

- > inclusief de redelijke buitengerechtelijke kosten staat voor mij nog steeds bovenaan. Daarbij valt uiteraard nog het nodige te discussiëren over het antwoord op de vraag wat in het specifieke geval redelijk is. Anderzijds juich ik het toe dat financiële drempels worden weggenomen of op zijn minst worden verlaagd en benadeelden hun gelijk waar zij recht op menen te hebben kunnen halen. De vraag is en blijft of dit experiment dat recht zal brengen.

Een andere vraag is of met het experiment no cure no pay echt van de grond komt en gewaardeerd wordt. Krijgt het recht van bestaan onder de nu geschetste voorwaarden, al dan niet met enige aanpassing? Krijgt de kwetsbare groep van rechtzoekenden/benadeelden inderdaad de gewenste toegang tot ons rechtssysteem? De glazen bol bestaat slechts

in sprookjes en aan voorspellingen waag ik mij niet ... De tijd en daarmee verkregen ervaring zal ons leren ...

<sup>1</sup> TVP, 2002, afl. 1.

<sup>2</sup> Voorzitter mr. P.C.E. van Wijmen van de Commissie Advocatuur heeft op 24 april 2006 het rapport Een maatschappelijke Orde aangeboden aan minister Donner van Justitie. Deze commissie werd door minister Donner van Justitie op 4 mei 2005 ingesteld om advies uit te brengen over de positie die de advocaat in het maatschappelijk bestel en de inrichting van het rechtsbestel hoort in te nemen en welke bestuurlijke en organisatorische structuur daarbij past.

<sup>3</sup> Hof Amsterdam 28 mei 2013, zaaknummer 200.0098.263/01, ECLI:NL:GHAMS:2013:1621, *Nieuwsbrief Personenschade*, juli/augustus 2013; cassatie ingesteld.

## De invloed van sociaaleconomische ontwikkelingen op de begroting van verlies arbeidsvermogensschade



Mevrouw mr. L.C. Dufour en  
mevrouw mr. E.F.E. Palmes  
WIJ advocaten



De werknemer van de eenentwintigste eeuw bewandelt een ander carrièrepad dan zijn voorganger in de twintigste eeuw. De route wordt daarbij niet zelden ingegeven door (onvoorziene) economische en maatschappelijke factoren waar de werknemer zelf maar beperkt invloed op heeft. Overkomt de werknemer anno 2013 een ongeval, dan zullen deze veranderde factoren moeten worden meegewogen in de begroting van het verlies arbeidsvermogensschade (VAV) en pensioenschade. Ontwikkelingen die zich sinds 2000 in toenemende mate voordoen en die naar onze mening invloed hebben op de begroting van het VAV en de pensioenschade zijn:

- (i) een toename van het aantal zzp'ers;
- (ii) kortere dienstverbanden;
- (iii) de aanhoudende economische krimp;
- (iv) de verhoging van de pensioenleeftijd;

- (v) de lage rentestand; en
- (vi) de verhoging van pensioenpremies/verlaging van pensioenaanspraken.

In dit artikel bespreken we deze factoren en de invloeden daarvan op de begroting van het VAV<sup>1</sup> en de pensioenschade. Waar mogelijk, wordt gekeken naar de weging door de rechter van de genoemde factoren in concrete gevallen.

### Hoe zat het ook weer: uitgangspunten berekenen VAV

De aansprakelijke partij moet de benadeelde, die als gevolg van een ongeval niet meer in staat is arbeidsinkomsten te genereren zoals hij dat deed voorafgaand aan het ongeval, schadeloos stellen. Om het bedrag van die schadeloosstelling vast te stellen moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de benadeelde zich na het ongeval bevindt en de hypothetische situatie van het slachtoffer als het ongeval wordt weggedacht. Als het slachtoffer jong is ten tijde van het ongeval kan de schade terzake het VAV een looptijd tot wel vijftig jaar hebben. De uitgangspunten gekozen op het moment van afwikkeling van de schade, lopen dus jaren door.

### Toename zzp'ers

Vanaf 1996 heeft het CBS cijfers over het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). In 1996 waren er 397.000 zzp'ers<sup>2</sup>. In 2000 was het aantal zzp'ers gegroeid naar 445.000. In 2012 waren er 752.000 zzp'ers. De stijging heeft zich ook in 2013 voortgezet: in het tweede kwartaal waren er 775.000 zzp'ers. Ten opzichte van 1996 is het aantal zzp'ers bijna verdubbeld. In de zakelijke dienstverlening<sup>3</sup> en in de bouw zijn verhoudingsgewijs de grootste aantallen zzp'ers te vinden<sup>4</sup>. De cijfers

over het aantal zzp'ers variëren omdat verschillende instanties verschillende definities hanteren van een zzp'er. In 1999 waren volgens gegevens van de SER 30.000 mensen in de bouw als zzp'er werkzaam, in 2009 was dit aantal meer dan verdubbeld tot 79.000<sup>5</sup>. Volgens het CBS waren er in 2010 en in 2011 zelfs 93.000 zzp'ers werkzaam in de bouw<sup>6</sup>. Het stijgende aantal zzp'ers in de bouw is van belang omdat de bouw de sector is waarin – na de horeca – de meeste arbeidsongevallen plaatsvinden<sup>7</sup>.

De hoedanigheid van (en het grote aantal) zzp'ers (in de bouw) is om vier redenen van belang bij de begroting van het VAV. In de eerste plaats, omdat zzp'ers bij arbeidsongeschiktheid geen aanspraak kunnen maken op een WIA-uitkering of een WW-uitkering. Zij zijn geen werknemer en dragen ook geen premie af voor deze werknemersverzekeringen. Daarbij komt dat een aanzienlijk deel van de zzp'ers geen arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten en dus uit dien hoofde geen inkomensvervangende uitkering ontvangt<sup>8</sup>. Dit betekent voor verzekeraars van aansprakelijke opdrachtgevers in die gevallen dat zij het volledige weggeven netto inkomen moeten vergoeden. Ten derde is een zzp'er niet verplicht aangesloten bij een pensioenfonds. Een zzp'er is zelf verantwoordelijk voor de opbouw van zijn aanvullend pensioen (hij heeft wel recht op AOW). Uit onderzoek van FNV Zelfstandigen blijkt dat 80% van de zzp'ers zelf vindt dat zij onvoldoende aan pensioenopbouw doen en/of dat zij hun pensioenopbouw niet op de door hun gewenste manier kunnen vormgeven. Uit onderzoek van het Verbond van Verzekeraars blijkt dat 25% van de zzp'ers niets aan pensioenopbouw doet<sup>9</sup>. De kans dat een zzp'er geen toereikende oudedagsvoorziening heeft aan het einde van zijn werkzame leven, is daarmee aanmerkelijk groter dan in het geval van een werknemer met een vast dienstverband. De vierde reden (die deels ook wordt ingegeven door de beperkte pensioenopbouw die we hiervoor schetsten) is dat zzp'ers langer (moeten of willen) doorwerken dan werknemers in loondienst. In de bouw was de gemiddelde leeftijd waarop een werknemer met pensioen ging in 2005 60,6 jaar. Een zelfstandige in de bouw stopte in dat jaar op een leeftijd van 65,4 jaar<sup>10</sup>. Vijf jaar later, in 2010, stopte de werknemer gemiddeld met 62 jaar en de zelfstandige werkte door tot 66,3 jaar. De looptijd van de schade is bij zzp'ers in de bouw dus statistisch langer.

De geschetste factoren kunnen leiden tot een hoger VAV. Toch blijft de uiteindelijke afweging door de rechter casuïstisch van aard en lijkt die niet altijd even goed aan te sluiten bij de cijfers van het CBS. Zo zijn er (oudere) uitspraken waarbij een rechter ervan uitgaat dat een werknemer in de bouw fulltime kan doorwerken tot 63-jarige leeftijd<sup>11</sup>, terwijl in (recente) uitspraken wordt uitgegaan van een fulltime werkweek tot (slechts) 55-jarige of 60-jarige leeftijd, gelet (onder meer) op de fysieke zwaarte van de arbeid<sup>12</sup>. De in noot 11 aangehaalde uitspraak van het Hof Den Bosch betrof een zzp'er. Die aangenomen uittreedleeftijd laat zich moeilijk rijmen met de hiervoor genoemde cijfers van het CBS over de relatief hoge uittreedleeftijd van zzp'ers. Een voorbeeld van een uitspraak waarbij de rechter oog heeft voor (in dat geval) de (afwijkende) werkweek van een zzp'er, is die van het Hof Den Haag: *“Het is bovendien een feit van algemene bekendheid dat zelfstandige ondernemers voor hun eigen bedrijf meer uren*

*werken dan de voor werknemers in loondienst gebruikelijke 40 uur per week*<sup>13</sup>. Het hof ging vervolgens uit van een werkweek van vijftig uur.

### Arbeidsmobiliteit

Toen wij in de CBS databanken op zoek gingen naar informatie over het aantal dienstverbanden van werknemers en de gemiddelde duur van dienstverbanden, hadden wij verwacht een behoorlijke toename te vinden van het aantal werkgevers waarvoor een werknemer in zijn loopbaan werkt. De arbeidsmobiliteit onder werknemers vertoont echter een genuanceerder beeld dan wij hadden gedacht. De arbeidsmobiliteit onder jongeren – het cohort 15/44 jaar – is een stuk groter dan de mobiliteit bij 45-plussers. In tijden van economische voorspoed stijgt de mobiliteit omdat de werknemer meer te kiezen heeft. In 1992 was de gemiddelde lengte van het dienstverband 8,4 jaar. In 1995 was de lengte – onder invloed van de ongunstige economische conjunctuur van destijds – opgelopen tot 9 jaar.

Eind jaren negentig is een toename van de arbeidsmobiliteit onder jongeren waarneembaar, maar door het relatief grote cohort oudere babyboomers dat niet veel van baan wisselde, bleef de gemiddelde duur van een dienstverband in 1999 onder de streep negen jaar.

In 2010 bedroeg de gemiddelde lengte van een dienstverband 8,7 jaar, ongeveer hetzelfde niveau als twintig jaar daarvoor. Onder 15/24 jarigen bedroeg het aantal dienstjaren bij de huidige werkgever 2,4 jaar en onder 55–64 jarigen 15,4 jaar<sup>14</sup>. Voor jongere benadeelden kan bij de berekening van het VAV rekening worden gehouden met meer, en kortere, dienstverbanden dan tien of twintig jaar geleden. Oudere werknemers (45-plus) wisselen daarentegen minder snel van werkgever, daar hebben de toegenomen mogelijkheden om van baan te wisselen door hoogconjunctuur dus een lager effect op de mobiliteit. De vraag is wat het effect op het VAV is van kortere opvolgende dienstverbanden. Wij kunnen daarover geen algemene uitspraken doen. De mogelijkheid sneller salarisstappen te maken kan een reden zijn om van baan te wisselen. Vanuit dat standpunt bekeken heeft toegenomen mobiliteit een verhogend effect op het VAV. Aan een baanwissel kunnen echter ook niet financiële motieven ten grondslag liggen. Van belang is voorts dat kortere dienstverbanden een negatief effect kunnen hebben op de pensioenopbouw van werknemers (een mogelijke pensioenbreuk) en ook dit zal gevolgen hebben voor het VAV en de pensioenschade. Hoe een hoge arbeidsmobiliteit uiteindelijk doorwerkt in het VAV, zal dus van geval tot geval gezien moeten worden.

In het arrest De Heel/Staat uit 1995<sup>15</sup> laat de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand dat er onvoldoende concrete aanwijzingen zijn dat Korver voor zijn vijftenzestigste gebruik zou hebben gemaakt van de VUT-regeling. Hij was voor de val uit het bed in het Juliana Ziekenhuis (destijds onderdeel van ziekenhuis De Heel) als postbesteller bij de PTT werkzaam op het postkantoor Wormerveer. In alle instanties werd er van uitgegaan dat hij dit werk was blijven doen tot zijn pensionering op 65-jarige leeftijd. Hoewel de arbeidsmobiliteit sinds dit arrest is toegenomen, wordt deze toename in jurisprudentie niet steeds verdisconteerd in het VAV. >

## > De aanhoudende recessie

Vanaf eind 2008 verkeert Nederland in recessie. Volgens de juniraming van het CPB krimpt de economie in 2013 met 1% en treedt in de loop van 2014 licht herstel op. Het CBS berichtte dat in het tweede kwartaal van 2013 137.000 banen van werknemers verloren waren gegaan ten opzichte van dezelfde periode in 2012. Dit is een afname van 1,7 procent. Het aantal banen van werknemers is al vanaf het eerste kwartaal 2012 (zes kwartalen op rij) lager dan een jaar eerder. Daarbij is het banenverlies elk kwartaal groter<sup>16</sup>. De afname was het grootst in de bouw (28.000) en in de zakelijke dienstverlening (23.000). Twintig procent van de in de eerste helft van 2013 uitgesproken faillissementen betrof bedrijven in de bouw. Statistisch gezien heeft een lijmer, steigerbouwer of vlechter met een arbeidsovereenkomst dus een grotere kans zijn baan te verliezen door een reorganisatie of faillissement van zijn werkgever dan in 1998 of in 2003. Voor de vraag naar de invloed van de negatieve conjunctuur op de vaststelling van de uitgangspunten van de berekening van het VAV, zal de rechter de Vehof/Helvetia-regel<sup>17</sup> moeten toepassen: voor zover de ontwikkelingen nadelig uitvallen voor de benadeelde, zal de rechter van de aansprakelijke partij meer bewijs vergen dat die ontwikkelingen zich ook in het carrièrepad van de benadeelde daadwerkelijk zouden hebben voorgedaan. Een enkele verwijzing naar statistische gegevens volstaat niet zonder meer<sup>18</sup>. In lijn daarmee oordeelde het Hof Den Bosch bijvoorbeeld over de afnemende werkgelegenheid in de bouw als volgt: *“Aan de ongunstige situatie op de arbeidsmarkt wordt in het onderhavige geval geen rol van betekenis toegekend.”*<sup>19</sup>

Een interessante uitzondering op Vehof/Helvetia lijkt deze recente uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant: *“Dat [eiser] sinds april 2012 zonder werk is, is een gevolg van de slechte werkgelegenheidssituatie op dit moment, welke situatie hem in de situatie zonder ongeval als stukadoor naar verwachting ook parten zou hebben gespeeld.”*<sup>20</sup> Wij vragen ons af of deze overweging in een eventueel hoger beroep stand houdt en/of navolging zal vinden bij andere rechters. Het verdisconteren van de recessie in de berekening van het VAV heeft uiteraard een verlagend effect op de totale schade. De gevolgen van de conjunctuur blijven dan voor rekening van de benadeelde. De Hoge Raad zal die keuze wel deugdelijk gemotiveerd willen zien.

## Verhoging pensioenleeftijd

Gedurende de afgelopen vijftig jaar is de levensverwachting gestegen en zijn de pensioenvoorzieningen uitgebreid voor een groeiende groep werknemers.

In 1950 was de gemiddelde levensverwachting voor mannen 70,3 jaar. De Nederlandse bevolking telde 10 miljoen mensen. Mannen en alleenstaande vrouwen van 65 jaar en ouder konden aanspraak maken op een uitkering krachtens de Noodwet Ouderdomsvoorziening. Het aantal 65-plussers was in 1950 771.000<sup>21</sup>. De Noodwet werd in 1957 vervangen door de Algemene Ouderdomswet (AOW).

In 1990 was de gemiddelde levensverwachting voor mannen 73,8 jaar. De Nederlandse bevolking telde 14.893.000 mensen. Het aantal 65-plussers in Nederland bedroeg in 1990 1.906.000.

In 2012 was de gemiddelde levensverwachting voor mannen 79,1 jaar. De Nederlandse bevolking telde 16.730.348 mensen. Het aantal 65-plussers bedroeg 2.716.000.

Op 1 januari 2013 is de Wet verhoging AOW- en pensioenrechtleeftijd gefaseerd in werking getreden<sup>22</sup>.

In 2013 ontvingen 65-jarigen hun eerste AOW niet in de maand dat zij 65 zijn geworden, maar een maand later. Deze geleidelijke verhoging van de leeftijd wordt doorgezet tot 2019. In dat jaar ontvangt men op 66-jarige leeftijd voor het eerst een AOW uitkering. In 2023 is de AOW-leeftijd met grotere stappen verhoogd tot 67 jaar. Vanaf 2024 wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting en komt de pensioenleeftijd hoger te liggen. De wetgever heeft bij deze wet ook de fiscale regels voor het aanvullend pensioen veranderd, waardoor vanaf 2014 de pensioenrechtleeftijd omhoog gaat en werkzame personen minder nieuwe rechten opbouwen.

In haar artikel uit 2011 heeft Waaijberg-Laumen de gevolgen van verhoging van de AOW-leeftijd voor de begroting van letselschade besproken<sup>23</sup>. Haar conclusies zijn dat de verhoging van de pensioenleeftijd schadeverhogend werkt omdat in de hypothetische situatie zonder ongeval moet worden uitgegaan van een langere periode waarin de benadeelde inkomen uit arbeid zou hebben verworven. De hieraan gekoppelde langere looptijd van pensioenopbouw geeft een hoger pensioen en heeft dus ook een schadeverhogend effect. We onderschrijven haar eerste conclusie, maar bij haar tweede conclusie plaatsen wij vraagtekens, omdat de hoogte van de pensioenuitkeringen afhankelijk is van meer variabelen dan alleen van de inleg (zie onder de kopjes *Lage rentestand* en *Verhoging pensioenpremies* hierna). Met behulp van de rekentool op de website van het NRL hebben wij een kladberekening gemaakt om het gevolg van de langere looptijd bij een arbeidsongeval inzichtelijk te maken. De uitgangspunten van die berekening zijn a) een jaarschade van € 40.000 b) een rekenrente van 3% c) geen belastingschade en d) één heffingskorting. Voorbeeldman 1 is geboren in 1975 en in 2010 overkomt hem een ongeval. Voorbeeldman 2 is geboren in 1951 en in 2010 overkomt hem een ongeval. We hebben de contante waarde van hun totale schade aan VAV (bij kapitalisatie in 2013) berekend en hieronder schematisch weergegeven:

Effect verhoging pensioenleeftijd op VAV (rekenrente 3%)

			Effect
Voorbeeldman 1 (01-01-1975)	65 jaar: € 852.164	67 jaar: € 882.053	Stijging VAV: 3,5%
Voorbeeldman 2 (01-01-1951)	65 jaar: € 233.125	67 jaar: € 299.954	Stijging VAV: 28,6%

Het effect van een verhoogde pensioenleeftijd heeft een beperkt effect op de omvang van het VAV als de looptijd van de schade lang is (tientallen jaren). Bij een langlopende schade heeft een lagere rekenrente een aanzienlijk sterker effect op het VAV, zoals zal blijken uit het volgende hoofdstuk. Het omgekeerde is echter het geval voor een werknemer die dichterbij de pensioengerechtigde leeftijd aan zit en waarbij dus

sprake is van een korte looptijd. Het effect van langer doorwerken is voor hem groot, terwijl het effect van een lagere rekenrente beperkt is, zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken.

Het beeld in de rechtspraak over de pensioenleeftijd in relatie tot het VAV wisselt overigens sterk en lijkt niet tijd of branchegebonden. Rechters schatten de huidige pensioenleeftijd lager in dan het CBS en de betreffende (bouw)branche zelf<sup>24</sup>. Er is echter ook rechtspraak waarin de rechter uitdrukkelijk te kennen geeft oog te hebben voor de toekomstige verwachtingen op het gebied van pensioenvoorzieningen. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem (al) in 1996 over de VUT-regeling: *“Bovendien staat de VUT-regeling heden ten dage onder zware druk en is er geen enkele zekerheid dat deze regeling in de wat verdere toekomst zal blijven bestaan. De rechtbank zal daarom bij de begroting van dit onderdeel ervan uitgaan dat eiser tot zijn 65ste jaar zou hebben gewerkt.”*<sup>25</sup>

Recent oordeelde het Hof Arnhem: *“Integendeel, nu [appellante] een aantal jaren niet heeft gewerkt en zij over die jaren geen pensioen heeft opgebouwd, ligt het ook met het oog op het opbouwen van pensioenrechten juist voor de hand dat [appellante] tot aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zou zijn blijven werken (...). Het enkele feit dat volgens statistische gegevens een aanzienlijk deel van de verpleegkundigen voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd stopt met werken, leidt niet tot een ander oordeel. Allereerst betreffen deze statistische gegevens de situatie tot nu toe, waarin een lagere pensioenleeftijd geldt en nog gebruik kan worden gemaakt van prepensioenregelingen.”*<sup>26</sup>

Wij pleiten ervoor dat rechters – behoudens aanwijzingen die in andere richting wijzen – aansluiten bij de CBS gegevens over de gemiddelde uittreedleeftijd in de bewuste branche.

### Lage rentestand

Bij het bepalen van de rekenrente bij de kapitalisatie van toekomstige schades, dienen Nederlandse staatsleningen met een looptijd van tien jaar als richtlijn (omdat deze leningen relatief risicovrij worden geacht). Eind september 2013 bedroeg de rente op Nederlandse staatsobligaties tussen de 2% en 2,2%. Die percentages zijn van een andere orde dan het rendement van 6% dat doorgaans wordt gebruikt bij de kapitalisatie van toekomstige schade. Tiemersma heeft berekend dat de gemiddelde rekenrente (het verschil tussen het rendement op tienjarige staatsleningen en de inflatie) vanaf 2000 op 2% ligt<sup>27</sup>. Bij de afwikkeling van letselschades wordt uitgegaan van een rekenrente van 3%. In de afgelopen jaren was, en op de korte termijn is, het onmogelijk om de aan die rekenrente ten grondslag liggende rendementsverwachting van 6% te realiseren in risicomijdende beleggingen. Op de lange termijn is een rekenrente van 3% wel verdedigbaar omdat uit onderzoek over een periode van bijna vijf eeuwen (de periode 1540(!)/2008) is gebleken dat de rente gemiddeld 6% bedroeg<sup>28</sup>. Op de lange termijn is een rekenrente van 3% vervolgens wel verdedigbaar. Tiemersma pleit ervoor bij schades met een lange looptijd voor de eerste twintig jaar uit te gaan van een rekenrente van 2% en voor de

daarop volgende jaren van 3%, zodat over de echt lange termijn toch weer wordt aangehaakt bij het gemiddelde rendement van 6%. Bij kortlopende schade van bijvoorbeeld vijf jaar is kapitalisatie (en dus een discussie over het te kiezen rentepercentage) vaak niet aan de orde. Bij middel-langlopende schade van tien tot twintig jaar is er op dit moment reden om uit te gaan van een rekenrente van 2%. Zoals wij al opmerkten, is de invloed van de rekenrente op de begroting van het VAV bij langlopende schades groter dan de invloed van de looptijd van de schade (door verhoging van de pensioenleeftijd). Het omgekeerde is echter het geval voor werknemers die tegen hun pensioengerechtigde leeftijd aan zitten als hen een ongeval overkomt. Uitgaande van de gegevens in het voorbeeld onder het kopje ‘Verhoging pensioenleeftijd’, maar dan met een rekenrente van 2%, kan de schade van Voorbeeldman 1 en Voorbeeldman 2 als volgt schematisch worden weergegeven:

Effect lagere rekenrente op VAV

	Rekenrente 3%	Rekenrente 2%	Effect
Voorbeeldman 1 (01-01-1975)	65 jaar: € 825.164	65 jaar € 932.783	Stijging VAV door daling rente 65: 13%
	67 jaar: € 882.053	67 jaar € 971.370	Stijging VAV door daling rente 67: 10,1%
Voorbeeldman 2 (01-01-1951)	65 jaar: € 233.125	65 jaar € 234.152	Stijging VAV door daling rente 65: 0,4%
	67 jaar: € 299.954	67 jaar € 303.182	Stijging VAV door daling rente 65: 1,08%

Uit het voorgaande volgt, dat dezelfde factoren in afwijkende gevallen tot (zeer) verschillende resultaten kunnen leiden. Dit vraagt van de rechter een verdiscontering van alle relevante variabelen en alle specifieke omstandigheden van het geval in de berekening van het VAV.

### Verhoging pensioenpremies/verlaging pensioenuitkeringen

Een aantal pensioenfondsen heeft de pensioenpremies in de afgelopen vijf jaar verhoogd, (onder meer) omdat De Nederlandsche Bank de pensioenfondsen voorschrijft dat zij kostendekkende pensioenpremies moet innen die zijn geënt op de marktrente<sup>29</sup>. Daarbij dwong de dalende marktrente de pensioenfondsen de laatste jaren grotere bedragen te reserveren voor het dekken van toekomstige aanspraken. Om de dekkingsgraad op de door De Nederlandsche Bank voorgeschreven 105% te houden, zijn veel pensioenfondsen genoodzaakt de (toekomstige) uitkeringen te verlagen. Zo heeft het pensioenfonds voor de bouw (BpfBOUW) de premies gedurende de afgelopen vijf jaar met 50% verhoogd. Tegelijkertijd heeft het BpfBOUW het opbouwpercentage verlaagd van 2,25 naar 1,8. Deze maatregelen waren nodig door de daling van het aantal werknemers in de branche, de gestegen levensverwachting en de lage rentestand. Ook de gemiddelde leeftijd van de deelnemers in een pensioenfonds kan een factor zijn bij het besluit om uitkeringen te verlagen en premies te verhogen. Bij een pensioenfonds met relatief veel oude deelnemers zal dat besluit eerder aan de orde zijn dan bij relatief ‘jonge’ pensioenfondsen.



> Een andere ontwikkeling waar pensioenfondsen<sup>30</sup> mee te maken zullen krijgen, zijn de gevolgen van toegenomen financieel toezicht en de daarmee gepaard gaande kosten. Toezichthouders wereldwijd hebben als gevolg van de financiële crisis een reeks maatregelen getroffen<sup>31</sup> die van invloed zal zijn op de wijze waarop pensioenfondsen worden ingericht en op de wijze waarop het beleggingsbeleid van fondsen wordt uitgevoerd. De gevolgen van de maatregelen kunnen zijn een verhoging van vereiste buffers op de balans (met mogelijk een premieverhoging of daling van de uitkering tot gevolg) en een meer defensief beleggingsbeleid (met lagere opbrengsten uit beleggingen tot gevolg)<sup>32</sup>. Ook de beleggingsfondsen en de financiële instrumenten waarin door pensioenfondsen wordt belegd via vermogensbeheerders, worden geraakt door de toezichtmaatregelen. Daarbij kan gedacht worden aan – kostenverhogende – clearingverplichtingen<sup>33</sup> en rapportageverplichtingen voor derivaten (waarin door pensioenfondsen wordt belegd ter afdekking van renterisico's) en een doorberekening van kosten als gevolg van de verplichte ondertoezichtstelling van vermogensbeheerders. Deze kosten zullen uiteindelijk worden doorberekend aan de deelnemers en zullen dus een negatief effect hebben op de hoogte van de pensioenaanspraken. De geschetste ontwikkelingen hebben (uiteindelijk) een verlagend effect op de omvang van het VAV en de pensioenschade. Een voorbeeld waarbij de rechter rekening houdt met de ontwikkelingen in rendementsprognoses bij pensioenopbouw is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Zutphen waarin de rechter aanneemt dat de benadeelde zal moeten doorwerken tot de pensioengerechtigde leeftijd (en dus niet vervroegd zal uittreden): *“Zeker in het huidige financiële klimaat, waarin de mogelijkheid bestaat dat (‘lijfrente en andere’) verzekeringen lang niet het geprognosticeerde rendement zullen halen, kan aan de expiratedata geen doorslaggevend argument worden ontleend.”*<sup>34</sup>

### Conclusie

Vanaf 2000 – en vooral sinds het uitbreken van de financiële crisis in 2008 – zijn een aantal uitgangspunten bij de berekening van het VAV veranderd. Een 65-jarige pensioenleeftijd (of een VUT-regeling in de jaren voordat men 65 wordt), is niet meer het uitgangspunt. Dienstverbanden zijn korter en pensioenopbouw is geen vanzelfsprekendheid meer (vooral niet bij zzp'ers en jongere werknemers op de meer flexibele arbeidsmarkt). Ook veranderende samenstellingen van pensioenfondsen (relatief weinig werkende deelnemers brengen premies op voor relatief veel gepensioneerden) en financieel toezichtmaatregelen zijn van invloed op de pensioenopbouw. Het is bovendien de vraag in hoeverre de rekenrente van 3% nog aansluit bij de huidige ontwikkelingen in de markt. Wat niet is veranderd, is dat de hypothetische situatie zonder ongeval moet worden vergeleken met de werkelijke situatie waarin de benadeelde zich als gevolg van het ongeval bevindt. Rechters houden in meerdere of mindere mate rekening met de geschetste maatschappelijke ontwikkelingen, maar een consistent beeld valt uit de rechtspraak vrijwel niet te distilleren. Dit hoeft niet te verbazen, nu van geval tot geval beoordeeld moet worden welke uitgangspunten bij de berekening van het VAV van toepassing zijn, zoals ook blijkt uit de voor-

beeldberekeningen in dit artikel. Daarbij moet wel telkens de vraag worden gesteld in hoeverre de door schaderegelaars en belangenbehartigers van oudsher gehanteerde uitgangspunten nog overeenstemmen met de geschetste huidige ontwikkelingen. Vooral schades met een lange looptijd (in de eenentwintigste eeuw) vereisen dat de uitgangspunten mede worden vastgesteld aan de hand van recente ontwikkelingen, omdat de sociaaleconomische realiteit van nu en de komende jaren niet meer dezelfde is als die van de twintigste eeuw. ■■■

<sup>1</sup> De talrijke overige factoren die van invloed zijn op het VAV vallen buiten het bestek van dit artikel en hebben we hier verder buiten beschouwing gelaten.

<sup>2</sup> CBS StatLine: Zelfstandigen zonder personeel; persoonskenmerken.

<sup>3</sup> 14% van de werkzame beroepsbevolking is actief in de zakelijke dienstverlening en 23% van het totale aantal zzp'ers werkt in deze sector.

<sup>4</sup> P.H.G. Berkhout, “Zzp'ers in de bouw”, 10 februari 2010, [www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen.aspx](http://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen.aspx). 7% van de werkzame beroepsbevolking werkt in de bouw, 14% van alle zzp'ers in Nederland is werkzaam in de bouw.

<sup>5</sup> P.H.G. Berkhout, “Zzp'ers in de bouw”, 10 februari 2010, [www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen.aspx](http://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen.aspx).

<sup>6</sup> CBS StatLine: Beroepsbevolking naar bedrijf en persoonskenmerken.

<sup>7</sup> CBS StatLine: Arbeidsomstandigheden werknemers; bedrijfstakken.

<sup>8</sup> AOV dichtheid onder zzp'ers: Transport 75%, Zakelijke dienstverlening 29% en Bouw 57%; bron: SER advies “Zzp'ers in beeld” 15 oktober 2010 (adviesnummer 2010/04).

<sup>9</sup> SER advies, “Zzp'ers in beeld 15 oktober 2010” (adviesnummer 2010/04).

<sup>10</sup> CBS StatLine, Van arbeid naar pensioen; personen 55 jaar of ouder, Bedrijfstak: C-F Nijverheid en Energievoorziening.

<sup>11</sup> Hof Den Bosch 17 augustus 1988, VR 1989/162.

<sup>12</sup> Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193 (werknemer) en Hof Den Bosch 10 juni 2008, LJN: BF0360 (Zzp'er).

<sup>13</sup> Hof Den Haag 8 november 2011, LJN BU3804.

<sup>14</sup> CBS: “Hoe honkvast zijn werknemers?” 18 december 2000 en CBS: “Hoe mobiel is werkend Nederland?” 29 maart 2010, [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl).

<sup>15</sup> HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175.

<sup>16</sup> Conjunctuurbericht CBS, 24 september 2013.

<sup>17</sup> HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624: *“aan een benadeelde die blijvende letsel-schade heeft opgelopen, [mogen] geen strenge eisen 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.”* Het arrest wordt nog regelmatig aangehaald: Rb. Breda 21 augustus 2012, JA 2012, 152, Hof Den Bosch 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6646 en Hof Den Bosch 20 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN2818.

<sup>18</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013 ECLI:NL:GHARL:2013:4977.

<sup>19</sup> Hof Den Bosch 17 augustus 1988, VR 1989, 62.

<sup>20</sup> Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193 rov. 2.42.

<sup>21</sup> Bron: CBS StatLine: Bevolking, huishoudens en bevolkingsontwikkeling vanaf 1899.

<sup>22</sup> Zie koninklijk besluit van 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 329.

<sup>23</sup> X.I. Waaijenberg-Laumen, "De verhoging van de pensioenleeftijd en de mogelijke effecten op de begroting van letselschade", *VR* 2011, 30.

<sup>24</sup> Hof Den Bosch, 9 augustus 2011 BR6646.

<sup>25</sup> Rb. Arnhem 15 februari 1996, *VR* 1996, 208.

<sup>26</sup> Hof Arnhem 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977, rov. 2.6.

<sup>27</sup> J. Tiemersma, "Rekenrente", *VR* 2013, 67.

<sup>28</sup> J. Tiemersma, "Rekenrente", *VR* 2013, 67.

<sup>29</sup> <http://www.toezicht.dnb.nl/2/2/50-202556.jsp>, "Financieel Toetsingskader (FTK) voor pensioenfondsen". Het FTK wordt op termijn aangepast. Ten tijde van het schrijven van dit artikel lag het gewijzigde FTK ter consultatie voor aan de markt.

<sup>30</sup> Maar uiteraard ook financiële instellingen die financiële instrumenten aanbieden (denk aan banken die bankspaarproducten aan zzp'ers aanbieden ten behoeve van hun pensioenopbouw).

<sup>31</sup> Hierbij kan worden gedacht aan de Solvency-II richtlijn (Richtlijn 2009/138/EU) die regels geeft voor de solvabiliteit van verzekeraars, de EMIR verordening (nr. 2012/648/EU) die strikte regels stelt aan derivatenhandel en de AIFM richtlijn (Richtlijn 2011/61/EG) die

vrijwel alle beheerders van beleggingsfondsen onder verplicht toezicht stelt. Hoewel nog niet alle maatregelen in werking zijn getreden en de reikwijdte van de richtlijnen (nog) niet altijd even definitief is, is wel al duidelijk dat ook pensioenfondsen door deze richtlijnen worden geraakt en dat vrijstellingen en ontheffingen voor pensioenfondsen slechts beperkt of tijdelijk worden toegestaan.

<sup>32</sup> J. de Haan c.s. "De impact van Solvency II-regels op pensioenfondsen", *ESB Pensioenen*, 97-4629 (februari 2012).

<sup>33</sup> Door (*over the counter*) derivatentransacties via een centrale clearing instantie te laten lopen en af te wikkelen, in plaats van bilateraal tussen (alleen) het pensioenfonds en een bank, is op elk moment voldoende onderpand (*initial/variation margin*) aanwezig ter nakoming van de verplichtingen uit hoofde van het derivatencontract. Op die manier wordt voorkomen dat de insolventie van één partij via een domino-effect het hele financiële stelsel in gevaar brengt.

<sup>34</sup> Rb. Zutphen 29 april 2009, *NJF* 2009, 329, rov. 4.17.

## DeMediationRubriek ...

*DeMediationRubriek staat onder redactie van mr. Ferda van Benthem en mr. Bart Neervoort. Hoewel in letselschadezaken steeds vaker mediation wordt toegepast, hebben de meeste betrokkenen in de personenschadebranche er nog geen ervaring mee. Door in deze rubriek voorbeelden uit de praktijk van NVMV-LetMeletschademediators te beschrijven, wordt getracht de bekendheid met mediation te vergroten. Namen van slachtoffers in de beschreven zaken zijn gefingeerd. Deze bijdrage is van Bart Neervoort*



## Multiculturele mediation

De 54 jarige Hassan Badhouba kwam van rechts en werd in de linkerflank aangereden door een vrachtwagen, die hem niet meer kon ontwijken. Vlak voor de klap ging het in een flits door hem heen dat hij misschien wat te hard op het kruispunt kwam aangereden en dat hij beter zijn auto-gordel had kunnen dragen. Twee maanden ziekenhuisopname en zes maanden revalideren waren het gevolg. Na zijn revalidatie was duidelijk dat Badhouba zijn werk bij het verhuisbedrijf, waar hij na twee jaar werkeloosheid twee weken voor het ongeval was begonnen wel kon vergeeten. Zijn contract werd niet verlengd en het lukte hem niet om een andere baan te vinden. Hij kwam in contact met een letselschadebureau en hij kreeg wel een paar keer een voorschot van de verzekeraar van de vrachtwagen, maar de afwikkeling van de schade duurde al bijna twee jaar.

De schaderegelaar kwam niet verder met Badhouba. Hij claimde absurde bedragen voor verminderd arbeidsvermogen, alsof hij tot zijn 65e verzekerd zou zijn geweest van een vast inkomen uit arbeid als het ongeval niet was gebeurd. En de claim voor immateriële schade was meer aan

de fantasie van Badhouba ontsproten dan aan wat in dit soort gevallen door de rechter was toegewezen. De behandelaar kwam geen steek verder en wilde het maar op een procedure laten aankomen toen zijn leidinggevende voorstelde mediation te proberen.

De mediator had vaker met het multiculturele bijtje gehakt. Hij wist dat Nederlanders met een Noord Afrikaanse achtergrond een geheel andere onderhandelingstechniek hanteren, dan in Nederland gebruikelijk. Wie als toerist ooit een Arabische markt heeft bezocht weet dat de prijs niet tot stand komt door een eenvoudige optelsom van inkoopprijs + winstopslag. De verkoper begint met een belachelijk hoge vraagprijs, maar na het gebruikelijke loven en bieden komt de transactie tot stand voor een fractie van de vraagprijs en zijn beide partijen tevreden. Voor de marktkoopman is van groot belang dat hij door de koper wordt gerespecteerd en de belachelijk hoge vraagprijs is ook niet uit disrespect voor de koper. Ook wist de mediator uit ervaring dat in sommige culturen toegeven van het eigen ongelijk uit den boze is. Beter