oeverloze discussies tussen het slachtoffer en (de verzekeraar van) de dader. Het slachtoffer zal benadrukken dat zijn arbeidsvermogen in grote mate is vermindert door het ongeval en zal zich zijn hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval zeer rooskleurig voorstellen. Zijn wederpartij zal juist het tegenovergestelde betogen. Hij is geneigd het arbeidsvermogen van het slachtoffer na het ongeval rooskleurig in te zien en is daarentegen beduidend minder optimistisch over het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval.⁹² Het huidige systeem biedt te veel ruimte voor discussie tussen partijen en zorgt daarmee voor langdurige en slepende gerechtelijke procedures over de berekening van het verlies van arbeidsvermogen.⁹³

Een derde probleem betreft het wettelijk verbod om op grond van bepaalde persoonlijke eigenschappen onderscheid te maken. Zoals gezegd, moet er met alle relevante omstandigheden rekening worden gehouden bij de voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval. Dat heeft tot gevolg dat de schadevergoeding voor verlies van arbeidsvermogen lager zal uitvallen wanneer het slachtoffer een vijftigjarige stratenmaker met beginnende knieklachten is dan wanneer hij een jonge talentvolle advocaat is aan het begin van zijn carrière.⁹⁴ Hierbij dient zich een probleem aan. Het is ten aanzien van bepaalde persoonlijke eigenschappen wettelijk verboden om onderscheid te maken. Mogen zulke eigenschappen dan wel meewegen bij de voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen van het slachtoffer? Mogen bijvoorbeeld het geslacht, de etniciteit of de geaardheid van het slachtoffer een rol spelen?

89 Giesen en Tjittes 2004, p. 73-74, 79-80 en 89; Hartlief *AV&S* 2005, p. 165-168; Nieuwenhuis 2005, p. 90-92; Janssen *NTBR* 2007, p. 100, 102-104 en Van Dijk *AV&S* 2015, par 2.1.

90 Janssen *NTBR* 2007, p. 110.

91 Janssen *NTBR* 2007, p. 102-103.

92 Hartlief *AV&S* 2005, p. 160.

93 Hartlief *AV&S* 2005, p. 167; Hartlief *NJB* 2012, p. 3007; Loth *AV&S* 2014 en Van Dijk *AV&S* 2015, par. 6. Lindenbergh 2014 (2), p. 2-5 en 13 geeft delen van een interview weer waaruit blijkt dat een slachtoffer een soortgelijke ervaring had in haar eigen schadestaatprocedure.

94 Voor een vergelijkbaar voorbeeld, zie: Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 179.

Deze problematiek kan worden geïllustreerd aan de hand van de jurisprudentie over vrouwelijke slachtoffers. Met enige regelmaat is aangevoerd dat het vrouwelijke slachtoffer in de hypothetische situatie zonder het ongeval op een zeker moment haar baan (tijdelijk) zou hebben opgegeven, of parttime zou zijn gaan werken, om voor haar kinderen te zorgen. Dit heeft tot gevolg dat haar hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval aanzienlijk lager moet worden ingeschat dan wanneer zij – *ceteris paribus* – een man was geweest. In veel gevallen worden deze stellingen onderbouwd met een beroep op statistische gegevens.⁹⁵ In de lagere rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden waarin met het feit dat het slachtoffer vrouw is, rekening wordt gehouden. In een omstrede vonnis overwoog Rechtbank Den Haag bijvoorbeeld:⁹⁶

“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.”

Het leek de rechtbank daarom aannemelijk dat het slachtoffer na het krijgen van kinderen tien jaar lang niet zou werken en na deze tien jaar slechts parttime.⁹⁷ Er zijn in de rechtspraak meer van zulke voorbeelden te vinden.⁹⁸ Sommige rechters geven blijk van een modernere visie, maar ook daar speelt het feit dat het slachtoffer een vrouw is, wel degelijk een rol. Zo overwoog het Hof Arnhem:⁹⁹

“In de eerste plaats draagt Hendriks geen enkele concrete omstandigheid aan die de conclusie zou wettigen, dat Lohman niet zou behoren tot de steeds groeiende groep van jonge vrouwen die ernaar streven om – ongeacht eventueel huwelijk en geboorte van kinderen – een normale carrière te volgen en daarin ook slagen.”

Dat het feit dat het slachtoffer vrouw is veelal negatief meeweegt in de berekening van haar verlies van arbeidsvermogen leidde tot maatschappelijke verontwaardiging.¹⁰⁰ Het zou discriminatoir zijn. Loth trekt een parallel met onderscheid naar etniciteit en geaardheid. Het zal de meesten als discriminatoir voorkomen om op zulke gronden de schadevergoeding voor het verlies van arbeidsvermogen te verminderen. Bij onderscheid naar geslacht is dit niet

95 Over statistische gegevens meer in de volgende paragraaf.

96 Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, VR 2014/73, r.o. 4.10.

97 *Idem*.

98 Rb. Zwolle-Lelystad 7 december 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AV4128, r.o. 3.13 en Hof Arnhem 16 februari 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AD3002, VR 2001/98, r.o. 4.9.

99 Hof Arnhem 1 oktober 1985, ECLI:NL:GHARN:1985:AJ5223, VR 1986/91, r.o. 2. Vergelijkbare voorbeelden: Rb. Zutphen 19 december 1985, ECLI:NL:RBZUT:1985:AL7684, VR 1986/138; Rb. Amsterdam 3 februari 1993, ECLI:NL:RBAMS:1993:AJ5982, VR 1993/157, r.o. 6; Rb. Zutphen 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BQ3332, r.o. 5.12 en Rb. Middelburg 12 september 2009, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6866, r.o. 2.5.

100 Van Dijk *AV&S* 2015, par. 1. Zie ook: Engelhard e.a. *NTBR* 2015, p. 257.

anders.¹⁰¹ In vergelijkbare zin heeft de Commissie Gelijke Behandeling (verder: CGB) geconcludeerd dat het lijkt alsof bij de berekening van verlies van arbeidsvermogen bij vrouwen meer aandacht wordt besteed aan hun kinderen dan bij mannen. Ook lijkt het dat, zonder overtuigende reden, hun carrièremogelijkheden anders worden ingeschat dan die van mannen nadat zij kinderen hebben gekregen. Dat zou discriminatie op grond van geslacht opleveren.¹⁰² Dat zulk onderscheid wordt gemaakt, is echter een logisch gevolg van het huidige recht. Er moet immers een voorspelling worden gemaakt van het hypothetische arbeidsvermogen van het concrete slachtoffer zelf met al zijn 'gunstige' en 'ongunstige' eigenschappen.¹⁰³

3.4 De maatmens als statistiek

Met het hiervoor geschetste probleem van discriminatoir onderscheid tussen slachtoffers, hangt een tweede probleem nauw samen: de rol van statistiek. Dergelijk onderscheid bij de berekening komt meestal niet uit de lucht vallen, maar is veelal gebaseerd op statistische gegevens.¹⁰⁴ In de bovengenoemde gevallen bijvoorbeeld, kwamen daders vaak op de proppen met statistische gegevens waaruit zou blijken dat de meerderheid van de Nederlandse vrouwen (al dan niet tijdelijk) stopt met werken of minder gaat werken na de geboorte van hun eerste kind. Welke waarde hebben zulke statistische gegevens bij het berekenen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval?

De rechtspraak lijkt geen doorslaggevende betekenis aan statistische gegevens toe te kennen, maar geheel duidelijk is de waarde ervan niet.¹⁰⁵ In *Van Sas/Interpolis* achtte de Hoge Raad een motivering van het hof waarin bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen steun werd ontleend aan statistische gegevens, niet onbegrijpelijk.¹⁰⁶ Toch lijkt de lagere rechtspraak terughoudend te zijn met het gebruik van statistische gegevens bij de berekening van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval. De doorslag wordt veelal gegeven aan de persoonlijke omstandigheden en eigenschappen van het slachtoffer zelf. Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam:¹⁰⁷

“Naar het oordeel van de rechtbank heeft P Interieurs B.V. in dit licht gezien onvoldoende aangevoerd en bieden ook overigens de te berde gebrachte persoonlijke

101 Loth *AV&S* 2014.

102 Commissie Gelijke Behandeling, *Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade*, september 2012 (verder: Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012), p. 19-22. De berekeningswijze van de verzekeraar in het geschil Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, *VR* 2014/73, r.o. 4.10 (die volgens de rechtbank wél door de beugel kon) werd door de College van de Rechten van de Mens aangemerkt als discriminatoir, zie CvRM 18 augustus 2014, oordeel 2014/97.

103 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 184-185 en Loth *AV&S* 2014.

104 Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21.

105 Hartliof *AV&S* 2005, p. 161.

106 HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, *NJ* 2000/437 (*Van Sas/Interpolis*), r.o. 3.5. Zie ook: conclusie A-G Spier bij dit arrest, sub 3.3.

107 Rb. Amsterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG3861, r.o. 4.6.5. Ook terughoudend: Rb. Utrecht 21 maart 1990, ECLI:NL:RBUTR:1990:AJ5820, *VR* 1991/147, r.o. 4.7 en Hof Arnhem

omstandigheden van A geen aanknopingspunten om aannemelijk te achten dat A in de hypothetische situatie zonder ongeval in de toekomst parttime zou zijn gaan werken, zou zijn uitgevallen, dan wel eerder dan per de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar zou zijn gestopt met werken. Een verwijzing naar feiten van algemene bekendheid en statistische gegevens zonder meer is hiervoor naar het oordeel van de rechtbank niet genoeg.”

Ook een groot deel van de literatuur vindt het gebruik van statistiek problematisch. Een veelgehoord argument houdt in dat het de taak van de rechter is om in te schatten hoe het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval van het concrete slachtoffer zelf zich zou hebben ontwikkeld, terwijl statistieken betrekking hebben op tendensen en gemiddelden van een gehele populatie. Statistische gegevens hebben dus weinig voorspellende waarde voor het concrete slachtoffer zelf. Bijvoorbeeld, uit het gegeven dat Nederlandse vrouwen gemiddeld twintig uur per week betaald werk verrichten na de geboorte van hun eerste kind, kan niet zomaar worden afgeleid dat een specifiek vrouwelijk slachtoffer na de geboorte van haar eerste kind ook slechts twintig uur zal gaan werken. Misschien is zij juist vastbesloten om carrière te maken en besluit zij om allerlei andere persoonlijke redenen om wél fulltime te blijven werken.¹⁰⁸ Statistische gegevens houden onvoldoende rekening met zulke idiosyncratische eigenschappen van concrete slachtoffers.¹⁰⁹ Bovendien zijn statistieken altijd gebaseerd op het verleden en houden daarmee geen rekening met eventuele maatschappelijke en economische ontwikkelingen in de toekomst.¹¹⁰

In vergelijkbare zin is gewaarschuwd dat een te grote nadruk op statistische gegevens tot ongelijke behandeling van slachtoffers kan leiden. Het gebruik van statistiek kan er namelijk toe leiden dat een slachtoffer die tot een groep behoort die, statistisch gezien, een lager arbeidsvermogen heeft, wordt gedwongen te bewijzen dat deze empirische gegevens op hem of haar niet van toepassing zijn, terwijl slachtoffers uit andere groepen zulk bewijs niet hoeven te leveren. Het mag bijvoorbeeld niet zo zijn dat vrouwen aannemelijk moeten maken dat ze, in afwijking van de meerderheid van de Nederlandse vrouwen, wel haar gehele carrière fulltime zal werken, terwijl daar bij mannen simpelweg van wordt uitgegaan.¹¹¹

12 augustus 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AI1098, VR 2004/84, r.o. 4.3 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, r.o. 2.6. Ontvankelijker waren: Rb. Amsterdam 3 februari 1993, ECLI:NL:RBAMS:1993:AJ5982, VR 1993/157, r.o. 6 en Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, VR 2014/73, r.o. 4.11.

108 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 184 en Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21. Zie ook: CGB 5 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8635, VR 1998/93, r.o. 4.6.

109 In meer algemene zin: Nieuwenhuis 2005, p. 85-86 en Van Dijk *AV&S* 2015, par 2.3-2.4. Als we het goed zien, werpt Hartlief *AV&S* 2005, p. 161 de vraag op maar houdt hij zijn kruut droog.

110 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 184. Zie ook: CGB 5 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8635, VR 1998/93, r.o. 4.6.

111 Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21; de noot van Dute, sub 4 bij Rb. Den Haag 7 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276, JA 2013/171 en Engelhard e.a. *NTBR* 2015, p. 259-260. Zie ook: CGB 5 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8635, VR 1998/93, r.o. 4.6.

Lindenbergh maant rechters dan ook om uiterst voorzichtig te zijn met het gebruik van statistische gegevens.¹¹² Van Dijk is positiever, maar ziet statistiek slechts als hulpmiddel en lijkt vooral een rol te zien weggelegd bij de schadeberekening van jonge slachtoffers. Bij jonge slachtoffers ontbreken betrouwbare aanknopingspunten waarmee hun concrete hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval kan worden voorspeld. Statistische gegevens zijn minder discutabel dan veel van de ervaringsregels en andere methodes die rechters nu veelal gebruiken. Wanneer op basis van concrete gegevens en omstandigheden van het slachtoffer echter wél een gedegen voorspelling kan worden gemaakt, moet vervolgens eenvoudig van statistische gegevens kunnen worden afgeweken.¹¹³ Voorts stelt hij, net zoals de CGB, strenge eisen aan de statistische gegevens die kunnen worden gebruikt: ze moeten relevant, kwalitatief in orde, actueel en voldoende te relateren aan de omstandigheden van het slachtoffer zijn.¹¹⁴

3.5 Een radicale ommezwaai of abstraheren?

Het huidige recht betreffende de berekening van het verlies van arbeidsvermogen levert dus tal van problemen op. Er zijn verschillende manieren geopperd om deze problemen het hoofd te bieden. Zo zijn er aanhangers van een radicale ommezwaai bij de berekening van de schadevergoeding voor jonge slachtoffers. Het voorspellen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval van een jong slachtoffer is naar hun smaak te speculatief. Het is onmogelijk om het verlies van arbeidsvermogen van een jong slachtoffer te bepalen door middel van een vergelijking tussen de daadwerkelijke en de hypothetische situatie, omdat te veel onzeker is over zijn hypothetische toekomst zonder ongeval. Zij stellen daarom voor het adagium dat het slachtoffer moet worden geplaatst in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou zijn ingetreden, los te laten in deze specifieke gevallen. In plaats daarvan zou het jonge slachtoffer een schadevergoeding moeten krijgen die hem in staat stelt een zo prettig mogelijk leven te leiden na het ongeval. Niet de vraag “wat als” moet centraal staan, maar de vraag “wat nu”. Deze oplossing breekt radicaal met het beginsel van volledige compensatie.¹¹⁵

Toch is het de vraag of een dergelijke radicale breuk met de beginselen van het schadevergoedingsrecht nodig is. Het probleem lijkt er namelijk vooral in

112 Lindenbergh *Nemesis* 2001, p. 185.

113 Van Dijk *AV&S* 2015, par. 1, 2.1-2.2, 6. In vergelijkbare zin: Giesen en Tjittes 2004, p. 76 en Hartlief *AV&S* 2005, p. 167-168.

114 Rapport Commissie Gelijke Behandeling 2012, p. 21 en Van Dijk *AV&S* 2015, par. 6. Zie ook: noot Dute, sub 5 bij Rb. Den Haag 7 november 2013, ECLI:RBDHA:2013:9276, JA 2013/171.

115 Verdedigd door: Kremer 2008, p. 38-39, 45-46. Anderen lijken ook voor een dergelijk systeem te voelen: Giesen en Tjittes 2004, p. 90 en Nieuwenhuis 2005, p. 91-94. Deze methode is tevens toegepast in de jurisprudentie. Zie: Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203. Ook Hartlief 2009, p. 523-542 lijkt sympathiek tegenover deze ‘wat nu’-benadering te staan. In Hartlief *AV&S* 2005 en Hartlief *NJB* 2012 pleit hij daarentegen *niet* om van het beginsel van volledige schadevergoeding af te wijken, maar om te abstraheren van de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer. Anders: Janssen *NTBR* 2007.

gelegen te zijn dat bij de voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval, de persoonlijke omstandigheden van het concrete slachtoffer zelf het uitgangspunt zijn. Een meer algemene oplossing ter bestrijding van de in de vorige paragraaf besproken problemen is dan ook om van deze persoonlijke omstandigheden en eigenschappen van het concrete slachtoffer te abstraheren. Dit is ten eerste aangedragen als oplossing voor het speculatieve karakter van de berekening van het verlies van arbeidsvermogen onder het huidige recht, met name bij jonge kinderen. Er zou niet moet worden gespeculeerd over de vraag hoe het concrete jonge slachtoffer zelf zich zou hebben ontwikkeld zonder het ongeval. Vanwege het gebrek aan betrouwbare aanknopingspunten is dit een onmogelijke opgave. Er moet juist van het hypothetische arbeidsvermogen van het jonge slachtoffer zelf worden geabstraheerd en in plaats daarvan moet zijn verlies van arbeidsvermogen worden berekend aan de hand van het gemiddelde of modale inkomen in Nederland, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de kans op werkloosheid. Dit is een meer solide, betrouwbare en voorspelbare basis om het verlies van arbeidsvermogen te berekenen in zulke gevallen.¹¹⁶ Hartlief lijkt het meer in het algemeen wenselijk te vinden om te abstraheren van de omstandigheden en eigenschappen van concrete slachtoffers zelf als voldoende betrouwbare gegevens daarover ontbreken.¹¹⁷ Pas zodra er voldoende betrouwbare gegevens over het concrete slachtoffer zelf zijn, die een afwijkend hypothetisch arbeidsvermogen zonder ongeval laten zien, zou van deze abstracties moeten worden afgeweken.¹¹⁸

Ook voor de andere problemen lijken abstracties een oplossing te bieden. Hartlief stelt dat abstracte schadeberekening en normering zou leiden tot een snelle en efficiënte afwikkeling van gerechtelijke procedures. Als met normeringen en abstracties over het verlies van arbeidsvermogen wordt gewerkt, is er immers minder ruimte voor discussie over de specifieke eigenschappen en omstandigheden van het concrete slachtoffer zelf.¹¹⁹ Loth stelt voor om te abstraheren van het geslacht van het slachtoffer bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen, om zo te voorkomen dat vrouwen worden gediscrimineerd.¹²⁰

Het maken van zulke abstracties zou “een verdere stap in de richting van een maatmens-benadeelde” vormen.¹²¹ De aandacht zou verschuiven van het hypothetische arbeidsvermogen van concrete slachtoffers zelf, met al hun eigenaardigheden en persoonlijke omstandigheden, naar dat van de gemiddelde Nederlander of een (geslachtsneutrale) maatmens-benadeelde. De oplossing voor de problemen van het huidige recht wordt dus gezocht in een maatmens. Deze roep om een maatmens zegt ook iets over de achterliggende doelstellingen en de functies van de maatmens. Wat wordt er met hem geambieerd?

116 Janssen *NTBR* 2007, p. 111-112. Zie ook: Storm e.a. 1996, p. 196.

117 Hartlief *AV&S* 2005, p. 168-169. Er wordt wel verdedigd dat dit eigenlijk al praktijk is onder het huidige recht: Giesen en Tjittes 2004, p. 80-81; Hartlief *AV&S* 2005, p. 168 en Kremer 2008, p. 38-39.

118 Hartlief *AV&S* 2005, p. 168 en Jansen *NTBR* 2007, p. 112.

119 Hartlief *NJB* 2012.

120 Loth *AV&S* 2014. Vergelijkbaar: Janssen *NTBR* 2007, p. 111.

121 Aldus, Loth *AV&S* 2014.

Ten eerste wordt met de maatmens geprobeerd de efficiëntie en een snelle afwikkeling van onderhandelingen en gerechtelijke procedures over verlies van arbeidsvermogen te bevorderen. De maatmens moet zorgen voor minder (belastende) discussies en snellere beslissingen. Ten tweede dient de maatmens ertoe om het voorspellen van het hypothetische arbeidsvermogen zonder ongeval betrouwbaarder, consistent en minder speculatief te maken. Hij dient dus ook om zekerheid te verschaffen en om arbitraire en sterk uiteenlopende beslissingen te voorkomen. Ten derde zou met een maatmens ongeoorloofd onderscheid tussen slachtoffers kunnen worden tegengegaan. Discriminatie wordt voorkomen als bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen van de maatmens-benadeelde wordt geabstraheerd van geslacht en andere eigenschappen waarvan het verboden is om er direct onderscheid op te maken. Hiermee krijgt de maatmens-benadeelde ook een duidelijk normatieve doelstelling.

Het hanteren van een maatmens-benadeelde zou het gebruik van statistische gegevens enerzijds minder problematisch maken. Bij de berekening van het verlies van arbeidsvermogen staat dan namelijk niet meer het arbeidsvermogen van het concrete slachtoffer zelf centraal, maar het *gemiddelde* arbeidsvermogen. Het probleem dat statistische gegevens vaak weinig tot niets zeggen over het concrete slachtoffer zelf, doet zich dan niet meer voor. Integendeel, statistische gegevens worden juist onontbeerlijk om het arbeidsvermogen van de maatmens-benadeelde vast te stellen. Anderzijds, zodra met de maatmens-benadeelde ook normatieve doelstellingen zoals het tegengaan van discriminatie worden nagestreefd, neemt het belang van statistiek juist verder af. Als rechters worden *geacht* met bepaalde persoonlijke eigenschappen, bijvoorbeeld met geslacht, geen rekening te houden omdat dit discriminatoir zou zijn, komt aan *empirisch* bewijs dat deze eigenschappen invloed hebben op het arbeidsvermogen weinig betekenis meer toe.

4 Naar een taxonomie van de maatmens-benadeelde...

4.1 Een tentatieve taxonomie

In het voorgaande zijn twee voorbeelden geanalyseerd van de maatmens-benadeelde. In hoofdstuk 2 stond de consument-maatmens centraal, zoals die onder invloed van Europees recht vorm kreeg in de wettelijke regeling in het BW over oneerlijke handelspraktijken. In hoofdstuk 3 keken wij vervolgens naar de maatmens en zijn verlies van arbeidsvermogen. Zodoende zijn we de maatmens zowel tegengekomen in de fase van vestiging van aansprakelijkheid als in de schadevergoedingsfase.

Uiteraard hebben we daarmee niet een uitputtende inventarisatie gemaakt van de verschijningsvormen van de maatmens. Immers, de benadeelde wordt in het aansprakelijkheidsrecht op heel verschillende manieren de maat genomen. Om een voorbeeld te noemen: benadeelden moeten zelf ook een bepaald kennis- en zorgniveau in acht nemen om te worden ontvangen in hun klacht. Een ondernemer die zich beklagt over onrechtmatige mededinging van een concurrent, wordt de maat genomen als blijkt dat hij zelf zich ook schuldig

maakt aan diezelfde praktijken.¹²² Een benadeelde wordt dus niet zonder meer beschermd tegen onrechtmatige gedragingen waar hij zichzelf evenzeer aan bezondigt. Andere voorbeelden waarin de benadeelde de maat wordt genomen, betreffen veelal gedragingen van de benadeelde die de schadeveroorzaking min of meer uitlokken¹²³ of – minder extreem – die de schade mede veroorzaken en deswege mede aan de benadeelde toe te rekenen vallen in de zin van art. 6:101 BW.

Die ruime categorie van gevallen hebben we niet behandeld in het voorgaande. We concentreerden ons op een tweetal voorbeelden. Hetgeen we hierna afleiden uit onze inventarisatie is om die reden slechts tentatief en zeker niet uitputtend van aard. Toch menen we dat er relevante observaties te maken zijn bij deze twee verschijningsvormen. Allereerst is duidelijk dat het model van de maatmens in de fase van de vestiging van aansprakelijkheid bruikbaar is om het wenselijke kennis- en zorgniveau van de benadeelde te bepalen. Daarmee zegt het model dus iets over het handelingsperspectief van de maatmens. Bij ons tweede voorbeeld, waar de maatmens een functie vervult om het verlies van arbeidsvermogen van de benadeelde te bepalen, wordt niet het handelingsperspectief centraal gesteld. Veeleer lijkt de functie van de maatmens daar er een te zijn van facilitering van het beslissingsproces voor partijen en rechter. De hypothetische toekomst is slechts bij benadering te construeren, en de maatmens maakt de constructie eenvoudiger, sneller en minder belastend. Maar misschien ook minder precies. In dit type gevallen wordt de maatmens dus gehanteerd – als deze wordt gehanteerd – om onzekerheid te reduceren bij de constructie van een hypothetische toekomst.

Eenzijds hebben we dus te maken met een maatmens als hulpmiddel bij de toetsing van het doen en laten van de benadeelde, en anderzijds met een maatmens als vergelijkingspunt voor het bepalen van de schadeomvang van de concrete benadeelde. In zoverre hebben we appels met peren vergeleken. Die hebben weliswaar gemeen dat ze tot de fruitfamilie behoren, maar overigens laten ze zich niet eenvoudig vergelijken (bovendien is er nog zo veel ander fruit, dat we hier niet onderzochten). Dat gezegd hebbende, menen wij niettemin dat er toch ook observaties mogelijk zijn op het vlak van doel en *functies* van de maatmens. In abstracto is immers de gedeelde noemer van deze ‘appels en peren’ dat ze beide beogen onzekerheid te reduceren. Door het kennis- en zorgniveau van de maatmens te modelleren, zou het voor de potentiële aansprakelijke eenvoudiger moeten zijn om zijn eigen kennis- en zorgniveau te bepalen. Onzekerheid daarover wordt aldus op voorhand gereduceerd. En ons tweede voorbeeld betrof in wezen het reduceren van onzekerheid over de hypothetische toekomst van de benadeelde door die toekomst aan die van de maatmens-benadeelde te verknopen.

122 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 (Maas/Willems) en HR 23 februari 2007, ECLI:NLHR:2007:AZ6219, NJ 2008/49 (Io Vivat). Over de inpassing van die laatste zaak in het recht, zie: Tjong Tjin Tai *BB* 2007, p. 72-74 en Van Kooten *MvV* 2007. Zie verder: Sieburgh *TPR* 2003, p. 680-681; Lindenbergh 2009, p. 578; Haazen *WPNR* 2009, p. 831 en *GS Onrechtmatige daad* (Jansen), aant. 238.1.

123 Zo bijv. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592 (Baams/Boudeling).

Als onzekerheidsreductie het overkoepelende doel is, kan op een iets minder abstract niveau vervolgens een aantal functies worden herkend, bijvoorbeeld dat van een snellere conflictbeslechting, een eenduidige risicoallocatie of een basale rechtvaardigheidsnotie. In de twee verschijningsvormen van de maatmens die wij onderzochten zien wij in elk geval vier functies, die we hierna kort bespreken: de maatmens als middel om evenwicht te bewaren, de maatmens als middel om besliskosten te reduceren, de maatmens als instrument van een normatief postulaat en de maatmens als instrument van Europese eenmaking.

4.2 Vier functies

Allereerst staan we stil bij de maatmens als middel om evenwicht te bewaren. Daar waar bepaald gedrag wordt gevraagd van de maatmens-benadeelde, is misschien wel sprake van een tegenwicht in de vorm van een bepaald kennis- en zorgniveau dat van de potentiële benadeelde gevraagd wordt, bij wijze van tegenwicht voor het kennis- en zorgniveau dat van de potentiële aansprakelijke wordt gevraagd. Daar waar de handelaar zich moeite moet getroosten om bijvoorbeeld de benodigde informatie op de juiste wijze te geven zonder te misleiden, moet de consument moeite doen om informatie te verwerken en een beredeneerde contracteerbeslissing te nemen.¹²⁴ Men kan het vergelijken met het evenwicht dat te vinden is in het leerstuk van gevaarzetting. Van de gevaarzetter wordt een bepaald kennis- en zorgniveau gevraagd teneinde te voorkomen dat er schade geleden wordt door hen die blootgesteld worden aan het gevaar. Als tegenwicht wordt van deze potentiële benadeelden ook een bepaald kennis- en zorgniveau gevraagd teneinde zijn eigen belangen van schade te vrijwaren. Zo hoeft een gevaarzetter wel rekening te houden met een zekere mate van onvoorzichtigheid van de potentiële benadeelden, maar niet met kort gezegd bijzonder domme onvoorzichtigheid.¹²⁵ Van de gevaarzetter wordt namelijk verwacht dat hij zijn gedrag afstemt op het kennis- en zorgniveau dat van de potentiële benadeelde mag worden verwacht. Op die manier wordt een evenwicht nagestreefd tussen de gedragsnormen die op beide partijen rusten. De consument-maatmens is wat dit betreft een gestandaardiseerde vorm van normstelling ten aanzien van het denken, doen en beslissen van potentiële benadeelden van handelspraktijken. Bij gevaarzetting is dat evenwicht tussen gedragsnormen voor de betrokken partijen overigens verre van statisch. Tot welke mate van zorg de maatschappelijke betamelijkheid noopt, is namelijk van de omstandigheden van het geval afhankelijk, en onder die concrete omstandigheden is ook het vereiste kennis- en zorgniveau van de potentiële benadeelde te vatten.¹²⁶ Vanwege het gestandaardiseerde model van de consument-maatmens lijkt het erop dat het bij deze eenvoudiger is om een

124 Zie ook: Mak 2013, p. 338-339.

125 Bijv. HR 26 september 2003, NJ 2003/660 (Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

126 Over dit 'evenwicht' in kennis- en zorgniveau en het dynamische karakter van het 'evenwicht' zie men bijv. Keirse 2003, p. 10 e.v. en Verheij 2015, p. 52 e.v.

vast ankerpunt te vinden wat betreft het zorgniveau. In werkelijkheid lijkt deze tegenstelling tussen dynamisch en statisch kennis- en zorgniveau minder groot, omdat ook de contouren van de consument-maatmens in concreto uitwerking en toepassing vergen. We zagen dat het aan de nationale rechter is om, met inachtneming van alle relevante omstandigheden en wellicht met een schuin oog naar kwantitatief bewijs, te bepalen hoe van de consument-maatmens verwacht mag worden te reageren op bepaalde handelspraktijken. In die concretisering ligt de mogelijkheid van een dynamisch evenwicht, en dan is het verschil met het gevaarzettingsleerstuk opeens een stuk minder groot.

Als men inderdaad wil aannemen dat het kennis- en zorgniveau van de consument-maatmens in evenwicht behoort te staan tot het kennis- en zorgniveau van de handelaar, waarbij het centrale idee dan is dat van een handelaar niet verwacht kan worden dat hij alle informatie 'spelt' voor de consument en dat deze laatste juist zich wel enige moeite mag getroosten om informatie te verzamelen en te verwerken, dan kan men ook rechtvaardigen waarom de consument-maatmens toch zekere 'menselijke trekken' moet vertonen. Zou men namelijk bovenmenselijke eigenschappen eisen van de maatmens, dan reduceert men de eisen die aan het kennis- en zorgniveau van de handelaar worden gesteld zodanig dat een handelspraktijk zelden oneerlijk zal zijn. Het evenwicht dat de consument-maatmens beoogt te realiseren, strekt er idealiter dus toe om beide partijen tot een kennis- en zorgniveau te stimuleren dat passend is voor een groep van gevallen. Hierin ligt wat ons betreft een belangrijke reden om, zoals in de rechtsgeleerde literatuur onder de aandacht wordt gebracht (zie par. 2.5 en 2.6), de aansluiting van de consument-maatmens bij de feitelijke mens niet helemaal uit het oog te verliezen.

Een tweede functie die wij ontwaren in het gebruik van het model van de maatmens is die van werkbesparing en daarmee het vereenvoudigen van beslissingsprocessen. Dit werd in beide besproken voorbeelden zichtbaar. Hoe minder verfijnd het proces van beoordelen van het kennis- en zorgniveau van de benadeelde bij oneerlijke handelspraktijken of van zijn schade bij verlies van arbeidsvermogen, des te eenvoudiger en goedkoper dit proces zal zijn. Als men bijvoorbeeld toestaat dat de rechter zelfstandig 'vaststelt' hoe de maatmens-benadeelde zou denken en handelen, zonder de verplichting om empirisch onderzoek te betrekken in die 'vaststelling', dan houdt de rechter de handen vrij. Belangrijker: de rechter hoeft niet het moeras te betreden van empirisch onderzoek naar de 'gemiddelde' benadeelde, waar bijvoorbeeld de 'battle of experts' op de loer ligt. Die 'battle' ligt zeker op de loer waar het de berekening van verlies van arbeidsvermogen betreft, met weinig zekere uitkomsten. Het gebruik van de maatmens kan dan het doorhakken van knopen vereenvoudigen.

Het risico dat uiteraard in het leven wordt geroepen, is dat het instrument van de maatmens te weinig of te veel vergt van de benadeelde. Dat is overigens niet hetzelfde als de vaststelling dat het instrument in concrete gevallen geen recht doet aan de concrete benadeelde van wie gezien zijn individuele kennis en middelen bijvoorbeeld meer of minder kennis of zorg kon worden verwacht. In

dergelijke incidentele gevallen kunnen we nog volhouden dat de maatmens-benadering goed is vanwege de kostenbesparing die deze met zich brengt en dat de incidentele 'fouten' als kosten gezien moeten worden. Dat kunnen we niet volhouden als in plaats van incidenten sprake is van een vereist kennis- en zorgniveau dat op structurele wijze ondermaatse of overmatige inspanningen vergt van benadeelden. Hetzelfde geldt als sprake is van een schadeberekening die op structurele wijze het gros van de echte benadeelden over- of ondercompenseert. Als de maatmens-benadering bij verlies van arbeidsvermogen een redelijk adequate compensatie voor zestig procent van de gevallen maar voor de overige veertig procent ernstige over- of ondercompensatie oplevert, dan kan men zich afvragen of met het badwater niet ook het kind is weggegooid. Ook hierin kan een potentiële spanning tussen feit en norm worden gezien, waarbij naar onze mening weliswaar kan worden aanvaard dat de maatmens in concrete gevallen afwijkt van de echte mens maar er tegelijk naar moet worden gestreefd om niet te zeer af te dwalen van die echte mens.

Een derde functie zien we daar waar wordt bepleit dat gelijke behandeling noopt tot het negeren van feiten, althans van statistische waarheden. Als bij het bepalen van verlies van arbeidsvermogen op bepaalde demografische gegevens geen acht geslagen mag worden, en er integendeel een maatmens in het spel wordt gebracht, dan is die maatmens het instrument van een zuiver normatief postulaat dat niet het kennis- of zorgniveau van de benadeelde betreft, maar slechts zijn hypothetische toekomst. Naar onze inschatting bestaat er nog maar weinig ervaring met deze functie van de maatmens. Zou men deze zonder meer omarmen, dan ontstaat de bijzondere situatie dat datgene wat vóór het ongeval feitelijk – op statistisch niveau – een reëel beeld zou geven van deze toekomst, juist ná het ongeval wordt genegeerd met een beroep op het gelijkebehandelingspostulaat.¹²⁷ Hier is de spanning tussen feit en norm dus het duidelijkst voelbaar, en zij is beoogd.

De vierde functie betreft het harmonisatiestreven op Europees niveau. Een van de functies van de 'gemiddelde consument' is dat deze de uniforme toepassing van het kennis- en zorgniveau van consumenten mogelijk maakt, waar ook in Europa die consument zich bevindt. Uit onze analyse bleek echter dat het in het algemeen aan de nationale rechter is om de maatstaf van 'gemiddelde consument' toe te passen, onder meer met inachtneming van lokale omstandigheden zoals taal, cultuur en maatschappij. Dit relativeert uiteraard het harmonisatiestreven in grote mate, zozeer zelfs dat we het al knap zouden vinden als deze maatmens ertoe leidt dat toenadering (approximatie) van de verschillende 'gemiddelde consumenten' in Europa zou plaatshebben. De vraag is of dat erg is en of het te voorkomen valt. Wij denken in elk geval met Wilhelmsson dat het wel goed is om het realiteitsgehalte van de Europese maatmens in het vizier te houden; harmonisatie of niet, het komt toch

127 De manier waarop dat kan gebeuren, staat overigens allerminst vast. Moet de vergoeding bij vrouwen worden gelijkgetrokken aan die van mannen, of andersom, of ergens in het midden? Zie recent hierover: Engelhard e.a. *NTBR* 2015, p. 260-263, 264-265.

niet zelden aan op de concrete situatie waarin de maatmens zich bevindt en de inkleuring daarvan door de beoordelende rechter.¹²⁸

4.3 Afsluiting

De vier functies die we hiervoor schetsten, kunnen zonder meer verder worden verfijnd en uitgediept. Hier ging het slechts om het signaleren ervan. Voor ons staat voorop dat het model van de maatmens in functie moet staan tot het doel waarvoor hij wordt gebruikt. Dat betekent onder meer dat als de maatmens goed is gemodelleerd voor het gros van de gevallen, een spanning in een concreet geval tussen de 'echte' concrete persoon en de maatmens niet ernstig hoeft te zijn. Maar, zoals met alle normen het geval is, moeten feit en norm niet zozeer uiteenlopen dat de maatmens compleet losgezongen raakt van de realiteit. Dat is voor het aanzien van het recht uiteindelijk ook niet goed.

5 Literatuurlijst

Abbamonte *CJEL* 2006

G.B. Abbamonte, 'The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach', *Columbia Journal European Law* 2005/2006, p. 695-712.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ. E. Kluwer 1965.

Van Boom e.a. 2014

W.H. van Boom e.a., 'Introduction', in W.H. van Boom e.a. (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Aldershot: Ashgate Publishing 2014.

Broekman *TvC* 2005

M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', *TvC* 2015/5, p. 175-186.

Van Dam *SEW* 2009

C.C. van Dam, 'De gemiddelde Euroconsument – een pluriform fenomeen', *SEW* 2009/1, p. 1-11.

Van Dijk *AV&S* 2015

C.H. van Dijk, 'Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening', *AV&S* 2015/4, p. 114-125.

¹²⁸ Vgl. daarover Van Dam *SEW* 2009, p. 7, 9 en Pavillon 2011, p. 395.

Dittmer *EIPR* 1998

S. Dittmer, 'Misleading Advertising: An End to the "Cursory Average Consumer"?', *EIPR* 1998, p. 313-317.

Drijber *NETR* 2005

B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NETR* 2005/9, p. 179-184.

Duivenvoorde *WPNR* 2010

B.B. Duivenvoorde, "'De gemiddelde consument" als rationele actor', *WPNR* 2010/6848, p. 533-534.

Duivenvoorde 2013

B.B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als standaard bij misleiding', in W.H. van Boom e.a. (eds), *Capita Civilologie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Duivenvoorde 2014

B.B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2014.

Engelhard e.a. *NTBR* 2015

E.S. Engelhard e.a., 'Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht', *NTBR* 2015/9, p. 257-265.

Giesen en Tjittes 2004

S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, 'De rekening van het kind – de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend en ernstig letsel', in S.D. Lindenbergh e.a. (eds), *Schade, vergoeden of beperken?*, Den Haag: SDU uitgevers 2004.

Gomez *ERCL* 2006

F. Gomez, 'The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics Perspective', *ERCL* 2006/1, p. 4-34.

Haazen *WPNR* 2009

I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WPNR* 2009/6816, p. 827-836.

Hartlief *AV&S* 2005

T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005/5, p. 159-168.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Vergoeden van personenschade: wat is wijsheid?', in A.G. Castermans e.a. (eds), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 523-542.

Hartlief *NJB* 2012

T. Hartlief, 'Recht doen met abstracte schadebegroting', *NJB* 2012/43, p. 3007.

Incardona en Poncibò *JCP* 2007

R. Incardona en C. Poncibò, 'The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution', *JCP* 2007, p. 21-38.

Janssen *NTBR* 2007

J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van een hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007/3, p. 99-113.

Kabel 2006

J. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?*(oratie), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2006.

Kabel *IER* 2004

J. Kabel, 'Noot bij Rb. Amsterdam, 7 juli 2004, rolnr. 258118 / H 03.0142 (Leaseverlies/Dexia)', *IER* 2004/5, p. 357-370.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebepenkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss.), Deventer: Kluwer 2003.

Kolder *TvVP* 2015

A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zónder ongeval', *TvVP* 2015/2, p. 24-34.

Van Kooten *MvV* 2007

G.N. van Kooten, 'De "in pari delicto" verkerende eiser komt geen bescherming toe', *MvV* 2007/4, p. 80-83.

Kremer 2008

F.Th. Kremer, 'Berekening van (toekomst)schade van ernstig gewonde jonge kinderen', in: F.T. Oldenhuis (ed.), *Toekomstschade: wat is een mensenleven waard?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 38-46.

Lindenbergh *Nemesis* 2001

S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten', *Nemesis* 2001/6, p. 178-185.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, 'Ore stabit', in A.G. Castermans e.a. (eds), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 523-542.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Monografie BW B34: Schadevergoeding. Algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2014.

Lindenbergh 2014 (2)

S.D. Lindenbergh, 'Verzilveren van letselschade, wat betekent dat?', in M. Faure (ed.), *De toekomst van de letselschadepraktijk: voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2014*, Den Haag: SDU Uitgevers 2014.

Loth AV&S 2014

M.A. Loth, 'Schadebegroting en mensenrechten', *AV&S* 2014/5-6, nr. 17.

Mak MvV 2011

V. Mak, 'Scharnierpunt tussen Europees en nationaal consumentenrecht', *MvV* 2011/7-8, p. 185-190.

Mak ERPL 2011

V. Mak, 'Standards of Protection: In Search of the "Average Consumer" of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive', *ERPL* 2011/1, p. 25-42.

Mak 2013

V. Mak, 'The "Average Consumer" of EU Law in Domestic and European Litigation', in D. Leczykiewicz en S. Weatherill (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford: Hart Publishing 2013.

Mann EIPR 1999

R. Mann, 'German Advertising Standards under Pressure from Europe', *EIPR* 1999/10, p. 519-521.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in D. Peperkoorn (ed.), *Waarheidsvinding en privacy: inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2005*, Den Haag: SDU uitgevers 2005.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Raaij 2013

W.F. van Raaij, 'Het beeld van de consument in het privaatrecht empirisch getoetst', in W.H. van Boom e.a. (eds), *Capita civilologie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Radeideh 2004

M. Radeideh, *The Principle of Fair Trading in EC Law: Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2004.

Sieburgh TPR 2003

C.H. Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schuldsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003, p. 647-690.

Storm e.a. 1996

H.M. Storm e.a., 'Personenschade', in J.M. Barendrecht en H.M. Storm (eds), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 167-306.

Tjong Tjin Tai BB 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Vuile handen en relativiteit', *BB* 2007/8, p. 71-74.

Verheij 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2015.

Verkade 2009

D.W.F. Verkade, *Monografieën BW B35: Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009.

Wilhelmsson 2007

T. Wilhelmsson, 'The Average European Consumer: a Legal Fiction', in Wilhelmsson e.a. (eds), *Private Law and the many Cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.