

## Kapitalisatie van 'toekomstige' schade; de vrijheid van de rechter als toverformule?

HR 30 november 2007, RvdW 2007, 1025

### Inleiding

Als uit een voorval over een lange periode schade voortvloeit en de rechter wil de vergoeding toekennen op de voet van een bedrag ineens, hoe concreet moet de schade dan worden begroot indien op het moment van de begroting zowel een groot deel van de schade in het verleden ligt als in de toekomst? Die vraag speelt in het onlangs door de Hoge Raad gewezen arrest van 30 november 2007, RvdW 2007, 1025. Enerzijds benadrukt de Hoge Raad de vrijheid van de rechter wat betreft de keuze van de begrotingsmethode. Zo staat het de rechter vrij de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Kapitalisatie als methode voor de begroting van toekomstige schade wordt in dat geval dus ook aangewend voor de begroting van schade die reeds is geleden en in zoverre concreet zou kunnen worden berekend. Anderzijds bevat de uitspraak overwegingen die de vrijheid van de rechter inperken. Wat betreft de uitvoering van de schadebegroting benadrukt de Hoge Raad het uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te worden begroot. Dit betekent dat de rechter niet mag voorbijgaan aan gegevens die de schade zo realistisch mogelijk benaderen. Deze gegevens, ook die welke eerst ná de peildatum bekend zijn geworden, dienen in de kapitalisatieberekening te worden verdisconteerd, zowel wat betreft de toekomstige schadepriode als de in het verleden liggende schadepriode. In de uitspraak wordt dit geïllustreerd met de te hanteren looptijd van enkele schadeposten, de invloed van gewijzigde wetgeving op de begroting van toekomstige belastingschade en de sterftkanscorrectie over de op het moment van begroting reeds voorbijgejaren.

Na een bespreking van het geschil en het geding in feitelijke instanties, wordt het spanningsveld tussen de vrijheid van de rechter en het beginsel van de werkelijke schadebegroting, verder ingekleurd aan de hand van de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad. In het commentaar zal worden ingegaan op de vraag waarom de Hoge Raad de vrijheid van de rechter benadrukt als het gaat om de keuze van de begrotingsmethode, ook indien een concrete berekening van de reeds geleden schade meer voor de hand ligt. In dat verband zal aandacht worden besteed aan de wettelijke renteproblematiek onder art. 1286 BW (oud). Betoogd zal worden dat de betekenis van de uitspraak – die nog onder oud BW is geweest – voor het huidige recht beperkt zou moeten zijn en dat de Hoge Raad de rechter toch minder vrijheid laat dan hem op het eerste gezicht wordt toegedicht.

### Geschil en geding in feitelijke instanties

In onderhavige procedure vordert P. vergoeding van de schade die zij lijdt en heeft geleden doordat haar rechteronderarm

als gevolg van een medische fout op 17 oktober 1980 geamputeerd moest worden. De arts heeft zijn aansprakelijkheid erkend, maar betwist de door P. gestelde omvang ervan. Naast immateriële schade en kosten van deskundige bijstand, lijdt P. blijvend materiële schade in de vorm van jaarlijks terugkerende extra uitgaven, zoals kosten van huishoudelijke hulp, extra kosten voor kleding, uitgaven in verband met de prothese, hogere vakantiekosten en extra autokosten. In de door P. voorgestelde berekeningswijze wordt deze materiële schade vanaf datum ongeval tot en met 1985 concreet berekend door de geschatte jaarlijks geleden schade op te tellen, en vanaf 1 januari 1986 begroot op een gekapitaliseerd bedrag ineens, waarbij 12 december 2051 als einddatum van de schadepriode wordt aangehouden. Kapitalisatie houdt in dat het bedrag van de in totaal te verwachten schade (i.c. tot en met 2051) met behulp van een bepaald rentepercentage (de zgn. 'rekenrente') wordt 'teruggerekend' tot de waarde van dit bedrag op de aanvangsdatum van de kapitalisatieberekening (de zgn. 'peildatum' of 'kapitalisatiedatum'). Het aldus berekende bedrag is de 'contante waarde' van de schade.<sup>1</sup> Bij het 'terugrekenen' wordt rekening gehouden met het rendement dat de benadeelde met de ontvangen uitkering naar verwachting kan realiseren en voorts met factoren als inflatie, de sterftkans van de benadeelde en de invloed van de belastingheffing op (de opbrengst van) het kapitaal.

Tussen partijen ontstaat een langdurige rechtsstrijd over de vergoeding van de materiële schade vanaf 1 januari 1986. De arts heeft tegen toewijzing van een bedrag ineens geen bezwaar, maar verzet zich tegen de door P. voorgestane wijze van berekening. De geschilpunten betreffen onder meer de bij kapitalisatie te hanteren peildatum, de vraag of de sterftkanscorrectie ook in de kapitalisatieberekening dient te worden verdisconteerd wat betreft de in het verleden liggende schadepriode, de berekening van de belastingschade vanaf 1 januari 2001 in verband met het per die datum gewijzigde belastingstelsel en de looptijd van enkele schadeposten.

Na twee tussenvonnissen van de rechtbank en een tussentijds appel, staat in 1992 tussen partijen vast dat de jaarlijkse materiële schade van P. over 1986 f 10.580 bedraagt en over 1987 en de jaren daarna f 14.080. Bij eindvonnis van 18 september 1996 beslist de rechtbank dat de schade over de jaren 1986 t/m 1996 concreet moet worden berekend en eerst vanaf 1 januari 1997 mag worden begroot op een per die datum gekapitaliseerd bedrag ineens. De rechtbank wijst de wettelijke rente toe met ingang van de door P. aangezegde datum, te weten 9 december 1986, en laat de berekening van de vergoeding verder aan partijen over.

1. Vgl. hierover (onder meer) Schadevergoeding, (Bolt), art. 105, aant. 7; D.J. ten Boom, Rekenmodellen letselschade, in: Letselschade en de fiscus, par. 4.2.3; D.J. ten Boom, De X-factor in de toekomstschade, Mysterieus of meetbaar?, TVP 2006-3, p. 78-80; W. Lups, Tijd is geld. Reken maar!, zegt de rekenaar, in: Tijd is geld, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) 2006, p. 79-93; R.Ph. Elzas, Toekomstige schade, in: Handboek Personenschade, nrs. 3070-23 t/m 41, en J. Laumen, Het bruto-nettotraject en rekenkundige aspecten van de contante waarde, in: Handboek Personenschade, nrs. 3080-92 t/m 102.

Anders dan de rechtbank, wijst het hof kapitalisatie van de schade toe per 1 januari 1986, nu tussen partijen nimmer in discussie is geweest dat P. als gevolg van de amputatie van haar rechteronderarm blijvend schade zal lijden en voorts de jaarlijks door P. vanaf genoemde datum geleden en nog te lijden schade als zodanig vaststaat. Bij tussenarrest van 20 juli 2000 benoemt het hof een deskundige met het verzoek de schade te kapitaliseren per 1 januari 1986. De deskundige brengt een op 14 februari 2001 gedateerd rapport uit. Het bezwaar van P. dat de deskundige de sterftekanscorrectie ten onrechte ook heeft toegepast over de schade vóór 2001, acht het hof ongegrond, nu het gegeven dat op het moment van de berekening vaststond dat P. nog in leven was, niet meebrengt dat over de voorbije jaren geen rekening zou moeten worden gehouden met de sterftekanscorrectie. Wat betreft de berekening van de belastingschade oordeelt het hof dat geen rekening mag worden gehouden met de per 2001 gewijzigde belastingwetgeving, nu de erven van de inmiddels overleden arts daarop in een te laat stadium van de procedure een beroep hebben gedaan. Ook het bezwaar van de erven dat ook voor de autokosten, het parkeergeld, de kosten van huishoudelijke hulp en de vakantiekosten wordt uitgegaan van een looptijd tot 12 december 2051 (in welk jaar P. 100 jaar oud wordt), acht het hof te laat opgeworpen. Na vier tussenarresten en twee deskundigenberichten wijst het hof op 14 juli 2005 zijn eindarrest. Het hof veroordeelt de erven tot vergoeding aan P. van een bedrag van € 289.118, 34, zijnde de contante waarde van de schade en de belastingschade vanaf 1 januari 1986, met aftrek van de reeds door de (erven van de) arts gedane voorschotbetalingen en te vermeerderen met de wettelijke rente over de diverse bedragen en perioden vanaf 9 december 1986.

#### Geding in cassatie

In cassatie leggen partijen onder meer ter beoordeling voor de beslissingen van het hof ter zake de bij kapitalisatie te hanteren peildatum, de toepassing van de sterftekanscorrectie over de op het moment van begroting reeds voorbije jaren, de berekening van de belastingschade per 1 januari 2001 en de looptijd van de autokosten, het parkeergeld, de kosten van huishoudelijke hulp en de vakantiekosten. De Hoge Raad stelt bij de behandeling van de klachten twee uitgangspunten voorop: ten eerste de vrijheid die de rechter bij het begroten van schade heeft; ten tweede het beginsel dat de rechter bij het bepalen van schadevergoeding zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te begroten. De wijze waarop deze uitgangspunten doorwerken in de schadebegroting wordt geïllustreerd aan de hand van de volgende vier parameters.

#### Peildatum

Het eerste uitgangspunt brengt mee dat de door het hof gehanteerde peildatum naar het oordeel van de Hoge Raad vergeefs door de erven wordt bestreden. Het staat de rechter vrij toekomstige schade, ook als het gaat om steeds terugkerende extra kosten, te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt (r.o. 4.3).

#### Sterftekanscorrectie

Het tweede uitgangspunt brengt mee dat de beslissing van het hof om de sterftekanscorrectie ook toe te passen voor de jaren die op het moment van de begroting reeds zijn verstreken, naar het oordeel van de Hoge Raad terecht door P. wordt bestreden. Ook indien de rechter ervoor kiest de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt, blijft uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot. Daarbij past niet, aldus de Hoge Raad, dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Het staat de rechter derhalve vrij om het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet in de kapitalisatieberekening te verdisconteren (r.o. 5.3).

#### Gewijzigde belastingwetgeving

Het tweede uitgangspunt brengt voorts mee dat het hof niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, had mogen vasthouden aan een begroting van de belastingschade waarin wordt voorbijgegaan aan de ingrijpende wijziging van het belastingstelsel met ingang van 2001. Nu dit nieuwe stelsel eerst na het aanvangen van de appèlinstantie bekend werd, stond het de erven vrij in een later stadium van de procedure hierop alsnog een beroep te doen als relevant gegeven voor de begroting van de belastingschade (r.o. 4.2).

#### Looptijd autokosten, parkeergeld, kosten van huishoudelijke hulp en vakantiekosten

Het tweede uitgangspunt speelt ten slotte impliciet een rol bij het oordeel van de Hoge Raad dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom de erven hun bezwaar tegen de door de deskundige gehanteerde looptijd in een te laat stadium naar voren hebben gebracht, nu, kort gezegd, het hof deze looptijd niet als uitgangspunt had geformuleerd bij de aan de deskundige gegeven opdracht tot berekening van de schade en eerst het deskundigenrapport de erven aanleiding gaf de looptijd aan de orde te stellen (r.o. 4.5).

#### Commentaar

Zowel naar huidig recht als naar het vóór 1992 geldende recht komt aan de rechter met betrekking tot de wijze van begroting van schade een grote mate van vrijheid toe.<sup>2</sup> Voor het huidige recht is dit neergelegd in art. 6:97 en 105 BW. In de wetsgeschiedenis bij eerstgenoemd artikel wordt opgemerkt dat de rechter bij de begroting van schade en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, een grote mate van vrijheid heeft en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht, terwijl de bepaling die in de tweede zin van art. 6:97 BW is vervat (te weten dat de omvang van de schade wordt geschat indien zij niet nauwkeurig kan worden vastgesteld), de rechter in belangrijke

2. Vgl. HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 m.nt. JBMV, r.o. 3.8.

mate ontheft van zijn motiveringsplicht.<sup>3</sup> De vrijheid van de rechter is echter niet onbegrensd. Uitgangspunt is immers dat de werkelijk geleden schade moet worden vergoed.<sup>4</sup> Dit brengt mee dat de schade in beginsel concreet dient te worden berekend, wat inhoudt dat de rechter rekening houdt met de bijzonderheden van het desbetreffende geval en met de subjectieve omstandigheden waarin de benadeelde zich bevindt.<sup>5</sup> Eerst indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld – hetgeen zich bijvoorbeeld voordoet bij toekomstige schade – staat de wet een schatting van de schade toe. Een methode voor de schatting van toekomstige schade is kapitalisatie. Naast concrete elementen (de schadeposten worden zo veel mogelijk nauwkeurig vastgesteld) bevat een kapitalisatieberekening ook abstracte elementen (op basis van veronderstellingen over de toekomst wordt de totale te verwachten schade met behulp van rekenfactoren, waaronder inflatie-, rendements- en sterftekanscorrectie, ‘teruggerekend’ naar de peildatum).<sup>6</sup> Gelet op genoemd uitgangspunt ligt het voor de hand de reeds geleden schade concreet te berekenen en slechts de op het moment van begroting nog toekomstige schade te kapitaliseren.

In onderhavige zaak gelast het hof bij tussenarrest van 20 juli 2000 een deskundigenbericht teneinde de materiële schade van P. te kapitaliseren per 1 januari 1986. Op het moment dat het rapport wordt uitgebracht (februari 2001), ligt, gerekend vanaf de peildatum, ruim vijftien jaar aan schade in het verleden. Ligt het in een dergelijk geval niet meer voor de hand om, gelijk de rechtbank had gedaan, de reeds geleden schade concreet te berekenen aan de hand van de werkelijk gemaakte kosten, en de in de toekomst liggende schade te kapitaliseren per een zo recent mogelijke datum (bijv. het moment waarop de deskundige zijn berekening maakt)? De Hoge Raad benadrukt echter de aan de rechter toekomende vrijheid de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Waarom? De overwegingen van de Hoge Raad in het kader van de sterftekanscorrectie, de gewijzigde belastingwetgeving en de looptijd van enkele schadeposten, illustreren immers dat de schadebegroting zo realistisch mogelijk dient te worden uitgevoerd.<sup>7</sup>

3. PG Boek 6, MvA II, p. 339.

4. Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 415.

5. Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 417.

6. Vgl. in deze zin H. Bakker, A. van Ooijen en M.J. Neeser, Ligt de toekomst in het verleden?, VR 2007-6, p. 171; E. Wytéma, TVP 2004-2 (Wettelijke rente), p. 61, en L. Dommering-van Rongen, Aansprakelijkheid van de advocaat: ‘a trial within a trial’, kansaansprakelijkheid en wettelijke rente bij letselschade, NTBR 1998/3, p. 83-85. Anders: Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 421.

7. De overwegingen van de Hoge Raad op het punt van de gewijzigde belastingwetgeving en de looptijd van enkele schadeposten staan weliswaar in de sleutel van de procesrechtelijke vraag of de erven deze kwesties in appél tijdig aan de orde hebben gesteld, maar illustreren mijns inziens niettemin de rode draad van het arrest, te weten dat de schadebegroting zo realistisch mogelijk moet worden uitgevoerd. Gegevens die daarvoor van belang zijn, dienen zo veel als mogelijk in de berekening te worden verdisconteerd, zelfs indien daarop in een laat stadium van de procedure, mits binnen de grenzen van een goede procesorde, een beroep wordt gedaan. Vgl. VN 2008/6.3, m.nt. red.

Voor de op het moment van kapitalisatie in het verleden liggende schade betekent dit dat de rechter niet mag abstraheren van het gegeven dat het overlijdensrisico zich tot dusver niet heeft gerealiseerd. De Hoge Raad spreekt in dit verband wel van een aan de rechter toekomende vrijheid het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet te verdisconten, maar het lijkt er eerder op dat hier sprake is van een op de rechter rustende verplichting. Uitgangspunt is immers dat de rechter zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te begroten en daarbij past niet, aldus de Hoge Raad, dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Voor de op het moment van begroting nog toekomstige schade brengt dit uitgangspunt mee dat de rechter dient uit te gaan van een realistische looptijd van de diverse schadeposten en niet voorbij mag gaan aan een wijziging van wetgeving die voor de begroting van de schade, in casu de belastingschade, significante gevolgen heeft. Waar op het moment van de begroting nog vijftig jaar aan schade in de toekomst lag, lijkt het inderdaad juist om wetgeving die significante gevolgen heeft voor de begroting, ook daarin te verdisconten.

Op het punt van de uitvoering van de schadebegroting is de rechter dus toch minder vrij dan de beslissing ter zake de keuze van de peildatum doet vermoeden. De mogelijkheid van het kiezen van een peildatum in het verleden is door de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in zijn arrest van 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 m.nt. JBMV, en daarna bevestigd in HR 11 juli 2003, NJ 2003, 603. Deze mogelijkheid is niet zonder kritiek gebleven. Bloembergen acht het in zijn conclusie vóór eerstgenoemd arrest onjuist dat, in afwijking van het wettelijk regime, achteraf wijzigingen worden aangebracht in het tijdstip waarop de schade is geleden en waarop de rente gaat lopen.<sup>8</sup> Hiermee hangt samen het bezwaar dat het slachtoffer in geval van vroegtijdige kapitalisatie een (niet te rechtvaardigen) voordeel kan genieten, doordat de wettelijke rente over de in het verleden liggende schadejaren veelal hoger uitkomt dan de bij kapitalisatie gehanteerde rekenrente.<sup>9</sup> Voorts is er onder meer op gewezen dat de vrijheid van de rechter op dit punt de praktijk weinig houvast biedt, nu de Hoge Raad geen richtlijnen geeft omtrent wat bij regeling in der minne de voorkeur verdient;<sup>10</sup> dat de Hoge Raad hiermee geen recht doet aan het uitgangspunt van concrete schadeberekening;<sup>11</sup>

8. Conclusie A.R. Bloembergen (als wnd. A-G) onder 2.8, 2.9 en 2.11.

9. Vgl. (onder meer) R.Ph. Elzas, a.w., nr. 3070-12; A.R. Bloembergen (als wnd. A-G) in genoemde conclusie (onder 2.9) vóór HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 508 m.nt. JBMV; C.J.M. Klaassen, in: Het moment van ontstaan van schade, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 18-21, en L. Dommering-van Rongen, a.w., p. 83. Anders: L.H. Pals, Het belang van de peildatum bij letselschaden, VR 2005-7/8, p. 213.

10. H.A. Bouman, De ivoren raadkamer. Enige opmerkingen over het Vertragsrente-arrest, HR 17 oktober 1997, VR 1998-1, p. 6.

11. Vgl. (onder meer) H. Bakker, A. van Ooijen en M.J. Neeser, a.w., p. 171; H. Geurst en W.J. Hengeveld, TVP 2003-3 (Berekening letselschade), p. 81; C.J.M. Klaassen, a.w., p. 23, en Mon. Nieuw BW B37 (Bouman/Tilanus), p. 65.

dat elke concessie aan de actualiteit rekentechnisch de geloofwaardigheid van de kapitalisatiedatum in het geding brengt en dat het derhalve consistent is om bij een berekening die per datum ongeval kapitaliseert, elke kennis daterend van na de kapitalisatiedatum buiten de deur te houden,<sup>12</sup> en, in het verlengde van dit laatste, dat er bij kapitalisatie met een peildatum in het verleden diverse rekenkundige complicaties ontstaan en elementen van concrete en abstracte schadevergoeding door elkaar heen lopen.<sup>13</sup>

Laatstgenoemd bezwaar wordt met onderhavige uitspraak goed geïllustreerd. Teneinde de kapitalisatieberekening zo actueel mogelijk te houden, acht de Hoge Raad de rechter 'vrij' de sterftেকanscorrectie over de reeds voorbijgane jaren niet in de kapitalisatieberekening te verdisconteren. Indien de kapitalisatieberekening wordt beschouwd als een berekening met een deels concreet en een deels abstract karakter, dan wordt het wezen van deze berekening mijns inziens aangetast indien de sterftেকanscorrectie als abstracte factor (gedeeltelijk) buiten beschouwing wordt gelaten. In een consequente benadering zou dan bijvoorbeeld ook geen rendementscorrectie over de achterliggende schade mogen plaatsvinden nu vaststaat dat er over de voorbijgane jaren (waarin het slachtoffer immers niet de beschikking over de schadevergoeding had) geen rendement is gemaakt. De diverse abstracte factoren, waarvan de sterftেকans er gewoonlijk een van is, houden de kapitalisatieberekening als het ware in evenwicht. Voorts betekent het feit dat P. op het moment van de schadebegroting nog in leven was, niet dat op de peildatum (1 januari 1986) voor P. geen sterftেকans heeft bestaan.<sup>14</sup>

Uit onderhavige uitspraak lijkt te volgen dat de rechter vrij is bij de keuze van de begrotingsmethode, ook in geval de schade concreet kan worden berekend. Kapitalisatie als methode voor de begroting van toekomstige schade mag immers ook worden toegepast voor de begroting van reeds geleden schade, in een geval waarin de jaarlijkse schade vaststaat (in onderhavige zaak stonden de jaarlijkse schadebedragen vanaf 1986 al in 1992 tussen partijen vast) en de totale achterliggende schade dus concreet zou kunnen worden berekend. Een dergelijke vergaande vrijheid verdraagt zich mijns inziens slecht met het door de wetgever voorgestane systeem van schadebegroting waarbij schade in beginsel concreet wordt berekend en pas wordt geschat indien zij niet nauwkeurig is vast te stellen.

Een verklaring voor de mogelijkheid van het kiezen van een peildatum (ver) vóór datum uitspraak, is wellicht de wens de

12. D.J. ten Boom, Weet wat u meet, Rekenkundige kanttekeningen bij HR 11 juli 2003, TVP 2004-3, p. 89.

13. H. Bakker, A. van Ooijen en M.J. Neeser, a.w., p. 170.

14. Vgl. A-G mr. Wuisman in zijn conclusie (onder 3.7) vóór onderhavig arrest.

negatieve effecten van de bepaling van art. 1286 lid 3 BW (oud) te beperken.<sup>15</sup> Deze bepaling vereist voor het verschuldigd worden van wettelijke rente een aanmaning tot betaling na het opeisbaar worden van de vordering, met mededeling dat, in geval van verdere vertraging, aanspraak wordt gemaakt op wettelijke rente vanaf de dag waartegen is aangemaand. Wat betreft periodiek verschijnende schadebedragen, moest derhalve telkens na het opeisbaar worden van de vordering worden aangemaand, bij gebreke waarvan wettelijke rente werd misgelopen. Indien de schade echter wordt gekapitaliseerd op een bedrag ineens, kan, zo volgt uit genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 2003, achteraf gezien worden volstaan met een eenmalige aanmaning. Het verzuim herhaald aan te manen, leidt dan niet tot het mislopen van wettelijke rente. Ook in onderhavige zaak werd de vraag naar de verschuldigdheid van wettelijke rente ingevolge art. 182 Ow BW nog beheerst door art. 1286 BW (oud). Waar P. de wettelijke rente slechts eenmalig tegen 9 december 1986 had aangezegd en haar schade bestaat uit jaarlijks terugkerende extra uitgaven, kon de wettelijke rente over de periode 1987-1992, bij gebreke van herhaalde aanmaningen, slechts worden toegewezen indien de schade werd begroot op een gekapitaliseerd bedrag ineens. Dat de rechtbank zich hier niet van bewust is geweest, blijkt uit de toewijzing van de wettelijke rente over de concrete jaarlijkse schade tot 1 januari 1997. Indien de uitspraak van de Hoge Raad wordt 'verklaard' in het licht van de wettelijke renteproblematiek onder art. 1286 BW (oud), lijkt de vrijheid van de rechter niet meer dan een 'toverformule' om het mislopen van wettelijke rente te vermijden. Dit idee wordt versterkt doordat de Hoge Raad wat betreft de uitvoering van de kapitalisatieberekening niet het accent legt op de vrijheid van de rechter, maar juist het uitgangspunt benadrukt dat zo veel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te worden begroot.

Waar het aanspraak maken op wettelijke rente onder NBW niet meer behoeft te worden aangezegd, meen ik dat aan de vrijheid van de rechter schade te kapitaliseren per een peildatum (ver) vóór datum uitspraak, naar huidig recht slechts een beperkte betekenis zou mogen toekomen, in die zin dat de rechter van die begrotingsmethode pas gebruik mag maken indien de schade over het verleden naar zijn oordeel niet concreet kan worden berekend. Dit verdraagt zich beter met het wettelijk systeem en vermijdt juridisch-technische complicaties bij de uitvoering van de kapitalisatieberekening.

Mr. C.E.C.J. Ponsioen,  
gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden<sup>16</sup>

15. In dezelfde zin A-G mr. Wuisman in zijn conclusie (onder 2.7) vóór onderhavig arrest. Vgl. voorts R.Ph. Elzas, a.w., nrs. 3070-31 t/m 33.

16. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.