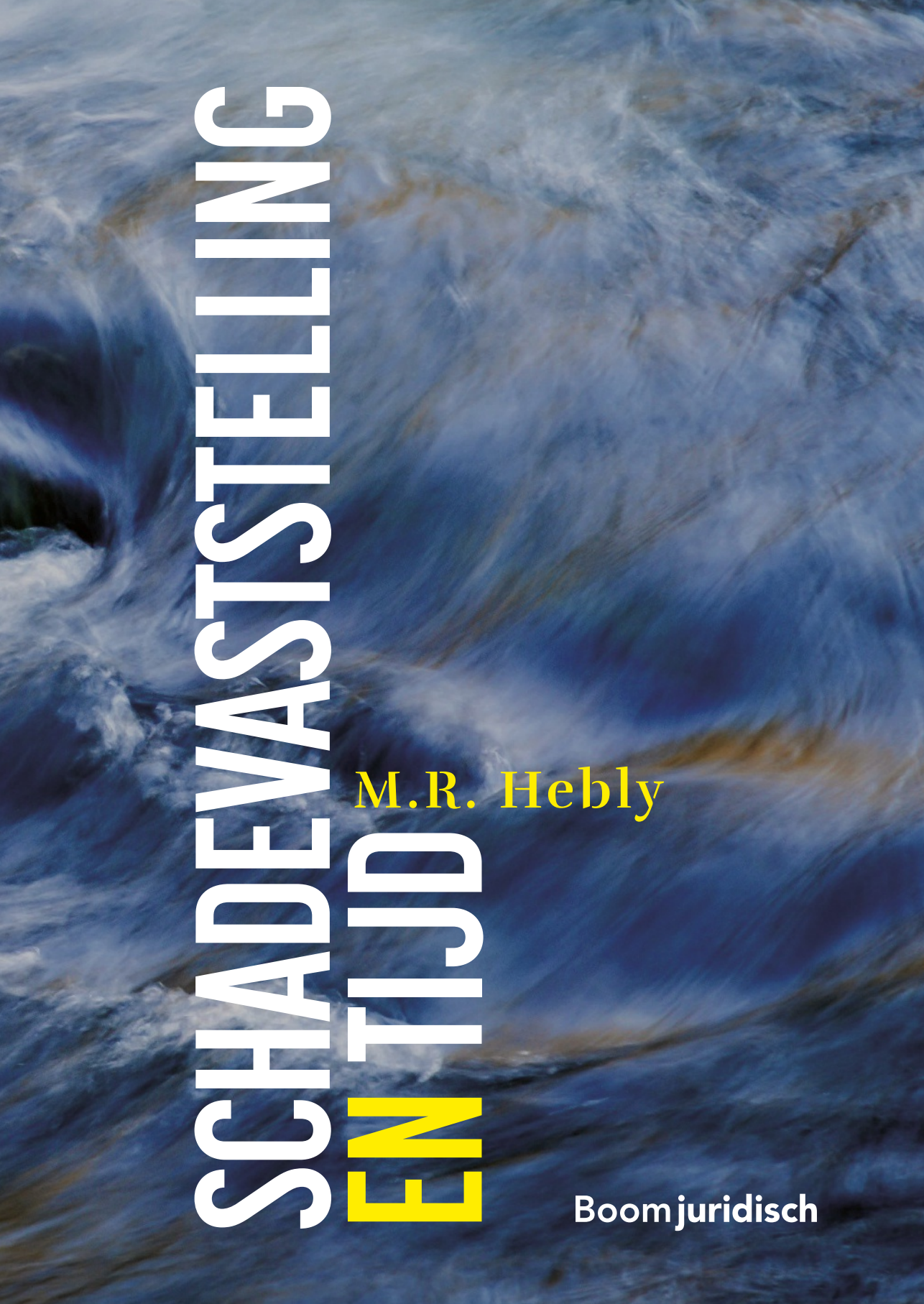




SCHADEVASTELLING EN TIJD

M.R. Hebly

Boom juridisch

Schadevergoeding strekt ertoe de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Vergoeding van schade vergt daarom vroeg of laat een oordeel omtrent de vraag in hoeverre schade is geleden. De gebeurtenis kan evenwel oorzaak zijn van allerlei feitelijke ontwikkelingen die zich gaandeweg ontvouwen met het verstrijken van de tijd.

Dit boek handelt over de rol van de factor tijd bij vaststelling van schade, en gaat in op een aantal kernvragen: met welke feiten en omstandigheden moet de rechter rekening houden bij de vaststelling van schade, welk moment heeft voor zijn oordeel als beslissend te gelden, en hoe verhoudt een en ander zich tot andere leerstukken van schadevergoedingsrecht?

Dit boek bevat een analyse van het tijdselement in het schadevergoedingsrecht op beginsel- en begripsmatig niveau, gevolgd door een reeks deelstudies op vijf belangrijke deelterreinen: zaakschade, personen-schade, winstderving, beleggingsschade en schade door rechtmatige overheidsdaad. Dit onderzoek beoogt bij te dragen aan een grondiger begrip van het schadevergoedingsrecht en praktische inzichten te bieden voor hen die te maken krijgen met juridische vraagstukken van schade.

ISBN 978-94-6290-672-3



9 789462 906723 >

Boomjuridisch

Schadevaststelling en tijd

SCHADEVASTSTELLING EN TIJD

Damage Assessment and Time

Marnix Hebly

Boom juridisch
Den Haag
2019

Opmaak omslag en binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2019 M.R. Hebly | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-672-3

ISBN 978-94-6274-536-0 (e-book)

www.boomjuridisch.nl

‘De tijd is een rivier van al het gebeurende, een onstuimige stroom. Want nauwelijks is iets in zicht gekomen of het is reeds voorbijgesleurd; iets anders komt aangedreven, maar ook dit zal spoedig verdwijnen.’

Marcus Aurelius

WOORD VOORAF

‘Je moet fijn zaad gebruiken. Want als het opkomt, mag niemand weten wat het is. Je moet dat ook de anderen niet zeggen. Het beste is, dat je het ook zelf niet weet. Je giet en sproeit maar en verder laat je de zon haar werk doen. En als ’t er dan eindelijk lekker bijstaat, is het tijd voor de promotie.’

Godfried Bomans

Woorden van waardering en dank verdienen een plaats voorin dit boek. Siewert en Harriët, een proefschrift schrijven onder jullie deskundige begeleiding is een voorrecht. Ik dank jullie voor de inspirerende en leerzame begeleiding, en ik ben verheugd dat we onze samenwerking na dit proefschrift voortzetten. Woorden van dank komen ook toe aan de leden van de promotiecommissie: Ton Hartlief, Martijn Scheltema en Louis Visscher voor de kostbare tijd die zij hebben vrijgemaakt om mijn manuscript te beoordelen en Jeroen Kortmann, Eric Tjong Tjin Tai en Peter van der Zanden voor hun zittingname in de grote commissie.

Dank ben ik voorts verschuldigd aan Peter van der Zanden, Wim Veerman, Guido Royackers, Peter Hoitink, Arjen Sparrius, Oscar Coonen en Jacques Sluysmans voor hun gastvrijheid en hun bereidheid mij uitleg te geven over hun expertisegebieden en hun praktijk. Ik heb onze gesprekken ervaren als leerzaam en inspirerend.

Dank en waardering gaan uit naar mijn (oud)collega's, in het bijzonder die van de sectie Burgerlijk recht: jullie aandeel in mijn dagelijks werkplezier is groot. Ik dank ook mijn trouwe paranimfen August de Hoogh en René Hebly. Lieve familie en vrienden: dank voor jullie gezelligheid en steun de afgelopen jaren. Charlotte, jou tegenkomen tijdens een van mijn vele treinreizen van en naar Rotterdam is het beste wat me kon overkomen. Dank voor jouw liefde, humor en geduld.

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	15
1.1	Introductie	15
1.2	Doel en onderzoeksvraag	17
1.3	Werkwijze	18
1.3.1	Opbouw van het boek	18
1.3.2	Internjuridische benadering	19
1.3.3	Verbreedende bestudering	20
1.3.4	Literatuur en rechtspraak	22
1.3.5	Afbakening	22
1.3.6	Voorstudie: preadvies	23
1.4	Situering	23
DEEL A SCHADEVERGOEDING EN TIJD – ALGEMEEN		27
2	Doel en beginselen van schadevergoedingsrecht	29
2.1	Inleidende opmerkingen	29
2.2	Doel van schadevergoeding	29
2.3	Beginselen van schadevergoedingsrecht	30
2.3.1	Volledigheidsbeginsel	30
2.3.2	Toerekeningsbeginsel	34
2.3.3	Doelmatigheidsbeginsel	35
2.3.4	Nominaliteitsbeginsel	36
2.3.5	Slachtofferbescherming	39
2.4	Slot	40
3	Het begrip schade	41
3.1	Inleidende opmerkingen	41
3.2	Schade als rechtsbegrip	41
3.2.1	Een complex begrip	41
3.2.2	Feitelijk-natuurlijk of juridisch-normatief?	43
3.2.3	Taakverdeling feitenrechter en cassatierechter	44
3.3	Structurele elementen	45
3.3.1	Schadestructuur en schadeobject	45
3.3.2	Het causale element	47
3.3.3	Het vergelijkingselement	49
3.3.4	Het hypothetische element	50

3.3.5	Het waarderingsselement	51
3.3.6	Het tijdselement	52
3.4	Vermogensschade en ander nadeel	57
3.4.1	Een tweesporig schadebegrip	57
3.4.2	Vermogensschade	58
3.4.3	Ander nadeel dan vermogensschade	59
3.5	Slot	60
4	Begroting van schade	61
4.1	Inleidende opmerkingen	61
4.2	De kernbepaling: merkwaardigerwijs inhoudsloos?	61
4.3	Concrete en abstracte schadebegroting	64
4.3.1	Concrete schadebegroting als uitgangspunt	64
4.3.2	Abstraheren: een kwestie van begroting?	65
4.3.3	Technische en strategische ficties	67
4.4	Het moment waarnaar schade wordt begroot	69
4.4.1	Begroting naar het schademoment	69
4.4.2	Vaststelling omvang vergoedingsplicht naar tijdstip uitspraak	71
4.4.3	Begrotingsmoment: rechtsvergelijking	73
4.5	Toekomstige schade	80
4.5.1	Nog niet ingetreden schade	80
4.5.2	Uitstel of begroting bij voorbaat	82
4.5.3	Bedrag ineens	85
4.5.4	Periodieke uitkering	88
4.5.5	Toekomstige schade en wettelijke rente	92
4.6	Slot	100
5	Toerekening van schade	103
5.1	Inleiding	103
5.2	Het vereiste van voldoende (causaal) verband	104
5.2.1	Toerekening naar redelijkheid	104
5.2.2	Verwijderdheid van schade	104
5.2.3	Voorzienbaarheid van schade	106
5.3	Meervoudige causaliteit	108
5.3.1	Enkelvoudige en meervoudige causaliteit	108
5.3.2	Samenwerkende oorzaken	108
5.3.3	Gelijktijdig werkende oorzaken	110
5.4	Voordeelstoerekening	118
5.4.1	Voordeel naast schade	118
5.4.2	Voordeelsbegrip en voordeelsmoment	120
5.5	Eigen schuld en schadebeperkingsplicht	125
5.6	Slot	126

DEEL B DEELSTUDIES	129
6 Zaakschade	131
6.1 Inleidende opmerkingen	131
6.2 Zaaksbeschadiging	132
6.2.1 De waardevermindering als schade	132
6.2.2 Verminderde waarde ondanks herstel	137
6.2.3 Vergoedbaarheid objectieve herstelkosten zonder waardevermindering?	140
6.2.4 Herstelkosten overtreffen waardevermindering	144
6.2.5 Een keuzerecht voor de benadeelde?	147
6.3 Zaaksverlies	153
6.4 Waardevermindering zonder beschadiging	154
6.5 Zaaksbeschadiging zonder waardevermindering	160
6.5.1 Voor gebruik door het publiek bestemde zaken	160
6.5.2 Beschadiging van bomen	161
6.6 Slot	164
7 Personenschade	167
7.1 Inleidende opmerkingen	167
7.2 Verlies van arbeidsvermogen wegens letsel	168
7.2.1 Afbakening	168
7.2.2 Momentschade of duurschade	168
7.2.3 Schadebegroting langs twee lijnen	172
7.2.4 Van 'wat als?' naar 'wat nu?'	183
7.3 Derving van levensonderhoud wegens overlijden	191
7.3.1 Overlijdensschade	191
7.3.2 Derving van levensonderhoud	192
7.4 Ander nadeel dan vermogensschade	202
7.4.1 Persoonsaantasting	202
7.4.2 Momentschade of duurschade	203
7.4.3 Begrotingsmoment en wettelijke rente	205
7.4.4 Pleidooi voor begroting smartengeld naar tijdstip uitspraak	209
7.5 Slot	213
8 Winstderving en verlies van ondernemingswaarde	215
8.1 Inleidende opmerkingen	215
8.2 Rechtspersoon en onderneming	216
8.3 Winstderving	217
8.3.1 Winstderving in de ondernemingssfeer	217
8.3.2 'Concrete' vaststelling; steeds waarschijnlijkheidsberekening	218
8.3.3 Boekhoudkundige benadering	220
8.3.4 De hypothetische situatie zonder normschending	221
8.3.5 De situatie na de normschending	222
8.3.6 Voordeelstoerekening en schadebeperkingsplicht	225
8.3.7 Winstderving als duurschade	228

8.4	Verlies van ondernemingswaarde	229
8.4.1	Ondernemingswaardering; de DCF-methode	229
8.4.2	Schade bestaande in van verlies van ondernemingswaarde	232
8.5	Twee benaderingen: compromis of keuze?	242
8.5.1	'Hybride' benadering	242
8.5.2	Pleidooi voor een principiële keuze	246
8.6	Slot	248
9	Beleggingsschade	251
9.1	Inleidende opmerkingen	251
9.2	Koersgerelateerde schade vanwege misleiding op de beurs	252
9.2.1	Misleiding van beleggers	252
9.2.2	Transactiecausaliteit	253
9.2.3	Wettelijke rente	259
9.2.4	Eigen opvatting: focus op inhoudsbepaling van begrip schade	260
9.3	Schade door ondeugdelijk vermogensbeheer	263
9.3.1	Individueel vermogensbeheer	263
9.3.2	Vergelijking over de schadeperiode; peildatum en wettelijke rente	263
9.3.3	Nadere analyse vanuit tijdsperspectief	266
9.4	Schade in verband met effectenleaseproducten	268
9.4.1	Beleggen met geleend geld; schending zorgplicht	268
9.4.2	De schade van de afnemer	268
9.4.3	De tijdspuzzel: schade, voordeel en wettelijke rente	270
9.5	Slot	272
10	Rechtmatige overheidsdaad: onteigening en planschade	275
10.1	Inleidende opmerkingen	275
10.2	Schadevergoeding in verband met onteigening	277
10.2.1	Volledige schadevergoeding	277
10.2.2	Schadevaststelling per peildatum	278
10.2.3	Relativering peildatumfixatie	281
10.2.4	Gebeurtenissen na terinzagelegging	283
10.2.5	Kapitalisatie bijkomende schade	285
10.2.6	Verrekening van rente over vrijkomend kapitaal	286
10.2.7	Rente over de schadevergoeding	288
10.3	Vergoeding van planschade	291
10.3.1	Nadelige wijzigingen van het planologische regime	291
10.3.2	Directe en indirecte planschade	293
10.3.3	De peildatum in het planschaderecht	293
10.3.4	Schade voor rekening van aanvrager	296
10.3.5	Planologische schaduwschade	297
10.3.6	Omgevingswet: verschuiving schademoment?	298
10.4	Slot	302

DEEL C BESLUIT	305
11 Slotbeschouwing	307
11.1 Het onderzoek	307
11.2 Een logisch-chronologische ordening	307
11.3 Vertroebeling	310
11.3.1 Vertroebeling van het kader	310
11.3.2 De 'abstracte' schadevaststelling	311
11.3.3 Kapitalisatie van toekomstige schade naar een peildatum in het verleden	312
11.3.4 Smartengeld en wettelijke rente	313
11.3.5 Schadevaststelling en voordeelstoerekening	314
11.3.6 Behoeftegerichte schadevergoeding bij letsel	315
12 Samenvatting	317
13 Summary	323
Literatuur	329
Jurisprudentie	351
Curriculum vitae	357
Publicaties	359

1.1 INTRODUCTIE

Een centraal onderdeel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht betreft de vaststelling van schade, oftewel de beantwoording van de vraag of de benadeelde rechte relevantie schade lijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is en zo ja, hoe groot die schade is. In de regel strekt schadevergoeding er immers toe de benadeelde zoveel mogelijk feitelijk en ten minste financieel in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de gebeurtenis waaruit zijn aanspraak op schadevergoeding voortspuit niet had plaatsgevonden. Vergoeding van schade vergt daarom vroeg of laat een vaststaand oordeel dat schade is geleden, en wel van een bepaalde omvang. Een normschending kan evenwel de oorzaak zijn van allerlei feitelijke ontwikkelingen die zich gaandeweg, met het verstrijken van de tijd, ontfouwen. Tot het tijdstip waarop de rechter over de omvang van de verbintenis tot schadevergoeding oordeelt – en in voorkomende gevallen ook daarna – kunnen zich allerlei feiten en omstandigheden voordoen die nader inzicht geven in de feitelijke gevolgen van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

De definitie die Mommsen reeds in 1855 aan het begrip schade geeft, vormt tot op heden de belangrijkste theoretische basis voor het juridische denken in termen van schade.¹ Volgens de door hem geformuleerde verschiltheorie (*Differenzhypothese*) moet onder schade ('*Interesse*') worden verstaan:

'(...) die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.'

Schade wordt vastgesteld door uit te gaan van een verschil tussen twee situaties: de situatie met en de (hypothetische) situatie zonder de gebeurtenis die als oorzaak in beeld is. Daarmee is evenwel nog niets gezegd over het moment *waarnaar* die vergelijking zou moeten worden gemaakt. Mommsen erkent dit waar hij direct vervolgt:

'Die Zeit, nach welcher diese Differenz berechnet wird, kann verschieden sein, und in der That war dieselbe im römischen Recht sehr verschieden bestimmt. Heutzutage gilt jedoch allgemein die Regel, daß die Zeit des Urtheils, d.h. die Zeit, zu welcher die Berechnung des Interesse vorgenommen wird, zu Grunde zu legen ist.'²

1. Zie onder meer Bloembergen 1965, nr. 13, Lindenbergh 2014, nr. 46, De Jong 2010, p. 41, Toxopeus-De Vries 2017, p. 250 en Tjong Tjin Tai 2018, p. 32.
2. Mommsen 1855, p. 3.

Daarmee indiceert de vroege schadetheorie dat bij de vaststelling van schade moet worden uitgegaan van een zeker peilmoment (*'einem gegebenen Zeitpunkt'*), dat niet *a priori* vastligt. De verschiltheorie behelst als zodanig vooral een *methode* en geeft geen sluitend antwoord op de vraag welke feiten en omstandigheden bij de beoordeling moeten worden betrokken, een vraag die in belangrijke mate samenhangt met het moment dat voor de schadevaststelling als beslissend heeft te gelden.

De hierboven wat abstract geduide thematiek laat zich illustreren aan de hand van meer concrete rechtsvragen. Ik schets er hier een paar.

- Wanneer een zaak herstelbaar beschadigd raakt, bestaat het te vergoeden nadeel van de eigenaar dan in de onmiddellijke achteruitgang in economische waarde van de zaak of in de eventuele, op een later moment te maken kosten vanwege herstel? En als een vermindering van de economische waarde van een zaak als zodanig vergoedbare schade vormt, naar welk moment moet deze dan worden vastgesteld ingeval de waardevermindering niet uit een beschadiging voortvloeit?
- Kan een ongevalsslachtoffer dat jarenlang procedeert over een letselschadevergoeding na verloop van tijd worden tegengeworpen dat zijn inkomensschade geringer is dan aanvankelijk verwacht, wanneer zich lopende de procedure een economische crisis voordoet die – het ongeval weggedacht – waarschijnlijk ook zijn inkomenspositie zou hebben geraakt? Als de rechter in een personenschadezaak een bedrag aan smartengeld begroot, naar welke maatstaven moet hij dat doen: richt hij zich bij de gevalsvergelijking naar het smartengeldniveau zoals dat gold ten tijde van het ongeval, of moet hij uitgaan van de actueler maatstaven ten tijde van zijn uitspraak? En heeft het slachtoffer in beide gevallen aanspraak op wettelijke rente per datum ongeval?
- Heeft de ondernemer die als gevolg van een onrechtmatige daad of wanprestatie van een ander winst misloopt onmiddellijk aanspraak op vergoeding van de verminderde economische waarde van zijn onderneming, te bepalen aan de hand van de verloren gegane vooruitzichten ten tijde van de normschending (*ex ante*)? Of moet zijn gederfde winst van periode tot periode worden vastgesteld, waarbij in beginsel zowel algemene als bedrijfsspecifieke feiten en omstandigheden meewegen die zich na de normschending voordoen (*ex post*)?
- Wanneer lijdt een belegger, die tegen een (aan misleidende berichtgeving op de beurs toe te schrijven) onzuiver hoge koers effecten heeft gekocht, schade in juridische zin? Naar welk moment moet worden vastgesteld in hoeverre een belegger schade lijdt wanneer zijn vermogen als gevolg van onzorgvuldig vermogensbeheerder wordt geïnvesteerd in meer risicovolle beleggingen dan passend zou zijn bij zijn risicoprofiel?
- Is bij de vaststelling van de schadeloosstelling wegens onteigening van bedrijfsgrond relevant dat een onteigende enkele dagen na de onteigening 'kosteloos' een vervangend bedrijfsterrein heeft gevonden? Of heeft de onteigende ook in dat

geval aanspraak op vergoeding van makelaarskosten die op het moment van de onteigening mochten worden verwacht? Heeft de eigenaar van een stuk grond dat naar verwachting zal worden 'geraakt' door een toekomstige wijziging in het planologische regime aanspraak op vergoeding van de waardevermindering die zijn perceel reeds ondergaat, doordat de nog uit te werken bestemming zijn schaduw vooruit werpt?

Deze in de rechtspraktijk spelende vragen, die op het eerste oog zien op vrij uiteenlopende situaties, hebben gemeen dat zij zich concentreren rond de vraag met welke feiten en omstandigheden, optredend na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, bij de vaststelling van schade rekening moet worden gehouden. Een en ander hangt samen met de vraag welk moment voor de schadevaststelling als beslissend heeft te gelden en hoe de vaststelling van schade zich verhoudt tot andere leerstukken van schadevergoedingsrecht. Dit boek gaat over de rol van de factor tijd bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade en gaat in op deze en dergelijke vragen.

1.2 DOEL EN ONDERZOEKSVRAAG

De voorliggende studie is in de eerste plaats kennis- en inzichtgericht: doel is de opvulling van een zekere kennislacune voor zover het tijdsaspect van schadevaststelling in Nederland – in tegenstelling tot in sommige andere landen³ – niet eerder als afzonderlijk vraagstuk grondig is bestudeerd, laat staan tot onderwerp van een dissertatie is gemaakt. Het streven is op dit punt te komen tot een inventarisatie, beschrijving en analyse van het positieve Nederlandse schadevergoedingsrecht. Daarnaast wordt beoogd vanuit de gekozen invalshoek van de tijdsproblematiek een eigenstandige interpretatie te geven van het te bestuderen materiaal en – in het verlengde daarvan – aan de schadevergoedingsrechtelijke literatuur op dit punt een richtinggevende visie toe te voegen.

De vraagstelling die in dit onderzoek centraal staat luidt:

Wat is de rol van de factor tijd bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade?

In lijn met de doelstelling van het onderzoek wordt de onderzoeksvraag beantwoord in descriptieve, analytische en normatieve zin.

3. Zie voor Duitsland Goßler 1977 (110 p.), voor Zwitserland Chappius 2007 (443 p.) en voor Griekenland Saitakis 2016 (314 p.). Voorts zijn indrukwekkend de uitvoerige beschouwingen die de Belg Viaene in zijn dissertatie wijdt aan het tijdsaspect van het begrip schade, zie Viaene 1976.

1.3 WERKWIJZE

1.3.1 *Opbouw van het boek*

Dit boek vangt aan met een algemeen deel (Deel A) en vervolgt met een reeks deelstudies (Deel B). Met de keuze voor deze tweedeling is aansluiting gezocht bij de structuur van het schadevergoedingsrecht, dat wordt gekenmerkt door abstracte uitgangspunten, leerstukken en begrippen die nader gestalte krijgen op concrete deelterreinen. Deel A bevat een analyse van het tijdselement in het schadevergoedingsrecht op beginsel- en begripsmatig niveau. Deze analyse vangt aan met een kort hoofdstuk over doel en beginselen van schadevergoedingsrecht en wordt voortgezet aan de hand van een onderverdeling in drie gedachtenfasen die bij schadevergoedingskwesties van belang zijn en die in afzonderlijke hoofdstukken worden behandeld: de kwalificatiefase (het begrip schade), de kwantificatiefase (begroting van schade) en de toerekeningsfase (toerekening van schade).

In Deel B vervolgt het onderzoek met een aantal variaties op de tijdsthematiek: in een reeks deelstudies wordt het tijdsaspect van schade geanalyseerd zoals zich dat voordoet op vijf belangrijke deelterreinen van schadevergoedingsrecht, te weten zaakschade, personenschade, winstderving, beleggingsschade en schade door rechtmatige overheidsdaad. Deze deelgebieden zijn in de studie opgenomen na een verkennende inventarisatie waaruit is gebleken dat de tijdsproblematiek op deze deelterreinen op uiteenlopende wijze zichtbaar wordt. De gekozen terreinen liggen overigens meer in het algemeen voor de hand als toetsstenen voor de gedachtenvorming: zij vormen prototypische categorieën in het denken over schade en schadevergoeding, die zich tot op zekere hoogte autonoom van elkaar ontwikkelen. Dat valt vooral hieraan toe te schrijven, dat de schadebron telkens van een iets andere aard is, waardoor per deelteerein eigensoortige vragen rijzen. De deelstudies zijn daarom ondergebracht in afzonderlijke hoofdstukken, die ieder in het teken staan van de vraag hoe op het betreffende deelteerein de factor tijd een rol speelt bij de vaststelling van schade. De aandacht gaat dus vooral uit naar specifieke tijdgerelateerde rechtsvragen die zich op de geselecteerde terreinen voordoen.

In dit onderzoek wordt van het schadevergoedingsrecht aldus een zekere doorsnede gemaakt, gericht vanuit de gekozen invalshoek: de rol van de factor tijd. Het onderscheid tussen de delen A en B faciliteert daarbij een gedachtenvorming op twee niveaus, maar wordt niet steeds strikt gehandhaafd. De in Deel A te behandelen uitgangspunten, begrippen en leerstukken worden nu eenmaal het best inzichtelijk gemaakt aan de hand van concrete voorbeelden die in Deel B uitvoerig aan de orde komen. Omgekeerd zijn de in Deel B te behandelen problemen niet los te zien van de algemene uitgangspunten, begrippen en leerstukken die in Deel A worden geanalyseerd. Gegeven de tweelagige opbouw van het boek zal dus hier en daar sprake zijn van een lichte dubbeling tussen de delen A en B; regelmatig wordt volstaan met een dwarsverwijzing.

Deel A en Deel B monden uit in een slotbeschouwing (Deel C) waarin de voornaamste bevindingen worden samengebracht en een aantal meer algemene conclusies wordt getrokken.

1.3.2 *Internjuridische benadering*

Deze studie kan worden geschaard onder de praktische rechtswetenschap. Daarmee wordt hier bedoeld dat de blik waarmee het onderwerp wordt bestudeerd is gericht op de juridische actualiteit en realiteit: het vraagstuk wordt opgevat als betrekking hebbend op het positieve, in Nederland als geldend erkende schadevergoedingsrecht. Daarmee hangt samen dat het onderzoek primair wordt verricht aan de hand van een 'internjuridische' benadering, oftewel dat 'binnen' de kaders van het geldende recht wordt gezocht naar de oplossing voor een (kennis)probleem.⁴ Aan de keuze voor het internjuridische perspectief zijn – minstens – twee belangrijke consequenties verbonden, die ik kort belicht.

De eerste consequentie is dat het positieve recht zelf een begrippenkader en een systematiek aanreikt waaraan ik mij deels gebonden zie. Recht bestaat deels in begripsvorming, en in het recht als structuur van regels ligt reeds een zekere theorie besloten. Om tot kennis van de inhoud van geldend recht te komen, lijkt daarom de aangewezen weg het recht 'van binnen uit' te bestuderen door zich te verplaatsen 'in de geest van het recht'.⁵ Voor het voorliggende onderzoek betekent dit dat wordt gewerkt met het begrippenkader dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht zelf aanreikt – of wellicht beter: waarin dat recht ligt vevat – en met de argumentatie- en interpretatiemethoden die in de rechterlijke praktijk plegen te worden gehanteerd. Daarmee komen op het terrein van het gemene schadevergoedingsrecht min of meer vanzelfsprekend wetgeving en jurisprudentie – in het bijzonder die van de Hoge Raad – als belangrijkste rechtsbronnen in beeld, alsmede de daarop betrekking hebbende rechtsliteratuur, waarvan dit boek op zijn beurt ook weer deel zal uitmaken.

In het verlengde daarvan ligt de tweede consequentie, namelijk dat de positiefrechtelijke onderzoeker in zekere zin participeert in het recht dat hij bestudeert, zij het op een eigen wijze: hij 'produceert' weliswaar niet recht op een manier zoals wetgever en rechter dat doen, maar draagt niettemin op indirecte wijze bij aan de vorming van recht. In de woorden van Scholten:

'Interpretatie van het recht is altijd meer dan verklaring van het gegevene alleen, ze is altijd vorming van iets nieuws tegelijk, altijd meer dan interpretatie. (...) Het materiaal, dat de rechtswetenschap wordt voorgezet, verandert onder haar handen. De wetenschap die ernaar streeft het recht te kennen, vormt mede nieuw recht.'⁶

4. Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014, nr. 8.

5. Visser 't Hooft 1988, p. 45.

6. Scholten 1945, p. 37.

Ik beschouw dit als de kern van de positieve rechtswetenschap. Dat de wetenschappelijke bestudering van recht zo dicht raakt aan de vorming daarvan, betekent dat ook achter de meer 'neutrale' inventarisatie, beschrijving en analyse van recht veelal 'rechtsvormende' arbeid van de onderzoeker schuilgaat, al was deze alleen maar gelegen in de gekozen bewoordingen of blootgelegde verbanden. De rechtswetenschapper kan er bovendien *welbewust* voor kiezen een meer geïnvolveerde en belangstellende positie in te nemen, in het bijzonder door stellingen te betrekken of een nieuwe visie te ontwikkelen. De gedachte dat rechtswetenschap aldus een bijdrage kan leveren aan de vorming en ontwikkeling van recht is voor mij een belangrijke drijfveer geweest om deze studie aan te vatten. Hoopgevend en aanmoedigend zijn dan ook de woorden van Nieuwenhuis:

'Het Nederlands rechtsgeleerd proefschrift is in één opzicht uniek. Nergens ter wereld speelt het proefschrift een zo vooraanstaande rol in het juridisch debat.'⁷

Zoals gezegd, wordt de centrale vraag in dit onderzoek – wat is de rol van de factor tijd bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade? – opgevat in descriptieve, analytische en normatieve zin. Uit dat laatste volgt dat in dit proefschrift met regelmaat stelling wordt ingenomen ter verrijking van het juridisch-wetenschappelijke debat.

1.3.3 *Verbredende bestudering*

1.3.3.1 *Blik op omringende rechtsstelsels*

Hoewel de onderzoeksvraag in dit onderzoek zo wordt opgevat dat zij betrekking heeft op het positieve, in Nederland als geldend erkende recht – een uitvoerige rechtswetenschappelijke studie naar de rol van tijd bij de vaststelling van schade ontbreekt immers hier te lande – is de thematiek in drie opzichten verbredend bestudeerd, of is althans een aantal 'hulpmiddelen' aangewend ter ondersteuning van de analyse.

Ten eerste is gebruik gemaakt van kennis met betrekking tot andere rechtsstelsels, in het bijzonder het Belgische, Franse, Duitse en Engelse recht. Uit een verkenning van de literatuur met betrekking tot de genoemde rechtsstelsels is gebleken dat daar – althans op beginselniveau – meer aandacht is gevestigd op het tijdsaspect respectievelijk beoordelingsmoment van schade, reden waarom deze rechtsstelsels in paragraaf 4.4.3 op dat punt afzonderlijk worden behandeld. In deze studie is geen sprake van een doorlopende rechtsvergelijking; het onderzoek is immers niet gericht op de beantwoording van rechtsvergelijkende vragen, laat staan op harmonisatie van (Europese) rechtsstelsels. Kennis met betrekking tot andere rechtsstelsels dient in deze studie louter ter inspiratie en als hulpmiddel ter doorgronding van de problematiek naar eigen recht. Dat het oog voornamelijk is gevallen op het Belgische, Franse, Duitse en Engelse recht hangt vooral hiermee samen dat die stelsels theoretisch en/of praktisch bij het Nederlandse 'in de buurt' liggen: theoretisch waar bij de vormgeving en bestu-

7. Nieuwenhuis 2009, p. 48.

dering van het Nederlandse schadevergoedingsrecht uit deze rechtsstelsels royaal is geput⁸, en praktisch vanwege mate waarin de rechtsbronnen en literatuur voor mij beschikbaar en leesbaar zijn.

1.3.3.2 *Interne rechtsvergelijking*

Ten tweede is de selectie van deelterreinen waarop de analyse is uitgevoerd niet beperkt gebleven tot een bepaald internrechtelijk rechtsdomein. Zo zijn niet alleen typisch privaatrechtelijke categorieën in het onderzoek betrokken, zoals zaaksbeschadiging en personenschade, maar komen ook figuren uit de sfeer van de rechtmatige overheidsdaad aan bod, te weten schadeloosstelling wegens onteigening en plan-schadevergoeding (hoofdstuk 10). Voor zover de geselecteerde deelterreinen grotendeels afzonderlijk van elkaar plegen te worden bestudeerd, en het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht niet wordt gerekend tot het gemene schadevergoedingsrecht zoals neergelegd in afdeling 6.1.10 BW, wordt in zoverre 'over grenzen heengekeken' en kent de analyse een intern rechtsvergelijkende component.⁹ Hoewel het civielrechtelijke perspectief in dit onderzoek leidend is, kan ook uit het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht lering worden getrokken ten aanzien van de tijdsproblematiek van schade. De grenslijn tussen civiel recht en bestuursrecht is wat betreft schadevergoeding uiteindelijk niet zo scherp te trekken. De bestuursrechter is immers geneigd aansluiting te zoeken bij de in afdeling 6.1.10 BW neergelegde regels van schadevergoedingsrecht, en past in zoverre dus ook algemene regels van schadevergoedingsrecht toe.¹⁰ En het onteigeningsrecht draagt een hybride karakter, gesitueerd tussen het administratieve en het civiele recht.¹¹

1.3.3.3 *Grensvlak van recht en economie*

Ten derde begeeft dit onderzoek zich op een grensvlak van recht, (bedrijfs)economie en accountancy. Dat maakt dat het onderzoek een multidisciplinair karakter draagt, in zoverre dat (bedrijfs)economie en accountancy worden benut als hulpwetenschappen om beter vat te krijgen op het begrip schade, of althans op een debat omtrent de inhoud daarvan. Ook binnen die disciplines houdt men zich bezig met vragen van waardering van schade. Bloembergen onderstreept dat in dit verband het recht uiteindelijk leidend blijft:

'Bij de vermogensschade gaat het steeds of vrijwel steeds om nadelen aan goederen die in het economische verkeer een rol spelen. Het begrip schade is ten nauwste verweven met dat verkeer. Bovendien moeten de nadelen op geld worden gewaardeerd, omdat de schadevergoeding doorgaans in geld wordt voldaan. Daarom ligt het voor de hand, dat de economie, de wetenschap die zich bij uitstek bezig houdt met de bestudering van het economische verkeer en waarin kwantificering in geld een voorname plaats inneemt, hulpmiddel kan zijn bij de invulling van het begrip schade. Daarbij zal overigens het recht en niet de economie het laatste woord hebben.'¹²

8. Lindenberg 2014, nr. 20.

9. Vranken 1995, p. 401.

10. Lindenberg 2014, nr. 27.

11. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 51.

12. Bloembergen 1982, nr. 24.

In het bijzonder in hoofdstuk 8, waarin de problematiek van de winstderving in de ondernemingssfeer centraal staat, wordt mede gebruik gemaakt van (veelal Engelstalige) literatuur met betrekking tot (bedrijfs)economie, (bedrijfs)waardering en accounting.

1.3.4 *Literatuur en rechtspraak*

Voor het onderzoek is voornamelijk gebruik gemaakt van rechtspraak – in het bijzonder die van de Hoge Raad – en van de rechtsliteratuur over het schadevergoedingsrecht. Omdat deze studie niet als doel heeft een specifiek leerstuk of domein ten gronde te onderzoeken maar juist een brede doorsnede van het schadevergoedingsrecht beoogt (gericht vanuit het perspectief van de tijd als relevante factor), is er niet naar gestreefd ten aanzien van ieder aangeroerd thema volledig te zijn wat betreft verwijzingen naar daarop betrekking hebbende rechtspraak en literatuur. In de voetnoten wordt dus verwezen naar de bronnen die daadwerkelijk zijn geraadpleegd en die mij bij het schrijven van de betreffende passages van nut zijn geweest. Wel is gestreefd naar volledigheid met betrekking tot (hogere) rechtspraak en literatuur waarin het tijdsaspect, zoals centraal gesteld in dit boek, te herkennen is.

1.3.5 *Afbakening*

Met de beschrijving van de opbouw van dit boek, de toelichting op het internjuridische perspectief en de verantwoording van de verbredende bestudering zijn de belangrijkste bakens van deze studie uitgezet. Niettemin is het zinvol een aantal thema's te benoemen die door de gemaakte keuzes niet aan de orde komen. Er zijn immers allerlei onderwerpen te noemen die onder het bredere thema 'schadevergoeding en tijd' zijn onder te brengen maar die niet in deze studie zijn betrokken, zoals het leerstuk van de verjaring en – daaraan verbonden – de met tijdsverloop doorgaans afzwakkende bewijsposities van betrokken partijen. Ook kan worden gedacht aan de *duur* van de afwikkeling van schade in de praktijk, de effecten daarvan op betrokken partijen en de vraag welke initiatieven ter versoepeling en versnelling in dat verband zinvol zouden zijn, het probleem van *hindsight bias* bij de vaststelling van zorgvuldigheidsnormen zoals die golden in het verleden¹³ en de vraag in hoeverre bestede, verloren, of eenvoudigweg verlopen *tijd als zodanig* als schade voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁴ Deze onderwerpen vallen niet binnen de reikwijdte van dit onderzoek, omdat aan die thema's steeds een andersoortige problematiek ten grondslag ligt die (te ver) buiten de centrale vraagstelling valt: het draait in dit onderzoek om de rol van de factor tijd bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade.

De studie is voorts beperkt tot *wettelijke* verplichtingen tot schadevergoeding, die worden beheerst door afdeling 6.1.10 BW. Daarmee vallen verbintenissen tot schadevergoeding die rechtstreeks berusten op een rechtshandeling, zoals een verzekerings-

13. Daarover Van Boom & Barendrecht 2000.

14. Zie over dat laatste onder meer Lindenbergh 2006 en Visscher 2012.

overeenkomst, een boetebeding of een garantie, buiten de boot, hoewel op zichzelf denkbaar is dat ook bij dergelijke aanspraken de tijdsfactor een complicerende rol kan spelen bij de vaststelling van de omvang van de aanspraak.

1.3.6 Voorstudie: preadvies

Het promotieonderzoek waarvan dit boek de neerslag vormt heeft in een eerder stadium geleid tot een (gezamenlijke) publicatie, te weten het preadvies *Schadebegroting en tijdsverloop* (2016) voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.¹⁵ Jocqué nam vanuit een vergelijkbaar perspectief het Belgische recht voor zijn rekening, zoals te doen gebruikelijk binnen die vereniging.¹⁶ Vruchtbare discussies vonden plaats tijdens de verdediging in Leiden op 25 en 26 november 2016. Het schrijven van het preadvies maakte onderdeel uit van het verrichte promotieonderzoek en kan ten opzichte van dit proefschrift worden beschouwd als een verkennende voorstudie, waarvan het werk weliswaar voor het grootste deel in mijn handen heeft gelegen, maar dat plaatsvond onder begeleiding van Lindenbergh, die als coauteur en medepreadviseur vermelding verdient.

Het preadvies onderscheidt zich van dit boek in omvang en diepgang alsook in structuur en geselecteerde deelonderwerpen. Het thema wijkt in essentie niet af: het preadvies laat in een rondgang langs diverse schadevergoedingsrechtelijke figuren zien hoe het verstrijken van tijd van invloed is op het schade(vergoedings)debat en welke (rechts)vragen in dat verband zoal spelen. Daarbij wordt het analytische onderscheid gehanteerd tussen *ex ante* en *ex post* benaderingen van schade, en wordt in algemene zin in beeld gebracht hoe het antwoord op de vraag met welke feiten en omstandigheden rekening moet worden gehouden bij de schadevaststelling mede afhankelijk is van het te hanteren peilmoment. Sommige passages uit dit boek komen in sterke mate overeen met delen uit het preadvies: op bepaalde punten bestond – twee jaar later – gewoonweg geen aanleiding daarvan inhoudelijk of tekstueel af te wijken. Bij de desbetreffende passages wordt verwezen naar de randnummers van het preadvies. Voor het overige heeft de gedachtenvorming zich sindsdien vooral doorontwikkeld, verdiept en verbreed.

1.4 SITUERING

Zoals gezegd, bestaat een uitvoerige studie specifiek over het tijdsaspect van schade in de Nederlandse rechtsliteratuur nog niet. Het is echter allerm minst gezegd dat het onderzoek zich daarmee uitstrekt over een geheel onbekend terrein. Integendeel: er is veelvuldig gedacht en geschreven over schadevergoedingsrecht in het algemeen en ook in het bijzonder over de vaststelling van schade. Dit onderzoek onderscheidt

15. Hebly & Lindenbergh 2016, p. 301-361, later (in minimaal gewijzigde vorm) gepubliceerd in het Tijdschrift voor Privaatrecht (Hebly & Lindenbergh 2016a, met samenvatting in het Frans, Duits, Engels en Spaans).

16. Jocqué 2016, p. 257-299.

zich dan ook voornamelijk wat betreft de *invvalshoek* van waaruit de materie wordt bestudeerd.

Het schadevergoedingsrecht is in de tweede helft van de vorige eeuw tot ontwikkeling gebracht in de doctrine, waarbij de wetenschappelijke bestudering in de laatste decennia van de vorige eeuw, mede door de codificatie in 1992, in een stroomversnelling is geraakt.¹⁷ Dat heeft geleid tot een rijke stroom van literatuur – rechtsvergelijkende, rechtseconomische, rechtshistorische en empirisch-juridische studies inclus – en ook de komende jaren valt nog wel het nodige te verwachten (ook overigens op het terrein van het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht). Belangrijke ontwikkelingen liggen achter de rug, prangende kwesties zijn door de wetgever en Hoge Raad beslecht en wezenlijke theorievorming heeft plaatsgevonden. Dat betekent evenwel niet dat de doctrine steeds uitblinkt in helderheid, laat staan dat er geen terreinen meer zouden openliggen die aandacht verdienen. En dat geldt bij uitstek voor de schadevaststelling, die doorgaans als complex wordt gezien omdat zij ‘vele theoretische en praktische facetten’ in zich zou bergen, maar tegelijkertijd zou lijden aan ‘een zekere bloedarmoede’ op het materieelrechtelijke vlak.¹⁸ Regelmatig zou sprake zijn van ‘verwarring en misverstanden’, onder meer omdat schade ‘vele gezichten’ zou kennen, de diepere analyse van de verschillende relevante begrippen onderontwikkeld zou zijn gebleven en er onvoldoende inzicht zou bestaan in de te doorlopen stappen in het proces van schadebegroting.¹⁹ Bovendien is de vaststelling van schade verweven met andere leerstukken van schadevergoedingsrecht waaromtrent nog geen volledige klaarheid is gebracht, zoals de (meervoudige) causaliteit en de voordeelstoerekening. Als het aankomt op de schadevaststelling toetst de Hoge Raad in cassatie weliswaar beperkt – hij toetst of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of ter zake van de wijze waarop schade wordt begroot – maar wordt hij niettemin regelmatig geconfronteerd met rechtsvragen op dit vlak. Een en ander maakt de vaststelling van schade een bestuderenswaardig en uitdagend onderzoeksthema met een aanzienlijke praktische relevantie. Stimulerend en uitdagend is de conclusie van Hartlief na een inventarisatie van ontwikkelingen anno 2016:

‘Wie schadebegroting op de agenda zet, heeft gelukkig gekozen, maar kan zijn borst nat maken.’²⁰

Een aantal eerdere Nederlandse studies behandelt de problematiek van de schadevaststelling in meer algemene zin en raakt daarbij ook aan het specifieke tijdsprobleem zoals dat in deze studie centraal staat. Bruikbare tijdschriftartikelen, boekbijdragen en annotaties gericht op meer specifieke deelonderwerpen buiten beschouwing latende, verdienen in het bijzonder vermelding de dissertatie *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* van Bloembergen (1965), de door Barendrecht en Storm geredigeerde scriptiebundel *Berekening van schadevergoeding* (1995), de preadviezen voor de Vereniging voor

17. Bloembergen 2002, p. 10 en Lindenberg 2014, nr. 17.

18. Lindenberg 2008, p. 13-14.

19. Tjong Tjin Tai 2017, p. 1.

20. Hartlief 2016, p. 2293.

Burgerlijk Recht door Klaassen en Akkermans onder de titel *Het moment van ontstaan van schade* (1998), de door Hesen, Lindenbergh en Van Maanen geredigeerde bundel *Schadevaststelling en de rol van de deskundige* (2008), de preadviezen die Lindenbergh en Franken voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht uitbrachten onder de titel *Abstracte schadeberekening* (2013) en het cahier *Schadebegroting* door Tjong Tjin Tai (2017).

Dit onderzoek werd afgesloten op 15 januari 2019.

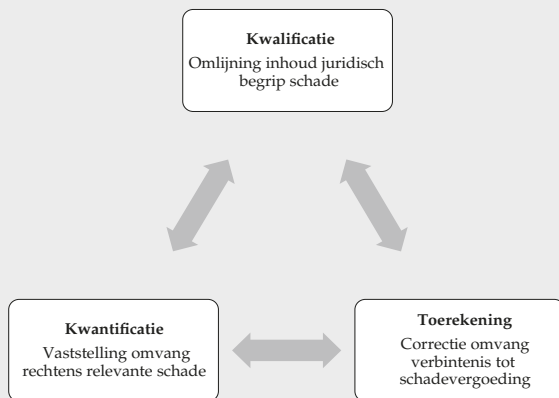
DEEL A

SCHADEVERGOEDING EN TIJD – ALGEMEEN

INLEIDENDE OPMERKINGEN BIJ DEEL A

In dit deel (Deel A) wordt op beginsel- en begripsmatig niveau het tijdselement in het schadevergoedingsrecht geanalyseerd. Doel is inzichtelijk te maken op welke manieren de tijdsproblematiek is vertakt in het systeem van schadevergoedingsrecht.

In afdeling 6.1.10 BW, waarin de gemeenschappelijke bepalingen over de wettelijke verplichting tot schadevergoeding zijn neergelegd,¹ ligt een systematiek besloten die de oordeelsvorming faseert. Steeds moet worden vastgesteld of sprake is van rechtens relevante schade (de kwalificatiefase), waarna de omvang van die schade moet worden vastgesteld (de kwantificatiefase). De uitkomst kan worden 'gecorrigeerd' door leerstukken die – simpel gezegd – uitzonderingen vormen op het beginsel van volledige vergoeding (de toerekeningsfase). Dit is uiteraard een schematische simplificatie. De gedachtenfasen zijn niet waterdicht van elkaar te scheiden, en het gaat ook niet om een strikt chronologische ordening. Niettemin vormt deze driedeling een nuttige basis voor de analyse van het tijdsaspect van schadevergoeding in het algemeen. Deel A is dan ook aan de hand hiervan gestructureerd.



Eerst zal enige aandacht worden besteed aan het doel van schadevergoeding en de beginselen die aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggen. Vervolgens komt – conform de hier gehanteerde gedachtenfasen – aan de orde wat schade is, hoe zij wordt begroot en aan de hand van welke (overige) leerstukken uiteindelijk de omvang van de verbintenis tot schadevergoeding wordt vastgesteld. De focus is daarbij gericht op het in deze studie centraal gestelde tijdsaspect.

1. TM, PG Boek 6, p. 330.

2.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Wil men iets zinnigs kunnen zeggen over de vaststelling van schade, dan dient men telkens de context van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het zicht te houden. Daarom zal in dit hoofdstuk eerst (kort) worden gezien wat het doel is van schadevergoeding (paragraaf 2.2) en welke beginselen aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggen (paragraaf 2.3). Gezien het vrij specifieke onderwerp van deze studie – de betekenis van de tijdsfactor bij vaststelling van schade – blijft de bespreking enigszins beknopt; een meer uitvoerige verhandeling over doel en beginselen van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zou het bestek van deze studie te buiten gaan.

2.2 DOEL VAN SCHADEVERGOEDING

Schadevergoedingsrecht vormt in zoverre het ‘sluitstuk’ van aansprakelijkheid, dat het in het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen voornamelijk draait om rechtshandhaving: schadevergoeding kan in dat verband worden gezien als een van de sancties waarmee die rechtshandhaving concreet gestalte krijgt.¹ Het doel van aansprakelijkheidsrecht is dus niet zozeer (primair) gelegen in het vergoeden van schade, maar dient mijns inziens – en ik sluit op dit punt met name aan bij Van Dam – vooral te worden gezocht in de vaststelling van de omvang van rechten en belangen en, in het verlengde daarvan, in het voorzien in sancties in geval van (dreigende) rechtsschendingen.²

Het aansprakelijkheidsrecht steunt op een zekere beschermingsgedachte: vertrekpunt is weliswaar dat ieder zijn eigen nadelen draagt, maar men hoeft niet ieder (e dreiging van) nadeel te accepteren. Deze gedachte kent een spiegelbeeldige variant: men zou evengoed als vertrekpunt kunnen nemen de vrijheid van handelen, die haar grens vindt waar men rechtens gehouden is te verhinderen dat een ander nadeel lijdt of te voorkomen dat deze met eenmaal toegebracht nadeel blijft zitten.³ Bij de vormgeving van grondslagen voor aanspraken wordt doorgaans gezocht naar een balans tussen

1. Lindenberg 2014, nr. 5.

2. Van Dam 2015, p. 17.

3. Hartlief 1997, p. 11 en Lindenberg 2018, nr. 6.

deze twee gezichtspunten.⁴ In het aansprakelijkheidsrecht draait het doorgaans om de handhaving van normen die strekken tot bescherming tegen schadetoebrenging door een ander. Dat bepaalt het perspectief op de in te zetten rechtshandhavingsmiddelen. Rechtshandhaving kan gestalte krijgen in het afwenden van dreigende schade, bijvoorbeeld door een rechterlijk verbod of bevel (handhaving *ex ante*), maar ook in het afwentelen van eenmaal veroorzaakte schade via een aanspraak op herstel (handhaving *ex post*). Het aansprakelijkheidsrecht reguleert dus zowel de 'voorzorg' als de 'nazorg' waarop men jegens een ander aanspraak heeft.⁵ Vanuit een oogpunt van handhaving gaat het bij schadevergoeding doorgaans om een *second best* alternatief voor de nakoming van een primaire rechtsplicht: schadevergoeding komt immers in beeld zodra een normschending heeft plaatsgevonden met schade als gevolg.⁶

Het begrip schadevergoeding brengt in zekere zin het (hoofd)doel ervan tot uitdrukking: het 'goedmaken' van schade. Het rechtshandavingsperspectief is daarbij leidend: de aanspraakgerechtigde heeft niet zozeer aanspraak op het zonder meer gevrijwaard blijven van enig nadeel, maar op naleving door anderen van rechtsnormen voor zover die zijn belangen beogen te beschermen. De ratio van de schadevergoedingssanctie is dan vrij eenvoudig: brengt iemand een ander in strijd met het recht nadeel toe ter voorkoming waarvan een norm strekte, dan is hij gehouden dat nadeel zoveel mogelijk weg te nemen. Schadevergoeding dient er dan toe de benadeelde, *indien en voor zover hij schade heeft geleden*, zoveel mogelijk in de positie te plaatsen waarin deze zich zou hebben bevonden indien de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis was uitgebleven.

Men pleegt ook wel andere doelen toe te schrijven aan het schadevergoedingsrecht, zoals preventie, bestraffing, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking.⁷ Hoewel het hier gaat om op zichzelf relevante aspecten van schadevergoedingsrecht, blijven zij hier verder buiten beschouwing, omdat zij voor de vormgeving van het schadevergoedingsrecht geen of hooguit een zeer beperkte betekenis hebben, en met het in dit onderzoek centraal gestelde probleem van tijd (te) weinig verband houden.

2.3 BEGINSELEN VAN SCHADEVERGOEDINGSRECHT

2.3.1 *Volledigheidsbeginsel*

Het doel dat met schadevergoeding wordt nagestreefd is van betekenis voor de beginselen die ten grondslag liggen aan het schadevergoedingsrecht. Die beginselen representeren bepaalde waarden, die soms in het positieve recht zijn geconcretiseerd en in andere gevallen op de achtergrond richting kunnen geven bij het zoeken naar oplossingen voor vragen die naar het positieve recht niet of onvoldoende zijn beantwoord.

4. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 20.

5. Keirse 2016, p. 15.

6. Lindenergh 2014, nr. 6.

7. Lindenergh 2014, nr. 8.

Ik distilleer uit de schadevergoedingsliteratuur vijf beginselen: het volledigheidsbeginsel, het toerekeningsbeginsel, het doelmatigheidsbeginsel, het nominaliteitsbeginsel en het beginsel van slachtofferbescherming. Hoewel sommige daarvan zijn te herleiden tot een of enkele auteurs, en over de 'zwaarte' voor het schadevergoedingsrecht kan worden getwist, verdienen deze beginselen mijns inziens alle vijf aandacht.

Als eerste dient te worden genoemd het beginsel van *volledige vergoeding*: de situatie waarin de benadeelde zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben verkeerd, wordt benaderd door de uit die gebeurtenis voortvloeiende schade volledig te vergoeden. Het gaat hier om een universeel uitgangspunt dat ook in ons omringende rechtstelsels wordt vooropgesteld (*integraliteitsbeginsel*, *Ausgleichsprinzip*, *principle of full compensation*, *principe de réparation intégrale*) en dat als het leidende beginsel van schadevergoedingsrecht kan worden bestempeld.⁸ Bloembergen betoogt dat het beginsel van volledige schadevergoeding, dat opmerkelijk genoeg nergens wettelijk is verankerd, verband houdt met de gedachte van de heerschappij van het recht (*rule of law*). Volgens hem is in geval van niet-nakoming van contractuele en buitencontractuele verplichtingen sprake van een verstoring van de rechtsorde. Waar nakoming niet meer mogelijk is, vormt schadevergoeding een second best-oplossing om het recht te handhaven en de rechtsorde te herstellen. Het is volgens hem logisch dat de vergoeding volledig moet zijn: alleen dan wordt de heerschappij van het recht hersteld.⁹ Het volledigheidsbeginsel ligt ook besloten in de verschillende wettelijke bepalingen die de grondslag vormen voor een aanspraak op schadevergoeding, in zoverre dat die de aansprakelijke verplichten – zonder verdere beperkingen – *de schade* te vergoeden die de ander als gevolg van de normschending lijdt.

Het volledigheidsbeginsel wordt doorgaans zo opgevat, dat de vergoeding ertoe strekt de benadeelde in een minder gunstige noch in een gunstiger positie te brengen dan waarin hij zonder de normschending zou hebben verkeerd. Het beginsel werkt in die zin dus twee kanten uit: zowel een onvolledige als een 'overvolledige' vergoeding wordt, in uitgangspunt, beschouwd als strijdig met het doel van schadevergoedingsrecht. Op dit punt wordt ook wel gesproken van 'onder-' respectievelijk 'overcompensatie'. De schade vormt daarbij de maatstaf voor volledigheid. Het volledigheidsbeginsel heeft op zichzelf dan ook weinig zeggingskracht wanneer niet eerst vaststaat wat de (omvang van de) schade is.

De gedachte dat het meerdere het mindere omvat – in die zin dat een 'overvolledige' vergoeding ten minste het door de aansprakelijke veroorzaakte nadeel 'dekt' – biedt in het schadevergoedingsrecht weinig geruststelling: het wordt immers als ongewenst beschouwd wanneer de aansprakelijke zou zijn gehouden tot meer dan het vergoeden van de door de benadeelde geleden schade. Dit gaat hand in hand met het volledigheidsbeginsel en wordt dan ook evenzeer universeel onderschreven. Zo spreekt men in Duitsland wel van het *schadensrechtliche Bereicherungsverbot*, inhoudende dat de benadeelde niet in een gunstiger positie mag komen te verkeren dan die waarin hij

8. Vgl. Hartlief 2018, nr. 196.

9. Bloembergen 2002, p. 13-14.

zich zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben bevonden,¹⁰ en wordt in België vooropgesteld dat de schadevergoeding ‘én volledig én juist passend’ moet zijn in die zin dat weliswaar geheel de schade, maar ‘niets dan de schade’ dient te worden vergoed,¹¹ evenzo in Frankrijk (‘tout le préjudice mais rien que le préjudice’).¹² De schade vormt aldus de primaire maatstaf alsook de bovengrens voor de omvang van de verplichting tot schadevergoeding.

Waar Bloembergen het volledigheidsbeginsel herleidt tot de gedachte van de heerschappij van het recht, laat zijn verklaring in het midden waarom deze met zich zou brengen dat de vergoeding de omvang van de schade niet zou mogen overstijgen. Op dit punt kan worden aangevoerd dat waar de benadeelde niet in strijd met het recht had mogen worden benadeeld door de aansprakelijke, hij evenmin zonder goede grond mag worden beoordeeld ten koste van de aansprakelijke. Maar in stelsels waarin ‘punitieve schadevergoeding’ mogelijk is, wordt een dergelijke ‘verrijking’ van de benadeelde als minder bezwaarlijk gezien. Men zou volgens mij moeten zeggen dat het schadevergoedingsrecht weliswaar een belangrijke bijdrage kan leveren aan de *ex post* handhaving van recht, maar dat elementen van bestraffing en afschrikking hier te lande niet direct worden gekoppeld aan het schadevergoedingsrecht, en men voor krachtiger vormen van rechtshandhaving zal zijn aangewezen op (andere) sancties van privaatrechtelijke, strafrechtelijke of administratiefrechtelijke aard.

Dat het volledigheidsbeginsel weinig zeggingskracht heeft wanneer niet eerst vaststaat wat (rechtens relevante) schade is, betekent dat de (eerste) kwalificatiefase dikwijls de meest fundamentele denkstap is in het schadevergoedingsrecht. Het beginsel van volledige vergoeding bouwt op dat fundament slechts voort: het bepaalt dat het resultaat van het juridische kwalificatie- en kwantificatieproces – de omvang van de rechtens relevante schade – maatgevend is voor de schadevergoeding, tenzij het gerechtvaardigd is daarop nog een zekere correctie toe te passen. Het is – in de woorden van Telders – dus slechts ‘binnen het perk’ van de rechtens relevante schade dat schadevergoeding in beginsel volledig is.¹³ Een en ander relateert aan een – dogmatische – discussie in het Engelse schadevergoedingsrecht, waar voor het vertrekpunt regelmatig wordt verwezen naar de overwegingen van Lord Blackburn in *Livingstone v Rawyards Coal Co*, waarin hij de schadevergoeding omschrijft als:

‘that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.’¹⁴

10. Lange & Schiemann 2003, p. 10.

11. Ronse & De Wilde 1984, nr. 230 en Simoens 1999, p. 22.

12. Viney, Jourdain & Carval 2017, nr. 116 e.v.

13. Telders 1968, p. 98-99.

14. *Livingstone v Rawyards Coal Co* [1880] 5 App Cas 25, onder 39.

Volgens Lord Hoffman in *Banque Bruxelles Lambert v Eagle Star Insurance* moet men evenwel een ander vertrekpunt hanteren:

'I think that this was the wrong place to begin. Before one can consider the principle on which one should calculate the damages to which a plaintiff is entitled as compensation for loss, it is necessary to decide for what kind of loss he is entitled to compensation.'¹⁵

Uit de rechtshandavingsgedachte vloeit voort dat het bij schadevergoeding in de eerste plaats draait om min of meer concreet feitelijk herstel, dat wil zeggen dat de situatie zoals die als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is ontstaan zoveel mogelijk moet worden ongedaan gemaakt, althans dat de benadeelde dus zoveel mogelijk *feitelijk* in de positie wordt gebracht waarin hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben verkeerd.¹⁶ Barendrecht, Kars en Morée achten het volledigheidsbeginsel als zodanig weinig richtinggevend: het zou het probleem van de omvang van de vergoedingsplicht immers slechts doorschuiven naar de vraag wat onder schade moet worden verstaan. Volgens hen verbergt zich achter dit beginsel evenwel het belangrijkere beginsel dat schadevergoeding ertoe dient de benadeelde de gelegenheid te geven tot herstel van de feitelijke situatie. Wezenlijk is volgens hen dat *feitelijk herstel* uitgangspunt is en dat de compensatiegedachte eerst aan de orde komt wanneer dat herstel niet mogelijk is of buiten proportie zou zijn.¹⁷

In ons omringende rechtssstelsels wordt het principe van feitelijk herstel soms meer op de voorgrond geplaatst. Zo stelt men in het Duitse recht de *Naturalherstellung* of het *Restitutionsprinzip* in het schadevergoedingsrecht voorop: het recht zou er niet primair toe strekken het vermogen van de benadeelde te beschermen door het opleggen van geldelijke sancties aan de aansprakelijke, maar strekt in de eerste plaats tot bescherming van de integriteit van de *Rechtsgüter* – men spreekt op dit punt van de *Integritäts- of Erhaltensinteresse* – door een aanspraak op (bekostiging van) herstel.¹⁸ Dat is van betekenis voor de aard van de schadevergoedingsverbintenis: gaat het steeds om een verbintenis tot betaling van een geldsom, of toch primair om iets anders? In het arrest *Van Straaten/Brandts*, dat overigens meer in het bijzonder in het teken staat van de voordeelstoerekening, overweegt de Hoge Raad dat de strekking van de wet inzake schadevergoeding erop neerkomt:

'dat aan de benadeelde het feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit wordt vergoed.'¹⁹

Dat de Hoge Raad hier spreekt van 'feitelijk nadeel', wijst er volgens Sieburgh op dat het wettelijke begrip 'schade' in principe moet worden beschouwd als een feitelijk

15. *Banque Bruxelles Lambert v Eagle Star Insurance Co* [1997] AC 191 onder 211A.

16. Lindenbergh 2014, nr. 7, Lindenbergh 2014a, p. 239-251 en over de herstelfunctie van schadevergoeding uitvoerig De Groot 1980, p. 52 en Barendrecht 1985, p. 790.

17. Barendrecht, Kars & Morée 1995, p. 28-29.

18. Bijv. Lange & Schiemann 2003, p. 70.

19. HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, NJ 2002/122 (Van Straaten/Brandts), r.o. 4.5.

gegeven.²⁰ Herstel in feitelijke zin houdt bijvoorbeeld in dat een beschadigde zaak wordt hersteld of een bodem gesaneerd, of dat iemand geneest van zijn letsel of re-integreert. Voor zover de feitelijke situatie waarin de benadeelde zonder de aansprakelijkheidscheppende situatie zou hebben verkeerd op een dergelijke wijze niet meer kan worden benaderd (of slechts tegen kosten die men in redelijkheid niet van de aansprakelijke kan vergen) kan de nadelige wijziging van de positie van de benadeelde op het niveau van het vermogen worden verevend door compensatie met een geldbedrag.²¹ In dat geval bestaat het goedmaken van schade dus in het leveren van een 'vervangende prestatie' die aan de schade gelijkwaardig is en die de benadeelde dus *per saldo* in een gelijkwaardige positie brengt.²² Voor zover sprake is van redelijkerwijs herstelbare schade, is feitelijk herstel het vertrekpunt. Doorgaans wordt aan dat feitelijke herstel uitwerking gegeven over de band van het vermogen van de benadeelde: het moeten treffen van feitelijke herstelmaatregelen kan leiden tot een vergoedbare vermogensvermindering in de vorm van herstelkosten.²³ Schadevergoeding in geld is door de wetgever bewust voorop gesteld (artikel 6:103 BW), omdat dit vanuit praktisch oogpunt doorgaans het meest aantrekkelijk is.²⁴ Voor zover schade redelijkerwijs niet of niet meer herstelbaar is, wordt dit (resterende) nadeel gecompenseerd met schadevergoeding.

2.3.2 Toerekeningsbeginsel

Naast het beginsel van volledige vergoeding wordt het schadevergoedingsrecht beheerst door andere beginselen, althans door leerstukken die soms als uitwerking maar toch veeleer als een inperking van het volledigheidsbeginsel kunnen worden beschouwd. Te noemen valt het toerekeningsbeginsel.²⁵ Zo heeft de aansprakelijke persoon slechts op te komen voor schade die hem in redelijkheid kan worden toegerekend. Dit kan in zoverre als een inperking van de vergoedingsplicht worden gezien, dat dikwijls sprake zal zijn van nadeel dat weliswaar kwalificeert als *in abstracto* vergoedbare schade, maar dat niet voor vergoeding in aanmerking komt omdat het in een concreet geval niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Treffend is in dit verband de metafoor van Tjong Tjin Tai, die stelt dat de totale schade in feite uit een keten of boom van concrete nadelen bestaat: die 'schade-boom' moet worden gesnoeid om de 'te ver uitgelopen takken' te verwijderen.²⁶

De redelijkheid begrenst de lengte van de keten van nadelige gevolgen die aan de veroorzaker kunnen worden toegerekend: een normschending kan nu eenmaal oorzaak zijn van allerlei grote nadelige gevolgen waarvan het niet altijd redelijk is wanneer deze voor rekening van de aansprakelijke worden gebracht. Men spreekt in dit

20. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 13.

21. Lindenberg 2014, nr. 7.

22. Bloembergen 1965, nr. 82 en Lindenberg 1998, p. 34.

23. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 13.

24. TM, PG Boek 6, p. 362.

25. Bloembergen 2002, p. 12.

26. Tjong Tjin Tai 2017, p. 12.

verband ook wel van causaal verband in juridische zin of van causaal verband in de 'omvangfase' van aansprakelijkheid (artikel 6:98 BW).²⁷ Zie hierover nader paragraaf 5.2. Hoewel inderdaad aspecten van causaliteit (voorzienbaarheid, verwijderdheid etc.) in dit toerekeningsoordeel een rol kunnen spelen, lijkt het mij van belang telkens voor ogen te houden dat een en ander er vooral toe dient om in het concrete geval tot een *redelijkheidsoordeel* te komen met betrekking tot de begrenzing van de verplichting tot schadevergoeding.

Daarnaast vloeit uit het toerekeningsbeginsel voort dat wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voor de benadeelde 'naast schade tevens voordeel' heeft opgeleverd, het voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht voor zover dat redelijk is (artikel 6:100 BW). Ook in het leerstuk van de eigen schuld herkent men de toerekeningsgedachte: de vergoedingsplicht wordt immers verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend (artikel 6:101 BW). Zie over de voordeelstoerekening en de eigen schuld respectievelijk paragraaf 5.4 en 5.5. Ook kunnen meerdere 'onafhankelijke' veroorzakers van dezelfde schade aansprakelijk zijn. In dergelijke gevallen is het doorgaans redelijk de schade aan ieder van hen toe te rekenen, ondanks dat vanwege hun medeveroorzaking de *condicio sine qua non*-toets – die nu eenmaal op een monocausale situatie ziet – niet 'werkt'. In zoverre werkt het toerekeningsbeginsel niet alleen maar als een inperking maar ook als uitbreiding ten opzichte van de uitkomst van die toets.²⁸ Zie over meervoudige causaliteit nader paragraaf 5.3.

2.3.3 Doelmatigheidsbeginsel

In het verlengde van de aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggende 'herstelgedachte' stelt Barendrecht dat ook *snellheid* als zodanig als beginsel van schadevergoedingsrecht moet worden gezien. In zijn eigen bewoordingen:

'Als beginsel van schadevergoedingsrecht zou men ook moeten beschouwen dat de benadeelde (...) zijn schadevergoeding snel vastgesteld en uitgekeerd ziet. Daarom moet de rechter werken met wat globalere normen, of anders benaderd, niet te veel details willen weten. Dan zal het wel eens voorkomen dat iemand wat veel of wat weinig krijgt.'²⁹

Hier treedt het tijdsaspect naar voren als beginsel: het belang van de benadeelde om zijn schadevergoeding snel te zien vastgesteld en uitgekeerd kan worden afgewogen tegen het belang van een vergoeding die, vanwege een nauwkeurige(r) vaststelling, op zich laat wachten. Meer in het algemeen kan het doelmatigheidsbeginsel als een beginsel van schadevergoedingsrecht worden aangemerkt. In het algemeen is het zinvol rechtsregels mede vorm te geven met inachtneming van efficiëntieoverwegingen, maar ten aanzien van het schadevergoedingsrecht bestaat daartoe wellicht in het bij-

27. Hartlief 2018, nr. 214.

28. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 87.

29. Barendrecht 1996, p. 41-42.

zonder aanleiding. Men doet immers danig afbreuk aan de centrale handhavings- en herstelgedachte wanneer het complex van schadevergoedingsregels structureel aanleiding zou geven tot eindeloze discussies en kostbare procedures, die er op zichzelf aan in de weg staan dat benadeelden zoveel mogelijk (feitelijk dan wel financieel) worden geplaatst in de positie waarin zij zouden hebben verkeerd zonder de norm-schending waardoor zij zijn getroffen. Gechargeerd: de kuur van het schadevergoedingsrecht zou niet erger moeten zijn dan de kwaal. Daarom kan het bijvoorbeeld zinvol zijn om, ten behoeve van een 'hanteerbaar' schadevergoedingsrecht een zekere mate van eenvoud of abstractie in het juridische begrip schade 'in te bouwen' of van bepaalde ficties uit te gaan bij de schadebegroting. Daarvoor lijkt eerder aanleiding te bestaan bij veel voorkomende gevallen.³⁰

2.3.4 *Nominaliteitsbeginsel*

Omdat schade in beginsel wordt vergoed in geld (artikel 6:103 BW), wordt de verbintenis tot schadevergoeding beheerst door het in artikel 6:111 BW neergelegde nominaliteitsbeginsel: een verbintenis tot betaling van een geldsom moet naar haar nominale bedrag worden voldaan, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeit. Het gaat hier om een meer algemeen verbintenisrechtelijk beginsel dat bij uitstek ook voor het schadevergoedingsrecht van betekenis is, omdat het bij schadevergoeding in beginsel gaat om een verbintenis tot betaling van een geldbedrag, ten aanzien van de nakoming waarvan de schuldenaar vanaf een zeker moment tekortschiet en waarover hij wettelijke rente verschuldigd is. Een en ander betekent meer concreet dat de nominale waarde van de in geld uitgedrukte schade moet worden vergoed, ongeacht fluctuaties in de reële waarde van het geld in de periode gelegen tussen het moment waarop de schade wordt geleden en het moment waarop zij wordt vergoed.³¹

Het nominaliteitsbeginsel hangt zeer nauw samen met de tijdsproblematiek die in deze studie centraal staat. De waarde van geld verandert immers met de tijd: geld is bij uitstek een goed met een marktwaarde.³² Dat is van betekenis voor de wijze waarop geld in het recht fungeert als vergoedingsmiddel en als rekeneenheid.³³ Rank merkt hierover op:

'Een rekeneenheid kan deze functie (...) alleen naar een bepaald tijdsmoment vervullen. Iedere geldeenheid is namelijk een temporeel inconstante waardemeter. Haar nominale waarde blijft steeds dezelfde, maar haar reële waarde is in de tijd continu aan verandering onderhevig, in dier voege dat zij op verschillende tijdstippen steeds een verschillende

30. Bijv. met betrekking tot zaaksbeschadiging HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease), r.o. 3.6.1 en met betrekking tot maatstaven voor de 'eenvormige beoordeling' van voordeelsberekening in effectenleasezaken HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.2.

31. Rank 1996, p. 115.

32. Brunner 1997, p. 68.

33. Uitvoerig en rechtsvergelijkend Proctor 2012.

koopkracht en koerswaarde vertegenwoordigt. De meeste nationale wetgevingen vertrekken van het postulaat dat hun geldeenheid een onveranderlijke waarde heeft. De praktijk leert evenwel dat dit uitgangspunt onjuist is. Welbeschouwd bestaat er geen valuta waarvan de reële waarde niet voortdurend op- en neergaat. Het gevolg hiervan is (...) dat iemand die een vermogensbestanddeel c.q. de prestatie van een verbintenis op verschillende momenten op eenzelfde hoeveelheid rekeneenheden waardeert, met twee maten meet.³⁴

In de parlementaire geschiedenis is 'het chronische probleem van de geldontwaarding' bestempeld als 'een van de meest schreeuwende problemen van deze tijd'. Daar wordt ook aandacht besteed aan de kwestie van de geldontwaarding tussen het moment waarop een wanprestatie of onrechtmatige daad wordt gepleegd en het moment waarop de deswege verschuldigde schadevergoeding definitief wordt vastgesteld:

'Omdat tussen beide momenten, bijv. in verband met onderhandelingen over de omvang van de schadevergoeding, veel tijd kan verstrijken, is geldontwaardingsschade hier niet denkbeeldig. Daarom acht de Commissie het gewenst dat de schuldeiser, ongeacht de vraag of hij de schuldenaar in gebreke heeft gesteld en of dus die schuldenaar in verzuim is, recht krijgt op een rente die gaat lopen zodra en in zoverre de schuldeiser werkelijk schade lijdt, waarbij dan elke schadepost afzonderlijk in aanmerking moet worden genomen. Zou bijv. de schuldeiser tussen beide genoemde momenten in verband met zijn schade een rekening betalen, dan zou het aldus betaalde bedrag onmiddellijk rente moeten werpen, zonder dat daartoe de schuldeiser zijn schuldenaar in gebreke behoeft te stellen.'³⁵

De schuldenaar moet de schade vergoeden die zijn schuldeiser lijdt als gevolg van niet tijdige betaling van de verschuldigde geldsom. Ten aanzien van de verbintenis tot schadevergoeding betekent dit dat – simpel gezegd – ook schade in verband met de vertraging in de betaling van de schadevergoeding moet worden vergoed. Die vertraging kan immers nadelig zijn voor de benadeelde, bijvoorbeeld doordat hij rente derft of doordat hij vanwege de niet-tijdige betaling door de aansprakelijke geld heeft moeten lenen om te voorzien in een liquiditeitstekort.³⁶ De schade die de schuldeiser lijdt als gevolg van de vertraging in de betaling van een geldsom wordt gefixeerd op de wettelijke rente over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest (artikel 6:119 BW). Wat betreft schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad of wanprestatie is de schuldenaar, voor zover de verbintenis niet terstond wordt nagekomen, zonder ingebrekestelling en dus terstond in verzuim (artikel 6:83 sub b BW): de wettelijke rente loopt daardoor ook over de tijd waarin nog niet vaststaat dat er aansprakelijkheid bestaat of hoe groot de schade is omdat de omvang daarvan nog moet worden berekend (zie paragraaf 4.4.1).³⁷

34. Rank 1996, p. 17.

35. VV II, PG Boek 6, p. 468-471.

36. Mijnsen 2017, nr. 20.1.

37. MvA II, PG Boek 6, p. 455-456. Zie ook De Jong 2018, nr. 194.

Met het bedrag van de wettelijke rente wordt de schuldeiser geacht afdoende te zijn schadeloos gesteld, omdat hij daarvoor op de markt het hem toekomende bedrag kan lenen.³⁸ Artikel 6:119 BW strekt ertoe de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom te fixeren met het oog op de *rechtszekerheid* en de *hanteerbaarheid* van het recht: geschillen over het bestaan en de omvang van de vertragingsschade worden voorkomen.³⁹ In zoverre kan de wettelijke rente worden gezien als een uitwerking van het doelmatigheidsbeginsel. De schuldeiser heeft aanspraak op betaling van wettelijke rente, ongeacht of zijn 'werkelijke' nadeel meer of minder zou belopen dan de berekende wettelijke rente. Hij hoeft dus te stellen noch te bewijzen welk nadeel hij door de vertraging heeft ondervonden. Daar staat tegenover dat hij in beginsel ook geen aanspraak heeft op toewijzing van een hoger bedrag aan schadevergoeding, indien hij zou aantonen dat hij door de vertraging in de voldoening van de geldsom nadeel lijdt van een grotere omvang dan die door de wettelijke rente wordt 'gedekt'. De wettelijke rente wordt aldus ook geacht de compensatie van verlies van koopkracht van het verschuldigde geld – grotendeels – te compenseren.⁴⁰ Artikel 6:119a regelt de wettelijke rente voor gevallen van betalingsachterstand bij handelstransacties; sinds medio maart 2013 bevat artikel 6:119b een regeling met betrekking tot wettelijke rente bij handelsovereenkomsten met de overheid. Doel en strekking van artikel 6:119a BW maakt dat de rentevoet bij de wettelijke handelsrente aanzienlijk hoger is dan bij de gewone wettelijke rente. Daarmee wordt beoogd de kosten van betalingsachterstanden in het bedrijfsleven zodanig hoog te maken, dat het (laten) oplopen van een betalingsachterstand onaantrekkelijk wordt. De regel strekt vooral ter bescherming van het midden- en kleinbedrijf.⁴¹ Op dit punt staat schadevergoeding – in de vorm van wettelijke rente – dus niet alleen in het teken van de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht, maar ook in het teken van rechtsbescherming en rechtshandhaving.

In verband met het nominaliteitsbeginsel is tot slot nog van betekenis het onderscheid tussen geldverbintenissen die strekken tot betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom en die strekken tot betaling van een geldsom waarvan de hoegrootheid al vast staat. Geld is in het eerste geval slechts *in obligatione*; in het tweede geval is het ook *in computatione*. Volgens Rank zijn vooral verbintenissen tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad exemplarisch voor verbintenissen tot betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom. Steeds wanneer de schade bestaat in iets anders dan verlies of derving van geld en zij niettemin in geld dient te worden vergoed, is volgens Rank sprake van een verbintenis tot betaling van een geldsom waarbij de omvang van het verschuldigde bedrag niet reeds op voorhand bekend is. Het beginsel van volledige schadevergoeding brengt volgens hem mee dat de verbintenis strekt tot betaling van zoveel geld als nodig is om de schade integraal te vergoeden:

38. Den Hartog Jager 2012, p. 8-9.

39. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uiter). Zie ook Krans 2018, nr. 109.

40. MvA II, PG Boek 6, p. 473.

41. Kamerstukken II 2001/02, 28239, 3, p. 1-2. Uitvoerig Den Hartog Jager 2012, p. 5.

‘Een en ander betekent dat, indien de uiteindelijk te kiezen valuta tussen het tijdstip van het ontstaan van de verbintenis en het moment waarop de schade in geld wordt vastgesteld, in koopkracht of koerswaarde is gewijzigd, de (in geld uitgedrukte) waarde van de schade en daarmee het nominale bedrag der verbintenis eveneens een verandering ondergaan die aan die eerste wijziging omgekeerd evenredig is. In concreto wil dit zeggen dat een in het voormelde tijdvak opgetreden daling in de reële waarde van de relevante rekeneenheid de crediteur geen nadeel berokkent, terwijl een waardestijging in die periode niet ten laste van de debiteur komt.’⁴²

De gedachtegang van Rank kan ik op dit punt niet geheel onderschrijven, zoals ook in de volgende hoofdstukken zal blijken. Kern van de kwestie is mijns inziens de vraag wanneer sprake is van een verbintenis tot betaling van een *in omvang bepaalbare* geldsom, en daarvan is in de regel juist wel sprake waar het een verbintenis tot vergoeding van vermogensschade betreft. Wat mij betreft is de gedachtelijn dat bij schadevergoeding sprake is van een verbintenis tot betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom *totdat* de rechter een ‘vrije’ keuze heeft gemaakt tussen een ‘abstracte’ en een ‘concrete’ wijze van begroting, een onjuiste (zie paragraaf 4.3). Het nominaliteitsbeginsel werkt mijns inziens ‘van meet af aan’ vanaf het moment waarop schade wordt geleden: dat is immers het moment waarop de verbintenis tot schadevergoeding ontstaat. Wat betreft de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, die door de rechter naar billijkheid wordt begroot, is mijns inziens wel sprake van een verbintenis tot betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom: de omvang van het verschuldigde bedrag aan smartengeld is vanwege de bijzondere aard van de schade en de begroting door de rechter naar billijkheid op voorhand niet bepaalbaar. Het nominaliteitsbeginsel zou mijns inziens pas dan moeten worden ‘geactiveerd’ wanneer de omvang van de verschuldigde geldsom met zekerheid vast staat (zie uitvoerig paragraaf 7.4).

2.3.5 Slachtofferbescherming

Als laatste kan worden genoemd het beginsel van slachtofferbescherming. Volgens Lindenbergh geven uitwerkingen van het beginsel van volledige vergoeding en van de redelijkheid en billijkheid soms aanleiding tot een min of meer algemene gedachte die zou kunnen worden omschreven als slachtofferbescherming. Zo zou in een aantal situaties het feit dat de laedens de benadeelde als gevolg van een normschending in een nadeliger positie heeft gebracht meebrengen dat de benadeelde aanspraak kan maken op het ‘voordeel van de twijfel’, teneinde te bewerkstelligen dat allerlei onzekerheden er niet aan in de weg staan dat zijn schade daadwerkelijk (volledig) wordt vergoed.⁴³ Bloembergen stelt dat in het schadevergoedingsrecht elementen van bescherming van de ‘zwakkere partij’ te herkennen zijn: benadeelden in het aansprakelijkheidsrecht zijn in zijn ogen zwakkeren die niet alleen via het sociale-zekerheidsrecht maar ook via het privaatrecht bescherming verdienen, temeer daar de schadelast in het aansprakelijkheidsrecht uiteindelijk ook wordt gespreid, zij het

42. Rank 1996, p. 117-118.

43. Lindenbergh 2014, nr. 15.

via aansprakelijkheidsverzekeringen.⁴⁴ Slachtofferbescherming moet mijns als een beginsel van schadevergoedingsrecht worden gezien omdat het in de rede ligt dat de 'normatieve verhouding' tussen laedens en gelaedeerde, die samenhangt met het feit dat de eerste een norm heeft geschonden waardoor de laatste (vermoedelijk) is benadeeld, op de achtergrond richtinggevend is bij het zoeken naar oplossingen voor concrete vragen of onzekerheden.⁴⁵ Dit beginsel houdt evenwel weinig verband met de tijdsproblematiek zoals die in deze studie centraal staat en blijft verder buiten beschouwing.

2.4 SLOT

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten. In het aansprakelijkheidsrecht draait het doorgaans om handhaving van normen die strekken tot bescherming tegen schadetoebrenging door een ander. Schadevergoeding kan worden gezien als het belangrijkste handhavingsmiddel zodra een normschending heeft plaatsgevonden met schade als gevolg. Schadevergoeding dient er dan toe de benadeelde, indien en voor zover hij schade heeft geleden, zoveel mogelijk in de positie te plaatsen waarin deze zich zou hebben bevonden indien de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis was uitgebleven. Andere doelen dan herstel en compensatie, zoals preventie, bestrafing, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking, hebben voor de vormgeving van het schadevergoedingsrecht geen of hooguit een zeer beperkte betekenis. Uit de schadevergoedingsliteratuur kunnen mijns inziens in elk geval vijf beginselen worden gedistilleerd, die soms in het positieve recht zijn geconcretiseerd en in andere gevallen op de achtergrond richting kunnen geven bij het zoeken naar oplossingen voor vragen die naar het positieve recht niet of onvoldoende zijn beantwoord. Het gaat om het volledigheidsbeginsel, het toerekeningsbeginsel, het doelmatigheidsbeginsel, het nominaliteitsbeginsel en het beginsel van slachtofferbescherming. Weliswaar worden deze beginselen in de schadevergoedingsrechtelijke literatuur niet alle steeds als zodanig (h)erkend en zijn zij verschillend van aard, zij werken op uiteenlopende manieren door in het schadevergoedingsrecht en zijn (dus) ook voor deze studie van betekenis. Hoewel het volledigheidsbeginsel wordt beschouwd als het leidende beginsel, heeft het weinig zeggingskracht wanneer niet eerst vaststaat waarop het begrip volledigheid betrekking heeft. Het begrip schade vervult dan ook een centrale rol in het schadevergoedingsrecht, en zal in het volgende hoofdstuk uitvoerig worden geanalyseerd.

44. Bloembergen 2002, p. 12 en 22-24.

45. Zie over de wijze waarop de schuldgraad van de aansprakelijke partij het schadevergoedingsdebat kleurt inventariserend Schreuder 2017, p. 236-242.

3 | HET BEGRIP SCHADE

3.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

In het voorgaande werd reeds opgemerkt dat de omlijning van de inhoud van het begrip schade de meest fundamentele denkstap is in het schadevergoedingsrecht, omdat het volledigheidsbeginsel pas zeggingskracht heeft als vaststaat wat schade is. Niet voor niets noemt Von Barr het begrip schade ‘the centrepiece of all delict law’.¹ In dit hoofdstuk wordt het begrip schade uitvoerig geanalyseerd. In paragraaf 3.2 wordt stilgestaan bij de aard van het begrip schade en (daarmee samenhangend) de taakverdeling tussen feitenrechter en cassatierechter. In paragraaf 3.3 worden de verschillende elementen behandeld die in de structuur van het begrip schade als zodanig besloten liggen, waarbij in het bijzonder aandacht uitgaat naar het tijdselement en de begrippen ‘momentschade’ en ‘duurschade’. In paragraaf 3.4 wordt ingegaan op het objectaspect van schade, meer concreet op de wettelijke begrippen ‘vermogensschade’ en ‘ander nadeel’.

3.2 SCHADE ALS RECHTSBEGRIP

3.2.1 *Een complex begrip*

Het begrip schade behoort tot de meest complexe begrippen die het recht kent.² Dat maakt de eerste fase van de oordeelsvorming – de kwalificatiefase – dikwijls de ingewikkeldste. De kern van het probleem is dat wat men schade noemt in essentie is terug te voeren op een constructie van de menselijke geest. Lange en Schieman verwoorden het treffend:

‘Die Feststellung, daß ein Schaden entstanden ist, ist ein Produkt menschlicher Überlegungen und nichts, was dem Menschen vorgegeben ist. Einen in ursprünglichen Sinn des Wortes natürlichen Schadensbegriff gibt es nicht.’³

Schade is een begrip dat wordt gebezigd in vele wettelijke regelingen, en dus bij uitstek ook in regels van aansprakelijkheidsrecht. Zo stelt Verburg (in 2009) vast dat het begrip schade voorkomt in ongeveer 225 wettelijke regelingen.⁴ Een en ander betekent dat wanneer een jurist spreekt van schade, hij doorgaans het rechtsbegrip voor

1. Von Bar 2000, p. 6.

2. Viaene 1976, p. 223.

3. Lange & Schieman 2003, p. 38.

4. Verburg 2009, p. 27.

ogen zal hebben zoals dat in een specifieke wettelijke bepaling voorkomt – ‘schade in de zin van’ – met het oog op de vraag of en zo ja, hoe die regel in een voorliggend geval moet worden toegepast. Zo vormt het begrip schade in artikel 6:162 en artikel 6:74 BW een constitutief vereiste voor vestiging van aansprakelijkheid. Op de (vervolg) vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt geeft artikel 6:95 lid 1 BW het antwoord: het begrip schade in de zin van artikel 6:162 en artikel 6:74 BW heeft in zoverre op niets anders betrekking dan op vermogensschade en eventueel (ook) op ander nadeel wanneer de wet uitdrukkelijk in een aanspraak op vergoeding daarvan voorziet. De verbintenis tot schadevergoeding, die buiten afdeling 6.1.10 BW in het leven wordt geroepen, is dus *ab initio* beperkt tot de vergoeding van schade in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW.

Bloembergen wijst erop dat schade in de zin van vermindering van vermogen (of van iets anders) weliswaar dikwijls zijn oorzaak vindt in wat men in het gewone spraakgebruik als feitelijke ‘beschadiging’ zou aanmerken, maar dat heel goed sprake kan zijn van een vermindering van vermogen (of iets anders) zonder een dergelijke beschadiging, bijvoorbeeld bij diefstal of oneerlijke concurrentie. En omgekeerd kan ook sprake zijn van ‘beschadiging zonder schade’, zoals bij beschadiging van een zaak die geen relevante (economische) waarde vertegenwoordigt.⁵ Zie over de vraag of een boom een relevante economische waarde vertegenwoordigt paragraaf 6.5.2. Een iets afwijkende opvatting lijkt te worden verkondigd door Sieburgh, waar zij meent dat uitgangspunt zou moeten zijn dat aan het begrip schade, wanneer het wordt gebruikt in de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW en in vele andere wetsbepalingen, zoveel mogelijk de betekenis wordt gehecht die daaraan in het spraakgebruik wordt toegekend.⁶ Een stap verder gaat Engelhard, waar zij spreekt van een ‘schadebegrip in de vestigingsfase’ en een ‘schadebegrip in de omvangfase’ (zie over die fasen ook paragraaf 3.3.2). Zij meent dat in de vestigingsfase van aansprakelijkheid moet worden aangesloten bij de betekenis van de feitelijke term in het spraakgebruik (het letsel, het overlijden, de zaaksbeschadiging, het leed etc.).⁷ Een en ander kan deels worden toegeschreven aan de mate van variatie en synonimiteit binnen een taalgebied. Zo wordt in het Engelse recht het juridische begrip *injury* wel geplaatst tegenover de meer ‘feitelijke’ begrippen *harm* en *loss* en kent men in het Franse taalgebied een gelijksoortig onderscheid tussen *dommage* en *préjudice*.⁸ Uiteindelijk draait het in het schadevergoedingsrecht natuurlijk om de vraag of sprake is van vergoedbare schade (*actionable loss*, *rechtlich ersatzfähiger Schaden*).

De wet geeft – afgezien van artikel 6:95 lid 1 BW dat aanwijst welke schade in abstracto voor vergoeding in aanmerking komt – geen algemene definitie van schade: de invulling van het begrip is door de wetgever grotendeels overgelaten aan doctrine en rechtspraak.⁹ Dat heeft ertoe geleid dat het juridische begrip schade flexibel en

5. Bloembergen 1965, nr. 16. Vergelijkbaar Lindenberg 1998, p. 78-79.

6. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 13.

7. Engelhard 2003, p. 25 en 29.

8. Tjong Tjin Tai 2016, p. 383-385. Zie ook Ronse & De Wilde 1984, nr. 7 en Edelman 2018, nr. 2-002.

9. Lindenberg 2014, nr. 31.

door de jaren heen bruikbaar is gebleven: door casuïstiek kan de strekking van het begrip nader worden bepaald en staat het schadevergoedingsrecht open voor maatschappelijke veranderingen. Aldus wordt de weg opengelaten voor wenselijke nieuwe toepassingen die door een sluitende definitie bij voorbaat zouden kunnen worden afgesneden. Zo komt schade, die vroeger niet als zodanig werd (h)erkend, thans voor vergoeding in aanmerking, in welk verband Lindenbergh spreekt van 'emancipatie van schadeposten'.¹⁰ De rekbaarheid van het juridische begrip schade biedt de rechter ook enige vrijheid om nadelen buiten de reikwijdte van het juridische begrip schade en aldus buiten de sfeer van de vergoedbaarheid te houden.

3.2.2 *Feitelijk-natuurlijk of juridisch-normatief?*

In de literatuur bestaat debat over de vraag op welke wijze het begrip schade moet worden geïnterpreteerd. Met betrekking tot het oude recht ging het daarbij in het bijzonder om de uitleg van het begrip schade in de zin van artikel 1401 (oud) BW. Dat debat spitste zich deels toe op de vraag of aan het begrip een meer juridisch-normatieve inhoud moet worden toegedicht of dat het op een meer feitelijk-natuurlijke wijze moet worden opgevat. In het eerste geval zou de inhoud van het begrip schade vooral worden bepaald door juridische normen; in het tweede geval zou schade primair een feitelijk-natuurlijk gegeven zijn dat wordt uitgelegd aan de hand van het (niet-juridische) spraakgebruik. Zo wijst Wendt erop dat een reductionistische opvatting leidt tot een feitelijk ('naturalistisch') begrip, en dat een niet-reductionist er makkelijker toe zal overgaan een normatief begrip schade voor te staan; de laatste zou volgens Wendt over een veel beter kader beschikken om de fenomenen schade en schadevergoeding in het recht te begrijpen.¹¹ Een tegengestelde visie treft men bij Simoens, die meent dat schade en schadeloosstelling weliswaar op elkaar aansluiten, maar zich niet op dezelfde lijn bevinden: waar de schade volgens hem een feitelijk gegeven is, duidt de schadeloosstelling op het 'rechtsbeleid dat tegenover die feitelijkheid wordt gevoerd'.¹²

Uiteindelijk lijken de opvattingen wat betreft hun uitwerking niet ver uiteen te lopen: men lijkt het erover eens dat vroeg – bij beantwoording van de vraag of sprake is van *in abstracto* voor vergoeding vatbare schade – of laat – bij de vraag hoe ver de vergoedingsplicht van de aansprakelijke in het concrete geval strekt – keuzes moeten worden gemaakt waarbij (ook) normatieve aspecten een rol spelen.¹³ Zo kan men er bijvoorbeeld voor kiezen een nadeel in een zogenoemd 'niet-rechtmatige belang' – zoals de vernietiging van een verzameling kinderporno, het bederven van een voorraad illegale drugs of de ontneming van de mogelijkheid 'zwart' geld te verdienen – buiten de reikwijdte van het juridische begrip (vermogens)schade te houden, maar kunnen dergelijke 'feitelijke nadelen' ook kwalificeren als *in abstracto* vergoedbare schade maar vervolgens alsnog buiten de sfeer van de vergoedbaarheid worden geplaatst op grond van artikel 6:163 of artikel 6:98 BW. De controverse omtrent de aard van het begrip

10. Lindenbergh 2014, nr. 32 en Lindenbergh 2006a, p. 110.

11. Wendt 2008, p. 57.

12. Simoens 1999, p. 13.

13. Lindenbergh 2014, nr. 32.

schade is daarom ook wel afgedaan als een ‘strijd om des keizers baard’¹⁴ en als een ‘subtiële discussie omtrent het geslacht der engelen’.¹⁵

De discussie over de aard van het begrip schade is aldus van betekenis voor de vraag welke methode van rechtsvinding in het algemeen zou moeten prevaleren bij de interpretatie van het begrip. Vat men schade primair op als een natuurlijk-feitelijk gegeven, dan plaatst men het juridische uitlegkarakter van het begrip op de achtergrond. In voorkomende gevallen zal men evenwel geneigd zijn meer gewicht toe te kennen aan een *wetssystematische* interpretatie (in het licht van welke regel of regels speelt de vraag naar de betekenis van het begrip schade?) of *teleologische* interpretatie (wat wordt met de betreffende rechtsregel beoogd?). Schade is uiteindelijk een *functioneel* begrip: het vervult een rol bij de verwezenlijking van de doeleinden van aansprakelijkheidsrecht.¹⁶ Dat kan betekenen dat (ook) aspecten van redelijkheid, doelmatigheid en doeltreffendheid van betekenis kunnen zijn voor de wijze waarop de inhoud van het begrip schade wordt omlijnd.¹⁷

Hoewel juristen tot op zekere hoogte op een eigen wijze invulling geven aan de inhoud van het begrip schade, ligt het niet voor de hand dat zij het begrip uitleggen op een wijze die geheel is losgezongen van wat men daar in het algemeen spraakgebruik onder verstaat. Dat lijkt onverenigbaar met de maatschappelijke rol van het aansprakelijkheidsrecht. Zo wijst Schut erop dat het begrip schade ondanks zijn eigen, juridische ‘geaardheid’ structureel verbonden blijft aan een of meer ‘buitenrechtelijke’ schadebegrippen:

‘Zonder zaakbeschadiging (fysieke schade), verwonding (biotische schade), smart (psychische schade), ontsiering (esthetische schade), vermogensvermindering (economische schade) en dergelijke is geen rechtelijk nadeel denkbaar.’¹⁸

3.2.3 Taakverdeling feitenrechter en cassatierechter

Ook op het punt van de taakverdeling tussen feitenrechter en cassatierechter is de aard van het begrip schade van betekenis. Uit de cassatiegrond ‘schending van het recht’ (artikel 79 RO) vloeit immers voort dat de Hoge Raad zich onthoudt van inmenging op het terrein van de feiten.¹⁹ Zou de vaststelling dat schade is geleden een zuiver feitelijke beslissing inhouden, dan zou het schadeoordeel zich in cassatie onttrekken aan controle op juistheid; hooguit op het punt van de motivering zou dan nog enige controle kunnen plaatsvinden. Het oordeel dat sprake is van schade in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW is evenwel (minstens ten dele) een rechtsbeslissing: bij de toepassing van artikel 6:95 lid 1 BW gaat de rechter expliciet dan wel impliciet uit van een

14. Spier 1998, p. 7.

15. Viaene 1976, p. 235.

16. Lindenbergh 2014, nr. 30.

17. Lindenbergh 2013, p. 1-31 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 37.

18. Schut 1963, p. 155.

19. Tjittes & Asser 2011, p. 74.

bepaalde opvatting omtrent de algemene betekenis van de in die bepaling voorkomende begrippen ('vermogensschade' en 'ander nadeel') en dus omtrent de strekking van de in artikel 6:95 lid 1 BW vervatte regel. Dat betekent dat het tot de taak van de Hoge Raad moet worden gerekend het oordeel van de feitenrechter in zoverre volledig op juistheid te toetsen. Voor zover de feitenrechter oordeelt over de vraag of in een voorliggend geval bepaalde feiten 'onder die begrippen' kunnen worden gebracht, zou men kunnen zeggen dat de beslissing meer van feitelijke aard is en dat daarom aan de feitenrechters een grotere speelruimte toekomt, en de Hoge Raad alleen kan toetsen op motiveringsgebreken.²⁰

De Hoge Raad acht zich bevoegd te oordelen over de vraag of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het juridische begrip schade, zo volgt uit de arresten *ENCI/Lindelauf*, *AMC/O* en *Druijff/Bouw*.²¹ Ten aanzien van het oordeel over de *omvang* van de schade stelt de Hoge Raad zich terughoudender op.²² Het is immers aan de feitenrechter om in concrete gevallen de omvang van de schade vast te stellen en daarbij wordt hem de nodige vrijheid geboden.²³ De *uitkomst* van de schadebegroting blijft als zodanig 'buiten schot'. Ook feitelijke aannames, zoals die betrekking hebben op de hypothetische situatie zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis of op toekomstige ontwikkelingen, zijn slechts aan de motiveringscontrole onderworpen omdat deze geen beoordeling van het recht vergen. Wel rekent de Hoge Raad het tot zijn taak om te oordelen over de vraag of de feitenrechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ter zake van de *wijze waarop* de schade moet worden begroot: de schade wordt krachtens artikel 6:97 BW immers begroot op de wijze die met de aard ervan *het meest in overeenstemming* is, wat een toetsbare rechtsopvatting op dit punt impliceert.

3.3 STRUCTURELE ELEMENTEN

3.3.1 Schadestructuur en schadeobject

Omdat het begrip schade een in het algemeen spraakgebruik gevestigd begrip is, en daaromtrent dus een zekere algemene begripsvorming bestaat, ligt de eerste inspiratiebron voor de interpretatie van het juridische begrip schade in die algemene, 'buitenjuridische' betekenis. Aan het woord zijn Lange en Schiemann:

'Einen in ursprünglichen Sinn des Wortes natürlichen Schadensbegriff gibt es nicht. Richtig ist aber, daß die Rechtsordnung mit dem Begriff Schaden an ein vorrechtliches Verständnis anknüpft.'²⁴

20. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015, nrs. 146-147.

21. HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*), HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*) en HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/Bouw*).

22. Lindenbergh 2014, nr. 31.

23. Klaassen 2017, nr. 7.

24. Lange & Schiemann 2003, p. 38.

Bij de logisch-taalkundige interpretatie van het begrip schade zou men de definitie die het woordenboek daaraan geeft als vertrekpunt kunnen nemen.²⁵ Het woordenboek geeft twee definities: ‘nadeel dat voor iemand of voor een bepaald belang uit een gebeurtenis, handeling of handelwijze voortvloeit’ of ‘al wat de gaafheid van iets tenietdoet en (daardoor) de waarde of functie ervan vermindert’.²⁶ Heel veel verder is men dan nog niet. In de schadevergoedingsrechtelijke literatuur is het begrip dan ook dieper doordacht en heeft het begrip ‘een zeer rijke inhoud’ gekregen.²⁷

Ten aanzien van het begrip schade pleegt men in de rechtsliteratuur twee hoofdaspecten te onderscheiden: er is ten eerste een *nadeel* of een *vermindering* (het structuuraspect), en wel in ‘iets’ (het objectaspect).²⁸ Het begrip schade heeft dus zowel een structurele als een inhoudelijke betekenis.²⁹ Het structuuraspect betreft de wezenlijke kenmerken van het begrip, die men zou kunnen ‘losdenken’ van het object waarop het begrip in een concreet geval kan worden betrokken.³⁰ De gedachte is dat alles wat aantastbaar is iets gelijksoortigs ondergaat wanneer sprake is van schade. Het objectaspect betreft de vraag wat het is dat een vermindering ondergaat (de gezondheid, de integriteit van een zaak, een vermogen etc.). Spreekt men in een concreet geval van schade, dan is er dus sprake van een schadeobject waarop de schadestructuur wordt betrokken (zie hierna paragraaf 3.4).

Mommsen wordt wel gezien als de grondlegger van de theorievorming omtrent het begrip schade. Hij definieert het begrip als een van de eersten aan de hand van zijn meer formele structuur, ook wel aangeduid als de ‘verschiltheorie’ (*Differenzhypothese* of *Differenztheorie*). Zoals eerder geciteerd (in paragraaf 1.1), omschrijft Mommsen schade (*Interesse*) als:

‘(...) die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Daswischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.’³¹

In deze benadering zijn bijna alle structurelementen van het begrip schade te herkennen. Het waren uiteindelijk Ronse en Bloembergen die – voortbouwend op Mommsens hypothese – in de Nederlandstalige literatuur een nog wat scherper onderscheid aanbrachten tussen schadestructuur en schadeobject.³² Ronse omschrijft schade als:

‘de uitkomst van de vergelijking tussen de huidige toestand van het slachtoffer met de hypothetische toestand waarin het zich op hetzelfde ogenblik zou bevonden hebben, moest

25. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 13.

26. Aldus Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal (2015).

27. Viaene 1976, p. 542.

28. Bloembergen 1965, nr. 11 e.v.

29. Viaene 1976, p. 219.

30. De Groot 1982, p. 12 en Viaene 1976, p. 257.

31. Mommsen 1855, p. 3.

32. Viaene 1976, p. 259.

het schadegeval zich niet hebben voorgedaan, de waarde van het schadeverhaal buiten beschouwing gelaten.³³

Bloembergen gaat een stap verder en constateert dat alle definities van schade neerkomen op een vermindering of nadeel en wel een vermindering of nadeel 'in iets': hij analyseert eerst 'schade als vermindering' (en ontleedt dit element in verschillende subelementen) en gaat vervolgens in op de vraag wat er bij schade in de zin van artikel 1401 (oud) BW vermindert (vermogen en 'lustgevoelens').³⁴

Het structuuraspect van schade laat zich nader ontleden in minstens vijf (onderling sterk verweven) subelementen, die ik hierna bespreek.

3.3.2 *Het causale element*

In de eerste plaats wordt schade wel aangemerkt als een *causaal* begrip: het gaat steeds om nadeel dat voortvloeit uit een bepaalde gebeurtenis. Het begrip ziet op het gevolg van een gebeurtenis, en veronderstelt aldus een ontwikkeling die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest. Bloembergen merkt hierover op:

'Men kan (...) vaak tweeërlei redeneermethode volgen. In de eerste plaats kan men als uitgangspunt nemen, dat er schade geleden is en zich vervolgens afvragen, wat nu de oorzaak van die schade is: de onrechtmatige daad of de andere gebeurtenis. Men kan echter ook vragen: is er wel schade geleden, want zou precies dezelfde situatie niet zonder de onrechtmatige daad ook ontstaan zijn?'³⁵

De gedachte dat van schade kan worden gesproken in situaties waarin (nog) geen oorzaak in beeld is, althans het oorzakelijk verband met een bepaalde gebeurtenis onzeker is, getuigt volgens een enkeling van een onvolledig begrip van wat schade is: de causaliteit zou een 'onafscheidelijke component' of 'ingrediënt' van de schade zijn.³⁶ Schade is, anders gezegd, een *relatief* begrip: zij bestaat in relatie tot een concreet veronderstelde oorzaak.³⁷ Bestaat die oorzaak in een normschending, dan worden de contouren van het begrip schade dus door een juridische grondslag bepaald.³⁸ Zo dient de werkgever die aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW wegens schending van een zorgplicht voor de veiligheid van de werknemer de werknemer te plaatsen in de situatie waarin deze *zonder het ongeval* zou hebben verkeerd, maar dient de werkgever die aansprakelijk is op grond van artikel 7:611 BW wegens schending van de verplichting te voorzien in een behoorlijke verzekering tegen ongevalsschade de benadeelde te plaatsen in de situatie waarin deze zou hebben verkeerd wanneer een

33. Ronse 1954, nr. 7.

34. Bloembergen 1965, nrs. 11-18.

35. Bloembergen 1965, nr. 12.

36. Cornelis 2004, p. 249-275.

37. Tjong Tjin Tai 2017, p. 11 en Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 2.

38. Lindenberg 2010, p. 901-909.

behoorlijke verzekering zou zijn afgesloten.³⁹ Omdat de normschending in het laatste geval is gelegen het verzaken van de plicht een behoorlijke verzekering af te sluiten, komen niet zozeer alle gevolgen van het ongeval in beeld, maar slechts de 'gederfde verzekeringsdekking'.

Het causale element van het begrip schade geeft regelmatig aanleiding tot gepuzzel. Zo stelt Tjong Tjin Tai dat de hierboven geciteerde frase van Bloembergen aanleiding geeft tot misverstanden.⁴⁰ De moeilijkheid hangt deels samen met de gedachte dat het bij schade en causaal verband zou gaan om twee min of meer losstaande vereisten voor aansprakelijkheid. Zo verplicht in beginsel iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar tot vergoeding van de 'schade' die de schuldeiser 'daardoor' lijdt (artikel 6:74 BW), en is hij die jegens een ander een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt verplicht tot vergoeding van de 'schade' die de ander 'dientengevolge' lijdt (artikel 6:162 BW). Volgens Tjong Tjin Tai, die het causale element van het begrip schade recent uitvoerig analyseert, gaat het bij de causaliteit in de vestigingsfase van aansprakelijkheid om een andersoortige causaliteit dan in de omvangfase van de aansprakelijkheid.⁴¹ Hij stelt daarbij vast dat men het begrip schade op (minstens) drie niveaus pleegt toe te passen, namelijk:

1. op de *schadegebeurtenis* zelf (het ongeval, een inbreuk, het letsel noemt men 'schade'),
2. op de *latere gevolgen* daarvan (de schadeposten of schadefactoren, zoals het maken van kosten of het missen van inkomsten, vormen 'schade'), of
3. op de *uitkomst van de hypothetische vergelijking* die in de begrotingsfase nodig zou zijn om de schadeomvang vast te stellen (het bedrag is de 'schade').

Daarnaast maakt Tjong Tjin Tai onderscheid tussen twee soorten causaliteit: *werkelijke* en *hypothetische* causaliteit. Het onderscheid zou hierin gelegen zijn, dat weliswaar bij beide typen van causaliteit een vergelijking wordt gemaakt met 'een hypothetische situatie', maar dat deze vergelijking bij de vestiging van aansprakelijkheid betrekkelijk onprecies kan blijven en dat bij de begroting van de schade een meer exacte vergelijking noodzakelijk is.

Voor de vestiging van aansprakelijkheid zou volgens Tjong Tjin Tai voldoende zijn dat sprake is van een *condicio sine qua non*-verband tussen fout en 'schade' in de zin van het eerstgenoemde niveau: als zonder normschending geen sprake zou zijn van bijvoorbeeld een ongeval, een inbreuk of van letsel, dan is er een causaal verband tussen de fout en die 'schade'. Hij spreekt daarom van 'werkelijke causaliteit' waar het gaat om de vraag of een daadwerkelijk ontstane (nadelige) toestand ook zou zijn verwezenlijkt als de fout zich niet had voorgedaan. Een ontkennend antwoord zou dan reeds voldoende zijn voor het aannemen van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband); slechts wanneer als causaliteitsverweer een vrij concrete alternatieve oorzaak voor die 'schade' wordt aangedragen zou het *condicio sine qua non*-verband

39. HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

40. Tjong Tjin Tai 2016, p. 383.

41. Tjong Tjin Tai 2016, p. 383-387 en Tjong Tjin Tai 2016a, p. 2239-2244, en daarop mede voortbouwend Tjong Tjin Tai 2017.

nader onderzoek behoeven. Voor vestiging van aansprakelijkheid zou dus volstaan dat de situatie zoals die in *werkelijkheid* is zich niet zou hebben gerealiseerd; wat er anders zou zijn gebeurd hoeft niet precies bekend te worden.

Bij de vaststelling van de omvang van de schade – de schadebegroting – zou het daartegen gaan om wat Tjong Tjin Tai *hypothetische* causaliteit noemt: de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Hier zou meer precisie noodzakelijk zijn ten aanzien van de vraag wat er zou zijn gebeurd zonder de normschending. Om te weten wat de omvang is van de schade – schade in de derde genoemde betekenis – moet men de hypothetische situatie nauwkeurig(er) uittekenen.

De analyse van Tjong Tjin Tai is binnen dit bestek vooral van betekenis waar hij laat zien hoezeer het causaliteitsdenken is verweven met het denken in termen van schade, en dat men steeds goed voor ogen moet houden wat specifiek met ‘schade’ wordt bedoeld, althans op welk niveau men de schade beziet, en – daarmee samenhangend – scherp moet zien welk type causaliteitsvraag in het concrete geval aan de orde is. Vaak wordt onderscheid gemaakt tussen de *vestigingsfase* en de *omvangfase* van aansprakelijkheid.⁴² Daarmee zou dan corresponderen het onderscheid tussen enerzijds het causaal verband in de vestigingsfase – vervat in de begrippen ‘dientengevolge’ of ‘daardoor’ in artikel 6:162 respectievelijk artikel 6:74 BW – en anderzijds het ‘juridisch causaal verband’ in de omvangsfase, waarop artikel 6:98 BW zou zien. Het onderscheid is weliswaar functioneel, maar dogmatisch betrekkelijk. De verbin-tenis tot schadevergoeding die wordt ‘gevestigd buiten’ afdeling 6.1.10 BW, is immers *ab initio* beperkt tot de vergoeding van schade in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW (vergelijk paragraaf 3.2.1). Waar een wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid het vereiste van ‘schade’ stelt, kan dat bezwaarlijk worden opgevat als iets anders dan de voor vergoeding in aanmerking komende schade in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW; voor zover geen sprake is van *in abstracto* vergoedbare schade in de zin van dat artikel, of die schade althans *in concreto* niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend, bestaat geen aansprakelijkheid.

3.3.3 *Het vergelijkingselement*

Schade is de uitkomst van een vergelijkende denkoefening. Steeds worden twee toestanden vergeleken: de toestand, zoals die na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is en de toestand zoals die zonder die gebeurtenis zou zijn geweest.⁴³ Dit element van het begrip schade is in het bijzonder van belang voor de vraag op welke wijze schade moet worden vastgesteld. Schade bestaat immers in een verschil dat zich door vergelijking laat vaststellen; rekenkundig uitgedrukt is zij het resultaat van een aftreksom. Men refereert dan ook dikwijls aan de eerder genoemde *Differenzhypothese* van Mommsen als basis voor de wijze waarop schade moet worden vastgesteld.

42. Hierover onder meer Verheij 2015, nr. 4.3, Van Dunné 2018, p. 840-853 en Klaassen 2017, nr. 19.

43. Bloembergen 1965, nr. 13.

3.3.4 *Het hypothetische element*

In het voorgaande ligt min of meer besloten dat schade een vergelijking impliceert met een fictieve toestand, namelijk: de situatie zonder de gebeurtenis die als schade-oorzaak is aangewezen. Het begrip kent daarmee structureel een *hypothetisch* element: men vergelijkt een werkelijke toestand met de toestand zoals die zonder een bepaalde gebeurtenis zou zijn geweest.⁴⁴ Die toestand is per definitie onwerkelijk, omdat die gebeurtenis – de normschending – realiteit is. Het begrip schade kent daarmee een structureel onzeker element, dat eigen is aan het argumentatieschema van het causaal verband.⁴⁵ Hierin schuilt een paradox: in het schadevergoedingsrecht geldt dat de *werkelijke* schade slechts kan worden bepaald door vergelijking met een *onwerkelijke* situatie.⁴⁶

Dat schade altijd duidt op een verschil met een denkbeeldige, betere situatie, betekent niet dat men steeds van schade zal spreken wanneer men zich ook maar enige voorstelling van 'iets beters' kan maken: het begrip veronderstelt – impliciet – dat het reëel *denkbaar* is dat een bepaalde gebeurtenis zou zijn uitgebleven of een bepaald voordeel zou zijn genoten als een bepaalde gebeurtenis was uitgebleven. Tjong Tjin Tai noemt het onzinnig te stellen dat iemand schade lijdt doordat hij niet door de tijd heeft kunnen reizen, maar stelt wel dat van schade kan worden gesproken wanneer door slecht weer dakpannen van daken waaien waardoor ramen sneuvelen: denkbaar is immers dat de bui zou zijn uitgebleven.⁴⁷ In het schadevergoedingsrecht draait het doorgaans om de gevolgen van een normschending die achterwege had moeten blijven, en die met de vergoeding zoveel mogelijk moeten worden weggenomen; een hypothetisch scenario zonder normschending is – uitgaande van realistische aansprakelijkheidsnormen – reëel denkbaar.

Juristen en andere deskundigen die zich met schadekwesties bezighouden worden wellicht meer dan wie ook geconfronteerd met de moeilijkheden van het denken in hypothetische scenario's. Daarover merkt Viaene op:

'Veronderstellingen maken omtrent een gemiste toekomst is geen aanlokkelijke opdracht. Geen enkele wetenschap – en zeker de positivistisch ingestelde niet! – wordt graag voor zulke taak gesteld. De historicus of de econoom laat zich zelden verleiden door de vraag hoe het allemaal zou verlopen zijn hadden bepaalde gebeurtenissen zich niet voorgedaan. Hoe de wereld er zonder Hitler en hoe de economische toestand er zonder de Kipoeroorlog zou uitgezien hebben, zijn thema's die niemand erg au sérieux neemt. Toch houdt de juridische schadeleer zich met dit soort denken bijna twee eeuwen ernstig bezig. De opdracht aan het recht gesteld lijkt bijgevolg een uitdaging in te houden van de elementairste regels van de wetenschappelijke voorzichtigheid.'⁴⁸

44. Bloembergen 1965, nr. 14 en Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 3.

45. Viaene 1976, p. 351.

46. Nieuwenhuis 2005, p. 90.

47. Tjong Tjin Tai 2017, p. 5.

48. Viaene 1976, p. 354.

Volgens Nieuwenhuis vormt het hypothetische element van het begrip schade de kern van het schadevergoedingsrecht:

‘Naar gangbare opvatting draait het gehele schadevergoedingsrecht om één Archimedis ch punt: hoe zou de benadeelde ervoor staan indien de gebeurtenis waarop de aansprakelij kheid berust, achterwege zou zijn gebleven?’⁴⁹

Het hypothetische element van het begrip schade doet zich in het bijzonder gevoelen waar het aankomt op het bewijs van (de omvang van) de schade. De situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is immers per definitie een fictie, en kan dus als zodanig niet als een feitelijkheid worden bewezen.⁵⁰ Men spreekt dan ook in het algemeen van de situatie zoals die vermoedelijk of waarschijnlijk zou zijn geweest; het komt bij de begroting van de schade aan op redelijke verwachtingen ten aanzien van die situatie. Akkermans spreekt in dit verband van *ontische* onzekerheid: het is niet mogelijk een hypothetische situatie vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Het gaat, anders gezegd, niet om een onzekerheid die te wijten is aan een gebrek aan kennis of aan tekortkomingen in kennisverwerving (*epistemische* onzekerheid), maar om een ‘objectieve’ onzekerheid.⁵¹ Daarom wordt in verband met de vaststelling van schade, waarvoor niettemin concrete aannames moeten worden gedaan, ook wel gesproken van ‘professioneel koffiedikkijken’.⁵² Met het verstrijken van de tijd wordt hooguit iets meer ‘virtuele zekerheid’ verkregen omtrent de hypothetische situatie zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.⁵³

3.3.5 *Het waarderingselement*

In de begrippen schade, vermindering en nadeel ligt telkens een element van waardering besloten: iets is er in enig opzicht op achteruitgegaan. Zonder maatstaf van waarde kan een verandering worden aangemerkt als een vermindering noch als een verbetering; schade is in zoverre een axiologisch begrip.⁵⁴ Dat geldt evenzeer voor het spiegelbeeldige begrip voordeel: spreekt men van nadeel of voordeel dan impliceert dit immers een *waardering* van een feit. Om van schade te kunnen spreken, dient men dus uit te gaan van een zeker waarderend perspectief; het begrip schade heeft een evaluatief karakter. Anders dan wel wordt gesuggereerd, is ‘nadeel’ dus nooit *zuiver* feitelijk.⁵⁵ Viaene beschrijft in dit verband treffend het verschil tussen verandering en verlies:

‘Elke verandering aan een zijnswijze toegebracht betekent (...) nog geen verlies (of winst). Wie een gat maakt in een ruit verandert de zijnswijze van de ruit, maar om over ‘schade’

49. Nieuwenhuis 2006, p. 138-139.

50. De Groot & Akkermans 2007, p. 501-509 en Dijkshoorn & Lindenberg 2010, p. 538-542.

51. Akkermans 2002, p. 115.

52. Lindenberg 2013a, p. 8.

53. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 3.

54. Verburg 2009, p. 41.

55. Tjong Tjin Tai 2017, p. 7.

(verlies) te spreken moeten we haar nieuwe zijnswijze nog als minder goed ervaren. Het gat dat erin gemaakt werd, om een ventilator te plaatsen b.v., brengt ons geen beschadigde ruit, want zulke verandering is 'nuttig'. Over verlies of schade toegebracht aan de zijnswijze van een object, kan bijgevolg nooit gesproken zonder terzelfdertijd er een waarde in te betrekken.⁵⁶

Men kan de waardedimensie ook de normatieve dimensie noemen, voor zover het begrip schade zou impliceren dat er een zeker ongewenst voorval is geweest dat niet had moeten plaatsvinden en waarvan het uitblijven ook mogelijk was.⁵⁷ Schade heeft immers dikwijls een negatieve connotatie.

Het waarde-element is dikwijls te herkennen in het voor de schade gebruikte adjectief: bij het spreken van financiële schade, ecologische schade, esthetische schade, economische schade, gezondheidsschade etc. verwijst men naar de waarde die in het geding is, namelijk het vermogen, het milieu, de schoonheid, de welvaart, de gezondheid etc. Volgens Simoens kan het begrip waarde beter worden vervangen door 'belang' of 'interesse'; hij wijst in dit verband op het Franse begrip *intérêt* en het Duitse begrip *Interesse*.⁵⁸ Waarden zouden immers ontstaan uit de interesse of belangstelling die de mens voor de dingen heeft. Waarden zijn, met andere woorden, toe te schrijven aan een waarderend perspectief van waaruit aan de dingen een betekenis wordt gegeven. Waarden worden veelal *kwalitatief* uitgedrukt; voor het beoordelen van de mate waarin sprake is van een vermindering in een bepaalde waarde, zal een meer *kwantitatieve* maatstaf nodig zijn.⁵⁹

3.3.6 Het tijdselement

3.3.6.1 Schade veronderstelt een referentiepunt in de tijd

Het begrip schade kent een tijdselement. Bezieet men de meer structureel omschreven definities van schade, dan blijkt dat het begrip telkens een referentiepunt in de tijd impliceert, althans dat men een zeker tijdsmoment tot uitgangspunt neemt waarop de schadevergelijking is geijkt.⁶⁰ Zo definieert Mommsen schade (*Interesse*) als:

'(...) die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe *in einem gegebenen Zeitpunkte* ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Daswischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses *in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte* [cursiveringen MRH] haben würde.'⁶¹

56. Viaene 1976, p. 419-420.

57. Tjong Tjin Tai 2017, p. 5.

58. Simoens 1999, p. 27.

59. Verburg 2009, p. 42.

60. Deurvorst 1994, p. 45. Zie ook Chappius 2007, p. 73 e.v.

61. Mommsen 1855, p. 3.

Men herkent in de definitie van Ronse hetzelfde tijdselement, waar hij schade omschrijft als:

‘de uitkomst van de vergelijking tussen *de huidige toestand* van het slachtoffer met de hypothetische toestand waarin het zich *op hetzelfde ogenblik* [cursiveringen MRH] zou bevonden hebben, moest het schadegeval zich niet hebben voorgedaan, de waarde van het schadeverhaal buiten beschouwing gelaten.’⁶²

Men is voor de vaststelling dat sprake is van schade, en wel in een bepaalde omvang, steeds afhankelijk van een zeker moment waarnaar men zich richt. Een en ander ligt ook besloten – zij het meer impliciet – in het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat schade wordt vastgesteld door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Daarvoor geldt immers dat men een vergelijking moet maken tussen de toestand van het schadelijdende object *op een zeker moment* en de toestand waarin datzelfde object zich *op hetzelfde moment* zou hebben bevonden, indien de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.⁶³ Het gaat dus om een vergelijking tussen twee naar een gelijk moment gemeten situaties: de werkelijke situatie op een zeker moment na de normschending en de situatie zoals die zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis op dat moment zou zijn geweest.⁶⁴ Volgens Viaene is dit noodzaak:

‘Geen enkel object – zeker het vermogen niet – blijft doorheen de tijd een eeuwig vaste gedaante vertonen, zodat met deze opgang of neergang steeds en altijd – ook na de beschadiging – rekening moet worden gehouden om schade te definiëren. (...) Vandaar dat de vergelijking tussen wat het patrimonium vroeger was en wat het patrimonium na de beschadiging is geen juiste operatie kan genoemd worden. Hetzelfde mag gezegd van gelijk welk ander beschadigbaar object (...).’⁶⁵

Dat het begrip schade telkens een zeker peilmoment vereist leidt er volgens Nolan toe dat men nooit met zekerheid kan zeggen of iemand *per saldo* in een minder gunstige positie is gebracht: op een zeker beoordelingsmoment kan iemands toestand weliswaar als een achteruitgang worden gezien, maar latere gebeurtenissen, die eveneens verband houden met de (beweerdelijk) schadeveroorzakende gebeurtenis, kunnen daarop weer een nieuw licht werpen:

‘At the relevant time (such as the time of trial) it looks as if the person is going to be worse off (...), so that here ‘loss’ really means ‘apparent loss’, as judged at that time.’⁶⁶

62. Ronse 1954, nr. 7.

63. De Groot 1982, p. 122.

64. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 15.

65. Viaene 1976, p. 269.

66. Nolan 2017, p. 256.

Nolan wijst daarbij op het voorbeeld van een foutief beleggingsadvies als gevolg waarvan de geadviseerde zijn geld riskanter belegt dan zoals hij bij het juiste beleggingsadvies zou hebben gedaan. Volgens Nolan is het in een dergelijk geval onmogelijk enig moment in de tijd aan te wijzen waarop valt te zeggen of de belegger per saldo schade lijdt: een maand nadat hij de investering doet lijkt het misschien alsof hij slechter af is omdat zijn investering in waarde is gedaald, maar bij een latere *rebound* kan blijken dat hij – alsnog – in een gunstiger positie is terechtgekomen (die later weer kan veranderen). Iemand die letsel oploopt door een verkeersongeval zal nooit kunnen uitsluiten dat het ongeval hem behoeftte voor een veel groter onheil dat hem zou hebben getroffen als het ongeval hem niet had belet zijn reis voort te zetten. Is dan bij overlijden van het slachtoffer niet met zekerheid te zeggen dat het slachtoffer in mindere positie is gebracht? Volgens Nolan waarschijnlijk niet:

‘One obvious difficulty is whether by killing someone you make that person ‘worse off’, since ‘worse off’ implies a comparison between two differing states of existence.’⁶⁷

Dat het bij schade gaat om een nadelig gevolg dat zich op een bepaald moment ontvouwt, betekent dat het moment waarop schade intreedt samenhangt met de vraag waarin de schade bestaat: het begrip schade en het schademoment zijn met elkaar verweven. Het lijkt in dit verband geen toeval dat de vraag *wanneer* schade wordt geleden kan worden opgevat als dat het vraagwoord betrekking heeft op het *moment waarop* schade wordt geleden (een tijdsduiding), maar ook als een vraag naar de *omstandigheden waaronder* wordt gesproken van schade (een inhoudsduiding). Een en ander is juridisch van betekenis: het moment waarop schade wordt geleden bepaalt immers in de regel het moment waarop de aanspraak op vergoeding van schade ontstaat (en heeft ook betekenis voor de begroting, waarover paragraaf 4.4.1). Zo is de verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad het rechtsgevolg van een samengesteld rechtsfeit, waarvan de elementen van artikel 6:162 BW de samenstellende delen vormen; zolang een van die elementen zich nog niet heeft verwezenlijkt is het samengestelde rechtsfeit niet compleet en kan het rechtsgevolg – het ontstaan van de verbintenis – dus niet intreden.⁶⁸ De schade is een van die samenstellende delen. Omdat de schade het element is dat zich steeds het laatste zal voordoen, ontstaat de verbintenis tot schadevergoeding eerst op het tijdstip waarop de schade ontstaat. Naar Nederlands recht geldt als uitgangspunt dat schadevergoeding wordt voldaan in geld (artikel 6:103 BW): met het ontstaan van de schade ontstaat dus in de regel een verbintenis tot betaling van een geldsom, die in beginsel gelijk is aan de in geld uitgedrukte omvang van de schade.

Dat het begrip schade en het schademoment met elkaar zijn verweven, valt ook te herkennen in de – overigens van de heersende leer afwijkende – visie van Van Opstall, die stelt dat schade wordt geleden zodra gunstige mogelijkheden of gunstige kansen voor de benadeelde zijn weggenomen of verminderd. Dat geschiedt volgens zijn benadering reeds onmiddellijk op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

67. Nolan 2017, p. 263.

68. Bloembergen 1965, nr. 94 en Lindenbergh 2014, nr. 35.

In lijn daarmee bestaat volgens hem slechts toekomstige schade in gevallen zoals een *dreigende* inbreuk op een octrooi of het *mogelijk* niet verrichten in de toekomst van een prestatie waarvan het verrichten eerst in de toekomst moet geschieden.⁶⁹

3.3.6.2 *Momentschade*

Een ander tijdsaspect van schade betreft het onderscheid dat men wel maakt tussen *momentschade* en *duurschade*, ook wel aangeduid als momentane respectievelijk doorlopende, successievelijke of voortdurende schade.⁷⁰ Wat deze begrippen tot uitdrukking brengen, is dat de schade soms wordt gezien als iets dat zich manifesteert in een enkel moment of ogenblik, en soms een bepaalde tijdsperiode zou beslaan.

Een momentschade is in zoverre ‘tijdeloos’ dat zij wordt geacht zich te manifesteren op een enkel, ondeelbaar moment, doorgaans tegelijk met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Dat is van betekenis voor de vraag welke feiten en omstandigheden van betekenis zijn bij de schadevaststelling: als een schade op een bepaald moment (volledig) wordt geleden, dan zijn latere gebeurtenissen op het bestaan en de omvang van die reeds ingetreden momentschade in beginsel niet van invloed. Alleen op nog niet ingetreden schade kunnen gebeurtenissen van later datum – oftewel: gebeurtenissen gelegen tussen de normschending en het intreden van de schade – invloed hebben. Zo zijn bijvoorbeeld latere, hypothetische oorzaken van ‘dezelfde’ schade niet van invloed op de aansprakelijkheid van degene die verantwoordelijk is voor een eerdere, daadwerkelijke beschadiging van een zaak (zie paragraaf 5.3). De momentane schade wordt ook wel geplaatst in het kader van de zogeheten abstracties bij schadevaststelling, in de kern omdat zou worden ‘geabstraheerd’ van feiten en omstandigheden die zich na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis hebben voorgedaan, zoals het maken van kosten voor herstel of vervanging of het zich verwezenlijken van een risico.

3.3.6.3 *Duurschade*

Bij duurschade is steeds sprake van een bepaalde ‘schadebron’: een ingetreden toestand waaruit gedurende een bepaalde periode nadelen voortvloeien. Zo kunnen in verband met fysiek of geestelijk letsel over een langere periode allerlei kosten noodzakelijk zijn, of wordt door arbeidsongeschiktheid inkomen gederfd dat op opeenvolgende momenten zou zijn genoten. Ook kan worden gedacht aan een bedrijf dat vanwege de beëindiging van een bepaalde samenwerking of vanwege brand of instorting gedurende een bepaalde periode winst derft. Wat men met het begrip duurschade tot uitdrukking brengt – althans in de sfeer van de vermogensschade – is dat de betreffende schadepost is samengesteld uit opeenvolgende deelschades die gedurende een zekere periode opeenvolgend worden geleden.⁷¹ Het gaat doorgaans om een relatief algemeen omschreven schadepost als paraplueterm, die gedetailleerder moet worden uitgewerkt in meerdere concretere ‘subposten’ die in de tijd bezien op

69. Van Opstall 1976, p. 204-209.

70. Dozy 1950, p. 334.

71. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 52.

opeenvolgende momenten het vermogen raken.⁷² Men spreekt in dit verband ook wel van ‘componenten’ van de gehele, voortdurende schade. De duurschade als verzamel-post groeit aldus over een bepaalde tijdsperiode aan.⁷³

Ten aanzien van duurschades doen zich eigensoortige problemen voor die bij (onmiddellijke) momentschades niet spelen, in de kern omdat de ‘deelposten’ van de duurschades pas gaandeweg met het verstrijken van de tijd opkomen. Dozy merkt daarover op:

‘Bij een doorlopende schade kan men het beloop der werkelijk geleden schade niet zo eenvoudig vaststellen. Juist omdat de schade zich hier over een tijdsverloop uitstrekt, moet men, om een reëel beeld van de schade te verkrijgen, wel rekening houden met gebeurtenissen, die zich na het ongeval gedurende bedoeld tijdsverloop voordoen (...).’⁷⁴

Doordat de als schade aan te merken gevolgen zich pas na verloop van tijd ontvouwen, kunnen zich problemen voordoen van meervoudige causaliteit (zie paragraaf 5.3). De kern van het probleem is dat het gaat om schade die – naar men dan veronderstelt – al wel is *veroorzaakt* maar nog niet is *geleden*, en dat gedurende de tussenliggende periode zich allerlei feiten en omstandigheden kunnen voordoen die de schadebegroting aan de hand van de vergelijkingsmethode bemoeilijken. In feite gaat het om een probleem dat eigen is aan alle schade die niet onmiddellijk maar pas na het verstrijken van enige tijd na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust wordt geleden.

Men spreekt voornamelijk van voortdurende schade wanneer de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust weliswaar behoort tot het verleden, maar de daardoor veroorzaakte (duur)schade ook na het tijdstip van de rechterlijke uitspraak (vermoedelijk) nog zal voortduren.⁷⁵ In dergelijke gevallen komt het veelal aan op een inschatting van de zogeheten ‘looptijd’ van de schade, althans ingeval van begroting bij voorbaat (artikel 6:105 BW). De rechter moet dan dus niet alleen de omvang van de deelschades bij voorbaat inschatten, maar ook de momenten waarop zij ‘vallen’ en dus ook het moment vanaf welke die deelschades niet meer zullen worden geleden. Het toekomstige deel van de voortdurende schade is dan nog niet ingetreden, zoals de in de toekomst te verwachten medische kosten en het derven van inkomsten die in de toekomst zouden zijn vergaard. Een en ander hangt uiteraard ook af van het moment waarop de rechter uitspraak doet (zie over toekomstige schade nader paragraaf 4.5).

Het onderscheid tussen momentschade en duurschade is niet steeds vanzelfsprekend, maar hangt samen met de wijze waarop de feitelijke situatie moet worden beschouwd of, anders gezegd, met de wijze waarop de inhoud van het begrip (vermogens)schade

72. Tjong Tjin Tai 2012, nr. 208.

73. Concl. A-G Huydecoper bij HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (Gemeente Leeuwarden/Los), nr. 10.

74. Dozy 1950, p. 334-335.

75. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 41.

wordt omlind.⁷⁶ Zo kan een slachtoffer van een ongeval waarvoor een ander aansprakelijk is, schade lijden doordat hij niet langer in staat is arbeid te verrichten. Men zou kunnen zeggen dat zijn vermogensschade een duurschade is die telkens bij gedeelten wordt geleden op de momenten waarop inkomsten zouden zijn genoten als het ongeval niet had plaatsgevonden. Het vermogen van de benadeelde wordt dan telkens op die momenten geraakt. De tegengestelde benadering houdt in dat het slachtoffer op het moment van het ongeval onmiddellijk zijn – op geld waardeerbare – mogelijkheden is ontnomen arbeid te verrichten en dat de schade in zoverre als een moment-schade moet worden beschouwd (zie paragraaf 7.2.2).⁷⁷ Een vergelijkbare tegenstelling is te herkennen in de situatie waarin iemand door een gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid winst derft. Men zou dan kunnen zeggen dat de schade wordt geleden telkens op de momenten waarop (of over de periodes waarover) winst zou zijn gemaakt. Daarentegen zou – althans in theorie – kunnen worden gesteld dat de benadeelde onmiddellijk is aangetast in zijn – op geld waardeerbare – *verwachting* van toekomstige winst (zie paragraaf 8.4.2.1).

3.4 VERMOGENSSCHADE EN ANDER NADEEL

3.4.1 Een tweesporig schadebegrip

Waar hiervoor het structuuraspect van schade uitvoerig is behandeld komt hier het objectaspect van schade aan de orde. De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft (artikel 6:95 lid 1 BW). De wet bepaalt aldus wat de *in abstracto* vergoedbare schade is: de verplichting tot vergoeding van schade is *ab initio* beperkt tot deze categorieën. Met het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade – dat overigens in vrijwel alle Europese rechtsstelsels te herkennen is – krijgt het begrip schade binnen juridische kaders aldus een tweesporig karakter.⁷⁸ Artikel 6:95 lid 1 BW vormt niet alleen de neerslag van de erkenning dat er naast vermogensschade ook ander nadeel bestaat dat recht kan geven op schadevergoeding, maar erkent bovendien dat zich dus wel degelijk ook nadeel kan voordoen dat niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁷⁹ Uit een bepaald feitencomplex moet het bestaan en de omvang worden afgeleid van nadeel dat kwalificeert als vermogensschade of als ander nadeel op vergoeding waarvan de wet uitdrukkelijk recht geeft, wil een aanspraak bestaan op vergoeding daarvan. Het betreft dus bij uitstek een kwestie van juridische kwalificatie. Omdat vermogensschade in beginsel steeds voor vergoeding in aanmerking komt en ander nadeel slechts indien daartoe een wettelijke grondslag bestaat, kan er voor betrokken partijen veel afhangen van de vraag of bepaalde nadelen tot het vermogen kunnen worden herleid of niet: de kwalificatie van een bepaald nadeel als

76. Lindenberg 2014, nr. 35.

77. Die gedachte wordt uitgewerkt in Akkermans 1998.

78. Lindenberg 2014, nr. 40 en Hebly & Lindenberg 2016, nr. 10.

79. Lindenberg 1998, p. 79.

ander nadeel dan vermogensschade leidt, als het aankomt op de vergoedingsvraag, immers in beginsel tot 'diskwalificatie'.⁸⁰

De hiervoor besproken structurelementen van het begrip schade moeten dus steeds primair worden betrokken op het vermogen, en soms ook op iets anders dan het vermogen.⁸¹ Hierin bestaat ook de 'koppeling' tussen schade en het rechtssubject dat schade lijdt: hetgeen waarop de denkstructuur van het begrip schade wordt betrokken is immers primair (een bestanddeel van) het *vermogen* van een rechtssubject, en in sommige gevallen ook de *persoon*.⁸²

3.4.2 Vermogensschade

Het begrip 'vermogensschade' is als zodanig niet door de Nederlandse wetgever gedefinieerd, laat staan het hierin besloten liggende begrip 'vermogen'.⁸³ Wel definieert de wet in artikel 6:96 BW enkele schadeposten. Zo bepaalt dit artikel dat onder vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst wordt verstaan, waarmee wordt verduidelijkt dat niet alleen een vermogensvermindering als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust moet worden vergoed (*damnum emergens*), maar ook een vermogensstijging die de benadeelde als gevolg daarvan ontgaat, oftewel het uitblijven van een vermeerdering (*lucrum cessans*), dit in overeenstemming met een 'eeuwenoude traditie'.⁸⁴ In het tweede lid van artikel 6:96 BW, dat een niet-limitatieve opsomming van schadeposten bevat, wordt buiten twijfel gesteld dat de redelijke kosten van schadebeperking, schadevoorkoming en schadevaststelling en de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte als vermogensschade worden aangemerkt.

In de literatuur wordt vermogensschade wel omschreven als schade die wordt 'geleden in het vermogen' of in de 'vermogenssfeer', schade die het vermogen 'raakt' en als schade die 'in geld is uit te drukken'. Men spreekt hier ook wel van stoffelijke, materiële, geldelijke, op geld waardeerbare schade.⁸⁵ Vermogen kan hier het beste worden begrepen in financieel-economische zin en niet slechts in strikt juridische zin (het geheel van rechten en plichten dat op een bepaald moment aan iemand toekomt en dat op geld waardeerbaar is). Het gaat telkens om de vraag of en zo ja, op welke wijze het geleden nadeel aan het vermogen van de benadeelde kan worden gerelateerd. Relatering aan het vermogen heeft het voordeel dat het nadeel zich per definitie in geld laat uitdrukken en dat daarmee corresponderend ook de omvang van de geldelijke vergoeding kan worden bepaald.⁸⁶ Doorgaans wordt de omvang van het nadeel dat in vermogensschade bestaat 'gesplitst' in verschillende schadeposten. Het benaderen van de schade via afzonderlijke deelposten helpt niet alleen het verschil tussen het

80. Lindenbergh 1998, p. 83.

81. De Groot 1982, p. 123 en Hartlief 2018, nr. 200.

82. Lindenbergh 2014, nr. 33.

83. De Groot 1982, p. 124.

84. Schoordijk 1979, p. 231.

85. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 139.

86. Lindenbergh 2014, nr. 33.

vermogen met en het vermogen zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ‘in te kleuren’, maar het biedt ook ruimte om per post te bepalen of deze voor vergoeding in aanmerking komt en zo ja, hoe deze moet worden begroot (artikel 6:97 BW).⁸⁷

Het begrip vermogen (in financieel-economische zin) is een abstracte grootheid: het duidt immers op een in principe onzichtbare, financieel-economische ‘werkelijkheid’. Ook de aantasting van een vermogen moet dus op dat meer abstracte niveau worden begrepen. Zij kan niet alleen maar worden uitgelegd aan de hand van de mate waarin de benadeelde de gevolgen ‘voelt in de portemonnee’, bijvoorbeeld wanneer de benadeelde als gevolg van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis geld moet uitgeven of juist geld misloopt. Zwitser wijst in dit verband op de betekenis van tijd in het algemeen en van het schademoment in het bijzonder:

‘Twee factoren zijn bij het begrip vermogen van groot belang. Dit zijn *waardering* en *tijd*. (...) Een vermogen verandert voortdurend in de tijd, al was het alleen maar door veroudering van vele activa. Het begrip afschrijving komt hiermee overeen. Wanneer nu ergens in het vermogen een waardevermindering of een uitblijven van waardevermeerdering veroorzaakt wordt door een rechtsinbreuk is er schade. Deze heeft de omvang van de waardevermindering of de uitgebleven waardevermeerdering, en valt uiteraard op het moment van de waardevermindering, of bij uitblijven van een waardevermeerdering op het tijdstip waarop de waardevermeerdering zonder de rechtsinbreuk in het vermogen zou zijn gekomen.’⁸⁸

3.4.3 *Ander nadeel dan vermogensschade*

Wat moet worden verstaan onder ‘ander nadeel dan vermogensschade’ hangt, vanwege de negatief geformuleerde omschrijving, samen met de zojuist besproken invulling van het begrip vermogensschade. Dit ‘andere nadeel’ wordt doorgaans aangeduid als niet-vermogensschade of als immateriële schade en wordt ook wel aangemerkt als afzonderlijke ‘schadepost’. Men spreekt ook wel van niet-economische, ideële, onstofelijke, morele, extrapatrimoniale, niet op geld waardeerbare of niet-economische schade.⁸⁹ Met de term ‘smartengeld’ doelt men op de vergoeding van dergelijk nadeel. In theorie zou het ‘andere nadeel’ ieder nadeel kunnen omvatten dat niet als ‘vermogensschade’ kwalificeert, maar bij nadere beschouwing blijkt ‘ander nadeel’ slechts in beperkte gevallen voor vergoeding in aanmerking te komen en kent het begrip daarmee alsnog een zekere afbakening. De belangrijkste bepaling in dit kader is artikel 6:106 BW, waarin een limitatieve opsomming wordt gegeven van gevallen waarin niet-vermogensschade wordt vergoed. De belangrijkste categorie betreft de immateriële schade wegens letsel (persoonsaantasting). Anders dan vermogensschade laat ander nadeel zich naar haar aard niet rechtstreeks in geld uitdrukken. Dat staat er evenwel niet aan in de weg dat ander nadeel in bepaalde gevallen niettemin met een (smarten)geldbedrag wordt vergoed. Zie over ander nadeel dan vermogensschade nader paragraaf 7.4.

87. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 11.

88. Zwitser 1980, p. 326-327.

89. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 139.

3.5 SLOT

In dit hoofdstuk is het begrip schade uitvoerig geanalyseerd. Kernbevinding in dit hoofdstuk is dat in het begrip schade een tijdselement besloten ligt; een element dat niet eerder zo nadrukkelijk op de voorgrond is geplaatst. Een en ander betekent dat men bij hantering van het begrip steeds impliciet of expliciet uitgaat van een referentiepunt in de tijd, op welk punt de vergelijkingsmethode is geijkt. Schade bestaat immers telkens in een nadelig gevolg dat zich op een bepaald moment ontvouwt. Het begrip schade en het schademoment zijn met elkaar verweven: het exacte moment waarop (te vergoeden) schade intreedt samenhangt met de vraag welk gevolg nu precies als (relevante) schade wordt aangemerkt. De begrippen 'momentschade' en 'duurschade' suggereren dat schade soms wordt gezien als iets dat zich (geheel) manifesteert in een enkel moment en soms als een ontwikkeling die een bepaalde tijdspanne beslaat, maar bij nadere beschouwing blijkt bij duurschade telkens sprake van meerdere schadecomponenten of schadefactoren die relateren aan verschillende schademomenten. Een en ander is juridisch van betekenis: het moment waarop schade wordt geleden bepaalt immers in de regel het moment waarop de aanspraak op vergoeding van schade ontstaat. Het schademoment is bovendien van betekenis voor de begroting, die in het volgende hoofdstuk aan bod komt.

4.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Staat eenmaal vast dat sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking komt, dan dient vervolgens de omvang van die schade te worden vastgesteld. In het verlengde van de kwalificatiefase ligt dus de kwantificatiefase, waarin de schade als de te meten grootte in (geld)eenheden moet worden uitgedrukt. Die fasen zijn onlosmakelijk verbonden. Uit het eerder besproken volledigheidsbeginsel (zie paragraaf 2.3.1) vloeit immers voort dat het resultaat van de schadebegroting als uitgangspunt maatgevend is voor de omvang van de verplichting tot schadevergoeding: de in geld te betalen schadevergoeding is in beginsel gelijk aan de in geld uitgedrukte omvang van de schade. In de toerekeningsfase kan de omvang van de vergoedingsplicht evenwel worden bijgesteld (zie hierna hoofdstuk 5).

In dit hoofdstuk staat de begroting van schade centraal. In paragraaf 4.2 wordt ingegaan op artikel 6:97 BW en de opdracht en de vrijheid die de rechter in dit verband heeft. In paragraaf 4.3 komen de begrippen ‘abstracte’ en ‘concrete’ schadebegroting aan de orde. Bijzondere aandacht gaat vervolgens in paragraaf 4.4 uit naar de meer algemene vraag *naar welk moment* schade moet worden begroot, waarbij ook enig rechtsvergelijkend materiaal zal worden betrokken. Paragraaf 4.5 behandelt uitvoerig de problematiek van de begroting van toekomstige schade.

4.2 DE KERNBEPALING: MERKWAARDIGERWIJS INHOUDSLOOS?

Voor de begroting van schade vormt artikel 6:97 BW het kernartikel. Het bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die ‘het meest met de aard van de schade in overeenstemming’ is, en dat de schadeomvang door de rechter wordt geschat indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De redactie van de wetsbepaling maakt niet direct duidelijk wat ermee wordt beoogd. Snijders merkt op:

‘Als alles op geld waardeerbaar is, moet groot belang worden gehecht aan de wijze waarop die waardering plaatsvindt. Dat voert ons naar een van de kernbepalingen van ons vermogensrecht, die merkwaardigerwijs vrijwel inhoudsloos is. Ik denk aan art. 6:97.’¹

Ik vermoed dat Snijders hier meer specifiek refereert aan de eerste zin van artikel 6:97 BW: de rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in over-

1. Snijders 2004, p. 89.

eenstemming is. Die zin is aan de ontwerp tekst toegevoegd om een ‘wettelijke basis te geven aan abstracte en andere wijzen van schadebegroting’. Daarbij wordt in de parlementaire geschiedenis de volgende toelichting gegeven:

‘Het komt er op neer dat de rechter bij de begroting van schade en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaats vinden, een grote mate van vrijheid heeft en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht (...). Zoals reeds aangestipt, geeft de regel aan de rechter mede de vrijheid om tot een abstracte wijze van schadeberekening te komen. Op de vraag in welke gevallen deze op haar plaats is, is moeilijk een algemeen antwoord te geven. Dit antwoord is dan ook in beginsel aan de rechter overgelaten.’²

Opmerkelijk is dat in artikel 6:97 BW kennelijk een grote mate van rechterlijke vrijheid moet worden gelezen, terwijl de tekst dat niet suggereert. Er staat immers niet dat de rechter vrij is eenzelfde schade te begroten op verschillende manieren zolang de gekozen methode maar in overeenstemming is met de aard van de schade, laat staan dat de wetstekst als zodanig tot uitdrukking brengt dat de rechter niet zou zijn gebonden aan stel- en bewijsplicht. Dat laatste punt moet inmiddels als achterhaald worden beschouwd: bij een geschil over feiten die in het debat over de omvang van de schade worden gesteld en die de rechter relevant acht voor de schadebegroting, wordt de feitenrechter geacht in beginsel de gewone regels van stelplicht en bewijslast toe te passen.³

Uit de verwevenheid van de inhoud van het begrip schade en de wijze van begroting van schade vloeit mijns inziens voort dat de *feitenrechter* niet zo vrij is als de toelichting op artikel 6:97 BW suggereert (zie hetgeen hiervoor in paragraaf 3.2.3 is opgemerkt over de taakverdeling tussen feitenrechter en cassatierechter, en ook hierna paragraaf 4.3 over ‘concrete’ en ‘abstracte’ schadebegroting). Tot het domein van de Hoge Raad behoort immers de vraag of de overwegingen van de lagere rechter blijken geven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de inhoud van het begrip schade (artikel 6:95 lid 1 BW) of ter zake van de wijze waarop de schade moet worden begroot (artikel 6:97 BW). Dat impliceert dat het op dit punt veeleer gaat om een toetsbare rechtsopvatting in plaats van een discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter. De door de Hoge Raad gekozen formulering dat de rechter ingevolge artikel 6:97 BW ‘bevoegd’ is de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is, acht ik in dit licht dan ook te vrijblijvend.⁴ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad de leidende rol waar het gaat om de ontwikkeling van het recht wat betreft ‘abstracte en andere wijzen van schadebegroting’. Mijns inziens dient ervoor te worden gewaakt dat – belangrijke – rechtsvragen onder het tapijt van de vrijheid van de

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

3. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.3.11 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (Tennet/ABB), r.o. 4.4.4. Zie ook Tjong Tjin Tai 2017, p. 88-93.

4. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.3.11 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (Tennet/ABB), r.o. 4.4.4.

(feiten)rechter worden geveegd, waardoor het recht op een inconsistente wijze zou worden toegepast (zie bijvoorbeeld paragraaf 4.5.5).

Het ligt mijns inziens dan ook voor de hand dat de vrijheid die de feitenrechter wordt toegedicht in het kader van artikel 6:97 BW – waarmee overigens geen afwijking is voorgestaan ten opzichte van het voor 1992 geldende recht⁵ – samenhangt met de sterke verwevenheid van de schadebegroting met waarderingen van feitelijke aard en met de inherente onzekerheid waarmee de begroting van schade omgeven is. Denk bijvoorbeeld aan de – zo concreet mogelijke – inschatting van het hypothetisch scenario zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis: deze is per definitie omkleed met onzekerheid (zie paragraaf 3.3.4). Daarnaast moet de rechter in zoverre leiding geven aan het verloop van de procedure dat hij, binnen de grenzen van hetgeen partijen over en weer aan feiten hebben gesteld en tot onderwerp van hun materiële geschil hebben gemaakt, de vrijheid heeft om te kiezen tussen de mogelijkheden die artikel 6:105 BW hem biedt ten aanzien van de wijze van begroting en vergoeding van toekomstige schade.⁶

Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat, zo bepaalt de tweede volzin van artikel 6:97 BW. Die regel spreekt min of meer vanzelf. Staat immers vast dat er schade is geleden, dan is daarmee in beginsel de vordering tot schadevergoeding realiteit, en gaat het niet aan de benadeelde deze (alsnog) te onzeggen wanneer de *omvang* van de schade zich niet nauwkeurig laat vaststellen. Overigens suggereert het artikel een binariteit die in de praktijk waarschijnlijk niet zo scherp te herkennen is: de omvang van de schade wordt niet ofwel nauwkeurig ofwel bij schatting vastgesteld. Het lijkt er veeleer om te gaan dat de begroting van schade zo nauwkeurig mogelijk dient te geschieden en dat de rechter tot schatting overgaat *voor zover* die nauwkeurigheid niet *kan* worden bereikt. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn voor zover hij feitelijke aannames moet doen ten aanzien van een toekomstige en/of hypothetische situatie. De vrijheid die de rechter in dit verband heeft biedt hem dan niet de bevoegdheid een ‘redelijke’ vergoeding vast te stellen: hij dient er immers nog steeds naar te streven dat de ‘daadwerkelijke’ schade van de gelaedeerde in kwestie zo dicht mogelijk wordt benaderd en dat diens vergoeding in beginsel volledig is. Dat stelt de rechter soms voor een haast onmogelijke opgave, maar ontheft hem in zoverre dan ook van zijn motiveringsplicht: voor zover de rechter zich genoodzaakt ziet de schadebegroting (deels) te baseren op een schatting, ontbreekt het immers aan aanknopingspunten op grond waarvan een nauwkeuriger begroting mogelijk zou zijn geweest. De rechter moet zijn beslissing zodanig motiveren dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als derden – daaronder, als hoger beroep openstaat, begrepen de hogere

5. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (AMC/O), r.o. 3.8 en concl. A-G Hartkamp bij HR 15 november 1998, ECLI:NL:HR:1996:ZC2195, NJ 1998/314 m.nt. F.W. Grosheide (Hertzano c.s./Otto Simon c.s.), nr. 10.

6. MvA II, PG Boek 6, p. 368. Zie concreet HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3520, NJ 2007/408 (WRA/Oldenhoeck), r.o. 4.3.

rechter – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁷ Van de rechter kan mijns inziens tot op zekere hoogte worden verlangd dat hij de aanleiding en de onzekerheidsmarge van zijn schatting motiveert, maar geldt dat niet voor de *uitkomst* van zijn schatting.

4.3 CONCRETE EN ABSTRACTE SCHADEBEGROTING

4.3.1 Concrete schadebegroting als uitgangspunt

Notoir complex is de betekenis van wat in rechtspraak en literatuur wel wordt aangeduid met ‘concrete’ en ‘abstracte’ schadebegroting (soms ook wel aangeduid met het begrippenpaar subjectief-objectief). Discussie over die thematiek treft men in vrijwel ieder rechtsstelsel aan.⁸ Omdat ‘concrete schadebegroting’ als uitgangspunt weinig omstreden is, zou alleen de abstracte of objectieve schadebegroting kwetsieus zijn. Het betreft een onderwerp dat binnen het bestek van dit proefschrift niet uitputtend zal worden behandeld, maar waar ook niet geheel aan kan worden voorbijgegaan, omdat het ook de tijdsproblematiek raakt.

Het uitgangspunt dat schade ‘concreet’ wordt berekend kan zo worden uitgelegd, dat men zich (ook) bij de begroting van schade rekenschap zou moeten geven van het doel van schadevergoedingsrecht, namelijk dat de *benadeelde in kwestie* zoveel mogelijk moet worden gebracht in de *zo concreet mogelijk vast te stellen* positie waarin deze zou hebben verkeerd zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.⁹ Daaruit zou voortvloeien dat bij de schadebegroting in beginsel rekening moet worden gehouden met alle concrete feiten en omstandigheden.¹⁰ In dit verband kan worden gerefereerd aan het arrest *Rijnstate/Reuvers*, waarin de Hoge Raad overweegt:

‘Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat zijn schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval.’¹¹

Uitzondering is daarom de ‘abstracte’ schadevaststelling, waarbij niet zozeer de omstandigheden van het voorliggende geval het uitgangspunt vormen maar veeleer wordt gekeken hoe groot *in het algemeen* de schade is van een gelaedeerde die in een

7. Klaassen 2017, nr. 13 met verwijzing naar HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4362 en ECLI:NL:HR:2002:AE4364, NJ 2003/171 m.nt. M. Scheltema (Verhoeven c.s./Lammers c.s. en Gemeente Heeze-Leende/Lammers c.s.) en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7215, NJ 2007/407 (De Oorsprong/Gemeente Utrecht).

8. Hondius 1998, p. 88.

9. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 2.

10. Lindenbergh 2014, nr. 36 en Tjong Tjin Tai 2017, p. 4.

11. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/Reuvers), r.o. 3.3.

vergelijkbare positie verkeert als de gelaedeerde in kwestie.¹² Dat de desbetreffende benadeelde de schade niet deed herstellen, de schade herstelde in het eigen bedrijf of hulp kreeg van familie en daardoor geen kosten maakte voor professionele hulp, staat dan als zodanig niet aan schadevergoeding in de weg: de schade wordt 'gelijkgesteld' met de op *objectieve* wijze berekende vermindering van het vermogen van degene jegens wie de aansprakelijkheid bestaat.¹³ Het grote voordeel van de 'abstracte methode' zou liggen in haar doelmatigheid, terwijl zij in de meeste der genoemde gevallen ook tot redelijke resultaten voert; als principieel bezwaar wordt wel aangevoerd dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de 'werkelijke' schade zou moeten worden vergoed.¹⁴

In het kader van deze studie lijkt het zinvol om hier twee elementen van de discussie uit te werken: de vraag in hoeverre de discussie over 'concrete' en 'abstracte' schadevaststelling betrekking hebben op de inhoud van het begrip schade en de wijze waarop ficties bij de schadevaststelling worden ingezet.

4.3.2 *Abstraheren: een kwestie van begroting?*

Men dient zich de vraag te stellen of het in het kader van de tegenstelling concreet-abstract gaat om een kwestie van begroting of om de omlijning van de inhoud van het begrip schade. Een 'schadeberekening' met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval veronderstelt immers – zoals hiervoor reeds opgemerkt – een notie van rechtens relevante schade. Anders gezegd: de aan de schadebegroting voorafgaande conceptie van schade bepaalt welke feiten en omstandigheden relevant zijn voor de vaststelling van de omvang daarvan. Die vraag is in de eerste plaats gelegen op het *kwalitatieve* vlak: het draait om de vraag wat schade is. Discussies in het kader van de abstracties concentreren dan ook dikwijls rond de vraag *of* kan worden aangenomen dat rechtens relevante schade is geleden. Zij raken dus veeleer aan de bestaansvraag dan aan de omvangvraag.

In het bijzonder Bloembergen verdedigt dat de vraag welke feiten en omstandigheden wel en welke niet tot uitgangspunt moeten worden genomen bij de schadebegroting draait om ('niets meer of minder dan') de inhoudsbepaling van het begrip schade. Hij maakt een onderscheid tussen enerzijds een volkomen concreet, subjectief begrip schade (het zogenoemde 'werkelijke nadeel' dat de benadeelde lijdt) en anderzijds een meer objectief begrip waarbij men zich min of meer losmaakt van de concrete omstandigheden waarin nu juist deze benadeelde verkeert en waarbij het perspectief meer is gericht op 'het normale'. De keuze daartussen valt niet steeds hetzelfde uit:

'Het ene begrip schade nu bestrijkt, zelfs als men zich tot de schade bij onrechtmatige daad beperkt, zo'n veelheid van onderling vrij sterk verschillende situaties, dat de argumenten die voor aanvaarding van een objectief schadebegrip pleiten (evenals trouwens de

12. Klaassen 2017, nr. 10.1.

13. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 35.

14. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 37.

argumenten die voor aanvaarding van een subjectief begrip pleiten) niet bij iedere soort schade gelden en, als zij dit wel doen, niet steeds even zwaar wegen.¹⁵

De belangrijkste gevallen waarin een ‘abstracte wijze van schadevaststelling’ tot op heden werd toegepast betreffen inderdaad sterk uiteenlopende situaties: de schadevergoeding wegens beschadiging of verlies van een zaak, ter zake van inspanningen door derden tot verpleging, verzorging en het verrichten van huishoudelijke taken van de gelaedeerde en die wegens tekortkoming in de nakoming van een koopovereenkomst, bestaande uit algeheel niet-presteren of het leveren van ondeugdelijke waar.¹⁶

In de literatuur wordt wel bepleit dat slechts een ‘concrete schadeberekening’ leidt tot volledige schadevergoeding, en dat een meer abstracte wijze van schadevaststelling daarom uitzondering moet zijn: men neemt immers afstand van de schade zoals die ‘in werkelijkheid’ is.¹⁷ Daarin schuilt een cirkelredenering: ten onrechte wordt immers gesuggereerd dat een zekere klaarheid zou bestaan over wat die ‘werkelijke schade’ is, waaraan men de volledigheid van de vastgestelde vergoeding zou kunnen afmeten. Dikwijls valt op dat punt juist geen ankerpunt te vinden. Lindenbergh stelt dan ook terecht dat het hier waarschijnlijk gaat om een misverstand: bij abstractie in het kader van vaststelling van schade wordt hooguit in uitzonderingsgevallen ‘geabstraheerd van werkelijke schade’ – hij wijst op de fixatie van de wettelijke rente en de mogelijkheid van begroting op af te dragen winst van de aansprakelijke ex artikel 6:104 BW – maar ook in die gevallen blijft de vraag of het zinvol is te refereren aan de ‘werkelijke schade’.¹⁸ In die zin ook Royer:

‘De term *werkelijk* geleden schade brengt ons met betrekking tot het vraagstuk concreet/abstract m.i. niet verder, daar wij onder deze term verschillende inhouden kunnen verstaan, al naar gelang hetgeen wij als werkelijkheid wensen te zien.’¹⁹

Hoewel de problematiek van de abstracties bij schadevaststelling (mede) betrekking heeft op de bepaling van de inhoud van het begrip schade, wordt de grondslag daarvoor wel gezocht in artikel 6:97 BW, nu daarmee is beoogd een wettelijke basis te geven aan ‘abstracte en andere wijzen van schadebegroting’.²⁰ Zoals eerder geciteerd, wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat artikel 6:97 BW de rechter mede de vrijheid biedt om te komen tot een ‘abstracte wijze van schadeberekening’, maar dat de vraag in welke gevallen deze op haar plaats is, zich moeilijk in het algemeen laat beantwoorden. Dit antwoord is dan ook in beginsel overgelaten aan de rechter, behoudens waar de wet regels op dit punt bevat.²¹ Daarmee is evenwel niet gezegd dat de feitenrechter geheel vrij is in het ene geval wel en in het andere niet

15. Bloembergen 1965, nr. 25-27.

16. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 38.

17. Klaassen 2017, nrs. 5 en 10.1.

18. Lindenbergh 2013, p. 23.

19. Royer 1969, p. 52.

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

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

te ‘abstraheren’ van een bepaalde omstandigheid. Dat ligt niet voor de hand omdat de kwestie in essentie mede draait om de (rechts)vraag wanneer sprake is van voor vergoeding in aanmerking komende schade. Het zou niet alleen theoretisch onjuist zijn, maar ook leiden tot willekeur en onzekerheid.²² Uit de rechtspraak waarin de Hoge Raad oordelen van feitenrechters over abstractie toetst blijkt dat hij kwesties op dit vlak rekent tot zijn eigen domein.²³ De rechterlijke vrijheid die de parlementaire geschiedenis van artikel 6:97 BW op dit punt voorstaat – de rechter zou bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden ‘een grote mate van vrijheid’ hebben – moet dan ook vooral worden opgevat als een vingerwijzing in de richting van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad.

4.3.3 *Technische en strategische ficties*

In het kader van de abstracties bij vaststelling van schade draait de discussie dikwijls om de vraag of moet worden geabstraheerd van bepaalde omstandigheden. Het hiervoor geschetste beeld dat het bij ‘abstracte schadeberekening’ zou gaan om de vraag hoe groot in het algemeen de schade is van een gelaedeerde die in een vergelijkbare positie verkeert, is te grof. Er lijkt inmiddels een zekere consensus te bestaan dat abstractie bij vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade helemaal geen leerstuk is dat *wetmatigheden* kent maar eerder een praktisch hulpmiddel is, en dat zij bovendien maar van bescheiden betekenis is. Het gaat dan ook niet om de vraag of schade ‘concreet of abstract’ moet worden berekend, maar om de vraag wanneer aanleiding bestaat bij de vaststelling van de schade in een concrete situatie ten aanzien van een specifieke schadepost van een bepaalde omstandigheid te abstraheren.²⁴

Maar als dat het geval is – er mag of moet worden geabstraheerd – blijft het nooit bij louter ‘wegkijken van het werkelijke’: wanneer van bepaalde omstandigheden wordt geabstraheerd komt daarvoor immers veelal iets in de plaats terug. Telders verwoordt het – met het oog op het onteigeningsrecht – treffend:

‘Bezien “van buitenaf” is er in wet en rechtspraak een grote voor het oog willekeurig bepaalde hoeveelheid dingen, waarop “niet mag worden gelet”. Deze dingen moeten wij dus wegdenken; wij moeten van deze dingen abstraheren. En wanneer wij iets moeten wegdenken, moeten wij een toestand “fingeren”, in welke dat weggedachte ding niet voorkomt, soms zelfs iets anders fingeren, dat voor het weggedachte in de plaats komt.’²⁵

Het gaat dus niet slechts om de vraag welke concrete feiten en omstandigheden *niet* ter zake doen, maar in feite ook om de vraag waarvan *wel* moet worden uitgegaan. De vraag moet dus eigenlijk in meer in positieve zin worden gesteld. Sluysmans maakt – eveneens in de context van het onteigeningsrecht – een onderscheid tussen techni-

22. Bloembergen 1999, nr. 4.

23. Lindenbergh 2013, p. 23.

24. Bijv. Lindenbergh 2013, p. 22 en Asser/Sieburgh 6-II 2017/38.

25. Telders 1968, p. 160.

sche en strategische ficties.²⁶ Technische ficties vergen volgens hem een keuze die nu eenmaal gemaakt moet worden om tot een uitrekenen van de schadeloosstelling te komen: er is nu eenmaal een peildatum als ijkmoment geboden, er moet nu eenmaal gekozen worden voor een kapitalisatiefactor en de waarde van de in het onteigende aanwezige bodembestanddelen moet op enigerlei (fictieve) wijze worden verdeeld. Gaat bij technische ficties om betrekkelijk waarde vrije keuzes, bij strategische ficties ligt dat anders. Als voorbeelden van strategische ficties in het onteigeningsrecht noemt Sluysmans de eliminatieregels en de ‘redelijke maatman’ die naast een fictie ook een open norm is die veel ruimte biedt voor bijstelling door de rechter. Voornamelijk aan de hand van strategische ficties zou de rechter zijn stempel kunnen drukken op de rechtsontwikkeling:

‘Bij het introduceren en hanteren van dit type fictie is (...) onvermijdelijk dat de rechter – meer in het bijzonder: de Hoge Raad – ook een agenda, een (al is het maar minimaal) ‘beleid’ moet hebben ten aanzien van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken. Een strategische fictie of verfijning functioneert immers niet in een vacuüm, maar plooit het recht in de richting van een bepaald doel.’²⁷

Het – aansprekende – onderscheid tussen technische en strategische ficties in het onteigeningsrecht leent zich mijns inziens ook om een aantal abstracties in het gemeene schadevergoedingsrecht scherper te kunnen zien. Ik noem hier twee voorbeelden.

Zo kan de abstractie in het zaakschaderecht – de te vergoeden vermogensschade bestaat in de waardevermindering die de zaak als vermogensbestanddeel ondergaat – mijns inziens het beste worden begrepen als een technische fictie. Vormt de vermindering van de waarde of het verlies van een vermogensbestanddeel als zodanig vergoedbare schade, dan valt nu eenmaal niet te ontkomen aan een keuze ten aanzien van de peildatum voor de waardevermindering of het waardeverlies. Feiten en omstandigheden die optreden na de peildatum, zoals later gemaakte reparatiekosten of een verminderde opbrengst bij latere verkoop, doen dan niet ter zake. Hoewel de keuze voor een meer abstract begrip schade ook wel wordt toegeschreven aan overwegingen van redelijkheid en doelmatigheid, en de fictie daarmee eerder als een strategische moet worden gezien, ligt op het terrein van de zaakschade in mijn optiek een meer technisch-economische verklaring voor het ‘abstraheren van latere omstandigheden’ – volgens sommigen de kern van de abstracte schadebegroting²⁸ – voor de hand. De peildatum in het zaakschaderecht moet wat mij betreft vooral begrepen als een betrekkelijk waarde vrije technische fictie; de rechtvaardiging voor wat wel de stempel ‘abstractie’ draagt, kan mijns inziens het beste worden gezocht in de *tijdgebondenheid* van de vaststelling van dit type schade.²⁹ Ik werk dat uit in hoofdstuk 6.

26. Sluysmans 2011, p. 78-79.

27. Sluysmans 2011, p. 79.

28. De Jong 2010, p. 176 en concl. A-G Spier bij HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (Gemeente Dordrecht/Stokvast BV), nr. 4.15.

29. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 51.

In gevallen waarin letsel is toegebracht en door derden inspanningen worden verricht ter verpleging en verzorging van de gekwetste of ter vervulling van diens huishoudelijke taken, wordt 'geabstraheerd' van de omstandigheid dat voor die inspanningen geen concrete kosten worden gemaakt dan wel inkomsten worden gederfd. Het abstraheren van wat zich in concreto *niet* heeft voorgedaan (het maken van kosten of het derven van inkomsten) wijst duidelijk in de richting van een *positieve fictie*: de rechter zal het immers *ervoor houden* dat wel bepaalde kosten zijn gemaakt of een inkomen is gederfd en dat die nadelen het vermogen van de gekwetste raken. Hier gaat het veel duidelijker om strategische ficties: het schadevergoedingsrecht wordt immers geplooid in de richting van een bepaald doel. In dit geval is het doel gelegen in het voorkomen dat inspanningen of lasten die het gevolg zijn van het onrechtmatig veroorzaakte letsel of overlijden – die uiteindelijk ook een zekere economische waarde vertegenwoordigen – niet *de facto* voor rekening blijven van de naasten of nabestaanden; de aansprakelijke mag niet 'wegkomen' met het betalen van minder schadevergoeding door keuzes van de benadeelde waar hij geen voordeel van behoort te hebben.³⁰ Hier ligt dus een meer normatieve overweging aan de fictie ten grondslag.

4.4 HET MOMENT WAARNAAR SCHADE WORDT BEGROOT

4.4.1 Begroting naar het schademoment

Dan de meer algemene vraag naar welk moment schade moet worden vastgesteld, of anders gezegd: welk peilmoment bij de vaststelling van schade moet worden gehanteerd. Dat is mede van betekenis voor de vraag met welke na de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis optredende feiten en omstandigheden de rechter rekening houdt bij de vaststelling van schade. Als regel kan worden gesteld dat de schade moet worden begroot naar het *schademoment*, oftewel naar het moment waarop de schade intreedt.³¹ Deze regel vloeit min of meer voort uit de structuur van het begrip schade. Zij wordt bovendien versterkt door de werking van het nominaliteitsbeginsel.

Zoals hiervoor is uitgewerkt (zie paragraaf 3.3.6.1), zijn schadebegrip en schademoment met elkaar verweven. Het is immers op een zeker punt in de tijd dat het als schade gekwalificeerde verschil optreedt tussen de 'situatie met' en 'situatie zonder'. Dat het bij schade steeds gaat om een nadelig gevolg dat zich op een bepaald moment ontvouwt, betekent dat het moment waarop vergoedbare schade intreedt steeds samenhangt met de vraag welke gevolgen als vergoedbare schade kwalificeren. Het met de inhoud van het begrip schade verweven moment waarop schade wordt geleden bepaalt daarom in de regel het moment waarop de aanspraak op vergoeding daarvan ontstaat. Omdat als uitgangspunt heeft te gelden dat schadevergoeding wordt voldaan in geld (artikel 6:103 BW), ontstaat met de schade dus in de regel een opeisbare verbintenis tot betaling van een geldsom, die in beginsel naar haar nominale bedrag moet worden voldaan (artikel 6:111 BW) en ten aanzien waarvan de

30. Lindenberg 2013, p. 14 en 23.

31. Klaassen 2017, nr. 4.

schuldenaar onmiddellijk – dus: zonder ingebrekestelling – in verzuim is voor zover deze niet terstond wordt nagekomen (artikel 6:83 sub b BW). In het arrest *Ammerlaan/Enthoven* overweegt de Hoge Raad dat ook indien de omvang van een vordering tot schadevergoeding pas in een later stadium komt vast te staan, die vordering opeisbaar is vanaf het moment waarop de schade is geleden en aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan.³² Dat de schade pas na bewijslevering of in een afzonderlijke procedure zoals een schadestaatprocedure, een procedure voor een buitenlandse rechter of een arbitraal geding meer precies komen vast te staan, brengt dus niet mee dat de vordering niet direct opeisbaar zou zijn.³³

Het schademoment vormt dus het ijkpunt voor de begroting van schade. Ten aanzien van ‘duurschade’, oftewel schade die zich over een zekere tijdsruimte uitstrekt en uit een serie van schades bestaat, zou men dan moeten zeggen dat de totaalpost zich deel voor deel uitkristalliseert – de schade wordt deel voor deel geleden – en dat voor de vaststelling van het bestaan en de omvang daarvan in principe een reeks van ijkpunten moet worden gehanteerd (zie hiervoor paragraaf 3.3.6.3).

In dit verband moet worden opgemerkt dat de wetgever de vraag naar de opeisbaarheid van de vordering tot schadevergoeding koppelt aan de vraag wanneer de schade ‘geacht moet worden te zijn geleden’, zo volgt onder meer uit de volgende – invloedrijke – passage uit de memorie van antwoord op Boek 6:

‘Wanneer de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is, zal in de regel worden bepaald door de vraag wanneer de schade geacht moet worden te zijn geleden. De wijze waarop zij begroot wordt kan daarbij van groot belang zijn. Wordt de schade abstract berekend naar het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (bijv. in geval van waardevermindering van een zaak, HR 13 december 1963, NJ 1964, 449), dan zal zij terstond opeisbaar worden, ook al staat het bedrag van de schade nog niet vast (HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329). Maar wordt de schade vastgesteld op bepaalde in concreto gemaakte kosten (bijv. in geval van letselschade, ziekenhuiskosten), dan zal men kunnen aannemen dat de opeisbaarheid pas ontstaat, doordat de benadeelde deze kosten opeisbaar verschuldigd wordt. Zo zal ook bij schade die van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhangt (artikel 6.1.9.10), verschil maken of deze bij voorbaat wordt vastgesteld op een bedrag ineens, dan wel aan de aansprakelijke persoon een uitkering wordt opgelegd waarvan de termijnen pas in de toekomst telkens opeisbaar zullen worden.’³⁴

Deze passage zou zo kunnen worden opgevat dat de feitenrechter ten aanzien van het tijdstip waarop de schade intreedt de nodige vrijheid heeft voor zover de wijze van schadebegroting (‘abstract’ of ‘concreet’) tot zijn domein wordt gerekend. Hij zou

32. HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), r.o. 4.6.

33. Onder meer concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, NJ 2015/425, NJ 2015/425 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/Oerlemans*), nr. 23, De Jong 2018, nr. 194, Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 395 en Van Dunné 2018a, p. 6.

34. MvA II, PG Boek 6, p. 475.

de schade dan naar verschillende tijdstippen kunnen ‘berekenen’, en de Hoge Raad zou zich daarbij terughoudend moeten opstellen. Bloembergen acht dit onjuist en ik sluit mij daarbij aan: de Hoge Raad moet niet alleen toetsen of de feitenrechter blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het begrip schade (zie hiervoor paragraaf 3.2.3), maar ook of de feitenrechter is uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent het *moment waarop* schade wordt geleden.³⁵ Die vragen zijn immers verweven. De vraag of de feitenrechter de schade ‘abstract moet berekenen’ relateert dan ook in de eerste plaats aan de inhoudsbepaling van het begrip schade en betreft in zoverre een rechtsvraag (zie paragraaf 4.3.2). Ook bij begroting op grond van artikel 6:105 BW hoeft niet te worden uitgegaan van ficties – schade die ‘wordt geacht te zijn geleden’ – ten aanzien van het moment waarop de schade wordt geleden (zie daarover paragraaf 4.5.5).

Belangwekkend in dit verband is het arrest *Griffioen/De Groot*, waarin het draait om de vraag of aanspraak bestaat op vergoeding van (niet gemaakte) kosten van herstel in de ‘oude’ toestand in een situatie waarin kwestieus is of de nieuwe toestand voor de partij die schadevergoeding verlangt in enig opzicht een achteruitgang inhoudt. De Hoge Raad spreekt van:

‘het beginsel dat de omvang van de schade, die naar objectieve maatstaven wordt begroot, dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden.’³⁶

Hoewel de Hoge Raad het *beginsel* hier betreft op de schade ‘die naar objectieve maatstaven wordt begroot’, valt met Klaassen aan te nemen dat de Hoge Raad hier refereert aan een (veel) algemener uitgangspunt van schadebegroting.³⁷ Zie over het arrest *Griffioen/De Groot* uitvoerig paragraaf 6.2.3.

4.4.2 Vaststelling omvang vergoedingsplicht naar tijdstip uitspraak

Onderscheid moet worden gemaakt tussen het – zojuist besproken – moment dat voor de vaststelling van schade beslissend is en het moment waarnaar de rechter de omvang van de schadevergoeding vaststelt. Als algemene regel wordt aangenomen dat de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening moet houden met alle *op het tijdstip van de uitspraak* bekende feiten en omstandigheden: het tijdstip waarop de rechter uitspraak doet is in beginsel doorslaggevend voor de vaststelling van de omvang van de verbintenis tot schadevergoeding.³⁸ Dat doet niet af aan de hiervoor gestelde regel dat de schade moet worden begroot naar het schademoment, oftewel het moment waarop de schade wordt geleden.

35. Concl. wnd. A-G Bloembergen bij HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), nr. 2.10.

36. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.7.

37. Klaassen 2017, nr. 4.

38. Concl. A-G Langemeijer bij HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158, m.nt. L.E.H. Rutten (Liezen/Nijmeijer), Bloembergen 1965, nr. 97, Rutten 1964, p. 79-80, Akkermans 1998, p. 62.

De principiële vraag in hoeverre de rechter rekening moet houden met in de loop van de procedure intredende wijzigingen in omstandigheden, lijkt in de rechtspraak als eerste te worden beantwoord in het arrest *Liezen/Nijmeijer*.³⁹ Nijmeijer verloor haar echtgenoot door een verkeersongeval en vorderde op grond van artikel 1406 Oud BW vergoeding van haar schade, bestaande uit derving verlies van levensonderhoud, voor de vaststelling waarvan onder meer de 'behoefte' bepalend is. Gedurende de procedure, en ruim drie jaar na het ongeval, overleed haar vader en werd zij deelgerechtigde in diens nalatenschap. De vraag rees of bij de vaststelling van de (overlijdens)schade van de weduwe rekening moet worden gehouden met de aan haar tijdens het geding toegevalen nalatenschap; van voordeelstoerekening kon hier immers geen sprake zijn, nu het overlijden van de vader van Nijmeijer niet het gevolg was van de onrechtmatige daad. Dit is inderdaad het geval: de rechter moet bij de begroting op grond van artikel 1406 Oud BW ook rekening houden met de verandering in de financiële draagkracht wanneer die verandering opkomt op een tijdstip gelegen na de onrechtmatige daad en na het overlijden van het slachtoffer. Volgens Langemeijer doet dit recht aan het eigen karakter van de betreffende bepaling, waarin het gaat om een afweging van de belangen van partijen (draagkracht enerzijds en behoefte anderzijds):

'Ik zou nu menen, dat zulk een regeling beter zijn doel bereikt, wanneer de rechter tot aan zijn uiteindelijke beslissing rekening kan houden met de omstandigheden, zoals zij dan zijn, dan wanneer hij gedwongen zou zijn zich te richten naar de toestand van het ogenblik van het ongeval en daardoor mogelijkerwijze tevens gedwongen zou zijn een beslissing te geven, die ten tijde dat zij wordt gegeven aan de belangen van partijen in het minst geen recht meer doet wedervaren.'⁴⁰

Bloembergen wijst erop dat men deze uitspraak niet te snel moet veralgemeniseren, gezien het feit dat het hier om toepassing van de bijzondere regeling van artikel 1406 Oud BW gaat, maar wijst er tegelijkertijd op dat de rechter ook buiten schadevergoedingskwesies steeds *het tijdstip van beoordeling* tot uitgangspunt moet nemen, zoals bij de beoordeling van het vereiste van benadeling bij een beroep op de Pauliana.⁴¹ Hij wijst er bovendien op dat de eiser steeds bevoegd is binnen de grenzen van de eisen van een goede procesorde zijn eis te verminderen, veranderen of vermeerderen zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen (artikel 129-130 Rv).

Advocaat-generaal Eggens suggereert anderszins in een conclusie daterend van vóór het arrest *Liezen/Nijmeijer*: dat in beginsel het bedrag van de schadevergoeding, verschuldigd wegens een onrechtmatige daad, dient te worden bepaald door het moment waarop die daad is geschied. Dit zou immers het moment zijn waarop de betrokken rechtsbetrekking – de verbintenis uit onrechtmatige daad – ontstaat, en naar dit moment zou volgens hem dan ook in beginsel het bedrag moeten worden bepaald,

39. HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158, m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*).

40. Concl. A-G Langemeijer bij HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158, m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*).

41. HR 23 december 1949, ECLI:NL:HR:1949:21, NJ 1950/262 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Boendermaker/Schopman*).

waarop de schuldeiser in de door deze daad veroorzaakte rechtsbetrekking 'doordien en sindsdien' recht heeft. Van een strikte fixatie op het moment van de onrechtmatige daad zou volgens hem evenwel geen sprake moeten zijn:

'Nu kan het zijn, dat ter bepaling van dit bedrag schattingen, waarderingen, moeten plaats hebben van ten tijde der daad alsnog onzekere, min of meer onbepaalde, factoren. En nu moge het redelijk zijn dat, indien in de tijd, verlopen tussen de daad en de uitspraak van de rechter, bedoelde factoren – eens en voor goed – volledig of althans nader bepaald – vast of vaster van inhoud – zijn geworden, daarmede rekening wordt en moet worden gehouden bij de vaststelling (door de rechter) van het betrokken bedrag, zodanig, dat alsdan die (nadere) bepaaldheid (vastheid) ten grondslag wordt gelegd en moet worden gelegd aan het te bepalen schadebedrag.⁴²

Een en ander betekent dat de schade, voor zover zij niet onmiddellijk in haar geheel wordt geleden, gaandeweg met het verstrijken van de tijd uitkristalliseert en dus oploopt naarmate zich meer schadeposten voordoen. De totale *schadeomvang* kan met het verstrijken van de tijd slechts toenemen, telkens op de momenten waarop een schade – of althans een deelpost daarvan – haar intrede doet (en voor zover deze – uiteraard – aan de aansprakelijke kan worden toegerekend). Dat betekent evenwel niet dat de omvang van de vergoedingsplicht alleen maar kan toenemen: denk aan de toerekening van later genoten voordelen (zie paragraaf 5.4) of aan de mogelijkheid dat de rechter de schadevergoeding uiteindelijk matigt op grond van artikel 6:109 BW.

De *schadeomvang* moet dus worden vastgesteld naar het schademoment; de uiteindelijke omvang van de *vergoedingsplicht* moet worden vastgesteld naar het moment waarop de rechter uitspraak doet. Dat laatste moment kan enigszins willekeurig bepaald zijn.⁴³

4.4.3 Begrotingsmoment: rechtsvergelijking

4.4.3.1 België

Een blik op ons omringende rechtstelsels leert dat daar – in elk geval op beginselniveau – meer aandacht wordt besteed aan het beoordelingsmoment van de schade. Zo gaat men in België uit van het algemene beginsel dat de rechter 'zich moet plaatsen op het tijdstip van zijn uitspraak'. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt, dat de rechter de schade moet begroten naar de datum die het tijdstip van het *effectieve herstel* – de vergoeding van de schade – zo dicht mogelijk benadert, wat zou voortvloeien uit het beginsel van integrale schadeloosstelling.⁴⁴ In de regel komt dit neer op het moment van de rechterlijke uitspraak. Van het uitgangspunt kan evenwel

42. Concl. A-G Eggen bij HR 27 maart 1953, ECLI:NL:HR:1953:153, NJ 1953/617 (W.E.B. Wielinga's Expeditiebedrijf/Van der Brug c.s.).

43. Hebly & Lindenbergh 2016, 17.

44. Cass. 19 januari 1993, Arr. Cass. 1993, 70. Specifiek Jocqué 2016, nr. 10-14 en Kohl 2015, p. 359-402. Zie ook Dirix 1984, nr. 23 e.v., Bocken & Boone 2011, nr. 338-341 en Vansweevelt & Weyts 2009, nr. 1051-1053.

worden afgeweken voor zover het hanteren van een ander peilmoment meer geëigend is om de benadeelde te voorzien van een integrale vergoeding. Het beginsel krijgt zijn beslag in een voorontwerp van een codificatie van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, gepubliceerd ter consultatie in 2017 in het kader van de hervorming van het Belgische aansprakelijkheidsrecht.⁴⁵ De bedoeling is in een nieuw Burgerlijk Wetboek de 'buitencontractuele burgerlijke aansprakelijkheid' nader uit te werken in meer bepalingen dan de huidige zes artikelen, die sinds 1804 ongewijzigd zijn gebleven. Het voorgestelde artikel 5.184 beoogt het ogenblik van de bepaling van de schade te codificeren:

'De schade wordt bepaald naar de datum die het tijdstip van het effectieve schadeherstel zo dicht mogelijk benadert.'

Een en ander hangt hiermee samen, dat schade naar Belgisch recht in de eerste plaats wordt gezien als een materieel feit dat aan verandering onderhevig is. Niet alleen is de schade als zodanig vatbaar voor verandering, ook de maatstaven ter begroting daarvan zouden wijzigen met het verloop van de tijd.⁴⁶ Gegeven de veranderlijkheid van de schade fluctueert ook de verbintenis tot schadevergoeding. Het uitgangspunt dat de schade moet worden begroot naar het tijdstip dat het moment van het 'effectieve herstel' zo dicht mogelijk benadert wordt daarom in overeenstemming geacht met het beginsel van integrale vergoeding: naar dat tijdstip kan de inhoud van de herstelaanspraak van de benadeelde immers het beste worden vastgesteld. Door dat tijdstip in aanmerking te nemen wordt het slachtoffer zo goed mogelijk geplaatst in de toestand waarin het zich zou hebben bevonden wanneer de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis niet had plaatsgevonden.⁴⁷

Naar Belgisch recht wordt de herstelaanspraak niet initieel gezien als een verbintenis tot betaling van een geldsom, maar als een waardeschuld: een verbintenis waarvan de waarde niet in een nominaal bedrag vaststaat maar die, afhankelijk als deze is van de fluctuerende schade, varieert tot op de dag waarop deze door de rechter wordt vastgesteld.⁴⁸ Pas op het moment waarop de rechter de schade beoordeelt wordt de verbintenis strekkende tot herstel 'omgezet' in een verbintenis tot betaling van een geldsom. Een en ander hangt samen met de mogelijkheid een schadeloosstelling in andere ('specifieke') vorm toe te wijzen: men stelt in België voorop dat de schadeloosstelling *primair* dient te geschieden in specifieke vorm, dat wil zeggen op een aan de eigen aard van de schade aangepaste wijze.⁴⁹

45. Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek, te raadplegen via <https://justitie.belgium.be/nl/bwcc> (laatst geraadpleegd 26 juli 2018).

46. Ronse & De Wilde 1984, nr. 366.

47. Simoens 1999, 73.

48. Ronse & De Wilde 1984, nr. 425.

49. Ronse & De Wilde 1984, nr. 278.

Een en ander heeft ook gevolgen voor de wijze waarop wordt omgegaan met de geldontwaarding: omdat de benadeelde op het ogenblik van de betaling zo goed mogelijk moet worden geplaatst in de toestand waarin hij zou zijn gebleven als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet had plaatsgevonden, kan de rechter rekening houden met tussentijdse geldontwaarding door de benadeelde compensatoire (vergoedende) rente toe te kennen over de periode voorafgaand aan zijn oordeel. Daarbij wordt een integrale vergoeding beoogd, nu het immers gaat om de vertraging in de voldoening van een waardeschuld. Is de waardeschuld met het oordeel van de rechter eenmaal omgezet in een geldschuld, dan heeft de schuldeiser aanspraak op moratoire of verwijlinteressen wegens de vertraging van een in geld uitgedrukte verbintenis. In beginsel zijn dit de wettelijke interesten, die bij wet zijn vastgesteld. Aldus is het mogelijk dat moratoire of verwijlinteressen worden berekend over de compensatoire (vergoedende) rente.

Dat de rechter de schade moet begroten naar het moment van zijn uitspraak heeft geleid tot een onduidelijke regel ten aanzien van de vraag welke latere feiten en omstandigheden bij zijn oordeel wel en niet moeten worden meegewogen. Het 'standaardarrest' over de betekenis feiten en omstandigheden die zich voordoen in de periode tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en het moment van de uitspraak stamt uit 1948. Daarin wordt als regel gesteld 'dat bij de beoordeling van een schade die moet worden vergoed ten gevolge van een onrechtmatige daad, de rechter geen rekening mag houden met latere gebeurtenissen die aan de onrechtmatige daad en aan de schade vreemd zijn en die de toestand van de schadelijder hebben verbeterd of verergerd'.⁵⁰ Op die regel is veel kritiek geuit, in de kern omdat zij onduidelijk zou zijn en te algemeen gesteld. Volgens Ronse en De Wilde poogt de regel allerlei 'grondig uiteenlopende kwesties' te vangen, zoals vragen van causaliteit, schadebeperking, voordeelstoerekening en prijsfluctuaties; onderdelen die volgens hen beter afzonderlijk zouden kunnen worden behandeld dan onder een dergelijke algemene standaardformule.⁵¹

4.4.3.2 Frankrijk

Naar Frans recht heeft de benadeelde aanspraak op herstel in de toestand waarin hij zou verkeren bij het uitblijven van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, en bestaan er verschillende mogelijkheden om die toestand te bereiken. Zo bestaat in de eerste plaats de mogelijkheid dat de aansprakelijke wordt veroordeeld tot een bepaalde actieve of passieve gedraging ter voorkoming van schade (*exécution en nature*), en kan de aansprakelijke ten aanzien van eenmaal veroorzaakte schade gehouden zijn deze te herstellen in natura (*réparation en nature*). Schadevergoeding in geld (*les dommages et intérêts*) wordt als zodanig dus niet vooropgesteld; zij vormt praktisch wel de belangrijkste en meest voorkomende sanctie na een rechtsinbreuk.⁵²

50. Cass. 29 september 1948, JT 1949, 68.

51. Ronse & De Wilde 1984, nr. 386-400 en Simoens 1999, p. 75-80.

52. Viney, Jourdain & Carval 2017, nr. 32-33.

In Frankrijk geldt als algemeen principe dat de schadebegroting zoveel mogelijk geschiedt met inachtneming van de toestand zoals die is op het moment waarop de rechter over de schadevergoeding oordeelt.⁵³ Het Franse Hof van Cassatie besliste in 1942 dat het beginsel van volledige vergoeding (*réparation intégrale*) met zich brengt dat de schade in beginsel moet worden geëvalueerd naar de dag van de rechterlijke beslissing.⁵⁴ Het beginsel van de rechterlijke uitspraak als peilmoment voor de schade wordt gerechtvaardigd door het feit dat de verbintenis tot schadevergoeding, net als in België, moet worden gezien als een waardeschuld (*dette de valeur*).⁵⁵ De waarde van die schuld evolueert 'met de schade mee' tot het moment waarop de rechter de het schadebeeld vastlegt: zijn beslissing wordt in zoverre wel vergeleken met het nemen van een foto.⁵⁶ Guégan-Lécuyer acht dit een aansprekende vergelijking, en wijst erop dat het karakter van een actuele momentopname – het beeld van de 'schadelijke situatie' moet worden stilgezet – niet uitsluit dat het huidige beeld ook toekomstige schade aannemelijk maakt, nu uit een foto ook een beweging in een bepaalde richting kan worden afgeleid.⁵⁷

In de Franse doctrine is wel gepleit voor een (iets) ander uitgangspunt, namelijk dat de schade zoveel mogelijk moet worden begroot naar het moment waarop de schade daadwerkelijk wordt vergoed (*l'évaluation au jour de la réparation effective*), zoals dat in België wordt gehanteerd.⁵⁸ Volgens de pleitbezorgers van dit uitgangspunt zou begroting naar het moment van de vergoeding het meest stroken met het volledighedsbeginsel: de vergoeding zou op het moment van de vergoeding immers volledig moeten zijn. Begroting naar het moment van het rechterlijk oordeel wordt niettemin als uitgangspunt gehanteerd, wat vooral kan worden verklaard doordat in de periode tussen het rechterlijk oordeel en het moment van 'effectief herstel' een nieuwe, 'objectieve' vaststelling van de schade praktisch niet haalbaar is: het rechterlijk oordeel is immers geweest. Bovendien gaat vanaf het moment waarop waardeschuld in geldschuld wordt omgezet de wettelijke rente (*les intérêts moratoires légaux*) lopen over het te vergoeden geldbedrag, wat het risico van dubbelbetaling met zich zou brengen wanneer nadien de schade opnieuw zou (moeten) worden beoordeeld.⁵⁹

Net als in België bestaat in Frankrijk het voornemen tot een hervorming van het verbintenissenrecht, waarbij eveneens de gedachte is om het beginsel van het beoordelingsmoment van de schade naar het tijdstip van de uitspraak te codificeren, en wel in het voorgestelde artikel 1261:

53. Viney, Jourdain & Carval 2017, nr. 131-134.

54. Cour de Cassation 23 maart 1942 (D. 1942-J, p. 118). Hierover ook Chartier 1983, nr. 457-467 en Chartier 1998, p. 24.

55. Guégak-Lécuyer 2015, nr. 3, Viney, Jourdain & Carval 2017, nr. 133 en uitvoerig Pierre-François 1975, p. 56 e.v.

56. Chartier 1983, nr. 459.

57. Guégak-Lécuyer 2015, nr. 6.

58. Zie Viney, Jourdain & Carval 2017, nr. 135 en F. Derrida, 'L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation', *Juris-Classeur Périodique (JCP)* 1951/918.

59. Viney, Jourdain & Carval 2017, nr. 135.

‘Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.’⁶⁰

4.4.3.3 Duitsland

In het Duitse schadevergoedingsrecht staat feitelijk herstel (*Naturalherstellung*) nadrukkelijk voorop. Dat betekent dat de aansprakelijke in beginsel gehouden is te voorzien in het herstel ‘in natura’ (§ 249 lid 1 BGB). Het gaat om een basisregel van schadevergoedingsrecht: de *Grundsatz der Totalreparation*.⁶¹ Gaat het om personenschade of zaakschade, dan kan de benadeelde evenwel op grond van het tweede lid van § 249 BGB aanspraak maken op het geldbedrag dat voor het feitelijke herstel nodig is (de *Integritätsinteresse*). Is herstel onmogelijk of ontoereikend, dan heeft de benadeelde aanspraak op een geldelijke compensatie krachtens § 251 lid 1 BGB (de *Wert- of Summeninteresse*); op grond van het tweede lid van § 251 BGB bestaat een dergelijke aanspraak ook wanneer feitelijk herstel praktisch wel mogelijk is, maar slechts tegen onredelijk hoge kosten.⁶²

Voor het peilmoment van de schade is van belang dat het bij schadevergoeding op grond van § 249 lid 1 BGB draait om een *Geldwertschuld*: een verbintenis waarvan de waarde niet van tevoren op een nominaal geldbedrag is vastgesteld. Bij een *Geldsummenschuld* of *Geldbetragsschuld* is dat daarentegen juist wel het geval.⁶³ Een en ander hangt samen met het uitgangspunt van de *Naturalherstellung*: tot aan het moment waarop daadwerkelijk herstel of vervanging plaatsvindt, is de waarde van de door de aansprakelijke te leveren prestatie onderhevig aan veranderingen zoals prijsfluctuaties etc. Zijn verplichting tot betaling van het voor herstel noodzakelijke geldbedrag krachtens § 249 lid 2 BGB is tot aan het moment van voldoening even veranderlijk als de waarde van de hem primair treffende verplichting om over te gaan tot herstel in natura (ex § 249 lid 1 BGB).⁶⁴ Het moment van het effectieve herstel (*Zeitpunkt der Wiederherstellung*) is dan beslissend.⁶⁵

Gaat door een ongeval een auto geheel teniet, dan is de aansprakelijke dus in beginsel gehouden tot het verschaffen van een gelijkwaardig alternatief. Is op het moment waarop de aansprakelijke overgaat tot herstel in natura de marktprijs voor een vergelijkbare auto gestegen, dan zal hij dus moeten voorzien in een duurdere auto. Komt het aan op vergoeding in geld (§ 249 lid 2 BGB), dan is hij in beginsel tot betaling van de hogere *Wiederbeschaffungswert* gehouden. Omgekeerd kunnen dalende marktprijzen

60. Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Reforme de la Responsabilité Civile, 2017, te raadplegen via http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf (laatst geraadpleegd 20 december 2018).

61. Staudinger/Schiemann 2005, § 249, nr. 1.

62. Staudinger/Schiemann 2005, § 251, nr. 2.

63. Goßler 1977, p. 25 e.v.

64. Flume 2018, nr. 410.

65. Flume 2018, nr. 413-417.

leiden tot een vermindering van de waarde van de aanspraak.⁶⁶ Dat betekent dat de aanspraak uiteindelijk zelfs nihil kan blijken. Oetker merkt daarover – beeldend – op:

‘Unrichtig ist es zu argumentieren, der einmal entstandene Anspruch könne dem Gläubiger nachträglich auch nicht teilweise wieder entzogen werden (...). Der Schadensersatz ist keine Einbahnstraße.’⁶⁷

Waar het gaat om schadevergoeding in geld pleegt men in Duitsland een onderscheid te maken tussen het begrotingsmoment dat naar materieel recht doorslaggevend is (*materiellrechtlich maßgeblicher Zeitpunkt*) en het procedureel beslissende moment (*prozessual maßgeblicher Zeitpunkt*). Zo gaat er een zekere fixerende werking uit van het moment waarop de rechter uitspraak doet, of beter: van het moment van de laatste mondelinge behandeling. Valt er processueel een moment aan te wijzen waar een zekere fixatie van de aanspraak van moet uitgaan, materieelrechtelijk zou een dergelijk ‘eindpunt’ als zodanig niet goed zijn aan te wijzen, behalve bij uitzonderingen zoals de *abstrakte Schadensberechnung*. Zo schrijven Lange en Schiemann:

‘Der Grundsatz der Totalreparation hat vielmehr zur Folge, daß es einen solchen Endpunkt an sich nicht gibt. Andererseits ist es aber unmöglich und wäre auch mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit unvereinbar, jeden Schadensfall tatsächlich ohne Grenzen weiter zu verfolgen.’⁶⁸

Materieel zou weliswaar het moment van voldoening van de schadevergoeding het beslissende moment moeten zijn voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding⁶⁹, praktisch komt dat steeds neer op het moment van de laatste mondelinge behandeling.⁷⁰

4.4.3.4 Engeland

Ook in het Engelse schadevergoedingsrecht krijgt de zogenoemde *date of assessment* als zodanig enige aandacht. Te verwijzen valt naar een ‘klassieke’ uitspraak uit 1903 van de House of Lords in de zaak *Bwllfa and Merthyr Dare Steam Collieries Ltd v Pontypridd Waterworks Co*, waarin het ging om een vordering tot schadevergoeding wegens – kort gezegd – het hinderen van de ontginning van steenkool gedurende een periode waarin de prijs van steenkool opliep. De vraag rijst of de kolen moesten worden gewaardeerd naar het begin van de periode of tegen een later moment. De House of Lords formuleert als regel – sindsdien ook wel bekend als ‘*the Bwllfa principle*’ – dat kwesties moeten worden beoordeeld op grond van het beste bewijsmateriaal, en dat

66. Goßler 1977, p. 14.

67. Oetker 2019, nr. 311.

68. Lange & Schiemann 2003, p. 46.

69. BGH 23 januari 1981, NJW 1981, 2065 en BGH 17 oktober 2006, NJW 2007, 67.

70. BGH 29 april 1953, NJW 1953, 977, BGH 3 juni 1996, NJW 1996, 2654 en BGH 23 oktober 2003, NJW 2004, 445.

is de meest actuele informatie die beschikbaar is op de datum van de (laatste) hoorzitting. Lord Macnaghten merkt op:

(...) the arbitrator's duty is to determine the amount of compensation payable. In order to enable the arbitrator to come to a just and true construction it is his duty, I think, to avail himself of all information at hand at the time of making his award which may be laid before him. Why should he listen to conjecture on a matter which has become an accomplished fact? Why should he guess when he can calculate? With the light before him why should he shut his eyes and grope in the dark?⁷¹

Uit de *Bwllfa*-zaak zou volgen dat in principe alle later opkomende feiten en omstandigheden moeten worden meegewogen in het oordeel van de rechter, maar het betreft geen harde regel.⁷² Zo gaat het in het Engelse schadevergoedingsrecht dikwijls om een verlies dat aan een zekere marktwaarde relateert (een *diminution in value*), waarvan wordt aangenomen dat dat in de regel onmiddellijk wordt geleden op het moment van de *tort* of de *breach of contract*. In het bijzonder in de sfeer van het contractenrecht spreekt men in dat verband van de zogenoemde *breach date rule*: de schadevergoeding die het waardeverlies moet compenseren wordt in beginsel vastgesteld naar het moment van de schending (*time of breach*).⁷³ De benadeelde wordt namelijk geacht zich onmiddellijk op de markt van een alternatieve bron te voorzien; ieder verlies zijnerzijds in verband met waardeschommelingen na de *breach* is in beginsel aan hemzelf toe te rekenen als een *failure to mitigate*.⁷⁴ De *breach date rule* is daarmee gebaseerd op de aanname dat de benadeelde onmiddellijk weet heeft van de *breach* en bovendien op dat moment in staat is zodanig te handelen dat hij zijn schade kan beperken. Omdat dit niet steeds het geval zal zijn, kan een ander waarderingsmoment alsnog geschikter worden bevonden.⁷⁵

De *Golden Victory*-zaak heeft in dit verband enigszins recent stof doen opwaaien in de juridische literatuur.⁷⁶ In 1998 sluit de Golden Strait Corporation een *charterparty* om een haar in eigendom toebehorende tanker te charteren voor een periode van zeven jaar. De voorwaarden voorzagen in de betaling door de bevrachters van een minimum gewaarborgde basishuurprijs per dag, die gedurende de looptijd zou stijgen (maar zou dalen als de marktrente onder een bepaald niveau zou dalen). Daarnaast zou Golden Strait Corporation ook een deel van de winst van de bevrachters ontvangen. De overeenkomst gaf partijen een beëindigingsmogelijkheid indien oorlog of vijandelijkheden uitbraken tussen een aantal landen, waaronder de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Irak. In 2001 beëindigen de bevrachters het contract en leveren zij het schip terug aan Golden Strait Corporation, die de *repudiation* aanvaardt en

71. *Bwllfa and Merthyr Dare Steam Collieries Ltd v Pontypridd Waterworks Co* [1903] A.C. 426 onder 431.

72. Burrows 2004, p. 183-184.

73. Proctor 2012, p. 309 e.v., McKendrick 2015, p. 356-357 en Waddams 1981, p. 445-461.

74. Treitel 2015, nr. 20-071.

75. Zie *Johnson v Agnew* [1980] A.C. 367, onder 401 en Treitel 2015, nr. 20-072.

76. *Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kubishka Kaisha* [2007] UKHL 12, waarover ook Proctor 2012, p. 312-315.

schadevergoeding vordert. Wanneer in 2003 – nog voordat de schade is begroot – de Tweede Golfoorlog uitbreekt, stellen de bevrachters zich op het standpunt dat, indien het contract niet was beëindigd, zij zich op de oorlogsclausule hadden beroepen. De schade zou daarom moeten worden begroot op basis van een periode eindigend in 2003. Golden Strait Corporation voert daarentegen aan dat de schade moet worden begroot op basis van de waarde van haar contractuele aanspraken op het moment van (aanvaarding van) de *repudiation* in 2001, en dat daarom bij de schadebegroting van de volle looptijd van 7 jaar moet worden uitgegaan: de oorlog kon op dat moment immers niet worden voorzien. De meerderheid van de House of Lords was van oordeel dat het uitbreken van de oorlog bij het schadeoordeel moet worden meegewogen, eenvoudig gezegd omdat de Golden Strait Corporation zou worden ‘overgecompenseerd’ wanneer de oorlog buiten beschouwing zou blijven. Lezenswaardig zijn de *dissenting opinions* van Lord Bingham en Lord Walker, die betogen dat hier de *breach date rule* strikt had moeten worden toegepast en wijzen op het belang van zekerheid en voorspelbaarheid in het Engelse commerciële contractenrecht. De literatuur is – evenals de House of Lords – verdeeld.⁷⁷

4.4.3.5 *Belang*

Voor zover in de ons omringende rechtsstelsels meer aandacht bestaat voor het beoordelingsmoment van de schade – althans op beginselniveau – lijkt de waarde daarvan voor de analyse van het Nederlandse recht betrekkelijk. De ‘blik naar buiten’ illustreert de rol van de factor tijd bij de vaststelling van schade en leert dat deze in verband kan worden gebracht met het schadevergoedingsrechtelijke volledigheidsbeginsel, maar ook met de aard van de verbintenis tot schadevergoeding (geldschuld of waardeschuld). Bovenal leert de vergelijking dat een scherp zicht op de inhoud van het te hanteren begrip schade op dit punt onontbeerlijk is. De gedachte dat de rechter oordeelt vanuit ‘de actualiteit’ lijkt niet zozeer betrekking te hebben op het begrip schade als wel op het ‘totaaloordeel’ over de passende schadevergoeding. Zoals gezegd, ligt in het Nederlandse systeem van schadevergoedingsrecht besloten dat de schadeomvang moet worden vastgesteld naar het – materieelrechtelijk bepaalde – moment waarop de schade wordt geleden en dat de omvang van de schadevergoeding moet worden vastgesteld naar het – meer van procedurele factoren afhankelijke – moment waarop de rechter uitspraak doet (zie hiervoor paragraaf 4.4.2).

4.5 TOEKOMSTIGE SCHADE

4.5.1 *Nog niet ingetreden schade*

De wet erkent dat op het moment waarop de rechter oordeelt vooruitzicht kan bestaan op schade die op dat moment nog niet is ingetreden. Men spreekt van toekomstige schade. Het tijdstip van de schadevaststelling vormt de cesuur tussen de reeds geleden en de toekomstige schade: nog niet ingetreden schade is schade die ten tijde van

77. Reynolds 2008, p. 333-345, Zhou 2010, p. 579-593 en Dyson & Kramer 2014, p. 259-281.

de schadevaststelling nog niet is geleden.⁷⁸ Een en ander wordt dus bepaald door het moment waarop de rechter zich gesitueerd ziet: schade die op een eerder moment nog als toekomstig moest worden gezien, kan ten tijde van de (uiteindelijke) schadevaststelling inmiddels zijn ingetreden.

Complicatie bij toekomstige schade is dat deze zich in de toekomst manifesteert en zich pas op een later moment – *ex post* – nauwkeuriger laat vaststellen, wanneer de voor de schadevaststelling relevante toekomstige feiten en omstandigheden zich eenmaal hebben ontplooid. De vegelijkmingsmethode richt zich naar een in de toekomst gelegen punt in de tijd: het schademoment is immers gelegen in de toekomst. Globaal gezien zijn er twee opties. Men zou ontwikkelingen kunnen afwachten, maar in veel gevallen is dat niet in het belang van de bij het schadedebat betrokken partijen. Een inschatting bij voorbaat vormt dan een aantrekkelijk alternatief.⁷⁹ Artikel 6:105 BW beoogt te voorzien in een passende regeling op dit punt.

Hoewel de rechter bij de schadebegroting op verschillende manieren kan omgaan met de verwachting dat op een later moment meer zekerheid zal bestaan omtrent het verloop der dingen zoals dat zich tegen die tijd heeft ontplooid, zal de ‘exactheid’ van zijn oordeel niettemin betrekkelijk zijn. Dat heeft alles te maken met het hypothetische element van het begrip schade. Zo benadrukt Spier dat tijdsverloop niet steeds duidelijkheid zal brengen:

‘Voorop zij gesteld dat men nimmer weet of zelfs maar kan weten wat de toekomst in petto heeft. Men zal noodgedwongen zijn toevlucht moeten nemen tot speculaties. Deze kunnen meer of minder waarschijnlijk zijn, het mag louter toeval heten wanneer de werkelijkheid nauwkeurig met de veronderstelde overeenstemt. Vaak zal, zelfs na verloop van jaren, niet vast gesteld kunnen worden wat zonder schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn gebeurd. (...) het blijft steeds speculeren over een toekomst die gedoemd is nooit werkelijkheid te worden.’⁸⁰

Eenzelfde gedachte treft men aan bij Simoens, die het als volgt verwoordt:

‘(...) deze schade was van bij haar begin altijd reeds een verlies van toekomst, zodat ook dat schadegedeelte dat we op de peildatum als verleden schade bestempelen fataal onzeker blijft. (...) Verleden schade bestond bij haar aanvang uit een verloren toekomst.’⁸¹

De kern van artikel 6:105 BW is dat de wet de benadeelde toestaat vergoeding te vorderen van schade die nog niet is ingetreden: het zou immers onpraktisch zijn wanneer pas een vergoeding zou kunnen worden gevorderd telkens wanneer de benadeelde daadwerkelijk (opnieuw) schade heeft geleden.⁸² Het staat de benadeelde daarbij vrij

78. Bloembergen 1965, nr. 20.

79. Spier 1992, nr. 41.

80. Spier 1992, nr. 46.

81. Simoens 1999, p. 29.

82. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 41.

slechts vergoeding te vorderen voor schade die reeds is geleden, onder voorbehoud van het recht om later vergoeding te vragen voor schade die later, in een 'nieuw tijdvak', wordt geleden. Ook behoort verwijzing naar de schadestaatprocedure tot de mogelijkheden, en kan ook de schade die dan nog toekomstig is – dus ten tijde van de schadestaatprocedure – langs de weg van artikel 6:105 BW worden begroot en vergoed. Men komt dus niet 'automatisch' toe aan toepassing van artikel 6:105 BW wanneer toekomstige schade in het vooruitzicht ligt.

Artikel 6:105 BW beoogt de verschillende mogelijkheden aan te geven die de rechter ten dienste moeten staan wanneer de schade zich 'over een zekere tijdsruimte uitstrekt', waarbij de wetgever voorbeelden voor ogen heeft gehad als het verminderd genot van een zaak, een verminderd debiet of verminderd arbeidsvermogen wegens letsel.⁸³ In de praktijk zou het bij toekomstige schade meestal gaan om voortdurende schade als gevolg van dood en letsel.⁸⁴ De mogelijkheden die in artikel 6:105 BW worden genoemd, moeten worden gezien tegen de achtergrond van artikel 6:97 BW, dat beoogt aan de rechter een grote mate van vrijheid te verschaffen bij de vaststelling van de schadeomvang.⁸⁵ De rechter krijgt met artikel 6:105 BW dan ook een instrumentarium aangereikt waaruit een zekere beoordelingsvrijheid blijkt. Bij de parlementaire behandeling is wel de vraag gerezen in hoeverre de rechter bij de keuze tussen de hierna nog te bespreken alternatieven lijdelijk is. Het antwoord op deze vraag zou besloten liggen in de algemene regels betreffende de begroting van schade en de vrijheid die de rechter heeft in dat verband:

'De op dit punt aan de rechter toegekende vrijheid brengt mee dat hij zonodig ambtshalve kiest. Hij is hier derhalve niet lijdelijk, zo min als hij dat in het algemeen is, wanneer het gaat om leiding geven aan het verloop van de procedure. Wèl brengt het lijdelijkheidsbeginsel uiteraard mee dat hij gebonden is aan hetgeen partijen over en weer aan feiten hebben gesteld en tot onderwerp van hun materiële geschil hebben gemaakt.'⁸⁶

4.5.2 *Uitstel of begroting bij voorbaat*

De rechter kan, zo volgt uit het eerste lid van artikel 6:105 BW, een keuze maken ten aanzien van het *moment* waarop hij de schade vaststelt: hij heeft de bevoegdheid om de begroting van de schade geheel of gedeeltelijk uit te stellen, maar hij kan de nog niet ingetreden schade ook, na afweging van goede en kwade kansen, bij voorbaat begroten.

Voor uitstel van de schadebegroting kunnen goede redenen bestaan. Wanneer de omvang van de schade die de benadeelde zal lijden nog geheel onzeker is, maar verwacht kan worden dat na verloop van tijd daaromtrent meer bekend zal zijn, ligt het volgens de Toelichting Meijers voor de hand dat de rechter zijn beslissing uitstelt tot

83. TM, PG Boek 6, p. p. 365.

84. Spier 1992, nr. 41.

85. MvA II, PG Boek 6, p. 368.

86. MvA II, PG Boek 6, p. 368.

het tijdstip waarop hij ‘met meer kennis van zaken’ kan oordelen.⁸⁷ Uitstel ligt dus in de rede wanneer de rechter voorsnog onvoldoende aanknopingspunten heeft voor begroting.⁸⁸ Volgens de Hoge Raad in het arrest *Binnendijk/IJsselcentrale* brengt het systeem der wet mee dat het de rechter vrijstaat zijn beslissing omtrent de gevorderde vergoeding uit te stellen:

‘indien hem dit geraden voorkomt omdat de betekenis van de gestelde schadefactoren wegens hun verband met toekomstige onzekere gebeurtenissen nog niet met voldoende duidelijkheid kan worden bepaald.’⁸⁹

Aan de mogelijkheid om de schadebegroting uit te stellen zou behoefte bestaan in de praktijk, omdat het vaststellen van de schade(vergoeding) anders teveel zou neerkomen op een kansspel.⁹⁰ Uitstel verdient evenwel niet in alle gevallen de voorkeur. De rechter heeft daarom de mogelijkheid om de toekomstige schade *bij voorbaat* vast te stellen, dat wil zeggen dat de schadebegroting eerder in de tijd plaatsvindt dan het moment waarop de schade zal intreden.⁹¹ Volgens de Toelichting Meijers is uitstel van de schadebegroting om ‘psychologische redenen’ in veel gevallen ongewenst: een benadeelde die zelf een zekere invloed zou kunnen uitoefenen op de omvang van de schade, zou zich het meest inspinnen voor het beperken van de schade, wanneer hij weet dat hij daarmee zijn eigen belang dient. Artikel 6:105 BW laat daarom de rechter vrij om de invloed die toekomstige onzekere gebeurtenissen in gunstige en ongunstige zin op de omvang van de schade zullen hebben te verdisconteren in de toe te kennen vergoeding.⁹²

De begroting van toekomstige schade kan bij voorbaat geschieden na afweging van goede en kwade kansen. Daarbij komt het aan op de *redelijke verwachtingen* van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen. Daarbij komt de rechter weliswaar een zekere mate van vrijheid toe, maar geldt onverminderd dat de schade in beginsel volledig moet worden vergoed en daartoe ‘concreet’ moet worden vastgesteld.⁹³ De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de vraag of en zo ja, in hoeverre er in de toekomst schade zal worden geleden rust in beginsel op de eisende partij. De Hoge Raad komt hem daarbij wel enigszins tegemoet. In zijn arrest *Vehof-Vasters/Helvetia*, waarin het gaat om toekomstige personenschade als gevolg van een verkeersongeval, meer specifiek om de vraag of het betreffende slachtoffer een cursus tot bejaarden-verzorgster zou hebben afgerond, overweegt de Hoge Raad dat:

‘(...) 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

87. TM, PG Boek 6, p. 365.

88. Spier 1992, nr. 42.

89. HR 2 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7302, NJ 1979/384 m.nt. F.H.J. Mijnsen (Binnendijk/IJsselcentrale).

90. VV II, PG Boek 6, p. 366.

91. MvA II, PG Boek 6, p. 368.

92. TM, PG Boek 6, p. 365.

93. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 54.

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.⁹⁴

Noemenswaardig is ook het arrest *Van Sas/Interpolis*, waarin het gaat het om de vraag of een 46 jaar oud slachtoffer van een auto-ongeluk, dat daardoor arbeidsongeschikt raakte, zonder ongeval tot haar 65ste jaar haar beroep zou hebben uitgeoefend of dat zij ervoor zou hebben gekozen om eerder te stoppen. De Hoge Raad overweegt, kort gezegd, dat de rechter met het verlies van die keuzemogelijkheid weliswaar zo veel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening kan houden, maar dat dit niet zo ver gaat dat steeds van die mogelijkheid moet worden uitgegaan, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer reden wordt gevonden het tegendeel aan te nemen.⁹⁵

Voor begroting bij voorbaat zou pleiten dat het weliswaar gaat om een *speculatieve* bezigheid – het mag toeval heten wanneer het daadwerkelijke verloop achteraf bezien nauwkeurig overeen blijkt te stemmen met eerder gemaakte inschattingen⁹⁶ – maar dat daarmee wel bepaalde complexiteiten kunnen worden vermeden die kunnen opspelen wanneer men het verloop van de tijd zou afwachten. Weliswaar komt de situatie *na* de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis steeds meer concreet vast te staan, ten aanzien van de hypothetische situatie *zonder* de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis moet men evenwel aanname op aanname stapelen. In het bijzonder kunnen problemen rijzen in verband met de met het tijdsverloop toenemende onzekerheid op causaliteitsvlak, meer in het bijzonder problemen van meervoudige causaliteit bij voortdurende schade. Ook kunnen later opkomende feiten en omstandigheden aanleiding geven tot geschillen over eventuele verrekening van opgekomen voordelen (artikel 6:100 BW) of over vermindering van de vergoedingsplicht wanneer de benadeelde ten aanzien van nog in te treden schade mogelijk niet zou hebben voldaan aan zijn gehoudenheid tot redelijke schadebeperking (artikel 6:101 BW). Het gaat hierbij steeds om later opkomende feiten en omstandigheden die bij een begroting *bij voorbaat* wellicht lastig te voorzien zijn maar die, wanneer zij zich eenmaal hebben voorgedaan, *na afloop* een – complicerende – rol kunnen spelen bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsplicht.

94. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (Vehof-Vasters/Helvetia), r.o. 3.5.2. Zie ook de Hoge Raad in HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. S.D. Lindenberg (Lander/Gemeente Heiloo), r.o. 3.5.2 en HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115, r.o. 3.3.2.

95. HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/Interpolis*), r.o. 3.4.

96. Spier 1992, nr. 46.

4.5.3 *Bedrag ineens*

4.5.3.1 *Argumenten voor en tegen*

Wordt de begroting van toekomstige schade niet uitgesteld, dan heeft de rechter een zekere discretionaire ruimte met betrekking tot de *wijze waarop* de toekomstige schade moet worden vastgesteld en vergoed: hij kan de aansprakelijke veroordelen tot betaling van een bedrag ineens of tot betaling van periodiek uit te keren bedragen (artikel 6:105 lid 1 BW).

Voor een schadevergoeding in een som ineens pleiten vooral argumenten van praktische aard. Zo lijkt in de praktijk een sterke voorkeur te bestaan voor schadeafwikkeling door betaling van een som ineens, omdat men anders telkens opnieuw met de afwikkeling van het schadegeval zou worden geconfronteerd, zo lang als er nog schade zal intreden. In het bijzonder in personenschadezaken kan een som ineens een revaliderende werking hebben. Het schadeafwikkelingsproces kan immers een belemmering vormen voor het fysieke, psychische en daarmee ook financiële herstel van het slachtoffer (zie ook paragraaf 7.2.4.2). Na ontvangst van een som ineens kan het slachtoffer 'weer verder met zijn leven' en wordt de aansprakelijkheidsrelatie, die tenslotte nooit een gewenste was, in beginsel beëindigd. Het slachtoffer kan – los van (herstel)kosten die hij op de aansprakelijke zou kunnen afwentelen – met behulp van een bedrag ineens voor verlies van toekomstige inkomsten soms beter een invulling geven aan zijn 'nieuwe bestaan' dan wanneer zijn inkomenssituatie gelijk wordt gehouden aan de situatie die (vermoedelijk) zou hebben bestaan wanneer een ongeval hem niet was overkomen.⁹⁷ Hier kan een lastig spanningsveld optreden: omdat de (financiële) gevolgen van letsel zich gedurende langere tijd kunnen doen gevoelen, loopt men het risico dat op een later moment blijkt dat de som ineens 'tekortschiet'. Bezien vanuit het perspectief van de schadeplichtige partij kan schadevergoeding in de vorm van betaling van een som ineens eveneens aantrekkelijk zijn: hij kan de zaak na betaling van een som ineens als afgehandeld beschouwen en 'de boeken sluiten'. Een periodieke betalingsverplichting kan voor de tot schadevergoeding verplichte partij extra kosten betekenen, zeker wanneer die regelmatig opnieuw moet worden beoordeeld. Een bedrag ineens kan evenwel ook voor de schadeplichtige partij een risico inhouden: na het sluiten van het dossier zou immers kunnen blijken dat de schade te hoog is ingeschat, bijvoorbeeld omdat het slachtoffer, eenmaal 'verlost' van de schadeafwikkeling, beter herstelt dan verwacht.

Na de veroordeling tot betaling van een bedrag ineens zijn verdere geschillen over de omvang van de schadevergoeding in beginsel uitgesloten: wanneer een bepaalde (toekomstige) schadepost bij gewijsde op een zeker bedrag is begroot kunnen latere gebeurtenissen, die de omvang van de schade beïnvloeden, geen invloed meer hebben op de rechten en verplichtingen van partijen.⁹⁸ Voor zover latere schadeposten opkomen die door het bedrag ineens niet zijn gedekt kan daarvan in beginsel wel op een later moment vergoeding worden gevorderd.

97. Spier 1992, nr. 46.

98. TM, PG Boek 6, p. 365.

4.5.3.2 *Berekening contante waarde*

Komt het aan op een veroordeling tot betaling van een bedrag ineens ter zake van toekomstige schade, dan is het gebruikelijk uit te gaan van de contante waarde van de totale te verwachten schade. Het gaat hier in feite om een financieel-rekenkundige 'actualisering' van de waarde van het schadebedrag dat in de toekomst moet worden vergoed: waar de praktijk er doorgaans de voorkeur aan geeft schade te vergoeden met een bedrag ineens, moet voor de vaststelling van de schadevergoeding een zekere vertaalslag worden gemaakt van schade die zich over een periode uitstrekt naar een enkel begrotingsmoment. Dit gebeurt doorgaans door kapitalisatie van toekomstige schadebedragen, waarbij onder meer rekening wordt gehouden met (toekomstige) inflatie en het rendement dat met het geld kan worden gemaakt gedurende de periode waarover het is 'vooruitbetaald'. Kapitaliseren kan worden omschreven als 'de waarde van iets berekenen naar de gemiddelde baten en lasten', en is een methode om een in de toekomst terugkerende schade in een keer in zijn totaal vast te stellen.⁹⁹ Zodra het 'toekomstige schadeverloop' is vastgesteld, zet men de bedragen die gespreid over de schadepriode zouden moeten worden uitgekeerd om naar de kapitaalwaarde daarvan op het tot uitgangspunt genomen moment, ook wel aangeduid als 'peildatum' of 'kapitalisatiedatum'. In de kern draait het bij kapitalisatie om de vraag om welk (terugkerend) bedrag het gaat, over welke periode moet worden gekapitaliseerd en tegen welke rentevoet. Bij kapitalisatie spelen tijdsaspecten dus bij uitstek een rol: het gaat immers om de tijdspanne tussen het moment waarop de schadevergoeding wordt uitgekeerd en het tijdstip waarop het uitgekeerde bedrag door de benadeelde zal (moeten) worden aangewend om een zich dan realiserend tekort te compenseren.¹⁰⁰ Dat geschiedt mogelijk pas in een verre toekomst.

Men neemt bij het kapitaliseren doorgaans in ogenschouw wat de (toekomstige) gevolgen zijn van de vervroegde uitkering van de vergoeding: de benadeelde beschikt immers eerder over het geldbedrag aan schadevergoeding dan het moment waarop de schade (naar verwachting) zal worden geleden. Hij beschikt in zoverre dus eerder over de vergoeding dan het moment waarop de schade en dus zijn vergoedingsaanspraak ter zake ontstaat. Daarom moet rekening worden gehouden met de inkomsten die de benadeelde door belegging van de hem toegekende som kan verwerven, en wel op een wijze zodanig dat het uitgekeerde bedrag een dekkende vergoeding biedt voor de schade tegen de tijd dat deze intreedt.

Op dit punt is sprake van een zekere mate van fictie, nu bij deze stap wordt uitgegaan van voordelen wegens belegging van de toegekende som, ongeacht de vraag of de benadeelde het bedrag daadwerkelijk daartoe (met enig succes) aanwendt. Bovendien betreft de renteopbrengst die over de vergoeding kan worden gerealiseerd – en daarom op het bedrag in mindering wordt gebracht – niet veel meer dan een inschatting van het toekomstige rendement, dat mede van het beleggingsklimaat afhankelijk is. Deze verrekening van (potentieel) rendement vormt als het ware het spiegelbeeld van de situatie waarin een vordering gedurende een bepaalde periode weliswaar

99. Van Mierlo & Van Ravels 2011, p. 140.

100. Elzas 2015, p. 67.

opeisbaar is geworden maar niet wordt voldaan, en daarom met wettelijke rente wordt verhoogd.¹⁰¹ Waar die wettelijke rente (vertragingsschade) ziet op nadeel vanwege te late betaling, ziet de rendementsverdiscontering dus op voordeel wegens vooruitbetaling.¹⁰² Het eerste is wettelijk gefixeerd en wordt in zoverre 'abstract' vastgesteld (artikel 6:119 BW); het laatste is niet wettelijk vastgelegd en moet uiteindelijk 'concreet' door de rechter worden bepaald, waarbij het aankomt op redelijke verwachtingen met betrekking tot toekomstige ontwikkelingen. Naast de te verrekenen mogelijkheid om rendement te verwerven speelt ook de inflatie een rol, oftewel de te verwachten waardevermindering van geld. Door (ook) een inflatiecorrectie toe te passen, wordt reken-schap gegeven van de verwachting dat in het algemeen prijzen zullen stijgen en dat de 'interne waarde' van de bij voorbaat uitgekeerde schadevergoeding met de tijd zal afnemen. Als een geldbedrag reeds nu wordt uitgekeerd met het oog op het vergoeden van een schade in de toekomst, dan moet die inflatie dus worden verdisconteerd.

Het verschil tussen het percentage renteopbrengst en het percentage voor inflatie wordt ook wel de 'rekenrente' genoemd, hoewel het niet een vastomlijnd begrip is. In personenschadezaken is niet ongebruikelijk bij de berekening ook de *sterftekans*, die samenhangt met de leeftijd van het slachtoffer, te betrekken: de vermogensschade (bijvoorbeeld bestaande in misgelopen inkomsten wegens verlies van arbeidsvermogen of terugkerende kosten voor zorg) 'eindigt' immers op het moment waarop de benadeelde in de toekomst komt te overlijden. De sterftekanscorrectie betreft een in een percentage en per periode uitgedrukte kans van (toekomstig) overlijden van het slachtoffer.¹⁰³ Ten opzichte van rendement en inflatie is de sterftekans een bijzondere factor: het gaat bij de sterftekans niet zozeer om de financieel-rekenkundige bewerking van een schadebedrag waarvan is vastgesteld dat het in de toekomst zal moeten worden uitgekeerd, maar om de onzekerheid dat een bepaalde schade überhaupt zal worden geleden. Goed beschouwd raakt de sterftekanscorrectie vooral de vraag *of* in de toekomst schade zal worden geleden: in feite wordt immers over het resultaat van de schadebegroting, die *na* afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschiedt en wordt gebaseerd op een zo concreet mogelijk in te schatten verschil tussen de situatie met en die zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, alsnog de kwade *kans* verdisconteerd dat de schade uiteindelijk niet zal worden geleden vanwege het 'voortijdige' overlijden van het slachtoffer. Een dergelijke 'proportionele' benadering herkent men niet terug waar het gaat om andere oorzaken van 'dezelfde schade'. Dat een latere gebeurtenis – zoals specifiek een hartinfarct of meer algemeen een *life event* – eveneens zou hebben geleid tot het wegvallen van inkomsten uit arbeid, moet immers volgens de 'alles of niets-benadering' worden meegewogen en niet via een 'onzekerheidspercentage' (zie paragrafen 5.3.3.3 en 7.2.3.3).

De rekenrente staat ter discussie, waar vraagtekens worden geplaatst bij het hanteren van een vrij constant rendementspercentage in een tijd waarin men niet langer gelooft

101. Elzas 2015, p. 73.

102. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 66.

103. Bakker, Van Ooijen & Neeser 2007, p. 169.

in toekomstige voortdurende economische groei.¹⁰⁴ Een hogere rendementsverdiscontering dan wat daadwerkelijk nog aan rendement kan worden gegenereerd valt immers moeilijk te verantwoorden: het zou immers tot gevolg hebben dat het slachtoffer niet de gehele schade vergoed krijgt. In de Nederlandse rechtspraak valt dan ook bereidheid te bespeuren tot het omlaag bijstellen van de gebruikelijke rekenrente.¹⁰⁵ Waar het gaat om de rekenrente over een lange periode, ligt het voor de hand deze (pas) bij te stellen als over een lange periode een bepaald gemiddelde te verwachten valt, zoals het Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt:

‘Het hof is zich er van bewust dat het enkele feit dat een rekenrente tijdelijk lager is nog niet rechtvaardigt dat voor de eerste periode een lagere rekenrente wordt gehanteerd en voor de latere periode een hogere rekenrente. Het gaat immers om een gemiddeld percentage over een langere periode. Nu de actuele rekenrente zozeer verschilt van de overigens te hanteren rekenrente en geen sprake is van een plotselinge daling maar van een langjarige ontwikkeling acht het hof het hanteren van een rekenrente voor de periode tot 1 januari 2018 echter alleszins gerechtvaardigd. Het neemt daarbij in aanmerking dat gelet op de ontwikkeling van de laatste jaren het niet in de lijn der verwachtingen ligt dat binnen afzienbare termijn een rekenrente van meer dan 3% zou moeten worden gehanteerd.’¹⁰⁶

Omdat de rekenrente een voortdurende bron van discussie zou vormen – zeker in tijden van veranderende rentestanden – wordt in de praktijk wel gezocht naar (nieuwe) handvatten.¹⁰⁷

Zie over de – omstreden – mogelijkheid om toekomstige schade te kapitaliseren naar een peildatum die geruime tijd voor de uitspraak ligt paragraaf 4.5.5.

4.5.4 *Periodieke uitkering*

4.5.4.1 *Argumenten voor en tegen*

Voor veroordeling tot betaling van periodiek uit te keren bedragen voor toekomstige schade pleit een aantal argumenten. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat wanneer schade successievelijk wordt geleden, zoals het geval is bij het wegvallen van een regelmatige inkomstenbron of wanneer het gaat om blijvende gevolgen van letsel, het toekennen van een periodieke uitkering als voordeel heeft dat het doel van schadevergoeding het beste wordt bereikt: de uitkering van de vergoeding houdt ‘gelijke tred’ met het intreden van de schade.¹⁰⁸ Wanneer de benadeelde zoveel mogelijk feitelijk en ten minste financieel moet worden geplaatst in de positie waarin hij zou

104. Onder meer Ten Boom 2006, p. 76-81, Tiemersma 2013 met reactie van Laumen 2013 en Van Dort 2014, p. 8-17.

105. Bijv. Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4511, JA 2014/146 m.nt. C.C. Janssen en J.C. van den Dries en Rb. Noord-Holland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9243.

106. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2350, JA 2015/77 m.nt. J. Laumen-de Valk, r.o. 7.13.

107. Bijv. De Letselschade Raad, ‘Conceptrichtlijn Rekenrente nog in ontwikkeling’, <https://deletselschaderaad.nl/actueel/conceptrichtlijn-rekenrente-nog-ontwikkeling/> (laatst geraadpleegd 20 juli 2018).

108. TM, PG Boek 6, p. 365.

hebben verkeerdt bij uitblijven van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, en hij door die gebeurtenis telkens bij gedeelten schade zal lijden, moet hij die schade dus ook in (daaraan gelijke) gedeelten vergoed krijgen. De benadeelde ontvangt dan niet ineens een groot geldbedrag, en wordt dan ook niet geconfronteerd met het probleem hoe hij dat bedrag het beste zou kunnen besteden of beleggen. Op dit punt zou men kort kunnen zijn: de benadeelde beschikt vrijelijk over de hem toegekende som geld, en hij is dus niet *verplicht* de vergoeding van de toekomstige schade op een later moment daadwerkelijk aan te wenden ter compensatie van de schade die op dat latere moment valt. Praktisch lijkt het ook niet goed mogelijk hem, nadat eenmaal uitkering heeft plaatsgevonden, op de besteding van de schadevergoeding te controleren, laat staan te corrigeren.

Voordeel van een uitgespreide schadevergoeding zou bovendien zijn dat deze soms voor de aansprakelijke partij beter is op te brengen dan een groot bedrag ineens. Die overweging lijkt vooral van betekenis wanneer er geen aansprakelijkheidsverzekeraar in het spel is. Daarbij speelt mee dat artikel 6:105 lid 1 BW de rechter de vrijheid biedt de aansprakelijke, wanneer deze wordt veroordeeld tot betaling van periodiek uit te keren bedragen, te verplichten tot *zekerheidstelling*. De ratio daarvan is dat de benadeelde niet het risico mag lopen dat een (aanvankelijk kapitaalkrachtige) wederpartij na verloop van tijd niet meer in staat is aan haar verplichtingen te voldoen.¹⁰⁹ Een verplichting tot zekerheidstelling zou in het bijzonder voor de hand liggen wanneer twijfel bestaat omtrent de (blijvende) solvabiliteit van de aansprakelijke.¹¹⁰ Aan zekerheidstelling zou dus alleen behoefte bestaan als er enig gevaar voor niet-betaling bestaat, wat volgens de toelichting op het wetsartikel doorgaans niet het geval zou zijn wanneer de veroordeelde partij de Staat zou betreffen.¹¹¹ Vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de praktische uitvoerbaarheid van de zekerheidstelling: het lijkt niet direct aannemelijk dat financiële instellingen bereid zullen zijn in dergelijke gevallen (langlopende) garanties te verstrekken.¹¹² Het verwondert ook niet dat de zekerheidstelling ex artikel 6:105 BW – voor zover ik althans kan zien – niet tot ontwikkeling is gekomen.

Een ander argument voor betaling van periodiek uit te keren bedragen is dat men zich daarbij minder zou hoeven wagen aan speculaties omtrent de toekomst dan bij een som ineens, althans voor zover de rechter aan de veroordeling tot betaling van periodieke bedragen voorwaarden verbindt en/of in zijn uitspraak een wijzigingsmogelijkheid opneemt. Een en ander geldt ook ten aanzien van voorspellingen met betrekking tot toekomstige inflatie: de waarde van het uit te keren bedrag zal op een moeilijk te voorspellen wijze worden aangetast door de tijd.¹¹³ Een veroordeling tot betaling van periodiek uit te keren bedragen kan geschieden onder de voorwaarde dat de opgelegde uitkering wordt geïndexeerd.

109. TM, PG Boek 6, p. 365.

110. Spier 1992, nr. 48.

111. TM, PG Boek 6, p. 365.

112. Spier 1992, nr. 48.

113. Spier 1992, nr. 46.

4.5.4.2 Voorwaarden

Het wordt wel als een specifiek voordeel van toekenning van een periodieke uitkering beschouwd, dat de rechter de duur en omvang van de uitkering afhankelijk kan stellen van het al dan niet intreden van bepaalde latere gebeurtenissen, waarmee hij zou kunnen bevorderen dat de vergoeding overeenkomt met de schade die, naar latere inzichten blijkt, daadwerkelijk wordt geleden.¹¹⁴ Artikel 6:105 BW biedt de rechter immers de bevoegdheid de veroordeling afhankelijk te maken van door hem vast te stellen voorwaarden.¹¹⁵ De bepaling impliceert aldus dat het ook bij veroordeling tot betaling van periodiek uit te keren bedragen gaat om vergoeding van schade die in haar geheel *bij voorbaat* wordt begroot en daarmee in beginsel vaststaat, maar dat die veroordeling kan geschieden onder door de rechter te stellen voorwaarden. Het gaat dus niet om *periodieke begroting*: zou de rechter de omvang van de toekomstige schade periodiek vaststellen, oftewel deel voor deel begroten, dan komt dat in essentie immers neer op het benutten van zijn bevoegdheid tot *uitstel* in plaats van begroting bij voorbaat.

De tekst van artikel 6:105 lid 1 BW is op het eerste oog niet geheel duidelijk over de vraag of ook de veroordeling tot betaling van een bedrag ineens kan geschieden onder door de rechter te stellen voorwaarden. De literatuur is op dit punt niet eenduidig. Zo suggereert Spier dat slechts bij veroordeling tot betaling van periodiek uit te keren bedragen ruimte bestaat aan de veroordeling voorwaarden te verbinden.¹¹⁶ Daarvoor zou pleiten dat het in het bijzonder de rol van de geldontwaarding bij een periodieke uitkering is geweest die ertoe zou hebben geleid dat in artikel 6:105 BW is opgenomen dat de rechter bevoegd is de veroordeling van door hem vast te stellen voorwaarden afhankelijk te maken.¹¹⁷ Sieburgh wijst er slechts op dat de rechter aan 'de veroordeling' voorwaarden kan verbinden en noemt daarbij de indexeringsmogelijkheid bij een opgelegde periodieke uitkering.¹¹⁸ Hartlief en Schoordijk stellen daarentegen expliciet dat ook de veroordeling tot betaling van een bedrag ineens kan geschieden onder door de rechter te stellen voorwaarden.¹¹⁹ Steun voor deze laatste gedachte vindt men in de parlementaire geschiedenis, waar wordt opgemerkt dat de rechter het stellen van zekerheid kan bevorderen door de gedaagde te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens, voor het geval hij niet binnen bepaalde tijd voldoende zekerheid stelt voor de voldoening van de periodiek uit te keren bedragen, waartoe hij primair wordt veroordeeld.¹²⁰ Dat zou immers in essentie neerkomen op een veroordeling tot betaling van een bedrag ineens onder de *opschortende voorwaarde* dat de schuldenaar niet aan zijn verplichting voldoet om binnen bepaalde tijd voldoende zekerheid te stellen voor de voldoening van de periodiek uit te keren bedragen. Dat strookt mijns inziens met de vrijheid die de wetgever de rechter met artikel 6:105 BW heeft beoogd

114. TM, PG Boek 6, p. 365.

115. MvA II, PG Boek 6, p. 368.

116. Spier 1992, nr. 45 en 48.

117. MvA II, PG Boek 6, p. 368.

118. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 42.

119. Hartlief 2018, nr. 211 en Schoordijk 1979, p. 263.

120. TM, PG Boek 6, p. 365.

te bieden. Ik lees artikel 6:105 lid 1 BW dan ook zo, dat ook de veroordeling tot betaling van een bedrag ineens kan geschieden onder door de rechter te stellen voorwaarden. Daarbij moet evenwel worden bedacht dat deze voorwaarden niet teveel afbreuk zouden mogen doen aan de ratio van de mogelijkheid de schuldenaar te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens, namelijk dat na afweging van goede en kwade kansen partijen niets meer van elkaar te vorderen hebben, ook niet wanneer latere omstandigheden daarop een nieuw licht zouden kunnen werpen. De mogelijkheid om voorwaarden te stellen past daarom bij uitsteking bij een veroordeling tot betaling van periodiek uit te keren bedragen (reden waarom ik haar dan ook hier bij de bespreking van de periodieke uitkering behandel).

4.5.4.3 *Bevoegdheid tot wijziging achteraf*

Artikel 6:105 lid 2 BW behelst een wijzigingsbevoegdheid voor de rechter voor het geval hij de schuldenaar veroordeelt tot betaling van periodiek uit te keren bedragen: hij kan dan in zijn uitspraak beslissen dat deze op verzoek van elk van de partijen – door de rechter die in eerste aanleg van de vordering tot schadevergoeding heeft kennis genomen – kan worden gewijzigd, indien zich na de uitspraak omstandigheden voordoen die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn en met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling der bedragen geen rekening is gehouden. Het artikellid ziet op de situatie dat zich later nova voordoen op grond waarvan men de schadevergoeding zou wensen bij te stellen. In de Toelichting Meijers treft men als voorbeeld van een praktische toepassing van de wijzigingsbevoegdheid de situatie waarin de rechter het bedrag van de periodieke uitkering vaststelt op basis van een invaliditeitspercentage, waarbij hij bepaalt dat bij wijziging van dit percentage een wijziging van het bedrag der uitkering kan worden gevraagd.¹²¹ In de rechtspraak treft men een voorbeeld van toepassing van de wijzigingsmogelijkheid in een geval waarin de partner van een man die door een ongeval kwam te overlijden een jaarlijkse periodieke uitkering kreeg toegewezen in verband met kosten van huishoudelijke hulp, die zou kunnen worden gewijzigd als de partner opnieuw zou gaan samenwonen op vergelijkbare wijze als met de overledene.¹²²

De eventuele wijzigingsbevoegdheid is beperkt tot de veroordeling tot betaling van periodiek uit te keren bedragen. Hierop is wel kritiek geuit in de literatuur. Zo kan Schoordijk niet inzien waarom een rechter zich niet het recht kan voorbehouden bij onvoorziene omstandigheden een bedrag ineens te redresseren terwijl dat bij toekenning van een periodieke uitkering wel mogelijk is. Ook Spier acht een dergelijke bevoegdheid wenselijk. Een oplossing zou volgens beide kunnen worden gevonden in de uitstelbevoegdheid ex artikel 6:105 lid 1 BW: de rechter kan bij een veroordeling tot betaling van een bedrag ineens de schade voor een deel begroten, maar zijn definitieve oordeel bij wege van gedeeltelijk uitstel opschorten tot een later tijdstip.¹²³

121. TM, PG Boek 6, p. 365.

122. Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR8075, NJ 2004/693, r.o. 4.12.2.

123. Schoordijk 1979, p. 263 en Spier 1992, nr. 49.

In de wet is niet als regel opgenomen dat periodieke uitkeringen voor wijziging vatbaar zijn, maar wordt aan de rechter de *bevoegdheid* gegeven te bepalen of zijn beslissing wel of geen definitief karakter zal dragen. Op dit punt gaat het om een zekere afweging tussen billijkheid en doelmatigheid. Uit billijkheidsoverwegingen zou een correctiemogelijkheid gewenst zijn voor gevallen waarin na het vonnis door onvoorziene omstandigheden een (onaanvaardbare) discrepantie ontstaat tussen de toegekende periodieke uitkering en het daadwerkelijke schadeverloop. Tegelijkertijd zou de bevoegdheid van de rechter om zijn beslissing te herzien 'een bron van processen' kunnen worden en hem voor de dikwijls onoplosbare vraag stellen in hoeverre bij de eerdere beslissing rekening is gehouden met de mogelijkheid van het intreden van een bepaalde latere gebeurtenis.¹²⁴ De mogelijkheid van de rechter om zijn beslissing vatbaar te maken voor wijziging is in die zin beperkt dat de aanleiding tot wijziging steeds gelegen moet zijn in nieuwe feiten of omstandigheden die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn en met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling der bedragen geen rekening is gehouden. In zoverre is de wijzigingsmogelijkheid van artikel 6:105 lid 2 BW aan strenge voorwaarden gebonden: er moet in de uitspraak een voorbehoud zijn gemaakt en er moet zich een novum voordoen.¹²⁵

Een lastige vraag is hoe de rechter op dit punt concreet invulling moet geven aan de vraag welke nova aanleiding kunnen vormen tot een bevoegdheid tot wijziging van de periodiek uit te keren bedragen. De rechter stelt immers de toekomstige schade na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat vast, waarbij de invloed die toekomstige onzekere gebeurtenissen in gunstige en ongunstige zin op (de omvang van) de schade zullen hebben in de toe te kennen vergoeding wordt verdisconteerd. Enerzijds ligt niet voor de hand dat de rechter alle omstandigheden waarmee hij rekening heeft gehouden zou moeten opsommen opdat later zou kunnen worden achterhaald wat als 'destijds onvoorzien' is overgebleven. Anderzijds is het voor hem bepaald geen lichte taak alle *mogelijke* nova op te sommen waarmee hij *geen* rekening heeft gehouden en die een wijziging zouden kunnen rechtvaardigen: dit zou hem immers onvolgende de mogelijkheid geven zijn uitspraak vatbaar te maken voor aanpassing op grond van omstandigheden die *werkelijk* onvoorzien waren.¹²⁶

4.5.5 Toekomstige schade en wettelijke rente

4.5.5.1 De Peildatum-arresten

Zoals gezegd, is voor het bestaan van een verbintenis tot schadevergoeding vereist dat rechtens relevante schade is geleden (zie paragraaf 3.3.6). Daaruit volgt dat in beginsel (nog) geen aanspraak bestaat op schadevergoeding voor zover schade nog niet is ingetreden. Artikel 6:105 BW biedt de rechter de mogelijkheid toekomstige schade bij voorbaat te begroten en de aansprakelijke te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens. Voor zover het gaat om reeds ingetreden schade draagt de uitspraak waarbij

124. TM, PG Boek 6, p. 365.

125. Barendrecht, Kars & Morée 1995, p. 52.

126. MO, PG Boek 6, p. 370.

de gedaagde wordt veroordeeld tot vergoeding daarvan vooral een *declaratoir* karakter, omdat reeds op het moment waarop de schade werd geleden een verbintenis tot het vergoeden daarvan is ontstaan. De uitspraak waarbij de aansprakelijke wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag ineens voor toekomstige schade bevat op dat punt juist een *constitutief* element.¹²⁷ Door de keuze die de rechter op grond van artikel 6:105 BW maakt ten aanzien van de wijze waarop de schade moet worden begroot en vergoed, wordt immers een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding in het leven geroepen voordat de schade daadwerkelijk wordt geleden.¹²⁸ Wettelijke rente over het begrote bedrag zal dan ook in beginsel verschuldigd zijn vanaf het moment waarop de rechter de schade op grond van artikel 6:105 BW vaststelt en de aansprakelijke wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag ineens (de contante waarde van de toekomstige schade, zie paragraaf 4.5.3.2).¹²⁹

Hoewel dit op zich een logisch systeem vormt, heeft de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt een opmerkelijke ontwikkeling doorgemaakt. In de drie zogenoemde *Peildatum*-arresten, alle drie gewezen in een personenschadezaak, staat de Hoge Raad toe dat reeds ingetreden schade wordt gekapitaliseerd – dus met een kapitalisatiepeildatum in het verleden – en dat over de aldus begrote som ineens wettelijke rente wordt berekend per kapitalisatiepeildatum.

De *Peildatum*-arresten laten zich het beste begrijpen met het voor 1992 geldende recht in ogenschouw. Naar oud recht werden ‘wettelijke interessen’ in beginsel berekend van de dag dat zij in rechte worden gevorderd, tenzij de schuldenaar na het opeisbaar worden van de vordering schriftelijk tot betaling is aangemaand met de mededeling dat de schuldeiser in geval van verdere vertraging aanspraak maakt op vergoeding van interessen (aanzegging). In het laatste geval worden de wettelijke interessen berekend van de dag waartegen de schuldenaar is aangemaand (artikel 1286 lid 3 (oud) BW). Naar oud recht was een tijdige aanmaning dus van groot belang voor het ‘veiligstellen’ van de vordering ter zake van wettelijke rente. Het recht stelde de schuldeiser voor de vraag wanneer en voor welke schade hij een aanmaning en mededeling met het oog op de wettelijke rente zal doen uitgaan. Daarbij diende hij in beginsel rekening te houden met alle mogelijkheden waaruit de rechter ter zake van de wijze van begroting van de schade te zijner tijd zou kunnen kiezen (en die onder huidige recht te vinden zijn in artikel 6:105 BW, waarover de paragrafen hiervoor handelen). De eisende partij moest dus anticiperen op wat de rechter uiteindelijk als wijze van schadebegroting zou kiezen: met het oog op een mogelijke begroting in de vorm van een gekapitaliseerd bedrag ter zake van toekomstige (inkomens)schade moest terstond voor de rente over het gehele in aanmerking komende bedrag worden aangemaand. Met het oog op de mogelijkheid van een begroting van afzonderlijke, jaarlijks opkomende deelposten moest de benadeelde (tevens) ten minste na afloop van elk jaar opnieuw aanmanen. Dat is in veel gevallen – begrijpelijkerwijs – niet gebeurd.

127. Bloembergen 1965, nr. 94.

128. Klaassen 1998, p. 17.

129. Krans 2018, nr. 109.

In het *Eerste Peildatum*-arrest – ook wel het *Vertragingsrente*-arrest genoemd – draait het dan ook om een vordering tot vergoeding van schade bestaande in gederfde wettelijke rente, geleden door het achterwege blijven van een tijdige rente-aanzegging door de (opeenvolgende) advocaten van twee ongevalsslachtoffers. Meneer en mevrouw Beelen lopen als gevolg van een kopstaartbotsing in 1978 een ernstig whiplashtrauma op dat beide uiteindelijk volledig arbeidsongeschikt maakt. Zij vorderen van de WAM-verzekeraar van de voor het ongeval aansprakelijke partij vergoeding van hun inkomensschade over de jaren 1978 tot en met 1984 plus de dan nog toekomstige schade, gekapitaliseerd naar een som ineens per 1 januari 1985. Met betrekking tot de gekapitaliseerde schade kon voor het doen ingaan van de wettelijke rente worden volstaan met een eenmalige aanmaning. Partijen bereiken evenwel geen overeenstemming en het komt aan op een procedure. Op het moment van dagvaarden, medio mei 1987, is de kapitalisatiepeildatum bijna tweeëneenhalf jaar ‘verstreken’ en is de schade over de ‘tussengekomen’ periode niet langer toekomstig. Ten aanzien van reeds ingetreden schade was telkens na het ontstaan (en daarmee het opeisbaar worden) van een schadepost weer een nieuwe aanmaning nodig. De advocaten hadden verzuimd voorafgaand aan de dagvaarding aanspraak te maken op die wettelijke rente. Het achterwege laten van het aanzeggen van wettelijke rente wordt in feitelijke instanties aangemerkt als beroepsfout hunnerzijds. De rechtbank gaat er bij haar berekening van de gederfde rente van uit dat de inkomensschade van het echtpaar vanaf het moment van het ongeval *periodiek* wordt geleden, terwijl het hof zijn renteschadeberekening baseert op de gedachte dat de inkomensschade in de vorm van het gekapitaliseerde bedrag *ineens* wordt geleden op het moment van het ongeval. De benaderingen van rechtbank en hof verschillen aanzienlijk wat betreft de omvang van de rentederving. In cassatie wordt opgekomen tegen de benaderingswijze van het hof. De Hoge Raad overweegt:

‘De wijze waarop wettelijke rente over het bedrag van een geldvordering tot schadevergoeding moet worden berekend, hangt in belangrijke mate af van de wijze waarop de schade door de rechter wordt begroot. De wijze van begroting bepaalt immers op welk tijdstip de betreffende schade geacht moet worden te zijn geleden. (...) In de onderhavige zaak is in dit verband in het bijzonder van belang dat inkomensschade zowel begroot kan worden op de concrete bedragen die periodiek aan inkomen zouden zijn verkregen, wanneer het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden, en ter zake waarvan de vervangende schadevergoeding dan ook periodiek verschuldigd wordt, als op een gekapitaliseerd bedrag ineens ter zake van toekomstige schade, die dan geacht moet worden op de bij deze kapitalisering tot uitgangspunt genomen peildatum te zijn geleden.’¹³⁰

De gedachte dat de toekomstige schade moet worden *geacht te zijn geleden* op de bij de kapitalisatie tot uitgangspunt genomen peildatum zou op zichzelf aanspreken voor zover die kapitalisatie wordt uitgevoerd naar het moment waarop de schade door de rechter wordt vastgesteld. Dat de ‘toekomstige schade’ op dat moment (in haar geheel) moet worden geacht te zijn geleden leidt er immers toe dat de wettelijke rente over dat

130. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), r.o. 3.8.

bedrag moet worden berekend vanaf het moment waarop de rechter de aansprakelijke tot betaling van de gekapitaliseerde schade veroordeelt. In essentie wordt dan niet afgeweken van de in artikel 6:105 BW besloten liggende systematiek zoals geschetst aan het begin van deze paragraaf. De Hoge Raad vervolgt evenwel:

‘Het is niet bij voorbaat uitgesloten dat als peildatum de dag van het ongeval mag worden gekozen, in het bijzonder wanneer terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden. Aan de rechter komt naar huidig recht zowel als naar het voor 1992 geldende recht met betrekking tot de wijze van begroting een grote mate van vrijheid toe, terwijl zijn beslissing te dier zake in belangrijke mate verweven is met een feitelijke waardering van de omstandigheden van het geval. In het huidige recht heeft zulks uitdrukking gevonden in art. 6:97 en 6:105 BW. Doorgaans bepaalt de rechter die de schade begroot, tevens vanaf welke dag of welke dagen wettelijke rente over de door hem toegewezen bedragen verschuldigd is. Naar huidig recht is daarbij beslissend de dag of de dagen waarop de schuldenaar ter zake van zijn verbintenis in verzuim komt, waartoe ingevolge art. 6:83, aanhef en onder b, geen ingebrekestelling vereist is, maar voldoende is dat de verbintenis voor het betreffende bedrag is ontstaan.’¹³¹

In het *Tweede peildatum*-arrest speelt een vergelijkbaar probleem. Een werknemer vordert van zijn werkgever vergoeding van inkomensschade wegens een hem op in juli 1987 overkomen arbeidsongeval. In cassatie draait het onder meer om de vraag of voor de berekening van de ‘toekomstige schade’ het moment van het ongeval (in 1987) als peildatum mocht worden gekozen, terwijl de schadeberekening was gebaseerd op een kapitalisatie tegen een latere peildatum (1 januari 1997). Net als in het *Eerste peildatum*-arrest is de inzet de ingangsdatum van de wettelijke rente (onder oud recht). De Hoge Raad overweegt in toelichting op dat eerdere arrest:

‘In het arrest ligt besloten dat ook indien de rechter de schade begroot met als peildatum een later moment dan de dag van het ongeval, de vordering rentedragend wordt door de zojuist bedoelde aanmaning en mededeling, ongeacht of deze is uitgebracht voor de datum waartegen de rechter de schade kapitaliseert, of daarna. Ook in dat eerste geval is immers voldaan aan de strekking van deze aanmaning en mededeling, namelijk de schuldenaar te waarschuwen dat de schuldeiser nakoming verlangt en, bij uitblijven daarvan, aanspraak maakt op de wettelijke rente.’¹³²

Daarmee bevestigt de Hoge Raad dat in geval van kapitalisatie van schade deze wordt geacht in zijn geheel te zijn ontstaan op de voor de kapitalisatie aangehouden dag, en is de vordering tot schadevergoeding daardoor vanaf dat moment opeisbaar.

In het *Derde peildatum*-arrest krijgt de Hoge Raad de vraag voorgelegd hoe moet worden omgegaan met na die peildatum opkomende of juist uitblijvende omstandigheden wanneer de kapitalisatiepeildatum in het verleden ligt. Het gaat – wederom – om een

131. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), r.o. 3.8.

132. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7884, NJ 2003/603 (Tweede peildatum-arrest), r.o. 3.5.

personenschadezaak, maar ditmaal bestaat de schade niet in het periodiek derven van inkomsten maar in het periodiek moeten doen van uitgaven. Ook dan kan worden gekapitaliseerd naar een peildatum in het verleden, en gaat de wettelijke rente lopen per kapitalisatiepeildatum. De Hoge Raad licht dit in algemene zin toe:

‘Deze wijze van schadebegroting strekt ertoe de benadeelde ter vergoeding van zijn schade een zodanig bedrag ineens toe te kennen dat dat, hem op de peildatum uitbetaalde, bedrag inclusief het daarover na de peildatum te realiseren rendement, toereikend zal zijn voor de betaling van alle toekomstige schadeposten. Indien dit bedrag eerst na de peildatum aan de benadeelde wordt uitgekeerd lijdt hij dus, door gemis aan rendement, nadeel dat door betaling van wettelijke rente behoort te worden vergoed.’¹³³

Meer specifiek draait het in deze zaak om de vraag of de sterfttekans dient te worden verdisconteerd in de schadeberekening voor zover die berekening zich uitstrekt over de ten tijde van de uitspraak reeds verstreken, maar na de kapitalisatiepeildatum gelegen periode. De Hoge Raad overweegt:

‘Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft evenwel uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot. Daarbij past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve, anders dan het hof oordeelde, vrij om bij kapitalisatie van blijvende en periodieke letselschade naar een lang voor zijn uitspraak gelegen peildatum, rekening ermee te houden dat het op de peildatum bestaande overlijdensrisico van de benadeelde zich tot dusver niet heeft gerealiseerd en daarom het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet te verdisconteren.’¹³⁴

Ook speelde in deze zaak nog de vraag hoe moet worden omgegaan met een ingrijpende, tussentijdse wijziging in het belastingstelsel. De Hoge Raad overweegt dien-aangaande:

‘Nu de rechter bij het bepalen van schadevergoeding zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te begroten, had het hof zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet mogen vasthouden aan een begroting van de belastingschade waarin wordt voorbijgegaan aan de ingrijpende wijziging van het belastingstelsel met ingang van 2001.’¹³⁵

4.5.5.2 *Kritiek*

Op de mogelijkheid van kapitalisatie naar een peildatum in het verleden is buitengewoon veel kritiek geuit. De kern van de kritiek is reeds geuit in de (contraire) conclusie van waarnemend advocaat-generaal Bloembergen voor het *Eerste peildatum-arrest*. Bloembergen acht het onwenselijk dat een toevlucht wordt genomen tot de constructie

133. HR 30 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4604, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), r.o. 4.4.

134. HR 30 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4604, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), r.o. 5.3.

135. HR 30 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4604, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), r.o. 4.2.

waarbij (inkomens)schade die op het tijdstip van de uitspraak al (periodiek) is geleden wordt behandeld alsof het zou gaan om toekomstige schade: de rechter kan in zijn ogen niet achteraf wijzigingen aanbrengen in het tijdstip waarop de schade is geleden en waarop de rente gaat lopen. Vroegtijdige kapitalisatie kan in twee opzichten gunstig zijn voor het slachtoffer. Ten eerste kan deze er belang bij hebben dat de eigenlijke vergoeding lager wordt en de wettelijke rente juist hoger, wanneer verzekeringsdekking van de eigenlijke schadevergoeding gelimiteerd is maar die van de wettelijke rente niet. Ten tweede wordt vroegtijdige kapitalisatie voor de benadeelde gunstiger naarmate de bij de kapitalisatie gehanteerde rekenrente lager is dan de wettelijke rente. Bloembergen ziet dit evenwel als ‘echt een buitenkansje’ dat de benadeelde eigenlijk rechtens niet toekomt. Verder wijst hij erop dat hier weliswaar een oplossing moet worden gezocht voor het probleem van de verschuldigdheid van wettelijke rente krachtens artikel 1286 BW (oud), maar dat ervoor moet worden gewaakt dat voor het oude recht een oplossing wordt bedacht die in de weg staat aan een ‘gezonde ontwikkeling’ van het nieuwe recht.¹³⁶

In de literatuur wordt het door Bloembergen bepleite standpunt in het algemeen gedeeld.¹³⁷ Het *Eerste peildatum*-arrest heeft, in de woorden van Vranken, ‘veel beroering gewekt en is ongemeen scherp bekritiseerd’.¹³⁸ Ook de latere arresten konden op kritiek rekenen, waarbij in het bijzonder nog wordt gewezen op de – onwenselijke – onzekerheid over de vraag welke latere ontwikkelingen – gelegen in de periode tussen de kapitalisatiepeildatum en het (veel) latere moment waarop de berekening wordt verricht – al dan niet in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van de schade.¹³⁹ Zo stelt Ten Boom:

‘Een berekening die consequent per datum ongeval kapitaliseert, zou elke kennis daterend van na de kapitalisatiedatum buiten de deur moeten houden. Zowel medisch, fiscaal als sociaalrechtelijk zou de klok op de datum van het ongeval moeten worden stilgezet.’¹⁴⁰

Ook worden vraagtekens geplaatst bij de vrijheid die de rechter op dit punt volgens de Hoge Raad zou hebben. De Hoge Raad spreekt in het *Derde peildatum*-arrest wel van een aan de rechter toekomende vrijheid het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet te verdisconteren, 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 begroot, en daarbij pas

136. Concl. wnd. A-G Bloembergen bij HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), nr. 2.1-2.11. A-G Wuisman lijkt zich te scharen achter Bloembergen in zijn conclusie bij HR 30 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4604, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), nr. 2.7.

137. Onder meer Du Perron 1997, p. 203-208, Elzas 2015, p. 72-73, Geurst & Hengeveld 2003, p. 77-81 en Hebly & Lindenberg 2016, nr. 69-77. Enigszins relativerend Hengeveld & Vos 2007, p. 36-40, die erop wijzen dat de Hoge Raad nergens overweegt dat moet worden gekapitaliseerd naar een datum in het verleden, maar dat het kan. Zie voor rekenvoorbeelden Bakker, Van Ooijen & Neeser 2007, p. 169 e.v.

138. Vranken 1997.

139. Lindenberg 2008a, p. 121-122,

140. Ten Boom 2004, p. 89.

volgens de Hoge Raad niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen.¹⁴¹ Hammerstein ziet geen goede reden waarom toekomstige schade mag worden berekend met een kapitalisatiepeildatum in een (ver) verleden en verzucht dat het terugschuiven van die datum meer problemen oplevert dan de Hoge Raad wellicht heeft onderkend.¹⁴²

Een minderheid toont zich min of meer voorstander van de koers van de Hoge Raad. Zo stelt Verkruijsen dat het gevaar dat de schade-uitkering zal worden verhoogd door het 'terugplaatsen' van de peildatum zich in de praktijk hoofdzakelijk zal voordoen wanneer de schadeafwikkeling wordt vertraagd en met het betalen van de schade wordt gewacht. De mogelijkheid van kapitalisatie naar een peildatum in het verleden zou ertoe leiden dat de schadeplichtige een direct financieel belang heeft gekregen bij een zo snel mogelijke afdoening van de schade: het verbindt – in zijn ogen terecht – 'een hoge prijs aan het lang laten wachten van het slachtoffer'.¹⁴³ Ook Wytema is van mening dat indien de peildatum ligt op het tijdstip waarop overeenstemming is bereikt – vaak vele jaren na het ongeval – de laedens er weinig belang bij heeft snel een contante som vast te stellen: aansprakelijke partijen zouden zich dan verrijken ten koste van de gelaedeerde en als het ware 'een extra bonus ontvangen' voor een vertraging van het schaderegelingsproces.¹⁴⁴ In diezelfde lijn liggen de overwegingen van Pals, die van mening is dat dogmatisch weinig kan worden ingebracht tegen de opvatting dat verlies van arbeidsvermogen ten gevolge van een ongeval moet worden gekwalificeerd als een momentschade, die direct rentedragend wordt.¹⁴⁵

Nu de Hoge Raad niet principieel uitsluit dat kan worden gekapitaliseerd naar een peildatum in het verleden en op dit punt wijst op de vrijheid van de feitenrechter, moet het ervoor worden gehouden dat deze laatste de schade kan kapitaliseren op een bedrag ineens met een peildatum in het verleden, waarbij uitgangspunt blijft dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de 'werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot'. Ik sluit mij aan bij de meerderheid van de literatuur en meen dat hier sprake is van een onaanvaardbare inconsistentie. De 'vrijheid' te kapitaliseren tegen een peildatum in het verleden is in strijd met het regime van artikel 6:105 BW, waaruit blijkt dat de wetgever de mogelijkheid toekomstige schade bij voorbaat te begroten en de aansprakelijke te veroordelen tot een bedrag ineens consequent koppelt aan schade die *ten tijde van de vaststelling* toekomstig is.¹⁴⁶ De parlementaire geschiedenis stuurt mijns inziens ook niet op deze oplossing aan: de memorie van antwoord op Boek 6 vermeldt dat de opeisbaarheid van de vordering tot schadevergoeding in de regel zal worden bepaald door de vraag wanneer de schade 'geacht moet worden te zijn geleden' (vergelijk hiervoor paragraaf 4.4.1). De *Peildatum*-arresten miskennen dat

141. Ponsioen 2008, p. 52 en Lindenbergh 2008a, p. 121-122.

142. Hammerstein 2008, p. 33.

143. Verkruijsen 1998, p. 69.

144. Wytema 2004, p. 62.

145. Pals 2005, p. 211.

146. TM, PG Boek 6, p. 365.

de uitspraak waarbij de aansprakelijke wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag ineens voor toekomstige schade een *constitutief* element bevat (vergelijk hiervoor paragraaf 4.5.5.1).

De berekening tegen een kapitalisatiepeildatum in het (verre) verleden krijgt een onvermijdelijk hybride karakter, omdat weliswaar een schadebedrag wordt berekend per peildatum in het verleden, maar niet mag worden weggekeken van later optredende feiten en omstandigheden. Dat is logisch inconsistent, en leidt dan ook tot onnodige onzekerheden en discussies. Door de meerderheid in de literatuur is er in de afgelopen jaren dan ook op gewezen dat het veeleer voor de hand ligt de schade, die ten tijde van de beslissing over de toe te kennen vergoeding reeds is geleden, te vergoeden in de vorm van een bedrag dat overeenkomt met het totaal van de in de loop van de tijd al ontstane schadeposten – vermeerderd met wettelijke rente per schadepost vanaf het moment waarop deze is ingetreden – en slechts de schade die na de beslissing zal worden geleden, contant te maken en op die voet te vergoeden.

Het was de Hoge Raad er hoogstwaarschijnlijk om te doen te voorkomen dat de benadeelde verstoken zou blijven van aanzienlijke sommen wettelijke rente, maar de gevonden oplossing verdient dogmatisch geen schoonheidsprijs. Sterker nog, zij vertroebelt de systematiek naar huidig recht, terwijl het ingangsmoment van de wettelijke rente inmiddels ook een andere is. Ik acht het daarom wenselijk dat de Hoge Raad terugkomt op zijn eerdere *Peildatum*-arresten, in die zin dat hij de ‘vrijheid’ van de rechter om ‘toekomstige schade’ te kapitaliseren naar een peildatum in het verleden beperkt tot die gevallen van oud recht waarin de problematiek van de verschuldigdheid van wettelijke rente krachtens artikel 1286 BW (oud) aan de orde is. De Hoge Raad kan aldus zijn peildatumjurisprudentie deels in stand laten voor zover deze een oplossing moest vormen voor de renteproblematiek onder oud recht, maar deze wel ‘bijsnoeien’ in de richting van een meer consistente toepassing van artikel 6:105 BW. Naar huidig recht moet mijns inziens dan ook de eis worden gesteld dat de kapitalisatie zoveel mogelijk betrekking moet hebben op schade die ten tijde van de beslissing over de vergoeding nog werkelijk toekomstig is. Zoveel mogelijk, omdat het uiteindelijk onhaalbaar is dat steeds op de dag van de beslissing een geheel actueel en tussen partijen bediscussieerd overzicht van de schade, gesplitst in reeds geleden schade en nog werkelijke toekomstige schade, op tafel ligt.¹⁴⁷ Dat zal niet alleen van betekenis zijn voor de letselschadepraktijk, maar ook verwarring voorkomen bij de berekening van andersoortige schades, zoals winstderving in de ondernemings sfeer, waarbij enigszins vergelijkbare vragen kunnen rijzen (waarover ook paragraaf 8.5.1).¹⁴⁸

147. Concl. A-G Wuisman bij HR 30 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4604, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), nr. 2.7.

148. Zo wordt in Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, JOR 2017/339, r.o. 12 gerefereerd aan het Derde peildatum-arrest in het kader van de berekening van winstderving.

4.6 SLOT

Het uitdiepen van de problematiek van de schadebegroting in dit hoofdstuk levert een aantal kernbevindingen op. Artikel 6:97 roept vragen op met betrekking tot de vrijheid die de rechter heeft in het kader van de vaststelling van de omvang van de schade. Uit de verwevenheid van de inhoud van het begrip schade en de wijze van begroting van schade vloeit voort dat de feitenrechter niet zo vrij is als de toelichting op het artikel suggereert. De vrijheid die de rechter in dat kader wordt toegedicht hangt veeleer samen met de verwevenheid van de schadebegroting met waarderingen van feitelijke aard en met de inherente onzekerheid waarmee de begroting van schade omgeven is. Daarnaast moet de rechter in zoverre leiding geven aan het verloop van de procedure dat hij, binnen de grenzen van hetgeen partijen over en weer aan feiten hebben gesteld en tot onderwerp van hun materiële geschil hebben gemaakt, de vrijheid heeft om te kiezen tussen de mogelijkheden die artikel 6:105 BW hem biedt ten aanzien van toekomstige schade. De rechterlijke vrijheid die de parlementaire geschiedenis van artikel 6:97 BW op het punt van 'abstracties' voorstaat moet vooral worden opgevat als een vingerwijzing in de richting van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad; de problematiek van de abstracties bij schadevaststelling heeft immers (mede) betrekking op de bepaling van de inhoud van het begrip schade.

Schade moet worden begroot naar het *schademoment*, oftewel naar het moment waarop schade intreedt. Deze regel vloeit min of meer voort uit de structuur van het begrip schade, en wordt bovendien versterkt door de werking van het nominaliteitsbeginsel. Het moment waarop schade intreedt is immers in de regel het moment waarop de aanspraak op vergoeding daarvan ontstaat. Omdat als uitgangspunt heeft te gelden dat schadevergoeding wordt voldaan in geld, ontstaat met het intreden van de schade in de regel onmiddellijk een opeisbare verbintenis tot betaling van een geldsom, die in beginsel *naar haar nominale bedrag* moet worden voldaan en ten aanzien waarvan de schuldenaar direct in verzuim is voor zover deze niet terstond wordt nagekomen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen het moment dat voor de vaststelling van schade beslissend is en het moment waarnaar de rechter de omvang van de schadevergoeding vaststelt. Als algemene regel geldt dat de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening moet houden met alle op het tijdstip van de uitspraak bekende feiten en omstandigheden. Een en ander betekent dat de schade, voor zover zij niet onmiddellijk in haar geheel wordt geleden, gaandeweg met het verstrijken van de tijd uitkristalliseert en aldus oploopt naarmate zich meer schadeposten voordoen. Dat betekent niet dat de vergoedingsplicht uitsluitend in omvang kan toenemen: denk aan de toerekening van later genoten voordelen of aan de mogelijkheid dat de rechter de schadevergoeding uiteindelijk matigt.

Ten aanzien van de toekomstige schade komt in het bijzonder in beeld de (door de Hoge Raad toegestane en in de literatuur fors bekritiseerde) mogelijkheid dat reeds ingetreden schade wordt gekapitaliseerd naar een datum in het verleden en dat over de aldus begrote som ineens wettelijke rente wordt berekend vanaf de kapitalisatiepeildatum. Een en ander is strijdig met de bedoeling van artikel 6:105 BW. De berekening tegen een kapitalisatiepeildatum in het (verre) verleden heeft bovendien een

onvermijdelijk *hybride* karakter, omdat weliswaar een schadebedrag wordt berekend per peildatum in het verleden, maar niet mag worden 'weggekeken' van later optredende feiten en omstandigheden. Dat is logisch inconsistent en leidt tot onnodige onzekerheden en discussies.

5.1 INLEIDING

Zoals hiervoor vermeld, heeft als uitgangspunt te gelden dat de in geld uitgedrukte schade even groot is als het bedrag aan schadevergoeding: de schadevergoeding is immers in beginsel volledig. Niettemin kunnen op uiteenlopende gronden uitzonderingen worden gemaakt op grond waarvan de schadevergoeding in omvang kan worden beperkt ten opzichte van de omvang van de schade (en de vergoeding in zoverre niet ‘volledig’ is). Bovendien wordt schade soms aan meerdere veroorzakers toegerekend, ondanks dat het *condicio sine qua non*-verband niet (eenduidig) kan worden vastgesteld. In het navolgende wordt een viertal leerstukken behandeld waarin het toerekeningsbeginsel in het schadevergoedingsrecht gestalte krijgt: de leer van het voldoende (causaal) verband (paragraaf 5.2), meervoudige causaliteit (paragraaf 5.3), voordeelstoerekening (paragraaf 5.4) en eigen schuld (paragraaf 5.5). Deze vier leerstukken komen in dit hoofdstuk aan de orde omdat zij bij uitstek relateren aan de tijdsfactor in het schadevergoedingsrecht.

De leerstukken worden hier afzonderlijk besproken, maar kunnen in een concreet geval – uiteraard – ‘samenlopen’ en kennen dan wat betreft hun toepassing een zekere chronologie. Eerst dient te worden beoordeeld in hoeverre de schade de schuldenaar kan worden toegerekend als een gevolg van de gebeurtenis waarop diens aansprakelijkheid berust (artikel 6:98 BW). In het verlengde daarvan ligt de problematiek van de meervoudige causaliteit (artikel 6:99 en 6:102 BW). Beide kwesties zien op de (eerste) vraag of de schade aan de *schuldenaar* kan worden toegerekend. Dient de aangesprokene inderdaad voor de schade op te komen, dan moet vervolgens worden beoordeeld in hoeverre de gebeurtenis waarop diens aansprakelijkheid berust voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd dat bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht (artikel 6:100 BW). De aldus ‘resterende’ vergoedingsplicht kan daarna worden verminderd op de grond dat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend (artikel 6:101 BW).¹

1. Vergelijk over de volgorde van voordeelstoerekening en eigen schuld HR 3 februari 2017, ECLI: NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.9.

5.2 HET VEREISTE VAN VOLDOENDE (CAUSAAL) VERBAND

5.2.1 Toerekening naar redelijkheid

Artikel 6:98 BW draait – kort gezegd – om de vraag in hoeverre bepaalde schadepos-ten voor vergoeding in aanmerking komen.² Waar men met behulp van het *condicio sine qua non*-vereiste op een meer ‘natuurwetenschappelijke’ wijze vaststelt of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een noodzakelijke voorwaarde is voor het intreden van de schade, gaat het bij artikel 6:98 BW om een juridische beoordeling van het verband tussen oorzaak en schade. Het artikel bepaalt dat voor vergoeding *slechts* in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.³ Men spreekt in dit verband wel van de toerekening naar redelijkheid, hoewel het woord ‘redelijkheid’ in artikel 6:98 BW als zodanig niet wordt gebruikt, om te voorkomen dat zou worden gesuggereerd dat de rechter op dit punt een zekere discretionaire bevoegdheid zou hebben.⁴

Er is wel gepoogd op dit punt enig houvast te krijgen door deelregels te formuleren aan de hand waarvan de kan worden beoordeeld of een schadepost aan de aansprake-lijke kan worden toegerekend. De wet formuleert – enuntiatief – reeds twee gezichts-punten: de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Bij de aard van de aansprakelijkheid kan men denken aan het onderscheid tussen schuld- en risicoaan-sprakelijkheid, maar ook aan het verschil tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.⁵ Bij de aard van de schade wordt wel gedacht aan het onderscheid tussen zaakschade, personenschade en zuivere vermogensschade.⁶ Die factoren zijn als zodanig weinig richtinggevend. Het is in het bijzonder Brunner geweest die in 1981 uit de rechtspraak van de Hoge Raad een aantal gezichtspunten distilleerde en op wiens analyse sindsdien wordt geleund.⁷ Andere auteurs bouwen op zijn fun-dament voort en proberen op basis van latere rechtspraak te komen tot een actueler ‘beslismodel’.⁸ De vraag die in het kader van dit onderzoek rijst, is in hoeverre tijd in het kader van artikel 6:98 BW van betekenis is. Twee factoren komen in dat verband in beeld: de verwijderdheid van schade en de voorzienbaarheid van schade.

5.2.2 Verwijderdheid van schade

Eén van de gestelde deelregels van de toerekening op grond van artikel 6:98 BW ziet op de verwijderdheid van het gevolg: naarmate het gevolg minder verwijderd is van

2. Hartlief 2018, nr. 216.

3. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 50.

4. Klaassen 2017, nr. 31.

5. Krans 1999, p. 134 e.v.

6. Hartlief 2018, nr. 216.

7. Brunner 1981a, p. 210-217 en Brunner 1981b, p. 234-236.

8. Dijkshoorn 2011, p. 257-268, Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520-526 en Hartlief 2018, nr. 224a.

de onrechtmatige daad, is toerekening daarvan eerder gerechtvaardigd. De vraag is wat men in dit verband bedoelt met verwijderdheid en in hoeverre dit gezichtspunt een relatie vertoont met de factor tijd.

In het *Waterwingebied*-arrest gaat het om een vrachtwagen met twee olietanks, die in een waterwingebied tegen een boom aanrijdt, als gevolg waarvan een van de tanks losgeraakt, waardoor lekkage ontstaat en enige duizenden liters olie over de weg en in de bermen vloeien. De vraag rijst of de schade, bestaande in kosten voor de opruimingsmaatregelen ter voorkoming van het in de grond zinken van de olie, aan de veroorzaker kunnen worden toegerekend. De Hoge Raad overweegt dat de

‘schade ter zake van de waterwinning hier te lande niet een zo uitzonderlijke vorm van schade t.g.v. een dergelijk ongeluk is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet – als veroorzaakt door dat ongeluk – ten laste zou mogen worden gebracht van degenen, die krachtens de wet aanspr. voor de gevolgen van het ongeluk draagt.’⁹

In het arrest *Swinkels/Saint-Gobain* gaat het om een heftruckchauffeur in dienst bij een groothandel in bouwmaterialen. In 2006 raakt hij tijdens zijn werkzaamheden gewond wanneer hij wordt aangereden door een heftruck. Hij loopt daarbij onder meer vier gebroken tenen aan zijn rechtervoet op. Anderhalve maand later, wanneer hij weer enige tijd op de heftruck heeft gewerkt, struikelt hij – eenmaal thuis gekomen – over een deurmat, waarbij hij ernstig knieletsel oploopt. Hij stelt dat zijn werkgever aansprakelijk is voor alle gevolgen van dit latere ongeval, omdat zijn voet nog niet geheel was genezen en omdat dat hij door weer aan het werk te gaan (meer) last heeft gekregen van zijn voet. Als gevolg daarvan zou zijn rechterbeen zijn gaan ‘slepen’, met als direct gevolg dat hij bij thuiskomst over een deurmat is gestruikeld. Hij vindt geen gehoor bij het hof. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van artikel 6:98 BW:

‘Tot de in dit verband relevante omstandigheden kunnen ook behoren de (...) gezichtspunten of een bepaald schadelijk gevolg in (zeer) ver verwijderd verband staat tot de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, en of een bepaald schadelijk gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis naar ervaringsregels niet redelijkerwijs voorzienbaar is.’

Van belang is dat het hof had vastgesteld dat het slachtoffer na het heftruckongeval nog last had van restverschijnselen aan zijn voet en het aannemelijk is dat het belasten van de voet door het weer gaan rijden op een heftruck ertoe heeft bijgedragen dat hij weer wat meer pijn aan zijn rechtervoet heeft gekregen. Bovendien achtte het hof aannemelijk dat een in het lopen enigszins gehinderde voetganger bij enige oneffenheid op zijn looppad eerder onderuit zal gaan dan iemand die beschikt over een gezond stel benen, en overwoog het dat in zoverre mag worden aangenomen dat het letsel aan de rechtervoet en de daarmee gepaard gaande pijn door de belasting van het

9. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied*).

rijden op een heftruck minst genomen mede hebben bijgedragen tot de struikelpartij. De overweging van het hof dat het knieletsel in 'zeer ver verwijderd verband' staat tot het oorspronkelijk letsel aan de voet en niet voortvloeit uit een (noodzaak tot) behandeling van dat laatste letsel, acht de Hoge Raad in dat licht onbegrijpelijk; hij casseert vanwege gebrekkige motivering.¹⁰

De verwijderdheid van het gevolg lijkt niet direct te refereren aan tijdsverloop, in die zin dat naarmate tussen de oorzaak en het gevolg een langere tijdsspanne verstrijkt, de schade minder snel aan de aansprakelijke zou kunnen worden toegerekend. De verwijderdheid ziet vooral op de 'oorzakelijke afstand' tussen de oorzaak en de schade: liggen daartussen teveel causale schakels, dan kan daarin een argument gelegen zijn om de schade niet aan de aansprakelijke toe te rekenen. De lengte van de causale keten houdt weliswaar indirect verband met tijd – de keten van gebeurtenissen die elkaar in tijd opvolgen moet zich met het verstrijken van de tijd ontvouwen – maar dat maakt niet dat tijd rechtstreeks van belang is. Dat een bepaald gevolg in de tijd bezien ver van de oorzaak verwijderd is, betekent dus niet dat de schade daarom minder snel aan de aansprakelijke moet worden toegerekend. Men zou dan moeten zeggen, dat bij de toepassing van artikel 6:98 BW weliswaar alle omstandigheden moeten worden betrokken, maar niet steeds alle factoren – zoals de factor tijdsverloop – *rechtstreeks* van betekenis zijn. Denkbaar is dus dat een tweede ongeval – zoals in *Swinkels/Saint-Gobain* – pas na het verstrijken van vele jaren plaatsvindt. Men kan twijfelen of het dan redelijk is om die veel later optredende gevolgen aan de aansprakelijke toe te rekenen, bijvoorbeeld omdat het voor hem onbevredigend is om nog aansprakelijk te zijn voor wat zich na lange tijd afspeelt. Daar staat tegenover dat het evenmin redelijk is de schade voor rekening van de benadeelde te laten om de reden dat zijn schade eerst na lange tijd is ontstaan. Volgens Bloembergen mag zulk tijdsverloop als zodanig niet tot de conclusie leiden dat de gevolgen niet aan de dader kunnen worden toegerekend: het gaat hier volgens hem niet om een kwestie van toerekening naar redelijkheid, maar om een type probleem dat moet worden opgelost via de verjaring.¹¹ Iets anders is dat het verstrijken van tijd ertoe kan leiden dat minder goed kan worden vastgesteld in hoeverre een latere gebeurtenis inderdaad als een gevolg van een eerdere moet worden gezien, maar dat is vooral een bewijsprobleem (dat overigens ook deels door verjaring kan worden geadresseerd).

5.2.3 Voorzienbaarheid van schade

Een andere deelregel houdt in dat naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, toerekening eerder gerechtvaardigd is.¹² Men spreekt ook wel van de voorzienbaarheid van de schade. Vanaf 1927 tot omstreeks 1970 heeft de Hoge Raad de zogenoemde adequatietheorie toegepast: causaal verband wordt aangenomen

10. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*), r.o. 3.5-3.6.2.

11. Bloembergen 1965, nr. 152.

12. Klaassen 2017, nr. 34.

wanneer de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg is van de gebeurtenis.¹³ Daarop is evenwel kritiek geuit, in het bijzonder door Köster en Bloembergen.¹⁴ De adequatietheorie zou in de praktijk te weinig houvast geven en vanwege gebrek aan eenduidigheid leiden tot rechtsongelijkheid. Ook zou niet steeds duidelijk zijn wat wel en wat niet moet worden aangemerkt als voorzienbaar; lastig kon worden verklaard hoe het voorzienbaarheidsvereiste in het ene geval (te) sterk beperkend werkt en in het andere geval verstrekkende aansprakelijkheid toelaat. De voorzienbaarheid van de schade wordt thans gezien als een van de factoren die in de leer der redelijke toerekening van belang zijn. Zo meent Klaassen dat de rol van de voorzienbaarheid bepaald niet is uitgespeeld, integendeel: het antwoord op de vraag of de schade, gelet op de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd, redelijkerwijs te verwachten was, vormt volgens haar een bruikbaar – en in de rechtspraak ook veelvuldig gehanteerd – vertrekpunt.¹⁵ En zo lijkt in het door Hartlief voorgestelde, vereenvoudigde beslisschema de voorzienbaarheid van de schade een prominente rol te spelen. Volgens hem zou de eerste vraag moeten zijn: is het gevolg ‘normaal, typisch, in de lijn der verwachtingen liggend’? Zo ja, dan vindt toerekening plaats. Zo nee, dan vraagt toerekening om een nadere rechtvaardiging.

Voorzienbaarheid als zodanig veronderstelt een zeker peilmoment: waar het gaat om de vraag of het mogelijk was om schade ‘van tevoren te zien aankomen’ is immers relevant van welk ‘tevoren’ men uitgaat. In het kader van artikel 6:98 BW gaat het in beginsel om de voorzienbaarheid op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, oftewel *ex ante*.¹⁶ Het alternatief zou zijn dat de rechter een en ander *ex post* beoordeelt, zodat hij ook met later bekend geworden feiten en de daardoor verworven ervaring en kennis rekening moet houden.¹⁷ Nu dat niet wordt aanvaard, is in concrete gevallen de voorzienbaarheidsfactor in de tijd bezien niet veranderlijk: wat in een voorliggend geval voorzienbare schade is, hangt immers niet af van het moment *waarop* het toerekeningsoordeel ex artikel 6:98 BW valt, maar van het moment *waarnaar* de voorzienbaarheid wordt getoetst. Een vergelijkbare benadering treft men overigens in art. 3:201 PETL, waarin wordt gesproken van ‘the foreseeability of the damage to a reasonable person *at the time of the activity*’ als een van de bepalende factoren voor de vraag of schade aan de aansprakelijke kan worden toegerekend. Dit tijdsaspect van voorzienbaarheid lijkt van betekenis waar men achteraf wellicht geneigd zou kunnen zijn te oordelen dat bepaalde gevolgen in de lijn der verwachtingen lagen en voorzienbaar waren, terwijl de vraag pas wordt beantwoord *nadat* het gevolg daadwerkelijk is ingetreden en het oordeel mogelijk mede daardoor (ten onrechte) wordt gekleurd.

13. Hartlief 2018, nr. 216 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 56.

14. Köster 1963 en Bloembergen 1965, hoofdstuk 5.

15. Klaassen 2017, nr. 34.

16. Klaassen 2017, nr. 35.1, Olthof 1988, p. 37 e.v. en Krans 1999, p. 139.

17. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 71.

5.3 MEERVOUDIGE CAUSALITEIT

5.3.1 *Enkelvoudige en meervoudige causaliteit*

Waar het tijdsaspect van schadevergoeding centraal staat, kan men niet heen om het leerstuk van de meervoudige causaliteit. In het voorgaande is impliciet uitgegaan van een situatie van ‘enkelvoudige’ causaliteit. De analyse was tot dusverre immers gebaseerd op het uitgangspunt dat bij de verbintenis tot vergoeding van schade slechts één oorzakelijke bron van betekenis is: een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Schade heeft evenwel altijd meer dan één oorzaak in de zin van feiten en omstandigheden die noodzakelijk zijn voor het uiteindelijke resultaat.¹⁸ Bij meervoudige causaliteit gaat het – kort gezegd – om situaties waarin meerdere (mogelijke) veroorzakers in het spel zijn en waarin de vraag speelt of de schade aan meer dan één veroorzaker kan worden toegerekend.

Het leerstuk van de eigen schuld (waarover paragraaf 5.5) is aan de problematiek van de meervoudige causaliteit nauw verwant: bij eigen schuld is de schade immers mede gevolg van een omstandigheid die aan de benadeelde zelf kan worden toegerekend (artikel 6:101 BW). In zoverre kan men zeggen dat er ook bij eigen schuld sprake is van meervoudige causaliteit, met dien verstande dat een van de oorzaken van de schade in de risicosfeer van de benadeelde ligt.

Verschillende vormen van meervoudige causaliteit worden van elkaar onderscheiden. Bezien vanuit tijdsperspectief komen de samenwerkende en de gelijktijdig werkende oorzaken in beeld. Deze zullen hieronder worden behandeld. Bij de behandeling daarvan wordt geen volledigheid nagestreefd, maar wordt de problematiek meer specifiek benaderd vanuit het in deze studie centraal gestelde tijdsperspectief.

5.3.2 *Samenwerkende oorzaken*

Bij samenwerkende oorzaken gaat het om twee of meer oorzaken die voor het intreden van de schade noodzakelijk zijn, en wel in die zin, dat bij het wegdenken van een daarvan de conclusie moet zijn dat de schade niet zou zijn ingetreden.¹⁹ Het betreft oorzaken die slechts *in combinatie* de schade hebben kunnen veroorzaken.²⁰ Een voorbeeld biedt de casus in het arrest *Londen en Lancashire/Huygen*.²¹ De Lange raakt betrokken bij een verkeersongeval dat wordt veroorzaakt doordat een vrachtauto voor hem plotseling afslaat (de eerste fout), waardoor hij van achteren wordt aangereden door Huygen, die – gegeven de omstandigheden – te dicht op hem reed (de tweede

18. Akkermans 1996, p. 43.

19. Hartlief 2018, nr. 237.

20. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 238.

21. HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1 m.nt. L.E.H. Rutten (Londen en Lancashire/Huygen).

fout). Beide fouten staan in *condicio sine qua non*-verband met de schade die De Lange lijdt, maar hebben elkaar nodig om haar te doen ontstaan.²²

In geval van samenwerkende oorzaken kan worden aangenomen dat alle veroorzakers hoofdelijk aansprakelijk zijn, ook al zouden de onderscheiden oorzaken op zichzelf niet hebben geleid tot schade.²³ De onderlinge draagplicht wordt verdeeld aan de hand van artikel 6:102 lid 1 BW: op ieder van twee of meer personen rust dan een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, en zij zijn hoofdelijk verbonden. Voor de bepaling van wat zij op grond van artikel 6:10 BW in hun onderlinge verhouding jegens elkaar moeten bijdragen, wordt de schade over hen verdeeld met overeenkomstige toepassing van artikel 6:101 BW, tenzij uit wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit.

In het arrest *Van Nugteren/Meskes* draait het om schade als gevolg van woningverzakking, veroorzaakt door de afzonderlijke werkzaamheden van twee burens. Een van de burens stelt dat voor hoofdelijke aansprakelijkheid in een dergelijk geval nodig is dat iedere oorzaak op zich de schade had kunnen doen ontstaan. De Hoge Raad overweegt:

‘Zowel naar het vóór 1 januari 1992 als naar het sedertdien geldende recht is in het zich hier voordoende geval, dat een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden, en derhalve door een samenloop van oorzaken, ieder van die personen jegens de benadeelde voor de gehele schade aansprakelijk, met dien verstande dat het daarbij sedert 1 januari 1992 ingevolge art. 6:102 BW gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid.’²⁴

Een uitzondering kan worden gemaakt als sprake is van opeenvolgende aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen en de latere gebeurtenis in redelijkheid niet aan de veroorzaker van de eerste fout als een gevolg daarvan kan worden toegerekend. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de schade in redelijkheid niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop de eerste fout had moeten worden vermeden.²⁵ In dit verband valt te wijzen op het arrest *Alpuro/Dijkhuizen*, waarin het draait om de vraag of dierenarts Dijkhuizen aansprakelijk is voor de schade die is ontstaan doordat door hem voorgeschreven geneesmiddelen verkeerd zijn toegediend. Dijkhuizen heeft de afgifte, de dosering en de toediening van de geneesmiddelen gecontroleerd noch begeleid. Kort daarop zijn bijna 300 kalveren overleden door een ‘dramatische overdosering’ door kalvermester Westerlaken. Het oordeel van het hof dat de door Westerlaken gemaakte toedieningsfout wegens haar ernstige karakter niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van

22. Akkermans 1996, p. 42.

23. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 238.

24. HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004, NJ 2000/351 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Nugteren/Meskes), r.o. 3.7.

25. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 86.

het gevaar met het oog waarop de dierenarts zich van zijn onbehoorlijk handelen had behoren te onthouden, houdt stand bij de Hoge Raad.²⁶ Een 'doorbreking' van het toerekeningsverband als hier bedoeld lijkt evenwel niet snel te worden aangenomen, zo illustreert een arrest van het Hof Leeuwarden waarin een vrouw door een verkeersongeval, waarvoor een derde aansprakelijk is, blijvend invalide raakt aan haar knie, kort na het ongeval psychische problemen krijgt – mede toe te schrijven aan een persoonlijke predispositie – en als gevolg daarvan arbeidsongeschikt geraakt. Haar problemen verergeren en zij doet een suïcidepoging. Bij de daaropvolgende ziekenhuisopname wordt een fout gemaakt waardoor de functies van haar hand en pols blijvend zijn beperkt. Het hof oordeelt dat de veroorzaker van het verkeersongeval ook aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het verkeerd aanleggen van het infuus.²⁷

5.3.3 Gelijktijdig werkende oorzaken

5.3.3.1 De 'eerste veroorzaker' blijft aansprakelijk

Bij gelijktijdig werkende oorzaken ligt een en ander iets minder eenvoudig dan bij samenwerkende oorzaken. Bij gelijktijdig werkende oorzaken gaat het om de situatie waarin schade door twee of meer personen afzonderlijk wordt veroorzaakt, in die zin dat iedere gebeurtenis onafhankelijk van de andere de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd heeft veroorzaakt.²⁸ Bij gelijktijdig werkende oorzaken leidt de *condicio sine qua non*-toets tot een uitkomst die niet bevredigt: voor elke oorzaak geldt immers dat bij het wegdenken daarvan de schade zou zijn ingetreden. Het zou evident onaanvaardbaar zijn als iedere veroorzaker daardoor vrijuit zou gaan.²⁹ Aangenomen wordt dat ieder der veroorzakers dan hoofdelijk aansprakelijk is. Dit berust op de 'constructie' dat indien de afzonderlijke oorzaken *tezamen* worden weggedacht, de schade niet zou zijn ontstaan. Deze constructie komt er aldus op neer dat aansprakelijkheid wordt aangenomen ondanks het niet kunnen vaststellen van *condicio sine qua non*-verband.³⁰ Het gaat hier om een toerekening ondanks het niet-vaststaan van *condicio sine qua non*-verband, die in de literatuur in de sleutel van artikel 6:98 BW dan wel in die van artikel 6:99 BW wordt geplaatst.³¹

Dikwijls doen de afzonderlijke oorzakelijke gebeurtenissen zich niet gelijktijdig voor, maar op verschillende momenten: een bepaalde gebeurtenis veroorzaakt schade, en nadien vindt een andere gebeurtenis plaats ter zake waarvan aannemelijk is dat, als de schade niet reeds door de eerste gebeurtenis zou zijn veroorzaakt, dit ('alsnog') door de tweede gebeurtenis zou zijn geschied. Als regel doet een dergelijke 'latere oorzaak' dan niet af aan de verplichting tot schadevergoeding van degene die voor

26. HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0691, NJ 1992/751 (Alpuro/Dijkhuizen).

27. Hof Leeuwarden 8 augustus 2001, ECLI:NL:GHEE:2001:AE2218, NJ 2002/209, r.o. 4.4 waarover ook Klaassen 2017, nr. 25.

28. Klaassen 2017, nr. 26.

29. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 239.

30. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 87.

31. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 239, Kortmann 2007, nr. 32 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 87.

de eerste gebeurtenis aansprakelijk is, ook al zou het strikt genomen ontbreken aan *condicio sine qua non*-verband tussen de eerste gebeurtenis en de schade. De schade zou immers ook zonder deze eerste gebeurtenis ontstaan, namelijk ten gevolge van de latere gebeurtenis.³²

In dit verband wordt wel gerefereerd aan het arrest *Kennis/Budel*. In deze zaak was de gemeente Budel de toezegging niet nagekomen dat Kennis zijn bedrijf op een bepaalde plaats zou mogen vestigen. Naderhand kwam vast te staan dat realisering van het bedrijf op dat terrein toch niet mogelijk was geweest omdat de Kroon de afgegeven hinderwetvergunning vernietigde. De Hoge Raad oordeelde dat de gemeente onverminderd aansprakelijk is:

‘Indien de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde toezeggingen niet na te komen en Kennis als gevolg daarvan zijn bedrijf niet op de aangegeven plaats heeft kunnen vestigen en daardoor schade heeft geleden, wordt het oorzakelijk verband tussen dat onrechtmatig handelen en die schade niet verbroken doordat zich naderhand feiten hebben voorgedaan die eveneens tot een zodanige schade zouden hebben geleid, indien de gemeente deze toezeggingen wel gestand zou hebben gedaan. Daarbij is zonder belang of (...) bij een zodanige gestanddoening de gang van zaken ter zake van de uiteindelijk geweigerde hinderwetvergunning op overeenkomstige wijze zou zijn verlopen en tot eenzelfde uitkomst zou hebben geleid als nu het geval geweest is.’³³

In *Kennis/Budel* blijft in het midden waarin de ‘bedrijfsschade’ bestaat die Kennis zou lijden doordat hij zijn bedrijf niet op de aangegeven plaats heeft kunnen vestigen, en dus ook op welk(e) moment(en) hij schade lijdt. Dat is, blijkens het navolgende, bepaald relevant.

5.3.3.2 ‘Latere oorzaken’ bij momentschade

In het kader van de meervoudige causaliteit is van betekenis het onderscheid tussen momentschade en duurschade. Zoals eerder besproken (in paragraaf 3.3.6), gaat het bij momentschade om een zekere ‘tijdeloze’ schade in die zin dat zij wordt geacht zich te manifesteren op een enkel, ondeelbaar moment, doorgaans onmiddellijk met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Dat betekent dat latere gebeurtenissen in beginsel niet van invloed zijn op het bestaan en de omvang van de reeds ingetreden momentschade. Algemeen kan daarom worden aangenomen dat bij momentschade slechts de ‘eerste’ veroorzaker aansprakelijk is.³⁴ Een tweede ‘veroorzaker’ gaat vrijuit: eenmaal ingetreden schade laat zich immers niet nogmaals veroorzaken, en wie geen schade veroorzaakt is niet aansprakelijk.³⁵ Strikt genomen is dus ook geen sprake van

32. Klaassen 2017, nr. 27.

33. HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0832, NJ 1990/441 (*Kennis/Budel*), r.o. 3.2.

34. Akkermans 1996, p. 48.

35. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 241, Kortmann 2007, nr. 20, Van Boom 2003, p. 97 en concl. A-G Huydecoper bij HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Gemeente Leeuwarden/Los*), nr. 10.

meervoudige maar van enkelvoudige causaliteit ('monocausaliteit').³⁶ Beslissend is of de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd nog kon worden veroorzaakt op het moment waarop de latere gebeurtenis zich voordeed.³⁷

Akkermans geeft het voorbeeld van een huis dat door brandstichting volledig afbrandt, waarna een vliegtuig neerstort op de plaats waar de overblijfselen van het huis zich bevinden. Aangenomen wordt dat alleen de brandstichter aansprakelijk is jegens de huiseigenaar en niet de eigenaar van het vliegtuig, nu de laatste geen schade (meer) veroorzaakt.³⁸ Zaaksbeschadiging leidt immers in de regel onmiddellijk tot een vermogensdaling in de vorm van een waardevermindering. Aan de reeds ingetreden waardevermindering kan de tweede beschadiging niet afdoen.³⁹ Wel kan de tweede beschadiging opnieuw tot een waardevermindering leiden, zij het een waardevermindering van wat resteert (de 'restwaarde') na de eerste beschadiging; denkbaar is dat het neerstortende vliegtuig de waarde doet verminderen die de *restanten* van het afgebrande huis nog had. Die gebeurtenis vormt dan de oorzaak van een 'nieuwe' schade.⁴⁰ De sleutel tot de oplossing van het probleem van de meervoudige veroorzaking ligt hier dus in het momentane karakter van het te hanteren begrip schade.

Een en ander kan anders liggen als het gaat om een latere oorzaak die wat betreft de uitwerking – het intreden van schade – een eerdere oorzaak 'inhaalt': voordat het te verwachten gevolg van een eerdere aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zich verwezenlijkt, doet zich een latere gebeurtenis voor die dat gevolg afsnijdt. De verwachte verwezenlijking van schade door de eerste veroorzaking wordt dan voorkomen door een latere oorzaak, die eerder tot schade leidt.⁴¹ Sieburgh geeft het voorbeeld van een paard dat reeds dodelijk is vergiftigd en dat omkomt op het moment waarop een derde de stal in brand steekt. Betoogd kan worden dat de brandstichting de volle werking van het vergif 'onderbreekt'.⁴² Een ander voorbeeld betreft een langeafstandsraket die is afgevuurd op een gebouw, maar voor de inslag nog wordt 'ingehaald' door een bom van dichterbij.⁴³ Een minder exotisch – en overigens niet-fictief – voorbeeld geeft Akkermans, die refereert aan een zaak waarin door een fout van een apotheker een giftige drank werd toegediend aan een kind dat reeds stervende was door longontsteking.⁴⁴

De problematiek van de elkaar inhalende oorzaken is relatief eenvoudig op te lossen aan de hand van een scherp zicht op het begrip schade in kwestie. Bij zaaksbeschadiging zal de vraag immers zijn op welk moment sprake is van een waardevermindering

36. Roelofs 2008, p. 384.

37. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 88.

38. Akkermans 1996, p. 48. Vergelijkbaar Dozy 1950, p. 333.

39. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 242.

40. HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2075, NJ 2007/322 (Stichting Monumentenzorg Curaçao/Scharloo Central Properties N.V.).

41. Klaassen 2017, nr. 28.

42. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 88.

43. Kortmann 2007, nr. 26.

44. Akkermans 1996, p. 49.

van de zaak; die schade is op één moment voltooid en dient naar dat ene moment te worden gewaardeerd.⁴⁵ Als de eerdere oorzaak reeds vóór de latere oorzaak een waardeverminderend effect heeft gehad op de zaak, is die schade reeds geleden op een moment voordat de latere oorzaak de eerdere oorzaak kon inhalen. Men zou kunnen zeggen dat een vergiftigd paard reeds met de vergiftiging een waardevermindering heeft ondergaan; de brand heeft dan slechts een relatief waardeloos – want tot spoedig sterven gedoemd – paard (iets eerder) doen sterven.⁴⁶ Hooguit had het paard toch nog een zekere overlevingskans of bezat het ondanks de korte levensverwachting nog enige waarde.⁴⁷ Bij de langeafstandsraket die nog voor de inslag wordt 'ingehaald' door een bom zou men zich moeten afvragen of reeds door het 'onderweg zijn' van een langeafstandsraket de economische waarde van het gebouw reeds wordt vermindert. Bij de giftige drank die wordt toegediend aan een kind dat reeds stervende is door longontsteking ligt de figuur van de onmiddellijke momentschade het minst voor de hand, nu men bezwaarlijk kan refereren aan een onmiddellijk verlies van de economische waarde van het kind.

5.3.3.3 *Latere oorzaken bij duurschade*

Een en ander ligt anders wanneer sprake is van duurschade, oftewel wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft geleid tot het intreden van een toestand waaruit gedurende een bepaalde periode verschillende schades voortvloeien. Het gaat dan immers niet om schade die zich onmiddellijk op een enkel, ondeelbaar moment manifesteert en daarmee dus ook 'afgerond' is, maar om opeenvolgende deelschades. Bij duurschade geldt in beginsel dat indien zich na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is jegens de benadeelde, een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade(s) zou hebben veroorzaakt als die niet reeds was/waren veroorzaakt, dat niet afdoet aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van degene die aansprakelijk is voor de eerste gebeurtenis. Niet zozeer het veroorzaken maar het *intreden* van een schade is immers beslissend, en dat intreden kan haar oorzaak vinden in zowel een eerdere als een latere gebeurtenis.⁴⁸ Een in de toekomst gelegen deel van een voortdurende schade kan dus ook nog door een latere gebeurtenis worden veroorzaakt. De situatie waarin een latere oorzaak leidt tot dezelfde (duur)schade verschilt in zoverre niet van gevallen van afzonderlijke, gelijktijdig werkende oorzaken.⁴⁹

In het arrest *Leeuwarden/Los* gaat het om een door de huurder (Los) van een horeca-ruimte ingestelde vordering tot vergoeding van winstdervingsschade over de periode 1994-2004 wegens het opzeggen van de huurovereenkomst wegens voorgenomen eigen gebruik, dat vervolgens uitbleef. Enkele dagen voor het uitbrengen van de dagvaarding (in 1996) gaat de gehuurde ruimte geheel teniet door brand. De vraag rijst in hoeverre deze omstandigheid moet worden meegewogen bij de vaststelling van de

45. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 242.

46. Klaassen 2017, nr. 28 en Kortmann 2007, nr. 19.

47. Tjong Tjin Tai 2018a, p. 241.

48. Bloembergen 1965, nr. 162.

49. Kortmann 2007, nr. 28.

door Los geleden schade. De gemeente stelt zich op het standpunt dat de huurovereenkomst door het tenietgaan van het gehuurde niet pas in 2004 zou zijn geëindigd maar – naar achteraf blijkt – reeds in 1996. De Hoge Raad overweegt:

‘Indien zich na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is jegens de benadeelde, een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als die schade niet reeds was ontstaan, doet dat niet af aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke. Behalve in gevallen waarin de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt (...), bestaat er geen grond daarover anders te oordelen indien het gaat om voortdurende schade, zoals de winstderving waarvan in deze zaak vergoeding gevorderd wordt.’

Ook als het gaat om een latere oorzaak waarvoor een derde aansprakelijk is, doet dat niet af aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van degene die aansprakelijk is voor de eerste gebeurtenis. Zo overweegt de Hoge Raad in *Gemeente Leeuwarden/Los*:

‘Ook geldt hetzelfde in gevallen waarin de schade voor het vervolg niet slechts hypothetisch maar in werkelijkheid — al dan niet mede — veroorzaakt is door de handeling van de derde. Ook dan verdient het immers de voorkeur dat de benadeelde, overeenkomstig de in artikel 6:102 BW neergelegde regel, slechts de veroorzaker van de eerste gebeurtenis behoeft aan te spreken en niet het risico behoeft te lopen dat de veroorzaker van de latere gebeurtenis geen verhaal biedt of zelfs niet jegens hem aansprakelijk is.’⁵⁰

Een uitzondering wordt evenwel gemaakt wanneer de latere oorzaak voor risico van de benadeelde komt. Vanaf het moment waarop de voor eigen risico van de benadeelde komende (deel)schade zou zijn ingetreden is er geen reden de schade nog toe te rekenen aan degene die voor de eerdere oorzaak aansprakelijk is. Een en ander kan als volgt worden onderbouwd. Wanneer een derde voor een latere oorzaak aansprakelijk is, staat vast dat de schade in ieder geval te herleiden is tot *normschendingen door anderen*. Het probleem schuilt dan slechts hierin dat deze normschendingen causaal ‘naast elkaar staan’, maar dat zou geen reden mogen zijn waarom de schade per saldo voor rekening van de benadeelde moet blijven. Men rekent daarom de schade toe aan beide veroorzakers, ondanks dat het *condicio sine qua non*-verband niet komt vast te staan. Gaat het daarentegen om een latere oorzaak in de risicosfeer van de benadeelde, dan gaat die gedachte niet op.⁵¹ In dat geval gaat het niet aan de schade aan de aansprakelijke toe te rekenen ondanks dat het *condicio sine qua non*-verband niet komt vast te staan: de verplichting tot schadevergoeding strekt immers niet zo ver dat schade moet worden ‘gedekt’ die zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis voor eigen risico van de benadeelde zou komen.

50. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (Gemeente Leeuwarden/Los), r.o. 3.4.

51. Bloembergen 1965, nr. 160.

In dit verband is van belang het arrest *Staat/Vermaat*.⁵² Van Ruijven is door toedoen van Vermaat arbeidsongeschikt geworden, maar Vermaat meent – in het kader van een door de Staat ingestelde regresactie – vanaf een zeker moment niet langer tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende vermogensschade te zijn gehouden, nu Van Ruijven inmiddels een hartinfarct had gekregen dat hem – het eerste ongeval weggedacht – evengoed arbeidsongeschikt zou hebben gemaakt. De Hoge Raad ziet geen reden de inkomensschade vanaf dat tijdstip nog aan Vermaat toe te rekenen. Hij overweegt:

‘Het hof heeft (...) miskend dat wanneer bij zulk een voortdurende inkomensschade blijkt dat de gelaedeerde, ook indien het ongeval niet had plaatsgevonden, op enigerlei tijdstip geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt zou zijn geworden ten gevolge van een omstandigheid die voor zijn risico komt – zoals het geval kan zijn bij een door de gelaedeerde opgelopen ziekte, wanneer die geen verband houdt met het door het ongeval veroorzaakte letsel – er geen reden is om de inkomensschade vanaf het tijdstip dat de voor eigen risico komende arbeidsongeschiktheid zou zijn ingetreden, nog toe te rekenen aan degeen die voor het ongeval aansprakelijk is. (...) De verplichting tot vergoeding van door een ongeval veroorzaakte schade gaat niet zover dat degeen die voor die schade aansprakelijk is, de gelaedeerde ook moet behoeden voor schade die zonder dat ongeval voor diens eigen risico zou komen.’⁵³

Een door de gelaedeerde opgelopen ziekte die geen verband houdt met het door het ongeval veroorzaakte letsel kan dus worden aangemerkt als een latere oorzaak die voor risico van de benadeelde komt. Was in de zaak *Gemeente Leeuwarden/Los* sprake van een oorzaak in de risicosfeer van de benadeelde? Volgens de Hoge Raad niet:

‘Bij de vaststelling van de omvang van de schade moet een vergelijking worden gemaakt met de toestand zoals die zonder de huuropzegging zou zijn geweest. In die (hypothetische) situatie, waarin de huurverhouding ten tijde van de brand nog zou hebben bestaan, zou het tenietgaan van het gehuurde in de contractuele verhouding tussen partijen in die zin voor rekening van Los zijn gekomen dat de Gemeente dientengevolge (...) zou zijn bevrijd van haar verplichting het huurobject aan hem ter beschikking te stellen. Dat op zichzelf rechtvaardigt echter niet ook in de hier na het einde van de huur door de opzegging van de Gemeente ontstane situatie het tenietgaan door brand van het vroeger door Los gehuurde, waarover hij geen enkele zeggenschap meer had, aan hem toe te rekenen.’⁵⁴

Men zou hieruit kunnen afleiden dat in dergelijke gevallen voor toerekening aan de benadeelde meer nodig is dan de verwezenlijking van het ‘contractrisico’ dat hij zou

52. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (Gemeente Leeuwarden/Los), r.o. 3.4.

53. HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7897, NJ 1991/292 m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Vermaat), r.o. 3.3.

54. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (Gemeente Leeuwarden/Los), r.o. 3.5.

hebben gedragen, wanneer de overeenkomst ten tijde van de latere gebeurtenis nog zou hebben voortgeduurd.

Ook in het arrest *Palthe/DNB en AFM* speelt de vraag of een latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt. In deze zaak worden De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële markten (de AFM) aansprakelijk gesteld door twee bestuurders (V. en P.) van een vermogensbeheerder (VPV). Vermoed werd dat zij zich schuldig hadden gemaakt aan misbruik van voorwetenschap, en in verband daarmee werden zij in 2003 ontslagen. Directe aanleiding tot het ontslag was een 'aanwijzing' van DNB en de AFM, nadat DNB en de AFM een strafrechtelijke aangifte ter zake van het vermoede misbruik hadden gedaan, maar vóórdat deze aangifte tot een strafrechtelijke uitspraak had geleid. Tegen de aanwijzingen van DNB en de AFM hebben de bestuurders bezwaar gemaakt. Tegen de daarop genomen afwijzende besluiten zijn zij in beroep gegaan bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB), dat deze besluiten vernietigde, met herroeping van de aanwijzingen, omdat DNB en de AFM ten aanzien van de aanvangsdatum van het door hen vermoede misbruik van voorwetenschap geen afdoende motivering hadden gegeven. De bestuurders vorderen vergoeding van gederfd salaris en gederfde bonussen (en een vergoeding wegens immateriële schade) van DNB en de AFM. Waar de aansprakelijkheid van DNB en de AFM jegens de bestuurders wordt aangenomen, rijst de vraag wat de betekenis is van de later (alsnog) tegen hen gewezen strafvonnissen voor het bestaan en de omvang van hun schade. De Hoge Raad overweegt:

'Indien zich na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is jegens de benadeelde (...) een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als die schade niet reeds was ontstaan, doet dat niet af aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke persoon, behalve in gevallen waarin het gaat om voortdurende schade en de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt (...). Het hof heeft kennelijk, en niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat de strafvonnissen aangemerkt moeten worden als een dergelijke latere gebeurtenis die voor risico van V. onderscheidenlijk P. komt, en dat die strafvonnissen voor hen tot ontslag en derhalve vanaf dat moment tot dezelfde, voortdurende, schade zouden hebben geleid. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'⁵⁵

Men dient zich telkens af te vragen of uit latere gebeurtenissen een *afzonderlijke* latere oorzaak van de schade kan worden afgeleid: het kantelpunt ligt immers bij de vraag of een latere oorzaak wel of geen verband houdt met de eerdere oorzaak waarvoor aansprakelijkheid is gevestigd. Dat is in voorkomende gevallen feitelijk lastig te beoordelen. Zo is *Staat/Vermaat* gebaseerd op de aanname dat Van Ruijven, ook als hij in 1976 niet arbeidsongeschikt was geraakt bij een verkeersongeval, evengoed in 1983 – ongeveer 7 jaar later – een hartinfarct zou hebben gehad en definitief arbeidsongeschikt zou zijn geworden. Men gaat er dan dus van uit dat Van Ruijven 'gedetermineerd' was een hartinfarct te krijgen – en wel *op exact datzelfde ogenblik* – ook in de situatie waarin

55. HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377 m.nt. P. Van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), r.o. 4.1.3.

hij nog jaren werkzaam zou zijn geweest als ambtenaar.⁵⁶ Het kantelpunt ligt hier bij de vraag of de door de gelaedeerde opgelopen ziekte wel of geen verband houdt met het door het ongeval veroorzaakte letsel: is immers aannemelijk dat het eerder ontstane letsel *oorzaak* is van het latere hartinfarct, dan verandert het perspectief drastisch.⁵⁷

In de zaak *Gemeente Leeuwarden/Los* lijkt het weliswaar voor de hand te liggen dat de huuropzegging door de gemeente geen enkel verband houdt met de latere brandstichting, maar is de vraag hoe zeker men daarvan kan zijn. Opmerkelijk is in dit verband dat de Hoge Raad overweegt dat – kort gezegd – het tenietgaan van het gehuurde weliswaar moet worden gerekend tot het contractrisico van Los, maar dat dit op zichzelf niet rechtvaardigt dat het tenietgaan door brand van het *vroeger* door hem gehuurde, ‘waarover hij geen enkele zeggenschap meer had’, aan hem wordt toegerekend.⁵⁸ Mogelijk heeft de Hoge Raad hier gedacht aan de mogelijkheid dat de brand niet zou zijn gesticht of andere gevolgen had gehad als de huur niet zou zijn beëindigd en Los het gehuurde wel feitelijk in zijn macht had.⁵⁹ Ten aanzien van het geval dat aan de orde was in *Palthe/DNB en AFM* ligt een en ander minder lastig: de bestuurders waren – hoogstwaarschijnlijk – evengoed strafrechtelijk veroordeeld als DNB en de AFM in hun aanwijzingen wel een afdoende motivering hadden gegeven ten aanzien van de aanvangsdatum van het door hen vermoede misbruik van voorwetenschap.

Bij dit alles is tot slot van belang op welk moment de rechter de schade definitief vaststelt. Het gaat bij voortdurende schade immers dikwijls om schade die (deels) in de toekomst gelegen is, en die dan ook veelal op grond van artikel 6:105 lid 1 BW bij voorbaat wordt begroot. Slechts met een latere oorzaak die ‘valt’ voordat de schade wordt vastgesteld, kan rekening worden gehouden. Slechts door voldoende tijdsverloop kan de latere oorzaak pas komen ‘vast te staan’; tijd kan in het proces van afwikkeling in zoverre vriend als vijand blijken.⁶⁰ Doet zich na de begroting bij voorbaat een latere oorzaak van dezelfde schade voor, dan zal het niet meer mogelijk zijn daarmee rekening te houden (tenzij de rechter daar een voorziening voor heeft getroffen, zie de paragrafen 4.5.4.2 en 4.5.4.3). Is een derde op grond van een latere fout medeaansprakelijk, maar is de eerste veroorzaker reeds veroordeeld tot betaling van een bedrag ineens ter zake van de gehele schade, die toen nog (deels) toekomstig was, dan zou de eerste veroorzaker – althans in theorie – op de latere veroorzaker regres kunnen nemen voor diens aandeel.⁶¹ Dat het moment van de schadevaststelling hier

56. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 61.

57. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429 (Swinkels/Saint-Gobain), waarover ook paragraaf 5.2.2.

58. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (Gemeente Leeuwarden/Los), r.o. 3.5.

59. Van Boom 2003, p. 101.

60. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 59 en 63.

61. Bloembergen 1965, nr. 165.

bepalend kan zijn, wordt door de Hoge Raad bevestigd in *Gemeente Leeuwarden/Los*, waar hij overweegt:

‘dat de brand zich ten tijde van de vaststelling van de omvang van de schade reeds had voorgedaan, zodat geen sprake was van afweging van goede en kwade kansen in de zin van art. 6:105 BW, maar van een zekere gebeurtenis, waarmee bij de (...) vergelijking met het oog op de schadeberekening in beginsel rekening moet worden gehouden.’⁶²

Men zou zich kunnen afvragen of bij een begroting bij voorbaat ook rekening moet worden gehouden met kwade kansen waarvoor derden medeaansprakelijk zijn. Volgens Van Boom valt daar wel iets voor te zeggen: bij het inschatten van de hypothetische situatie die zich zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben voorgedaan wordt immers uitgegaan van *gemiddelden* van goede en kwade kansen, en zijn ook kwade kansen van tussentijdse ‘hypothetische schadeoorzaken door derden’ al *in abstracto* verdisconteerd. Daarom zou kunnen worden verdedigd dat als een benadeelde een bijzondere bevattelijkheid heeft voor andere schadeoorzaken die *niet* voor eigen risico komen, dit als kwade kans zou moeten worden verdisconteerd. Van Boom noemt het voorbeeld van de bouwvakker die een hoger dan gemiddeld risico loopt op arbeidsongevallen, waarvoor dikwijls de werkgever aansprakelijk is. Als de bouwvakker bij een verkeersongeval volledig arbeidsongeschikt raakt, moet dan bij de schadebegroting deze groter dan gemiddelde kans in zijn nadeel worden verdisconteerd? Van Boom stelt evenwel dat dit in het licht van het arrest *Gemeente Leeuwarden/Los* toch niet mogelijk is: als ‘hypothetische’ veroorzaking door derden niet afdoet aan de reeds gevestigde aansprakelijkheid van de eerste veroorzaker, dan moet dat ook niet kunnen bij het verdisconteren van toekomstige kansen op dergelijke oorzaken. Daarom dient volgens hem bij schadebegroting bij voorbaat slechts rekening te worden gehouden met risico’s van latere oorzaken die in de risicosfeer van de benadeelde liggen.⁶³

5.4 VOORDEELSTOEREKENING

5.4.1 Voordeel naast schade

Niet alleen ontvouwt zich met of na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de schade, ook kunnen eventuele voordelen opkomen die de benadeelde als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis geniet. Denk aan kostenbesparingen, belastingvoordelen en verzekeringsuitkeringen die de benadeelde door de schadeveroorzakende gebeurtenis toevallen. Artikel 6:100 BW bepaalt dat wanneer eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde ‘naast schade tevens voordeel’ heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht voor zover dit redelijk is. Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat de bena-

62. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Gemeente Leeuwarden/Los*), r.o. 3.6.

63. Van Boom 2003, p. 102-103.

deelde door de schadevergoeding in een betere positie komt te verkeren: hij mag niet zonder meer worden ‘verrijkt’ door zijn schade volledig vergoed te krijgen en daarenboven ook het daarnaast verkregen voordeel te behouden. Het betreft mijns inziens aldus voornamelijk een uitwerking van het toerekeningsbeginsel (zie paragraaf 2.3.2) en niet zozeer van het volledigheidsbeginsel, nu dat laatste beginsel mijns inziens betrekking heeft op de schade als zodanig (zie paragraaf 2.3.1). Door voordelen bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening te brengen wordt immers bewerkstelligd dat *minder* dan de volledige schade wordt vergoed, wat gerechtvaardigd kan zijn juist omdat de normschending voor de schuldeiser ‘naast schade tevens voordeel’ heeft opgeleverd en hem bij een onverminderde vergoeding in een gunstiger positie zou plaatsen, wat in verhouding tot de aansprakelijke niet steeds redelijk is. Het gaat hier om een algemeen aanvaarde regel: de redelijkheid van het in mindering brengen van voordelen is als zodanig amper voorwerp van debat.⁶⁴ Over de grondslag waarop dit beginsel berust en over de wijze waarop het leerstuk ‘werkt’ bestaat evenwel geen eenstemmigheid. Ook omtrent de vraag welke voordelen *in concreto* moeten worden verrekend bestaat debat, ondanks het feit dat de *compensatio lucri cum damno* bepaald geen nieuw probleem betreft.⁶⁵

In uiteenlopende rechtsstelsels herkent men de thematiek van de voordeelstoerekening, hoewel (ook daar) niet steeds even scherp afgebakend.⁶⁶ Zo treft men in het Belgische recht eveneens de problematiek van de voordeelstoerekening, zij het dat deze ‘schuilgaat’ onder het eerder aangestipte uitgangspunt dat de rechter bij de beoordeling van schade ‘geen rekening mag houden met latere gebeurtenissen die aan de onrechtmatige daad en aan de schade vreemd zijn en die de toestand van de schadelijder hebben verbeterd of verergerd’.

Op een vergelijkbare wijze besteedt men in het Franse recht aandacht aan het *principe du non-cumul d’indemnisation* – de benadeelde mag de schade niet dubbel vergoed krijgen – maar valt op dat het vraagstuk van de cumulatie lange tijd niet in verband is gebracht met de vraag of voordeel, door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis teweeggebracht, moet worden toegerekend.⁶⁷

In Duitsland spreekt men van het leerstuk van de *Vorteilausgleichung*, dat naar de daar heersende opvattingen moet worden onderscheiden van de schadebegroting, omdat een ‘automatische’ verdiscontering van voor- en nadelen via de *Differenzhypothese* het onmogelijk zou maken om onrechtvaardige resultaten te weren: de vordering tot schadevergoeding van de nabestaanden op de voor het overlijdensgeval aansprakelijke partij zou bijvoorbeeld volledig kunnen wegvallen tegen de aan hen toekomende erfenis.⁶⁸ Dat neemt niet weg dat het grensvlak allerm minst helder is, zo blijkt uit de woorden van Lange en Schiemann:

64. PG Boek 6, p. 348-350 en PG Boek 6 (Inv.) p. 1288 e.v.

65. Ronse & De Wilde 1984, p. 521 en Bolt 1989, p. 133 e.v.

66. Rechtsvergelijkend Bolt 1989, hoofdstuk 2 en 3.

67. Ronse & De Wilde 1984, nr. 522.

68. Magnus 2015, p. 3.

‘Die Zäsur kann nicht mit rein logischen Erwägungen gefunden werden, da man jeden positiven Berechnungsfaktor als Vermögensvorteil ansprechen kann. Eine mehr natürliche Betrachtungsweise pflegt jedoch zu differenzieren.’⁶⁹

In het Engelse recht spreekt men wel van de *deductibility of collateral benefits*, hoewel het volgens sommigen beter is te spreken van *compensating advantages*.⁷⁰ In het algemeen kan men zeggen dat de niet-toerekening samenhangt met de *indirectness* van het voordeel – indirecte voordelen worden niet toegerekend – en met de bron ervan: voordelen opgebracht door sommige *third parties* opgebracht worden niet toegerekend.⁷¹ De voordeelstoerekening wordt in het Engelse schadevergoedingsrecht in verband gebracht met de op de benadeelde rustende *duty to mitigate*: als de benadeelde geen aanspraak heeft op vergoeding van schade voor zover hij die in redelijkheid kon beperken, dan heeft hij ook geen aanspraak op vergoeding van schade die in feite al verminderd is door de voordelen die hem door de gebeurtenis zijn toegevalen. Zo merkt Edelman op:

‘The difficulty is in finding a clear yardstick to distinguish what is and what is not collateral. (...) This whole thorny problem is best considered when dealing with mitigation of damage.’⁷²

Dat het om een algemeen aanvaard principe gaat blijkt mede uit artikel 10:103 PETL, waarmee toerekening van voordeel systematisch wordt geschaard onder ‘Damages’ (schadevergoeding) en niet onder ‘Damage’ (schade):

‘When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.’

Uit de toelichting op artikel 10:103 PETL blijkt duidelijk dat het artikel eerst ‘werkt’ vanaf het moment waarop een bepaald vergoedingsbedrag is vastgesteld voor de schade, dat vervolgens kan worden verminderd met de voordelen (‘a sum for benefits or advantages’).⁷³

5.4.2 Voordeelsbegrip en voordeelsmoment

Dogmatisch en systematisch betreft de voordeelstoerekening een weerbarstig leerstuk, wat mede is toe te schrijven aan het gegeven dat weinig duidelijkheid bestaat omtrent het begrip ‘voordeel’. Zo moet men zich afvragen in hoeverre het meewegen van voordelen kan geschieden over de band van het begrip schade. Voor zover voordeel wordt genoten, wordt geen schade geleden, zo luidt dan de redenering. Dat zou

69. Lange & Schiemann 2003, p. 486-487.

70. Ogus 1973, p. 93-94 en Burrows 2004, p. 156.

71. Burrows 2004, p. 157.

72. Edelman 2018, nr. 2-006.

73. EGTL 2005, p. 160.

betekenen dat het in aanmerking nemen van voordeel niet meer dan een aspect is van de schadebegroting; de aanwezigheid van voordeel wordt dan als schadeverweer gevoerd. De andere benadering – die ook in artikel 6:100 BW besloten ligt – houdt in dat schade en voordeel ‘naast elkaar’ moeten worden gezien. Aan de hand van de maatstaf van de redelijkheid wordt uiteindelijk beoordeeld in hoeverre bepaalde voordelen inderdaad in mindering moeten worden gebracht op de te vergoeden schade.

Een minimumvoorwaarde voor voordeelstoerekening is dat het voordeel door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is veroorzaakt, oftewel dat een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en het voordeel. Ten aanzien van de vraag hoe strikt het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ in de zin van artikel 6:100 BW moet worden uitgelegd bestond tot voor kort volop discussie. De Hoge Raad vulde dit namelijk aanvankelijk streng in door niet snel aan te nemen dat een voordeel voortvloeit uit de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.⁷⁴ Dat stuitte op kritiek in de literatuur, die er in de kern op neerkomt dat de begrenzing van het toepassingsbereik van het leerstuk van de voordeelstoerekening te zeer wordt gezocht in het oordeel over de causale relatie tussen de gebeurtenis en het voordeel, en niet in de vraag naar de redelijkheid van het in rekening brengen van voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade.⁷⁵

In zijn arrest *Tennet/ABB* komt de Hoge Raad terug op zijn arresten waarin het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ restrictief werd uitgelegd, waar hij in het arrest *Van der Heijden/Dexia Bank Nederland* overigens reeds leek te neigen naar een minder strikte interpretatie.⁷⁶ Het draait in *Tennet/ABB* om schadevergoeding wegens mededingingsinbreuk. In cassatie gaat het om de vraag welke ruimte het Nederlandse recht biedt voor het zogenoemde doorberekeningsverweer (*passing-on defence*). Dat verweer komt kortweg hierop neer dat inbreukmaker ABB stelt dat benadeelde TenneT geen schade heeft geleden door de mededingingsinbreuk, of daar althans een voordeel door heeft genoten, nu TenneT de schade (de hogere prijzen) weer heeft doorberekend of nog zal doorberekenen aan haar eigen afnemers. Moet dit aspect worden beoordeeld als een onderdeel van de schadevaststelling of als een vraag van voordeelstoerekening? De Hoge Raad overweegt:

‘Die stelling kan in beginsel worden betrokken zowel op het schadebegrip waarin de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden (art. 6:95-6:97 BW), als op de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW). Voor de beoordeling van een doorberekeningsverweer zijn dus twee benaderingen denkbaar. (...) Het maken van een keuze tussen de beide

74. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uiter), HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7281, NJ 2001/105 m.nt. A.R. Bloembergen (Paulissen/Staat) en HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. Jac. Hijma (Vos/TSN).

75. Zie onder meer Bakels 2011, nr. 88, Lindenbergh 2010, p. 909, Rijsterborgh 2012 en Van Dijk 2015, p. 41.

76. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken (Van der Heijden/Dexia Bank Nederland).

benaderingen is in zoverre niet van belang, dat door de benadeelde in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis behaalde voordelen in beide benaderingen in de toe te kennen schadevergoeding moeten worden betrokken voor zover dat redelijk is.⁷⁷

Vervolgens gaat de Hoge Raad meer specifiek in op het leerstuk van de voordeelstoerekening en komt hij uitdrukkelijk terug op zijn eerdere uitspraken:

‘Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade (...). Daarvoor is allereerst vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Voorts dient het met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan ‘eenzelfde gebeurtenis’ bij voordeelstoerekening met toepassing van art. 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.’

Dit betekent volgens de Hoge Raad dat de rechter vrij is te kiezen welke benadering hij ten aanzien van het doorberekeningsverweer volgt:

‘In beide benaderingen gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.’⁷⁸

Mijns inziens verdient het aanbeveling om – voor een beter begrip van de problematiek van de voordeelstoerekening – te beginnen bij een meer abstracte analyse van het begrip voordeel, gelijk de bestudering van het schadevergoedingsrecht in deze studie aanvangt met de analyse van het begrip schade. Schade en voordeel zijn immers aan elkaar spiegelbeeldige begrippen.⁷⁹ Dat betekent dat de eerder besproken structuurelementen die men in het begrip schade herkent evenzeer besloten liggen in het begrip voordeel; slechts ten aanzien van het waarderingselement lijken zij principieel van elkaar te verschillen (want: elkaars tegenpolen). Wil men deze gedachtegang volgen, dan herkent men in het begrip voordeel dus, net als in het begrip schade, een tijdselement: het gaat bij voordeel om een gunstig gevolg dat op een bepaald moment intreedt. Het moment waarop voordeel wordt genoten hangt dan ook gelijkelijk samen met de vraag wat onder ‘rechtens relevant voordeel’ in de zin van artikel 6:100 BW moet wor-

77. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenberg en J.S. Kortmann (Tennet/ABB), r.o. 4.4.1-4.4.2.

78. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenberg en J.S. Kortmann (Tennet/ABB), r.o. 4.4.5.

79. Bloembergen 1965, nr. 218.

den verstaan: voordeelsbegrip en voordeelsmoment zijn met elkaar verweven op een zelfde wijze als schadebegrip en schademoment.

Voor- en nadeel vallen dikwijls niet op hetzelfde moment; van een onmiddellijke 'opheffing van nadeel door voordeel' zal dus veelal geen sprake zijn. In het hiervoor besproken geval van het doorberekeningsverweer bij kartelschades zal doorgaans door de benadeelde eerst een te hoge prijs zijn betaald onder een bepaald kartel, en wordt het door haar als gevolg van dat kartel teveel betaalde pas op een later gelegen moment daadwerkelijk aan haar afnemers doorberekend. De schade bestaande in de prijsopslag – het prijsverschil tussen hetgeen daadwerkelijk is betaald en hetgeen zonder de kartelinbreuk zou zijn betaald – wordt in de tijd gezien dus eerder geleden dan dat het voordeel door de doorberekening wordt genoten. In zoverre gaat het niet om geheel uitwisselbare perspectieven (begrip schade of voordeelstoerekening) en kan bij kartelschades de rentecomponent problematisch liggen. Een en ander blijkt ook uit een schadestaatprocedure na het arrest *Tennet/ABB*, waarin ABB wordt veroordeeld tot vergoeding van schade bestaande in de prijsopslag ('overcharge'), welke schade telkens per gedeelte is geleden op de momenten waarop de prijsopslag is betaald – in casu ging die betaling in zeven termijnen – en ten aanzien van elk deel waarvan de wettelijke rente vanaf die momenten loopt. Het doorberekeningsverweer is in dat geval evenwel niet gehonoreerd.⁸⁰

Het tijdsaspect van voordeelstoerekening komt – kort na *Tennet/ABB* – aan de orde in het arrest *Dexia/De Vries*, waarin het onder meer draait om de vraag *per welk moment* voordeelstoerekening moet plaatsvinden in effectenleasezaken. Het gaat volgens de Hoge Raad in aandelenleasezaken om veel voorkomende vermogensschade die een voortvarende afwikkeling naar uniforme maatstaven (te geven krachtens artikel 6:97 BW) wenselijk maakt; het zou mede daarom gerechtvaardigd zijn dat bij het toerekenen van voordelen in dergelijke zaken wordt geabstraheerd van omstandigheden die de bijzondere situatie van de afnemer betreffen. Wat de Hoge Raad in *Dexia/De Vries* overweegt kan dus niet zonder meer op andere gevallen worden betrokken. Niettemin leert het arrest iets over het tijdsaspect van de voordeelstoerekening in het algemeen.

Niet alleen kan de effectenleaseovereenkomst waarop een schadevergoedingsvordering van een afnemer betrekking heeft voor hem naast nadeel ook voordeel hebben opgeleverd, ook kan voordeel zijn behaald uit andere producten die hij bij de aanbieder in het kader van dezelfde of andere effectenleaseovereenkomsten heeft afgenomen. In beide gevallen komen deze voordelen op de toe te kennen schadevergoeding in mindering voor zover dat redelijk is.⁸¹ Dat betekent dat bij de vaststelling van de te vergoeden schade voordelen uit verschillende bronnen een rol spelen, die op verschillende momenten kunnen zijn genoten. Daarbij speelt ook het aspect van de wettelijke rente: over de verplichting van de aanbieder tot vergoeding van schade bestaande in

80. Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, JOR 2017/188 m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté en T. Thuijs, r.o. 4.9.

81. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken (Van der Heijden/Dexia Bank Nederland).

voldane termijnen loopt de wettelijke rente voor iedere termijn vanaf het moment van de voldoening van die termijn.⁸² Daardoor kan het voor de uitkomst verschil maken per welk moment voordeelstoerekening plaatsvindt. In essentie overweegt de Hoge Raad dat voordeelstoerekening in effectenleasezaken geschiedt door eerst vast te stellen welke voordelen in aanmerking komen voor voordeelstoerekening (op twee of meer te vergoeden schadeposten). Vervolgens moet, ongeacht de tijdstippen waarop de voordelen zijn genoten, de som van die voordelen in mindering worden gebracht op schadeposten met inachtneming van de tijdsvolgorde waarin het nadeel voor de afnemer is ontstaan, oftewel eerst op de achtereenvolgende termijnen – ongeacht of zij zijn voldaan – en als laatste op de eventuele restschuld.⁸³ In effectenleasezaken wordt dus geabstraheerd van het moment waarop het voordeel is genoten (zie ook paragraaf 9.4.3).

Dat dikwijls schade en voordeel gelijktijdig noch in gelijke omvang tegenover elkaar staan, betekent dat de wettelijke rente over een bepaalde schadepost kan gaan lopen voordat het in rekening te brengen voordeel wordt genoten. Het lijkt mij dan redelijk dat de wettelijke rente wegvalt *zodra en voor zover* de schade door genoten voordeel wordt 'gecompenseerd'. De wettelijke rente moet dan dus worden herijkt in die zin dat deze dan over een lager bedrag moet worden berekend, namelijk over het schadebedrag waarmee het voordeel is verrekend. Zulks acht ik – in navolging van Tjong Tjin Tai – in overeenstemming met de ratio van de wettelijke rente: op het moment waarop het voordeel wordt genoten beschikt de benadeelde in zoverre immers over (een deel van) de geldsom ten aanzien waarvan de betaling was vertraagd, althans over een vermogensbestanddeel van zodanige waarde.⁸⁴

In *Dexia/De Vries* overweegt de Hoge Raad:

'Geen voordeelstoerekening vindt in effectenleasezaken plaats op de ten tijde van de schadebegroting reeds verschenen wettelijke rente omdat een aanspraak op wettelijke rente over nadeel dat bij de voordeelstoerekening tegen voordelen wegvalt, moet worden geacht niet te zijn ontstaan, aangezien die de schadeberekening te zeer zou compliceren.'⁸⁵

In effectenleasezaken komt dus de aanspraak op wettelijke rente over nadeel dat bij de voordeelstoerekening tegen voordelen wegvalt te vervallen. Overigens is denkbaar dat als gevolg van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in de tijd bezien eerder voordeel wordt genoten dan dat er schade wordt geleden. In lijn met het voorgaande lijkt het mij dan redelijk dat de wettelijke rente pas gaat lopen zodra en voor

82. HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, NJ 2015/425, NJ 2015/425 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/Oerlemans).

83. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.3.

84. Tjong Tjin Tai 2017a.

85. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.3.

zover er schade wordt geleden die niet door het eerder 'bij voorbaat' genoten voordeel wordt gecompenseerd.

Of genoten voordelen kunnen worden toegerekend, hangt uiteindelijk af van het moment waarnaar de omvang van de schadevergoeding wordt bepaald. In beginsel houdt de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding immers rekening met alle op het tijdstip van de uitspraak bekende feiten en omstandigheden (zie hiervoor paragraaf 4.4.2). Dat betekent dat hij ook de op dat moment reeds genoten en nog te verwachten voordelen meeweegt in zijn toerekeningsoordeel.⁸⁶ Gelijk Magnus ten aanzien van het Duitse recht:

'Where the decisive point of time for the assessment of damages is the time when the damage occurred it is evident that later positive events cannot be part of the calculation of the amount of damages. Vice versa, whereas in German law generally the time of the last hearing in court is decisive positive events up to that date can count for the assessment of damages.'⁸⁷

5.5 EIGEN SCHULD EN SCHADEBEPERKINGSPLICHT

Artikel 6:101 BW bepaalt dat wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een andere verdeling vindt plaats – de vergoedingsplicht vervalt of blijft geheel in stand – indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Men spreekt in dit verband kortweg van 'eigen schuld'.

Een van de soorten eigen schuld betreft het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht: de benadeelde verzuimt, nadat het feit waarvoor de aangesprokene aansprakelijk kan worden gehouden heeft plaatsgevonden, het nodige te doen ter voorkoming of beperking van de schade.⁸⁸ Bij schending van de schadebeperkingsplicht is de schade mede een gevolg van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend; dit wordt gelijkgesteld met de 'gewone' eigen schuld, waarbij het feit waarvoor de aangesprokene aansprakelijk wordt gesteld mede aan de benadeelde is te wijten.⁸⁹ Tussen het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht en andere vormen van eigen schuld bestaat vooral een verschil in volgorde in de tijd. Een en ander wordt aldus verwoord door Bloembergen:

86. Deurvorst 1994, p. 45.

87. Magnus 2015, p. 5.

88. TM, PG Boek 6, p. 350.

89. Keirse 2003, p. 42.

‘Tussen beide figuren bestaat geen verschil in wezen, maar slechts een verschil in tijdsorde: de eigen schuld grijpt in tussen de onrechtmatige daad – of meer algemeen: de gebeurtenis, waarop de aansprakelijkheid berust – en het eerste schadelijke gevolg; de schadebeperkingsplicht grijpt in nadat het eerste schadelijke gevolg ontstaan is. Anders gezegd: de eigen schuld raakt aan het bestaan van de aansprakelijkheid, de schadebeperkingsplicht aan de omvang daarvan.’⁹⁰

Boonekamp legt het zo uit, dat bij het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht eenmaal *ingetreden* schade wordt vergroot door ‘posterieure gedragingen’ van de benadeelde – meestal een nalaten – althans dat het bij ‘gewone’ eigen schuld gaat om het bestaan (intreden) van de schade en bij de schadebeperkingsplicht om de omvang daarvan.⁹¹ Ik zou evenwel willen vooropstellen dat een eenmaal *ingetreden* schade in principe niet voor beperking vatbaar is. De schade wordt immers begroot naar het moment waarop zij wordt geleden, en dat is in beginsel het moment waarop de aanspraak op vergoeding daarvan ontstaat. Men kan een eenmaal ingetreden schade strikt genomen dus niet beperken, hooguit kan men met het oog op nog niet ingetreden schade – de nog te verwachten (gevolg)schade – schadebeperkend handelen. Ook in dit verband is het dus zinnig de inhoud van het juridische begrip schade scherp voor ogen te houden. Gaat het bijvoorbeeld om schade in de vorm van de waardevermindering van een beschadigde zaak, dan gaat het om een onmiddellijk intredend nadeel ten aanzien van het intreden en de omvang waarvan de benadeelde geen mogelijkheid heeft tot schadebeperkend handelen. Ten aanzien van schade wegens het al dan niet tijdelijk moeten missen van de zaak, bijvoorbeeld gederfde winst vanwege het wegvallen van de zaak als productiemiddel, dan kan de benadeelde wel schadebeperkend handelen, omdat winstderving wegens het wegvallen van een productiemiddel veelal niet onmiddellijk intreedt, maar soms nog (deels) door de benadeelde kan worden voorkomen, bijvoorbeeld door zich te voorzien van een vervangend productiemiddel.

5.6 SLOT

In dit hoofdstuk zijn behandeld de leer van het voldoende (causaal) verband, eenvoudige causaliteit, voordeelstoerekening en eigen schuld. Deze vier leerstukken zijn in dit hoofdstuk aan de orde omdat zij bij uitstek relateren aan de tijdsfactor in het schadevergoedingsrecht, en werden dan ook meer specifiek met het oog op hun relatie met de tijdsfactor bestudeerd. Ten aanzien van het leerstuk van voldoende (causaal) verband zijn twee factoren in beeld gekomen: verwijderdheid van de schade en voorzienbaarheid van de schade. De verwijderdheid van het gevolg lijkt niet direct te refereren aan tijdsverloop, in die zin dat naarmate tussen de oorzaak en het gevolg een langere tijdsspanne verstrijkt, de schade minder snel aan de aansprakelijke zou kunnen worden toegerekend. De verwijderdheid ziet vooral op de ‘oorzakelijke afstand’

90. Bloembergen 1965, nr. 271.

91. Boonekamp 2018.

tussen de oorzaak en de schade. Dat een bepaald gevolg in de tijd bezien ver van de oorzaak verwijderd is, betekent dus niet dat de schade daarom minder snel aan de aansprakelijke moet worden toegerekend. De voorzienbaarheid van de schade relateert aan tijd waar een zeker 'peilmoment' kan worden verondersteld: waar het gaat om de vraag of een gevolg in de lijn der verwachtingen ligt is immers relevant van welk moment men voor die verwachtingen uitgaat. In het kader van artikel 6:98 BW gaat het in beginsel om de voorzienbaarheid van de schade op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

De problematiek van de meervoudige causaliteit hangt bij uitstek samen met het tijds-aspect van schade: het gaat immers – kort gezegd – om situaties waarin meerdere (mogelijke) veroorzakers in het spel zijn en waarin de vraag speelt of de schade aan meer dan één veroorzaker kan worden toegerekend. Op het punt van de meervoudige causaliteit blijken de omlijning van de inhoud van het juridische begrip schade en de daarmee samenhangende noties 'momentschade' en 'duurschade' cruciaal. Latere gebeurtenissen zijn in beginsel niet van invloed op het bestaan en de omvang van *reeds ingetreden* momentschade. Bij duurschade kan dat anders liggen. Bij duurschade geldt namelijk dat indien zich na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is jegens de benadeelde, een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade(s) zou hebben veroorzaakt als die niet reeds was/waren veroorzaakt, dat in beginsel niet afdoet aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van degene die aansprakelijk is voor de eerste gebeurtenis, tenzij de latere gebeurtenis in de risicosfeer van de benadeelde ligt.

Ten aanzien van de voordeelstoerekening is in het bijzonder van betekenis dat voordelen steeds op een bepaald moment worden genoten. Schade en voordeel zijn spiegelbeeldige begrippen. Het verdient dan ook aanbeveling om – voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk de voordeelstoerekening – te beginnen bij een meer abstracte analyse van het begrip voordeel, gelijk aan de analyse van het begrip schade in deze studie. Dan herkent men in het begrip voordeel, net als in het begrip schade, het tijdselement: het gaat bij voordeel steeds om een gunstig gevolg dat op een bepaald moment wordt genoten. Dat is voor de toepassing van het leerstuk – en de verhouding tussen voordeelstoerekening en schadevaststelling – van belang.

In het kader van de eigen schuld valt op te merken dat tussen het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht en andere vormen van eigen schuld vooral een verschil bestaat in volgorde in de tijd, en dat ook hier een scherp zicht op de inhoud van het begrip schade en het moment waarop schade intreedt nuttig is. Eenmaal *ingetreden* schade is immers in principe niet voor beperking vatbaar; hooguit kan men met het oog op nog niet ingetreden schade – de nog te verwachten (gevolg)schade – schadebeperkend handelen.

AFRONDING DEEL A

Tot zover het algemene deel (Deel A), waarin het tijdselement in het schadevergoedingsrecht op beginsel- en begripsmatig niveau is geanalyseerd, aan de hand van een onderverdeling in de kwalificatiefase (het begrip schade, hoofdstuk 3), de kwantificatiefase (begroting van schade, hoofdstuk 4) en de toerekeningsfase (toerekening van schade, hoofdstuk 5).

Hierna vervolgt het onderzoek met een reeks deelstudies (Deel B), waarin het tijdsaspect van schade wordt geanalyseerd zoals zich dat voordoet op vijf belangrijke deelterreinen van schadevergoedingsrecht, te weten zaakschade (hoofdstuk 6), personenschade (hoofdstuk 7), winstderving (hoofdstuk 8), beleggingsschade (hoofdstuk 9) en schade in de sfeer van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad (hoofdstuk 10).

Deel A en Deel B monden uit in een slotbeschouwing (Deel C, hoofdstuk 11) waarin de voornaamste bevindingen uit de beide delen worden samengebracht en een aantal meer algemene conclusies wordt getrokken.

DEEL B

DEELSTUDIES

6.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Zaakschade vormt tot op zekere hoogte een eigen categorie binnen het schadevergoedingsrecht, die wel wordt gezien als ‘traditioneel belangrijk’.¹ Naar algemeen spraakgebruik wordt zaakschade wel omschreven als schade toegebracht aan iemands bezittingen.² Juristen plegen onder zaakschade te verstaan het nadeel dat uit de beschadiging of het verlies van een zaak voortvloeit.³ Men kan uitgaan van een ruime strekking van het begrip: zaakschade omvat dan allerlei soorten nadelen die uit de beschadiging of het verlies van een zaak kunnen voortvloeien. Zo kan zaakschade leiden tot zowel vermogensschade (waardevermindering, herstelkosten, gederfde winst etc., maar ook kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en kosten van rechtsbijstand) als ander nadeel (verdriet of frustratie wegens beschadiging of verlies van een zaak waaraan men gehecht is etc.).⁴ De nadelige gevolgen van zaakschade kunnen bovendien niet alleen de eigenaar maar ook andere personen treffen. Men spreekt in dit verband ook wel van ‘tweedegraadsschade’.⁵ Denkbaar is immers dat in geval van zaakschade (ook) andere belanghebbenden, zoals huurders, vruchtgebruikers, erfpachters en pand- of hypotheekhouders, aanspraak hebben op vergoeding van het nadeel dat zij als gevolg van zaakschade lijden. Gaat men echter uit van zaakschade in enge zin, dan doelt men doorgaans op het *directe* gevolg van zaakschade, namelijk het feit dat een zaak als vermogensbestanddeel minder waard is geworden (bij beschadiging), dan wel als bestanddeel uit het vermogen is verdwenen (bij verlies).⁶ In de regel wordt deze schade geleden door de eigenaar van de zaak.⁷

In dit hoofdstuk draait het om de schadevaststelling bij zaakschade, in het bijzonder bezien vanuit het tijdsperspectief. In het navolgende zal worden beschreven welke uitgangspunten voor de schadevaststelling gelden, waarbij de nadruk ligt op de vraag in hoeverre feiten en omstandigheden die optreden na de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis relevant zijn voor de vaststelling van deze schade. Dat is met name bij zaakschade een belangrijke vraag, omdat deze als prototypisch wordt beschouwd voor de ‘abstracte’ wijze van schadevaststelling, maar hieromtrent geen volledige helderheid lijkt te bestaan. Het tijdsaspect zoals zich dat op dit terrein doet gevoelen

1. Tjong Tjin Tai 2017, p. 40.
2. Aldus Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal (2015).
3. Lindenberg 2014, nr. 45.
4. Over ‘affectieve waarde’ Lindenberg 1998, p. 91.
5. Salomons 1993, nr. 22 en Köster 1963, p. 17.
6. Salomons 1993, nr. 18.
7. De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 201 e.v.

wordt geanalyseerd; ten aanzien van 'openliggende' kwesties die rijzen zal stelling worden ingenomen.

Het hoofdstuk is als volgt ingedeeld. Eerst komt de situatie aan de orde waarin sprake is van de beschadiging van een zaak, in welk verband aandacht uitgaat naar schade in de vorm van een waardevermindering – als typische momentschade – en de relatie met eventuele door de benadeelde te maken herstelkosten (paragraaf 6.2). Vervolgens wordt ingegaan op zaaksverlies (paragraaf 6.3). Daarna worden twee meer bijzondere situaties besproken: de situatie waarin sprake is van een waardevermindering zonder dat een zaak beschadigd is (paragraaf 6.4) en de omgekeerde situatie waarin een zaak beschadigd raakt maar een waardevermindering afwezig of kwestieus is (paragraaf 6.5). De analyse blijft grotendeels beperkt tot zaakschade in enge zin: de aandacht gaat voornamelijk uit naar het *directe* gevolg van zaakschade, namelijk het feit dat een zaak als vermogensbestanddeel minder waard wordt dan wel als bestanddeel uit het vermogen van de eigenaar verdwijnt. Een en ander wordt in verband gebracht met kosten van herstel en met de problematiek van de wettelijke rente.

6.2 ZAAKSBSCHADIGING

6.2.1 *De waardevermindering als schade*

Zaakschade valt ruim te omschrijven als schade die voortvloeit uit de beschadiging of het verlies van een zaak. Onder *zaaksbeschadiging* moet meer specifiek worden verstaan een aantasting in de substantie van de zaak, oftewel in de stoffelijke structuur waaruit een zaak bestaat.⁸ Typische voorbeelden vormen de kapotte auto of het beschadigde schip na een aanrijding respectievelijk aanvaring. Als het gaat om onroerende zaken kan men denken aan beschadiging van een gebouw (afbranding, instorting, scheurvorming etc.) of aan bodemverontreiniging.

In geval van zaaksbeschadiging geldt als hoofdregel dat de eigenaar van de beschadigde zaak vanaf het moment van de beschadiging en dus *reeds voor en onafhankelijk van het herstel* een nadeel in zijn vermogen lijdt, gelijk aan de waardevermindering die het vermogensbestanddeel door de beschadiging ondergaat.⁹ De regel erkent dat een gebeurtenis niet alleen tot vermogensschade kan leiden wanneer kosten worden gemaakt of winst wordt gederfd, maar dat ook sprake is van vermogensschade wanneer een tot het vermogen behorende zaak als zodanig in vermogenswaarde daalt. Er is in dat geval vermogensschade ongeacht of door de benadeelde concreet geld wordt uitgegeven of misgelopen. Een en ander valt te verklaren door de erkenning dat het vermogen als zodanig een abstracte grootheid is, en dat het bij het begrip vermogen om meer gaat dan een optelsom van in- en uitgaande geldsommen. Zwitser stelt dat

8. Salomons 1993, nr. 19.

9. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444 m.nt. L.E.H. Rutten (Telefoonkabel).

dergelijke ‘uitdrukkingen in concreet geld’ niet zozeer het vermogen zelf vormen, maar slechts de *symptomen* zijn van het vermogen:

‘Indien men het vermogen in zijn reële economisch maatschappelijke betekenis neemt moet het toch duidelijk zijn dat de gelaedeerde voor de beschadiging een groter vermogen had dan daarna. De toevalligheid dat en wanneer de vermogensvermindering zijn uitdrukking vindt in concreet geld kan daarbij geen rol spelen.’¹⁰

Men zou ook kunnen zeggen dat tot het vermogen een bepaalde aanspraak van de benadeelde (het eigendomsrecht met betrekking tot een zaak) van een zekere waarde moet worden gerekend, die in waarde is verminderd: economisch en boekhoudkundig gezien leidt een beschadiging onmiddellijk tot een daling in die waarde.¹¹

Is herstel mogelijk en verantwoord, dan zal de waardevermindering in het algemeen zijn te stellen op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten. Klassiek is het in 1961 door de Hoge Raad gewezen *Telefoonkabel*-arrest. Door personeel in dienst van Knebel is onrechtmatig schade toegebracht aan telefoonkabels die in eigendom toebehoorden aan de Staat. In deze zaak speelt mee dat de Staat (reserve)personeel in dienst heeft om die beschadiging te kunnen herstellen, en daardoor mogelijk minder kosten zou maken dan in het algemeen met het herstel zouden zijn gemoeid. De Hoge Raad overweegt dat de Staat:

‘(...) door de beschadiging van zijn kabels reeds vóór en onafhankelijk van het herstel van die kabels in zijn vermogen een nadeel leed, gelijk aan de waardevermindering welke de desbetreffende vermogensbestanddelen door die beschadiging ondergingen, en de vergoeding verschuldigd voor een door een onrechtmatige daad veroorzaakte zaaksbeschadiging steeds tenminste zal belopen het geldsbedrag, waarin de daaruit voortvloeiende waardevermindering kan worden uitgedrukt.’

De Hoge Raad vervolgt met de algemene regel:

‘dat het geldsbedrag, waarin de waardevermindering van een beschadigde zaak waarvan herstel mogelijk en verantwoord is kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid.’¹²

De Hoge Raad stelt dus niet als eis dat daadwerkelijk herstel zal plaatsvinden: ook als herstel, hoewel mogelijk en verantwoord, ten tijde van de uitspraak (nog) niet heeft plaats gevonden, zullen in het algemeen de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten als uitgangspunt *kunnen* dienen voor de schadebegroting. Het is immers de waardevermindering die moet worden vergoed, en dat nadeel heeft zich reeds in het vermogen genesteld voordat eventueel herstel plaatsvindt. Die schade wordt

10. Zwitter 1980, p. 328.

11. Tjong Tjin Tai 2017, p. 47.

12. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444 m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

geleden op het moment van de beschadiging en moet dus ook naar dat moment worden gewaardeerd.¹³

Vanaf het moment waarop de zaak beschadigd raakt heeft de eigenaar een opeisbare vordering op de aansprakelijke partij, ook al is nog niet bekend wat herstel naar objectieve maatstaven kost. Regelmatig zal het beloop van de herstelkosten pas nauwkeurig bekend zijn *nadat* herstel daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Dat dit niets verandert aan het genoemde uitgangspunt volgt uit het arrest *Staat/Van Driel*, waarin het draait om een beschadigd spoorwegviaduct. In cassatie spitst een en ander zich toe op de vraag wanneer de moratoire interessen van artikel 1286 BW (oud) beginnen te lopen. Aan de overwegingen uit het *Telefoonkabel*-arrest voegt de Hoge Raad toe dat in het algemeen de eigenaar 'sedert het moment der beschadiging' ten minste tot het bedrag van de waardevermindering een opeisbare vordering heeft op de dader. Ten aanzien van de vraag wanneer de moratoire interessen van artikel 1286 BW (oud) beginnen te lopen overweegt de Hoge Raad:

'dat de eigenaar er in de regel eerst toe [zal] overgaan de door hem ter zake van waardevermindering der beschadigde zaak geleden schade in rechte te vorderen, wanneer het beloop van de herstelkosten nauwkeurig bekend is. Ook als die bekendheid daaruit voortvloeit dat de zaak inmiddels hersteld is, moet het ervoor worden gehouden dat de vordering van de eigenaar ertoe strekt de dader te doen veroordelen hem datgene te voldoen tot betaling waarvan hij hem reeds had aangemaand, te weten de op het bedrag van de herstelkosten te stellen vergoeding van de door hem op het ogenblik der beschadiging in zijn vermogen geleden schade wegens waardevermindering der zaak [cursivering MRH].'¹⁴

Begroot men de waardevermindering op de objectieve herstelkosten, dan zal de benadeelde met de daarop gebaseerde vergoeding in de regel in staat zijn om tot reparatie over te gaan, maar staat het hem – uiteraard – vrij om dit niet te doen. Ook wanneer de benadeelde geen herstelkosten heeft gemaakt of geen herstelkosten zal gaan maken, is de herstelkostenbenadering hier de aangewezen methode van schadebegroting: de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herstel bieden immers vooral een aanknopingspunt om de ingetreden waardevermindering in cijfers te vangen. Het gaat dus niet om een vergoeding bij voorbaat (ex artikel 6:105 BW) van de op het moment van de beschadiging nog toekomstige vermogensschade, bestaande in herstelkosten die de benadeelde naar alle waarschijnlijkheid zelf zal gaan maken. Wordt de zaak niet door de eigenaar hersteld maar in beschadigde toestand verkocht, dan ligt het voor de hand dat een redelijk handelende koper die herstelkosten in de prijs zal verdisconteren (om eventueel zelf tot herstel over te gaan) en realiseert de waardevermindering zich dus in het algemeen in een lagere verkoopprijs voor de eigenaar (zie over de vraag of dat toereikend is ook paragraaf 6.2.5.3). Het maakt dus voor de

13. Brunner 1997, p. 68.

14. HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, NJ 1985/625 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Staat/Van Driel), r.o. 3.3.

vraag of sprake is van een (onmiddellijk) intredende waardevermindering niet uit of er (later) tot herstel wordt overgegaan en zo ja, door wie en tegen welke kosten.¹⁵

In lijn met deze gedachte ligt het arrest *Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease*, waarin het draaide om de vraag of van belang is dat leasemaatschappij Athlon, aan wie een beschadigde auto toebehoort, door haar marktpositie en bedrijfsvoering een korting heeft kunnen bedingen en in zoverre (structureel) in staat is om tot herstel over te gaan voor minder dan de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten. Volgens aansprakelijkheidsverzekeraar Reaal zou Athlon door de schadevergoeding in een betere positie terechtkomen, als dat element niet wordt meegewogen. De Hoge Raad overweegt dat de aard van de zaaksbeschadiging rechtvaardigt dat de rechter bij het begroten daarvan in beginsel ‘abstraheert’ van omstandigheden die de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffen, en dat met het oog op de *hanteerbaarheid* van de schadeberekening bij zaaksbeschadiging terughoudendheid dient te worden betracht met het aanvaarden van uitzonderingen op het uitgangspunt dat de eigenaar van de beschadigde zaak door die beschadiging een nadeel in zijn vermogen lijdt dat gelijk is aan de waardevermindering die de zaak heeft ondergaan, welke in het algemeen kan worden uitgedrukt in de naar objectieve maatstaven berekende kosten die met het herstel zijn gemoeid.¹⁶ De Hoge Raad overweegt:

‘Het onderhavige geval betreft schade aan een auto. Dergelijke schade komt veelvuldig voor en vergt daarom bij uitstek een snelle afwikkeling naar uniforme maatstaven. Een zodanige afwikkeling wordt bevorderd door het hanteren van een forfaitair systeem waarover in de desbetreffende branche overeenstemming bestaat (...). Aldus kan snel na het ontstaan van de schade, en ongeacht of de schade daadwerkelijk wordt hersteld, inzicht in de herstelkosten worden verkregen, waarmee in beginsel ook de naar objectieve maatstaven berekende waardevermindering van de beschadigde auto komt vast te staan.’¹⁷

De Hoge Raad spreekt hier dus niet van een op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten te stellen waardevermindering maar van de naar objectieve maatstaven berekende *waardevermindering*. Veel maakt dit mijns inziens niet uit. Voor een meer genuanceerde en gedetailleerde schadebegroting voelt de Hoge Raad duidelijk niet, omdat de schade daarmee onzeker wordt in verband met gebeurtenissen van later datum:

‘Het volgen van het standpunt van Reaal zou bij zaaksbeschadiging van auto’s een onzeker element in de schadeberekening brengen. Indien korting is verkregen, of daartoe wellicht de mogelijkheid bestaat, zou dan immers – achteraf – in voorkomende gevallen ter discussie kunnen komen te staan of sprake is van de door Reaal bedoelde bijzondere situatie die verband houdt met marktpositie en bedrijfsvoering. Het toelaten van een dergelijke

15. Heblly 2018, par. 5.

16. HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease), r.o. 3.6.1.

17. HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease), r.o. 3.6.2

discussie bij individuele schadegevallen zou te zeer afbreuk doen aan de snelle, eenvoudige en uniforme afwikkeling die juist bij dit soort zaakschades wenselijk is en in de praktijk wordt gebezigd. Bovendien zou het volgen van dit standpunt tot problemen van afgrenzing met andere soortgelijke gevallen leiden, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de hanterbaarheid van de schadeberekening bij zaaksbeschadiging.¹⁸

Uit het voorgaande – de waardevermindering wordt geleden op het tijdstip van de beschadiging – vloeit logischerwijs voort dat de naar objectieve maatstaven berekende herstelherstelkosten, die in het algemeen maatgevend zijn voor de geleden waardevermindering, ook *ex ante* naar het moment van de beschadiging moeten worden bepaald. Latere wijzigingen in herstellarieven spelen dus geen rol. Bloembergen is op dit punt stellig:

‘Wat de tijd betreft is het niet twijfelachtig, dat het tijdstip van de beschadiging beslissend is. Naar dat tijdstip zullen derhalve de waardevermindering en de herstelkosten berekend moeten worden. Het is duidelijk, dat de benadeelde zelfs bij de grootste voortvarendheid niet op het tijdstip van de beschadiging zelf kan repareren; soms zal de schadebeperkingsplicht zelfs meebrengen, dat hij enige tijd met de reparatie moet wachten. Niettemin blijft voor de abstracte schadeberekening het tijdstip van de beschadiging beslissend.’¹⁹

Kritisch hierover is Deurvorst, waar zij wijst op het risico van overcompensatie:

‘Met enig wringen zijn deze regels met de wet te verenigen, wanneer men ervan uitgaat dat op het moment van beschadiging de objectieve herstelkosten als toekomstige schade zijn te beschouwen. Door de verplaatsing van de peildatum voor het bestaan van de vermogensschade naar het moment van de feitelijke beschadiging van de zaak – in plaats van naar de invloed op de vermogenstoestand – is de vraag of de toekomstige herstelkosten daadwerkelijk zijn besteed, niet meer relevant. Deze constructie neemt echter niet weg dat bij het stellen van onvoldoende eisen aan de zekerheid van het intreden van de toekomstige schade (...) het gevaar bestaat dat het uitgangspunt dat schadevergoeding dient ter compensatie van geleden of toekomstige schade (...) in het gedrang komt.’²⁰

Doordat als peildatum voor het bestaan en de omvang van de schade wordt gehanteerd het moment van de feitelijke beschadiging, zijn latere ontwikkelingen inderdaad niet meer relevant. De vraag is evenwel of het hier wel om *toekomstige* schade gaat. Daarvoor zou dan pleiten dat de schadevergoeding als een soort vergoeding bij voorbaat kan worden gezien van de nog te maken herstelkosten. Zo bepleit Barendrecht dat het doel van schadevergoeding is (of althans zou moeten zijn) om de benadeelde een redelijke mogelijkheid te bieden tot herstel, en zou aan de hand daarvan de benadering van de Hoge Raad te verklaren zijn.²¹ De redenering van de Hoge Raad

18. HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease), r.o. 3.7.

19. Bloembergen 1965, nr. 45.

20. Deurvorst 1996, p. 39-40.

21. Barendrecht 1985, p. 789-796 en Barendrecht 1996, p. 41-42.

is evenwel dat de benadeelde op het moment van de feitelijke beschadiging voor en *onafhankelijk van herstel* in zijn vermogen een nadeel lijdt dat in omvang gelijk is aan de waardevermindering die het vermogensbestanddeel heeft ondergaan.

De waardevermindering die intreedt op het moment van de beschadiging is beslis-send: gebeurtenissen van later datum kunnen de waarde die de zaak op dat moment heeft – en met de beschadiging dus onmiddellijk (deels) verliest – niet beïnvloeden. In zoverre vormt de waardevermindering bij zaaksbeschadiging een typische moment-schade (zie over momentschade paragraaf 3.3.6.2). Een en ander betekent dat latere oorzaken, die bij duurschades wel een rol kunnen spelen, bij zaaksbeschadiging buiten beschouwing moeten blijven (zie over meervoudige causaliteit paragraaf 5.3). Latere gebeurtenissen kunnen wel hun schaduw vooruit werpen in die zin dat zij op het tijdstip van de beschadiging van de zaak reeds de waarde daarvan beïnvloeden. Zo zullen op het moment van de beschadiging reeds aanwezige kansen en dreigingen doorgaans van betekenis zijn voor de waarde van de zaak. Bloembergen wijst erop dat het in grensgevallen steeds zal aankomen op de vraag of de waarde van de zaak op het tijdstip waarop de zaak is aangetast al dan niet verminderd was door de dreiging: als een verwond dier een kwaal had die op het moment van verwonding nog aan niemand bekend was, zal men volgens hem toch kunnen zeggen dat de waarde van het dier objectief gezien door de kwaal reeds verminderd was. Hij acht het daarentegen van geen betekenis dat vijandelijke vliegtuigen op het tijdstip van de vernieling van een huis reeds waren opgestegen om de wijk waarin het huis ligt te bombarderen: die omstandigheid beïnvloedt niet de waarde van het huis op het tijdstip van de vernietiging.²² Doorslaggevend zal dus zijn datgene wat op het moment onmiddellijk voorafgaand aan het moment van beschadiging voor de waardering van de zaak relevant is. De Hoge Raad onderstreept in het arrest *Bijsterveld/De Ruyter*, waarin het ging om schade wegens vernieling van (voor verkoop bestemd) leerafval waarnaar – naar het hof had vastgesteld – ten tijde van het schadegebeuren op de markt geen vraag bestond, dat de economische waarde van goederen op een zeker tijdstip niet alleen wordt bepaald door de vraag op dat tijdstip maar ook door de *toekomstige* vraag naar die goederen.²³

6.2.2 Verminderde waarde ondanks herstel

Wordt de waardevermindering gesteld op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten, dan veronderstelt dit dat (volledige) reparatie *mogelijk* is. Dat bij zaaksbeschadiging in veel gevallen inderdaad feitelijk herstel kan plaatsvinden, neemt niet weg dat het hebben moeten ondergaan van een (op zichzelf succesvolle) reparatie van invloed kan zijn op de verkoopwaarde van de zaak. Anders gezegd: de te vergoeden waardevermindering komt in de herstelkosten niet volledig tot uitdrukking wanneer ondanks volledig herstel de verkoopwaarde van de zaak niettemin lager is dan onmiddellijk voorafgaand aan de beschadiging. De objectieve herstelkosten indiceren dan slechts een component van de waardevermindering. In dat geval heeft de benadeelde

22. Bloembergen 1965, nr. 159.

23. HR 2 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4704, NJ 1984/368 (*Bijsterveld/De Ruyter*).

ook aanspraak op vergoeding van de 'resterende' waardevermindering. Dat geldt ook wanneer het gaat om een tijdelijke vermindering van waarde die samenhangt met het loutere *risico* dat een herstelde zaak alsnog gebreken zal vertonen. Het gaat hier om de zogenoemde 'kwade reuk', die maakt dat een zaak ondanks volledig herstel voor een potentiële koper minder aantrekkelijk zal zijn dan een reparatievrije zaak.

Hierover gaat het in de zaak *Schreuder/Van Driesten*. In cassatie draait het om de vraag of de eigenaar van een beschadigde auto aanspraak heeft op vergoeding van de resterende waardevermindering ondanks herstel. Volgens Van Driesten zou zijn auto ook na herstel nog een verminderde verkoopwaarde vertegenwoordigen, omdat bij toekomstige verkoop of inruil een potentiële gegadigde daarvoor een lager bedrag bieden dan wanneer de auto aanrijdingsvrij zou zijn geweest, dit in verband met de *kans van verminderde deugdelijkheid* van de auto die ondanks het herstel wordt verondersteld aanwezig te zijn. De Hoge Raad overweegt:

'dat die waardevermindering hieraan was toe te schrijven, dat de aan den auto toe te kennen waarde in het gegeven geval mede bepaald werd door de waardering van het risico, dat de auto, ondanks het herstel, ten gevolge van de aanrijding een gebrek zou hebben; dat bij zodanige waardering uiteraard de mogelijkheid bestaat dat de kans op een gebrek zich niet zal verwezenlijken, terwijl, naar gelang er na de aanrijding tijd verstrijkt, de auto, ook afgezien van het risico van een gebrek tengevolge van de aanrijding, in waarde vermindert, en bovendien de kans dat zich alsnog zulk een gebrek zal openbaren afneemt; dat dientengevolge naar gelang de bepaling van de waarde van den auto naar een later tijdstip geschiedt, het bedrag van de waardevermindering die het gevolg is van de aanrijding, zal zijn afgenomen.'

Dit heeft evenwel geen gevolgen voor de schadevaststelling, omdat:

'dit een en ander echter niet wegneemt, dat het vermogen van den eigenaar door de aanrijding *terstond een vermindering ondergaat* gelijk aan de vermindering van de waarde van den auto, die het gevolg is van de omstandigheid, dat bij de waardebepaling in aanmerking moet worden genomen het *op dat ogenblik te waarderen* [cursivering MRH] (...) risico van het blijken van een gebrek.'

De conclusie moet dus luiden:

'dat de eigenaar recht heeft op vergoeding van deze vermogensvermindering al gaat hij tot verkoop of inruil in het geheel niet of eerst op een later tijdstip over, en ook al verwezenlijkt het risico, hetwelk hij door den auto te blijven gebruiken op zich heeft genomen, zich niet.'²⁴

Een en ander doet zich bij uitstek gevoelen wanneer ten tijde van de uitspraak is komen vast te staan dat de eigenaar de zaak is blijven gebruiken en het einde van de verwachte levensduur inmiddels is bereikt. Het is onjuist om dan te stellen dat de

24. HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, NJ 1964/449 m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Van Driesten*).

eigenaar geen schade heeft geleden: de (risico)taxatie naar het moment van beschadiging is immers (waarde)bepalend, niet de situatie zoals die ten tijde van het vaststellen van de schade inmiddels bekend is.

Het arrest heeft de pennen in beweging gebracht, vermoedelijk vooral omdat de uitkomst wel als contra-intuïtief wordt ervaren. In de ogen van Scholten heeft het arrest *Schreuder/Van Driesten* verstrekkende gevolgen. Volgens hem is het in het algemeen 'het zuiverst' om de omvang van de schade naar een zo laat mogelijk moment te beoordelen, en geldt dat ook bij zaakschade: kent de rechter lang achteraf vergoeding toe voor 'intussen verdampde schade', dan is het resultaat voor de getroffene volgens Scholten 'puur voordeel'. Scholten stelt evenwel dat voor het prevaleren van *Normgerechtigheid* boven *Einzelfallgerechtigheid* op dit punt een goede reden kan worden gevonden in het feit dat een zo laat mogelijk beoordelingsmoment een verkeerde prikkel kan geven voor de aansprakelijke. Een zo laat mogelijk beoordelingsmoment kan immers aanleiding geven om erkenning van de schadeomvang uit te stellen, het op procederen aan te laten komen en te traineren: de kans dat dit voor de aansprakelijke succes zou hebben is veel groter dan de omgekeerde kans dat een voorlopig verborgen gebrek zou blijken. Daarin schuilt volgens Scholten de rechtvaardiging: het maatschappelijk belang bij een gefixeerd beoordelingsmoment moet hier prevaleren boven de concrete verhouding der beide procespartijen.²⁵

Rutten is kritisch over het arrest *Schreuder/Van Driesten*, niet alleen omdat er afbreuk zou worden gedaan aan het beginsel van 'concrete schadeberekening' – de benadeelde zou meer vergoed krijgen dan de daadwerkelijke schade wanneer hij de resterende waardevermindering vergoed krijgt terwijl hij de auto niet zal verkopen of inruilen – maar ook omdat het in strijd zou zijn met de door hem vooropgestelde 'grondregel' dat schade door de rechter moet worden vastgesteld op grond van de feiten die hem bekend zijn op het tijdstip van de einduitspraak:

'Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, dat de rechter bij zijn beslissing rekening moet houden met een verandering van omstandigheden gedurende de loop van het geding, met gebeurtenissen die zich sedert de onrechtmatige daad of sedert de dagvaarding hebben voorgedaan, voorzover de partijen daarop een beroep hebben gedaan, tenzij dit beroep ingevolge artikel 134 Rv uitgesloten zou zijn. (...) Als na de dagvaarding een nieuwe schade is ontstaan, of zekerheid is ontstaan over feiten waarover aanvankelijk slechts een verwachting bestond, moet de rechter van deze nieuwe feiten uitgaan.'²⁶

Bloembergen acht de beslissing in *Schreuder/Van Driesten* niet onbevredigend: hij aanvaardt dat de 'abstracte schadeberekening' nu eenmaal kan meebrengen dat er verschillen bestaan tussen de (abstract berekende) schade en het 'werkelijk geleden nadeel', en dat deze berekeningswijze nu eenmaal met zich kan brengen dat niet alle feiten, die bekend zijn op het tijdstip van de einduitspraak, bij het schadeoordeel moeten worden meegewogen. Bovendien is een schadevergoeding hier volgens hem niet

25. Scholten 1964.

26. Rutten 1964, p. 79-80.

onredelijk, nu de eigenaar op het tijdstip van de beschadiging weliswaar onmiddellijk een vordering tot schadevergoeding ter grootte van de waardevermindering in zijn vermogen krijgt, maar dat daar tegenover staat dat alle aan de zaak verbonden risico's – waaronder het risico dat deze gebreken zal gaan vertonen – voor zijn rekening komen.²⁷

Wat mij betreft biedt in de eerste plaats het begrip economische waarde de sleutel tot de oplossing van het probleem dat zich hier zou voordoen. Economische waarde ziet – kort gezegd – op de betekenis van een goed voor een belanghebbende op een bepaald tijdstip, en kan alleen worden vastgesteld met het oog op de toekomst.²⁸ Waarde is, zo stelt Deurvorst, de 'kapitalisatie van toekomstige baten'.²⁹ Ook risico speelt daarbij een belangrijke rol. Economische waarde is in zoverre een *ex ante* begrip, en dat maakt dat ook een *verlies* van economische waarde moet worden bepaald op basis van verwachtingen. Dat een risico van gebreken zich uiteindelijk niet verwezenlijkt neemt niet weg dat het risico van latere gebreken de waarde van de zaak wel degelijk onmiddellijk heeft gedrukt. Vanuit economisch perspectief valt de regel in *Schreuder/Van Driesten* dan ook goed te verdedigen. De regel is dan ook geheel in lijn met de hoofdregel uit het *Telefoonkabel*-arrest.

6.2.3 Vergoedbaarheid objectieve herstelkosten zonder waardevermindering?

Voorwaarde voor een aanspraak op vergoeding van de naar objectieve maatstaven begrote kosten in verband met herstel is dat sprake is van een vermogensrechtelijk relevante waardevermindering. Het is immers die waardevermindering die rechte als schade wordt aangemerkt en die, indien herstel mogelijk en verantwoord is, in het algemeen in omvang gelijk zal zijn aan het bedrag dat – naar objectieve maatstaven – met herstel zal zijn gemoeid. Vloeit uit een feitelijke verandering geen vermogensrechtelijk relevante waardevermindering voort, dan is er in zoverre dus ook geen grond voor vergoeding van schade, begroot op basis van de objectieve herstelkosten.

Dit probleem is aan de orde in het arrest *Griffioen/De Groot*. Partijen waren een ruil-overeenkomst aangegaan betreffende gedeelten van twee aangrenzende percelen grasland. Griffioen had de intentie om op het door hem te ontvangen gedeelte zijn boomkwekerij uit te breiden, maar was voor de realisering daarvan afhankelijk van een wijziging van een bestemmingsplan (ten aanzien waarvan dan ook een ontbindende voorwaarde werd opgenomen). Er ontstaat vervolgens een geschil over de vraag of deze verkrijger tijdig een beroep heeft gedaan op die ontbindende voorwaarde, dat tot een procedure leidt waarbij conservatoir beslag wordt gelegd op het stuk grasland van Griffioen dat bij de ruil was betrokken. Griffioen wordt echter in het ongelijk gesteld en veroordeeld tot medewerking aan de afwikkeling van de ruilovereenkomst. Hij wordt daarbij veroordeeld tot het uitvoeren van enige werkzaamheden op zijn land, zoals bij de ruil was overeengekomen. In hoger beroep wordt het betreffende vonnis

27. Bloembergen 1965, nr. 49.

28. Groeneveld 2004, p. 256 en Vis 2010, p. 115.

29. Deurvorst 1996, p. 40.

echter vernietigd, omdat het hof van oordeel is dat wél tijdig een beroep is gedaan op de ontbindende voorwaarde in de ruilvereenkomst. Daarop vordert Griffioen vergoeding van de schade die hij lijdt doordat hij – achteraf zinloos gebleken – werkzaamheden aan zijn perceel heeft laten verrichten.

Voorwerp van debat is de vraag of de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten die gemoeid gaan met herstel in de ‘oude toestand’ voor vergoeding in aanmerking komen, nu de betreffende werkzaamheden de waarde en/of exploitatiemogelijkheden van de grond, naar later bleek, niet hebben aangetast. Griffioen had namelijk inmiddels een kwalitatieve verplichting op zich genomen om een gedeelte van het perceel niet meer te gebruiken voor landbouw, waarvoor hij ook subsidie ontving. De Hoge Raad overweegt:

‘In beginsel dient de schadevergoeding de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, hetgeen meebrengt dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Als die vergelijking echter aan het licht brengt dat de nieuwe toestand voor de partij die schadevergoeding verlangt geen achteruitgang (waaronder mede te verstaan: waardevermindering en vermindering van exploitatiemogelijkheden van een haar toebehorende zaak) inhoudt ten opzichte van de oude, en die partij er geen rechtens te respecteren belang bij heeft dat de oude toestand wordt hersteld, kan de rechter zonder enige rechtsregel te schenden tot het oordeel komen *dat er geen vermogensschade is geleden* [cursivering MRH] en op die grond de vordering tot vergoeding van de kosten van herstel in de oude toestand afwijzen.’³⁰

Met andere woorden: door de onder druk verrichte werkzaamheden is het vermogen van Griffioen niet nadelig beïnvloed. De werkzaamheden hebben weliswaar een feitelijke wijziging maar geen waardevermindering opgeleverd. Dat de grond zich niet meer goed liet exploiteren als landbouwgrond leidt evenmin tot schade, nu de eigenaar zich later jegens de Staat heeft verplicht om de grond niet meer als landbouwgrond te gebruiken en hij dus ook niet wordt benadeeld door een vermindering van exploitatiemogelijkheden. In cassatie is aangevoerd dat niet ter zake zou doen dat Griffioen geen aanleiding of noodzaak meer zou hebben de percelen in de oude staat terug te brengen, omdat de door hem geleden schade moet worden berekend naar het moment van de verrichte werkzaamheden en dat omstandigheden die zich na het lijden van de schade voordoen, nimmer van belang kunnen zijn bij de schadebegroting. De Hoge Raad:

‘Dit betoog gaat terecht uit van het beginsel dat de omvang van de schade, die naar objectieve maatstaven wordt begroot, dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Gebeurtenissen van later datum kunnen onder omstandigheden evenwel

30. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (Griffioen/De Groot), r.o. 3.5.

meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt. Voormeld beginsel laat bovendien onverlet dat uit gebeurtenissen van later datum soms gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de situatie die bestond op het tijdstip waarop de schade werd geleden. De blijkbaar aan de klacht ten grondslag liggende opvatting dat omstandigheden die zich na het lijden van de schade voordoen, nimmer van belang kunnen zijn bij de schadebegroting is dus onjuist (...).³¹

Hiermee lijkt de Hoge Raad de lijn uit het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* te bevestigen (waarover hierna paragraaf 6.2.4). Zijn woordkeuze is evenwel niet heel gelukkig en bevat mogelijk een verschrijving: ik vermoed dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat gebeurtenissen van later datum onder omstandigheden kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid *niet* kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de (onmiddellijk ingetreden) waardevermindering.³²

Advocaat-generaal Spier werpt in zijn conclusie voor het *Griffioen/De Groot*-arrest de vraag op wat rehtens zou zijn (geweest) wanneer Griffioen daadwerkelijk opdracht zou hebben gegeven om ongedaan te maken wat hij onder druk van het tegen hem gewezen, maar later vernietigde vonnis heeft gedaan:

‘A prima vista is men wellicht geneigd te denken dat in zo’n scenario in beginsel recht bestaat op de kosten van daadwerkelijke ongedaanmaking. Maar bij nadere overdenking spreekt dat niet voor zich (...): door de onder druk verrichte werkzaamheden is het vermogen van Griffioen niet nadelig beïnvloed. Of anders gezegd: deze werkzaamheden hebben geen schade (voor hem) opgeleverd.’³³

Ook Klaassen is geneigd op grond van het arrest *Griffioen/De Groot* te concluderen dat indien daadwerkelijk herstel zou hebben plaatsgevonden, in een situatie als hier aan de orde niet steeds aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van daadwerkelijk gemaakte herstelkosten, maar zij werkt dit niet nader uit.³⁴ Ik stel voorop dat wanneer Griffioen daadwerkelijk kosten zou hebben gemaakt om de percelen terug te brengen in de oude staat en hij daarvan vergoeding vordert, het in elk geval niet (meer) draait om waardeverminderingsschade. Griffioen vordert in dat geval vergoeding van herstelkosten die hij *daadwerkelijk* heeft gemaakt, en die voor hem onmiskenbaar vermogensschade vormen, die hij lijdt op het moment waarop hij die kosten aan een derde verschuldigd is. Het gaat evenwel om kosten die hij op eigen inzicht en initiatief heeft gemaakt, reden waarom op dit punt de redelijkheid centraal staat. In het kader van de vraag of het inderdaad redelijk was om kosten ter ongedaanmaking te maken en zo ja, of de omvang van die kosten redelijk is, komt dan (alsnog) de vraag aan de orde hoe

31. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.6.

32. Vgl. HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, NJ 1995/43 m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*), r.o. 4.3.1.

33. Concl. A-G Spier bij HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), nr. 3.5.1.

34. Klaassen 2017, nr. 9.

een en ander zich verhoudt tot de door de normschending veroorzaakte wijzigingen, die op zichzelf immers geen waardevermindering of vermindering van exploitatiemogelijkheden opleverden.

Soms kan men weliswaar spreken van een beschadiging van een zaak, maar is daarmee niet zonder meer gegeven dat de eigenaar daadwerkelijk schade lijdt in de vorm van een waardevermindering van de zaak. Men komt dus pas toe aan een begroting van een waardevermindering wanneer eerst is vastgesteld *dat* de waarde van de zaak in vermogensrechtelijke zin is verminderd. Gebeurtenissen van later datum kunnen daarbij van betekenis zijn, omdat daaruit soms gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de situatie die bestond op het tijdstip waarop de schade werd geleden (vergelijk met betrekking tot onteigening paragraaf 10.2.2).³⁵ Een latere verkoopprijs kan als indicatie fungeren ter beantwoording van de vraag in hoeverre op het moment van de beschadiging een waardevermindering intrad. Toch lijkt mij hier terughoudendheid geboden. Een latere verkoop van de zaak – en dus een ‘meevaller’ wat betreft de latere verkoopprijs – die niet voorzienbaar was op het moment van de beschadiging mag niet als zodanig meewegen bij de schadebegroting: de waardebepaling dient immers *ex ante* te geschieden in die zin dat het gaat om de onmiddellijke waardevermindering ten tijde van de beschadiging. Daarmee is het schademoment gegeven: de eigenaar lijdt immers reeds vóór en onafhankelijk van de latere verkoop een nadeel in het vermogen gelijk aan de waardevermindering die het betreffende vermogensbestanddeel met de beschadiging ondergaat. De loutere toevalligheid dat een zaak wordt verkocht in de periode tussen de beschadiging en het moment waarop de schade wordt vastgesteld, zou in het nadeel noch in het voordeel van de eigenaar moeten uitvallen: de rechtens relevante schade – de waardevermindering – is immers reeds ingetreden en is in zoverre vanaf het schademoment gefixeerd.

In dit verband is relevant de zaak *Van Ulzen/Goolkate*, waarin het ging om een verbouwde boerderij waaraan huurder Goolkate – deels zonder toestemming – verbouwingen en veranderingen heeft aangebracht en ter zake waarvan verhuurder Van Ulzen na beëindiging van de huurovereenkomst vergoeding vordert van – door hem feitelijk niet gemaakte – herstelkosten. De rechtbank wijst de vordering af omdat Van Ulzen niet daadwerkelijk kosten voor herstel heeft gemaakt en omdat vaststaat dat het huis kort na het einde van de huur door Van Ulzen is verkocht, waarbij de koper het huis heeft gekocht in de toestand waarin Goolkate het had verlaten. Volgens de rechtbank zou het weliswaar denkbaar zijn dat Van Ulzen schade zou hebben geleden doordat het huis als gevolg van de verbouwingen en aangebrachte veranderingen door Goolkate een waardevermindering zou hebben ondergaan, maar heeft Van Ulzen dienaangaande te weinig concrete feiten gesteld. De algemene stelling dat een en ander van invloed is geweest op de bepaling van de koopsom is naar het oordeel van de rechtbank te vaag en onvolledig om te dienen als basis voor toewijzing van de vordering. De Hoge Raad laat de uitspraak van de rechtbank in stand.³⁶

35. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (Griffioen/De Groot), r.o. 3.6.

36. HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1505, NJ 1988/965 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Van Ulzen/Goolkate), r.o. 3.1-3.2.

Illustratief in dit verband is ook een zaak die speelde bij de Kantonrechter Rechtbank Limburg, zitplaats Roermond, waarin het gaat om een (opzettelijk) bekraste auto, die niet wordt hersteld maar vlak na de bekrassing door de eigenaren wordt verkocht. De eigenaren vorderen schadevergoeding en baseren hun vordering op een reparatie-offerte. Naar het oordeel van de kantonrechter hadden de eigenaren onderbouwd moeten stellen dat zij de auto voor een lagere prijs hebben verkocht dan wanneer zij de auto zonder de kras zouden hebben verkocht. Nu zij dit niet hebben gedaan, kan volgens de kantonrechter niet worden vastgesteld in hoeverre de beschadiging de verkoopwaarde van de auto in negatieve zin heeft beïnvloed.³⁷

Ik ben met het arrest *Van Ulzen/Goolkate* niet zo in mijn nopjes als bijvoorbeeld Van der Grinten, die zijn annotatie bij het arrest opent met de vooropstelling dat rechtsgeschillen 'met gezond verstand' behoren te worden beslist, wat hierop neer zou komen dat ons verstand ons moet 'verhoeden om via abstractie vergoedingsaanspraken te construeren, terwijl in werkelijkheid er geen schade is', en concludeert dat Van Ulzen terecht nul op het rekest krijgt.³⁸ De Hoge Raad maakt mijns inziens juist eerder te weinig inzichtelijk waarom Van Ulzen zich niet kan beroepen op de uitgangspunten die bij zaakbeschadiging gelden, en welke wegen zijn 'gezonde verstand' hier dus bewandelt. Zoals gezegd, moet in mijn optiek een latere verkoop buiten beschouwing blijven: de eigenaar lijdt reeds vóór en onafhankelijk van een eventuele latere verkoop schade. De beslissing van de kantonrechter te Roermond in de zaak van de bekraste auto acht ik dan ook onjuist: of de eigenaren de auto na de beschadiging voor een lagere prijs hebben verkocht zou niet van belang moeten zijn. Beslissend is of de auto *op het moment van de bekrassing* een waardevermindering ondergaat. Is herstel mogelijk en verantwoord, dan is die waardevermindering in het algemeen te stellen op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten en kan een reparatieofferte toereikend zijn voor de begroting van die waardevermindering. Verdam spreekt op zichzelf terecht van een 'wrang resultaat' voor de eigenaren, maar haar conclusie dat de eigenaren zich ten onrechte zouden hebben 'vastgebeten' op de kosten van een eventuele reparatie deel ik (dus) niet.³⁹

6.2.4 *Herstelkosten overtreffen waardevermindering*

Soms is herstel weliswaar praktisch niet uitgesloten, maar economisch gezien onverantwoord in die zin dat de daarmee gemoeide kosten de omvang van de waardevermindering overstijgen. De waardevermindering die de zaak door de beschadiging ondergaat kan dan dus niet worden gelijkgesteld aan de naar objectieve maatstaven te berekenen herstelkosten: daarvoor is immers vereist dat herstel mogelijk en verantwoord is. Is het bedrag dat gemoeid is met herstel hoger dan het verschil tussen de waarde onmiddellijk voorafgaand aan de beschadiging en de eventuele restwaarde van de zaak, dan spreekt men van een economisch totaal verlies (total loss) en staat de beschadiging in zoverre op een lijn met het verlies van de zaak (waarover hierna para-

37. Rb. Limburg 26 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4154, JA 2017/113 m.nt. H.P. Verdam.

38. Van der Grinten 1988.

39. Verdam 2017.

graaf 6.3).⁴⁰ Een andere vraag is of de vergoedingsaanspraak van de eigenaar steeds is beperkt tot het beloop van de waardevermindering, of dat hij onder omstandigheden niet toch kan overgaan tot daadwerkelijk herstel op kosten van de aansprakelijke, ook al kan dat herstel als 'niet verantwoord' worden aangemerkt omdat de zaak dat 'objectief gezien' niet waard is.

In de rechtspraak treft men verschillende zaken aan waarin de eigenaar van een beschadigde zaak vergoeding vordert van gemaakte herstelkosten en waarin deze wordt geconfronteerd met het verweer dat hij slechts aanspraak zou hebben op een bedrag ten belope van de waardevermindering. Soms ziet de eigenaar zich min of meer gedwongen om over te gaan tot feitelijk herstel, ook al overtreffen de daarmee gemoeide kosten de omvang van de waardevermindering, bijvoorbeeld omdat de eigenaar bij het behoud van de specifieke zaak een zwaarwegend praktisch belang heeft. Illustratief is de zaak *Funken/Rijkema*, waarin het ging om de wat oudere eigenaar Funken, voor wie het (te) bezwaarlijk was om op hogere leeftijd nog aan een nieuwe auto te wennen en die derhalve zijn beschadigde auto had laten repareren. De aansprakelijke Rijkema pleit evenwel voor een schadebegroting op basis van totaal verlies. De kantonrechter overweegt dat de schadevergoeding in beginsel dient te worden bepaald zodanig dat de gelaedeerde zoveel mogelijk teruggebracht wordt in de toestand waarin hij voor de aanrijding verkeerde, waarbij rekening dient te worden gehouden met de eigen omstandigheden van elk geval, en dat het in dit geval redelijk en verantwoord is om de auto te laten repareren. Rijkema is volgens de kantonrechter daarom gehouden om Funken de herstelkosten te vergoeden.⁴¹

Ten aanzien van beschadigde gebouwen heeft te gelden dat de eigenaar er in beginsel aanspraak op heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot feitelijk herstel, en dat herstel onder omstandigheden ook verantwoord is wanneer de daarmee gemoeide kosten hoger zijn dan het bedrag waarin de door de beschadiging opgetreden vermindering van economische waarde tot uitdrukking komt. Soms kan nu eenmaal van de getroffen eigenaar van een onroerende zaak in redelijkheid niet worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering, om vervolgens hooguit een gelijkwaardig alternatief te kunnen betrekken: onroerende zaken laten zich nu eenmaal niet zo goed vervangen als de meeste roerende zaken.

Een en ander volgt uit het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*. Van Schravendijk vordert schadevergoeding in verband met de schade die aan zijn panden zijn ontstaan door grondwaterverlagingen waarvoor de Gemeente Den Haag verantwoordelijk is. De vraag rijst of Van Schravendijk aanspraak kan maken op vergoeding van de herstelkosten (begroot op f 920 411) of dat hij slechts aanspraak kan maken op vergoeding van de waardevermindering die zijn huizen als gevolg van de zetting en verzakking hebben ondergaan (begroot op f 440 000). De Hoge Raad overweegt dat in beginsel ervan is uit te gaan dat de eigenaar van een gebouw dat onrechtmatig is

40. Barendrecht e.a. 1995, p. 95-96 en concl. A-G Hartlief bij HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (Donata/New India Assurance), nr. 4.18.

41. Ktr. Heerlen 28 september 1973, ECLI:NL:KTGHRL:1973:AJ4270, VR 1975/63 (Funken/Rijkema).

beschadigd, aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel, en dat zulk herstel ook verantwoord kan zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Of dat het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de Hoge Raad drie (niet-limitatieve) gezichtspunten geeft, te weten:

- de functie van de zaak voor de eigenaar (dient zij voor eigen gebruik (bewoning of uitoefening van een bedrijf of beroep) of ter belegging?);
- de mogelijkheid om elders een zaak te verwerven die wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren kan worden beschouwd als gelijkwaardig aan de zaak (in onbeschadigde toestand);
- de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen.

Het gaat volgens de Hoge Raad om omstandigheden die kunnen meebrengen dat, hoewel de herstellkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, 'zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering'.⁴² Belangrijk is hier zijn woordkeuze: is herstel verantwoord ook al overtreffen de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering, dan kan van de eigenaar niet worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering. Het gaat dan dus niet om de vergoeding van die waardevermindering, maar om de (bijkomende) vergoeding van herstellkosten tot het maken waarvan de eigenaar zich praktisch min of meer gedwongen ziet. De eigenaar heeft dan dus aanspraak op *daadwerkelijk* gemaakte kosten. Barendrecht benadrukt dat het arrest zou moeten worden verklaard vanuit de gedachte dat herstel van de feitelijke situatie leidend is: vergoeding van (slechts) de marktwaarde zou Van Schravendijk de mogelijkheid geven om zijn situatie te herstellen door elders andere panden te kopen. Dat is geen afdoende herstel, omdat hij dan klanten zou kwijtraken en in zoverre de 'storing in zijn bestaan' niet wordt opgeheven.⁴³

In het verlengde van *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* ligt het arrest *A. en N./Hiddema*, waarin het draait om de vraag of de eigenaar van een volledig afgebrande landbouwschuur, die zijn schuur niet heeft laten herbouwen, aanspraak heeft op een schadevergoeding gelijk aan de herbouwkosten, of dat hij slechts aanspraak kan maken op de waarde van de schuur in het economisch verkeer onmiddellijk voorafgaand aan de brand. Hiddema was ten tijde van het rechterlijk oordeel niet meer de eigenaar van (de fundamenten van) de schuur, en bekend was inmiddels dat die schuur door de opvolgend eigenaar ook niet is herbouwd. Het hof toetste aan de gezichtspunten uit *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* en oordeelde dat Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten van her-

42. HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, NJ 1995/43 m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*), r.o. 4.3.1.

43. Barendrecht 1996, p. 42.

bouw van zijn schuur, en dat hij geen genoegen hoeft te nemen met vergoeding van de (verkoop)waarde. In cassatie klagen A. en N. onder meer dat de toetsing aan de in het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* gegeven gezichtspunten dient plaats te vinden naar het moment van beoordeling en niet (uitsluitend) naar het moment van de beschadiging; de toetsing zou volgens hen daarmee een 'rituele dans' worden 'die met de werkelijkheid en met de beginselen van het schadevergoedingsrecht' niets meer van doen zou hebben. De Hoge Raad overweegt dat de omvang van de schade, die naar objectieve maatstaven wordt begroot, dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Daaraan doet volgens de Hoge Raad evenwel niet af dat in het arrest *Gemeente Den Haag/Van Schravendijk* besloten ligt dat onder omstandigheden gebeurtenissen van later datum kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar niet in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt.⁴⁴ Dit is logisch, want het gaat nu eenmaal om twee verschillende beoordelingen: enerzijds de vaststelling van de omvang van de waardevermindering, waarbij later opkomende feiten en omstandigheden niet meewegen, en anderzijds de (vervolg)vraag in hoeverre van de eigenaar kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak tot de vergoeding van die waardevermindering beperkt, waarbij latere opkomende feiten en omstandigheden wel kunnen meewegen.

Met Hartlief meen ik dat de uitkomst in *A. en N./Hiddema* niet bevredigt. De crux zit hem hierin, dat Hiddema niet inzet op vergoeding van de waardevermindering maar op vergoeding van *niet gemaakte* kosten van herbouw. Bij de vergoeding van de waardevermindering moet men weliswaar 'abstraheren' van de vraag of daadwerkelijk herstel plaatsvindt – dat doet immers niet ter zake – maar dat geldt niet als het gaat om vergoeding van herstelkosten. Gaat men niet over tot herstel, ook al zou dat wel verantwoord zijn ondanks dat de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen, dan zal men genoegen moeten nemen met vergoeding van de waardevermindering.⁴⁵

6.2.5 Een keuzerecht voor de benadeelde?

6.2.5.1 Waardevermindering of gemaakte herstelkosten

In het verlengde van het hiervoor besprokene ligt de vraag of de eigenaar van een beschadigde zaak in het algemeen vrij is om te kiezen tussen enerzijds een vergoeding van de waardevermindering die een zaak met de beschadiging ondergaat of anderzijds een vergoeding van de door hem daadwerkelijk gemaakte herstelkosten. Anders gesteld: staat het de benadeelde vrij om te kiezen voor de variant die hem het meeste oplevert (en de aansprakelijke dus het meeste kost)? De opvattingen in de literatuur lopen op dit punt uiteen.

Men lijkt het erover eens dat de eigenaar ten onrechte in een gunstiger vermogenspositie zou worden gebracht wanneer hij aanspraak zou hebben op vergoeding van

44. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76 m.nt. C.J.H. Brunner (*A. en N./Hiddema*), r.o. 3.6.

45. Hartlief 2004, p. 470.

zowel de eerste, 'abstract' bepaalde als de tweede, 'concreet' bepaalde schade. Dat zou namelijk neerkomen op een dubbele vergoeding van 'hetzelfde' nadeel. Tjong Tjin Tai legt een en ander uit aan de hand van het begrip 'nadeelconversie': schade wegens de beschadiging van een auto is te begroten op de waardevermindering op het moment van beschadiging, maar *dat* nadeel verdwijnt weer zodra de beschadiging wordt gerepareerd en de kosten van reparatie in de plaats van de waardevermindering zijn getreden. Het zou dan logisch zijn om (slechts) van het nieuwe nadeel vergoeding te vragen; het oude nadeel is immers opgeheven.⁴⁶ De kosten voor feitelijk herstel zouden niet als schadepost bij het reeds ingetreden waardeverlies mogen worden opgeteld, omdat de herstelkosten (het latere nadeel) de beschadiging (het eerdere nadeel; de waardevermindering) hebben doen eindigen. Lindenbergh benadert het iets anders, en benadrukt dat het hier in feite zou gaan om twee zienswijzen ten aanzien van *hetzelfde* nadeel: valt de keuze op een meer 'abstracte' wijze van schadevaststelling, dan laat dat volgens hem niet toe dat dezelfde schade ook nog eens 'concreet' wordt berekend. Dat zou innerlijk tegenstrijdig zijn.⁴⁷

Voorstanders van een keuzerecht op dit punt beroepen zich op het aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggende *herstelbeginsel*: de vergoeding strekt ertoe de benadeelde zoveel mogelijk feitelijk en anders ten minste financieel in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd zonder de normschending. Maakt de benadeelde kosten ten behoeve van dat feitelijke herstel, dan levert dat vermogensschade op en moeten die kosten – binnen de grenzen die de redelijkheid stelt – door de aansprakelijke worden vergoed. Het zou onbevredigend zijn, wanneer de benadeelde geen vergoeding van zijn 'werkelijke' schade zou kunnen krijgen wanneer hij de zaak als gevolg van een tussentijdse prijsstijging voor een hogere prijs heeft moeten vervangen of laten repareren, of wanneer hem winst ontgaat die hij anders bij gunstige verkoop zou hebben gemaakt.⁴⁸ Het herstelbeginsel zou dan teveel plaats maken voor rechtshandhaving; slechts door een keuzemogelijkheid voor de benadeelde zou een evenwichtige verhouding tussen herstelfunctie en rechtshandavingsfunctie worden verzekerd.⁴⁹

Royer stelt dat door aan de benadeelde een 'keuzemogelijkheid tussen de abstracte en de concrete methode' te bieden het doel van schadevergoeding – breng de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand waarin hij bij afwezigheid van het toegebrachte nadeel zou hebben verkeerd – het beste wordt bereikt. Hij onderbouwt dat met het voorbeeld van de vernielde vaas die, naast een bepaalde 'antiquiteitswaarde', voor de benadeelde een hogere waarde vertegenwoordigt door 'familie-herkomst, bijzondere inscripties of wat dan ook'.⁵⁰ Het lijkt mij inderdaad denkbaar dat in een dergelijk geval de (hogere) kosten van herstel voor vergoeding in aanmerking komen, zij het dat mijns inziens sprake moet zijn van een zodanige affectieve waarde dat deze *bijzon-*

46. Tjong Tjin Tai 2017, p. 15.

47. Lindenbergh 2014, nr. 39.

48. Bloembergen 1965, nr. 36.

49. De Groot 1980, p. 53.

50. Royer 1969, p. 53-54.

dere omstandigheid met zich brengt dat van de eigenaar niet kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering (zie hiervoor paragraaf 6.2.4).

Sommige voorstanders van een keuzerecht menen uit het *Telefoonkabel*-arrest te kunnen afleiden dat de vergoeding van het waardeverlies een minimumvergoeding is, en dat 'concretisering naar boven' daarom mogelijk is. De Hoge Raad overweegt immers dat:

'de vergoeding verschuldigd voor een door een onrechtmatige daad veroorzaakte zaaksbeschadiging steeds *tenminste* [cursivering MRH] zal belopen het geldsbedrag, waarin de daaruit voortvloeiende waardevermindering kan worden uitgedrukt.'⁵¹

Anderen menen dat de Hoge Raad daarmee juist zou hebben bedoeld op de mogelijkheid om naast de vergoeding van de waardevermindering ook aanspraak te maken op vergoeding van meer *indirecte* nadelen die uit zaaksbeschadiging kunnen voortvloeien, zoals eventuele winstderving, kosten van schadevaststelling etc.⁵² De Hoge Raad zou het woord 'tenminste' in zijn arrest *Flint/Veldpaus* zo uitleggen, dat de benadeelde ook aanspraak heeft op vergoeding van mogelijke andere *schadefactoren*.⁵³ In die zaak werd vergoeding gevorderd van schade door ontbinding van een koop van onroerend goed door wanprestatie van de koper. De Hoge Raad overwoog dat die schade 'inderdaad – afgezien van andere schadeposten – bestaat in het verschil tussen de verkoopprijs en de waarde van het goed ten dage van de wanprestatie'.⁵⁴ Het blijft gissen of de Hoge Raad hiermee ook de betekenis van het woord 'tenminste' in het *Telefoonkabel*-arrest heeft willen verduidelijken: het gaat in het arrest *Flint/Veldpaus* immers niet om zaaksbeschadiging.

Tegenstanders van keuzevrijheid menen dat een keuzerecht van de benadeelde op dit punt zou neerkomen op meten met twee maten: de eigenaar zou een keuze krijgen die de aansprakelijke niet toekomt. Bovendien kan de eigenaar die vrijheid aanwenden om ten koste van de aansprakelijke steeds – met de kennis achteraf – voor de voor hem meest gunstige benadering te kiezen. De eigenaar ziet zich immers van meet af aan verzekerd van een vergoeding van de onmiddellijk geleden schade (de waardevermindering), maar kan er op een later moment alsnog voor kiezen om aanspraak te maken op vergoeding van zijn herstelkosten, als die door de eerste vergoeding niet volledig worden gedekt. Omgekeerd zou hij onverminderd aanspraak hebben op vergoeding van de onmiddellijk ingetreden waardevermindering, wanneer op een later moment zijn werkelijk gemaakte herstelkosten lager zouden uitvallen: de aansprakelijke kan daaraan geen verweer ontfen.⁵⁵

51. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444 m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

52. Brunner 1997, p. 69-70, waarbij hij verwijst naar HR 15 januari 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC3943, NJ 1965/197 m.nt. G.J. Scholten (*Flint/Veldpaus*).

53. Brunner 1997, p. 69.

54. HR 15 januari 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC3943, NJ 1965/197 m.nt. G.J. Scholten (*Flint/Veldpaus*).

55. Bijv. Deurvorst 1996, p. 38 en Klaassen 1998, p. 7.

Een en ander heeft niet alleen gevolgen voor het bedrag waarop de schade moet worden begroot, maar ook voor het moment waarop de schade intreedt en – daarmee samenhangend – het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen. Spier acht de consequenties van de (beweerde) keuzevrijheid ongerechtvaardigd omdat de eigenaar, als hij vergoeding vordert van de waardevermindering, wettelijke rente kan vorderen vanaf de dag der beschadiging, terwijl deze anders pas gaat lopen wanneer hij reparatiekosten verschuldigd wordt. In een door Spier gegeven voorbeeld – een dure Velázquez raakt ernstig beschadigd, met de restauratie waarvan een jaar is gemoeid – kan dat veel uitmaken. Om te voorkomen dat de benadeelde over de periode voorafgaand aan het maken van reparatiekosten een rentevoordeel zou pakken – in de ogen van Spier een *ongerechtvaardigd* voordeel – zou de rente pas moeten gaan lopen op het moment waarop ‘een redelijk handelend benadeelde’ tot reparatie zou zijn overgegaan.⁵⁶ Ook Klaassen acht het onwenselijk dat de benadeelde aldus kan ‘manipuleren’ met het oog op wettelijke rente. Zij ziet weliswaar als bezwaar van het door Spier voorgestelde criterium dat het een bron van discussie kan vormen omdat de vaststelling van het tijdstip waarop een redelijk handelend benadeelde tot reparatie zou zijn overgegaan uiteindelijk altijd min of meer arbitrair is, maar voelt niettemin voor zijn oplossing.⁵⁷

Mijns inziens is de benadeelde op dit punt niet zo vrij, althans is het onjuist om uit te gaan van een *keuzerecht* op dit punt, omdat de veronderstelde keuzevrijheid niet volgt uit de vaste rechtspraak van de Hoge Raad over zaakschade en die vrijheid daarmee ook niet zou stoken.⁵⁸ Daarnaast kan het veronderstelde risico waar het in de discussie steeds om lijkt te draaien reeds worden verdisconteerd bij de schadebegroting. Ik werk beide punten hieronder nader uit.

6.2.5.2 *Uitgangspunt: beperking aanspraak tot het bedrag van de waardevermindering*

Dat bij zaaksbeschadiging de onmiddellijk intredende waardevermindering in het algemeen gelijk zal zijn aan de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten maakt, zoals hiervoor toegelicht, niet dat de schadevergoeding moet worden gezien als een vergoeding bij voorbaat van toekomstige herstelkosten: het gaat immers om een ‘voor en onafhankelijk van herstel’ geleden nadeel. Het bedrag *kan* worden aangewend ter financiering van herstel, maar dat doet er niet aan af dat het gaat om een compensatie voor een ingetreden waardevermindering. Dat vormt ook een redelijk uitgangspunt. Overtreffen de kosten van feitelijk herstel het bedrag van de waardevermindering, dan kan immers slechts onder bijzondere omstandigheden *niet* van de eigenaar worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering (zie paragraaf 6.2.4). Mijns inziens kan en moet daaruit *a contrario* worden afgeleid dat de aanspraak van de eigenaar in beginsel is beperkt tot het bedrag van de waardevermindering. Dat is redelijk omdat, als herstel mogelijk en economisch gezien verantwoord is, de benadeelde met het bedrag waarin de waardevermindering is uitgedrukt immers moet worden geacht over te *kunnen* gaan tot feitelijk herstel.

56. Spier 1995, p. 711-712.

57. Klaassen 1998, p. 6-13.

58. Vgl. Concl. A-G Hartlief bij HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenberg (Donata/New India Assurance), nr. 4.12.

Als feitelijk herstel praktisch wel uitvoerbaar is maar economisch niet verantwoord (omdat de kosten de waardevermindering overstijgen), dan is het in beginsel redelijk wanneer de aanspraak van de benadeelde beperkt blijft tot de vergoeding van de waardevermindering.

De economische benadering voert aldus de boventoon: de aanspraak op schadevergoeding strekt niet zo ver dat de benadeelde in beginsel vrij zou zijn om op kosten van de benadeelde een economisch niet verantwoord herstel uit te voeren. Schadevergoedingsrecht is evenwel (veel) meer dan economisch denken: onder bijzondere omstandigheden leidt de economische zienswijze niet tot een redelijk resultaat en kan van de eigenaar niet worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de benadeelde uit hoofde van zijn schadebeperkingsplicht ten aanzien van verder nadeel gehouden is om over te gaan tot feitelijk herstel, wat bijvoorbeeld het geval kan zijn wanneer of hij bij het behoud van een specifieke zaak een anderszins zwaarwegend praktisch belang heeft (zie hiervoor paragraaf 6.2.4). In dergelijke gevallen kan het dus redelijk zijn om over te gaan tot 'economisch onverantwoord' herstel. Van *keuzevrijheid* aan de zijde van de benadeelde is dus in beginsel geen sprake.

Een dergelijke keuzevrijheid zou bovendien afbreuk kunnen doen aan de hanteerbaarheid van de schadeafwikkeling. In het arrest *Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease* (besproken in paragraaf 6.2.1) werd een 'concretiseringsverweer' aan de zijde van de aansprakelijke terzijde geschoven. Dat de benadeelde goedkoper kan laten repareren werd niet relevant geacht, omdat dat een onzeker element in de schadeberekening zou brengen: in voorkomende gevallen zou dan ter discussie kunnen komen te staan of sprake is van dergelijke, met de marktpositie en bedrijfsvoering van de benadeelde verband houdende omstandigheden. Het toelaten van een dergelijke discussie bij individuele schadegevallen zou volgens de Hoge Raad te zeer afbreuk doen aan de snelle, eenvoudige en uniforme afwikkeling van schade. Waarom zou de benadeelde dan wel de vrijheid toekomen om te kiezen voor een wijze van schadevaststelling die de deur alsnog openzet voor discussies over de redelijkheid van de door hem gemaakte kosten? Mijns inziens ligt het ook vanuit het perspectief van doelmatigheid niet voor de hand dat de benadeelde hier een keuzerecht zou toekomen.

Aan het feit dat ten aanzien van andere schadesoorten de benadeelde soms wel de mogelijkheid heeft om te kiezen, volgt overigens niet dat hij die vrijheid ook heeft in het kader van de zaaksbeschadiging. Dat een koper of verkoper in de sfeer van de schadevergoeding bij ontbinding van een koopovereenkomst er wel voor kan kiezen om niet het verschil tussen de overeengekomen prijs en de dagprijs als vergoeding te vorderen (artikel 7:36 BW), maar ook kan opteren voor het verschil tussen de overeengekomen prijs en de prijs van een eventuele redelijke dekkingskoop (artikel 7:37 BW), laat zich bijvoorbeeld niet zonder meer 'doortrekken' naar de zaaksbeschadiging. Uit het feit dat de keuzemogelijkheid hier rechtstreeks uit de wet voortvloeit – de wet voorziet op dit punt in feite in twee verschillende grondslagen – kan zelfs het tegendeel worden afgeleid, namelijk dat in beginsel geen keuzemogelijkheid bestaat voor zover de wet daarin niet voorziet.

6.2.5.3. Verdiscontering van herstelkostenrisico

Dan het risico waar het in de discussie uiteindelijk om lijkt te draaien: het risico dat de benadeelde in verband met daadwerkelijk herstel kosten maakt die door de vergoeding van de waardevermindering niet (geheel) worden 'gedekt'. Dat de door de eigenaar geleden waardevermindering in het algemeen gelijk zal zijn aan het bedrag dat naar objectieve maatstaven zal zijn gemoeid met herstel valt, zoals al meermalen aangestipt, te verklaren aan de hand van het begrip economische waarde. Zou de zaak in beschadigde toestand (direct) worden verkocht, dan wil een redelijk handelende koper de herstelkosten in de verkoopprijs verdisconteerd zien, zodat hij eventueel zelf tot dat herstel over kan gaan. Maar dat lijkt niet steeds een voldoende 'aftrek'. Staat een redelijk handelende koper voor de keuze tussen de beschadigde zaak of haar onbeschadigde alternatief, dan zal hij wat betreft het bedrag dat hij voor de beschadigde zaak overheeft geen genoegen nemen met een simpele aftrek van geanticipeerde herstelkosten. Hij zal bij de waardering ook meewegen het *risico waarmee die investering in herstel* gepaard gaat: hersteltarieven kunnen fluctueren, een reparatie kan onverhoopt langer duren, er kan iets misgaan tijdens de reparatie etc. Het risico dat de door hem te maken herstelkosten hoger uitvallen wordt aldus meegewogen als component van de waardeverminderingsschade.

Een steunargument voor deze gedachte valt te ontleen aan het eerder besproken arrest *Schreuder/Van Driesten*, waarin de Hoge Raad aanvaardt dat de verminderde verkoopwaarde van een zaak, die *resteert ondanks* dat volledig herstel heeft plaatsgevonden, voor vergoeding in aanmerking komt (zie hiervoor paragraaf 6.2.2). Aan een zaak kan als gevolg van een beschadiging nu eenmaal – ondanks herstel – een risico kleven van latere gebreken, dat direct zijn weerslag heeft op de verkoopwaarde. In lijn daarmee zou men kunnen zeggen dat het zojuist beschreven herstelkostenrisico een component zou moeten zijn van de waardevermindering. Ik zie geen goede reden waarom deze component niet in de berekening van de te vergoeden waardevermindering zou moeten meewegen. Als dat risico niet wordt meegewogen, zal een redelijk handelende koper kiezen voor het 'risicovrije' alternatief van een onbeschadigde zaak. Met andere woorden: voor een redelijk handelende koper zal de oorspronkelijke waarde minus de geschatte herstelkosten niet steeds gelijkwaardig zijn aan de waarde in onbeschadigde toestand. De waardevermindering wordt dan pas op een juiste wijze gecompenseerd wanneer ook dit aspect bij de begroting van de waardevermindering wordt meegewogen. Zoals eerder aangegeven, gaat het dus niet om een nieuwe, bijkomende schadepost, maar om een omstandigheid die relevant kan zijn bij de begroting van de waardeverminderingsschade, die als zodanig reeds voor vergoeding in aanmerking komt.

Een voorbeeld ter verduidelijking: stel dat een auto ter waarde van 3000 euro door een aanrijding portierschade oploopt. Het bedrag dat men in het algemeen voor volledige reparatie van het portier kwijt zal zijn wordt geschat op 900 euro. Het ligt dan voor de hand dat de auto op het moment van beschadiging daalt naar een waarde van 2100 euro. Een redelijk handelende koper zal evenwel alsnog voor een andere, onbeschadigde auto van 3000 kiezen, omdat dit bedrag op dat moment een zekerheid is (tenzij hij kansen ruikt omdat hij voor minder dan 900 euro kan herstellen). Met die

onbeschadigde auto bespaart hij zich niet alleen de moeite van het laten herstellen – met inbegrip van het tijdelijk moeten missen van de zaak – maar hij ziet zich met dat alternatief ook niet belast met het risico dat de daadwerkelijke kosten voor herstel op een later moment alsnog hoger zullen uitvallen. Een en ander moet worden ondervangen door de – naar objectieve maatstaven bepaalde – herstelkosten te berekenen met inachtneming van het herstelkostenrisico. In het voorbeeld zou dat kunnen betekenen dat de auto een waardevermindering van 950 ondergaat, bestaande uit de actuele waarde (950) van de geanticipeerde, maar met een opslag voor risico (50) vermeerderde herstelkosten van 900. Aldus wordt in de bepaling van de waardevermindering ook het financiële herstelkostenrisico verdisconteerd. Ook bij de meer unieke zaken, zoals de Velázquez uit het eerder genoemde voorbeeld van Spier, kan de theorie van het herstelkostenrisico dienstbaar zijn: het beschadigde schilderij, waarvan het herstel een jaar duurt, ondergaat een waardedaling die niet alleen bestaat uit het vooruitzicht dat bepaalde herstelkosten moeten worden gemaakt, maar ook uit het (financiële) risico dat een jaar later de herstellarieven zijn veranderd.

6.3 ZAAKSVERLIES

Van zaaksverlies pleegt men te spreken wanneer sprake is van *vernietiging* van een zaak – er is sprake van een zodanig ernstige beschadiging dat de zaak als zodanig heeft opgehouden te bestaan – of wanneer sprake is van verlies in de zin van verloren raken (door diefstal, verduistering, de zaak raakt kwijt, de rechthebbende verliest de feitelijke macht over de zaak etc.).⁵⁹ Zoals we hiervoor hebben gezien, kan evenwel ook sprake zijn van zaaksverlies bij een ‘economisch totaal verlies’ van een zaak: de herstelkosten staan dan niet in verhouding tot de geleden waardevermindering. Spreekt men aldus van zaaksverlies, dan is daarmee gegeven dat de (redelijke) mogelijkheid van reparatie ontbreekt.

In geval van zaaksverlies heeft als regel te gelden dat de vergoeding steeds ten minste zal belopen het geldbedrag waarin de waarde daarvan kan worden uitgedrukt. De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de marktwaaarde). Deze regel erkent dat een gebeurtenis niet alleen tot vermogensschade kan leiden wanneer kosten worden gemaakt of winst wordt gederfd, maar dat ook sprake is van vermogensschade wanneer een tot het vermogen behorende zaak met een zekere economische waarde uit het vermogen verdwijnt. Een en ander lag reeds besloten in zijn rechtspraak met betrekking tot zaaksbeschadiging, maar is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Unico/Harteman Vastgoed*, waarin het draaide om de vraag hoe de schade van Unico moest worden bepaald, nadat Harteman Vastgoed tientallen aan Unico toebehorende containers had verduisterd. Meer specifiek draaide het om de vraag van welk waardebegrip de rechter moest uitgaan: moest de schadeomvang op basis van prijs en waarde van de containers in het handelsverkeer (‘marktwaaarde’) worden gebaseerd of op basis van

59. Salomons 1993, nr. 20.

historische productiekosten inclusief een post voor ontwikkelingskosten ('kostprijs')? De Hoge Raad overweegt:

'Wanneer (...) door een onrechtmatige daad een zaak geheel en al verloren gaat voor de rechthebbende, lijdt deze door dit verlies een nadeel in zijn vermogen gelijk aan de waarde van de zaak. De vergoeding hiervoor zal steeds tenminste belopen het geldsbedrag waarin deze waarde kan worden uitgedrukt. De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies, door het hof ook aangeduid als marktwaarde, resp. waarde in het handelsverkeer.'⁶⁰

In het hiervoor besproken arrest *A. en N./Hiddema* verduidelijkte de Hoge Raad dat met 'waarde in het economische verkeer van de zaak' in dit verband de *marktwaarde* van de zaak wordt bedoeld. In dat arrest overweegt hij bovendien dat indien de verloren gegane zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat, de eigenaar van de zaak, wanneer deze door een onrechtmatige daad geheel en al verloren gaat, door dit verlies een nadeel in zijn vermogen lijdt dat in het algemeen moet worden gesteld op de marktwaarde ten tijde van het verlies.⁶¹ In zijn arrest *Donata/New India Assurance*, waarin sprake was van algeheel verlies van een auto, bevestigt de Hoge Raad dat langs deze weg, behoudens bijzondere, door de rechthebbende te stellen omstandigheden, recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat de benadeelde zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. In dat arrest sneuvelde het arrest van het hof nu het, ondanks de betwisting door Donata van de juistheid van de gehanteerde 'afschrijvingsmethode', niet had vastgesteld dat de afschrijvingsmethode zou leiden tot vergoeding van de *marktwaarde* van de auto ten tijde van het verlies.⁶²

6.4 WAARDEVERMINDERING ZONDER BESCHADIGING

Soms kan weliswaar worden gesproken van een waardevermindering van een zaak, maar vloeit deze niet direct voort uit een *beschadiging* van de zaak. Men zou dan kunnen zeggen dat sprake is van vermogensnadeel dat enkel bestaat in de 'blote' waardevermindering van de eigendom. Zo kan men van mening verschillen over de vraag in hoeverre de aanwezigheid van hoogspanningsdraden als 'beschadiging' van de onroerende zaak valt aan te merken, zoals het geval was in de zaak *Binnendijk/IJssel-centrale*. Ingeval sprake is van een gedoogplicht in het kader van de Belemmeringenwet Privaatrecht – een rechthebbende van een stuk grond moet dan toestaan dat in, op of boven die grond openbare werken worden aangebracht, in stand gehouden of gewijzigd – dan dient de schade die daaruit voortvloeit volledig te worden vergoed.

60. HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, NJ 1991/434 (Unico/Harteman Vastgoed), r.o. 3.2.

61. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76 m.nt. C.J.H. Brunner (A. en N./Hiddema), r.o. 3.6.

62. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (Donata/New India Assurance), r.o. 3.3.6.

De kantonrechter en de rechtbank wijzen de vordering van Binnendijk af, omdat zijn schade nog niet 'concreet' was geworden in de vorm van een lagere opbrengst bij verkoop van het goed of door een verminderde kredietwaardigheid. De Hoge Raad casseert op dit punt:

'aangezien de door aanleg en instandhouding van een werk als bedoeld in de Belemmeringenwet Privaatrecht veroorzaakte schade, bestaande in waardevermindering van een onroerend goed o.g.v. die wet volledig moet worden vergoed, en voor het bestaan van een aanspraak op vergoeding geenszins is vereist dat die waardevermindering op een of andere wijze tot uitdrukking is gekomen (in de terminologie van Rb. en Ktr.: 'concreet' is geworden), bijv. in de vorm van een lagere opbrengst bij verkoop van het goed of doordat is gebleken dat de mogelijkheid hypothecair crediet te verkrijgen daardoor wordt beperkt. Hieraan doet niet af, dat de Belemmeringenwet Privaatrecht de rechter bij beoordeling van een aanspraak op schadevergoeding de vrijheid laat om vooralsnog geen vergoeding toe te kennen t.z.v. mogelijke, doch nog niet vaststaande schade, waarvan het bestaan afhankelijk is van nog niet voldoende bepaalbare gebeurtenissen of omstandigheden in de toekomst. Dat dergelijke gebeurtenissen en omstandigheden – mede – van invloed zouden zijn op de waardevermindering van Binnendijks perceel is ten processe noch gesteld noch gebleken.'⁶³

Een waardevermindering kan voortvloeien uit een eerdere zaaksbeschadiging, maar ook (deels) samenhangen met een zekere 'nawerking' van die beschadiging in de toekomst. In het arrest *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broeck* ging het om de vraag naar de vergoedbaarheid van 'doorgaande mijnschade'. Van den Broeck vorderde vergoeding van schade aan een hem in eigendom toebehorend woonhuis, dat degradaties en beschadigingen is gaan vertonen als gevolg van ondergrondse ontginningen door Oranje Nassau Mijnen BV. De vraag rijst of naast een vergoeding van de reeds ontstane schade ook een vergoeding verschuldigd is voor de 'toekomstige nawerking' van de mijnexploitatie. De Hoge Raad overweegt:

'Hetgeen het Hof hieromtrent heeft geoordeeld komt hierop neer: dat het feit dat de schade ook thans nog doorgaat en dat de nawerking van de mijnexploitatie nog wel tien jaar meetbaar kan zijn, reeds thans een waardeverminderende invloed op het pand uitoefent omdat de verkoopwaarde daardoor reeds thans nadelig wordt beïnvloed; dat deze reeds thans bestaande schade moet worden gewaardeerd op f 40 000; dat dit bedrag tevens is te beschouwen als een afkoopsom ter zake van toekomstige waardeverminderingen.'

63. HR 2 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7302, NJ 1979/384 m.nt. F.H.J. Mijnsen (Binnendijk/IJssel-centrale).

Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

‘ook niet indien de mogelijkheid in aanmerking wordt genomen dat een nieuwe eigenaar in de toekomst vergoeding van eventuele nieuwe mijnschade van Oranje Nassau Mijnen zou kunnen vorderen.’⁶⁴

In lijn hiermee liggen de arresten *Gemeente Maassluis/Van Koppen c.s.* en *Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*. In het eerstgenoemde arrest werd de gemeente Maassluis verantwoordelijk gehouden voor de bouw van woningen op door de gemeente verkochte verontreinigde grond. Ook hier speelde de vraag of de bewoners recht hadden op schadevergoeding, ook al verkochten zij hun woning niet. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het hof:

‘dat in een geval als het onderhavige de schade in verband met de waardedaling van een woning abstract mag worden berekend en dat reeds ten tijde van ’s hofs beslissing aannemelijk was dat Van Koppen c.s. door de bodemverontreiniging schade hebben geleden. Deze oordelen moeten (...) aldus worden verstaan dat aannemelijk is dat Van Koppen c.s. niettegenstaande het feit dat zij hun woning niet hebben verkocht, schade hebben geleden in de vorm van waardedaling van de woning als gevolg van de bodemverontreiniging, en dat deze schade voor abstracte berekening in aanmerking komt.’⁶⁵

In *Gemeente Dordrecht/Stokvast BV* ging het eveneens om bodemverontreiniging. Stokvast, handelaar in onroerend goed, lijdt schade doordat de grond die zij van de gemeente Dordrecht had gekocht en waarop zij huurwoningen bouwde, blijkt te zijn verontreinigd. Stokvast stelt dat het bij de schadebegroting gaat om de waarde die de woningen hadden op het tijdstip van het bekend worden van de vervuiling; de daarop gebaseerde schadevergoeding acht zij onder meer gerechtvaardigd omdat op het moment van het bekend worden van de vervuiling onzeker was of de woningen zich ooit enigszins in waarde zouden herstellen. De gemeente bleek echter reeds vóór het moment van de vaststelling van de schade tot sanering te zijn overgegaan, en stelde (mede) daarom dat het tijdstip waarop alle saneringsmaatregelen waren uitgevoerd (en de markt ter plaatse is gestabiliseerd) als peildatum moest worden gekozen. De Hoge Raad overweegt:

‘Mede met het oog op de hanteerbaarheid van de methode van schadebegroting, rechtvaardigt de aard van zodanige schade dat het de rechter vrijstaat bij het begroten daarvan te abstraheren van bepaalde, de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffende, omstandigheden. In het bijzonder kan buiten beschouwing worden gelaten dat de eigenaar de woningen niet heeft verkocht (...).’

64. HR 23 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6897, NJ 1980/466 (Oranje Nassau Mijnen/Van den Broeck).

65. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0707, NJ 1994/286 m.nt. C.J.H. Brunner (Gemeente Maassluis/Van Koppen c.s.).

De Hoge Raad vervolgt met een curieuze overweging met betrekking tot de stelling van de gemeente dat de saneringswerkzaamheden niet buiten beschouwing zouden mogen blijven:

‘Indien en voor zover echter ten tijde van de vaststelling van de schade door de rechter, de aanvankelijk opgetreden waardevermindering van de woningen ongedaan blijkt te zijn gemaakt door een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering in het gebied waar de woningen zich bevinden, is dit waardeherstel een niet met de individuele situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid die redelijkerwijs in aanmerking behoort te worden genomen om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.’⁶⁶

Het is niet direct duidelijk waarom de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen omstandigheden die met de individuele (bijzondere) situatie van de eigenaar samenhangen (en waarvan dus mag worden ‘geabstraheerd’) en omstandigheden die daarmee niet samenhangen (en die dus wel in aanmerking moet worden genomen, om te voorkomen dat meer dan de werkelijke schade zou worden vergoed). Bloembergen vermoedt dat de gedachtegang van de Hoge Raad is, dat niet alleen Stokvast, maar alle eigenaren in het betrokken gebied op dezelfde wijze van de sanering hebben ‘geprofiteerd’, maar hij acht dit niet overtuigend, omdat hij niet inziet waarom een sanering die de eigenaren in een heel gebied raakt anders zou moeten worden behandeld dan een sanering die een enkeling raakt. Bloembergen is (daarom) geneigd te denken dat het hier eigenlijk gaat om een situatie waarin een derde – hier de Staat – de schade herstelt en daarmee *in natura* vergoedt.⁶⁷ Die gedachte spreekt aan: de waardevermindering wegens bodemverontreiniging is immers door de sanering goedge maakt (voor zover althans na sanering geen waardevermindering resteert). Als de aansprakelijke daarvan de kosten draagt – Bloembergen stelt hier dus een verhaalsrecht van de saneerder op de gemeente voor – is in zoverre sprake van schadevergoeding op een andere wijze dan in geld.

Een iets andere situatie doet zich voor, wanneer de waardevermindering niet te herleiden is tot een daadwerkelijke beschadiging, maar slechts voortvloeit uit het *risico* daarop in de toekomst. Een dergelijke situatie doet zich voor in een zaak waarin het draait om een waardevermindering van grond als gevolg van aardbevingen die worden veroorzaakt door gaswinning. De Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) wordt door een collectief van inwoners van Groningen aansprakelijk gehouden voor de schade die wordt geleden als gevolg van bodemdaling, veroorzaakt door gaswinning; een vordering die primair wordt gebaseerd op risicoaansprakelijkheid ex artikel 6:177 BW. Partijen zijn verdeeld over de vraag of de schade bestaande uit waardevermindering als gevolg van de aardbevingen *direct* – dus ongeacht verkoop en fysieke schade – voor vergoeding in aanmerking komt of dat de omvang van die waardevermindering dermate onzeker is dat deze op een later moment moet worden

66. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (Gemeente Dordrecht/Stokvast BV), r.o. 3.4.2.

67. Bloembergen 2000, nr. 3-5.

vastgesteld. Zowel rechtbank als hof is van oordeel dat de eigenaren in beginsel aanspraak hebben op vergoeding van de schade die zij hebben geleden als gevolg van aardbevingen die door gaswinning door NAM zijn veroorzaakt en die bestaat in de – als duurzaam aan te merken – waardevermindering van onroerende zaken die zijn gelegen in het aardbevingsgebied.⁶⁸

Problematisch aan gevallen waarin de waardevermindering niet is te herleiden tot een fysieke beschadiging is dat het moment waarop de schade wordt geleden zich niet eenduidig laat bepalen, hetgeen, zoals hierboven is toegelicht, nodig is om een waardevermindering te begroten. In de meer ‘typische’ gevallen van zaakschade is immers het moment van beschadiging of verlies van de zaak het moment waarop de schade wordt geleden en moet de waardevermindering dan ook naar dat moment worden bepaald. In zoverre zou men ten aanzien van gevallen waarin de waardevermindering niet tot een fysieke beschadiging valt te herleiden kunnen spreken van een ‘momentloze’ momentschade. Het betreft een probleem dat eigen is aan de ‘pure stigmaschade’. Men zou hierin natuurlijk een argument kunnen zien waarom de schade niet voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Zo stellen Stack en Jacobsen:

‘Speculative, future fears should be dismissed unless and until a sale occurs, or until other developments give rise to a mature and viable claim. In short, environmental *stigma* damages are inchoate claims, which have not ripened to a point at which they are sufficiently identifiable or quantifiable to meet certain legal standards of admissibility. As a consequence, *stigma* cases inevitably degenerate to conjecture and speculation by both sides, from which the jury simply gravitates to a median figure. To end this battle of the experts, plaintiffs must be required to prove actual economic harm. If plaintiffs are unable to meet this standard, they must abide the time and circumstances necessary to allow a bona fide attempt at a sale, which either fails or results in a diminished value. A *stigma* claim, like any other, must await its proper day in court.’⁶⁹

De Rechtbank Noord-Nederland is in de Groninger kwestie van oordeel:

‘dat begroting van de omvang van de schade door waardevermindering in dit geval kan plaatsvinden door ten tijde van het moment van taxatie na een desbetreffende vordering, de werkelijke waarde van het onroerend goed te vergelijken met de waarde zonder de aardbevingsproblematiek, rekening houdend met alle bestaande en toekomstige omstandigheden die aantoonbaar en duurzaam van invloed kunnen zijn op de schadebegroting. Onder de gegeven omstandigheden acht de rechtbank hantering van de taxatiedatum als uitgangspunt voor de waardering het meest in overeenstemming met de redelijkheid en de billijk-

68. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, JA 2016/25 m.nt. J.W. Silvius, r.o. 4.4.18 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, r.o. 8.1 e.v.

69. Stack & Jacobsen 1999, p. 42.

heid, zodat op die grond een afwijking van het beginsel dat waardering plaatsvindt naar de datum waarop de waardevermindering is opgetreden, gerechtvaardigd is te achten.⁷⁰

Het Hof Arnhem-Leeuwarden komt – na een uitvoeriger exegese van de rechtspraak van de Hoge Raad – tot dezelfde conclusie:

‘Het door de rechtbank gekozen uitgangspunt (...) is naar het oordeel van het hof in de praktijk goed hanteerbaar. De eigenaar die aanspraak maakt op vergoeding van zijn schade, zal de omvang van zijn claim moeten onderbouwen, met de uitkomst van een modelmatige berekening of, wanneer (nog) geen model voorhanden is, met een taxatierapport. Het ligt voor de hand dat dan de datum van de modelmatige berekening of van het rapport als peildatum wordt gehanteerd. De feiten, omstandigheden en verwachtingen op die datum zullen de basis hebben gevormd voor de inschatting van het aardbevingsrisico, dat daarmee op basis van de meest actuele data is gebaseerd. Het hof merkt daarbij op dat wanneer een procedure volgt en zich tijdens die procedure feiten en omstandigheden voordoen die van belang zijn voor de inschatting van het aardbevingsrisico, en daarmee voor de begroting van het waardeverlies, de rechter deze omstandigheden in beginsel zal moeten meenemen.’⁷¹

Waar zich aldus niet een meer ‘technisch’ bepaald peilmoment aandient, ligt het voor de hand dat de rechter – binnen de hem toegedichte vrijheid – op grond van overwegingen van redelijkheid en doelmatigheid zoekt naar een passende oplossing. Een algemene regel lijkt voor dergelijke atypische gevallen niet te geven. Dat maakt mijns inziens evenwel nog niet dat men zou moeten uitgaan van een ander begrip schade in die zin dat men ‘afstapt’ van de regel dat de eigenaar van een zaak een nadeel in zijn vermogen lijdt ter grootte van de waardevermindering die de zaak ondergaat. Als het *bestaan* van een waardevermindering als zodanig vaststaat en slechts haar *peilmoment* onbepaald is, ligt het mijns inziens voor de hand om, indachtig de regel dat de rechter de schade moet schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, een ‘redelijk’ peilmoment te hanteren waarop de schade dan moet worden geacht te zijn geleden. Dat in de Groninger kwestie de rechter kiest voor het moment van de modelmatige berekening of het taxatierapport, valt daarom goed te verdedigen. Daarbij dient men zich wel te bedenken, dat het bij het ‘meten’ van een waardevermindering telkens om een momentopname gaat aan het resultaat waarvan de benadeelde dan ook voor de toekomst gebonden is. Men kan nu eenmaal niet zowel de (eerdere) waardedaling vanwege een *risico* van latere beschadigingen als het nadeel vanwege de *verwezenlijking* daarvan vergoeden, bijvoorbeeld in de vorm van kosten van herstel wanneer zich later een aardbeving voordoet die leidt tot een beschadiging van een woning. Dat zou immers neerkomen op een dubbele vergoeding van ‘hetzelfde’ nadeel (vergelijk hiervoor 6.2.5.1).

70. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, JA 2016/25 m.nt. J.W. Silvius, r.o. 4.4.19.

71. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, r.o. 8.90.

6.5 ZAAKSBSCHADIGING ZONDER WAARDEVERMINDERING

6.5.1 Voor gebruik door het publiek bestemde zaken

Soms is weliswaar evident sprake van beschadiging of verlies van een zaak, maar is niet onmiddellijk duidelijk of er vermogensnadeel wordt geleden in de vorm van een waardevermindering omdat er voor bepaalde zaken nu eenmaal geen marktwaarde is waaraan kan worden gerefereerd. Uit het voorgaande volgt dat de vraag of aanspraak bestaat op vergoeding van vermogensschade in de vorm van waardeverlies samenhangt met de vraag of de beschadigde of verloren zaak op het moment van beschadiging of verlies voor de eigenaar een rechtens relevante vermogenswaarde vertegenwoordigt. Dat kan kwestieus zijn, bijvoorbeeld bij voor gebruik door het publiek bestemde zaken die weliswaar voor feitelijk herstel vatbaar zijn maar niet worden hersteld.

In de twee *Meerstool*-arresten draaide het om door aanvaring beschadigde meerstoelen – paalwerken die men in het midden van een haven heit om schepen aan vast te meren – in verband waarmee de Staat schadevergoeding vordert. Meerstoelen zijn zaken die geen marktwaarde hebben, zij worden immers niet verhandeld. In beide gevallen wordt de beschadigde meerstoel niet hersteld. In de zaak *Meerstool I* wordt de meerstoel ten tijde van de aanvaring niet meer als meerstoel gebruikt, maar is deze bestemd als fundament voor een reeds in aanbouw zijnde sluiswerk. De Staat berekent de waarde van de meerstoel ‘als meerstoel’ door – kort gezegd – de bouwkosten te verminderen met de afschrijvingen en met de restantwaarde. Volgens de Hoge Raad oordeelt het hof met juistheid dat de aanvaring niet heeft geleid tot een waardevermindering van de meerstoel, nu de fundamentwaarde van de meerstoel door de aanvaring niet was aangetast en de meerstoel *als meerstoel* geen relevante economische waarde meer had.⁷²

In het arrest *Meerstool II* liggen de kaarten evenwel anders: de meerstoel is ten tijde van de aanvaring nog wel in gebruik, zij het zeer beperkt. De Staat stelt de schade op de (fictieve) kosten van herstel, terwijl Fongers meent dat de schade moet worden gesteld op de waarde van de meerstoel ten tijde van de aanvaring. Het hof wijst aan de eigenaar het bedrag van de fictieve herstelkosten toe, in welk oordeel besloten zou liggen dat de Staat een nadeel in het vermogen heeft geleden in de vorm van een waardevermindering. Dit houdt in cassatie stand, waarbij moet worden opgemerkt dat het op dit punt ging om een beslissing van het hof die als zodanig in cassatie niet is beoordeeld.⁷³ Niettemin heeft men over de uitkomst van de zaak stevige kritiek geuit in de literatuur. Salomons spreekt van ‘een resultaat dat weinig waardering verdient’.⁷⁴ Volgens van der Grinten is de afloop van de procedure ‘niet bevredigend’;

72. HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9029, NJ 1986/211 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Meerstool I).

73. HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, NJ 1986/212 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Meerstool II).

74. Salomons 1993, nr. 19.

zijn opvatting wordt gesteund door Sieburgh.⁷⁵ Van der Grinten meent dat, nu het een zaak betreft die niet verhandelbaar is, het niet herstellen erop wijst dat de meerstoel voor de eigenaar geen gebruiks- en geen rendementswaarde heeft.⁷⁶

In de zaak *Gemeente Rotterdam/Scheepvaartbedrijf Karbouw* draait het om de schade die de gemeente lijdt als gevolg van de aanvaring van een dukdalf – een in het water geplaatste paal, gesteund door schoorpalen, dienend om schepen aan vast te leggen of ter bescherming van bruggen en sluizen – door een duwboot. De gemeente ruimt de restanten op zonder de dukdalf te herstellen of te vervangen. Zij spreekt Karbouw aan tot vergoeding van de opruimingskosten en vordert tevens herstelkosten van de dukdalf. De rechtbank overweegt dat gesteld noch gebleken is dat de gemeente de dukdalf zelf gebruikte of er (financieel) belang bij had dat derden (roeiers e.d.) deze gebruikten. Uit het feit dat de gemeente de dukdalf na ruim zeven jaar niet heeft hersteld of vervangen volgt dat de gemeente dit kennelijk niet nodig en verantwoord achtte. Daaruit leidt de rechtbank af dat de relevante economische waarde van de dukdalf nihil was of zeer gering en dat de beschadiging daarvan geen werkelijke waardevermindering heeft opgeleverd. Voor een abstracte berekening daarvan, zoals voorgestaan door de gemeente, is geen plaats.⁷⁷ Aldus wordt uit latere feiten en omstandigheden afgeleid of de beschadigde zaak ten tijde van de beschadiging voor de eigenaar een relevante economische waarde vertegenwoordigde.

6.5.2 *Beschadiging van bomen*

Een vergelijkbaar probleem van ‘marktwaardeloosheid’ doet zich voor bij beschadiging van bomen (en ook andersoortige beplantingen). Niet alleen kan onduidelijk zijn of bomen een rechtens relevante vermogenswaarde vertegenwoordigen, maar zij zijn doorgaans ook lastig te herstellen, waardoor een herstelkostenbenadering geen soelaas kan bieden om een eventuele waardevermindering te begroten. Een oplossing zou dan kunnen zijn dat men in het kader van artikel 6:95 lid 1 BW uitgaat van een ‘fictieve’ economische waarde van een boom, om vervolgens een vermindering van die waarde te ‘construeren’.

De boomschadekwestie is aan de orde in het arrest *Liander/Gemeente Heiloo*. Bij graafwerkzaamheden raken de wortels beschadigd van een boom van de gemeente Heiloo. De gemeente laat de schade taxeren aan de hand van het Rekenmodel Boomwaarde, zoals opgenomen in de Richtlijnen van de Nederlandse Vereniging van Taxateurs van Bomen, dat is opgesteld voor gevallen waarin ‘boomschade’ niet kan worden begroot op basis van handels- of vervangingswaarde. Het model gaat uit van twee stappen: een waardeberekening en (op grond daarvan) een schadeberekening. De waardeberekening is gebaseerd op de ‘stichtingskosten’ die gemaakt moeten worden om een vergelijkbare boom op dezelfde locatie te krijgen. Men gaat daarbij uit van

75. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 36.

76. Van der Grinten 1986.

77. Rb. Rotterdam 8 maart 1991, ECLI:NL:RBROT:1991:AJ2639, S&S 1992/48 (*Gemeente Rotterdam/Scheepvaartbedrijf Karbouw*), r.o. 4.8-4.9.

een investeringsperiode waarin kosten worden gemaakt (voor aankoop, aanplant en beheer etc.) en waarin sprake is van waardeopbouw. Op het moment waarop de functievervulling aanvang neemt, vertegenwoordigt de boom de hoogste waarde; vanaf dat moment volgt een periode van jaarlijkse afschrijving tot het einde van de (functionele) levensduur. Aan de hand van het aldus veronderstelde waardeverloop kan naar een bepaald peilmoment de 'actuele boomwaarde' worden bepaald. Aan de hand van die waarde kan vervolgens de schade worden bepaald door zes (optionele) 'schadecomponenten' in rekening te brengen. De drie schadecomponenten 'vervroegde uitval', 'risico van uitval' en 'verlies van functioneel weefsel' houden direct verband met de berekende boomwaarde en worden daarop in mindering gebracht. De componenten 'vervroegde uitval' en 'risico van uitval' kunnen niet tegelijk in rekening worden gebracht. Vindt vervroegde uitval plaats (binnen vijf jaar), dan wordt de actuele boomwaarde ineens afgeschreven en is de boomschade dus gelijk aan de contante boomwaarde; is sprake van een uitvalsrisico dan wordt dit aan de hand van een percentage op de actuele boomwaarde in mindering gebracht. De component 'verlies van functioneel weefsel', uitgedrukt in 'volumeschade', brengt de waardevermindering tot uiting die de boom ondergaat als gevolg van functieverlies, bijvoorbeeld wegens bast- of wortelschade. Vervolgens kunnen, indien van toepassing, de andere drie schadecomponenten ('behandelkosten', 'verhoogde beheerskosten' en 'bijkomende kosten') bij het waardeverlies worden opgeteld. Deze componenten houden geen direct verband met de berekende actuele boomwaarde.

In *Liander/Gemeente Heiloo* overweegt het hof dat het nadeel dat de eigenaar van een boom lijdt als gevolg van de beschadiging, naast kosten ter bevordering van het (zelf) herstel van de boom, bestaat in de omstandigheid dat volledig herstel in de oorspronkelijke functie onzeker is en in elk geval tijd vergt. De eigenaar zit na de beschadiging immers met een kwetsbaardere en/of tijdelijk en wellicht blijvend minder toonbare boom. Volgens het hof leidt dit nadeel tot een rechtens relevante waardevermindering, overwegende dat de waarde die de aanwezigheid van een gezonde boom ter plaatse vertegenwoordigt mede tot uitdrukking komt in de kosten die de gemeente *bereid is* te maken om die aanwezigheid te faciliteren: indien een beschadiging ertoe leidt dat een boom voortijdig uitvalt of deze al dan niet tijdelijk zijn functie niet of minder goed kan vervullen, kunnen deze kosten worden geacht hun doel in zoverre te hebben gemist, aldus het hof. Die gedachte biedt volgens het hof een 'valide, bij de aard van de boomschade passend uitgangspunt' om het nadeel dat de gemeente door de beschadiging van de boom lijdt wanneer herstel niet meteen mogelijk is, op doelmatige en rechtvaardige wijze op te heffen. Dit houdt geen stand bij de Hoge Raad:

'Indien een boom wordt beschadigd zonder dat dit noodzaakt tot vervanging (...), laat dit onverlet dat die boom tot het moment van de beschadiging de functie die hij voordien had steeds in volle omvang heeft vervuld en nadien ten dele nog vervult. Daarom kan de begroting van de schade niet worden gestoeld op het uitgangspunt dat de kosten die in het verleden zijn gemaakt om het genot van de boom te verkrijgen en te behouden, geacht moeten worden hun doel te hebben gemist.'⁷⁸

78. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. S.D. Lindenberg (Liander/Gemeente Heiloo), r.o. 3.4.2.

Mijns inziens leest de Hoge Raad hier ten onrechte in het hofarrest een schadebegroting gebaseerd op het leerstuk van de vergeefs gemaakte kosten, nu het hof juist aansluiting zoekt bij de leer van de waardeverminderingsschade bij zaaksbeschadiging.⁷⁹

Niet alleen kan een fictieve economische waarde het mogelijk maken in gevallen van boombeschadiging – in gevallen waarin geen noodzaak is tot vervanging – een rechtens relevante vermogensschade te ‘construeren’, men kan bovendien aannemen dat de schade in de vorm van het waardeverlies *onmiddellijk* intreedt op het moment van de beschadiging. Een dergelijke *ex ante* schadevaststelling kan aantrekkelijk zijn omdat in het bijzonder bij bomen dikwijls pas na vele jaren blijkt of en zo ja, in hoeverre de boom zich herstelt, en of de boom door de aantasting vervroegd uitvalt. Dat – lange – tijdsverloop kan de schadeafwikkeling bemoeilijken.

In *Liander/Gemeente Heiloo* overweegt het hof dat het met de doelstellingen van het schadevergoedingsrecht en met het bepaalde in artikel 6:97 BW zou stroken een model op te stellen waarmee de schade aan ‘gewone park-, laan- en straatbomen’, die frequent en op grote schaal voorkomt, snel en doelmatig af te wikkelen. Dat belang lijkt volgens het hof te worden gediend door een methode zoals die van het Rekenmodel Boomwaarde, waarmee wordt beoogd de schade zoveel mogelijk ineens en kort na de beschadiging te begroten. Liander stelt zich op het standpunt dat dan zou worden ‘geabstraheerd’ van de omstandigheid of er schade is geleden, nu dat pas (veel) later zou kunnen blijken, maar daar gaat het hof niet in mee. Te dien aanzien overweegt het hof dat als men uitgaat van de gedachte dat een relevante beschadiging (een aantasting van de functie) op zichzelf reeds (vermogens)schade kan vertegenwoordigen, de methode van het rekenmodel ‘niets wezenlijk anders inhoudt’ dan het begroten van de schade aan de hand van het schatten van de goede en kwade kansen. Volgens het hof verdient een dergelijke aanpak – begroting bij voorbaat – in het algemeen de voorkeur, nu beschadigingen als de onderhavige in grote aantallen voorkomen, en vaak een ruime mate van tijd zal zijn verstreken voordat duidelijk is geworden of de boom zich heeft weten te herstellen. Het afwachten van een eindtoestand bergt het risico in zich dat in een later stadium kostbare procedures moeten worden gevoerd over de vraag of de boomuitval in causaal verband staat met de beschadiging. Het tijdsverloop zou een ‘zo dicht mogelijk bij de werkelijkheid komende’ schadeberekening compliceren, aldus het hof. Het hof acht bovendien niet onaannemelijk dat Liander daar een ‘ongerechtvaardigd voordeel’ bij zou hebben, als de gemeente vanwege de bewijsproblemen en de te verwachten kosten uiteindelijk van aansprakelijkstelling zal afzien. Het risico dat Liander in een concreet geval op voorhand ‘uitvalschade’ betaalt terwijl de boom zich later volledig blijkt te herstellen, kan volgens het hof bij een juiste vaststelling van de goede en kwade kansen worden gerechtvaardigd doordat in andere gevallen, waarin onverhoopt toch volledige uitval van de boom volgt, slechts een deel van die schade wordt vergoed. Bevoordeling en benadeling vallen dan tegen elkaar weg, aldus het hof.⁸⁰ De Hoge Raad volgt het hof hierin niet, en houdt het (slechts) bij algemene bewoordingen:

79. Uitvoerig Hebly 2018.

80. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3535, r.o. 4.13-4.14.

‘Vaak zal onzekerheid bestaan over enerzijds de ontwikkeling van het zelfherstel van de boom na de beschadiging en anderzijds de ontwikkeling in het hypothetische geval zonder de beschadiging. In zodanige gevallen kan een afweging van goede en kwade kansen op bezwaren stuiten die aan directe algehele begroting op basis van een schatting in de weg staan. Een algemene regel als door het hof (...) gegeven kan daarom niet worden aangenomen.’⁸¹

Het door het hof gesignaleerde risico dat in een later stadium de schadevaststelling door het verstrijken van tijd wordt gecompliceerd is reëel. Zo kan bijvoorbeeld discussie ontstaan omtrent de vraag of het weghakken van boomwortels als (de) oorzaak moet worden gezien van het latere omwaaien van een boom.⁸² Zo kan men soms na vijf⁸³ of zeven⁸⁴ jaar – lopende de procedure – nog feitelijk vaststellen dat geen sprake is van (verdere) verslechtering van de toestand van de boom. Berekent men evenwel naar een eerder moment een waardevermindering (mede) op basis van het naar dat moment ingeschatte risico van vervroegde uitval, dan zijn dergelijke gebeurtenissen van later datum in beginsel niet relevant.

6.6 SLOT

Zaakschade vormt, gezien vanuit het in deze studie centraal gestelde tijdsperspectief, een bijzondere categorie vanwege het typische momentane karakter van de schade, voor zover sprake is van beschadiging of verlies van een zaak met een waarde in het economisch verkeer. Het ogenblikkelijke karakter van de waardeverminderingsschade vloeit voort uit het begrip economische waarde, een begrip dat de Hoge Raad min of meer expliciet maar in elk geval *consequent* hanteert in zijn zaakschadejurisprudentie.

De kern van die rechtspraak is dat bij zaaksbeschadiging aanspraak bestaat op vergoeding van het vermogensnadeel dat de eigenaar van een zaak doorgaans *onmiddellijk* lijdt in de vorm van een waardevermindering (bij zaaksbeschadiging) of een waardeverlies (wanneer de zaak verloren gaat). Goed beschouwd wordt niet ‘geabstraheerd’ van de vraag of de eigenaar de zaak heeft hersteld of vervangen: de vergoeding kan weliswaar ter financiering van herstel of vervanging van de zaak worden aangewend, maar is niet primair gebaseerd op de kosten daarvan. De vermogensschade wordt reeds onmiddellijk geleden wanneer een zaak, die een waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigt, in waarde daalt door de gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. De ‘ogenblikkelijkheid’ van het waardeverlies maakt dat gebeurtenissen van later datum niet relevant zijn: bij zaaksbeschadiging wordt het vermogensnadeel immers reeds geleden *voor* en *onafhankelijk van* herstel. Wat betreft de schadevast-

81. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. S.D. Lindenberg (Liander/Gemeente Heiloo), r.o. 3.5.3.

82. Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2126.

83. Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:44.

84. Hof Den Haag 23 maart 1995, ECLI:NL:GHSGR:1995:AK3504, VR 1996/29.

stelling wordt de tijd in zoverre 'stilgezet' dat een onmiddellijke waardering van het verlies van economische waarde in beginsel beslissend is.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat slechts in bijzondere gevallen de vergoedingsaanspraak van de eigenaar *niet* is beperkt tot het bedrag van de waardevermindering, en hij dus kan overgaan tot herstel op kosten van de aansprakelijke ondanks dat de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Het ligt dan ook niet voor de hand uit te gaan van een keuzerecht van de benadeelde als zou hij mogen kiezen tussen de directe, 'abstract berekende' waardeverminderingsschade en de latere, 'concrete' herstelkosten, laat staan dat hij mag kiezen voor de variant die 'rentetechisch' voor hem het meest gunstig is. Die keuzevrijheid zou naar mijn inschatting ook geen prangend probleem oplossen. Mijns inziens ligt veeleer voor de hand het herstelrisico te wegen bij de waardering van de schade: is herstel mogelijk en verantwoord, maar is de investering in herstel een onzekere, dan ligt het immers voor de hand dat die onzekerheid mede bepalend is voor de omvang van de waardevermindering. Staat een redelijk handelende koper voor de keuze tussen de beschadigde zaak of haar onbeschadigde alternatief, dan zal hij wat betreft het bedrag dat hij voor de beschadigde zaak overheeft immers geen genoegen nemen met een louter aftrek van geanticipeerde herstelkosten. De waarde(vermindering) wordt mede bepaald door het risico waarmee een investering in herstel gepaard gaat. Het gaat dus niet om een nieuwe, bijkomende schadepost, maar om een omstandigheid die bij de begroting van de waardeverminderingsschade relevant kan zijn.

Wat betreft het tijdsaspect ligt een en ander gecompliceerder wanneer sprake is van een zaak die door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in economische waarde daalt maar waarbij die waardedaling niet is toe te schrijven aan een fysieke beschadiging. Er is dan niet een eenduidig moment aanwijsbaar waarop de te vergoeden waardevermindering intreedt. Dat staat aan schadevergoeding niet in de weg: als het *bestaan* van een waardevermindering als zodanig vaststaat en slechts het *peilmoment* onbepaald is, ligt het mijns inziens voor de hand om, indachtig de regel dat de rechter de schade moet schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, een 'redelijk' peilmoment te hanteren waarop de schade dan moet worden geacht te zijn geleden.

Ook kan zich de situatie voordoen waarin weliswaar sprake is van de beschadiging van een zaak, maar niet kan worden gerefereerd aan een economische waarde (marktwaarde), zoals bij voor gebruik door het publiek bestemde zaken en bij beschadigde bomen. Voor zover deze zaken vatbaar zijn voor herstel of vervanging, kan de benadeelde – uiteraard binnen de grenzen van de redelijkheid – op kosten van de aansprakelijke daartoe overgaan. De schade wordt dan niet gewaardeerd naar het moment van beschadiging, omdat er op dat moment (nog) geen sprake was van een rechtens relevant vermogensnadeel.

Bij personenschade gaat het – kort gezegd – om schade als gevolg van de aantasting van de menselijke persoon of persoonlijkheid. Men kan bij personenschade denken aan schade die het gevolg is van aantasting van de fysieke of psychische integriteit van de menselijke persoon, maar ook – ruimer – aan schade die het gevolg is van ander-soortige aantastingen van de menselijke persoonlijkheid, zoals vrijheidsberoving, aantasting van de persoonlijke levenssfeer en schending van andere fundamentele rechten.¹ In veel gevallen gaat het om schade voortvloeiend uit letsel of overlijden. Men zou kunnen zeggen dat het letsel of het overlijden in die gevallen de feitelijke *bron* vormt van schade die voor vergoeding in aanmerking komt, oftewel vermogensschade of ander nadeel (artikel 6:95 lid 1 BW).²

In dit hoofdstuk worden drie schadesoorten behandeld die niet alleen in de praktijk veel aandacht krijgen – het gaat om dikwijls omvangrijke schadeposten – maar bij uitstek ook vanuit tijdsperspectief interessante figuren vormen. Het gaat om verlies van arbeidsvermogen (paragraaf 7.2), derving van levensonderhoud bij overlijden (paragraaf 7.3) en ander nadeel dan vermogensschade (paragraaf 7.4). Deze categorieën staan hier model voor de problematiek van de duurschade (waarover ook paragraaf 3.3.6.3), hetgeen verklaart waarom de factor tijd hier van belang is: ten aanzien van duurschades doen zich bijzondere problemen voor omdat dergelijke schades deel voor deel met het verstrijken van de tijd opkomen. Het schadebeloop laat zich niet steeds eenvoudig vaststellen, in de kern omdat de schade zich dikwijls uitstrekt over een lang tijdvak: om een reëel beeld van de schade te verkrijgen moet men in beginsel rekening houden met alle (op de positie van de benadeelde betrekking hebbende) feiten en omstandigheden die optreden na de gebeurtenis waaruit de aansprakelijkheid voortspuit. Het kan daarbij gaan om een ‘langlopende’ vergelijking aan de hand van *twee hypothetische situaties*: men weet niet hoe de situatie zonder ongeval zich zou hebben ontwikkeld, maar voorzover het de toekomst betreft weet men evenmin hoe de situatie na ongeval zich zal gaan ontwikkelen. In de praktijk bestaat – mede indachtig de gedachte dat de schadezaak als zodanig niet aan herstel van het slachtoffer in de weg zou moeten staan – evenwel een algemene voorkeur voor een (voor)tijdige, definitieve schadeafwikkeling. Schade die zich over een langere periode uitstrekt wordt daartoe dikwijls ‘vastgepind’ op een enkel beoordelingsmoment.³ Deze tijdsdynamiek in de sfeer van de personenschade staat in dit hoofdstuk centraal. De problema-

1. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 2.

2. Lindenbergh 1998, p. 79-80.

3. Vgl. Lindenbergh 2008a, p. 118.

tiek van de kapitalisatiepeildatum voor toekomstige schade en het ingangsmoment van de wettelijke rente daarover is in paragraaf 4.5.5 uitvoerig behandeld en komt in dit hoofdstuk niet meer aan de orde.

7.2 VERLIES VAN ARBEIDSVERMOGEN WEGENS LETSEL

7.2.1 *Afbakening*

Wanneer iemand als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is niet meer in staat is (en zal zijn) arbeid te verrichten, kan aanspraak bestaan op vergoeding van de daaruit voortvloeiende vermogensschade. Ruim gedefinieerd gaat het bij arbeidsvermogensschade niet alleen om de onmogelijkheid *betaalde* arbeid te verrichten, maar ook om het verlies van mogelijkheden in de eigen leefomgeving arbeid te verrichten waar geen geld tegenover staat voor het slachtoffer: denk aan huishoudelijke taken en onderhoud van huis en tuin, voor de uitvoering waarvan hij als gevolg van het ongeval wel kosten moet gaan maken.⁴ Arbeidsvermogensschade wordt binnen het domein van de personenschade niet alleen gezien als de qua omvang veelal belangrijkste schadepost, maar ook als de meest problematische wat betreft haar begroting.⁵

Ik spreek in dit verband – in navolging van praktijk en rechtspraak – van ‘arbeidsvermogensschade’, ‘verminderd arbeidsvermogen’ of ‘verlies van arbeidsvermogen’, waar het wellicht treffender is te spreken van inkomstenderving of inkomensschade. In de praktijk spreekt men vooral om fiscale redenen van verlies van arbeidsvermogen, waar ‘inkomensschade’ een belaste bron suggereert.⁶ Ook in de wetsgeschiedenis wordt gesproken van ‘schade door verminderd arbeidsvermogen’.⁷ Onder arbeidsvermogensschade kan men evenwel ook – ruimer – verstaan de onmogelijkheid om *onbetaalde* arbeid te verrichten, zoals het uitvoeren van huishoudelijk werk, tuinonderhoud etc. Uit dergelijk verlies van zelfwerkzaamheid kan ook vermogensschade voortvloeien: door het letsel moeten taken worden uitbesteed die het slachtoffer voorheen zelf kon uitvoeren. Ook in artikel 10:202 PETL herkent men een ruime benadering van het begrip *impairment of earning capacity*, namelijk waar wordt uitgegaan van vergoedbaarheid *‘even if unaccompanied by any loss of income’*. De schade bestaat dan (ook) uit de kosten die moeten worden gemaakt voor vervangende hulp.

7.2.2 *Momentschade of duurschade*

Een klassiek probleem van schadevergoedingsrecht betreft de vraag *wanneer* arbeidsvermogensschade wordt geleden, juist omdat dit soort schade per definitie een toekomstblik vergt. Men komt doorgaans twee benaderingen tegen: de schade wordt in

4. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 17.

5. Akkermans 2003, p. 96.

6. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 25.

7. TM, PG Boek 6, p. 365.

haar geheel geleden op het moment van het ongeval, of deel voor deel, telkens op de momenten waarop de gederfde inkomsten zouden zijn genoten. De theorie dat arbeidsvermogensschade geheel en onmiddellijk wordt geleden op het moment van het ongeval steunt voornamelijk op de gedachte dat op dat tijdstip aan de benadeelde de *mogelijkheid* wordt ontnomen in de toekomst inkomen uit arbeid te verwerven. Die mogelijkheid wordt dan geacht op geld waardeerbaar te zijn. Daarnaast wordt aangevoerd dat het doelmatig is de (gehele) schade vast te stellen naar het moment van het ongeval.

Zo stelt Langemeijer dat het in gevallen van personenschade zou gaan om schade die wel *voortvloeit uit* en ook wel *voorzienbaar is* op grond van het ongeval, maar eerst in later tijd in geldelijk nadeel tot uiting komt. Volgens hem moet deze schade worden geacht te zijn geleden op het ogenblik waarop zich voor het eerst de omstandigheid voordoet die enerzijds naar verkeersopvattingen als schade wordt beschouwd en anderzijds de meer concrete schadeposten voorzienbaar maakt. Langemeijer benadrukt dat deze benadering bovendien het meest doelmatig is:

‘Theoretisch zou men wellicht sterk kunnen twijfelen, wat eigenlijk de schade is, een dergelijke gebeurtenis dan wel de uitgaven en het uitblijven van ontvangsten, waartoe zij leidt, en ook kan gezegd worden, dat het positieve recht tot het beantwoorden van die vraag niet veel materiaal bijdraagt. Wel echter schijnt mij het hier verdedigde antwoord het aangewezen, omdat het ‘t enige is, dat bij de toepassing van het recht doelmatig kan worden gehanteerd. Immers, het moge een enkele maal aantrekkelijk zijn, dat de schade bij gedeelten en dan in zover later en nauwkeuriger wordt bepaald, over de gehele lijn gerekend kan dit slechts tot grote omslag, tot verveelvoudiging van geschillen en bij lang verloop van tijd tot grote bewijsmoeilijkheden leiden.’⁸

Van Opstall voert aan dat de mogelijkheid arbeid te verrichten als zodanig verloren kan gaan, en als zodanig op geld waardeerbaar is in het kader van de schadevaststelling. Van Opstall verstaat namelijk onder schade de ‘ontneming of vermindering van gunstige mogelijkheden of van gunstige kansen aan de schuldeiser’. De logische uitwerking daarvan komt dan hierop neer dat reeds sprake is van arbeidsvermogensschade wanneer een gebeurtenis de schuldeiser een *mogelijkheid of kans* ontneeft om zich door arbeid geld te verschaffen.⁹

Vanuit economisch perspectief wordt wel het standpunt betrokken dat de *mogelijkheid* tot het verrichten van arbeid als zodanig objectiveerbaar en op geld waardeerbaar is. Dat zou ook van betekenis zijn voor de inhoud van het begrip schade en, in het verlengde daarvan, voor het moment waarnaar zij moet worden vastgesteld. Die potentie tot het vergaren van inkomsten uit arbeid kan immers met het ongeval onmiddellijk teloorgaan. In de woorden van Vis:

8. Concl. P-G Langemeijer bij HR 7 november 1958, ECLI:NL:HR:1958:146, NJ 1960/177 (Leijgraaff/NS).

9. Van Opstall 1976, p. 177.

‘Schade kan (...) worden toegebracht aan mensen. Dat betekent dat een economisch subject als te waarderen object wordt beschouwd. (...) Mensen zijn aanbieders van de productiefactor arbeid. Het opbrengstgenererend vermogen van een individu hangt af van zijn mogelijkheden de aanwezige arbeidskracht economisch te benutten. De economische waarde van een mens, daarbij wordt volledig voorbij gegaan aan zaken als affectieve en emotionele waarde, zit in de potentie tot het laten materialiseren van toekomstige opbrengsten. Als die potentie door verwijtbaar handelen, al dan niet tijdelijk, teloor gaat, verandert de economische positie en situatie van het desbetreffende subject. Ook in dit geval dient, bij het toekennen van een vergoeding, de economische positie en situatie te worden hersteld.’¹⁰

Bij Vis staat aldus het *ex ante* karakter van het begrip economische waarde centraal: men kan volgens zijn economische benadering van schade slechts uitgaan van de verwachtingen (potentie) op het moment vanaf welk het slachtoffer niet meer in staat is zijn arbeidskracht te benutten.

Volgens de andere – meer gangbare – leer gaat het om ten tijde van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis *toekomstige* schade, die telkens bij gedeelten wordt geleden op de momenten waarop daadwerkelijk door het slachtoffer inkomen zou zijn genoten als het ongeval daaraan niet in de weg had gestaan. Zo bezien heeft arbeidsvermogensschade het karakter van een duurschadepest. Volgens Bloembergen gaat het hier om een schade die niet op een enkel tijdstip maar ‘voortdurend ontstaat’, en ontstaat dus ook de verbintenis tot het vergoeden van de schade deel voor deel in de toekomst.¹¹ Bij inkomensderving gaat het volgens hem niet om een directe vermogensvermindering, maar om het uitblijven van een vermogensvermeerdering: het inkomen zou vanaf het moment van het ongeval periodiek in het vermogen van de benadeelde terecht zijn gekomen. Daaruit vloeit volgens Bloembergen voort dat de schade telkens wordt geleden op het moment waarop de inkomsten in het vermogen van de benadeelde terecht zouden zijn gekomen. De andere benadering zou in zijn ogen te ver van de realiteit afstaan: het zou bij schadevergoeding niet moeten gaan om min of meer abstracte mogelijkheden en kansen die teloorgaan, maar om *werkelijk* inkomensverlies. Bloembergen speelt – later – wel nog met de gedachte van een ‘abstracte schadeberekening’ in die zin dat men wellicht zou kunnen zeggen dat het slachtoffer ‘op het tijdstip van de beschadiging van zijn lichaam een nadeel in zijn vermogen lijdt ter grootte van het bedrag dat hij nog met dat lichaam had kunnen verdienen’. Volgens hem gaat die parallel met de abstractie bij zaaksbeschadiging evenwel niet op, omdat ‘een mens nu eenmaal geen viaduct is’ en het niet zozeer om een waardevermindering gaat maar om schade als gevolg van de *ontneming van de gebruiksmogelijkheid van het lichaam*; ook ten aanzien van schade als gevolg van de ontneming van de gebruiksmogelijkheid van een zaak pleegt men een ‘concreet’ begrip schade te hanteren.¹² Ook Spier meent dat de opvatting dat de schade reeds ten tijde van

10. Vis 2010, p. 133-134.

11. Bloembergen 1965, nr. 95.

12. Concl. wnd. A-G Bloembergen in zijn conclusie bij HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), nr. 2.5-2.7.

de schadeveroorzakende gebeurtenis ontstaat niet kan worden aanvaard. De schade laat zich volgens hem pas met enige zekerheid vaststellen wanneer zij ook 'materieel' is geleden. Het zou bovendien onwenselijk zijn wanneer de aansprakelijke over nog niet geleden schade wettelijke rente verschuldigd zou zijn.¹³ Akkermans zoekt een middenweg en betoogt dat inkomensschade bij letsel twee gezichten heeft, waarvan het ene bestaat uit de actuele schade die ontstaat op het moment van het ongeval (het verlies van mogelijkheden zich in de toekomst door arbeid inkomsten te verwerven) en het andere uit de toekomstige schade die periodiek ontstaat met het verstrijken van de tijd (het derven van inkomsten). Inkomensschade heeft volgens Akkermans een onvermijdelijk hybride karakter: het beloop van de actuele schade is in principe gelijk aan het (gekapitaliseerde) beloop van de toekomstige (de te verwachten inkomsten-derving). Die analyse spreekt theoretisch weliswaar aan maar leidt niet direct – zoals Akkermans ook toegeeft – tot gronden voor bepaalde rechtsgevolgen.

Het gaat hier allerm minst om slechts een theoretisch debat. Hoewel het hier behandelde probleem in het bijzonder aandacht heeft gekregen in het kader van de verjaring en dat van de wettelijke rente, is de keuze die op dit punt wordt gemaakt evenzeer van betekenis voor de schadevaststelling zelf. In essentie gaat het immers mede om de vraag naar de omlijning van de inhoud van het begrip schade, de vraag naar welk moment de schade moet worden vastgesteld en de vraag welke later opkomende feiten en omstandigheden van betekenis zijn. Bestaat de schade in het verlies van (de waarde van de) *mogelijkheden* zich in de toekomst door arbeid inkomsten te verwerven, dan wordt dat verlies onmiddellijk geleden en dient de schade, zijnde een *momentschade*, dus ook naar het moment van het verlies te worden bepaald. Een dergelijke benadering van de schade impliceert dat iemands persoonlijke verdien capaciteit een goed is dat wordt geacht deel uit te maken van het vermogen, en dat de vermogensschade zich dus laat waarderen aan hand van de theoretisch te realiseren (verkoop)waarde daarvan. Problematisch is nu juist dat iemands persoonlijke verdien capaciteit niet een goed is waarvan men de waarde ineens kan verzilveren. Volgens Hart en Honoré is dit cruciaal voor de vraag of sprake is van een *momentschade* of een *duurschade*: het menselijk lichaam is volgens hen niet een *capital asset* dat kan worden verkocht waardoor de volledige waarde daarvan ineens kan worden gerealiseerd, maar (slechts) een *income producing asset* dat kan worden aangewend om inkomsten te genereren. Daarom blijven latere gebeurtenissen wel buiten beschouwing bij de schadevaststelling wanneer een huis afbrandt, maar niet wanneer een persoon letsel oploopt.¹⁴ In dezelfde lijn redeneert Akkermans:

'Het zij onmiddellijk toegegeven dat (...) iemands arbeidsvermogen geen 'goed' is in de zin van een vermogensrecht, en dat een 'waardevermindering' daarvan niet kan blijken uit een verminderde marktwaarde. Men spreekt wel van iemands 'marktwaarde' op de arbeidsmarkt, maar doorgaans slechts in overdrachtelijke zin.'

13. Spier 1992, nr. 43.

14. Hart & Honoré 1985, p. 246.

Toch is daarmee voor hem de kous niet af:

‘Kijken wij (...) naar de inspanningen die in de maatschappij worden verricht om arbeidsvermogen te behouden, te verwerven of te verbeteren, dan lijkt de financiële waarde van dat arbeidsvermogen een moeilijk te ontkennen realiteit. Iemands arbeidsvermogen wordt, behalve door zijn aangeboren talenten, vooral bepaald door zijn fysieke en psychische gezondheid, en door zijn opleiding. Voor gezondheidszorg en onderwijs worden jaarlijks vele miljarden uitgegeven, niet alleen als onderdeel van de collectieve uitgaven maar ook door individuen. Alleen al met het oog op deze uitgaven kan een ongevalslachtoffer, dat het beroep waarvoor hij jarenlang studeerde niet meer kan uitoefenen, moeilijk worden voorgehouden dat hij door het ongeval als zodanig geen verlies met een financiële betekenis heeft geleden, maar dat hij pas in de toekomst financieel verlies zal lijden, wanneer hij periodiek met lagere inkomsten zal worden geconfronteerd. Alle inspanningen en uitgaven die hij heeft gedaan om zich voor zijn beroep te kwalificeren zijn voor niets geweest. Het is alleszins reëel wanneer de betrokkene dat verlies reeds van aanvang af kwalificeert als een actuele vermogensschade (...) waarvan de omvang overigens niet wordt bepaald door die inspanningen en uitgaven, maar door de baten die daartegenover hadden gestaan.’¹⁵

Akkermans verbindt daaraan niet de consequentie dat de schade wegens het verlies van arbeidsvermogen als momentschade moet worden aangemerkt.

7.2.3 *Schadebegroting langs twee lijnen*

7.2.3.1 *Toekomstige arbeidsvermogensschade*

Uit het voorgaande volgt dat arbeidsvermogensschade het karakter draagt van een duurschade. Dat betekent dat arbeidsvermogensschade van moment tot moment wordt geleden in een bepaald tijdvak na het ongeval. In de letselschadepraktijk is het gebruikelijk dat toekomstige (arbeidsvermogens)schade bij voorbaat wordt begroot om te worden vergoed door betaling van een bedrag ineens (waarover ook paragraaf 4.5).¹⁶ Dat betekent dat men vanaf dat punt de schade langs *twee onzekere lijnen* moet vaststellen: ook de situatie met ongeval is – voor zover het de toekomst betreft – immers onzeker. De ‘kunst’ is de totale schade vast te stellen op het daartoe meest geschikte moment. Het gaat daarbij uiteindelijk om een afweging tussen enerzijds het belang van een voortvarende afwikkeling van de schadezaak en anderzijds het belang van een zo nauwkeurig mogelijke schadebegroting, om doelmatigheid versus ‘precisie’. Die afweging moet worden begrepen tegen de achtergrond van artikel 6:105 BW (zie paragraaf 4.5.2).

Daarbij is het volgende van betekenis. Op een zeker moment neemt men doorgaans aan dat sprake is van een zekere (medische) ‘eindtoestand’: het letsel van het slachtoffer heeft zich zodanig ontwikkeld dat men vanaf een bepaald moment met meer zekerheid kan vaststellen in hoeverre de gewonde in de toekomst nog bepaalde arbeid

15. Akkermans 1998, p. 52-53.

16. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 24 en Storm, Kamp & Schön 1995, p. 208.

kan verrichten. Men spreekt ook wel van het ‘consolidatiemoment’.¹⁷ Het gaat niet zozeer om het moment waarop het slachtoffer van het letsel geheel is *hersteld*, als wel om het moment waarop het slachtoffer in een toestand verkeert waarin het mogelijk wordt geacht de *blijvende gevolgen* van het ongeval beter in te schatten. Is niet waarschijnlijk dat zich nog belangrijke verbeteringen of verslechtingen van het letsel zullen voordoen, dan kan de toekomstige schade op basis van de actuele toestand immers met een (iets) hogere graad van zekerheid worden vastgesteld.

7.2.3.2 De situatie met letsel

Het bestaan en de omvang van arbeidsvermogensschade wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het inkomen van de benadeelde in de feitelijke situatie na het ongeval en het inkomen dat de benadeelde in de hypothetische situatie zonder ongeval zou hebben verworven.¹⁸ Het gaat doorgaans om schade die door de tijd heen wordt geleden, van moment tot moment, en die in zoverre een vergelijking vergt – of eigenlijk een *reeks* van vergelijkingen – die zich over een langere tijdsperiode uitstrekt (zie paragraaf 3.3.6.3). Het duurzame karakter van de schade is hier dus problematisch. Storm, Kamp en Schön wijzen erop dat de verschiltheorie van Mommsen zonder aanpassing niet werkt:

‘Zonder aanpassing is deze formule (...) niet geschikt voor de berekening van inkomensderving, aangezien het element van de tijdsduur er niet in tot uitdrukking komt. Inkomensschade (...) bestaat uit het doorlopende verschil tussen het inkomen dat het slachtoffer zonder ongeval zou hebben verdiend (...) en het inkomen dat het slachtoffer ná het ongeval nog zal kunnen verdienen (...). De schade wordt per tijdseenheid geleden en de omvang van de per tijdvak geleden schade kan variëren.’¹⁹

Een en ander betekent dat ten aanzien van arbeidsvermogensschade het verloop van *twee lijnen* in kaart moet worden gebracht: een vergelijking moet worden gemaakt tussen het inkomen van de benadeelde in de periode na het ongeval en het inkomen dat de benadeelde in die periode zou hebben verworven in de situatie zonder ongeval.²⁰

Ten aanzien van de gevolgen van letsel voor het vermogen om arbeid te verrichten vormt het feitelijke herstel van het slachtoffer het uitgangspunt. Waar men per definitie geen enkele invloed meer heeft op het inkomen dat de benadeelde zou hebben verworven in de situatie *zonder* ongeval, ligt dat immers anders waar het gaat om het inkomen dat de benadeelde nog kan vergaren in de periode na het ongeval. De mate waarin het slachtoffer na een ongeval nog inkomen uit arbeid zal genieten bepaalt immers het (inkomens)verschil dat als schade wordt aangemerkt. Met betrekking tot de situatie na het ongeval is dan ook in de eerste plaats van belang vast te stellen in

17. Hartlief 2005, p. 160 en Storm, Kamp & Schön 1995, p. 199.

18. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (G./Goudse Schadeverzekeringen). Zie ook Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 20-21, Hartlief 2005, p. 160, Storm, Kamp & Schön 1995, p. 177-187 en Bloembergen 1965, nr. 75.

19. Storm, Kamp & Schön 1995, p. 178.

20. Hartlief 2005, p. 159-168, Akkermans 2003, p. 93-104 en Lindenberg 2008a, p. 118-124.

hoeverre sprake is van resterend arbeidsvermogen. In essentie moet steeds worden vastgesteld in hoeverre sprake is van arbeidsongeschiktheid als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Daarbij komt het aan op de betekenis die het letsel heeft voor de arbeid die door de benadeelde placht te worden verricht.²¹

Relevant in dit verband is dat bijzondere kwetsbaarheden aan de zijde van het slachtoffer, die ertoe leiden dat de gevolgen van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ernstiger zijn dan men 'normaliter' zou verwachten, in beginsel niet in de weg staan aan toerekening krachtens artikel 6:98 BW, ook niet als de schade uitzonderlijk lang voortduurt. In het *Posttraumatische neurose*-arrest gaat het om een 'neurotische depressie' veroorzaakt door aanrijding: strekt de aansprakelijkheid zich ook uit tot schade wegens arbeidsongeschiktheid voor zover de bijzonder lange duur van een depressie buiten de lijn der normale verwachtingen ligt? De Hoge Raad overweegt dat:

'indien voor iemand als gevolg van een aan de schuld van een ander te wijten aanrijding een – lichamelijk of psychisch – letsel ontstaat, die ander voor de daardoor veroorzaakte schade in de regel over de gehele met de genezing van dat letsel gemoeide tijd als een door zijn daad veroorzaakte schade aansprakelijk is' en 'dat daaraan de omstandigheid dat de genezing van het letsel langer duurt dan in de normale lijn van de verwachtingen ligt, op zich zelf niet afdoet en dit slechts anders is, indien de genezing van het letsel is of wordt belemmerd door bepaalde omstandigheden van zodanige aard, dat het uitblijven van de genezing niet meer als gevolg van de aanrijding aan de dader kan worden toegerekend.'²²

Bij het bepalen welke inspanningen van de gekwetste kunnen worden verlangd om zijn resterende arbeidscapaciteit aan te wenden, dient tot op zekere hoogte rekening te worden gehouden met het feit dat het de aansprakelijke is die verantwoordelijk is voor de positie waarin de benadeelde verkeert. Bij het bepalen van het (eventuele) resterende inkomen met letsel geldt dat het slachtoffer op grond van artikel 6:101 BW is gehouden te doen wat in redelijkheid van hem kan worden gevergd om de schade beperkt te houden. De benadeelde zal zelf de inkomstenderving moeten dragen die ontstaat wanneer hij niet doet wat vanuit een oogpunt van redelijke schadebeperking van hem mag worden verlangd.²³ Zijn gedragingen zijn immers *mede oorzaak* van het intreden van schade voor zover deze door hem in redelijkheid had kunnen worden beperkt (vergelijk paragraaf 5.5).

Men dient daarbij rekening te houden met een verschijnsel dat in het algemeen wel bekend staat als *secundaire ziektewinst*. Daarbij ligt de nadruk op negatieve effecten die samenhangen met de 'claimvoordelen' die het aansprakelijkheidsrecht tegenover het

21. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 20.

22. HR 9 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC0891, NJ 1972/360 m.nt. G.J. Scholten (Posttraumatische neurose).

23. Storm, Kamp & Schön 1995, p. 202, Keirse 2002, p. 69-79 en uitgebreid Keirse 2003.

letsel stelt: het verwickeld zijn in het afwikkelingsproces kan voor het slachtoffer een stimulans vormen om ziek te blijven. Akkermans en Van Wees merken hierover op:

‘Het proces trekt claimanten in een strijd van verwijten waarin ze worden aangemoedigd om de verantwoordelijkheid voor hun situatie aan anderen toe te schrijven en hun klachten aan te dikken. Mede hierdoor wordt hetgeen een slachtoffer is overkomen, voor hem een legitimatie om de eigen verantwoordelijkheid om iets van het leven te maken, af te schuiven naar het ongeluk, de aansprakelijke partij, of, meer algemeen, aan ‘ze’. Soms zijn benadeelden zo in hun slachtofferrol gekropen, dat ze geen andere mogelijkheden meer lijken te hebben dan fulltime slachtoffer te zijn.’²⁴

In het *Renteneurose*-arrest draait het om schade voortvloeiend uit de ‘neurotische behoefte’ om vergoeding te verkrijgen. Tijdens een carnavalsoptocht valt Henderson van een praalwagen en raakt hij door een wiel van de wagen gewond aan zijn voet. Vervolgens zijn hem ten gevolge van een misverstand door een politiefunctionaris enige slagen met een wapenstok toegediend. Na het voorval ontwikkelt Henderson gezondheidsklachten waarvan hij slecht herstelt, volgens medische rapporten omdat sprake zou zijn van ‘renteneurose, aggraviatie en querulerende gedragingen’. De Hoge Raad overweegt dat bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader zullen moeten worden toegerekend, ook al houdt die reactie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te verkrijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachtingen ligt. Een en ander zou volgens de Hoge Raad slechts anders zijn onder bijzondere omstandigheden, bijv. indien het slachtoffer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs — mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur — van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen. De Hoge Raad voegt daaraan toe, dat dit alles onverlet laat dat de persoonlijke predispositie van het slachtoffer ‘en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico’s voor het ontstaan van klachten’ wel een factor kunnen vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade.²⁵ Dat betekent dat (ook) ten aanzien van de hypothetische situatie zonder ongeval rekening wordt gehouden met de bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer (waarover hierna paragraaf 7.2.3.3).

Ook zij bedacht dat de schadeafwikkeling als zodanig een belasting kan vormen voor het slachtoffer. Gaat het om de situatie met letsel, dan dient men de psychologische impact van aansprakelijkheidsprocedures in ogenschouw te nemen. Bij het verschijnsel dat wel bekend staat als *secundaire victimisatie* gaat het om de negatieve effecten die samenhangen met onaangename ervaringen die het afwikkelingsproces voor het

24. Akkermans & Van Wees 2007, p. 107.

25. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137 m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*), r.o. 3.3. In gelijke zin HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4960, NJ 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (*Joe/Chicago Bridge*), r.o. 3.3.

slachtoffer meebrengt. Secundaire victimisatie in relatie tot het aansprakelijkheidsrecht is een zekere vorm van 'hernieuwd slachtofferschap' als gevolg van het letsel-schadeproces, bijvoorbeeld door het feit dat men voortdurend bezig is met het in kaart brengen van de gevolgen van een gebeurtenis die men liever achter zich laat, of door de bejegening van het slachtoffer door 'zakelijk' betrokkenen, zoals belangenbehartigers, de veroorzaker, verzekeringsmaatschappijen, artsen etc. Dit mechanisme wordt sterker naarmate het proces als zodanig langer duurt.²⁶ Aan het woord is Vermetten:

'Succesvolle therapie en een lopend juridisch proces gaan niet goed samen; "beter worden" kan inhouden dat de claim wel eens niet zo hoog kan uitvallen, of juist helemaal niet wordt uitgekeerd. Hoewel sommige studies laten zien dat het effect niet zo groot is (...), blijkt in de praktijk dat juridische procesvoering haast altijd een stagnerend effect op de evolutie van de behandeling heeft, in het bijzonder als het lang (enkele jaren) gaat duren. Niet zelden geldt een juridisch conflict als een relatief uitsluitingscriterium voor psychotherapeutische behandeling.'²⁷

Vanuit het oogpunt van gezondheidsherstel kan dus belang bestaan bij een voortvarende schadeafwikkeling.

Is eenmaal vastgesteld in welke mate de benadeelde door het letsel beperkt is om arbeid te verrichten, dan moet worden bezien in welke mate hij daardoor in financieel opzicht wordt getroffen.²⁸ Niet de mate van invaliditeit of arbeidsongeschiktheid maar de *vermindering van inkomsten* die daarvan het (te verwachten) gevolg is vormt immers de te vergoeden vermogensschade. Dikwijls wordt de inkomenspositie van de benadeelde na het ongeval beïnvloed door allerlei voorzieningen die door het ongeval als zodanig worden 'geactiveerd', zoals uitkeringen uit schade- en sommenverzekeringen of krachtens sociale verzekeringswetten etc. Ook kan men denken aan kostenbesparingen, bijvoorbeeld doordat de benadeelde door zijn letsel bepaalde activiteiten tijdelijk of blijvend niet kon verrichten, of aan uitkeringen uit vrijgevigheid. Een belangrijke vraag is in hoeverre deze 'voordelen' in aanmerking komen voor toerekening krachtens artikel 6:100 BW en, in het verlengde daarvan, op welk(e) moment(en) deze de benadeelde toevallen (waarover paragraaf 5.4.2). Relevant daarbij is de vraag in hoeverre een derde, die heeft voorzien in het voordeel, een recht van regres toekomt, omdat anders de schade ten onrechte niet uiteindelijk door de aansprakelijke zou worden gedragen.²⁹ Uiteindelijk moet steeds worden bepaald in hoeverre een bepaald voordeel met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis in *condicio sine qua non*-verband staat en zo ja, of het redelijk is het voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening te brengen.

26. Cotti e.a. 2004 en Akkermans & Van Wees 2007, p. 106.

27. Vermetten 2003, p. 77.

28. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 20.

29. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 51-52.

7.2.3.3 De hypothetische situatie zonder letsel

Leidt het ongeval tot langdurig of blijvend verlies van arbeidsvermogen, dan moet bij de schadevaststelling worden uitgegaan van een hypothetisch scenario dat zich over een langere tijdspanne uitstrekt. Daarin schuilt een belangrijke complicatie: naarmate de schadeperiode langer is, neemt het fictionele gehalte van het verhaal over de hypothetische situatie zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis immers toe.³⁰ Dat het resultaat van de schadevaststelling een toenemend fictief gehalte heeft naarmate de schade – ten opzichte van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – op een verder in de tijd gelegen moment wordt geleden, werkt niet zonder meer in het nadeel van het slachtoffer. In beginsel rusten op hem weliswaar de stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade, maar in dit verband mogen volgens bestendige rechtspraak van de Hoge Raad geen strenge eisen worden gesteld, nu het de aansprakelijke is die ervoor verantwoordelijk kan worden gehouden dat de situatie zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis nimmer realiteit is geworden en per definitie onzeker is (zie ook paragraaf 4.5). Bij de beoordeling van de hypothetische situatie komt het daarom aan op redelijke verwachtingen.³¹ De benadeelde moet dus stellen en bij voldoende betwisting bewijzen wat de ‘redelijke verwachtingen’ zijn van zijn hypothetische arbeidsvermogen zonder letsel; de rechter zal uiteindelijk door schatting op grond van artikel 6:97 BW de knoop moeten doorhakken. Het inschatten van wat naar redelijke verwachtingen zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie zonder ongeval is in een concreet geval bepaald geen sinecure. Het inkomen van het slachtoffer in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou immers hebben afgehangen van allerlei omstandigheden.

In de eerste plaats kunnen die omstandigheden zijn gelegen *binnen de eigen invloedssfeer* van het slachtoffer: men zou het arbeidzame leven nu eenmaal ten dele hebben ingericht naar eigen inzicht. Bij omstandigheden in de invloedssfeer van de benadeelde kan men denken aan de vraag of het slachtoffer, in de situatie waarin een ongeval hem niet arbeidsongeschikt had gemaakt, ervoor zou hebben gekozen op een zeker moment een *jobswitch* te maken die invloed zou hebben op zijn verdienniveau, of op een bepaald moment tijdelijk of definitief niet meer aan het arbeidsproces deel te nemen. In het arrest *Van Sas/Interpolis* speelde de vraag of het slachtoffer, een 46 jaar oude, heringetreden lerares die 13 uren per week onderwijs gaf in steno en typen en die een cursus volgde in computerkunde en automatisering, in de situatie zonder ongeval tot haar 65ste jaar haar beroep zou hebben uitgeoefend. Erg waarschijnlijk werd dat door de aansprakelijke niet gevonden, omdat het aantal vrouwen met een baan in het onderwijs dat tot het 65e jaar blijft werken en geen gebruikmaakt van de mogelijkheid eerder uit te treden volgens statistische gegevens verwaarloosbaar klein zou zijn. Zou dit slachtoffer van die mogelijkheid wel of geen gebruik hebben gemaakt? De Hoge Raad overweegt dat de rechter met het verlies van een voorheen bestaande keuzemogelijkheid zo veel mogelijk in het voordeel van de benadeelde rekening kan houden, maar dat dat niet zo ver gaat dat moet worden uitgegaan van

30. Nieuwenhuis 2005, p. 91, Kolder 2015, p. 26 en Viaene 1976, p. 312.

31. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (Vehof-Vasters/Helvetia) en HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Sas/Interpolis).

het vermoeden dat de keuzemogelijkheid ook zou zijn gerealiseerd, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer reden wordt gevonden het tegendeel aan te nemen.³²

Daarnaast zou het inkomen dat de benadeelde in de hypothetische situatie zonder ongeval zou hebben verworven – uiteraard – ook zijn beïnvloed door *buiten zijn keuzesfeer gelegen factoren*. Het kan gaan om meer algemene risico's en kansen, zoals het risico van werkloosheid in een periode van laagconjunctuur en de kans op loonstijging bij economische groei, maar ook om meer persoonsgebonden risico's, bijvoorbeeld in verband met de gezondheid van het slachtoffer. Met name die laatste risico's kunnen gevoelig liggen, juist omdat het gaat om factoren die specifiek de persoon van de benadeelde betreffen: diens persoonlijke kwetsbaarheden komen dan in beeld. Verschillende auteurs menen dat dit normatieve consequenties zou moeten hebben. Zo bepleit Kolder in dit verband dat ter vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds aspecten gelegen binnen de constitutie van de benadeelde partij en anderzijds de daarbuiten gelegen factoren. Met aspecten binnen de constitutie doelt hij op 'in de persoon' van het slachtoffer gelegen factoren, die veelal betrekking hebben op de lichamelijke en geestelijke gezondheid van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten, terwijl het bij daarbuiten gelegen factoren veelal zal gaan om (omgevings)factoren zoals sociaal-maatschappelijke en economische aspecten. Kort gezegd meent Kolder dat in het eerste geval voldoende concrete aanwijzingen nodig zijn voor een 'korting' op de schade. Met het afdingen op de persoon van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten zou volgens hem terughoudendheid moet worden betracht, zeker door degene die in de eerste plaats het ongeval veroorzaakte. Volgens Kolder is in dat geval in feite nogmaals sprake van een aantasting van de persoon(lijke integriteit) van het slachtoffer: na de inbreuk op zijn lichamelijke en/of geestelijke integriteit door het ongeval is deze integriteit opnieuw in het geding wanneer het slachtoffer wordt voorgehouden dat het met de schade wel zou meevallen omdat hij nu eenmaal 'een kneus' is.³³ In dezelfde lijn redeneert bijvoorbeeld ook Akkermans, die meent dat de maatstaf zou moeten zijn dat het *zodanig aannemelijk* moet zijn dat de predispositie ook in de hypothetische situatie zonder ongeval tot relevante beperkingen zou hebben geleid, dat het ten opzichte van de aansprakelijke partij *niet langer redelijk* is om van het tegendeel uit te gaan. Volgens Akkermans komt in het aansprakelijkheidsrecht namelijk een zeker gewicht toe aan de omstandigheid dat de benadeelde nu eenmaal het 'lijdende voorwerp' is van de onrechtmatige daad of wanprestatie van een ander. Zijns inziens betekent dit dat aan de benadeelde ten aanzien van de hypothetische situatie zonder ongeval een bepaald voordeel van de twijfel toekomt.³⁴

Na het ongeval kunnen zich ontwikkelingen voordoen, die van betekenis zijn voor de bepaling van het inkomen dat de benadeelde in de hypothetische situatie zon-

32. HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Sas/Interpolis), r.o. 3.4.

33. Kolder 2015, p. 24-34.

34. Akkermans 2003, p. 103.

der ongeval zou hebben verworven. In de eerste plaats zullen zich gaandeweg meer algemene maatschappelijke ontwikkelingen ontvouwen die geen verband houden met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en waarvan dan ook moet worden aangenomen dat deze zich evenzeer zouden hebben voorgedaan in de hypothetische situatie zonder ongeval. Een treffend voorbeeld biedt de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant in een zaak waarin het ging om een stukadoor die na een hem in 2004 overkomen ongeval jarenlang moest procederen voor schadevergoeding, onder meer wegens inkomensschade. De rechtbank overweegt in 2013 ten aanzien van de omvang van de inkomensschade:

‘Inmiddels is al meerdere jaren sprake van een economische crisis, waarmee rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de redelijke verwachtingen omtrent de ontwikkelingen die zonder ongeval zouden hebben plaatsgevonden. Ook als hem het ongeval niet was overkomen, had deze crisis vermoedelijk gevolgen gehad voor de (inkomens)situatie (...). Het is immers een feit van algemene bekendheid dat de bouwsector zwaar te lijden heeft onder de crisis en dat vanaf 2009 tot heden sprake is van een fors krimpende werkgelegenheid bij stukadoors, zodat het maar de vraag is of [eiser] zijn baan had weten te behouden.’³⁵

Waar het gaat om meer algemene ontwikkelingen, blijft dikwijls de vraag in hoeverre deze in de hypothetische situatie zonder ongeval inderdaad de inkomenspositie van de benadeelde zouden hebben beïnvloed. Men moet immers wel kunnen uitgaan van een zekere ‘deduceerbaarheid’ van die algemene ontwikkelingen in die zin dat deze voor de positie van de benadeelde *in concreto* van betekenis zouden zijn geweest. In het hiervoor beschreven geval worden de gevolgen van de economische crisis ‘doorgetrokken’ naar de positie waarin de stukadoor zou hebben verkeerd in de hypothetische situatie zonder ongeval. Het lijkt inderdaad aannemelijk dat deze crisis gevolgen zou hebben gehad voor zijn (inkomens)situatie, maar een en ander veronderstelt wel dat inderdaad ook de baan van *deze* stukadoor in 2009 op de tocht zou hebben gestaan en dat dus ook zijn specifieke werkgever door de economische crisis zou zijn geraakt, maar ook dat het slachtoffer dus niet tussentijds een andere baan in een andere sector zou hebben aangenomen etc. Dergelijke hypothetische ontwikkelingen zijn lastig aannemelijk te maken; het slachtoffer stelt immers dat zijn situatie zou hebben afgeweken van het ‘gemiddelde’ of ‘normale’ en moet dat bij voldoende betwisting ook aannemelijk maken, terwijl daar dikwijls geen concrete aanwijzingen voor (kunnen) bestaan.

Een algemene latere ontwikkeling kan – uiteraard – ook in het ‘voordeel’ werken van het slachtoffer. Illustratief is de zaak *Bilgic/Compagnie Européennes d’Assurance Industrielles* waarin discussie bestond over de vraag op welk moment Bilgic, die ten tijde van het hem overkomen ongeval in 1984 werkloos was, in de hypothetische situatie zonder ongeval (weer) betaalde arbeid zou gaan verrichten en dat zou blijven doen tot zijn 65e levensjaar. Bilgic stelt dat dat vanaf ongeveer 1990 zou zijn geweest; hij zou gaan werken in de – overigens later gestaakte – onderneming van zijn zoon (een

35. Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193, JA 2013/179, r.o. 2.36.

snackbar). De verzekeraar stelt evenwel dat de kans daarop verwaarloosbaar klein zou zijn geweest. In 2000 wijst de rechter het door Bilgic gevorderde toe: volgens de rechtbank bestond redelijke kans dat Bilgic inderdaad op een zeker moment bij zijn zoon in de snackbar in dienst zou zijn getreden en aan het werk was gebleven. De rechtbank overweegt:

‘dat de overheid sindsdien een aantal programma’s in het leven heeft geroepen om te bevorderen dat langdurig werklozen weer aan het arbeidsproces gaan deelnemen, dat deze programma’s met name de laatste tijd succesvol zijn en dat tegenwoordig krapte op de arbeidsmarkt bestaat.’³⁶

Ook kunnen zich na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ontwikkelingen voordoen die meer specifiek gelegen zijn in de sfeer van de benadeelde, en waarvan mag worden aangenomen dat deze zich evengoed zouden hebben voorgedaan in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (en in dat geval ook in zijn risicosfeer hadden gelegen). Men denke aan typische gevallen waarin zich – voordat de voortdurende schade definitief is vastgesteld – bij de benadeelde gezondheidsklachten openbaren die in causaal opzicht niet tot het ongeval te herleiden zijn. Het klassieke voorbeeld is het eerder besproken arrest *Staat/Vermaat* (zie daarover uitgebreid paragraaf 5.3.3.3). Een ander voorbeeld betreft een vrouw die in oktober 2004 in een juwelierszaak werkte, op verzoek van haar baas een pup uitlaat en daarbij schouderletsel oploopt en arbeidsongeschikt raakt. Een en ander leidt tot een aanspraak op schadevergoeding op grond van artikel 7:658 BW. Gedurende het schaderegelingstraject – in 2009 – krijgt het slachtoffer een hartinfarct. Het slachtoffer voert aan dat het hartinfarct is veroorzaakt door factoren die het gevolg zijn van het voorval met de hond, maar dat is naar het oordeel van de rechtbank in het geheel niet onderbouwd. Ook de stelling dat de huisarts het hartfalen op een eerder moment over het hoofd heeft gezien als gevolg van de ongevalsgerelateerde schouderklachten – zodat het hartinfarct in zekere zin causaal gerelateerd zou zijn aan het ongeval – acht de rechtbank niet aannemelijk. Volgens de rechtbank doet zich dan ook een situatie voor die vergelijkbaar is met de situatie in het arrest *Staat/Vermaat*, hetgeen aanleiding vormt de schade in zoverre niet langer aan de aansprakelijke toe te rekenen.³⁷ Denkbaar is dat ook andere later opkomende omstandigheden dan gezondheidsklachten van de benadeelde van invloed zouden zijn geweest op het inkomen in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Openbaart zich bijvoorbeeld een ernstige erfelijke ziekte bij de partner of een kind van het slachtoffer waardoor voor de laatste een zorgtaak ontstaat, dan zou daaruit kunnen worden afgeleid dat het slachtoffer ook in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet (meer) voltijds aan het arbeidsproces zou hebben deelgenomen in verband met de zorgtaak voor de naaste.

36. Rb. Utrecht 12 januari 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:ZL0922, VR 2000/88 (Bilgic/Compagnie Européennes d'Assurance Industrielles), r.o. 4.5.

37. Rb. Amsterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2776, JA 2014/93 m.nt. M.S.E. van Beurden.

Verwant is de problematiek van de zogenoemde *predispositie* van het slachtoffer, die in de praktijk met regelmaat aan de orde is.³⁸ Het gaat dan om de vraag of de benadeelde in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis op enig moment geheel of gedeeltelijk uit het arbeidsproces zou zijn geraakt, en wel als gevolg van arbeidsongeschiktheid vanwege een (voor het ongeval reeds bestaande) bijzondere vatbaarheid voor zekere aandoeningen. De rechter staat voor de lastige opgave een inschatting te maken van de kans dat zich het risico op arbeidsongeschiktheid onafhankelijk van het ongeval zou hebben verwezenlijkt, en als zich dat inderdaad zou hebben voorgedaan, wanneer en in welke mate van arbeidsongeschiktheid sprake zou zijn geweest.³⁹ De rechter staat er dikwijls alleen voor: waar deskundigen op dit punt immers 'beroepshalve' voorzichtig zijn met hun uitspraken, is het juist de taak van de rechter om knopen door te hakken.⁴⁰ En met het verstrijken van de tijd lijkt men doorgaans niet wijzer te worden: anders dan bij een geval zoals aan de orde in het arrest *Staat/Vermaat* (zie paragraaf 5.3.3.3) zal het veelal niet gaan om een gebeurtenis die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en waarvan dan moet worden aangenomen dat deze ook in de hypothetische situatie zonder het ongeval zou hebben plaatsgevonden. Men begeeft zich dan ook *volledig* in het hypothetische domein, en de rechter moet – hij is daartoe op grond van artikel 6:97 BW verplicht – zonder veel aanknopingspunten oordelen over wat – niettemin – het meest aannemelijk is.

De problematiek is aan de orde in het *Jerrycan*-arrest. Magazijnmedewerker M. krijgt in korte tijd tweemaal een voorwerp van enig gewicht op zijn hoofd en/of schouders, waardoor hij weliswaar betrekkelijk licht letsel oploopt maar niet meer in staat is inkomen uit arbeid te genereren. Het hof schrijft dit mede toe aan een persoonlijke predispositie waardoor de werknemer op een somatische wijze reageert en klachten verergert. Dat het hier gaat om gevolgen van een predispositie staat volgens het hof niet aan causale toerekening aan het ongeval in de weg. In het kader van de schadebegroting overweegt het hof evenwel:

‘dat het gelet op de omstandigheid dat M. in het onderhavige geval om relatief gering letsel met een ernstige psychische reactie heeft gereageerd het aannemelijk is dat hij op enig ander moment in zijn leven op een al dan niet ernstig life-event op eenzelfde wijze zou hebben gereageerd. Op grond van een redelijke verwachting omtrent toekomstige ontwikkelingen, hetgeen inhoudt dat een inschatting dient te worden gemaakt wanneer een dergelijke life-event met een zelfde psychische reactie zich bij M. zou hebben voorgedaan, gaat het hof ervan uit dat dit zich in ieder geval omstreeks 55-jarige leeftijd bij M. zou hebben voorgedaan. Dit leidt ertoe dat in dat geval M. vanaf 55-jarige leeftijd niet meer in staat zou zijn geweest loonvormende arbeid te verrichten het hof ziet daarin aanleiding de looptijd van de schade te beperken tot 55-jarige leeftijd.’

38. Schultz 2016, p. 68.

39. Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 21 en Akkermans 2003, p. 101.

40. Hartlief 2005, p. 163.

Dit houdt bij de Hoge Raad evenwel geen stand:

‘Zonder nadere motivering is niet begrijpelijk op grond waarvan het hof van oordeel is dat de enkele omstandigheid dat M. in het onderhavige geval op relatief gering letsel heeft gereageerd met een ernstige psychische reactie, aannemelijk maakt dat M. op enig ander moment in zijn leven – en in ieder geval uiterlijk omstreeks 55-jarige leeftijd – op eenzelfde wijze zou hebben gereageerd op een al dan niet ernstig life-event. Het hof heeft in het bijzonder niets vastgesteld omtrent reeds voorgevallen andere gebeurtenissen in het leven van M. die als een dergelijk ‘al dan niet ernstig life-event’ kunnen worden aangemerkt en aldus evenmin beoordeeld in hoeverre de reactie van M. op een dergelijke gebeurtenis dit aannemelijk maakt. Het hof heeft voorts niet toereikend gemotiveerd waarom een psychische reactie zoals die van M. in het onderhavige geval, in zijn algemeenheid aannemelijk maakt dat de betrokkene ook als gevolg van andere gebeurtenissen dan een dergelijk arbeidsongeval, niet meer in staat zal zijn loonvormende arbeid te verrichten. De omstandigheid dat volgens de door het hof geraadpleegde deskundigen ook bij andersoortig letsel of andere stressvolle omstandigheden een dergelijke reactie ‘niet is uit te sluiten’ volstaat – zoals het hof ook heeft onderkend – daartoe niet.’⁴¹

Bijzonder aan deze situatie is dat de rechter een inschatting *moet* maken, en per definitie (niet meer dan) een waarschijnlijkheidsoordeel zal uitspreken over de vraag wat de eventuele invloed van de predispositie zou zijn geweest. Dat een predispositie als zodanig van betekenis kan zijn bij de schadebegroting, staat niet zozeer ter discussie; het probleem schuilt in de *wijze waarop* deze moet ‘doorwerken’, in het bijzonder waar het gaat om de afweging van goede en kwade kansen. Lindenbergh meent dat het oordeel van het hof eerder acceptabel was geweest als het zich voorzichtiger had uitgedrukt en het risico op realisatie van de predispositie in een kans had uitgedrukt, of nog specifieker in een *met het verstrijken van de tijd toenemende kans*.⁴² Schreuder is bereid op dit punt het alles-of-niets-karakter van de schadebegroting enigszins los te laten: volgens haar strookt het niet met de inherente onzekerheid van de schadebegroting om aan te moeten nemen dat benadeelde op een specifiek moment met een bepaald voorval geconfronteerd zou zijn, in een bepaalde toestand zou zijn komen te verkeren en per dat moment de looptijd van de schade te bekorten. Zij draagt als alternatief aan dat zou kunnen worden uitgegaan van een feitelijk toekomstscenario waarin de predispositie niet tot beperkingen zou hebben geleid, maar waarbij vervolgens een zekere reductie plaatsvindt vanwege het grotere risico dat dát ‘gunstige’ scenario zich in dit geval niet zou hebben verwezenlijkt, bijvoorbeeld in de vorm van een aftrekpercentage of een met de tijd oplopende ‘risico-aftrek’.⁴³ Ook Van Dijk en Overes zoeken een uitweg uit de alles-of-niets-benadering door middel van een ‘onzekerheidscorrectie’ die naar hun inschatting waarschijnlijk beter zal werken dan beperking van de looptijd tot een specifieke leeftijd.⁴⁴

41. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, NJ 2016/138 m.nt. S.D. Lindenbergh (Jerrycan), r.o. 3.3.2.

42. Lindenbergh 2015, nr. 6.

43. Schreuder 2016.

44. Van Dijk & Overes 2016.

De vraag tot welk tijdstip de benadeelde in de hypothetische situatie zonder ongeval, gelet op zijn persoonlijke predispositie, naar verwachting loonvormende arbeid zou hebben verricht, laat zich uiteindelijk slechts door *schatting* beantwoorden. Daarbij staat wat mij betreft voorop dat de aanname dat het slachtoffer in de hypothetische situatie zonder het hem in 1996 overkomen ongeval tot ruim voorbij 2019 loonvormende arbeid zou hebben verricht uiteindelijk eveneens een zachte is, wanneer diens ernstige psychische reactie op relatief gering letsel aanleiding geeft bij dat scenario vraagtekens te plaatsen. Door eerst uit te gaan van een bepaald hypothetisch verloop, om het daaruit voortvloeiende resultaat vervolgens ‘terug te proportionaliseren’ aan de hand van een onzekerheidscorrectie vanwege een predispositie, loopt men naar mijn inschatting vooral het risico het al zo lastige – want: speculatieve – schadedebat verder te compliceren. Aan het schadedebat worden dan immers wel nieuwe elementen toegevoegd – men discussieert dan namelijk ook over de vraag wat in het gegeven geval een ‘redelijke correctie’ zou zijn op een ingeschat feitelijk scenario – maar de schadevaststelling blijft uiteindelijk evenzeer gebaseerd op giswerk. Het blijft op dit punt, in de woorden van A-G Spier, ‘moeilijk balanceren tussen de onvermijdelijke vrijheid die de feitenrechter moet worden gelaten en het vasthouden aan een behoorlijke motivering’.⁴⁵

Wat mij betreft dient men hier voor ogen te houden dat de rechter ten aanzien van zijn schatting in het kader van schadebegroting de nodige vrijheid moet worden gegund. Soms staat de rechter vanwege de inherente onzekerheden voor een haast onmogelijke opgave, maar onthet dat hem in zoverre dan ook van zijn motiveringsplicht: hoe meer hij genooddaakt is de schadebegroting te baseren op schattingen, hoe minder aanknopingspunten hij heeft op grond waarvan een meer nauwkeurige begroting mogelijk zou zijn geweest. Van de rechter kan mijns inziens niet worden verlangd dat hij de *uitkomst* van zijn schatting motiveert (vergelijk paragraaf 4.2). Naar mijn inzicht volgt hieruit dat, in een geval zoals zich dat voordeed in het *Jerrycan*-arrest, de rechter in de ‘laatste fase’ vrij is: de vaststelling of en zo ja, wanneer het slachtoffer op eenzelfde wijze zou hebben gereageerd op een al dan niet ernstig life-event, is hier de uiteindelijke ‘sprong in het diepe’. Dat de rechter ondanks alle onzekerheid een ‘harde’ aanname zal moeten hanteren, is eigen aan het causale denkschema dat besloten ligt in het begrip schade. Het dwingt hem er uiteindelijk toe de schadevaststelling te baseren op een vergelijking tussen het concrete en (dus) eenduidige hypothetisch scenario zonder ongeval en het concrete, eenduidige verloop na ongeval.

7.2.4 Van ‘wat als?’ naar ‘wat nu?’

7.2.4.1 Arbeidsvermogensschade van jonge kinderen

De hiervoor beschreven wijze van vaststelling van arbeidsvermogensschade staat sinds enige tijd onder druk, in het bijzonder waar het schades met een lange looptijd betreft, zoals bij kinderen met ernstig en blijvend letsel. Het gebruikelijke denkmodel dwingt dan immers tot vergaande speculaties over een arbeidsleven dat dikwijls nog

45. Concl. A-G Spier bij HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, NJ 2016/138 m.nt. S.D. Lindenberg (Jerrycan), nr. 3.15.1.

geen aanvang heeft genomen en zich bepaald lastig laat voorspellen op basis van het prille leven van het slachtoffer ten tijde van het ongeval.⁴⁶ In de rechtspraak treft men dan ook voorbeelden van alternatieve benaderingswijzen.

Een voorbeeld van de ‘klassieke benadering’ biedt een uitspraak van de rechtbank Zutphen waarin het draaide om (onder meer) het volledige verlies van arbeidsvermogen van een 11-jarige als gevolg van een aanrijding. De rechtbank overweegt:

‘Als uitgangspunt bij vaststelling van de schadevergoeding geldt rechtens ontegenzeggelijk: algehele schadevergoeding uitgaande van de vergelijking tussen de situaties voor en na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Slechts zeer bijzondere omstandigheden (...) kunnen aanleiding vormen om de schade op een andere wijze vast te stellen. Dergelijke zeer bijzondere omstandigheden doen zich in het onderhavige geval echter niet voor. Van Dongeren was 11 jaar oud toen hij werd aangereden, was tot dan toe een normaal gezond en beschikte over normale gemiddelde intellectuele vermogens. Hij had op het moment van het ongeval een bepaalbaar toekomstperspectief dat als uitgangspunt voor een schadeberekening kan dienen. Voorts kan gelet op de inhoud van het rapport van psychologisch adviesbureau drs W.H.J. Lancee niet gezegd worden dat Van Dongeren geen besef heeft van de beperkingen van zijn mogelijkheden die als gevolg van het ongeval zijn ontstaan. Weliswaar wordt in dat rapport gezegd dat Van Dongeren geen inzicht heeft in zijn ziektebeeld, doch dat wil niet zeggen dat hij zich op geen enkele manier realiseert dat zijn leven voor het ongeval anders was en dat hij toen meer potenties had. In het rapport wordt op meerdere plaatsen vermeld dat Van Dongeren zelf aangeeft dat hij iets niet of niet goed meer kan dat hij vroeger wel kon. Voorts is er geen reden om ervan uit te gaan dat het bedrag van de schadevergoeding niet zinvol door Van Dongeren zou kunnen worden besteed.’⁴⁷

Een voorbeeld van een alternatieve benadering biedt een uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao waarin het draaide om ernstig hersenletsel van een meisje van 7 maanden oud (Henriette) als gevolg van een doseringsfout bij het voorschrijven van zetpillen. Het gerecht overweegt:

‘dat er zowel zakelijk alsook emotioneel de voorkeur aan gegeven dient te worden de gehele schade voor nu en in de toekomst thans in zijn geheel te liquideren, waarbij het richtsnoer is dat Henriette (...) nooit in staat zal zijn in haar eigen levensonderhoud te voorzien, noch de normale vreugden van het leven te genieten, hoewel zij zich dat niet ten volle bewust zal zijn. Hierdoor is geïndiceerd dat er een zodanig fonds ter beschikking komt dat Henriette zich daaruit binnen het raam van haar zeer beperkte mogelijkheden onbelemmerd door geldelijke tekorten kan staande houden en ontplooien. Door het ter beschikking komen van een dergelijk fonds is naar Ons oordeel de onstoffelijke schade van Henriette eveneens op de best bereikbare wijze goed gedaan.’⁴⁸

46. Zie voor verdere verwijzingen Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 22.

47. Rb. Zutphen 30 mei 1991, ECLI:NL:RBZUT:1991:AJ5897, VR 1992/150.

48. Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, ECLI:NL:OGEAC:1973:AE3010, NJ 1973/314.

Een ander voorbeeld biedt een overweging van de Rechtbank Zwolle, waarin het draaide om de schade als gevolg van blijvende invaliditeit van een 1,5-jarige als gevolg van een medische fout:

‘Het verdient naar het oordeel van de rechtbank de voorkeur niet uit te gaan van de gevolgen van verloren arbeidsvermogen, omdat dan te zeer een wissel zou moeten worden getrokken op veronderstelde mogelijkheden, welke J. in de toekomst zou hebben gehad, indien het onderhavige accident zich niet had voorgedaan, doch welke mogelijkheden in belangrijke mate slechts op grond van speculatie kunnen worden aangegeven. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er in deze aanleiding tot toekenning van een zodanige immateriële schadevergoeding, dat daaruit (mede) uitgaven zullen kunnen worden bekostigd welke kunnen dienen om het leven voor J. zoveel mogelijk te veraangename en waaruit extra mogelijkheden kunnen worden bekostigd voor een zinvolle tijdsbesteding.’⁴⁹

Overigens is ook nog een ‘tussenvorm’ denkbaar, waarbij de rechter de schade niet geheel bij voorbaat begroot maar hij – vanwege het speculatieve karakter van de te maken toekomstinschattingen – de begroting van de toekomstige schade gedeeltelijk uitstelt (waarover paragraaf 4.5.2). Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam met betrekking tot een verkeersongeval waarbij een 18-jarige loodgietersleerling een dwarslaesie bekam en die zich daarna liet omscholen naar een administratieve functie. De Rechtbank acht een schatting van de schade die eiser zal lijden in een periode die zich langer dan vijf jaar in de toekomst uitstrekt, niet redelijkerwijs uitvoerbaar:

‘Gedeeltelijk toch is deze schade mede afhankelijk van de toekomstige ontwikkeling van de techniek (...), maar vooral ook van de mate waarin eiser er in zal slagen in zijn onderhoud te voorzien. Nu eiser aan het begin van een nieuwe loopbaan staat (...) is onmogelijk te voorspellen welke resultaten eiser daarmee in een ver verwijderde toekomst zal kunnen behalen. Ook de ontwikkeling van het prijspeil, in verband waarmee eiser een conjuncturele toeslag heeft gevorderd, behoeft geenszins steeds in het teken te blijven staan van een voortschrijdende muntontwaarding, al kan eiser worden toegegeven dat er thans nog geen tekenen zijn die op een ommekeer wijzen. Het hiervoor opgemerkte brengt met zich mee dat de Rb., nu zij de schade die eiser in een verwijderde toekomst zal lijden, niet kan schatten, – dus ook niet kan beslissen dat eiser de schade die hij thans maandelijks lijdt waarschijnlijk ook zal blijven lijden –, hem geen gekapitaliseerde uitkering tot schadevergoeding kan toeleggen.’⁵⁰

In de literatuur zijn twee stromingen te herkennen. Waar de ene stroming vasthoudt aan de coördinaten van het ‘traditionele’ denken in termen van schade ongeacht de hoge mate van speculativiteit die daarmee gepaard gaat, geeft de andere stroming de voorkeur aan een faire en/of zinvol te besteden schadevergoeding voor jonge slachtoffers, bijvoorbeeld in de vorm van het aanleggen van een fonds ten behoeve van het

49. Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203, r.o. 7.

50. Rb. Amsterdam 25 september 1964, ECLI:NL:RBAMS:1964:AC4490, NJ 1965/42.

slachtoffer.⁵¹ Met de laatste oplossing zou men 'radicaal' breken met het beginsel van volledige compensatie.⁵² Zo blijkt Nieuwenhuis bepaald gecharmeerd van het 'alternatieve' perspectief waarmee wordt afgezien van een hoogst speculatieve schadebegroting:

'Waarom het verschiet van dit gedroomde leven niet prijsgegeven en het oog gericht op nog slechts één toekomstperspectief: hoe optimaliseren we de toekomst van dit blijvend invalide kind? Wat is daarvoor nodig?'⁵³

In navolging van Nieuwenhuis bepleit Kremer dat men zich bij de schadeafwikkeling zou moeten richten op de vraag 'wat nu?' waarbij 'alleen wordt gekeken naar het heden en elke relatie met het hypothetische verlies aan arbeidsvermogen ontbreekt'.⁵⁴

Anderen tonen zich minder bereid het perspectief zo drastisch te verleggen. Zo ziet Janssen geen enkele rechtvaardiging de 'grondbeginselen van ons schadevergoedingsrecht' los te laten bij de begroting van schade als gevolg van aan baby's en peuters toegebracht ernstig hersenletsel, waarvoor een ander jegens hen aansprakelijk is: ook zij hebben zijns inziens recht op *volledige* schadevergoeding, die moet worden bepaald door de vergelijkingsmethode. Bij gebreke van (vrijwel) ieder aanknopingspunt voor de bepaling van de hypothetische levensloop van het slachtoffer moet men volgens Janssen de inkomensschade 'volledig abstract' begroten door deze vast te stellen op het gemiddelde inkomen uit arbeid van de potentiële beroepsbevolking, omdat daarin per definitie alle kansen van het hypothetisch leven van het slachtoffer ('naar hun ware grootte') zouden zijn verdisconteerd.⁵⁵ Volgens Van Dort, die zich eveneens keert tegen de alternatieve benadering, laat het voorstel van Janssen ten onrechte geen ruimte voor verdere differentiatie naar de bijzondere of persoonlijke omstandigheden van het kind. Volgens Van Dort doet men het individuele kind tekort, althans geeft men hem ten onrechte niet een zeker voordeel van de twijfel, wanneer men de totale beroepsbevolking tot uitgangspunt neemt:

'Het gekwetste kind is onvrijwillig de kans ontnomen zich op normale wijze te ontwikkelen. Als er geen aanwijzingen zijn dat het kind niet op normale wijze aan het leer- en arbeidsproces zou hebben kunnen deelnemen, waarom zou het dan wel die 'kwade kansen' toebedeeld moeten krijgen (zij het in afgeleide vorm) bij het berekenen van de schade? Bij een volwassene wordt immers alleen en marginaal met kwade kansen rekening gehouden, als daartoe concrete aanwijzingen bestaan.'⁵⁶

Opmerkelijk aan de benaderingen van Van Dort en Janssen is evenwel dat zij, als voorstanders van een 'volledige' schadevergoeding voor kinderen, uiteindelijk ook

51. Bijv. Hartlief 2010a.

52. Beumers & Van Boom, p. 21.

53. Nieuwenhuis 2005, p. 93-94.

54. Kremer 2009, p. 149.

55. Janssen 2007, p. 110-112.

56. Van Dort 2009, p. 134-135.

niet veel verder (kunnen) komen dan een min of meer ‘abstract’ vastgestelde schadevergoeding. Dat is nu eenmaal eigen aan de schade waar het hier om gaat.⁵⁷

7.2.4.2. *Aandacht voor slachtofferbehoeften, focus op herstel*

Naast de meer specifieke problematiek van de ‘kindschade’ kan worden gewezen op meer algemene ontwikkelingen in de letselschadepraktijk die men zou kunnen samenbrengen onder de noemer van de ‘herstelbeweging’. Men spreekt ook wel van schadeafwikkeling volgens de ‘rehabilitation-benadering’.⁵⁸ Kort gezegd gaat het om de gedachte dat actoren in de letselschadepraktijk te veel aandacht zouden hebben voor compensatie van financieel nadeel, waardoor andere – belangrijke – andere behoeften van slachtoffers zouden worden genegeerd.

De afgelopen jaren zijn diverse onderzoeken verricht naar behoeften en ervaringen van letselschadeslachtoffers in verband met het verhalen van hun schade.⁵⁹ Daaruit blijkt dat het hen in het aansprakelijkheidsrecht veelal om (veel) meer te doen is dan (slechts) financiële compensatie. Treffend is de opsomming van Barendrecht:

‘Tegemoet komen aan de behoeften en zorgen van slachtoffers verhoogt hun welzijn. Slachtoffers hebben behoefte aan verwerking. Zij hebben behoefte aan erkenning door anderen dat zij slachtoffer zijn en geen simulant of slappeling. Velen willen weten wat er is gebeurd en dat degenen die erbij betrokkenen waren, begrijpen wat hen is aangedaan. Zij willen beter worden. Zij hebben behoefte aan optimale medische en andere begeleiding. Slachtoffers moeten al hun relaties opnieuw vormgeven, van arbeidsrelaties tot hoogst persoonlijke. Zij hebben nieuwe woonbehoeften. Zij zoeken hulp bij het vinden van de weg in een veranderd dagelijks leven. Zij hebben natuurlijk behoefte aan voorziening in levensonderhoud. En belangrijk is ook het goed omgaan met de risico’s van de nieuwe situatie. Geld kan het slachtoffer voor een deel in staat stellen in deze behoeften en zorgen te voorzien, maar er is meer nodig.’⁶⁰

Blijven prangende behoeften van slachtoffers buiten beeld, dan kan dat aan herstel – in brede zin – in de weg staan. Dat lijkt lastig te verenigen met het doel van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en met de verplichting die op de aansprakelijke rust. Zo stelt Lindenbergh dat de concentratie op geld niet alleen herstelbelemmerend kan werken, maar dat het bovendien niet zou stroken met de schadebeperkingsplicht van de aansprakelijke als hij aan het herstel van het slachtoffer niet actief zou bijdragen en het slechts zou laten aankomen op financiële compensatie. Een verplichting tot daadwerkelijk herstel ligt, anders dan het systeem van schadevergoedingsrecht wellicht zou suggereren, volgens hem daarin wel besloten; het debat tussen benadeelde en aansprakelijke behoort daarom *van aanvang af* in het teken te staan van herstel van

57. Kremer 2009, p. 151.

58. Akkermans 2015, p. 11-36.

59. O.m. Stichting de Ombudsman 2003, Huver e.a. 2009 en Eshuis e.a. 2009.

60. Barendrecht 2002, p. 611.

de benadeelde.⁶¹ Daarmee verschuift dus ook het tijdspectief in de richting van investeringen die *reeds direct* zinvol zijn.

Er lijkt sprake te zijn van een zekere opmars van ‘herstelgerichte dienstverlening’ voor letselschadeslachtoffers. De Letselschade Raad definieert ‘herstelgerichte dienstverlening’ aan de hand van het doel ervan: het bieden van ondersteuning en diensten die een persoon met letselschade ontzorgen (met regie en management), zijn eigen regelend vermogen vergroten (met coaching en bemiddeling), zodat hij zijn autonomie en zelfregie herwint.⁶² Herstel in die zin vraagt om een onafhankelijke, integrale en vaak multidisciplinaire aanpak: het kan gaan om hulp op medisch, praktisch, emotioneel, sociaal, maatschappelijk en economisch vlak. Op het eerste gezicht zou men wellicht ook kunnen spreken van ‘schadevergoeding in natura’ (artikel 6:103 BW), maar de aansprakelijke kan ook volstaan met het vergoeden van de kosten van dienstverlening.⁶³ Als de benadeelde redelijke kosten maakt voor herstelgerichte dienstverlening, ligt het immers in de rede dat deze krachtens artikel 6:96 lid 2 sub a BW als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen.

Volgens een aantal auteurs is de gedachte van herstel noodzakelijk *toekomstgericht*, waar de schadetheorie daarentegen is gericht op de ‘oude’ of ‘verloren’ toestand: men zou bij de schadeafwikkeling te zeer gericht zijn op de vraag wat er van het slachtoffer zou zijn geworden in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis, en te weinig op de vraag hoe het slachtoffer met – of wellicht beter: *ondanks* – het letsel een zo ‘waardig’ mogelijk bestaan kan leiden. Die laatste vraag valt ook eigenlijk lastig te relateren aan het begrip schade. Het begrip herstel is nu eenmaal *complementair* aan het begrip schade, wat impliceert dat de hypothetische situatie de maatstaf is voor herstel. De schade is uiteindelijk bepalend voor de vraag of sprake is van ‘onder- of overherstel’.

De ten aanzien van jonge kinderen opgekomen ‘wat nu?’-gedachte zou volgens sommigen veel breder kunnen worden toegepast. Zo bepleit Van Dijck een nieuw ‘schadevereiste’ in het aansprakelijkheidsrecht. Volgens hem kenmerkt het huidige schadebegrip zich door ‘terugkijken’ en is het vizier te zeer gericht op financieel nadeel. Die benadering is volgens hem zozeer problematisch waar het gaat om immateriële schade, niet-financiële belangen en materiële schade waarvan het bepalen van de hoogte speculatief is, dat een meer herstelgerichte benadering aangewezen is. Een dergelijke benadering vergt volgens Van Dijck een ‘alternatief schadebegrip’, gebaseerd op een *toekomstgerichte* vergelijkingsmaatstaf: wat heeft deze benadeelde nodig om te herstellen en een, binnen de mogelijkheden, aangenaam bestaan te leiden? Men zou dan dus een vergelijking moeten maken met de situatie waarin de benadeelde

61. Lindenbergh 2014a, p. 239-251.

62. De Letselschade Raad, Startnotitie Herstelgerichte Dienstverlening 2018, online: <https://deletsel.schaderaad.nl/wp-content/uploads/Startnotitie-Herstelgerichte-Dienstverlening-2018.pdf> (laatst geraadpleegd 17 augustus 2018).

63. Akkermans 2015, p. 15.

zich nog redelijkerwijs zal kunnen bevinden.⁶⁴ Dat impliceert evenwel dat de verplichting van de aansprakelijke ook een *beperking* vindt in datgene wat nodig is om het slachtoffer binnen de hem resterende mogelijkheden nog een aangenaam bestaan leven te laten leiden. Loth poogt aan die maatstaf een nadere invulling te geven aan de hand van de door Martha Nussbaum uitgewerkte *capability approach* van Sen, die in de kern zou neerkomen op de gedachte dat bepaalde capaciteiten van cruciale betekenis zijn voor een waardig leven dat in vrijheid en samen met anderen wordt geleefd. Om een waardig en autonoom leven te leiden dient ieder mens over bepaalde capaciteiten te beschikken, die zouden kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën: de existentiële capaciteiten (leven, gezondheid en lichamelijke onschendbaarheid), de vermogens (zintuiglijke waarneming, verbeeldingskracht, denken, praktische rede en gevoelens) en de sociale capaciteiten (sociale banden, andere biologische soorten, spel en vormgeving van de eigen omgeving). Aan de hand van de *capability approach* zou men volgens Loth invulling kunnen geven aan het herstel van de *autonomie* van het slachtoffer.⁶⁵ Die vraag beantwoordt men volgens hem evenwel nooit geheel los van de positie waarin het slachtoffer voor het ongeval verkeerde:

‘In het schadebegrip zit nu eenmaal een ‘counterfactual’ element, waardoor het per definitie verwijst naar de situatie zonder het onrechtmatige voorval. Bovendien kan bij de vaststelling van een bepaald niveau van levenskwaliteit nooit helemaal worden geabstraheerd van het leven dat de benadeelde tot dusver heeft geleid. Ook in die zin kunnen wij nooit helemaal heen om de vraag ‘wat anders’. Tegelijkertijd is de vergoeding van letselschade altijd toekomstgericht, omdat de herstelgedachte vergt dat de benadeelde in de thans ontstane situatie wordt hersteld in een leven waarin zij de regie voert. Dat vergt dat haar de mogelijkheden worden geboden om de nu door haar gewaardeerde functionaliteiten te realiseren. In die zin draait de vaststelling van een vergoeding van letselschade altijd om de vraag ‘wat nu’. De cruciale vraag is dan ook niet of we moeten kiezen voor ‘wat anders’ of ‘wat nu’, maar *onder welk gezichtspunt wij heden, verleden en toekomst dienen te vergelijken* [cursivering MRH].⁶⁶

Het voorgaande laat zien hoe de toegenomen aandacht voor slachtofferbehoeften en focus op herstel samenhang vertoont met de tijdsfactor, al was het maar door de tijdgerelateerde begrippen waardoor dat perspectief wordt bepaald: van ‘terugkijken’ naar een ‘toekomstgerichte’ maatstaf etc.). Ook valt op dat met name bij schade die zich over een *lange tijdsduur* uitstrekt de gedachte van een ‘toekomstgerichte’ maatstaf aan aantrekkingskracht lijkt te winnen.

7.2.4.3 *Bedenkingen*

De hier beschreven ontwikkelingen houden steeds verband met de gedachte dat *herstel* uitgangspunt is in het schadevergoedingsrecht, in het bijzonder waar het gaat om de aantasting van de menselijke persoon of persoonlijkheid. In de kern draait het steeds om de vraag of het huidige schadevergoedingsrecht *voldoende* bijdraagt aan feitelijk

64. Van Dijk 2016, p. 1608-1616.

65. Loth 2016, p. 49 e.v. en Loth & Stegerhoek 2016, p. 94 e.v.

66. Loth 2017.

herstel. Daarbij is van belang te bezien waar het systeem nu in voorziet. Zo lijkt er over de band van artikel 6:96 lid 2 sub a BW al veel mogelijk: het is wat mij betreft evident dat allerlei kosten van (nieuwe) herstelgerichte dienstverlening dikwijls voor vergoeding in aanmerking komen. Binnen de grenzen van de dubbele redelijkheidstoets kan het slachtoffer – op kosten van de aansprakelijke – aldus vorm geven aan het bestaan met letsel en maatregelen treffen om verder nadeel zo veel mogelijk te voorkomen.⁶⁷ In zoverre voorziet de schadevergoeding in een bekostiging van het ‘nieuwe’ bestaan van het slachtoffer en is het schadevergoedingsrecht *toekomstgericht*, zij het dat het kan gaan om kosten die het slachtoffer maakt en *achteraf* – vermeerderd met wettelijke rente – vergoed ziet.

Verdergaande theorieën, die uiteindelijk neerkomen op het loslaten van het eigenlijke denken in termen van schade en het vizier primair richten op de toekomst en op de (nieuwe) *behoeften* van het slachtoffer, lijken steeds ingegeven door de gedachte dat de schadeomvang bij langlopende schades dikwijls te speculatief is.⁶⁸ Terecht stelt Hartlief dat men onderscheid moet maken tussen enerzijds de vraag of schade zich wel *nauwkeurig* laat begroten en anderzijds de vraag wat nu eigenlijk *zinvolle* of *faire* schadevergoeding is.⁶⁹ Die tweede vraag zou men zich eigenlijk telkens moeten stellen, en niet slechts wanneer de schadevaststelling met veel onzekerheden omgeven is. Ik zie geen goede reden waarom specifiek bij schade waarvan de omvang zich met weinig zekerheid laat begroten de zin van de schadevergoeding kwestieus is of het vergoedingsperspectief drastisch zou moeten worden verlegd.

Bovendien lijkt de voorgestelde aanpak in strijd met de wet. Van Dijck leest artikel 6:97 BW kennelijk zo ruim dat het artikel de rechter de mogelijkheid zou bieden om, wanneer de herstelgerichte benadering daarom vraagt, de schadevergoeding te begroten op basis van de *behoeften* van de benadeelde in kwestie, maar volgens mij kan artikel 6:97 BW zijn benadering niet dragen. Strikt genomen is zijn aanpak zelfs strijdig met de tweede volzin van artikel 6:97 BW: kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld – hetgeen het geval is in de situaties waarin Van Dijck een alternatieve benadering voorstaat – dan wordt zij immers *geschat*. Het artikel biedt mijns inziens niet de ruimte om het begrip schade als zodanig los te laten, maar geeft de rechter veeleer de – weliswaar netelige – *opdracht* om de omvang van de schade te schatten, juist daar waar het hem aan concrete aanknopingspunten ontbreekt.

Schadevergoeding vastgesteld op basis van de behoeften van de benadeelde kent bovendien nog andere problemen. Volgens Van Dijck zou een ‘toekomstgerichte’ maatstaf kunnen vereisen dat – wanneer een eenjarig jongetje hersenletsel oploopt – een behandelplan met de school wordt opgesteld en dat wordt gekeken naar een rustige en stabiele omgeving voor kind en ouders in de nieuwe situatie die is ontstaan. Zo schrijft Van Dijck:

67. Jansen 2017.

68. Van Dijck 2016, p. 1612.

69. Hartlief 2017.

‘Mogelijk fleurt het jongetje in het voorbeeld op van het bijwonen van opera’s, het zwemmen met dolfijnen, het bekijken van wielervedstrijden, dierentuinbezoeken of van het reizen in bussen of treinen. (...) Bij een herstelgerichte benadering zou vergoeding van dergelijke schadeposten moeten worden overwogen, zelfs als het causaal verband onzeker is omdat de schadeposten mogelijk ook zouden zijn ontstaan indien het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden.’⁷⁰

Zie ik het goed, dan leidt een dergelijke behoeftegerichte aanpak ertoe dat niet meer wordt gekeken naar de *verliezen* van het slachtoffer, maar dat zijn schadevergoeding wordt gebaseerd op de *kosten* die hij maakt en zal gaan maken. Dat kan er praktisch toe leiden dat het slachtoffer voortdurend en in verregaande mate zijn (voorgenomen) bestedingen aan de aansprakelijke kenbaar moet maken. Wie ineens of periodiek een bij voorbaat vastgestelde hoeveelheid geld ontvangt ter vergoeding van verlies van arbeidsvermogen – hoe speculatief ook begroot – geniet in elk geval nog de volledige vrijheid om te kunnen beslissen over de besteding daarvan, zoals eenieder vrij mag beschikken over de hem toekomende middelen. De vraag is dan ook gerechtvaardigd in hoeverre een dergelijke aanpak werkelijk bijdraagt aan de *autonomie* van het slachtoffer.

Een ander probleem is dat het een schadevergoeding op basis van de behoeften van de benadeelde aan elke vorm van objectivering ontbreekt.⁷¹ De basis van de vergoeding wordt immers gezocht in een subjectieve ‘behoefte’ van het slachtoffer, die weliswaar in de sleutel van het autonomiebeginsel wordt geplaatst en in zoverre enigszins wordt geobjectiveerd, maar daarmee wordt de omvang van de vergoedingsplicht allerm minst scherp afgebakend. Het ‘traditionele’ begrip schade kent als zodanig nog een zekere natuurlijke begrenzing, hoezeer de hypothetische vergelijking ook met onzekerheid kan zijn omkleed. De vraag hoe schadevergoeding eraan kan bijdragen dat het slachtoffer ondanks zijn letsel een zo waardig mogelijk bestaan kan leiden is weliswaar van wezenlijk belang, maar ligt voor een groot deel buiten de reikwijdte van het thans geldende schadevergoedingsrecht.

73 DERIVING VAN LEVENSONDERHOUD WEGENS OVERLIJDEN

7.3.1 Overlijdensschade

Een ander type duurschade is de derving van levensonderhoud wegens overlijden. Wanneer iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is komt te overlijden, is die ander onder omstandigheden verplicht tot vergoeding van schade die voortvloeit uit dat overlijden. Bepaalde nabestaanden hebben dan een *afgeleide* vordering op de aansprakelijke: hun aanspraak vindt geen grondslag in een rechtstreekse normschending jegens hen maar in de normschending jegens het slachtoffer, de ‘direct gekwetste’. Het begrip overlijdensschade kan zien op allerlei soorten

70. Van Dijk 2016, p. 1612-1613.

71. Jansen 2017.

schade die nabestaanden lijden als gevolg van het overlijden van hun naaste, maar kent een zekere afbakening doordat artikel 6:108 BW limitatief bepaalt welke schade-posten voor vergoeding in aanmerking komen. Daarbij gaat het in de eerste plaats om vermogensschade bestaande in derving van levensonderhoud. Daarnaast is de aansprakelijke gehouden de kosten van lijkbezorging te vergoeden aan degene die deze kosten heeft gedragen en komt ook de immateriële schade van een bepaalde kring van aanspraakgerechtigden in aanmerking voor (genormeerde) vergoeding. In het navolgende wordt nader ingegaan op schade door het derven van levensonderhoud als belangrijkste – want dikwijls meest omvangrijke en complexe – schade-post bij overlijden en wordt in het bijzonder aan het tijdsaspect aandacht besteedt.

7.3.2 *Derving van levensonderhoud*

7.3.2.1 *Behoeftigheidsvereiste*

Is iemand aansprakelijk voor het veroorzaken van het overlijden van een ander, dan komt krachtens artikel 6:108 BW een vordering tot vergoeding van schade door derving van levensonderhoud toe aan de echtgenoot of geregistreerde partner van de overledene en zijn minderjarige kinderen alsmede, indien aan bepaalde vereisten is voldaan, aan andere bloed- en aanverwanten en aan personen met wie hij in gezinsverband samenleefde. De in de wet gegeven opsomming is limitatief.⁷²

Ongeacht de toepasselijke nabestaandencategorie staat de wet een volledige vergoeding van de derving van levensonderhoud voor, althans voor zover de nabestaanden *behoefstig* zijn. Uitgangspunt is dat de levensstandaard van nabestaanden zoveel mogelijk gelijk blijft aan de situatie zonder overlijden; de schade bestaat in het feitelijk ontbreken van middelen voor de nabestaande om die levensstandaard na het overlijden te handhaven of, anders gezegd, aan zijn *behoefte* te voldoen. De omvang van de schadevergoeding hangt af van de mate waarin een tekort is ontstaan door het wegvallen van het levensonderhoud waarin de overledene zou hebben voorzien.⁷³ Kunnen de nabestaanden in de situatie na het overlijden de levensstandaard ‘op gelijk peil’ houden, dan is er geen tekort dus geen aanspraak op vergoeding van schade door gederfd levensonderhoud.

De voor de omvang van de schadevergoeding bepalende behoefte van de nabestaande – het verschil tussen de behoefte en de nog beschikbare middelen om in die behoefte te voldoen – ziet bij uitstek op ontwikkelingen die zich zullen ontploegen in het tijdvak na het overlijden: het gaat, net als bij inkomensschade als gevolg van letsel, om een schade-post die zich, gezien vanaf het moment van overlijden, in de toekomst ontwikkelt. Het gaat doorgaans om voortdurende schade die op het moment van de schadevaststelling uiteenvalt in geleden en nog te lijden schade en die dus (deels) krachtens artikel 6:105 BW bij voorbaat kan worden begroot.⁷⁴

72. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 159.

73. MvA II, PG Boek 6, p. 397, Storm, Kamp & Schön 1995, p. 228 e.v. en Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 34.

74. Storm, Kamp & Schön 1995, p. 223.

Het is in dit verband dan ook weinig zinvol om te filosoferen over de vraag of de schade door het derven van levensonderhoud zou kunnen worden aangemerkt als een momentschade. Relevant is wel de vraag op welke momenten de schadecomponenten (deelschades) intreden die samen de voortdurende schade door derving van levensonderhoud uitmaken. Het ligt dan voor de hand uit te gaan van ieder moment waarop de overledene in een bijdrage in het levensonderhoud zou hebben voorzien en waarop sprake is van een tekort om in de behoefte te voorzien. In de praktijk is het niet ongebruikelijk de vergoeding meer globaal te berekenen aan de hand van 'jaarschades'.⁷⁵

Het recht op vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud ex artikel 6:108 lid 1 BW kan zien op derving van levensonderhoud *in financiële zin* (sub a-c, zie nader paragraaf 7.3.2.2 hierna) en op derving van levensonderhoud *in natura* (sub d, zie nader paragraaf 7.3.2.3 hierna).

7.3.2.2 *Levensonderhoud in financiële zin*

In de eerste plaats kan het bij derving van levensonderhoud gaan om verlies van financieel onderhoud. Een complicatie bij de vaststelling van schade door gederfd levensonderhoud is dat men moet meten met *twee variabelen*: de inkomenssituatie van de overledene en die van de nabestaande. De inkomenssituatie van de nabestaande is bovendien in twee opzichten van belang. Ten eerste is deze relevant in het kader van de vaststelling van de grootte van de bijdrage van de overledene in het levensonderhoud van de betreffende nabestaande. Ten tweede is de inkomenssituatie van de nabestaande van belang om te bepalen in hoeverre hij na het overlijden zijn levensstandaard kan 'handhaven' en dus in of hij behoeftig is aan levensonderhoud.⁷⁶ Schade door derving van levensonderhoud vormt in zoverre een buitenbeentje dat men met schadevergoeding beoogt het 'gat' op te vullen dat door het overlijden in het levensonderhoud van de naaste wordt achtergelaten. Het gaat dus om een vorm van schade die bij uitstek afhangt van de positie waarin de eiser zich bevindt. Waar de financiële positie van de getroffen(e)n normaal gesproken de aansprakelijke niet aangaat, hangt het antwoord op de vraag in hoeverre aanspraak bestaat op vergoeding van schade door gederfd levensonderhoud mede af van de vraag of eiser in financieel opzicht 'tegen een stootje kan'.⁷⁷

Bij het berekenen van de behoeftigheid dient de gehele financiële positie van de nabestaanden in acht te worden genomen: de gehele levensstandaard en dus alle inkomsten en uitgaven zijn van belang, over een periode die zich – gezien vanaf het moment waarop de schade wordt vastgesteld – bovendien kan uitstrekken tot in de toekomst.⁷⁸ Die positie dient te worden vergeleken met de behoefte, oftewel de hypothetische levensstandaard in de situatie zonder overlijden. Doorgaans wordt eerst het *hypothetisch netto gezinsinkomen* vastgesteld aan de hand van het inkomstenverloop van de overledene en de nabestaanden. Aan de hand daarvan kan – door de vaste en

75. Tromp 2015, p. 5-6.

76. Storm, Kamp & Schön 1995, p. 228. en Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 33.1.

77. Hartlief 2008, p. 898.

78. Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 33.1.

variabele kosten toe te rekenen aan ieder gezinslid – worden bepaald wat de behoefte is van een individueel gezinslid. Die behoefte moet worden vergeleken met de middelen die ieder gezinslid na het overlijden heeft. Dat wordt vastgesteld door het *netto gezinsinkomen na overlijden* te ‘verdelen’ onder de gezinsleden. Aldus kan een vergelijking worden gemaakt tussen de individuele behoefte en het individuele inkomen na overlijden.⁷⁹ Het verschil is de schade, bestaande in de individuele behoefteigheid.

Op het eerste gezicht gaat het wellicht om een betrekkelijk eenvoudige methode. Discussie lijkt evenwel onvermijdelijk waar het gaat om de vraag of kosten moeten worden aangemerkt als vast of variabel.⁸⁰ Variabele kosten – kosten die direct worden bepaald door het aantal gezinsleden – nemen door het overlijden in omvang af en worden in zoverre ‘bespaard’, waar vaste kosten na het overlijden per gezinslid zullen stijgen en in zoverre de schadevergoeding bepalen. Bovendien is niet steeds aanstonds helder hoe de vaste lasten onder de nabestaanden moeten worden verdeeld. De Hoge Raad toont zich in het arrest *Reinders/Delta Lloyd* bereid om, omwille van een hanteerbare schadebegroting, een vaste verdeelsleutel tot uitgangspunt te nemen:

‘Het hangt van de concrete omstandigheden van het geval af welke verdeelsleutel de werkelijke schade het meest benadert, maar in ieder geval zal moeten worden gelet op de mate waarin enerzijds de weduwe, anderzijds elk der kinderen behoefte heeft aan de voorzieningen waarop de vaste lasten betrekking hebben. Met name voor wat de woonlasten betreft, zal in de regel moeten worden aangenomen dat de weduwe een aanmerkelijk groter gedeelte van de desbetreffende voorzieningen behoeft dan ieder van de kinderen. Ter wille van een hanteerbare methode van schadebegroting, ligt het voor de hand het aandeel van de weduwe in de vaste lasten te stellen op tweemaal het aandeel van een kind, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die aanleiding geven tot een andere verdeling.’⁸¹

Ook ten aanzien van de verdeling van de variabele lasten onder de nabestaanden zoekt men naar standaardisering. In dit verband kan de uit 1917 daterende ‘Amsterdamse aardappelschaal’ worden genoemd, waarmee het aandeel in de variabele lasten wordt weergegeven in de verhouding tussen het aantal aardappels dat door verschillende gezinsleden wordt genuttigd.⁸² Ook voor de toerekening aan individuele nabestaanden van het gezinsinkomen na overlijden bestaat geen vaste maatstaf, reden waarom men ook in dat verband wel aansluiting pleegt te zoeken bij de aardappelschaal (hoezeer die ook voor een andersoortige verdeling bestemd is) en ook andere verdelingen wel worden beproefd.⁸³ Een en ander leidt ertoe dat het in kaart brengen van de schade voor nabestaanden niet alleen veelal belastend en tijdrovend is, maar ook weinig doorzichtig en voor nabestaanden weinig herkenbaar.⁸⁴ In de praktijk probeert

79. Storm, Kamp & Schön 1995, p. 224–256 en Visser 2008, p. 302–308.

80. Neeser 2009, p. 361–367.

81. HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0514, NJ 1992/339 (Reinders/Delta Lloyd), r.o. 3.4.

82. Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 34.

83. Visser 2008, p. 302–308.

84. Zwarts 2008, p. 297–298.

men aan die knelpunten tegemoet te komen met de Richtlijn Rekenmodel Overlijdensschade.⁸⁵

Ter bepaling van de behoefte van de nabestaande dient te worden vastgesteld wat het inkomenverloop van de overledene zou zijn geweest – zijn ‘draagkracht’ – wanneer hij niet was overleden door de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. Het gaat daarbij niet alleen om de hoogte van het inkomen, maar ook om de vraag vanaf welk moment dat niet meer zou zijn genoten: ook in de hypothetische situatie zonder die gebeurtenis zou de verstrekking van het levensonderhoud immers op enig moment zijn geëindigd, uiterlijk (ook) door overlijden. Een en ander betekent dat men, net als bij letselschade, moet uitgaan van een hypothetisch (carrière)verloop dat zich over een langere periode en dus ook – bezien vanaf het moment waarop de schade wordt vastgesteld krachtens artikel 6:105 BW – tot in de toekomst kan uitstrekken. Ook hier geldt dat relevante toekomstige ontwikkelingen zowel van algemene aard kunnen zijn als meer specifiek het slachtoffer betreffen, en zowel binnen als buiten zijn invloedssfeer kunnen liggen (zie paragraaf 7.2.3.3).

In het arrest *Veritex/Hemnes* overweegt de Hoge Raad dat de vraag of van vergoedbare schade sprake is:

‘afhangt niet alleen van de omstandigheden zooals deze bij het overlijden van den verzorger waren, maar ook van de omstandigheden zooals deze, indien hij ware blijven leven, naar een redelijke verwachting, in de naaste of verdere toekomst, waarschijnlijk zouden zijn gewijzigd.’⁸⁶

Zo moet met de mogelijkheid dat in de toekomst van een positieverbetering of salarisverhoging sprake zou zijn geweest rekening worden gehouden, alsook met de mogelijkheid dat de overledene in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis te zijner tijd waarschijnlijk ‘met VUT’ zou zijn gegaan.⁸⁷

Omdat het gaat om een hypothetisch verloop voor de vaststelling waarvan per definitie geen hard bewijs bestaat, mogen aan de nabestaanden geen al te strenge eisen worden gesteld. Zo klinken in de bewoordingen van de Rechtbank Zwolle de overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest *Vehof/Helvetia* (waarover ook paragraaf 4.5.2) door:

‘Het is de redelijke verwachting die hier houvast moet bieden, waarbij aan eiseres met betrekking tot het bewijs van de gestelde schade naar vaste jurisprudentie geen al te strenge eisen mogen worden gesteld; het is immers aan de aansprakelijke veroorzaker van het

85. Denktank Overlijdensschade 2014.

86. HR 19 november 1943, ECLI:NL:HR:1943:229, NJ 1944/21 (*Veritex/Hemnes*).

87. HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1356, NJ 1995/609 m.nt. C.J.H. Brunner (Nationale Nederlanden Schadeverzekering/ABP). Zie ook Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 164.

ongeval te wijten dat de nabestaanden niet in staat zijn zekerheid te verschaffen omtrent hoe het hen in de situatie zonder ongeval zou zijn vergaan.⁸⁸

Het levensonderhoud zou ook in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zijn geëindigd wanneer het slachtoffer, als hij niet door die gebeurtenis was getroffen, zou zijn overleden. Dat betekent dat de sterftekansen van het slachtoffer relevant zijn bij de schadevaststelling. Een in de constitutie van het slachtoffer gelegen grotere sterftekans mag niet buiten beschouwing blijven, zo volgt uit het *Aangereden hartpatiënt*-arrest. Aan bromfietser Van Baar werd ten onrechte geen voorrang verleend door tractorbestuurder Waal, als gevolg waarvan een relatief licht ongeval plaatsvond, maar Van Baar wel enkele uren later overleed, als gevolg van een hartaanval vanwege de door het ongeval opgetreden emoties. Hoewel een en ander mede kan worden toegeschreven aan een zeldzame hartafwijking van Van Baar (coronaire trombose) staat dit er volgens de Hoge Raad niet aan in de weg dat het overlijden als een gevolg van de aanrijding aan Waal kan worden toegerekend. De Hoge Raad rekent dus ruim toe, maar voegt aan zijn beslissing toe:

‘De ziekelijke hartafwijking (...) en het daaruit voortvloeiende verhoogde risico van diens vroegtijdig overlijden kan eventueel wel een factor vormen waarmee rekening moet worden gehouden bij de berekening van de volgens art. 1406 BW te betalen schadevergoeding.’⁸⁹

Hier doet zich hetzelfde probleem gevoelen als bij letsel (zie hiervoor paragraaf 7.2.3.3 over de problematiek van de predispositie van het slachtoffer).

Ook vanaf het moment waarop de nabestaande zelf in zijn onderhoud zou hebben voorzien is er geen sprake meer van derving van levensonderhoud, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een kind dat in de hypothetische situatie zonder ongeval op een zeker moment niet meer afhankelijk was geweest van de overledene.

Aan de andere zijde van de vergelijking dient men te bezien in welke positie de nabestaande na het overlijden verkeert. De behoefte van de nabestaande hangt immers af van de mate waarin een tekort bestaat en daarmee van de nog beschikbare middelen die de benadeelde heeft om in zijn behoefte te kunnen voorzien. Daarbij behoort in beginsel zijn gehele financiële positie in aanmerking te worden genomen. Dat betekent dat bij de vaststelling van de schade door derving van levensonderhoud rekening moet worden gehouden met alle ten tijde van de uitspraak bekende financiële omstandigheden van de nabestaande (zoals een erfenis, uitkering uit sommenverzekering, schenking etc.) en ongeacht of deze in verband staan met het overlijden.⁹⁰

In deze behoeftegistoets ligt besloten dat alle gunstige financiële omstandigheden de behoefte van de nabestaande kunnen beperken, en dus in beginsel alle voor-

88. Rb. Zwolle 20 juli 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AV5225, NJF 2006/232, r.o. 4.4.

89. HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372 m.nt. G.J. Scholten (*Aangereden hartpatiënt*).

90. Hartlief 2018, nr. 257.

delen worden meegerekend. In zoverre speelt de redelijkheidstoets van artikel 6:100 BW (voordeelstoerekening) bij schade door derving van levensonderhoud geen rol.⁹¹

Uit het reeds in paragraaf 4.4 besproken arrest *Liezen/Nijmeijer* volgt dat de rechter rekening moet houden met in de loop van de procedure intredende wijzigingen in omstandigheden. Nijmeijer verloor haar echtgenoot door toedoen van de aansprakelijke en vorderde vergoeding van haar schade, bestaande uit derving verlies van levensonderhoud. Ruim drie jaar na het overlijden van haar echtgenoot overleed haar vader en werd zij deelgerechtigde in diens nalatenschap. Volgens de Hoge Raad dient de rechter rekening te houden met de aan haar tijdens het geding toegevallen nalatenschap.⁹²

Bijzondere situaties doen zich voor, wanneer na het overlijden een derde de nabestaande onderhoud verschaft of zelfs verplicht is te verschaffen. De vraag rijst in hoeverre dit van betekenis is voor de aanspraak op vergoeding van schade door derving van levensonderhoud. Het betreft een klassiek probleem van schadevergoedingsrecht: heeft de weduwe die hertrouwt vanaf dat moment nog aanspraak op vergoeding wegens derving van levensonderhoud?⁹³ De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend in het arrest *ABP/Wink*:

‘De strekking van art. 1406 (...) is om de aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van de dood van een ander te beperken tot een nauwe kring van nabestaanden, waaronder de overblijvende echtgenoot, voor zover die nabestaanden door de arbeid van de overledene plegen te worden onderhouden. Daarmede strookt dat deze aansprakelijkheid eindigt als de weduwe hertrouwt en er aldus burgerlijke betrekkingen ontstaan tussen haar en de echtgenoot met wie zij trouwt. (...) Dit brengt echter niet mede dat de aansprakelijkheid jegens een weduwe ook eindigt op de enkele grond dat zij in concubinaat gaat leven. Voor de toepassing van art. 1406 mag een concubinaat, dat nu eenmaal niet de in Boek 1 BW geregelde, aan een huwelijk verbonden burgerlijke betrekkingen doet ontstaan, niet met een huwelijk worden gelijk gesteld.’⁹⁴

Dat de weduwe vanaf het moment van hertrouw geen aanspraak meer heeft op vergoeding van schade door derving van levensonderhoud lijkt in *ABP/Wink* te zijn gestoeld op de gedachte dat slechts een ‘nauwe kring’ van gerechtigden aanspraak heeft op vergoeding van deze vorm van overlijdensschade.⁹⁵ Inmiddels zal in het licht van artikel 1:160 BW een vergelijkbare gedachte opgaan bij geregistreerd partnerschap of samenleving als ware men gehuwd.⁹⁶

91. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4719, NJ 2000/600 m.nt. M.M. Mendel (Kwidama), r.o. 3.5.

92. HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158 m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*).

93. Bocken & Boone 2011, nr. 340.

94. HR 13 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3329, NJ 1986/246 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*), r.o. 3.4.

95. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 160.

96. Hartlief 2018, nr. 257.

In het verlengde van de gedachte dat hertrouwen de aanspraak op vergoeding van schade door derving van levensonderhoud beëindigt, ligt de vraag in hoeverre men bij de begroting bij voorbaat van toekomstige schade door gederfd levensonderhoud (artikel 6:105 BW) rekening moet houden met de *kans* op hertrouwen van de achtergebleven partner. Uit het arrest *Nationale Nederlanden Schadeverzekering/ABP* volgt dat de hertrouwkans moet worden meegewogen wanneer hertrouwen, naar een redelijke verwachting, zo waarschijnlijk is te achten dat daarvan voor de schadeberekening valt uit te gaan, waarbij een zekere mate van terughoudendheid in acht moet worden genomen.⁹⁷

De vordering van het *kind* wordt evenwel niet geraakt wanneer de achterblijvende ouder hertrouwt. De Hoge Raad behandelt de vraag of de vordering van het kind wordt 'aangetast' door de komst van de nieuwe partner in het arrest *Huiskes/Snippe*:

'Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Een andere opvatting zou tot het onredelijke resultaat leiden dat de onderhoudslast van de kinderen in zoverre in plaats van op de aansprakelijke persoon wordt gelegd op de stiefvader, resp. degene met wie de weduwe samenwoont. Hieraan doet niet af dat ten aanzien van de weduwe zelf anders moet worden geoordeeld (...), aangezien zij ten opzichte van evenbedoelde man in een andere positie verkeert.'⁹⁸

Een andere situatie doet zich voor wanneer het kind wordt geadopteerd. In dat geval komt zijn aanspraak vanaf het adoptietijdstip te vervallen, zo beslist de Hoge Raad in *Schipper/Baumans*:

'De strekking van art. 1406 (...) is om de aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van de dood van een ander te beperken tot een nauwe kring van nabestaanden, waaronder de kinderen van de overledene, voor zover die nabestaanden door de arbeid van de overledene plegen te worden onderhouden. Daarmee strookt dat deze aansprakelijkheid eindigt als het kind naderhand wordt geadopteerd en het aldus de staat van wettig kind van de adoptief ouders verkrijgt, terwijl de familierechtelijke betrekkingen met zijn overleden natuurlijke ouder ophouden te bestaan.'⁹⁹

7.3.2.3 *Levensonderhoud in natura*

Naast derving van levensonderhoud in financiële zin komt ook derving van levensonderhoud in natura voor vergoeding in aanmerking. Het betreft schade die wordt geleden doordat de bijdrage van de overledene aan de gemeenschappelijke huishouding wegvalt en de nabestaande na het overlijden op andere wijze in de gang van deze huishouding moet worden voorzien (artikel 6:108 lid 1 sub d BW). Het wegvalen van een persoon kan immers op twee manieren het vermogen raken: niet alleen

97. HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1356, NJ 1995/609 m.nt. C.J.H. Brunner (Nationale Nederlanden Schadeverzekering/ABP), r.o. 5.4.

98. HR 28 februari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AG5203, NJ 1987/100 (Huiskes/Snippe), r.o. 3.4.

99. HR 4 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4681, NJ 1984/786 m.nt. E.A.A. Luijten (Schipper/Baumans), r.o. 3.2.

kan daardoor minder geld binnenkomen, zoals hiervoor besproken, maar het kan ook noodzakelijk zijn kosten te maken om te voorzien in een oplossing voor het wegvallen van de bijdrage die de overledene leverde aan het doen van de gemeenschappelijke huishouding.

Bij schade door derving van levensonderhoud in natura gaat het in de eerste plaats om de vraag in hoeverre de door de nabestaande gemaakte kosten als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen. Daarbij is evenwel niet van belang of de nabestaande ten tijde van de beslissing van de rechter *daadwerkelijk* kosten maakt in verband met de voortzetting van de gemeenschappelijke huishouding; van die omstandigheid moet worden geabstraheerd.

Zo volgt uit het arrest *Pruiskens/Organice*, waarin het draait om de vordering van de overgebleven partner en waarin de Hoge Raad bovendien overweegt dat niet noodzakelijk is dat de overledene de meeste taken verrichtte (ondanks de zinsnede 'in wier levensonderhoud hij geheel of voor een groot deel voorzag' in artikel 6:108 lid 1 sub c BW).¹⁰⁰

In het verlengde daarvan ligt het arrest *Bakkum/Achmea*, waarin het gaat om een vordering tot vergoeding van de schade van kinderen als gevolg van het overlijden van hun moeder. In cassatie draait het om kosten voor huishoudelijke hulp over de periode vanaf het ongeval tot aan de meerderjarigheid van de kinderen. Het hof wijst dit gedeelte van de vordering af, onder meer omdat geen *daadwerkelijk uitgaven* voor huishoudelijke hulp zijn gedaan en omdat de vader ruim twee jaar later is hertrouwd, vanaf welk moment de huishoudelijke taken zijn verzorgd door diens nieuwe echtgenote. De Hoge Raad overweegt evenwel dat niet bepalend is of ten tijde van de beslissing van de rechter daadwerkelijk kosten worden gemaakt voor huishoudelijke hulp:

'Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om huishoudelijke taken ten behoeve van kinderen, omdat van algemene bekendheid is dat in de leemte die ontstaat door het wegvallen van de huishoudelijke arbeid van de overleden ouder vaak wordt voorzien — naast extra inzet van de overblijvende ouder — door vrijwillige (kosteloze) hulp van familie, vrienden of bekenden, ook omdat in een gezinsbudget veelal niet direct ruimte gevonden kan worden voor het doen van structurele extra uitgaven voor professionele hulp; de vrijwillige hulpverlening zal echter meestal niet tot in lengte van jaren voortgezet kunnen worden. Voorts zal de omstandigheid dat de overblijvende ouder met een nieuwe partner trouwt of gaat samenleven, niet in aanmerking mogen worden genomen bij de vaststelling van hetgeen de kinderen behoeven, omdat zulks tot het onredelijke resultaat zou leiden dat de onderhoudslast van de kinderen in zoverre wordt gelegd op die nieuwe partner in plaats van op de aansprakelijke persoon (...).'¹⁰¹

100. HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6089, NJ 2008/186 m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruiskens/Organice*), r.o. 3.3.2.

101. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9365, NJ 2009/385 m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3.

Met de laatste overweging refereert de Hoge Raad aan het hiervoor besproken arrest *Huiskes/Snippe*. De Hoge Raad neutraliseert aldus het argument dat de kinderen, *ex post* benaderd, geen schade hebben zouden geleden nu er in hun behoefte is voorzien zonder dat kosten zijn gemaakt. Lindenbergh en Van der Zalm wijzen erop dat dat economisch gezien ook niet reëel zou zijn: er worden extra inspanningen verricht die volgens hen een waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigen, en het zal door de betrokkenen ook niet als redelijk worden ervaren (eerder hoefden de extra inspanningen ook niet te worden geleverd).¹⁰² De Hoge Raad voegt nog een opmerkelijke motivering toe:

‘Voor een deels objectieve benadering als zojuist bedoeld bestaat te meer aanleiding omdat het hier gaat om de begroting van (grotendeels) nog niet ingetreden schade (art. 6:105 BW). Gelet op deze aard van de schadepost, maar ook om mogelijk te maken dat zo spoedig mogelijk na het ongeval in overleg tussen de aansprakelijke partij en de benadeelden een passende vergoeding voor deze vorm van gederfd levensonderhoud kan worden vastgesteld, ligt het voor de hand om bij de vaststelling van de behoefte van de kinderen aan een voorziening voor vervangende huishoudelijke hulp uit te gaan van de na het ongeval bekende concrete omstandigheden waarin zij tot aan hun meerderjarigheid zullen verkeren, en daarbij geen rekening te houden met het antwoord op de vraag of reeds daadwerkelijk is voorzien in professionele huishoudelijke hulp dan wel of de mogelijkheid bestaat dat de overblijvende ouder in de toekomst gaat trouwen of samenwonen met een nieuwe partner die huishoudelijke taken in het gezin kan gaan verrichten.’¹⁰³

Die overweging is opmerkelijk omdat een meer algemene *ex ante* benadering wordt gesuggereerd die juist door de toegepaste abstractie niet nodig is: het gaat in *Bakkum/Achmea* immers om omstandigheden die ten tijde van het oordeel van de rechter reeds waren ingetreden (er heeft ‘kosteloze’ hulp plaatsgevonden en de vader is hertrouwd) maar die *hoe dan ook* niet relevant waren geweest voor het antwoord op de vraag in hoeverre rechtens relevante schade is geleden. Men hoeft het peilmoment voor de begroting van de ‘toekomstige’ schade dus niet bij (of kort na) het ongeval te leggen om tot (het bestaan van) rechtens relevante schade van de kinderen te kunnen concluderen. De Hoge Raad lijkt met deze overweging evenwel iets te kennen te geven van waar het hem om te doen is: rechtseconomisch bezien is er geen prikkel (meer) voor de aansprakelijke partij om zich afwachtend op te stellen wanneer moet worden geabstraheerd van de mogelijkheid dat (toekomstige) gezinsleden kosteloos taken overnemen. Aldus kan inderdaad worden bevorderd dat zo spoedig mogelijk na het ongeval een passende vergoeding wordt vastgesteld. De Hoge Raad heeft daarmee bovendien oog voor het feitelijke belang van de nabestaande om binnen afzienbare tijd een oplossing van zijn probleem te kunnen financieren, waar in een gezinsbudget veelal niet direct ruimte gevonden kan worden voor het doen van structurele extra uitgaven voor professionele hulp.¹⁰⁴

102. Lindenbergh & Van der Zalm 2008, p. 238.

103. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9365, NJ 2009/385 m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3.

104. Lindenbergh 2013, p. 31.

Na een overlijden kan zich de situatie voordoen dat de achterblijvende echtgenoot minder gaat werken om de huishoudelijke taken over te nemen die eerder door de overledene werden verricht, waaronder opvoedtaken. In het arrest *Philip Morris/Bolink* ging het om de situatie waarin een man als gevolg van een bedrijfsgeval komt te overlijden. Hij had een dochter van anderhalf. De weduwe, die ten tijde van het ongeval 28 uur per week werkzaam was als assistent van het hoofd administratie van een scholengemeenschap en die destijds nog vooruitzicht had op een taakuitbreiding. Die uitbreiding vindt door het overlijden geen doorgang, en enkele jaren na het ongeval gaat zij ergens anders minder uren werken. Aan haar vordering tot vergoeding van schade door gederfd levensonderhoud legt zij ten grondslag dat rekening moet worden gehouden met het feit dat haar arbeidsinkomen is verminderd doordat zij na het overlijden van haar echtgenoot minder is gaan werken. Zij stelt dat deze stap noodzakelijk was, omdat de bijdrage die haar overleden man leverde aan de huishouding en aan de opvoeding van hun dochter is wegge gevallen. De aansprakelijke stelt daarentegen dat in aanmerking moet worden genomen het inkomen dat zij zou hebben gehad als het overlijden van haar man niet had plaatsgevonden. De Hoge Raad overweegt dat bij gederfd levensonderhoud niet alleen de financiële bijdragen (het wegge vallen inkomen) van de overledene van belang is, maar ook bijdragen van andere aard, zoals het verrichten van huishoudelijke taken en het leveren van een bijdrage aan de opvoeding van minderjarige kinderen:

‘De andere (...) opvatting miskent dat het vaak voorkomt (...) dat beide echtelieden zowel in financiële zin als door het verrichten van zorgtaken, een bijdrage leveren aan de gemeenschappelijke huishouding, en daardoor mede aan elkaars levensonderhoud. Valt deze bijdrage van een van de echtelieden weg door diens overlijden, dan lijdt de achterblijvende echtgenoot daardoor schade. Is dat overlijden veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, en beperkt de achterblijvende echtgenoot deze schade door minder te gaan werken om zelf die zorgtaken te gaan verrichten, dan dient in beginsel de gehele inkomensschade die deze daardoor lijdt, te worden betrokken bij de berekening van de omvang van de in art. 6:108 bedoelde schadevergoedingsplicht.’¹⁰⁵

De vraag rijst in hoeverre aan de aanspraak op vergoeding van de inkomensschade van de achterblijvende echtgenoot beperkingen (moeten) worden gesteld. Onzekerheid is ontstaan over de vraag of het gehele inkomensverlies in de berekening moet worden betrokken, of alleen de schade voor zover kosten van professionele hulp worden uitgespaard, in lijn met het arrest *Losser/Kruidhof*.¹⁰⁶ Nu de Hoge Raad de keuze om minder te gaan werken aanmerkt als een wijze van schadebeperking – in feite wordt een stukje derving van levensonderhoud in natura (‘hetgeen de overledene placht bij te dragen’) beperkt door een zekere ‘omzetting’ in een inkomstenverlies – lijkt een beperking aan de hand van een redelijkheidstoets niet uitgesloten. Past men op dit punt de maatstaf van artikel 6:96 lid 2 onder a BW toe, dan gaat het er niet slechts om of het ‘inleveren’ van inkomsten maken redelijk is, maar ook of de *omvang* ervan

105. HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8781, NJ 2009/386 m.nt. J.B.M. Vranken (Philip Morris/Bolink), r.o. 3.4.

106. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (Losser/Kruidhof).

redelijk is. Onder bepaalde omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de overblijvende ouder een buitengewoon profijtlijke baan prijsgeeft ten behoeve van de opvoeding van een kind, waardoor de schade ver uitloopt boven de kosten van een professionele kracht, ligt het dan ook in de rede dat die extra schade deels voor rekening van de nabestaande komt.¹⁰⁷

7.4 ANDER NADEEL DAN VERMOGENSSCHADE

7.4.1 *Persoonsaantasting*

Een andersoortige schadepost, die in dit onderzoek ook tot de sfeer van de personen-schade wordt gerekend, betreft de zogeheten immateriële schade. De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat niet slechts in vermogensschade maar ook in ‘ander nadeel’, voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft (artikel 6:95 lid 1 BW). Ander nadeel dan vermogensschade komt aldus slechts in een beperkt aantal categorieën voor vergoeding in aanmerking. Zoals eerder opgemerkt vormt de immateriële schade voortvloeiend uit personenschade de belangrijkste categorie (zie hiervoor paragraaf 3.4.3).

De voornaamste bepaling waarin een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wordt geboden is artikel 6:106 BW. Voor de rechtspraak is met name het bepaalde in artikel 6:106 sub b BW van belang.¹⁰⁸ Hierin worden verschillende typen persoonsaantastingen genoemd: lichamelijk letsel, schending van eer en goede naam en aantasting in de persoon ‘op andere wijze’. Geestelijk letsel kan worden geschaard onder de laatstgenoemde categorie, die een meer open karakter draagt. Aldus bestaat krachtens artikel 6:106 sub b BW een recht op smartengeld bij aantastingen van de (lichamelijke en geestelijke) gezondheid, en daarnaast ook bij aantastingen van eer en goede naam en van andere persoonlijkheidsrechten.

De wet geeft in wezen slechts twee (indirecte) aanknopingspunten ten aanzien van de inhoud van het begrip ‘ander nadeel dan vermogensschade’. Artikel 6:95 lid 1 BW maakt ten eerste een onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel, waaruit kan worden afgeleid dat ander nadeel in theorie ieder nadeel kan omvatten voor zover dat niet wordt bestreken door het begrip vermogensschade. In de tweede plaats kent het begrip een zekere afbakening waar de wet aangeeft *in welke gevallen* een aanspraak op vergoeding daarvan bestaat, waarmee als het ware de ‘bronnen’ worden aangewezen waaruit de *vergoedbare* niet-vermogensschade als het ware voortvloeit.¹⁰⁹ Gaat het om aantastingen van de (lichamelijke en geestelijke) gezondheid, dan ligt het voor de hand dat de daaruit voortvloeiende immateriële schade vooral is gelegen in de ‘gevoelswereld’ van de benadeelde. De omschrijving ‘vermindering van welzijn’ lijkt

107. Lindenberg & Van der Zalm 2009, p. 150.

108. Lindenberg & Van der Zalm 2015, nr. 27.3.

109. Lindenberg 1998, p. 83.

vooral nog de meest treffende, want meest omvattende, feitelijke omschrijving.¹¹⁰ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat hij onder ander nadeel dan vermogensschade in ieder geval verstaat pijn, verdriet en ‘gederfde levensvreugde’, alsook de onmogelijkheid van het leven te genieten.¹¹¹

7.4.2 *Momentschade of duurschade*

Wanneer ander nadeel dan vermogensschade wordt opgevat als vermindering van welzijn of wordt gevat in begrippen als pijn, verdriet en gederfde levensvreugde, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat de schade doorgaans niet op een enkel moment maar gedurende een langere periode wordt geleden, en dus een toekomstig element bevat voor zover die periode zich uitstrekt tot voorbij het moment waarop de rechter oordeelt.¹¹² Het ligt wat mij betreft dan ook voor de hand dat immateriële schade in de regel wordt gekwalificeerd als een vorm van duurschade. Eerder werd vastgesteld dat bij duurschade in het algemeen sprake is van een bepaalde ‘schadebron’ waaruit gedurende een bepaalde periode nadelen voortvloeien (zie paragraaf 3.3.6.3). Hoewel het wellicht niet direct tot de verbeelding spreekt om – zoals bij voortdurende vermogensschade – de immateriële schade te beschouwen als een reeks van opeenvolgende ‘schadecomponenten’ die tezamen de gehele voortdurende schade vormen, lijkt het niettemin zinvol ook bij immateriële schade die gedachtelijnt te volgen. Naarmate pijn, verdriet en ‘gederfde levensvreugde’ voortduren of althans een toestand van vermindering van welzijn voortduurt, moet de immateriële schade worden geacht *per saldo* toe te nemen: als ‘verzamelpost’ groeit zij aldus deel voor deel aan naar gelang de immateriële nadelen zich van moment tot moment ontfouwen.

Lastig is in dit verband evenwel dat het gaat om nadeel dat, wat betreft het moment waarop het wordt geleden, min of meer afhankelijk is van het bewustzijn of althans de beleving van de schadelijdende persoon en dus moeilijk ‘objectief meetbaar’ is. In het arrest *AMC/O* gaat het om een aidsbesmetting als gevolg van een medische fout (een vergissing met een injectiespuit). Ten tijde van de besmetting was het slachtoffer 57 jaar oud; als gevolg van de besmetting had hij nog slechts een zeer beperkte levensverwachting. De Hoge Raad overweegt dat de rechter bij de vaststelling van het smartengeld rekening dient te houden met alle omstandigheden, waarbij in een geval als dit met name moet worden gedacht:

‘aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Onder het verdriet is

110. Lindenberg 1998, p. 83 en Verburg 2009, p. 34.

111. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2919, NJ 1999/614 (H./Stichting Gezondheidszorg) en HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (Cornelisse/Lokhorst).

112. Concl. A-G Hartkamp bij HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (AMC/O), Lindenberg 1998, p. 230 en Hebly & Lindenberg 2016, nr. 89.

ook begrepen het verdriet dat het slachtoffer heeft doordat als gevolg van deze gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort.¹¹³

Niet alleen de *duur* van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde is een omstandigheid waaraan 'met name' moet worden gedacht, maar ook het verdriet wegens het 'bekort zijn in de levensverwachting' wordt hier expliciet genoemd. Ook hier gaat het dus om een waardering van het nadeel dat het slachtoffer ondervindt, waarbij de nadelige *vooruitzichten* dus hun schaduw vooruitwerpen, zij het niet in financieel-economische zin maar in termen van verdriet.¹¹⁴

In het arrest *Cornelisse/Lokhorst* (ook wel het *Coma*-arrest genoemd) ging het om een arbeidsongeval als gevolg waarvan het slachtoffer in coma raakte. De vraag rijst of voor het bestaan van een aanspraak op vergoeding van immateriële schade een zogenaamd 'bewustzijnsvereiste' geldt. De Hoge Raad beantwoordt die vraag weliswaar ontkennend, maar overweegt dat de bewusteloosheid van het slachtoffer wel van belang kan zijn voor de vraag of nadeel wordt geleden dat voor vergoeding in aanmerking komt en zo ja, in welke mate, en voor de vraag hoe deze vergoeding moet worden begroot. Hij overweegt:

'De omstandigheid dat de benadeelde gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest, zal in het algemeen en behoudens aanwijzingen van het tegendeel, tot het oordeel kunnen leiden dat hij wat betreft die periode geen nadeel heeft geleden in de vorm van pijn en/of verdriet, doch deze omstandigheid rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat in het geheel geen sprake is geweest van gederfde levensvreugde. Aangenomen moet immers worden dat de staat van bewusteloosheid in elk geval tot gevolg heeft gehad dat aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontbroken van zijn leven te genieten. (...) De rechter zal in een geval als het onderhavige waarin moet worden aangenomen dat de benadeelde zich (achteraf en in zekere mate) heeft gerealiseerd dat hij gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest en niet (meer) zijn gewone leven heeft kunnen leiden, in beginsel in aanmerking moeten nemen dat de benadeelde als gevolg van het door hem opgelopen letsel gedurende deze periode (...) levensvreugde heeft gederfd.'¹¹⁵

Ziet men immateriële schade als voortdurende schade, dan brengt dit met zich dat eenmaal ingetreden ander nadeel moet worden gezien als ten tijde van de vaststelling van het smartengeld reeds ingetreden schade, en dat ook een deel van de immateriële schade in de toekomst kan zijn gelegen. Aangenomen moet worden dat het bepaalde in artikel 6:105 BW in beginsel ook hier opgaat. Dat betekent dat de rechter de vrijheid heeft om de schuldenaar te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens ter zake van toekomstige immateriële schade, dan wel tot het doen van periodieke uitkeringen. In de praktijk geschiedt de begroting van immateriële schade evenwel doorgaans in de vorm van een som ineens. Dat de rechter de schuldenaar kan veroordelen tot

113. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (AMC/O), r.o. 3.3.

114. Hebly & Lindenberg 2016, nr. 89.

115. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (Cornelisse/Lokhorst), r.o. 3.4.4-3.5.

betaling van een bedrag ineens ter zake van toekomstige immateriële schade betekent dat hij rekening zou kunnen houden met elementen als het rendement op de vergoeding bij voorbaat, inflatie, sterftekans etc. Hoewel in theorie inderdaad de in de toekomst te lijden immateriële schade terug te voeren is op afzonderlijke elementen en tijdvakken, en deze zich dus ‘per deel’ laat schatten, is dat in de praktijk niet gebruikelijk. Lindenbergh verklaart dit doordat het hier in feite zou gaan om verfijningen wat betreft de berekeningsmethode, terwijl het smartengeld uiteindelijk ‘meer ruwweg naar billijkheid’ wordt vastgesteld.¹¹⁶

7.4.3 Begrotingsmoment en wettelijke rente

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag welk moment bepalend is voor de begroting van immateriële schade, een vraag die in het kader van dit onderzoek bij uitstek van belang is. Waar de rechter bij de vaststelling van de omvang van smartengeld wegens letsel uitdrukkelijk rekening dient te houden met alle omstandigheden, en in het bijzonder met de *gevolgen* van het letsel voor de betrokkene,¹¹⁷ ligt een *ex ante* schadevaststelling bepaald niet voor de hand.¹¹⁸ Gebeurtenissen van later datum dan het ongeval zijn bij uitstek van betekenis: op het moment waarop de rechter de omvang van de vergoedingsplicht vaststelt, zal hij moeten bezien welke immateriële nadelen de benadeelde heeft geleden en (waarschijnlijk) in de toekomst nog zal lijden. Deze benadering valt af te leiden uit de overwegingen van de Hoge Raad in het *Baby Kelly*-arrest. Dat arrest betrof onder meer een *wrongful life*-vordering van een ernstig gehandicapt ter wereld gekomen kind waarvan vaststaat dat zij – door voortijdig afbreken van de zwangerschap – niet zou zijn geboren indien de verloskundige, bij wie de moeder onder behandeling stond, niet had nagelaten prenatale diagnostiek te laten verrichten waardoor de chromosomale afwijking van de vrucht aan het licht zou zijn gekomen. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de begroting van de immateriële schade van het kind:

‘De rechter dient alle ter zake dienende omstandigheden *op het moment van zijn beoordeling* [cursivering MRH] mee te wegen, waaronder in elk geval de wijze waarop Kelly zich inmiddels heeft ontwikkeld, de mate waarin zij door haar handicaps wordt belemmerd ‘normaal’ te leven en de mate waarin zij daaronder lijdt.’¹¹⁹

Volgt men strikt de hiervoor geschetste benadering – immateriële schade wordt van moment tot moment geleden – dan zou dat betekenen dat de aanspraak op smartengeld ook deel voor deel ontstaat. In lijn daarmee zou de wettelijke rente over het smartengeld dan dus ook deel voor deel gaan lopen. Bij vermogensschades is het doorgaans wel mogelijk verschillende schademomenten te bepalen, waar afzonderlijke vermogensverminderingen en gemiste vermogensvermeerderingen meestal wel

116. Lindenbergh 1998, p. 230-231.

117. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druijff/Bouw), r.o. 3.2.

118. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 93.

119. HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), r.o. 4.18.

kunnen worden ‘gelokaliseerd’ in de tijd; bij niet-vermogensschade ligt dat bepaald lastiger. Meestal komt men ook niet toe aan een dergelijke ‘concretisering’ in de zin van waardering van afzonderlijk in de tijd opkomende immateriële nadelen: zij laten zich naar hun aard immers niet in geld waarderen, ook niet afzonderlijk bezien. Relativerend ten aanzien van de ‘precisie’ van de vaststelling van het smartengeld klinkt ook de Hoge Raad:

‘Bij de bepaling van de omvang van de vergoeding zullen de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van de pijn, de ernst van het verdriet, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal, kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is.’¹²⁰

Bezien vanuit tijdsperspectief oogt de immateriële schade als een ‘hybride’ figuur: waar de rechter alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn *beoordeling* dient mee te wegen, wordt de (gehele) schade geacht te zijn geleden op het – soms veel eerder gelegen – moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Men pleegt althans aan te nemen dat de schuldenaar per dat moment wettelijke rente over het smartengeld verschuldigd is. Een en ander wordt afgeleid uit de overwegingen van de Hoge Raad in het *Eerste peildatum*-arrest (waarover eerder paragraaf 4.5.5.1) ten aanzien van een door rechtbank (in 1991) toegewezen bedrag van f 50 000:

‘Dit bedrag betreft schade die geacht moet worden terstond bij het ongeval te zijn ontstaan, nu de rechtbank te Haarlem op dit punt geen oordeel heeft gegeven en in het onderhavige geding door de advocaten deze zienswijze voor wat betreft de immateriële schade niet is betwist. Derhalve dient over een bedrag van f 50 000 rente vanaf 1 december 1978 te worden vergoed.’¹²¹

Voorts overweegt de Hoge Raad in het arrest *Van Brakel/Diaconessenhuis* met betrekking tot het ontstaan van immateriële schade – overigens in verband met verjaring naar oud recht – dat moet worden aangenomen dat deze schade ontstaat en wordt geleden op het tijdstip waarop het schadetoebrengende feit plaatsvindt, en dat daaraan niet afdoet dat sprake is van voortdurende schade: het zou namelijk gaan om afzonderlijke elementen van de schade die *in haar geheel* bestaat in de door de onrechtmatige daad veroorzaakte lichamelijke toestand van het slachtoffer.¹²²

120. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (Cornelisse/Lokhorst), r.o. 3.5.

121. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), r.o. 3.11.

122. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3686, NJ 2001/655 (Van Brakel/Diaconessenhuis), r.o. 3.3.

Ten aanzien van het moment waarnaar de immateriële schade wordt begroot en de verschuldigdheid van wettelijke rente komt men in de lagere rechtspraak wisselende uitspraken tegen. Zo deed de Rechtbank Noord-Nederland uitspraak in een zaak waarin het ging om de aanspraak op smartengeld van een man die op schadelijke wijze de gevolgen waarnam van de verkrachting van en moord op zijn dochter (het betreft hier de zogenoemde 'shockschade'). Dertien jaar na het misdrijf werd de dader geïdentificeerd. De rechtbank weegt bij de begroting van de immateriële schade het gevolg mee dat de vader al die tijd heeft moeten leven met het gegeven dat er geen duidelijkheid was over de dader en diens motieven, en dat deze onzekerheid mede heeft bijgedragen aan zijn lijden, en stelt in zoverre de feitelijke gevolgen vast zoals die bekend zijn geworden in de periode tot aan het tijdstip van zijn uitspraak. De wettelijke rente wordt door de rechtbank evenwel toegewezen vanaf het moment van de confrontatie, omdat daarmee 'de kiem is gelegd voor het geestelijk letsel dat zich nadien (verder) heeft ontwikkeld'.¹²³ Zou eenzelfde benadering zijn toegepast in de zaak waarin het ging om de verkrachting van een vrouw door militairen in het voormalig Nederlands-Indië in 1949 – zogenoemd 'historisch onrecht' waarvoor de Nederlandse Staat in dit geval aansprakelijk is – dan zou dat een buitengewoon omvangrijke som aan wettelijke rente opleveren. De rechtbank Den Haag begroot in die zaak het smartengeld evenwel 'naar huidige maatstaven' en overweegt dat *daarom* geen aanspraak bestaat op de vergoeding van wettelijke rente.¹²⁴

Illustratief voor het moment waarnaar het smartengeld moet worden begroot is voorts een zaak waarin het draait om een mislukte besnijdenis in 2001 van een jongetje van destijds twee jaar. De niet goed verlopen ingreep leidde tot gedeeltelijke amputatie van zijn penis. In de jaren die volgden heeft de jongen diverse operaties ondergaan ter voorbereiding op een latere penisreconstructie. Het ziekenhuis heeft aansprakelijkheid erkend; partijen zijn overeengekomen dat de schade pas definitief wordt begroot en vergoed wanneer de laatste medische ingreep is geweest en wanneer het slachtoffer volwassen is. Wel keert het ziekenhuis verschillende bedragen uit, onder meer ter zake van immateriële schade. In 2018 verzoekt het slachtoffer de rechtbank in deelgeschil het smartengeld definitief vast te stellen op 125.000 euro, uitgaande van een begroting 'naar normen van nu'. Volgens het ziekenhuis dient evenwel de omvang van de immateriële schade te worden bepaald naar het moment waarop het letsel is toegebracht (in 2001) en is bovendien een deel van de immateriële schade reeds in een eerder stadium vergoed. Daarom zou geen ruimte bestaan voor een hoger bedrag aan smartengeld vanwege de inmiddels veranderde opvattingen ten aanzien van het 'smartengeldniveau' in Nederland. De rechtbank overweegt:

'Volgens [verzoeker] dient het smartengeld te worden begroot naar de normen van nu, volgens het Ziekenhuis naar de normen van 2001. De mislukte besnijdenis heeft in 2001 plaatsgevonden. In beginsel ligt het dan in de rede het smartengeld te begroten naar de normen van destijds. In deze zaak was de omvang van de immateriële schade op dat moment echter

123. Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, JA 2015/43 m.nt. M.R. Hebly, r.o. 6.9.

124. Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701, NJF 2016/148, r.o. 4.70.

op geen enkele manier in te schatten. Het was toen immers volstrekt ongewis hoe één en ander zich bij [verzoeker] fysiek en emotioneel zou gaan ontwikkelen. Omdat hierover nu veel meer duidelijkheid is verkregen, kan daar bij de begroting van het smartengeld rekening mee worden gehouden. Het is immers bekend wat in de tussenliggende periode op dit vlak heeft plaatsgevonden en wat de toekomst betreft zijn partijen het erover eens dat ervan mag worden uitgegaan dat geen verbetering in de situatie optreedt. Onder deze omstandigheden ligt het dan meer voor de hand om het smartengeld naar de huidige normen te begroten. (...) De rechtbank zal bij de begroting van dit bedrag in aanmerking nemen dat het smartengeldniveau in Nederland de afgelopen decennia (ook ten opzichte van de ons omringende landen) is gestagneerd. De rechtbank deelt de algemene opinie – zoals die ook in de literatuur veelvuldig naar voren komt – dat een verhoging van het smartengeldniveau in Nederland wenselijk is.¹²⁵

De overwegingen van de rechtbank suggereren dat het smartengeld in beginsel *ex ante* zou moeten worden begroot, maar dat – bij wijze van uitzondering – een *ex post* benadering moet worden gehanteerd wanneer ten tijde van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis ‘volstrekt ongewis’ is hoe zich een en ander zal ontwikkelen en hierover ten tijde van de waardering meer duidelijkheid bestaat. De rechtbank begroot de immateriële schade op 110.000 euro, maar houdt vervolgens rekening met hetgeen door het ziekenhuis in een eerder stadium aan het slachtoffer is uitgekeerd. Dat leidt tot een vrij ingewikkelde berekening, doordat het in 2002 uitgekeerde bedrag naar het oordeel van de rechtbank moet worden geïndexeerd. Zij zoekt daarvoor aansluiting bij het Smartengeldboek:

‘Alvorens het reeds betaalde smartengeld van € 28.500,00 op het totaal aan immateriële schadevergoeding in mindering kan worden gebracht, dient dit bedrag naar het oordeel van de rechtbank te worden geïndexeerd. Ten aanzien van het op 24 december 2002 betaalde bedrag van € 25.000,00 zoekt de rechtbank daarvoor aansluiting bij nummer 567 van de Smartengeldgids 2018 waarin een op 27 september 2002 toegewezen smartengeld van € 27.227,00 geïndexeerd neerkomt op een bedrag van € 34.304,00. Toegepast op het bedrag van € 25.000 komt dit neer op een bedrag van (afgerond) € 31.500,00. De indexering van het in mei 2017 betaalde (relatief geringe) bedrag van € 3.500,00 zal de rechtbank om pragmatische redenen achterwege laten. Dit betekent dat er – na indexatie – als reeds betaald smartengeld een bedrag van € 35.000,00 op het totale smartengeld van € 110.000,00 in mindering dient te worden gebracht. Er komt dus nog een bedrag van € 75.000,00 aan immateriële schadevergoeding voor toewijzing in aanmerking.¹²⁶

De uitspraak van de rechtbank is illustratief voor de tijdscomplicaties bij begroting van smartengeld, ondanks dat het aspect van de wettelijke rente in deze uitspraak niet aan de orde komt. Indexatie aan de hand van de smartengeldgids lijkt weliswaar te verdedigen vanuit pragmatisch oogpunt, maar is dogmatisch kwetsbaar. Een en ander laat immers in het midden of het in 2002 betaalde bedrag moet worden gezien als een *vooruitbetaling* dan wel (mede) als een vergoeding *achteraf* ten aanzien van de

125. Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461, r.o. 4.15.

126. Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461, r.o. 4.19.

op dat moment reeds ingetreden schade. Anders gezegd: onduidelijk blijft *per wanneer* aanspraak bestaat op betaling van *welk bedrag* aan smartengeld. Dat heeft te maken met het hybride karakter van immateriële schade op dit punt: zij pleegt niet deel voor deel naar verschillende tijdvakken of momenten te worden gewaardeerd, zoals bij vermogensschade steeds wel het geval is, maar in haar geheel naar een enkel moment, resulterend in een totaalbedrag.

Lindenbergh stelt dat de *keuze* voor het moment waarnaar de omvang van het smartengeld wordt begroot niet alleen relevant is voor de looptijd van de wettelijke rente, maar ook voor de toetsing aan vergelijkbare gevallen. Wordt uitgegaan van de fictie dat de (gehele) schade ontstaat op het moment van het ongeval, dan dient volgens hem de omvang van de smart naar de maatstaven van dat moment te worden gewaardeerd. Wordt daarentegen uitgegaan van een waardering tegen het moment van begroting, dan zou vanaf dat moment de wettelijke rente (pas) moeten gaan lopen.¹²⁷ Complicerend in dit verband is overigens dat uit de gepubliceerde uitspraken in de Smartengeldgids niet steeds duidelijk naar voren komt welk ‘meetmoment’ is gekozen.¹²⁸ De analyse van Lindenbergh lijkt mij in die zin juist, dat een stijgend smartengeldniveau inderdaad mede kan worden verklaard door algemene geldontwaarding. Wanneer men uitgaat van de gedachte dat de immateriële schade geheel wordt geleden op het moment van het ongeval, en het nadeel ook naar maatstaven van dat moment wordt gewaardeerd, dan voorziet de wettelijke rente mede in een vorm van compensatie voor nadien opgetreden inflatie. Men loopt inderdaad het risico van een dubbele inflatiecorrectie wanneer men het huidige ‘smartengeldpeil’ tot uitgangspunt neemt – gecatalogiseerde smartengeldbedragen zijn veelal reeds gecorrigeerd voor inflatie – en een daarop gebaseerd bedrag vermeerderd met wettelijke rente per datum ongeval. Maar ook wanneer men zich rekenschap geeft van dit risico, blijft de benadering van immateriële schade ‘hybride’ in die zin dat het smartengeld mede wordt vastgesteld op basis van *gevolgen* die zich op het moment van het ongeval nog niet maar ten tijde van de schadevaststelling wel hebben ontvouwd. Anders gezegd: voor zover men ten aanzien van het moment waarop de schade wordt geleden en wat betreft de begrotingsmaatstaven zou uitgaan van het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, neemt men immers nog altijd de gebeurtenissen van na dat moment bij de begroting in ogenschouw. De immateriële schade wordt in die zin immers niet *ex ante* begroot.

7.4.4 Pleidooi voor begroting smartengeld naar tijdstip uitspraak

Het zou mijn voorkeur hebben wanneer een principiële keuze wordt gemaakt voor een begroting van het smartengeld naar het moment van de rechterlijke beslissing, waarbij dat moment *in alle opzichten* als beslissend heeft te gelden, dus voor wat betreft voor de looptijd van de wettelijke rente, de maatstaven ter begroting van het smarten-

127. Lindenbergh 2000, p. 137.

128. Verburg 2009, p. 135.

geld en de feiten en omstandigheden die de rechter aan zijn begroting ten grondslag legt.¹²⁹ Ik zie hiervoor een aantal argumenten.

Ten eerste is de hybride benadering, zoals geschetst in paragraaf 7.4.3, inconsistent: de rechter dient immers alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen. Hij zal op dat moment in de regel immers tot een ‘totaalwaardering’ komen.

Ten tweede leidt deze hybride benadering ertoe dat het slachtoffer dikwijls aanspraak heeft op een aanzienlijke rentesom over het (volledige) bedrag aan smartengeld, waar ik geen goede rechtvaardiging voor zie. Weliswaar had het slachtoffer een zeker rendement over het gehele smartengeldbedrag kunnen genieten als dat onmiddellijk was uitgekeerd, maar indachtig het idee dat het doorgaans gaat om nadeel dat (groten) deels wordt geleden in de *periode* na het ongeval zie ik geen reden waarom de benadeelde over de gehele ‘vergoeding bij voorbaat’ rendement zou toekomen onmiddellijk vanaf het moment van het ongeval. De gedachte dat de benadeelde rendement over het smartengeld zou derven voor zover het bedrag niet onmiddellijk opeisbaar wordt geacht, spreekt mij dus niet aan. Voor zover de benadeelde nadeel zou kunnen ondervinden doordat de uiteindelijke vaststelling van het smartengeld onnodig lang op zich laat wachten en de aansprakelijke een onnodige vertraging kan worden verweten, kan dat onder omstandigheden – afzonderlijk – mijns inziens het beste worden gesanctioneerd aan de hand van het leerstuk van de schadevergoeding wegens onrechtmatige schadeafwikkeling.¹³⁰

Ten derde wordt, wanneer men met mij aanneemt dat de aanspraak op smartengeld ziet op de betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom, een eventuele correctie voor inflatie ‘concreet’ in de waardering door de rechter inbegrepen. Nu het gaat om schade die niet bestaat in vermogensschade maar die niettemin wordt vergoed in geld, is mijns inziens sprake van een verbintenis tot betaling van een geldsom waarvan de omvang niet eerder komt vast te staan dan het moment waarop de rechter deze begroot. Door de rechterlijke waardering van het geleden (en nog te lijden) nadeel wordt *per het moment van beoordeling door de rechter* de omvang vastgesteld van het door de aansprakelijke te betalen bedrag aan smartengeld. Eerst vanaf het moment waarop het smartengeld door de rechter is vastgesteld, zou de benadeelde mijns inziens aanspraak moeten hebben op wettelijke rente over dat bedrag. Het nominaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 6:111 BW doet zich niet gevoelen bij verbintenissen tot betaling van een geldsom waarbij geld wel *in obligatione* maar nog niet *in computatione* is, oftewel verbintenissen die wel naar aard maar (nog) niet naar omvang in geld zijn uitgedrukt (vergelijk paragraaf 2.3.4).¹³¹ Een en ander ligt mijns inziens anders ten aanzien van vorderingen zoals die tot vergoeding van affectieschade (ex artikel 6:107 lid 1 sub b of artikel 6:108 lid 3 BW), die zien op betaling van een bij algemene maat-

129. Hebly & Lindenbergh 2016, nr. 96.

130. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10759, r.o. 4.31-4.33.

131. Rank 1996, p. 117.

regel van bestuur vast te stellen bedrag en die daarmee wat betreft hun *omvang* aan het billijkheidsoordeel van de rechter zijn onttrokken.

Ten vierde biedt het huidige systeem de schuldenaar geen redelijke mogelijkheid de verbintenis tot schadevergoeding terstond of althans vrijwel direct te voldoen: hij zou immers onmiddellijk een schatting moeten maken van het gehele smartengeldbedrag om direct tot uitkering over te gaan. Worden ten behoeve van een meer ‘accurate’ totaalbegroting ontwikkelingen van later datum afgewacht, dan moet de aansprakelijke daar niet zonder meer op worden ‘afgerekend’ via de wettelijke rente. Denkbaar is weliswaar dat men op dit punt een middenweg zoekt door tijdgebonden schade-elementen afzonderlijk te waarderen en de aanspraak op smartengeld aldus deel voor deel te doen ontstaan, maar dat zou op het punt van de specifieke waardering van ieder schade-element weer tot moeilijkheden kunnen leiden.

Ten vijfde zou men kunnen zeggen dat in de opdracht die de rechter heeft ten aanzien van immateriële schade een vergoeding *naar billijkheid* vast te stellen besloten ligt dat het smartengeld moet worden begroot naar de maatstaven die gelden ten tijde van zijn oordeel. Dat relateert aan een meer algemene ontwikkeling. Grosso modo bestaat in de juridische literatuur overeenstemming over de wenselijkheid van een verhoging van het algemene smartengeldpeil, althans wordt algemeen onderschreven dat wat in Nederland wordt toegewezen in omvang achterblijft bij ons omringende landen, waar doorgaans een zekere stijging waar te nemen is.¹³² Rechters (b)lijken zich die kritiek aan te trekken.¹³³ Zo ‘doorbrak’ de Rechtbank Gelderland in november 2015 de lange tijd bestaande ‘bovengrens’ van € 150.000 door een bedrag van € 200.000 toe te kennen aan een man die letsel opliep door brandstichting in zijn woning met molotovcocktails.¹³⁴ Datzelfde bedrag werd door de Rechtbank Rotterdam in maart 2017 toegewezen aan een slachtoffer van een medische fout.¹³⁵ Ten tijde van dit schrijven staat het toegewezen ‘recordbedrag’ op € 250.000. Het gaat in de betreffende (straf)zaak om de ernstige gevolgen van excessief geweld, waarbij het slachtoffer ernstige hersenbeschadiging heeft opgelopen en ter zake waarvan de dader door het hof wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf jaar wegens poging tot doodslag. Het slachtoffer loopt ernstige hersenbeschadiging op en verkeert in een continue staat van verlaagd of minimaal bewustzijn. Naar de inschatting van artsen zal hij altijd in vegetatieve toestand blijven. Het hof wijst € 250.000 aan smartengeld toe, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf datum delict, hetgeen neerkomt op rente over de periode van 11 november 2015 tot voorbij medio maart 2018.¹³⁶ Het blijft speculeren of het letsel ook reeds ‘naar maatstaven van 2015’ dit bedrag aan smartengeld had ‘opgeleverd’; in elk geval wordt het ‘nieuwe’ recordbedrag hier vermeerderd met duizenden euro’s aan

132. Lindenberg 2008b, p. 75 e.v., Hartlief 2014, Van Dam 2013, Frenk 2013 en Lindenberg 2013b en Roth 2015, p. 3-4.

133. Rb. Oost-Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, JA 2014/115, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3369, NJF 2014/115 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, RAV 2014/92.

134. Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6968, JA 2016/10 m.nt. M.E. Franke.

135. Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, JA 2017/84.

136. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, JA 2018/80.

wettelijke rente. Het mag dan ook niet verbazen dat juist de stijging van het algemene smartengeldpeil druk zet op de kwestie van de wettelijke rente. Tekenend is een uitspraak van de Rechtbank Gelderland. In 2008 vindt een verkeersongeval plaats, als gevolg waarvan het slachtoffer een complete dwarslaesie oploopt en volledig rolstoelafhankelijk raakt. Discussie ontstaat over de peildatum voor de begroting van het smartengeld en over de vraag of de aansprakelijke wettelijke rente is verschuldigd. Daarbij speelt mee dat in het kader van de gevalsvergelijking enerzijds wordt gewezen op een zaak die betrekking heeft op een ongeval dat plaatsvond in 1996 en anderzijds op de veranderende opvattingen met betrekking tot de waardering van immateriële schade. In de overwegingen van de rechtbank herkent men het hybride karakter van de immateriële schade:

‘De rechtbank overweegt daartoe dat uitgangspunt voor haar beoordeling is dat immateriële schade wordt geleden op het moment van het ongeval (...). De rechtbank overweegt daarbij dat bij de begroting van de hoogte van het smartengeld immers met name de aard en de ernst van het letsel een rol speelt, welke factoren zich in beginsel ten tijde van dan wel kort na het ongeval zullen manifesteren. Dat is in deze zaak niet anders. Bovendien is er in het geval van immateriële schade, anders dan in het geval van vermogensschade, geen sprake van kapitalisatie van de schade die eerst in de toekomst daadwerkelijk zal worden geleden. Daaraan doet niet af dat sprake is van een doorlopende schade, in die zin dat leed en verdriet voortduren. Het gaat immers om afzonderlijke elementen van de schade die in haar geheel bestaat in het door de onrechtmatige daad veroorzaakte letsel. Hieruit volgt dat bij de begroting van het smartengeld moet worden uitgegaan van de datum van het ongeval, hetgeen concreet betekent dat zoveel mogelijk moet worden vergeleken met door Nederlandse rechters beoordeelde, vergelijkbare gevallen van voor 22 september 2008, met indexatie van de daarbij toegekende bedragen naar het niveau van 2008. (...) De rechtbank is van oordeel dat voorts op grond van het bepaalde in artikel 3:12 BW de veranderde opvattingen met betrekking tot compensatie van leed moeten worden meegewogen bij de begroting van het smartengeld. De wettelijke rente is verschuldigd over het aldus te begroten bedrag aan smartengeld vanaf de datum van het ongeval, omdat de vordering tot vergoeding van het smartengeld vanaf die datum opeisbaar is en de wettelijke rente vanaf die datum gaat lopen.’¹³⁷

De complicatie bestaat in de kern hierin, dat men voor de gevalsvergelijking moet ‘terugkijken’ naar gevallen voorafgaand aan het ongeval (waarbij eerder toegewezen bedragen moeten worden geïndexeerd), dat de gehele schade wordt geacht te zijn geleden op het moment van het ongeval en het smartengeld per dat moment rentedragend is, maar dat de rechter de nadien gewijzigde opvattingen met betrekking tot compensatie van leed kennelijk niet buiten beschouwing kan laten.

Wat mij betreft verdient het, zoals gezegd, aanbeveling wanneer een principiële keuze wordt gemaakt voor een begroting van het smartengeld naar het moment van de rechterlijke beslissing, waarbij dat moment in alle opzichten als beslissend is, dus voor wat

137. Rb. Gelderland 11 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5285, r.o. 4.4-4.8.

betreft de feiten en omstandigheden die de rechter aan zijn begroting ten grondslag legt, de maatstaven ter begroting van het smartengeld en de looptijd van de wettelijke rente. Die keuze zou de consistentie van het schadevergoedingsrecht op dit punt ten goede komen en voorkomt discussies, doet recht aan de bijzondere aard van de verbintenis tot vergoeding van immateriële schade en maakt het voor rechters mogelijk op aanvaardbare wijze het 'smartengeldpeil' te verhogen, ongeacht de vraag wanneer de gebeurtenis waaruit de te beoordelen aanspraak op smartengeld voortspruit plaatsvond.

75 SLOT

In dit hoofdstuk zijn drie categorieën van personenschade behandeld die model staan voor de problematiek van de duurschade: verlies van arbeidsvermogen, derving van levensonderhoud bij overlijden en immateriële schade. In elk van deze categorieën doet het tijdselement zich op eigen wijze gevoelen.

De vaststelling van duurschade is in die zin complex dat de schade zich uitstrekt over een tijdvak: in de praktijk moet veelal een 'doorlopende' vergelijking worden gemaakt tussen de situatie met en zonder ongeval. In beginsel moet bij de vaststelling beide situaties rekening worden gehouden met alle feiten en omstandigheden die optreden na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. De daadwerkelijke situatie na het ongeval tekent zich met het verstrijken van de tijd concreet af; de hypothetische situatie zonder ongeval is inherent fictief en de denkbeeldigheid daarvan neemt toe naar mate de gevolgen zich uitstrekken over een langere tijdsspanne. Dat speelt in de sfeer van de personenschade in het bijzonder een rol. Ten aanzien van het concrete slachtoffer kan de rechter niet 'zomaar' van een bepaald scenario uitgaan: zowel ten aanzien van ontwikkelingen die in de invloedssfeer van het slachtoffer zouden hebben gelegen (carrièrekeuzes etc.) als van daarbuiten gelegen ontwikkelingen (zoals uitval wegens 'predispositie') die zijn inkomenspositie zouden hebben geraakt blijkt dat problematisch, omdat bij gebrek aan concrete aanknopingspunten een afwijking van 'het normale' moeilijk aannemelijk kan worden gemaakt.

Ten aanzien van arbeidsvermogensschade wegens letsel valt op dat zowel het speculatieve gehalte van de schadebegroting (het hypothetische aspect) als de veelal negatieve invloed van het proces van schadeafwikkeling op het herstel en het welzijn van het slachtoffer (de daadwerkelijke situatie) aanleiding vormen tot het heroverwegen van de 'traditionele coördinaten' van het schadevergoedingsrecht. Niet zozeer de omvang van het verlies maar de resterende *mogelijkheden* die het slachtoffer na het ongeval nog heeft om zijn leven vorm te geven vormen daarbij het vertrekpunt. Die ontwikkeling verdient vanuit menselijk oogpunt volop aandacht, maar er zijn vanuit juridisch oogpunt wel enkele bedenkingen bij geplaatst, voor zover de nieuw voorgestelde benadering uiteindelijk zou neerkomen op het loslaten van het aan het begrip schade inherente (hypothetische) vergelijkingsdenken.

Met betrekking tot derving van levensonderhoud wegens overlijden valt op te merken dat deze schadesoort eveneens bij uitstek afhangt van ontwikkelingen die zich zullen ontplooiën in het tijdvak na het overlijden: het gaat om een schadepost die zich, bezien vanaf het moment van overlijden, in de toekomst zal ontwikkelen. Ten aanzien van de hypothetische situatie zonder overlijden – de bijdrage in het levensonderhoud die de overledene zou hebben geleverd – doen zich bij de schadevaststelling min of meer dezelfde problemen voor als wanneer het gaat om arbeidsvermogensschade als gevolg van letsel. Ten aanzien van de situatie na overlijden is in het bijzonder van betekenis dat het ‘gat’ dat met het wegvallen van de overledene is ontstaan op verschillende manieren kan worden opgevuld, wat de vraag oproept in hoeverre de keuzes die nabestaanden in dat verband maken (het aangaan van een nieuwe relatie door de achterblijvende partner, het ‘extra inspringen’ in de huishoudelijke taken ten behoeve van kinderen of inschakelen van vervangende huishoudelijke hulp etc.) hun aanspraak op schadevergoeding zou moeten raken. De jurisprudentie laat zien dat de rechter soms ‘wegkijkt’ van ontwikkelingen zoals die zich na het overlijden daadwerkelijk hebben voorgedaan, ter voorkoming dat de ‘rekening’ uiteindelijk – ten onrechte – niet bij de aansprakelijke zou belanden.

Ten aanzien van smartengeld vanwege letsel ligt het tijdsaspect bepaald gecompliceerd. Hoewel het veelal voor de hand ligt met betrekking tot immateriële schade als gevolg van letsel uit te gaan van een duurschade moet het er naar huidig recht voor worden gehouden dat immateriële schade wordt geleden op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en dat de rente over het toe te wijzen bedrag reeds op dat moment gaat lopen. Dat valt lastig te rijmen met de regel dat het smartengeld mede wordt vastgesteld op basis van de *gevolgen* die zich op het moment van het ongeval nog niet maar ten tijde van de schadevaststelling wel hebben ontplooid. Die ‘hybride’ figuur is mijns inziens onwenselijk, en het heeft mijn voorkeur dat een principiële keuze wordt gemaakt voor een begroting van het smartengeld naar het moment van de rechterlijke beslissing, waarbij dat moment als peildatum heeft te gelden voor wat betreft de feiten en omstandigheden die de rechter aan zijn begroting ten grondslag legt alsook de maatstaven ter begroting van het smartengeld. Vanaf dat moment zou dan ook de wettelijke rente moeten lopen. Wat mij betreft dient voorop te staan dat in de opdracht die de rechter heeft om een vergoeding naar billijkheid te begroten ter zake van immateriële schade (artikel 6:106 BW) ligt besloten dat het smartengeld moet worden begroot naar de maatstaven die gelden ten tijde van zijn oordeel, wat in het bijzonder van betekenis is in tijden waarin het algemene ‘smartengeldpeil’ in beweging is.

8.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

In dit hoofdstuk staat centraal de vraag op welke wijze schade moet worden vastgesteld wanneer een onderneming door een normschending wordt getroffen in haar winstgevendheid. Daarmee wordt bedoeld dat het toegebrachte nadeel niet zozeer bestaat in het mislopen van winst uit een enkele transactie, maar dat sprake is van een situatie waarin een onderneming door een normschending meer structureel en langdurig wordt getroffen, en de ondernemer aanspraak heeft op vergoeding van het daaruit voortvloeiende nadeel.

In de – voornamelijk Engelstalige – waarderingsliteratuur bestaat debat over de vraag op welke wijze de schade moet worden vastgesteld wanneer door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is een onderneming wordt geraakt in haar winstgevendheid. Dat debat draait in de kern om de tegenstelling tussen twee zienswijzen. Volgens de ene benadering bestaat de vergoedbare schade in de gederfde winst en wordt de schade – als duurschade – *gaandeweg* geleden, telkens op de momenten waarop het vermogen zou zijn verrijkt door de ondernemingsactiviteit. De schade wordt dan *ex post* vastgesteld voor zover zij is geleden in het tijdvak gelegen tussen de normschending en het moment waarop de schade wordt vastgesteld. Volgens de andere benadering bestaat de relevante schade in de *onmiddellijk* verloren gegane, op het vooruitzicht op winst gebaseerde waarde van de onderneming, en moet het te vergoeden nadeel *ex ante* worden gewaardeerd naar het moment waarop de onderneming wordt getroffen. Het debat tussen de beide benaderingen krijgt reliëf doordat – simpel gezegd – niet alleen met het drijven van een onderneming winst kan worden behaald, maar een onderneming als zodanig ook wel pleegt te worden gezien als een economisch waardeerbaar object.¹ De kern van de schadeproblematiek die daarmee samenhangt wordt kernachtig verwoord door Taurman en Bodington:

‘From the expectancy point of view, what was lost was the opportunity to enjoy the anticipated fruits of the enterprise undisturbed by wrongful conduct; lost expectancy treats that opportunity as if it were property taken from the plaintiff. On the other hand, from the perspective of lost outcome what was lost was not the opportunity, but the fruits themselves, the ability to experience the firm’s fate as it would have unfolded in the absence of wrongful conduct. If, in the light of postimpact events, the fruits can be made to look ample, the plain-

1. Sman 1992, p. 13.

tiff will focus on their loss. On the other hand, if in the same light the fruits appear meager, the plaintiff may instead bemoan a stolen opportunity.²

Het tijdsaspect van schade komt in dit debat zeer scherp naar voren, nu beide benaderingen fundamenteel uiteenlopen ten aanzien van de vraag waarin de vergoedbare schade bestaat en, in het verlengde daarvan, naar welk moment de schade moet worden vastgesteld. Over de problematiek is in de Nederlandse literatuur betrekkelijk weinig geschreven. In dit hoofdstuk wordt daarom – mede aan de hand van Engelstalige (waarderings)literatuur – de tegenstelling tussen de verschillende benaderingen nader uitgediept en wordt een antwoord gezocht op de vraag welke benaderingswijze het meest in lijn is met het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Na een paar opmerkingen met betrekking tot de onderneming als zodanig (paragraaf 8.2) wordt eerst meer uitgebreid ingegaan op het begrip winstderving (paragraaf 8.3) en vervolgens op de figuur van het verlies van ondernemingswaarde (paragraaf 8.4). Vervolgens zal worden ingegaan op de vraag welke benadering de voorkeur geniet, waarbij ook de mogelijkheid van een tussenweg – de zogenoemde ‘hybride methode’ – aan de orde komt (paragraaf 8.5).

8.2 RECHTSPERSOON EN ONDERNEMING

Het is goed eerst een drietal opmerkingen te plaatsen over wat in dit hoofdstuk wordt verstaan onder een onderneming. Ten eerste heeft het begrip onderneming in het recht geen vastomlijnde betekenis. Een onderneming wordt wel gedefinieerd als een organisatorisch verband van kapitaal en arbeid dat is gericht op deelname aan het maatschappelijk voortbrengingsproces met het doel een zodanige kasstroom te genereren dat de organisatie kan blijven voortbestaan.³ Korter gezegd, betreft de onderneming een zaak die wordt opgezet of gedreven met het doel het behalen van geldelijke voordelen.

Ten tweede pleegt een onderneming als een min of meer herkenbare eenheid aan het economisch verkeer deel te nemen en veronderstelt een onderneming een zekere organisatiegraad. Onderneming en rechtspersoon vallen evenwel niet geheel samen: de rechtspersoon moet vooral worden gezien als de formeel-juridische structuur waarachter verschillende feitelijke verbanden schuil kunnen gaan, terwijl de onderneming in de eerste plaats een feitelijk gegeven is.⁴ Bovendien kan een rechtspersoon meerdere ondernemingen drijven, en kan de formeel-juridische structuur van een onderneming ook uit meerdere rechtspersonen bestaan. Wil een onderneming aan het maatschappelijke verkeer en dus ook aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen, dan dient zij dus te worden ondergebracht in een rechtsvorm die dat als rechtssubject (of als samenstel van rechtssubjecten) mogelijk maakt.⁵

2. Taurman & Bodington 1992, p. 66.

3. Taurman & Bodington 1992, p. 57 en Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017, p. 11.

4. Huizink 2016, nr. 19.

5. Assink 2013, p. 56.

Ten derde kan een onderneming weliswaar worden gezien als een zelfstandig economisch object – zij pleegt dikwijls op geld te worden gewaardeerd en kan doorgaans ook worden verhandeld – maar men pleegt haar goederenrechtelijk niet te beschouwen als een eenheid. Dat betekent bijvoorbeeld dat een onderneming slechts kan worden overgedragen door zelfstandige overdracht van ieder individueel goed waaruit zij is opgebouwd.⁶ Wat zich laat overdragen is immers een *complex van activa*. Men kan wel van de ‘eigenaar’ van een onderneming spreken, maar juridisch is dat dus niet geheel zuiver. Het gaat veeleer om de omstandigheid dat een (rechts)persoon recht-hebbende is van de verschillende goederen waaruit een onderneming is opgebouwd. Iets anders is dat aandeelhouders weliswaar economisch kunnen worden aangemerkt als ‘eigenaren’ van een bv of nv. Het blijft dan evenwel de vennootschap die als ‘eigenaar’ van de onderneming moet worden beschouwd; de aandeelhouder heeft (slechts) een *aandeel* in de vennootschap. De waarde van een aandeel hangt weliswaar samen met de (waarde van de) ‘onderliggende’ onderneming, maar het gaat hier niet over schade van indirect gedupeerde aandeelhouders. Hun ‘afgeleide schade’ – schade in verband met lagere aandelenkoersen – komt meestal niet voor vergoeding in aanmerking: uitgangspunt is dat de aandeelhouder geen recht op schadevergoeding toekomt voor schade die hij lijdt via het vermogen van de vennootschap.⁷

8.3 WINSTDERVING

8.3.1 Winstderving in de ondernemingssfeer

Nu enigszins duidelijk is wat onder een ‘onderneming’ moet worden verstaan, ga ik in op de schade bestaande uit gedeelde winst van een onderneming. Artikel 6:96 lid 1 BW bepaalt dat vermogensschade zowel geleden verlies als gedeelde winst omvat. Men vat het onderscheid doorgaans zo op, dat het bij geleden verlies gaat om een vermindering van het vermogen dat men had (*damnum emergens*) en bij winstderving om het uitblijven van vermogensvermeerderingen die men gekregen zou hebben (*lucrum cessans*).⁸ Een en ander impliceert een ruime interpretatie van het begrip ‘winst’ in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW: het ziet immers niet alleen op het derven van bij de uitoefening van een bedrijf te behalen voordelen, maar ook op bijvoorbeeld inkomensderving wegens verwonding (zie daarover hiervoor paragraaf 7.2). In dit hoofdstuk gaat het meer specifiek om winstderving in de ondernemingssfeer; een van de meest voorkomende schadeposten, die op allerlei manieren kan ontstaan.⁹ Dat de problematiek in de Nederlandstalige literatuur evenwel betrekkelijk weinig aandacht krijgt, wordt wel toegeschreven aan een zekere verlegenheid van de jurist op financieel en bedrijfseconomisch terrein, nu de problematiek is ‘verweven met bedrijfseconomische

6. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 18.

7. HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 m.nt. J.M.M. Maeijer (ABP/Poot) en uitgebreid Kroeze 2004.

8. Bloembergen 1965, nr. 20 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 25.

9. Barendrecht & Stekelenburg 1995, p. 123.

en maatschappelijke aannames die onder juristen niet altijd bekend zijn¹⁰ en dikwijls leidt tot 'hoofdbreken van bedrijfseconomische aard'.¹¹ Barendrecht uit zich op dit punt sceptisch ten aanzien van de rechtsgeleerdheid:

'Sommige onderwerpen blijven in de rechtswetenschap onderbelicht, terwijl zij voor de praktijk erg belangrijk zijn. De berekening van gedeelde winst is een voorbeeld. In veel schadevergoedingsacties gaat het daar uiteindelijk om, maar de literatuur is schaars. (...) Hoe komt zoiets? Toeval? Koud-cijfervrees en dus maar overlaten aan accountants? Het zal een rol spelen. Misschien geldt ook dat juristen niet graag schrijven over een gebied waarop goede rechtsbronnen nog ontbreken. Het leunen op anderen, zo wezenlijk in de rechtswetenschap, is dan niet mogelijk. Soms vinden wij, en nu ben ik negatiever, dat leunen op anderen ook wel veilig en gemakkelijk. De jurist die zich op formele argumenten, argumenten ontleend aan rechtsbronnen, kan beroepen, hoeft niet zelf op zoek te gaan naar de inhoudelijke argumenten. Die inhoudelijke argumenten liggen bij een onderwerp als gedeelde winst besloten in de manier van functioneren van een onderneming. En hoe kan een jurist niet onderuit gaan als hij daar iets over gaat zeggen?'¹²

Ik weet mij gewaarschuwd.

8.3.2 'Concrete' vaststelling; steeds waarschijnlijkheidsberekening

Naar heersende opvattingen wordt schade in de vorm van winstderving 'concreet' vastgesteld.¹³ Daarmee wordt in dit verband doorgaans bedoeld dat de schade niet wordt vastgesteld op basis van wat 'normaal gesproken' de schade zal zijn of op basis van de winst die de benadeelde *had kunnen* maken, maar dat men zich zoveel mogelijk richt op de winst die de benadeelde in kwestie naar redelijke verwachtingen daadwerkelijk zou hebben behaald als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

Bloembergen behandelt de problematiek van de winstderving in het kader van de vraag wanneer een 'objectief' of 'abstract' begrip schade gerechtvaardigd is. Volgens hem zou men de vraag naar een 'abstract' begrip schade bij winstderving ook kunnen richten op de gedachte dat men de schade kan stellen op de objectieve waarde van de aan de benadeelde ontnomen *mogelijkheid* om voordeel te behalen, onverschillig of hij dat voordeel werkelijk behaald zou hebben, welke mogelijkheden men meer abstract kan bepalen maar ook met inachtneming van alle subjectieve omstandigheden van de benadeelde. Bloembergen meent dat de mogelijkheid voordeel te behalen soms iets min of meer zelfstandigs is dat waarde heeft, zoals de mogelijkheid uit een bedrijf voordeel (winst) te behalen. Hij ziet evenwel niet hoe men door de schade te stellen op de objectieve waarde van de verloren gegane mogelijkheid 'enig brandend theoretisch

10. Tjong Tjin Tai 2008, p. 156.

11. Deurvorst 1994, p. 3.

12. Barendrecht 1995, p. 21.

13. Bloembergen 1965, nr. 72, Salomons 1993, nr. 13, Barendrecht & Stekelenburg 1995, p. 123, Barendrecht 1995, p. 21 en Joling 2005, p. 144 e.v.

probleem tot een oplossing zou brengen' of dat daaraan in de praktijk enige behoefte zou bestaan, waar het lang niet altijd eenvoudig zou zijn die waarde te bepalen.¹⁴ Dit relateert aan het hierna te bespreken concept van het verlies van ondernemingswaarde als schade (paragraaf 8.4).

Dat schade in de vorm van winstderving 'concreet' wordt vastgesteld vloeit voort uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Reeds aan het einde van de 19^e eeuw overweegt de Hoge Raad in een zaak die draaide om het onrechtmatig weghalen van zand dat niet voldoende is dat de benadeelde aantoont dat hij door de onrechtmatige handeling 'belet is' om winst te maken:

'vermits de wetgever aan hem te wiens opzichte eene onrechtmatige daad is gepleegd, geen recht toekent om daaruit winst te vorderen, maar alleen vergoeding van de winst die hij zonder de onrechtmatige daad zoude hebben behaald.'¹⁵

In het arrest *Van der Schrieck/Gemeente Ede* draait het om winstderving door onrechtmatige vordering van een huis door de gemeente. De Hoge Raad overweegt:

'dat aan het eerste middel de stelling ten grondslag ligt, dat de rechter, ter bepaling van de door de onrechtmatige gedragingen veroorzaakte schade bestaande in gederfde winst, zou behoren na te gaan welke voordelen de gelaedeerde bij het achterwege blijven dier gedraging zou hebben kunnen genieten; dat echter (...) voor vergoeding uitsluitend in aanmerking komt schade die een redelijkerwijze te verwachten gevolg is van die gedraging, en dan ook de rechter in zijn onderzoek heeft te betrekken alleen die winstderving, die als een zodanig gevolg der gedraging is gesteld.'¹⁶

Door een normschending kan een bedrijf weliswaar (deels) komen stil te vallen, het hangt van de concrete omstandigheden af of daaruit vergoedbare schade voortvloeit. Vermeldenswaard is in dit verband het arrest *ENCI/Lindelauf*, waarin het gaat om stagnatieschade als gevolg van een aanrijding, veroorzaakt door een chauffeur van Lindelauf, waardoor een krachtstroomkabel beschadigd raakt en de productie van cement door ENCI tijdelijk moet worden gestopt. ENCI stelt dat indien de productiecapaciteit van een bedrijf tijdelijk uitvalt, de dientengevolge geleden schade moet worden gesteld op de waarde van de zaken die in het algemeen door de uitgevalen productiemiddelen geproduceerd hadden kunnen worden, althans dat zulks het geval is indien deze goederen een marktprijs of een naar objectieve maatstaven vast te stellen prijs hebben. De Hoge Raad overweegt evenwel:

'Niet als juist kan worden aanvaard de stelling van het onderdeel dat 'ook indien men de concrete methode van schadeberekening toepast' de schade moet worden gesteld op de waarde van 5910 ton klinker, zijnde de klinker die zonder het ongeval meer geproduceerd zou zijn. Nu naar 's hofs vaststelling (...) ENCI door het gemis van productiecapaciteit niet

14. Bloembergen 1965, nr. 74.

15. HR 13 juni 1890, W 5889.

16. HR 25 januari 1957, ECLI:NL:HR:1957:202, NJ 1957/114 (Van der Schrieck/Gemeente Ede).

minder omzet heeft gehad of meer klinker van derden heeft moeten kopen — terwijl er ook geen sprake was van ongunstige voorraadvorming (...) — kon het hof zonder schending van enige rechtsregel oordelen dat ENCI door het verlies van productiecapaciteit geen schade had geleden.¹⁷

Niettegenstaande het uitgangspunt dat winstdervingsschade ‘concreet’ moet worden berekend, neemt men algemeen aan dat de hoogte van de precieze winstderving veelal niet met zekerheid kan worden vastgesteld omdat dat een vergelijking met een hypothetische situatie vergt, hetgeen afhankelijk is van een veelvoud aan onzekere factoren. Daarom zal dikwijls een waarschijnlijkheidsberekening nodig zijn, waarbij wel zoveel mogelijk moeten worden uitgegaan van vaststaande feiten.¹⁸ Reeds in 1888 overwoog de Hoge Raad:

‘dat het bewijs eener aannemelijke winstderving uit den aard der zaak nooit met volkomene zekerheid te leveren is, en daar de wet geen verdere regelen omtrent de begroting daarvan stelt, het aan den rechter vrijstaat het bedrag daarvan, met het oog op de omstandigheden van elke zaak, te bepalen.’¹⁹

8.3.3 Boekhoudkundige benadering

Benadert men schade in de vorm van winstderving boekhoudkundig – men spreekt wel van de ‘*accounting*-methode’ – dan sluit men voor de bepaling van de gemiste vermogenstoename aan bij grootheden in de (externe) financiële verslaggeving van de onderneming (omzet, kostprijs van de omzet bedrijfskosten, winst etc.).²⁰ Bezien vanuit het tijdsperspectief is het boekhoudkundige winstbegrip evenwel complex: in beginsel bestaat winst in het verschil tussen het vermogen waarmee men aan een project begint en waarmee men op een zeker moment eindigt. Dat betekent dat men voor rechtspersonen en vennootschappen zou moeten bepalen wat het verschil is tussen het bij oprichting aanwezige vermogen en het vermogen op het tijdstip van beëindiging (in beginsel bij het besluit tot ontbinding). De kunst is het ‘overall’ begrip winst te herleiden tot boekjaren: door gebeurtenissen en hun financiële gevolgen toe te rekenen aan bepaalde boekingsperioden (boekjaren) komt het over die perioden resultaat (winst/verlies) in zicht.²¹ Aldus kan ook een schadeberekening een reeks van perioden beslaan.²²

Er lijkt een zekere consensus te bestaan over de boekhoudkundige wijze van begroting van gederfde winst wanneer sprake is van stagnatie in bedrijfsactiviteiten als gevolg van een normschending. Vaststelling van winstderving door het opstellen van

17. HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567 m.nt. W.C.L. van der Grinten (ENCI/Lindelauf), r.o. 3.3.

18. Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 33.

19. HR 15 juni 1888, W 5572.

20. Toxopeus-De Vries 2017, p. 256.

21. Huizink 2016, nr. 165.

22. Tjong Tjin Tai 2017, p. 62.

twee winst- en verliesrekeningen van de schadelijgende vennootschap zou in de praktijk dikwijls problematisch zijn, omdat het vaak verre van eenvoudig is over een willekeurige periode – vanaf het moment van de normschending tot het moment vanaf welk de schade is ‘uitgewerkt’ – twee winst- en verliesrekeningen op te stellen. Bovendien zou een normschending niet zelden slechts een deel van een bedrijf of vestiging raken.²³ Daarom pleegt men zich te richten op de opbrengst uit bedrijfsactiviteiten: de brutowinst wordt berekend door van die opbrengst alleen de *variabele kosten* af te trekken – kosten die toe- of afnemen met de omvang van de bedrijfsactiviteiten – en deze te vergelijken met de brutowinst die zou zijn behaald indien de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis was uitgebleven.²⁴ Men spreekt in dit verband ook wel van de *top-down*-benadering.²⁵

Denkbaar is dat men uitgaat van een netto winstbegrip, zodat in de schadebegroting ‘rechtstreeks’ kan worden verdisconteerd dat een stagnatie in de bedrijfsactiviteiten ook kan leiden tot een besparing op vaste kosten. Ten aanzien van bepaalde kosten zou dat weliswaar realistisch kunnen zijn (wanneer door een brand een onderneming niet meer kan produceren, maar ook de huur van het bedrijfspand niet meer hoeft te worden voldaan) maar is dat niet steeds het geval (personeelskosten kunnen doorgaans pas op termijn worden beperkt).²⁶ Het ligt daarom voor de hand uit te gaan van een bruto winstbegrip, en in een latere gedachtenfase een eventuele besparing op (overige) kosten – op de voet van artikel 6:100 BW – bij de te vergoeden winstderivingsschade in rekening te brengen, en overigens daarnaast te bepalen in hoeverre de benadeelde (extra) kosten heeft gemaakt om zijn schade te beperken die op grond van artikel 6:96 lid 2 sub a BW voor vergoeding in aanmerking komen. Het netto winstbegrip kan dus niet het uitgangspunt vormen, nu een ondernemer, zeker op korte termijn, dikwijls maar een deel van zijn (vaste) kosten zal kunnen besparen.²⁷ Bovendien kan de ondernemer gehouden zijn in het kader van zijn schadebeperkingsplicht ex artikel 6:101 BW reeds gemaakte kosten alsnog op een andere dan de gewenste wijze uit te nutten; reeds gedane investeringen worden niet zonder meer vruchteloos door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Overigens kan ook het hanteren van een bruto winstbegrip leiden tot discussie: dat begrip kent immers geen vaste betekenis, nu niet steeds duidelijk is welke kosten men moet aftrekken van de omzet om de bruto winst te bepalen.²⁸

8.3.4 De hypothetische situatie zonder normschending

Op het punt van de winst die de onderneming zou hebben gemaakt in de hypothetische situatie zonder normschending doet het hypothetische element van het begrip schade zich sterk gevoelen. Men dient immers de specifieke gevolgen van de aanspra-

23. Joling 2008, p. 79.

24. Joling & Vermeulen 2011, p. 642-643 en Joling 2008, p. 79 e.v.

25. Joling 2008, p. 80.

26. Barendrecht & Stekelenburg 1995, p. 126.

27. Barendrecht 1995, p. 22.

28. Barendrecht 1995, p. 22.

kelijkheidscheppende gebeurtenis te isoleren, terwijl tal van factoren doorgaans van invloed zijn op de winst van de onderneming. Te denken valt aan algemene invloeden, zoals conjunctuurwijzigingen, onvoorziene weersomstandigheden, afwijkende valutakoersen, onverwachte politieke ontwikkelingen en grillige kooptrends.²⁹ Met het verstrijken van de tijd kunnen zich allerlei ontwikkelingen aftekenen die zich evengoed hadden voorgedaan indien de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis was uitgebleven. Zo is denkbaar dat een discussie over een winstderving wordt 'door-kruist' door onverwachte latere gebeurtenissen die evenzeer de winst zouden hebben gedrukt in de hypothetische situatie zonder normschending (een brand of instorting, een terroristische aanslag, een financiële en economische crisis etc.). Denk in dit verband aan de casus die aan de orde is in het arrest *Leeuwarden/Los* (waarover ook paragraaf 5.3.3.3 en hierna paragraaf 8.3.6).

Een manier om te bepalen in welke positie de benadeelde zou hebben verkeerd bij uitblijven van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is door gebruik te maken van een referentieperiode (men spreekt ook wel van de *before and after*-methode, behorende tot de *comparator based* methoden). Men schat dan op basis van een tijdreeksanalyse: voor de bepaling van wat er zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie zonder normschending, bijvoorbeeld op het vlak van productie, prijs of winst, wordt gerefereerd aan een zekere tijdsperiode voorafgaand aan de normschending (de referentieperiode).³⁰ Omstandigheden 'buiten' de schadeperiode worden gebruikt als 'schaters' van de vergelijkingsmaatstaf 'binnen' de schadeperiode; de schadeberekening komt tot stand door een rekenkundige bewerking van beschikbare gegevens. Een andere manier om de positie te bepalen waarin de benadeelde zich zou hebben verkeerd zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is door *marktsimulatie*; een methode die wordt gerekend tot de *simulation based* methoden. Dikwijls wordt gebruik gemaakt van regressieanalyse, een (econometrische) techniek die waarschijnlijkheidsuitspraken oplevert over de positie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd zonder normschending door zich te baseren op nabootsing van diens marktsituatie.³¹

8.3.5 De situatie na de normschending

Na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis moet blijken in hoeverre de benadeelde winst derft. Benadert men de winstderving als een duurschade die deel voor deel wordt geleden in de periode na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, dan zijn gebeurtenissen van later datum voor de vaststelling van de schade bij uitstek relevant. Over wat de precieze impact van een normschending is, wordt immers pas met het verstrijken van tijd meer duidelijk.

Illustratief voor de relevantie van later opkomende feiten en omstandigheden is de zaak *De Oorsprong/Gemeente Utrecht*. De Oorsprong exploiteert een werfkelder in Utrecht als feestruimte, maar wordt daarin belemmerd wanneer in 1984 een gemeen-

29. Joling 2005, p. 132 en Barendrecht 1995, p. 22.

30. Driehuis 2014, p. 270-277.

31. Driehuis 2018, p. 202-211.

telijke verordening wordt vastgesteld die een vergunningplicht in het leven roept. De Oorsprong vraagt een vergunning aan maar deze aanvraag wordt slechts deels toegewezen waar de afgegeven vergunning een beperking bevat. Uiteindelijk wordt in 1989 door de voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State aan de gehele verordening de verbindende kracht ontnomen wegens strijd met artikel 221 (oud) Gemeentewet. De Oorsprong vordert schadevergoeding wegens gederfde winst over de jaren 1985-1988. De omvang van de schade en het causaal verband tussen de handwijze van de gemeente en de door De Oorsprong geleden schade vormen aanleiding tot discussie. Het hof verweegt dat feiten en omstandigheden aan de hand waarvan een redelijke veronderstelling kan worden gemaakt van wat zou zijn gebeurd indien de schadeveroorzakende omstandigheid zich niet zou hebben voorgedaan, door het tijdsverloop sinds het relevante tijdvak niet meer goed te achterhalen zijn. Om die reden gaat het hof over tot een schatting (ex artikel 6:97 BW) en baseert deze onder meer op de omstandigheid dat De Oorsprong in de jaren 1985-1988 de kelder aan derden is blijven verhuren op ruimere schaal dan volgens de aan haar verstrekte vergunning maximaal geoorloofd was (en in zoverre de schade beperkt is gebleven) en op de omstandigheid dat de resultaten van de verhuur van de kelder, nadat de vergunning met de daarin opgenomen beperkingen was verleend, slechts geleidelijk zijn teruggegaan en dus niet direct nadat die vergunning was verleend (wat voor de hand had zou hebben gelegen als de teruggang zou zijn veroorzaakt door de in de vergunning opgenomen beperkingen). De motivering door het hof op dit punt hield stand bij de Hoge Raad.³²

Als voordeel van de 'boekhoudkundige' benadering van het winstbegrip ex artikel 6:96 lid 1 BW (zie hiervoor paragraaf 8.3.3) wordt wel gezien dat men de situatie na de normschending rechtstreeks zou kunnen afleiden uit latere financiële verslaggeving.³³ Lastig is evenwel dat het boekhoudkundige begrip 'winst' zich tot op zekere hoogte leent voor *interpretatie*, en in zoverre een beïnvloedbare en manipuleerbare grootheid is. Zo zouden winstcijfers kunnen worden beïnvloed door zaken te activeren en af te schrijven en door een keuze in de lengte van de afschrijvingstermijn.³⁴ Joling en Vermeulen spreken in dit verband van 'verschuivinggevaar':

'De benadeelde heeft er (...) belang bij om de omzet en de (bruto)winst die in de schadepriode zijn gerealiseerd zo laag mogelijk voor te stellen, wat leidt tot een hogere winstderving en dus tot een hogere schadeclaim. Dit kan door omzet die ná schadedatum is gerealiseerd, te verschuiven naar de periode vóór schadedatum. Aan het eind van de schadevergoedingsperiode speelt dit ook: de benadeelde kan er dan belang bij hebben om omzet die feitelijk gerealiseerd is in de schadevergoedingsperiode, administratief te verantwoorden in de periode daarna.'³⁵

32. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7215, NJ 2007/407 (De Oorsprong/Gemeente Utrecht).

33. Toxopeus-De Vries 2017, p. 256.

34. Toxopeus-De Vries 2017, p. 257.

35. Joling & Vermeulen 2011, p. 650-651.

De gehoudenheid tot schadebeperking, voortvloeiende uit artikel 6:101 BW, speelt bij schade in de vorm van winstderving een belangrijke rol: de omvang van de schade hangt in belangrijke mate af van de wijze waarop de benadeelde op de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis reageert door al dan niet schadebeperkende maatregelen te treffen.³⁶ Uiteraard kunnen de redelijke kosten die gemoeid zijn met schadebeperkend handelen voor vergoeding in aanmerking komen op grond van artikel 6:96 lid 2 sub a BW. Ook wanneer sprake is van een meer structurele beperking in de winstmogelijkheden van de onderneming zal de ondernemer in beginsel gehouden zijn om zijn zinnen te zetten op een alternatief (waarbij kosten in het kader van de 'omschakeling' voor vergoeding in aanmerking kunnen komen als kosten ter beperking van schade). Tjong Tjin Tai merkt in dit verband op:

'Een onderneming is een geheel van kapitaal, arbeid en organisatie dat gericht is op het verwerven van winst. Als een bedrijf niet op de oude voet kan opereren, wordt het in een markteconomie geacht zijn middelen op een ander gebied in te zetten en dusdoende opnieuw revenuen te verwerven. Of je nu een café uitbaat, een boerderij bestiert, een winkel drijft of in aandelen speculeert maakt daarvoor niet uit. Bij het teloorgaan van een winstmogelijkheid zal een onderneming daarom in het algemeen slechts vergoeding kunnen vragen voor direct verloren kansen die niet op korte termijn zijn te herwinnen, kosten voor omschakeling van het bedrijf, vervanging van eventueel verloren gegane bedrijfsmiddelen, en tijdelijke bedrijfsstilstand. Wat niet kan worden gevorderd is gederfde winst tot het einde der tijden.'³⁷

Hij doelt daarmee op de gedachte dat een voortdurende winstderving zich weliswaar kan uitstrekken over een periode geruime tijd na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar dat in het vereiste toerekeningsverband (artikel 6:98 BW) dikwijls een beperking van de vergoedingsplicht wordt gevonden.³⁸

Het zal vaak niet onredelijk zijn van de getroffen ondernemer te verlangen dat hij zijn zinnen zet op een alternatief teneinde zijn schade te beperken.³⁹ Men zou daarom kunnen stellen dat de benadeelde alleen aanspraak zou moeten hebben op het 'extra rendement' dat hij misloopt doordat hij zich op een alternatief zal moeten richten.⁴⁰ Tye en Kalos noemen het (eenvoudige) voorbeeld van een verplaatsbare hotdogtent die ten onrechte wordt geweerd op een bepaald kruispunt in New York: als de exploitant zonder verdere kosten te maken een straat verderop evenveel hotdogs kan verkopen, kan hij volgens hen geen schadevergoeding vorderen, ook al stond de normschending wel in de weg aan de benutting van de door hem gewenste mogelijkheid.⁴¹

36. Joling 2008, p. 77 en Barendrecht & Stekelenburg 1995, p. 124.

37. Tjong Tjin Tai 2008, p. 156.

38. Tjong Tjin Tai 2017, p. 62.

39. Vis 2010, p. 194.

40. Tye & Kalos 1996, p. 649.

41. Tye & Kalos 1996, p. 648.

8.3.6 Voordeelstoerekening en schadebeperkingsplicht

In dit verband verdient aandacht het arrest *TSN/Vos*, dat enige beroering heeft gewekt. TSN en Vos c.s. zijn een servicecontract aangegaan met betrekking tot de reparatie en het onderhoud door TSN van opleggers toebehorend aan vervoerder Vos, voor een periode van minimaal vijf jaar. Vos staakt na een kleine twee jaar de naleving, reden waarom TSN de overeenkomst ontbindt. Als schadevergoeding op grond van artikel 6:277 BW verlangt TSN de drie jaar gederfde winst (de winst die zij bij correcte uitvoering zou hebben behaald). Vos werpt evenwel tegen dat TSN als gevolg van de ontbinding ‘vervangende’ contracten heeft kunnen sluiten en aldus haar ‘vrijgekomen’ capaciteit heeft kunnen gebruiken diensten te verlenen aan andere transportbedrijven, en dat de daarmee behaalde winst in mindering moet worden gebracht. Het hof overweegt:

‘(...) dat de aard van de onderhavige schade, bestaande uit winstderving als gevolg van ontbinding van een duurovereenkomst, meebrengt dat deze wordt begroot op de *per de datum van de ontbinding verwachte* winst die TSN in geval van correcte nakoming door Vos tijdens de resterende looptijd van het contract zou hebben gerealiseerd, uitgaande van een minimum aantal opleggers van 500 per jaar en uitgaande van de gebruikelijke marges die zij behaalde op materialen en arbeid, en dat daarbij wordt geabstraheerd van vragen in hoeverre TSN *na het wegvallen van het contract* met Vos erin geslaagd is omzet te genereren en of zij die omzet geheel of ten dele ook zou hebben gerealiseerd indien het contract met Vos niet zou zijn ontbonden en of die omzet gepaard ging met hogere marges dan de omzet die met het contract van Vos zou zijn gemoeid [cursiveringen MRH]. Wel kunnen dergelijke vragen van belang zijn in het kader van eventuele voordeelsverrekening (art. 6:100 BW) waarbij evenwel als maatstaf om tot voordeelsverrekening te komen heeft te gelden dat tussen eventuele aan de zijde van TSN opgekomen voordelen en de ontbinding wegens wanprestatie van Vos voldoende causaal verband moet bestaan (...).⁴²

Het arrest van de Hoge Raad staat voornamelijk in het teken van het begrip ‘een zelfde gebeurtenis’ in artikel 6:100 BW. Volgens de Hoge Raad heeft TSN weliswaar schade geleden door de ontbinding, maar vervolgens voordeel genoten bestaande in door haar behaalde winst in het kader van *als gevolg van haar eigen inspanningen* gesloten overeenkomsten met derden. Daarom zouden schade en voordeel ‘in beginsel’ niet voortvloeien uit ‘een zelfde gebeurtenis’ in de zin van artikel 6:100 BW.⁴³ Het springende punt van het arrest schuilt dus in de vraag of schade en voordeel dezelfde causale bron kennen voor zover het voordeel (mede) is toe te schrijven aan inspanningen van de benadeelde; volgens de Hoge Raad is dat hier niet het geval, maar hij komt later deels terug op deze uitleg (zie paragraaf 5.4.1).

42. Hof Leeuwarden 21 november 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB9099, RCR 2008/20 r.o. 48.

43. HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. Jac. Hijma (Vos/TSN), r.o. 3.7.

In de literatuur is het arrest *TSN/Vos* verschillend gewaardeerd. Een aantal auteurs acht het arrest onjuist.⁴⁴ Die kritiek richt zich deels op de te strikte uitleg van het begrip 'een zelfde gebeurtenis', en deels op het resultaat, namelijk dat de benadering van de Hoge Raad zou aanzetten tot stilzitten of zelfs dubbel incasseren door de benadeelde. Andere auteurs achten het arrest juist.⁴⁵ De kern van hun pleidooi is gelegen in de normatieve verhouding tussen de aansprakelijke en de benadeelde: een schuldenaar die toerekenbaar tekortschiet mag niet onder zijn verplichting tot schadevergoeding 'uitkomen' door er eenvoudig op te wijzen dat er 'meer vis is in de zee', omdat de overeenkomst een toezegging van de schuldenaar bevat waar de schuldeiser op mocht vertrouwen en waarmee bepaalde risico's worden afgedicht.

Het *TSN/Vos*-arrest illustreert hoe opgekomen voordeel in een andere gedachtenfase wordt geplaatst dan die van de vaststelling van winstdervingsschade: de 'externe' winst vormt een afzonderlijk voordeel dat naast de ontbindingsschade staat.⁴⁶ Die gedachte lijkt mij juist. Artikel 6:100 BW spreekt immers van 'naast schade tevens voordeel' en dat betekent dat de schade niet zonder meer kan bestaan in het loutere (negatieve) *saldo* van allerlei voor- en nadelen die, verspreid door de tijd, opkomen (vergelijk paragraaf 5.4). Daarbij is van belang dat men scherp zicht houdt op de inhoud van het begrip schade waar het hier om draait, om ook de verhouding tussen de artikelen 6:100 en 6:101 BW niet uit het oog te verliezen. De maatstaf die doorgaans ter vaststelling van schade wordt geformuleerd, geeft over de verhouding met voordeelstoerekening geen uitsluitsel. Zo wordt in *TSN/Vos* vooropgesteld:

'Wat betreft de omvang van de door [eiseres] verschuldigde schadevergoeding stelde het hof (...) terecht voorop dat deze dient te worden vastgesteld door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin de wederpartij zou hebben verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin de wederpartij na ontbinding van de overeenkomst verkeert (in voorkomende gevallen: na afwikkeling van de uit art. 6:271 BW voortvloeiende verbintenissen tot teruggave, dan wel ongedaanmaking).'⁴⁷

Belangrijk is mijns inziens de vaststelling dat de schade waar het hier om gaat bestaat in gederfde winst: TSN krijgt niet de contractuele vergoeding over de resterende drie jaren als schade vergoed, maar (slechts) de winst die hij zou hebben genoten bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming van de overeenkomst.⁴⁸ Van Boom merkt terecht op dat ten aanzien van de winstderving zoals hier aan de orde moet worden uitgegaan van een verschil in *nettowinst*.⁴⁹ Als ik het goed zie, zal deze gelijk zijn het verschil in *brutowinst* voor zover de ontbinding geen gevolgen heeft

44. Bijv. Hartlief 2010, p. 93 e.v., Drion 2009, p. 2337 en Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2170 en Lindenberg 2010, p. 901-909.

45. Van Boom 2011, Keirse 2009, p. 108, Van Kogelenberg 2013, p. 110 en Keirse & Van Kogelenberg 2016, p. 97 e.v.

46. Hijma 2011, nr. 4.

47. HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. Jac. Hijma (Vos/TSN), r.o. 3.2.3.

48. Van der Kooij 2011, p. 249-250.

49. Van Boom 2011.

voor de vaste lasten. Door de ontbinding vallen de opbrengsten uit de activiteiten die TSN voor Vos zou hebben verricht weg, maar worden ook daarmee samenhangende (variabele) kosten bespaard (zie hierover ook paragraaf 8.3.3). De soep wordt dus niet zó heet gegeten. In die gederfde nettowinst bestaat de schade waar het hier om draait, en *die* schade valt nu eenmaal niet door handelen van TSN te beperken. Dat relativeert ook het beeld dat TSN 'dubbel zou vangen'. TSN kan zich weliswaar inspannen om zich te voorzien van winst uit andere opbrengstbronnen, maar die verminderen op zichzelf niet de gemiste brutowinst die met het servicecontract met Vos zou zijn gemaakt (bij onberispelijke wederzijdse nakoming). De ontbinding van de overeenkomst heeft *die* winst definitief afgesneden. De schade – de door de ontbinding gederfde brutowinst over de resterende contractjaren – laat zich door TSN niet 'tussentijds' beperken omdat zij nu juist specifiek samenhangt met de afname door Vos, die heeft ontbonden. Het is Vos die TSN deze specifieke winst in het vooruitzicht had gesteld en die goed beschouwd de enige is die het mislopen hiervan door TSN kan beperken. Aldus komt de logische samenhang tussen het begrip schade en de leerstukken van voordeelstoerekening en de schadebeperkingsplicht wat scherper in beeld.⁵⁰ Omdat de te vergoeden schade bestaat in gemist voordeel als gevolg van ontbinding van dit contract, kan zij niet worden weggenomen door alternatieve voordelen (artikel 6:100) en gaat het ook niet aan de benadeelde tegen te werpen dat hij ter beperking van deze schade winst uit alternatieve omzet had moeten genereren (artikel 6:101 BW).⁵¹ Anders hierover Bakels:

'Met deze overweging lijkt de verplichting van TSN tot schadebeperking te worden ontkend, hetgeen onmogelijk de bedoeling kan zijn. Het oordeel van de Hoge Raad is klaarblijkelijk bepaald door de in r.o. 3.5.2 [bedoeld zal zijn 3.2.5, MRH] en 3.6 vermelde omstandigheid dat in cassatie moest worden aangenomen dat de reparatiecapaciteit van TSN door de – inmiddels ontbonden – overeenkomst niet volledig was gevuld, in die zin dat TSN deze contracten ook vóór de opzegging of ontbinding had kunnen sluiten. Heel veel meer moet er mijns inziens niet in worden gelezen.'⁵²

Merk op dat het voorgaande – uiteraard – anders kan liggen wanneer het gaat om winstderving buiten de sfeer van de ontbinding: in het algemeen kan uit een onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis een aanspraak voortvloeien tot vergoeding van gederfde winst uit *andere verhoudingen* dan die tussen de benadeelde en de aansprakelijke zelf. Denk aan het vaker aangehaalde geval van *Leeuwarden/Los*, waarin het draait om de beëindiging van een huurovereenkomst met betrekking tot een horecaruimte, waarbij de ontruimer ten onrechte had gesteld het gehuurde zelf dringend nodig te hebben. De (ex-)huurder heeft dan in beginsel aanspraak op de winst die hij daardoor derft, maar die hij zou hebben gemaakt in de verhouding met zijn afnemers, en niet 'binnen' zijn verhouding met de verhuurder. In dergelijke gevallen is ook de verhouding met de leerstukken van voor-

50. Anders Van Swaaij 2010, p. 1908-1912, die meent dat het begrip schade dynamisch is in die zin dat schade in de zin van art. 6:100 BW niet gelijk is aan schade in de zin van art. 6:101 BW.

51. Lindenberg 2010, p. 909.

52. Bakels 2011, nr. 88.

deelstoerekening en de schadebeperkingsplicht een andere. De blik is dan immers niet gericht op de gederfde winst uit een specifieke transactie, maar veeleer op het meer algemene 'winstbeeld' van de benadeelde.

8.3.7 *Winstderving als duurschade*

In het voorgaande ligt besloten dat schade in de vorm van winstderving in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW veelal wordt beschouwd als een duurschade: de schade wordt over een zekere tijdsperiode (deel voor deel) geleden en ontvouwt zich dus gaandeweg met het verstrijken van de tijd. Winstderving wordt als zodanig wel als typisch voorbeeld gezien van toekomstige schade, in lijn met inkomensverlies in geval van letselschade.⁵³ Zo worden in de parlementaire geschiedenis van artikel 6:105 BW gevallen genoemd waarin de schade zich 'over een zekere tijdsruimte uitstrekt', waaronder 'een verminderd debiet'.⁵⁴ Voor de vaststelling van winstdervingsschade moet dan een reeks van vergelijkingen worden gemaakt waarbij feiten en omstandigheden, die na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gaandeweg opkomen, van betekenis zijn. Een en ander impliceert dat winstdervingsschade, afhankelijk van het moment waarop zij wordt begroot, kan uiteenvallen in reeds ingetreden en nog niet ingetreden schade, en dat het toekomstige deel van de schade op de voet van artikel 6:105 BW bij voorbaat kan worden begroot en vergoed. In de praktijk berekent men de schade dikwijls over een bepaalde (toekomstige) boekingsperiode, en wordt aangenomen dat de schade dus ook steeds per periode wordt geleden, dikwijls een kwartaal of een jaar.

Het duurschade-karakter van de gederfde winst volgt ook uit het arrest *Gemeente Leeuwarden/Los*. In dat arrest draait het om een vraag van meervoudige causaliteit – de betekenis van een latere oorzaak bij duurschade, zie paragraaf 5.3.3.3 – en noemt de Hoge Raad de winstderving waarvan in casu vergoeding gevorderd wordt met zoveel woorden een 'voortdurende schade', waarbij zich een latere gebeurtenis zou kunnen voordoen die dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als die schade niet reeds was ontstaan, die voor risico van de benadeelde komt en die daarmee afdoet aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke.⁵⁵ In die zaak overwoog de kantonrechter dat de brand een latere omstandigheid is die niet meeweegt vanwege het moment waarnaar de schade moet worden bepaald:

'Daarbij kan de door Leeuwarden genoemde brand in 1996 geheel buiten beschouwing worden gelaten, nu die brand ten tijde van de beëindiging van de huurovereenkomst een onvoorziene omstandigheid betrof, waarmee bij de vaststelling van de hoogte van de schade aan de zijde van Los geen rekening behoeft te worden gehouden. De schade van Los dient immers te worden vastgesteld naar de omstandigheden op het tijdstip van beëindiging van

53. Hartlief 2018, nr. 211.

54. TM, PG Boek 6, p. 365.

55. HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Gemeente Leeuwarden/Los*), r.o. 3.4.

de huurovereenkomst en behoeft daarbij niet te worden gecorrigeerd door gebeurtenissen welke achteraf zijn voorgevallen.⁵⁶

Daarbij spreekt de kantonrechter overigens niet met zoveel woorden van het (hierna te bespreken) concept van verlies van ondernemingswaarde.

8.4 VERLIES VAN ONDERNEMINGSWAARDE

8.4.1 Ondernemingswaardering; de DCF-methode

Men zou de hiervoor beschreven benadering van winstdervingsschade (als duurschade) kunnen bestempelen als de ‘traditionele’ benadering, in lijn met de heersende leer. Een alternatieve benadering vloeit voort uit de meer ‘economische visie’ op een onderneming. Die visie, waarin de economische waarde van de onderneming centraal staat, heeft met de opkomst van verschillende groepen waarderingdeskundigen in de jaren ‘90 voet aan de grond gekregen.⁵⁷ Alvorens in te gaan op schade in de vorm van verlies van ondernemingswaarde lijkt het zinvol een en ander te zeggen over ondernemingswaardering in het algemeen, omdat dat noodzakelijk is om te begrijpen hoe op basis daarvan een schadeberekening zou kunnen worden verricht.

Bij ondernemingswaardering draait het vanzelfsprekend om de vaststelling van de waarde van een onderneming. Die waardering speelt op uiteenlopende terreinen een belangrijke rol, in het bijzonder in de transactie- en investeringspraktijk. Niet alleen kan het om uiteenlopende redenen van belang zijn de waarde van een onderneming te bepalen, ook de keuze voor de te hanteren methode van waardering hangt sterk af van de situatie waarin de onderneming zich bevindt en van het doel waarvoor de waardering wordt uitgevoerd.⁵⁸ In de praktijk ziet men dan ook verschillende waarderingmethoden terug.

Er bestaat een zekere consensus dat de zogenoemde ‘economische waarderingmethoden’ theoretisch de sterkste papieren hebben. Van die methoden wordt wel aangenomen dat de zogenoemde *discounted cash flow*-methode (DCF-methode) theoretisch de meest zuivere is. De DCF-methode komt voor in verschillende varianten. Zo wordt ook wel gebruik gemaakt van de *adjusted present value*-methode (APV-methode), die wel wordt gezien als een ‘verbeterde variant’ van de DCF-methode.⁵⁹ In essentie geschiedt de waardering telkens door het contant maken van de toekomstige vrije geldstromen.⁶⁰

56. Geciteerd door concl. A-G Huydecoper bij HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 (Gemeente Leeuwarden/Los), onder 4.

57. Toxopeus-De Vries 2017, p. 256.

58. Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017, p. 54.

59. Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017, p. 84.

60. Dalhuisen & Van Dieren 1995, p. 95.

Achterliggende gedachte van de DCF-methode is dat de waarde van een onderneming tot uitdrukking komt in de contante waarde – de huidige waarde van een bedrag waarover iemand pas na een bepaalde periode de beschikking heeft – van verwachte toekomstige geldopbrengsten. De methode is daarom *prospectief* van aard: de waarde van een onderneming wordt bepaald door toekomstverwachtingen. Dat toekomstgeoriënteerde waarden strookt met de financiële en economische theorievorming. Men ziet een onderneming als een investering: men vertrouwt een hoeveelheid geld toe aan een project (de onderneming) in ruil voor de verwachting dat daarvoor in de toekomst een grotere hoeveelheid geld terugkomt.⁶¹ Investeringsbeslissingen worden dan ook vaak genomen op basis van de zogenoemde netto contante waarde van een project: is de contante waarde van de verwachte toekomstige vrije kasstromen hoger dan de investering die in verband daarmee moet worden gedaan, dan is sprake van een positieve netto contante waarde en wordt de investering gezien als financieel verantwoord. De waarde van het project overstijgt dan immers de daarmee gepaard gaande uitgaven.⁶²

Waarde in financieel-economische zin kent als ‘basisingrediënten’ de factoren tijd, geld en risico.⁶³ Twee financiële basisprincipes liggen daarom ten grondslag aan de DCF-methode. Ten eerste dat van de zogenoemde tijdswaarde van geld: *‘a dollar today is worth more than a dollar tomorrow’*.⁶⁴ Heeft men de keuze tussen het ontvangen van een euro nu of over een jaar, dan zal een euro nu prevaleren omdat daarmee in de tussentijd een bepaald rendement zou kunnen worden behaald.⁶⁵ Een algemene tijdsvoorkeur zou ook kunnen worden toegeschreven aan het feit dat het menselijk leven eindig is: dat onmiddellijk tot consumptie kan worden overgegaan wordt daardoor hoger gewaardeerd dan het wachten daarmee tot een onzeker toekomstig moment.⁶⁶ Omdat niet iedereen steeds dezelfde tijdsvoorkeur heeft, ontstaat een vorm van ‘vraag en aanbod’ in de tijd.⁶⁷

Het tweede basisprincipe is dat risico een prijs heeft vanwege een algemene risico-aversie: *‘a safe dollar is worth more than a risky dollar’*.⁶⁸ Het begrip risico ziet dan niet zozeer op een kans op schade, maar meer algemeen op de mogelijkheid dat een daadwerkelijke uitkomst zal verschillen van een vooraf verwachte uitkomst.⁶⁹ De begrippen risico en rendement zijn nauw verbonden: hoe groter het risico, hoe groter het rendement dat de risiconemer (investeerder) zal eisen. Dat geldt ook omgekeerd: hoe kleiner het risico, des te kleiner het rendement dat hij mag verwachten.

61. Hitchner 2011, p. 122.

62. Brealey, Myers & Allen 2014, p. 38.

63. Groeneveld 2004, p. 254.

64. Brealey, Myers & Allen 2014, p. 18.

65. Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017, p. 19.

66. Veljanovski 2007, p. 29.

67. Vis 2010, p. 160.

68. Brealey, Myers & Allen 2014, p. 22.

69. Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017, p. 15.

Het gaat hier om een fundamenteel principe in de financiële theorie. Individuen zullen bereid zijn een zekere lagere som geld te ruilen voor een onzeker (toekomstig) hoger bedrag; het verschil tussen beide wordt wel aangeduid als de risicopremie.⁷⁰ Die risicopremie kan eenvoudig worden gezien als de beloning voor 'gedurfd investeren'. Men spreekt in dit verband ook wel van de rendementseis: het minimale rendement dat een belegger of investeerder op een voorgenomen belegging of investering wil behalen als vorm van vergoeding voor zijn investering. Hoe zekerder een toekomstige kasstroom, des te lager de door de investeerder gewenste risicopremie.

Men moet bij de waardering van toekomstige geldstromen rekening houden met de hier beschreven tijd- en risicofactoren. De waarde van verwachte toekomstige geldstromen wordt daarom bepaald door deze te *disconteren*: door te rekenen met een bepaald aftrekpercentage (de disconteringsvoet) worden toekomstige geldstromen omgerekend naar de contante waarde daarvan op het waarderingstmoment. Vanwege de tijdswaarde van geld en de prijs van onzekerheid bestaat die disconteringsvoet doorgaans uit rente en een opslag voor risico.⁷¹ De disconteringsvoet reflecteert aldus de gedachte dat de onderneming als een investeringsproject kan worden gezien en dat een investeerder steeds een bepaald rendement eist dat de investering in kwestie doet opwegen tegen andere, minder risicovolle alternatieven zoals het rendement op staatsobligaties, wat doorgaans wordt gezien als 'risicoloze' belegging. Men spreekt in dit verband ook wel van de *opportunity cost of capital*: door te kiezen voor een bepaalde investering kan men niet investeren in een alternatief met een vergelijkbaar risico-profiel. Men kan allerlei risico's in de disconteringsvoet opnemen, zoals risico's verbonden aan de markt en de branche. Ook kan worden gedacht aan een 'additionele' premie wanneer sprake is van een kleine onderneming.⁷² Steeds geldt: hoe hoger de risico-opslag, des te groter de disconteringsvoet en des te lager de contante waarde van de toekomstige geldstromen (en dus van de onderneming als zodanig).

Dat een en ander theoretisch goed te onderbouwen is en algemeen wordt onderschreven, maakt nog niet dat de waardering steeds eenvoudig is uit te voeren: niet alleen de kasstroomprognose is inherent discutabel, ook de wijze waarop de tijdsvoorkeur en het risico tot uitdrukking wordt gebracht wordt bestempeld als 'buitengewoon moeilijk' en 'per definitie arbitrair'.⁷³ Niet alleen zal moeten worden voorspeld welke kasstromen in de toekomst zullen worden behaald, wat een inherent subjectief karakter kent nu het om een toekomstvoorspelling vraagt, ook de disconteringsvoet wordt met het oog op de toekomst bepaald. Ondernemingswaardering is dus bepaald geen exacte wetenschap, ook al komt er veel rekenwerk bij te pas; een complex organisme als een bedrijf laat zich uiteindelijk niet op een 'wiskundige wijze' in geld uitdrukken.⁷⁴

70. Veljanovski 2007, p. 31.

71. Vis 2010, p. 147.

72. Vis 2010, p. 187.

73. Van der Zanden 2016, p. 707.

74. Meussen 1997, p. 247-255.

Door toekomstige vrije kasstromen contant te maken naar een bepaald waarderingsmoment, berekent men dus ook niets anders dan de economische waarde *op dat specifieke moment*. Men dient er daarom op bedacht te zijn dat de – op verwachtingen gebaseerde – economische waarde door de tijd heen een veranderlijk gegeven is. De economische waarde die op een zeker moment wordt vastgesteld op basis van verwachtingen hangt dus ook niet samen met de latere realisatie van die verwachtingen: economische waarde is immers een *ex ante* begrip, het draait om de waarde van het winstpotentieel. Dat betekent dat als vandaag de verwachting is dat over een jaar een bepaalde geldstroom wordt behaald – op basis waarvan dus de economische waarde van vandaag is bepaald – en een jaar later zou blijken dat die verwachting zich dan niet daadwerkelijk realiseert, de waarde van vandaag daardoor niet kan worden beïnvloed. Men kan slechts op een later moment tot een andere economische waarde concluderen op basis van de dan bestaande verwachtingen over wat op dat moment nog in het verschiet ligt. In de woorden van Groeneveld:

‘Economische waarde betreft de betekenis van een goed voor een belanghebbende op een bepaald tijdstip. Door wijziging van behoeften en mogelijkheden zal de waarde op een volgend tijdstip kunnen afwijken. Dit kan worden samengevat als wijziging van de situatie. Situering betekent dat op een eerder tijdstip bepaalde waarde niet noodzakelijk een betrouwbare indicatie geeft voor de waarde op een later tijdstip. Het zou een misverstand zijn ervan uit te gaan dat de waarde die op een bepaald tijdstip is gemeten, alsnog moet worden gerealiseerd. Uit waardeverandering kan niet worden afgeleid dat de eerder bepaalde waarde onjuist zou zijn geweest. Wel leidt ‘perfect hindsight’ hieromtrent soms tot discussie.’⁷⁵

Met die laatste term (*perfect hindsight*) wordt in dit verband bedoeld op de mogelijkheid die men heeft om de verwachtingen die op een zeker moment aan een waardering ten grondslag te ‘corrigeren’ op basis van latere kennis omtrent de realisatie van die verwachtingen. Dat is theoretisch evenwel onjuist, omdat economische waarde nu eenmaal bestaat in verwachtingen, en men heeft het in dat kader nu eenmaal te doen met de ‘*imperfect foresight*’. Daarmee hangt dus ook samen dat wanneer men de economische waarde van een onderneming moet bepalen naar een waarderingsdatum in het verleden, men zo goed mogelijk moet proberen zich te baseren op de *op dat moment* bestaande verwachtingen. Men moet een toekomstperspectief uit het verleden reconstrueren.

8.4.2 Schade bestaande in van verlies van ondernemingswaarde

8.4.2.1 Verlies van ondernemingswaarde als momentschade

Tegen de achtergrond van de voorgaande paragraaf, zal nu worden ingegaan op de vraag hoe het ondernemingswaarde-concept kan worden toegepast bij de vaststelling van vermogensschade wanneer een onderneming door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is nadelig wordt getroffen in haar winstcapaciteit. Uit het

75. Groeneveld 2004, p. 256.

voorgaande – door toekomstige vrije kasstromen contant te maken naar een bepaalde waarderingdatum kan de economische waarde worden bepaald die de onderneming op dat specifieke moment vertegenwoordigt – vloeit voort dat schade in de vorm van verlies van ondernemingswaarde het karakter draagt van een momentschade: een schade(post) die op een enkel ogenblik in haar geheel wordt geleden geleden en dus ook naar een enkel moment wordt vastgesteld (zie over momentschade in het algemeen 3.3.6.2). De veronderstelling is immers dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis de waarde van de onderneming *direct* is gedaald en dat dit waardeverlies de schade vormt. Wanneer men aldus de mogelijkheid uit een bedrijf winst te behalen als iets min of meer zelfstandigs beschouwt dat een bepaalde waarde heeft, en men het verlies daarvan als vergoedbare vermogensschade aanmerkt, wordt een voordeelderving als het ware ‘omgezet’ in een (onmiddellijk) geleden verlies.⁷⁶

Stelt men de schade op het verlies van ondernemingswaarde, dan wordt geen ‘hypothetische’ waarde vastgesteld, maar twee waarden die het object daadwerkelijk heeft gekend: de waarde onmiddellijk voor en de waarde onmiddellijk na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Het (negatieve) verschil tussen beide is het directe waardeverlies dat aan de schadeveroorzakende gebeurtenis kan worden toegeschreven.⁷⁷ Schneider wijst er daarbij op, dat in het algemeen de ‘waarde na’ minder moeilijk is vast te stellen dan de ‘waarde voor’, omdat men voor de bepaling van de ‘waarde na’ zou kunnen bezien wat er (direct) na de normschending van de (winstpotentie van de) onderneming is overgebleven.⁷⁸ De ‘waarde voor’ ligt volgens hem vaak lastiger. Soms wordt men enigszins geholpen door de omstandigheid dat de getroffen onderneming kort voor de normschending werd verkocht (dan heeft daarvoor immers een zekere waardering plaatsgehad). Een andere mogelijkheid is dat wordt gekeken naar de prijzen waarvoor ten tijde van de normschending vergelijkbare ondernemingen werden verkocht. Soms is er voor de getroffen onderneming specifiek een *businessplan* voorhanden dat een indicatie geeft van wat de onderneming waarschijnlijk zou hebben gedaan als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet aan realisatie in de weg stond, althans voor zover een dergelijk document uiteraard realistische inschattingen bevat. Dat is niet altijd gezegd. Vaak heeft een onderneming resultaten behaald in het verleden – dus voorafgaand aan het peilmoment – en kunnen deze een referentieperiode vormen die als basis kan dienen voor de inschatting van toekomstige ontwikkelingen.⁷⁹ Voor zover die resultaten een zekere constante vertonen, is dat een realistische factor.

Ingewikkelder kan een en ander liggen wanneer de getroffen onderneming een startup is en er nog geen enkele track record is van eerdere winstgevendheid.⁸⁰ Kolaski en Kuga nemen (in 1998) in de Verenigde Staten een zekere acceptatie waar

76. Bloembergen 1965, nr. 73.

77. Lanzilotti & Esquibel 1990, p. 126.

78. Schneider 1980, p. 1296-1297 en Joslyn 1982, p. 431-432.

79. Joslyn 1982, p. 431.

80. Allen, Hall & Lazear 2011, p. 449.

van de vergoeding van verlies van ondernemingswaarde van nog niet gevestigde ondernemingen:

'(...) young businesses may require the use of more assumptions and reliance on fewer pieces of documented data and information in preparing a damage calculation than would be required for an "established" or "mature" business. Until recently, the courts generally did not allow lost profit or loss of business value damages for an "unestablished" business. However, with the increased sophistication of damage analysis and methods, the courts will now consider damages for unestablished businesses which are sufficiently documented and are not perceived as unduly speculative or not calculated with reasonable certainty.'⁸¹

Dat verlies van ondernemingswaarde het karakter draagt van een momentschade, is van belang voor de vraag naar de betekenis van feiten en omstandigheden van na de normschending, die ten tijde van de schadevaststelling inmiddels bekend zijn geworden: zij zijn vanwege het prospectieve karakter van het te hanteren economische waardebegrip in beginsel niet relevant. Het schademoment zal steeds meer of minder ver in het verleden liggen, omdat de schadevergoeding nu eenmaal nooit onmiddellijk volgt op de normschending. Dat betekent dat men voor de waardering per schademoment in gedachten steeds terug zal moeten in de tijd; de (gemiste) geldstromen van de onderneming over de schadeperiode moeten *ex ante* worden bepaald. In de woorden van Vis:

'Indien tot volledige compensatie moet worden overgegaan, betekent dit dat de benadeelde een zodanige vergoeding ontvangt dat sprake is van een positie en situatie, zoals die zou hebben bestaan zonder dat het schadeveroorzakend evenement heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat voor het vaststellen van de economische schade moet worden teruggegaan in de tijd. De economische positie en situatie van het moment van het evenement dient te worden gereconstrueerd.'⁸²

Daarmee wordt meteen de vinger op de zere plek gelegd bij deze methode: men moet zich bij die schadevaststelling baseren op projecties per waarderingsdatum. Naar het eerder gelegen schademoment moet de toekomst worden ingeschat die op dat moment nog in het verschiet lag en derhalve met onzekerheid was omkleed. Later opkomende feiten en omstandigheden, zowel specifieke markt- of bedrijfsontwikkelingen of economische ontwikkelingen in het algemeen, mogen dus – strikt genomen – niet bij die waardering worden betrokken. Het buiten beschouwing laten van latere feiten en omstandigheden wordt wel gezien als het meest problematische aspect van deze benadering. In die zin Tye en Kalos:

'While the *ex ante* approach clearly has some attractive theoretical properties, the chief complaint about the *ex ante* approach is its susceptibility to overly optimistic projections, which are likely to be exposed in the sober light of actual experience, or put less pejoratively, the lack of hard facts and excessive reliance on speculation. The victim will very

81. Kolaski & Kuga 1998, p. 8-9.

82. Vis 2010, p. 155-156.

likely paint a glowing picture of the but-for world, and the ex post methodology may provide the basis for a reality check on these projections.’⁸³

Die sterke afhankelijkheid van speculatie (naar een eerder gelegen peilmoment) kan men zien als problematisch, maar men zou ook kunnen zeggen dat het element van speculatie eigen is aan iedere waardering aan de hand van de economische methode. Juristen zijn daarvan wellicht niet zo gecharmeerd; *business valuers* zijn daar beter aan gewend. Hoewel het benutten van later opkomende informatie met de economische benadering theoretisch is uitgesloten – latere gebeurtenissen kunnen de waarde op een eerder peilmoment niet beïnvloeden – kan het voor betrokken partijen en voor de rechter contra-intuïtief zijn deze bij de schadevaststelling geheel buiten beschouwing te laten.

Een belangrijk verschil tussen ondernemingswaardering in het kader van een transactie enerzijds en in het kader van een schadeberekening anderzijds, is dat in het eerste geval de ‘markt’ nog een zeker corrigerend effect heeft, waar uiteindelijk een meer realistische prijs tot stand kan komen. Een dergelijke correctie ontbreekt bij schadevaststelling op basis van ondernemingswaardering. Niet is uitgesloten dat bij de schadeafwikkeling door partijen zal worden ingespeeld op het ‘contra-intuïtieve’ aspect van de *ex ante*-benadering van de schade bestaande in het verlies van ondernemingswaarde. Roach stelt op dit punt:

‘For all of its theoretical purity, the ex ante approach suffers from complexity, risk of bias, and unrealism. The approach is vulnerable to the actual data that one’s opposition can bring in through the front door or that can otherwise enter the courtroom through the back door.’⁸⁴

8.4.2.2 *Risico*

Niet alleen de inschatting van de op het waarderingsmoment verwachte toekomstige kasstromen dient zo nauwkeurig mogelijk te geschieden, evenzeer belangrijk is het bepalen van de juiste disconteringsvoet waartegen die toekomstige kasstromen constant moeten worden gemaakt. Daarbij moet dus ook de juiste opslag voor risico worden bepaald. Is deze te groot, dan wordt de waarde van de onderneming – en daarmee de geleden schade – onderschat. Kiest men voor een te bescheiden risico-opslag, dan gaat de benadeelde er juist op vooruit.⁸⁵ Op dit punt bestaat een vrij ingewikkeld debat, dat in de kern draait om de vraag hoe de benadeelde in de positie kan worden gebracht die *ook wat betreft risico* gelijkwaardig is aan de positie waarin hij zou hebben verkeerd bij uitblijven van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Een van de argumenten voor de interpretatie van het begrip schade aan de hand van de verloren economische waarde van de onderneming is dat deze benadering op juiste wijze rekenschap zou geven van risico.

83. Tye & Kalos 1996, p. 661.

84. Roach 2003, p. 68.

85. Schneider 1980, p. 1301.

Volgens Fisher en Romaine brengt het uitgangspunt van schadevergoedingsrecht – breng de benadeelde zoveel mogelijk in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet had plaatsgevonden – met zich dat de schade moet worden benaderd vanuit een verwachtingenperspectief, omdat de benadeelde met het vergoeden van de achteraf te bepalen verloren ‘uitkomst’ zou worden bevrijd van het risico dat voor de investering waardebepalend was:

‘The violation did not merely deprive the plaintiff of the stream of returns that would have accompanied the asset. It also relieved the plaintiff of the uncertainty surrounding that stream. To use hindsight is to ignore the latter effect. (...) Giving the plaintiff the lost profits that hindsight suggests does not place it in the position it would have occupied without the violation; it replaces an uncertain world with a particular outcome.’⁸⁶

Een en ander zou stroken met de financiële en economische theorie, waarin aan risico een prijs moet worden toegekend. Deze ‘prijs van onzekerheid’ kan volgens de hiervoor beschreven wijze van ondernemingswaardering tot uiting worden gebracht in de disconteringsvoet. Op het moment waarop de benadeelde een verdienperspectief verloor, waren de verwachte inkomsten nog met allerlei onzekerheden omkleed. Door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis werd de benadeelde enerzijds bevrijd van het risico dat zijn investering waardeloos zou blijken en werd hem anderzijds de mogelijkheid ontnomen dat zijn investering gunstig zou uitpakken.⁸⁷ Oordeelt men met kennis achteraf over wat zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, dan wordt een (aanvankelijk) onzekere investering omgezet in een (achteraf) zekere realisatie. Kan de benadeelde met kennis achteraf ervoor kiezen alleen een vergoeding te vorderen wanneer hij inmiddels zo goed als zeker weet dat de ‘afgesneden’ uitkomst een gunstige was geweest, dan zou hij worden overgecompenseerd: hij zou dan wel aanspraak kunnen maken op de gederfde winst, terwijl hij niet het daaraan verbonden risico heeft gelopen. Men spreekt in dit verband ook wel van de *no-risks-taken-theorie*.⁸⁸ De benadeelde zou geen aanspraak mogen maken op beloning voor een risico dat hij niet daadwerkelijk heeft gelopen, zo luidt de redenering.⁸⁹

Hier wordt wel tegenin gebracht dat de benadeelde met de *ex post*-benadering niet geheel wordt bevrijd van risico, maar dat het aanvankelijke risico omtrent de toekomstige geldstromen wordt omgezet in het risico omtrent de nog te bepalen *waarde van de vordering* tot schadevergoeding. Oordeelt men achteraf over wat zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, dan kan de waarde van de vordering tot schadevergoeding als zodanig immers fluctueren al naar gelang allerlei feiten en omstandigheden opkomen aan de hand waarvan het schadeverloop meer nauwkeurig zou kunnen worden bepaald. De gedachte is dat de benadeelde in financieel opzicht alsnog aan een zeker risico wordt blootgesteld, niet langer

86. Fisher & Romaine 1990, p. 154.

87. Evans & Weil 2017, p. 4 en Glick & Kalay 2002, p. 678.

88. Taurman & Bodington 1992, p. 10.

89. Tye & Kalos 1996, p. 661.

in zijn aanvankelijke investering, maar in de veranderlijke waarde van de vordering tot schadevergoeding, wat de *no-risks-taken*-theorie enigszins zou afzwakken.⁹⁰ Maar ook dan verkeert de benadeelde niet in een wat risico betreft gelijke positie. Taurman en Bodington verwoorden het – ter correctie van Fisher en Romaine – als volgt:

‘The need to seek compensation for wrongful conduct replaces an uncertain business world with an uncertain trial world, in which the plaintiff can achieve the monetary equivalent of a “particular outcome” only by persuading a fact finder to award it.’⁹¹

Dat het evenwel om een andere vorm van risico gaat, schetsen Taurman en Bodington aan de hand van de volgende casus. Stel dat A een investeringsmogelijkheid had met drie mogelijke uitkomsten: een winst van 50, een ‘*break-even*’ of een verlies van 50. De kans op winst was 40%, de kans op ‘*break-even*’ was ook 40% en de kans op verlies was 20%. De verwachtingswaarde van de investering was dan 10 (want $0.4 \times 50 + 0.2 \times -50$). Voor ‘risiconeutrale’ investeerders had dit project dus een waarde van 10. Door toedoen van B is deze opportuniteit echter aan A ontnomen. De schade van A, bestaande in de verloren waarde van de investering, is dan 10. Wordt de schade naar een later moment vastgesteld, dan resteren twee opties, namelijk 50 als hij met kennis achteraf kan aantonen dat de gunstige mogelijkheid zich inderdaad zou hebben gerealiseerd, of 0 als de ‘*break-even*’ of de ongunstige uitkomst zich zou hebben voorgedaan (in die beide gevallen is er geen schade). In het geval van de ongunstige uitkomst kent het schadevergoedingsrecht aan B geen 50 toe als vergoeding voor het feit dat hij A in een betere positie heeft gebracht doordat hij hem heeft behoed voor een verlies van 50. De vordering die A ten deel valt plaatst hem dus in een van zijn oorspronkelijke positie afwijkende situatie, nu het schadevergoedingsrecht niet zoiets kent als een ‘negatieve schadevergoeding’.

Een en ander betekent dat A – in financieel-economisch opzicht – door het schadevergoedingsrecht niet wordt gebracht in een positie gelijkwaardig aan die zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, wanneer de schade *ex post* wordt vastgesteld. Gevolg is dat met die benadering de uit te keren schadevergoedingen in het algemeen weliswaar hoger liggen dan het geval zou zijn met de *ex ante*-benadering, maar er tegelijkertijd minder vaak een vergoeding zal worden toegekend: het schadevergoedingsrecht selecteert dan immers op het achteraf gebleken zijn van schade. In het bijzonder in een meer ‘riskante’ markt ontvangt een aanzienlijk deel van de personen die door een fout van een ander in hun aanvankelijke verdienperspectief worden geraakt dan geen schadevergoeding, omdat op het moment van de uitspraak zal blijken dat een groot deel van hun (gehinderde) activiteiten verliesgevend zouden zijn geweest.⁹²

Een en ander raakt aan een meer rechtseconomisch probleem dat zou samenhangen met de *ex post*-benadering: doordat de benadeelde de beslissing tot aansprakelijkstelling kan uitstellen tot het moment waarop meer duidelijkheid bestaat omtrent het

90. Taurman & Bodington 1992, p. 85.

91. Taurman & Bodington 1992, p. 92.

92. Tye & Kalos 1996, p. 660.

schadeverloop, zou het voor de benadeelde in financieel opzicht aantrekkelijk zijn te worden geraakt door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, in het bijzonder wanneer het gaat om een riskante investering.⁹³ Dunbar, Evans en Weil schetsen het probleem als volgt:

‘Better that I should induce you to deprive me of the right to drill for oil on a site that is likely a dry hole than that I should spend the, say, \$1 million to drill for myself. If I can induce you to deprive me of the right to drill, then I can save the \$1 million of drilling costs but still collect the value of the oil if, contrary to expectation, the well turns out to be a gusher.’⁹⁴

Ook Patell, Weil en Wolfson zien dit probleem en benadrukken het verband met de keuzevrijheid van de benadeelde om wel of niet over te gaan tot het vorderen van schadevergoeding:

‘In a legal system in which plaintiffs are free to decide when to litigate and in which awards are based on known resolutions, people have an incentive to seek to be deprived of high-risk projects by defendants with deep pockets. This strategy allows them to use litigation as a form of insurance against unfavorable outcomes.’⁹⁵

Taurman en Bodington zien dit daarentegen niet als een groot probleem, omdat zij juist weinig verwachten van de ‘prikkelwerking’ die van dit systeem zou uitgaan.⁹⁶

Het hiervoor geschetste probleem kan – althans in theorie – in zekere zin worden ondervangen door een vorm van ‘negatieve schadevergoeding’ toe te staan, in die zin dat de benadeelde zou moeten betalen voor zover hij door de aansprakelijke partij is behoeft voor een verlies. Aldus Glick en Kalay:

‘For example, if the bad act saved the potential “plaintiff” from losing money, then the plaintiff should be fined. To replicate the “plaintiff’s” position prior to the bad act, she must receive negative compensation. Clearly in these cases the defendant has the incentive to sue. This rule guarantees that the issue will be brought to court irrespective of the value of the damages. The variance of possible payoffs (compensation) to the plaintiff is thus equal to the variance of the payoffs of the stolen asset as of the time of the bad act. This rule eliminates the problematic incentive effects associated with the use of ex post information.’⁹⁷

Strikt financieel of economisch gezien lijkt die gedachte wellicht zuiver; in termen van schadevergoedingsrecht is dat ondenkbaar: het leerstuk van de voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW ligt tot op zekere hoogte in die lijn, maar voorziet slechts in een vermindering van de omvang van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke en niet

93. Tye & Kalos 1996, p. 646.

94. Evans & Weil 2017, p. 6.

95. Patell, Weil & Wolfson 1982, p. 349.

96. Taurman & Bodington 1992, p. 79-80.

97. Glick & Kalay 2002, p. 692.

in een *vergoedingsplicht* tegenover de aansprakelijke voor zover het genoten voordeel groter is dan het door hem veroorzaakte nadeel. In die zin ook Tye en Kalos:

‘Violators cannot, of course, sue their victims to collect such negative damages from the beneficiaries of their offenses.’⁹⁸

Patell, Weil en Wolfson zijn voorstander van de *ex ante*-benadering omdat deze het meest zou stroken met de financiële en economische theorie. Zij zien het schadevergoedingsrecht in de eerste plaats als een uitruil van rechten (*‘exchange of rights’*): door de schadeveroorzakende gebeurtenis wordt de benadeelde een bepaald bedrag of een bepaalde gunstige gelegenheid ontnomen, in ruil waarvoor hij het recht krijgt vergoeding van zijn schade te vorderen. Als de schade dan toch achteraf zou moeten worden vastgesteld, dan zou volgens hen de schadevergoedingsvordering met het daarmee gepaard gaande vooruitzicht van een latere, onzekere schadevaststelling als een soort nieuw ‘investeringsproject’ moeten worden gezien, waarvan de waarde wordt bepaald door haar eigen risico- en rendementskarakteristieken. Dat is de reden waarom zij pleiten voor een vorm van voordeelstoerekening bij de *ex post* benadering: de benadeelde kreeg door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis de mogelijkheid om van een (achteraf gebleken) gunstige uitkomst wel of geen gebruik te maken. Patell, Weil en Wolfson spreken hier van de waarde van de *implicit insurance option* die de benadeelde ten deel valt met zijn vordering tot schadevergoeding. Die optie vertegenwoordigt als zodanig een zekere financiële waarde die zou moeten worden verrekend met de uiteindelijke schade, wil men de benadeelde in de positie brengen die financieel gelijk(waardig) is aan die zonder normschending:

‘A damage award based on the known outcome gives the damaged plaintiff a valuable option, namely, the opportunity to choose whether or not to litigate. In order to base damage compensation on known outcomes without unjustly enriching the plaintiff, we must adjust the damage award downward by an amount equivalent to the value of the option created by the *ex post* approach. If the court deducts this amount from the *ex post* settlement (...) then the plaintiff has been made whole and the defendant has gained, through the residual amount, nothing in excess of a fair return on the risk borne.’⁹⁹

Het door Patell, Weil en Wolfson voorgestane beeld van het schadevergoedingsrecht als uitruil van rechten wordt in dit verband bestreden door Bonsack – voorstander van de *ex post* benadering van schade – die erop wijst dat het in het schadevergoedingsrecht nu juist om meer gaat dan slechts een ruilverhouding:

‘This perspective carries with it the hazard of thinking of a violation as a legitimate exchange, such that the defendant who has imposed absolute savings on a plaintiff has a claim to those savings. (...) F&R’s [Fisher en Romaine, MRH] notion of the relevance of symmetry presumes that an individual can do anything he likes to another, as long as compensation sets the record straight. This is partly true in contract law, but tort law

98. Tye & Kalos 1996, p. 660.

99. Patell, Weil & Wolfson 1982, p. 350.

addresses conduct that is impermissible, even with compensation. The courts' refusal to award negative damages does not challenge the merits of the use of hindsight in the accurate assessment of damages; the courts' refusal to award negative damages merely prevents the defendant's violation from becoming profitable to the defendant.¹⁰⁰

Een en ander is eigen aan het denken in termen van schadevergoeding: slechts indien en voor zover uit een normschending schade voortvloeit, heeft de benadeelde een aanspraak op schadevergoeding. Zijn vordering vormt in zoverre geen 'equivalent' van de oorspronkelijke positie dat hij wel een vergoeding kan vorderen van door de normschending van een ander geleden nadelen, maar niet – op spiegelbeeldige wijze – gehouden is de aansprakelijke te betalen vanwege door de normschending genoten voordelen. Dat hoeft ook niet: het schadevergoedingsrecht dient er niet toe de (financiële) positie van de benadeelde als zodanig geheel te 'neutraliseren', maar strekt ertoe hem in de positie te brengen waarin hij zonder de normschending zou hebben verkeerd indien en voor zover hij rechtens relevant nadeel lijdt (zie paragraaf 2.1).

8.4.2.3 *Verdisconteerde schadebeperking*

Sommige auteurs menen dat het *ex ante* karakter van de vaststelling van verlies van ondernemingswaarde noodzakelijk met zich brengt dat de schadebeperkingsplicht als zodanig – nu dat leerstuk per definitie ziet op gebeurtenissen van na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – niet van betekenis is, althans dat niet uitmaakt hoe de benadeelde achteraf bezien op de gebeurtenis heeft gereageerd. Door het schademoment direct ná de normschending te zetten, zijn latere feiten en omstandigheden immers niet relevant. Zo benadrukt Schneider dat het er bij deze benadering uiteindelijk om gaat te bepalen welke waarde moet worden toegekend aan de activa die ondanks de schadetoebrengende gebeurtenis 'intact' zijn gebleven en waarmee alsnog winst zou kunnen worden gegenereerd, voor zover aanwezig. De schadebeperkingsplicht vormt aldus geen punt van discussie wanneer het verlies van ondernemingswaarde het vertrekpunt vormt: de mogelijkheid om nog winst te genereren is dan immers verdisconteerd in de waarde van wat resteert.¹⁰¹ Dunbar, Evans en Weil noemen dit als argument voor de *ex ante*-benadering: de benadeelde zou niet worden 'bestraft' voor het zich wel of niet inspannen om de schade te beperken. Eenzelfde gedachte treft men bij Joslyn:

'(...) the lost future profits measure focuses attention on the duty of the plaintiff to mitigate damages, a matter which may be ignored under the going concern theory.'¹⁰²

Taurman en Bodington wijzen op de schadebeperkingsplicht als factor die zou pleiten voor de *ex post*-benadering. Dat bij zaakschade de benadeelde een vergoeding kan vorderen voor de waardevermindering of het waardeverlies dat hij leed ten tijde van de beschadiging, wordt mede gerechtvaardigd door zijn gehoudenheid tot schadebeperking: de benadeelde kan immers worden geacht met die vergoeding zijn toevlucht te

100. Bonsack 1990, p. 21-22.

101. Schneider 1980, p. 1301.

102. Joslyn 1982, p. 460.

nemen tot de markt voor herstel of vervanging ter beperking van zijn verdere schade. Die zogenoemde '*presumption of prompt replacement*' zou daarmee in essentie berusten op de *ex ante*-benadering. Bij het verlies van een 'ondernemingskans' gaat deze vlieger volgens Taurman en Bodington evenwel niet op, omdat de aan de onderneming verbonden kansen juist veelal uniek en tijdgebonden zijn en niet zo gemakkelijk kunnen worden vervangen door een andere investering.¹⁰³ In vergelijkbare zin Roach:

'Market value was originally used to determine the cost of replacing the exact assets that were lost. As long as the lost asset can be replaced with an identical substitute in an active market, the plaintiff can be restored to her original condition, or her expectation can be realized exactly.'¹⁰⁴

8.4.2.4 Onmiddellijke compensatie als ideaal

In het debat over schade in de vorm van gederfde winst (als duurschade) of verlies van ondernemingswaarde (als momentschade) vragen sommige auteurs zich af of de 'vertraging' tussen schadeveroorzakende gebeurtenis en schadevaststelling op de omvang van de schadevergoeding überhaupt enige invloed zou moeten hebben. Zo menen Fisher en Romaine dat de wijze waarop juristen schade bestaande in de verminderde winstgevendheid van een onderneming *ex post* vaststellen niet verenigbaar is met de uitgangspunten van de financiële en economische theorie. Zij stellen voorop:

'(...) there is no difference in principle between a claim for a stream of lost profits and a claim for the destruction of an asset. An asset is in fact worth the present value of the profit stream associated with it; to turn the matter around, the possession of a profit stream is the possession of an asset worth the present value of that stream.'¹⁰⁵

Dat praktisch een verschil tussen beide benaderingen kan bestaan, zou uitsluitend te maken hebben met het feit dat de meeste schadeafwikkelingen enige tijd nodig hebben, als gevolg waarvan de uiteindelijke toewijzing van een schadevergoedingsvordering veelal enige tijd na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis plaatsvindt. Het is vanwege die vertraging dat de schadevaststelling niet alleen zou kunnen worden gebaseerd op verwachtingen, maar dat ook latere feiten en omstandigheden in ogenschouw kunnen worden genomen.

Volgens Fisher en Romaine is dat evenwel onjuist: het verstrijken van tijd kan volgens hen bij uitstek met wettelijke rente (*prejudgment interest*) worden geadresseerd, maar mag geen invloed hebben op de omvang van de hoofdsom. In dit verband wordt ook wel gerefereerd aan het idee van de zogenoemde *pie-powder court*: een rechterlijke instantie, aanwezig op beurzen en markten, die direct beslissingen neemt in geschillen tussen rondreizende handelaren en anderen die maar tijdelijk ter plaatse aanwezig kunnen zijn. Met de term '*pie-powder*' wordt gerefereerd aan de stoffige voeten van de

103. Taurman & Bodington 1992, p. 98.

104. Roach 2003, p. 8.

105. Fisher & Romaine 1990, p. 149.

rondreizende handelaar.¹⁰⁶ Die setting brengt met zich dat de schadeomvang noodzakelijk terstond moet worden bepaald op basis van verwachtingen: er is immers geen tijd om latere ontwikkelingen af te wachten en bij de schadevaststelling te betrekken (men moet nu eenmaal snel weer verder kunnen). Die situatie zou bovendien beantwoorden aan het ideaal van snelle rechtvaardigheid (*'the best justice is swift justice'*).¹⁰⁷

Taurman en Bodington geven toe dat veelal de duur van de schadeafwikkeling als zodanig debet is aan de bekendheid en bruikbaarheid van later opkomende informatie op het moment van de schadevaststelling, maar bestrijden het principiële standpunt dat men zich daarom bij de schadevaststelling geheel zou moeten verlaten op een verwachtingenperspectief. Voor hen lijkt het uiteindelijk een kwestie van kiezen tussen twee kwaden, nu het andere uiterste – een 'pure' *ex post*-benadering – evenmin aantrekkelijk is:

'It would be folly to turn a blind eye to this additional information simply because its availability derives from a system that cannot produce on-the-spot compensation. (...) the ideal of awarding damages only after all damage-related events have transpired is as illusory as the goal of on-the-spot compensation. No one would advocate the postponement of trials until the plaintiff has actually experienced all of the harm traceable to the defendant's misdeeds, or the entry of judgments subject to revision to reflect posttrial developments on damages.'¹⁰⁸

8.5 TWEE BENADERINGEN: COMPROMIS OF KEUZE?

8.5.1 'Hybride' benadering

Uit het voorgaande volgt dat schade door verminderde winstgevendheid van een onderneming op grofweg twee manieren kan worden benaderd. Men kan de schade stellen op de gederfde winst zelf: de schade kan dan over een bepaalde periode worden geleden en groeit gedurende die periode deel voor deel aan, en kan dan bijvoorbeeld worden vastgesteld per boekingsperiode. Deze winstderving, die het karakter van een duurschade draagt, kristalliseert zich dan gaandeweg uit. Zij wordt niet naar een enkel moment begroot maar naar de opeenvolgende momenten waarop (of althans perioden waarover) de schade wordt geleden. Uit ontwikkelingen van na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kan het bestaan en de omvang van de winstderving mede worden afgeleid; van een *ex post* perspectief op schade is sprake voor zover de schade is geleden vóór het moment waarop de schade wordt vastgesteld. De vordering tot vergoeding van winstdervingsschade ontstaat dan dus deel voor deel; de wettelijke rente zal steeds gaan lopen per geleden deel van de schade. De schade kan daarentegen ook worden gesteld op het verlies van de waarde van de (toekomstige) winstcapaciteit, zoals die tot uitdrukking komt in de economische

106. Bonsack 1990, p. 4.

107. Bonsack 1990, p. 3.

108. Taurman & Bodington 1992, p. 67-68.

waarde van de onderneming als zodanig. Dat waardeverlies zal doorgaans onmiddellijk worden geleden met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis; in zoverre is sprake van een momentschade. Het tijdsperspectief wordt dan drastisch verlegd: alle gevolgen moeten naar het (ene) schademoment worden ingeschat en gewaardeerd. Gebeurtenissen van later datum wegen niet mee bij de vaststelling van het bestaan en de omvang van de schade.

Of men nu de ene of de andere benadering voorstaat, men is het erover eens dat de beide benaderingen elkaar in principe uitsluiten: vergoedt men zowel de inkomsten die gaandeweg werden gemist als het onmiddellijke verlies van ondernemingswaarde, dan vindt een 'dubbele vergoeding' plaats omdat de benaderingen elkaar in zekere zin overlappen.¹⁰⁹ Wat is rechtens? Zijn de twee geschetste benaderingswijzen van schade beide juridisch houdbaar?

Alvorens tot een oordeel op dit punt te komen, verdient de zogenoemde 'hybride' benadering aandacht. Sommige auteurs voelen namelijk wel voor een benadering die elementen van de beide benaderingen combineert en in zoverre een compromis zou vormen tussen de twee tegengestelde zienswijzen. Deze hybride vorm neemt een aantal uitingsvormen aan. Een in de literatuur voorgestelde hybride vorm houdt in dat het bestaan en de omvang van de schade bestaande in het mislopen van inkomsten wordt beoordeeld met inachtneming van alle later opkomende feiten en omstandigheden, waarbij alle gemiste kasstromen worden gediscoteerd naar het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Men gebruikt de informatie die met de tijd beschikbaar komt dan dus om invulling te geven aan het scenario met en zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis, maar maakt de gemiste kasstromen die aldus zijn vastgesteld contant naar het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. In die disconteringsvoet kan dan naast rente ook een risico-opslag worden opgenomen (zie hiervoor paragraaf 8.4.1), ook al gaat het om geldstromen die mede op basis van kennis achteraf zijn ingeschat. Men behandelt een bepaalde *uitkomst*, die met kennis achteraf is ingeschat, financieel-rekenkundig gezien alsof het zou gaan om een *verwachting* per peildatum. De schade wordt geacht op dat moment te zijn geleden; de wettelijke rente over het schadebedrag gaat dan dus vanaf dat moment lopen.¹¹⁰

Voorstanders van een hybride benadering van winstderving stellen voorop dat als alle partijen achteraf (meer) weten (over) hoe het de benadeelde sinds de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is vergaan en wat zich bij het uitblijven van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben voorgedaan, er geen goede reden zou zijn die informatie naast zich neer te leggen. Waar mogelijk wordt aldus 'speculatie vervangen door werkelijkheid', maar de vastgestelde gemiste kasstromen zouden volgens de hybride benadering wel moeten worden gediscoteerd op een wijze zoals in een *ex ante* benadering, omdat anders het element van (ondernemings)risico niet wordt gereflecteerd in de schadevergoeding. Geeft men daarvan geen rekenschap,

109. Joslyn 1982, p. 432 en Lanzilotti & Esquibel 1990, p. 126.

110. Taurman & Bodington 1992, p. 66, Joling 2008, p. 465 en Evans & Weil 2017, p. 9.

dan zou de benadeelde door de schadevergoeding in een economisch betere positie terechtkomen.¹¹¹ Aan het woord is Joling:

‘Door gebruik van ‘perfect hindsight’ wordt het (ondernemings)risico feitelijk buiten beschouwing gelaten. In het voorbeeld van het gestolen lot betekent het dat bij gebruik van de *ex post*-benadering geheel buiten beschouwing wordt gelaten dat u óók het risico liep om géén miljonair te worden. Het buiten beschouwing laten van – het bestaan van – (ondernemings)risico betekent dat de schadevergoeding elementen bevat die niet zijn toe te schrijven aan de schadeveroorzakende gebeurtenis. Impliciet wordt dan namelijk ook de premie vergoed die elke ondernemer of investeerder betaalt voor het risico dat hij loopt over zijn onderneming of investering. Dit is theoretisch onjuist en leidt in veel gevallen tot overcompensatie van de schade.’¹¹²

Joling noemt voorts als bezwaar tegen een zuivere *ex post*-benadering de invloed van het tijdsverloop: de hoogte van de schadevergoeding is afhankelijk van de informatie die in de loop van de tijd bekend wordt. Met een hybride methode wordt dat laatste probleem evenwel niet opgelost, omdat later opkomende feiten en omstandigheden evengoed de schatting van de schade(omvang) kunnen beïnvloeden.

In een zaak tussen een betonbedrijf en een gemeente is een hybride wijze van vaststelling van winstdervingsschade aan de orde. Het draait in die zaak om schade die het bedrijf lijdt door het niet leveren door de gemeente van gronden, nodig om tot uitbreiding van een fabriek over te kunnen gaan zodat de productie en verkoop van betonpalen kon worden vergroot. De deskundigen kiezen bij hun schadeberekening voor de ‘economische benadering’, met toepassing van een hybride methode, waarbij dus bij de bepaling van de schade gebruik wordt gemaakt van informatie die beschikbaar is op het oordeelsmoment, maar de schade wordt ‘teruggewaardeerd’ naar de peildatum (de datum van de schadeveroorzakende gebeurtenis). In dit geval lag de schadeveroorzakende gebeurtenis (het niet leveren van gronden) en dus ook de waarderingsdatum voor de schade in 1976. Waar de deskundigen de geldstromen contant maken naar 1976 hanteerden zij een disconteringsvoet met een opslag voor risico, verband houdend met markt, branche en bedrijfsgrootte. Debat ontstaat over de toelaatbaarheid van deze begrotingsmethodiek, in het bijzonder over de vraag of moet worden gerekend met een risico-opslag voor ondernemingsrisico. Het hof stelt voorop dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, en dat daaruit volgt dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Het hof overweegt:

‘(...) dat in dit geval het opnemen van een risico-opslag in de disconteringsvoet niet in overeenstemming is met de grondslagen van Nederlandse schadevergoedingsrecht. Zoals hiervoor is weergegeven (...) blijft uitgangspunt, ook als de schade wordt gekapitaliseerd naar een (ver) voor uitspraak gelegden peildatum, dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de

111. Dunbar & Wagner 2004, p. 346.

112. Joling 2008, p. 83.

werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot, en daarbij past niet dat de rechter slechts rekening houdt met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Dat houdt in dit geval in dat bij het contant maken naar 1 januari 1976 van de kasstromen in het IST-scenario, dat zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, en het SOLL-scenario, zoals door de deskundigen geconstrueerd en dat de toestand weergeeft zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden, geen ruimte is voor een risico-opslag voor markt-, branche- en bedrijfsspecifieke risico's. Een dergelijke risico-opslag leidt tot een te hoge disconteringsvoet, die geen recht doet aan het hiervoor genoemde juridische uitgangspunt. Dit zou tot gevolg hebben dat de schade (volgens de te hanteren juridische normen) wordt onderschat.¹¹³

Het hof voelt niet voor een hybride methode volgens welke de 'gerealiseerde' schade moet worden contant gemaakt tegen een disconteringsvoet waarin ook een opslag voor markt-, branche- en bedrijfsspecifieke risico's is opgenomen. Volgens het hof wordt de schade dan onderschat. Het *ex ante* te bepalen ondernemingsrisico zou buiten beschouwing moeten blijven, wanneer men op basis van later opkomende feiten en omstandigheden de schade begroot. Het hof houdt wel de waarderingsdatum van 1976 in stand. De benadering van het hof sluit aan bij de 'zuivere *ex post* benadering' zoals die wordt beschreven door Labohm, Veerman en Van der Zanden:

'Bij toepassing van de zuivere *ex post* methode worden de gederfde winsten c.q. kasstromen contant gemaakt tegen een disconteringsvoet waarbij geen rekening wordt gehouden met een risico-opslag. Immers, met de 'wetenschap achteraf' zijn de in werkelijkheid gerealiseerde kasstromen met volledige zekerheid te bepalen en kunnen ook de 'virtuele' kasstromen met een grote mate van zekerheid worden bepaald, omdat deze zijn geconstrueerd aan de hand van werkelijke macro-economische ontwikkelingen en bedrijfsspecifieke omstandigheden.'¹¹⁴

Ook zij gaan uit van kasstromen die moeten worden contant gemaakt naar het moment van de schadetoebrengende gebeurtenis. Joling uit zich in zijn annotatie bij het arrest op dit punt evenwel kritisch, omdat volgens hem het probleem van het 'ongelijke rente-retourtje' – men spreekt in dit verband ook wel van *invalid round trips*¹¹⁵ – daarmee niet volledig wordt opgelost, namelijk waar contantmaking geschiedt tegen een rente die niet gelijk is aan de wettelijke rente. Volgens Joling is het daarom 'enigszins verbazend' dat het hof de peildatum in 1976 in stand laat.¹¹⁶

De problematiek die zich hier doet gevoelen, houdt nauw verband met de mogelijkheid toekomstige schade contant te maken tegen een peildatum die ruim voor de uitspraak van de rechter ligt. Het hof verwijst in de zaak van het betonbedrijf ook

113. Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, JOR 2017/339, r.o. 19.

114. Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017, p. 174.

115. Abdala, López Zadicoff & Spiller 2011, p. 1-19 en Dolgoff & Duarte-Silva 2016, p. 439-443.

116. Joling 2018, p. 97-98.

naar de *Peildatum*-arresten waarin de Hoge Raad de rechter die vrijheid toedicht.¹¹⁷ Zoals gezegd, is dat mijns inziens een ongelukkige keuze geweest van ons hoogste rechtscollege en verdient het aanbeveling hierin een andere lijn te volgen (zie eerder paragraaf 4.5.5), wat ook doorwerkt in de discussie omtrent de hybride wijze van vaststelling van winstdervingsschade.

Aantrekkelijk aan deze hybride benadering zou zijn dat deels recht wordt gedaan aan de beide theoretische benaderingen van winstdervingsschade, maar bezwaarlijk is dat de beide benaderingen – en hun achterliggende theorieën – dus ook deels worden tekortgedaan. Anders gezegd: waar men een hybride benadering van schade toepast in die zin dat zowel *ex ante* en *ex post* vast te stellen elementen een rol spelen, kan geen van beide ‘kampen’ zich beroepen op theoretische zuiverheid. Om het voorbeeld van het gestolen lot aan te halen: als men met kennis achteraf vaststelt dat het gestolen lot inderdaad het winnende was, en men stelt de schade op het bedrag van de jackpot met ‘aftrek’ van het risico om de jackpot niet te winnen, heeft men de benadeelde niet – althans naar geen enkel moment in de tijd – teruggebracht in de (vermogens) positie waarin hij zonder de diefstal zou hebben verkeerd. Verwachting en realisatie sluiten elkaar in zoverre uit; men kan die grootheden bij de schadevaststelling dus ook niet goed ‘onderling verrekenen’. Ik zie dan ook geen goede reden voor constantmaking van gemiste geldstromen naar een (veel) eerder gelegen moment, om het aldus berekende schadebedrag vervolgens met wettelijke rente te vermeerderen. Die inconsistentie kan naar mijn inschatting alleen maar bron voor verwarring en discussie vormen. De hybride benadering heeft dus niet mijn voorkeur.

8.5.2 *Pleidooi voor een principiële keuze*

Waar een hybride benadering mijns inziens niet wenselijk is, rijst de vraag of twee verschillende benaderingswijzen van schade juridisch houdbaar moeten worden geacht, eventueel met een keuze voor de benadeelde, of dat het recht ‘vraagt’ om uitsluitel op dit punt. Wat mij betreft is dat laatste het geval. Vooropgesteld zij dat het hier niet zozeer gaat om de vraag welke *methode* men zou moeten hanteren om schade te begroten, maar – veel fundamenteeler – om de inhoudsbepaling van de begrippen vermogensschade en gederfde winst in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW. De vraag of schade (pas) wordt geleden telkens wanneer de vermogensverrijkingen uitblijven die naar redelijke verwachting zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zouden hebben plaatsgevonden, of (reeds) wanneer het perspectief op toekomstige kasstromen in negatieve zin verandert, en daarmee de economische waarde van de onderneming (onmiddellijk) daalt, betreft daarom in wezen een rechtsvraag.

Volgens Toxopeus-De Vries zijn het uiteindelijk alle kenmerken van een specifieke zaak bij elkaar die leiden tot een voorkeur voor de ene of de andere methode. Zo stelt zij dat er meer reden is voor toepassing van de ‘accounting methode’ wanneer de schadeperiode eindig is, de benadeelde onderneming een kleine tot middelgrote

117. Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, JOR 2017/339, r.o. 12.

(niet-beursgenoteerde) onderneming is, er geen betrouwbare prognoses beschikbaar zijn met betrekking tot de toekomstige kasstromen, er aspecten en gebeurtenissen van invloed zijn op de financiële prestaties van de benadeelde onderneming die geen causaal verband houden met de schadegebeurtenis en wanneer onvoldoende duidelijkheid bestaat over de extra kosten en/of de voordelen vanwege de schade en over de eventuele eigen of mede schuld van de benadeelde. De ‘economische benadering’ zou eerder in beeld komen wanneer de schadeperiode oneindig is, de onderneming (of een afzonderlijk identificeerbaar onderdeel daarvan) als gevolg van de schadegebeurtenis failliet is gegaan, de benadeelde een grote (beursgenoteerde) vennootschap is, er aandelentransactiegegevens bekend zijn van de benadeelde onderneming van vlak vóór de schadegebeurtenis of wanneer boekhoudregels een belangrijke invloed hebben op de winstbepaling van de onderneming. Toxopeus-De Vries meent dat de keuze op dit punt aan de schadedeskundige zou zijn, en dat deze per geval zou moeten beoordelen welke methode de voorkeur geniet.¹¹⁸ Dat is mijns inziens onjuist, en het betreft een meer fundamentele vraag dan zij zich lijkt te realiseren. In haar analyse gaat Toxopeus-De Vries er immers ten onrechte van uit dat de schade over het algemeen dient te worden bepaald op het moment van de schadegebeurtenis, omdat dit het moment zou zijn waarop het recht op schadevergoeding ontstaat.¹¹⁹ Volgens haar zou dit volgen uit jurisprudentie, maar zij refereert (slechts) aan overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest *Sparrow/Van Beukering*, die nu juist specifiek zien op *vervangende* schadevergoeding wegens niet-nakoming van een verbintenis als bedoeld in artikel 6:87 BW en niet de ‘hoofdregeel’ van schadevergoedingsrecht geven. De schade wordt in het algemeen juist niet begroot naar het moment van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis maar naar het moment waarop zij wordt geleden (zie paragraaf 4.4.1). Het gaat hier dus om de omlijning van de inhoud van het begrip schade, die rechtstreeks van betekenis is voor de vraag met welke na de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis opkomende feiten en omstandigheden de rechter rekening dient te houden, en voor de vraag wanneer de schade wordt geleden en de wettelijke rente daarover gaat lopen.

Mijns inziens ligt veeleer voor de hand op dit punt een principiële keuze te maken om onnodige discussies te voorkomen, en verdient het aanbeveling vast te houden aan het meer ‘traditionele’ denken in termen van winstdervingsschade, in lijn met de heersende opvattingen: in de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur wordt doorgaans uitgegaan van winstderving als *duurschade*, zij het soms meer impliciet. Het voortdurende karakter van deze vorm van schade als zodanig is onder juristen ook eigenlijk amper voorwerp van discussie. Daarin schuilt mijns inziens een belangrijke aanwijzing dat het bij winstderving niet voor de hand ligt te ‘abstraheren’ van gebeurtenissen van later datum – een consequentie die samenhangt met de economische zienswijze – maar dat in die latere gebeurtenissen dikwijls juist aspecten besloten liggen die de jurist bij de schadevaststelling zal willen meewegen. Denk aan opkomende voordelen naast schade, de gehoudenheid tot schadebeperking, latere oorzaken van ‘dezelfde’ voortdurende schade etc. De ‘economische benadering’

118. Toxopeus-De Vries 2017, p. 261-262.

119. Toxopeus-De Vries 2017, p. 258 en 264.

volgens welke de schadebegroting moet worden gebaseerd op de op het moment van de schadegebeurtenis geldende verwachtingen, snijdt de werking van die leerstukken in feite af.

Maar ook het volgende is van belang. Eerder dan bij inkomensschade als gevolg van letsel kan men in de ondernemingssfeer weliswaar spreken van een zekere 'marktwaarde' van een verdienpotentieel – aan het vooruitzicht op toekomstige vrije kasstromen kan een bepaalde economische waarde worden toegekend – maar dat is op zichzelf niet doorslaggevend voor de vraag of een 'verstoorde' onderneming een rechtens relevant nadeel in het vermogen lijdt gelijk aan de waardevermindering die de onderneming door de normschending heeft ondergaan. Bij zaakschade ligt een dergelijke economische benadering meer voor de hand, omdat dan sprake is van een voorwerp van eigendom dat als specifiek bestanddeel van het vermogen een waardevermindering ondergaat; het vermogen van de eigenaar van de zaak wordt dan rechtstreeks verminderd (zie over de waardeverminderingsschade bij zaakschade hoofdstuk 6). Wanneer een profijtelijke *business opportunity* telooft wortelt het nadeel op een minder directe wijze in het vermogen van de 'eigenaar' van de onderneming (zie hiervoor paragraaf 8.2). Het ligt daarom meer voor de hand dat de rechtens relevante schade telkens bij gedeelten wordt geleden wanneer het vermogen daadwerkelijk zou zijn vermeerderd, en niet onmiddellijk wanneer de economische waarde van de onderneming daalt. Stelt men de winstdervingsschade aldus per (boekings)periode vast dan wegen gebeurtenissen die zich gaandeweg voordoen, zoals ontwikkelingen met betrekking tot inflatie en prijsontwikkeling van producten en grondstoffen, daarbij mee. Voor zover mogelijk, moet winstdervingsschade dus *ex post* vastgesteld (gederfde winst); een *ex ante* perspectief heeft slechts te gelden bij schadebegroting bij voorbaat op de voet van artikel 6:105 lid 1 BW ten aanzien van dan nog te derven winst.

8.6 SLOT

Schade in de vorm van verminderde winstgevendheid van een onderneming kan op grofweg twee manieren worden benaderd. De 'traditionele' benadering gaat uit van schade die in het algemeen over een bepaalde periode wordt geleden. Gedurende die periode groeit de winstderving deel voor deel aan en kan de schade dus ook deel voor deel worden vastgesteld, telkens met kennis van feiten en omstandigheden die zich per deelperiode hebben voorgedaan. De winstderving wordt dan dus begroot naar de opeenvolgende momenten waarop de schade wordt geleden. Volgens de alternatieve benadering moet de schade worden gesteld op – kort gezegd – het verlies van de economische waarde die gelegen is in de (toekomstige) verdien capaciteit van de onderneming. Dat waardeverlies zal doorgaans onmiddellijk worden geleden op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis: te missen toekomstige geldstromen moeten naar dat enkele ogenblik worden gewaardeerd. In zoverre draagt verlies van ondernemingswaarde het karakter van een momentschade. De benaderingen wijken dus fundamenteel af waar het gaat om de inhoudsbepaling van het begrip schade en

het daarmee samenhangende moment waarnaar de schade moet worden vastgesteld. Aldus komt het tijdselement van schade hier zeer scherp naar voren.

Hoewel de benadering aan de hand van het verlies van ondernemingswaarde berust op een in de economische theorie vrij stevig gefundeerde zienswijze, zou deze benadering mijns inziens niet leidend moeten zijn bij de interpretatie van het begrip schade. Volgens de benadering aan de hand van het verlies van ondernemingswaarde moeten gebeurtenissen van later datum principieel buiten beschouwing blijven en dient de schadeomvang te worden vastgesteld vanuit een *ex ante* perspectief. Het omarmen van die benadering zou een fundamentele breuk betekenen met de 'heersende leer' – winstderving als duurschade – en de werking van diverse leerstukken, zoals dat van de voordeelstoerekening, de schadebeperking en de meervoudige causaliteit, geheel afsnijden. De winst die met die 'alternatieve' benadering van de schade zou worden behaald is gering, nu het resultaat van de schadevaststelling op basis van het daarin besloten liggende *ex ante* perspectief ten aanzien van latere ontwikkelingen (bepaald) niet minder speculatief zal zijn. De winst lijkt vooral hierin gelegen, dat het resultaat van de schadevaststelling niet vatbaar is voor wijzigingen op basis van later opkomende feiten en omstandigheden en dat de hoofdsom aan schadevergoeding alleen nog met wettelijke rente moet worden vermeerderd tot aan het moment van voldoening. Men zou inderdaad kunnen zeggen dat het vanuit het oogpunt van doelmatigheid aanspreekt om een winstderving 'om te zetten' in een onmiddellijk waardeverlies, maar die oplossing is wat mij betreft te verstrekkend. Een hybride benadering, waarin *ex ante* en *ex post* elementen in feite worden gemixt om een zeker compromis tussen de beide benaderingen te bereiken, verdient evenmin de voorkeur.

9.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Dit hoofdstuk bevat een studie naar het tijdsaspect van schadevaststelling in de beleggingssfeer. Bij beleggen gaat het – kort gezegd – om het behalen van rendement op beschikbare geldmiddelen, althans om het in stand houden van de koopkracht van geld. Het onderscheid tussen beleggen en ondernemen laat zich tot op zekere hoogte bepalen op grond van het *passieve* karakter van beleggen enerzijds en het *actieve* karakter van ondernemen anderzijds.¹ Beleggen wordt ook wel omschreven als het rendabel maken van middelen op een wijze die niet onmiddellijk verband houdt met de eigen bedrijfsuitoefening.² Daarmee valt de thematiek af te bakenen van de schade in de ondernemingssfeer, waarbij het juist wel draait om het uitoefenen van bedrijfsactiviteiten en dus om (gemist) rendement dat onmiddellijk verband houdt met de eigen bedrijfsuitoefening (zie hiervoor hoofdstuk 8). Het gaat hier overigens niet om een strikte afbakening: wanneer een *treasury*-afdeling van een onderneming geldmiddelen ter beschikking heeft die niet of niet direct voor de bedrijfsuitoefening behoeven te worden aangewend, kunnen die geldmiddelen worden belegd en is de onderneming in zoverre (ook) een belegger.³

Beleggen kan worden gezien als een vorm van investeren met als doel op een later moment (in de nabije of verre toekomst) financieel voordeel te behalen door (verwachte) stijging van prijzen. Overigens kan in geval van daling van de koers ook winst worden gemaakt: denk aan *short selling*, waarbij juist wordt gespeculeerd op een daling van de koers. Het gaat bij beleggen dus, kort gezegd, om de mogelijkheid winst te behalen door koersverschillen. Van *koerswinst* is sprake als het effect bij verkoop meer waard is dan op het moment van aanschaf. Meer specifiek gaat het dan om *gerealiseerde* koerswinst; van *ongerealiseerde* koerswinst is sprake wanneer de koers op een bepaald moment weliswaar hoger is dan op het moment van aanschaf, maar de positie wordt aangehouden (de winst kan dan nog verder oplopen of weer verminderen). Spiegelbeeldig spreekt men van *koersverlies* wanneer de beurskoers lager is dan op het moment van aanschaf. En zo kan dus ook worden gesproken van een gerealiseerd koersverlies en een ongerealiseerd koersverlies. Tijd speelt aldus bij beleggen een belangrijke rol.

In deze deelstudie komen drie categorieën aan de orde die men zou kunnen scharen onder de bredere noemer van de ‘beleggingsschade’: koersgerelateerde schade van-

1. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 107-108.
2. Kamerstukken II 2008/09, 16326, 3, p. 10.
3. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 107.

wege misleiding op de beurs (paragraaf 9.2), schade door ondeugdelijk vermogensbeheer (paragraaf 9.3) en schade in verband met effectenleaseproducten (paragraaf 9.4). Binnen die categorieën spelen relatief complexe schadevragen en kan zich bovendien een rijke variatie aan gevallen voordoen, waarbij telkens het tijdsaspect zich op een andere wijze doet gevoelen. De opzet is dan ook niet om de besproken casustypen en hun variaties uitputtend te behandelen, maar om een analyse te verrichten vanuit de in deze studie centraal gestelde thematiek van de tijdscomplicaties bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade. Aan het slot van dit hoofdstuk volgen een paar algemene bevindingen (paragraaf 9.5).

9.2 KOERSGERELATEERDE SCHADE VANWEGE MISLEIDING OP DE BEURS

9.2.1 *Misleiding van beleggers*

De eerste te bespreken categorie van beleggingsschade vormt de koersgerelateerde schade vanwege misleiding van het beleggende publiek. Het betreft een deelterrein van schadevergoedingsrecht dat in de Nederlandse jurisprudentie nog bepaald niet is uitgekristalliseerd, maar wel diepgaand en rechtsvergelijkend is geanalyseerd in de belangwekkende dissertaties van De Jong en Pijls.⁴ De vaststelling van koersgerelateerde schade vanwege misleiding van het beleggende publiek wordt in de literatuur wel beschouwd als 'een uiterst moeilijke exercitie'⁵ waarvoor 'veelal hogere wiskunde'⁶ nodig zou zijn. In het kader van deze studie kan de problematiek (mede daarom) niet uitputtend worden behandeld, maar is gekozen voor een analyse op hoofdlijnen, waarbij de aandacht meer specifiek uitgaat naar de tijdscomplicatie zoals die zich bij deze categorie doet gevoelen. Dat is voor het doel van dit onderzoek voldoende.

Kort gezegd kan misleiding door een beursgenoteerde onderneming plaatsvinden door een misleidend prospectus, misleidende periodieke verslagen (of althans de niet-tijdige openbaarmaking van periodieke verslagen), niet-naleving van de verplichting koersgevoelige informatie onverwijld algemeen verkrijgbaar te stellen (artikel 5:25i Wft), en (onverplichte) openbaarmaking van misleidende ad hoc berichten.⁷ Prospectusaansprakelijkheid heeft betrekking op situaties waarin een prospectus misleidende mededelingen bevat waarvoor degenen die verantwoordelijk zijn voor die mededelingen aansprakelijk kunnen worden gehouden.⁸ Onder omstandigheden kunnen ook andere partijen aansprakelijk zijn, zoals begeleidende banken die misleidende mededelingen in het prospectus openbaar (doen) maken.⁹

4. De Jong 2010 en Pijls 2018.

5. Asser/De Serièrre 2-IV 2017, nr. 494.

6. Timmerman 2013, p. 658.

7. De Jong 2010, p. 379 en De Jong 2016, p. 122.

8. Asser/De Serièrre 2-IV 2017, nr. 452.

9. Franx 2017, p. 295 e.v.

Voor de analyse zal hier worden uitgegaan van een relatief vereenvoudigd geval waarin sprake is van misleiding door een uitgevende beursgenoteerde onderneming, en wel door een enkele misleidende mededeling of omissie; door de schending van een informatieplicht worden zaken misleidend *positief* voorgesteld. Daarnaast ga ik bij de analyse uit van een enkel moment waarop de misleiding bekend wordt, als gevolg waarvan de kunstmatige inflatie – de mate waarin de koers ‘te hoog is’ als gevolg van de misleidend positieve voorstelling – uit de koers verdwijnt. Bovendien ga ik, omwille van de overzichtelijkheid, uit van de positie van degene die na de misleidende mededeling of omissie belegger is geworden in de vennootschap, en wel door op een enkel moment effecten te kopen. Daarmee staat de ‘instappende’ belegger centraal en blijft de ‘zittende effectenhouder’ buiten beeld.¹⁰ Het tijdvak voor de relevante gebeurtenissen wordt uiteindelijk begrensd door twee gebeurtenissen: de misleidende mededeling of omissie enerzijds en het moment van bekendwording van de misleiding anderzijds.¹¹

9.2.2 *Transactiecausaliteit*

9.2.2.1 *Twee modaliteiten*

De instappende belegger zou schade kunnen lijden als gevolg van de misleiding wanneer sprake is van wat wel wordt genoemd *transactiecausaliteit*: de transactie in de effecten van de uitgevende instelling zou zonder het onrechtmatig handelen van de aangesproken partij tegen een gunstiger marktprijs tot stand zijn gekomen, dan wel in het geheel niet (tegen de dan geldende marktprijs).¹² Alleen voor de eerste modaliteit van transactiecausaliteit geldt dat de marktprijs daadwerkelijk moet zijn beïnvloed door de misleidende voorstelling van zaken.¹³ Het begrip transactiecausaliteit ziet aldus op de ‘eerste schakel’ van de causaliteit; de tweede schakel ziet op de (vervolg) vraag of een belegger vermogensschade lijdt door de misleiding en de daardoor tot stand gekomen transactie en zo ja, op welke wijze.

9.2.2.2 *De belegger betaalt te veel*

De eerste modaliteit van transactiecausaliteit ziet op de belegger die zonder de misleiding de effecten wel zou hebben gekocht, maar tegen een lagere prijs. Binnen deze categorie vallen weer subcategorieën te onderscheiden: zo is van belang of de belegger opdracht heeft gegeven een bepaald *aantal* effecten te kopen (waarvoor hij door de misleiding te veel betaalt), of voor een bepaald *bedrag* effecten aan te kopen (voor welk bedrag hij door de misleiding te weinig effecten heeft gekregen).

Eerst de subcategorie waarin wordt uitgegaan van het aantal gekochte effecten. Wanneer de koers vanwege een misleidende voorstelling van zaken kunstmatig hoog is, zal de belegger voor de effecten een hogere prijs betalen dan hij in de situatie zonder die misleiding zou hebben betaald. Denkbaar is dat de belegger op het moment van

10. De Jong & Pijls 2013, p. 5-13.

11. De Jong 2010, p. 118.

12. De Jong 2010, p. 44-49 en in dezelfde lijn Pijls 2018, p. 30-32.

13. De Jong 2010, p. 45-46.

aankoop onmiddellijk schade lijdt: hij betaalt op dat moment immers een prijs die te hoog is ten opzichte van de 'intrinsieke' of 'werkelijke' waarde die het effect op dat moment heeft: zou men het effect 'objectief' waarderen, op grond van de ware stand van zaken, dan was de waarde van het effect op dat moment lager ingeschat. Daartegenover kan evenwel worden gesteld dat het vermogen van de belegger niet direct vermindert omdat zich op datzelfde moment een effect met een marktwaarde gelijk aan de aankoopprijs in zijn vermogen begeeft.¹⁴ Een 'tussenvariant' zou zijn dat weliswaar reeds schade wordt geleden op het moment van aankoop, maar dat de precieze *omvang* van de schade op dat moment nog niet is vast te stellen: pas wanneer de onzuiverheid uit de koers verdwijnt, en de belegger wordt geconfronteerd met een ongunstige koersontwikkeling, zou die omvang kunnen worden geconcretiseerd.¹⁵ De Jong, die in zijn studie over schade door misleiding op de effectenmarkt het recht van de Verenigde Staten betreft, citeert een op dit punt stellige uitspraak van de Supreme Court:

'Normally, in cases such as this one (i.e., fraud-on-the-market-cases), an inflated purchase price will not itself constitute or proximately cause the relevant economic loss. For one thing, as a matter of pure logic, at the moment the transaction takes place, the plaintiff has suffered no loss; the inflated purchase payment is offset by ownership of a share that *at that instant* possesses equivalent value. Moreover, the logical link between the inflated share purchase price and any later economic loss is not invariably strong. Shares are normally purchased with an eye toward a later sale. But if, say, the purchaser sells the shares quickly before the relevant truth begins to leak out, the misrepresentation will not have led to any loss.'¹⁶

Hoewel de Hoge Raad op dit terrein wel een arrest heeft gewezen, heeft de Hoge Raad hier geen antwoord gegeven op de vraag waarin de rechtens relevante schade bestaat, en de vraag naar welk moment de schade moet worden vastgesteld. In het arrest *Aeilkema/Veenkoloniale Bank* gaat het om belegger Aeilkema die twee pandbrieven koopt die later zo goed als waardeloos blijken te zijn. De Hoge Raad overweegt:

'(...) dat het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de volgens de bewering van Aeilkema bedrieglijke en veel te gunstige jaarstukken der Bank is, dat de koers van de pandbrieven van de Bank de werkelijke waarde zal te boven gaan en dat een belegger als Aeilkema schade zal lijden door aankoop van de pandbrieven der Bank tegen een koers, welke de werkelijke waarde overtreft.'¹⁷

Omdat Aeilkema schadevergoeding op te maken bij staat vordert, en dat wordt toegevoegd, gaat de Hoge Raad niet in op de wijze en op het moment waarop hier vermogensschade wordt geleden.

14. De Jong 2010, p. 121-122 en Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 498.

15. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 498.

16. *Dura Pharmaceuticals Inc v. Broudo*, 544 U.S. 336 (2005).

17. HR 11 december 1931, ECLI:NL:HR:1931:AG1843, NJ 1932, p. 157-162 m.nt. P. Scholten (*Aeilkema/Veenkoloniale Bank*).

De Jong pleit voor een benadering waarin sprake is van ‘latente’ schade op het moment van aankoop, die zich vervolgens nog zal moeten materialiseren in de mate waarin de kunstmatige inflatie (uiteindelijk) voor rekening van de belegger komt. Die materialisatie of realisatie van schade kan zich vervolgens op verschillende manieren (en dus ook op verschillende momenten) voordoen. Het ligt in zijn ogen het meest voor de hand dat zich een koersdaling zal inzetten als gevolg van de bekendwording van de werkelijke toestand van de vennootschap, omdat het publiek op een efficiënte markt, waar de koers snel de nieuwe informatie weerspiegelt, op de *disclosure* zal reageren. De kunstmatige inflatie komt dan in zoverre voor rekening van de belegger, dat hij op dat moment wordt geconfronteerd met een daling van de marktwaarde van zijn effecten: de onzuiverheid verdwijnt dan immers uit de koers. Het bij aankoop te veel betaalde bedrag is dan even groot als het latere koersverlies, althans wanneer de belegger het effect is blijven houden tot na bekendwording van de waarheid en de kunstmatige inflatie over de tijd constant is gebleven. Volgens De Jong wordt pas schade geleden zodra en voor zover de kunstmatige inflatie voor rekening van de belegger komt; verkoopt de belegger zijn effect voorafgaand aan de residuele koersdaling, dan materialiseert de (latente) schade zich dus (uiteindelijk) niet.¹⁸ Men zou ook kunnen zeggen dat daarmee het probleem van de residuele koersdaling in feite wordt ‘doorgeschoven’ naar de koper.

De Jong wijst er in dit verband op dat de kunstmatige inflatie in de koers ook kan toe- of afnemen over de tijd, bijvoorbeeld wanneer de relevantie van de informatie waarop de misleiding betrekking heeft aan verandering onderhevig is. Neemt de kunstmatige inflatie in de koers (geleidelijk) af tot aan het moment van bekendwording van de waarheid, dan is de residuele koersdaling bij bekendwording van de waarheid kleiner dan het bij aankoop te veel betaalde bedrag. Volgens De Jong is de schade ook dan gelijk aan het te veel betaalde bedrag bij aankoop. Worden evenwel tussen het moment van aan- en bekendwording effecten verkocht, dan is volgens zijn theorie sprake van gedeeltelijk gerealiseerde schade op die verkochte effecten. Neemt de omvang van de kunstmatige inflatie toe, dan zal de residuele koersdaling bij bekendwording van de waarheid groter zijn dan het bedrag dat bij aankoop te veel werd betaald. In de benadering van De Jong vormt de kunstmatige inflatie op het moment van aankoop aldus de ‘bovengrens’ van de schade. Wordt het effect verkocht tussen het moment van aan- en verkoop, dan leidt de toename van de omvang van de kunstmatige inflatie ertoe dat de belegger een *voordeel* geniet: de kunstmatige inflatie bij verkoop overstijgt immers de inflatie op het moment van aankoop. Dat voordeel kan volgens De Jong op grond van artikel 6:100 BW worden verrekend met effecten die wel worden aangehouden tot het moment waarop de kunstmatige inflatie volledig uit de koers is verdwenen.¹⁹

De Serière bespreekt de mogelijkheid dat zich gaandeweg ontwikkelingen voordoen die invloed hebben op de betekenis van de omstandigheid waaromtrent de misleiding plaatsvond (zoals nieuwe inzichten of technologische ontwikkelingen die de betekenis voor de uitgevende instelling van desbetreffende omstandigheid relativeren of

18. De Jong 2010, p. 121-125.

19. De Jong 2010, p. 123-130.

juist verzwaren). Zo kan een verzwegen negatief aspect van een voor de onderneming van de uitgevende instelling belangrijk patent, dat op zichzelf beschouwd een forse koersval teweeg zou brengen wanneer het zou zijn bekendgemaakt, door een nieuwe technologische ontwikkeling betekenisloos worden. Volgens De Serièrè komt de misleide belegger in die situatie in de regel geen vordering toe omdat, voor zover hij door de misleiding al schade heeft geleden, de omvang van deze schade door toedoen van deze ontwikkeling is verminderd of zelfs tot nul zou zijn gereduceerd. Volgens hem knelt bij deze gevolgtrekking dat de misleiding, die daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en die daadwerkelijk op enig moment heeft geleid tot een negatief effect op de vermogenspositie van de belegger, zonder vermogensrechtelijke gevolgen zou blijven. Hij meent evenwel dat het beginsel dat alleen 'in werkelijkheid geleden schade' voor vergoeding in aanmerking komt in de weg lijkt te staan aan het toekennen van schadevergoeding.²⁰

De Jong meent dat de schadeomvang wordt gefixeerd op het moment waarop de kunstmatige inflatie definitief uit de koers is verdwenen; dit is volgens hem in beginsel de relevante 'peildatum' voor de schadevaststelling. Na bekendwording van de waarheid wordt de beurskoers immers gezuiverd van de kunstmatige inflatie.²¹ Ook volgens De Serièrè zou de rechtvaardiging voor die keuze hierin gelegen zijn, dat de belegger op het moment van het bekend worden van de misleiding de mogelijkheid heeft of geacht moet worden te hebben om door desinvestering van de effecten in kwestie zijn schade te fixeren of te beperken, en dat koersontwikkelingen nadien daarom irrelevant zijn.²² Pijls sluit zich hierbij aan: volgens hem is vanuit financieel-economisch oogpunt wel verdedigbaar dat schade ontstaat wanneer de belegger een effect aankoopt voor een kunstmatig hoge prijs, maar vormt het moment van bekendwording (waarop de inflatie uit de koers loopt) het wenselijke 'ontstaansmoment' van de schade. Pijls benadrukt dat dit voor hem sterk is ingegeven door *beleidsoverwegingen*: het gewenste resultaat zou zijn dat jegens beleggers die hun effect hebben verkocht voordat de inflatie uit de koers is gelopen geen aansprakelijkheid en dus geen verplichting tot schadevergoeding wordt gevestigd. Bovendien kan dan voor een grotere groep beleggers worden uitgegaan van een algemeen ingangsmoment van de wettelijke rente, wat lastiger ligt wanneer het moment van aankoop van een effect beslissend zou zijn. Het gewenste resultaat wordt volgens Pijls dus bereikt door uit te gaan van het moment van bekendwording van de misleiding als het ontstaansmoment van de schade. Op het moment van aankoop van het effect treedt dan slechts (of hooguit) een 'potentiële beschadiging in de vermogenspositie van de belegger' op, die bij de bekendwording van de misleiding 'van kleur verschiet' en het predicaat (rechtens relevante) schade krijgt.²³ Volgens Pijls vallen ontstaans- en peilmoment van schade in de regel samen – hij spreekt in dit verband van een 'twee-eenheid' – maar bestaat er 'geen enkele noodzaak' strak vast te houden aan deze regel. Pijls meent daarbij dat in het Nederlandse schadevergoedingsrecht algemeen geaccepteerd is dat in het kader van de schadevaststelling de keuze van de peildatum is voorbehouden aan de

20. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 499.

21. De Jong 2010, p. 175.

22. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 510.

23. Pijls 2018, p. 228-229.

rechter, en deze op dit punt de nodige vrijheid heeft.²⁴ Ten aanzien van beleggers die bij afwezigheid van de misleiding de effecten tegen een gunstiger prijs zouden hebben gekocht pleit hij voor een afwijkende peildatum in die zin dat zou moeten worden uitgegaan van het moment van *aankoop* van het effect. Het verwijt dat in dergelijke gevallen wordt gemaakt, zou namelijk hierop neerkomen dat de beleggers door de misleiding *op het moment van aankoop* te veel voor hun effect hebben betaald. Het is volgens Pijls de omvang van de potentiële beschadiging die bij de schadevaststelling wordt gemeten als 'ondergrens' van het totale schadebedrag dat hoger kan uitvallen, bijvoorbeeld wanneer ook sprake is van gederfd rendement dat de belegger zou hebben behaald als hij bij afwezigheid van de misleiding het bedrag van de koersinflatie in een ander beleggingsobject zou hebben geïnvesteerd. De koersinflatie gemeten op het moment van bekendwording van de misleiding fungeert in de benadering van Pijls in het kader van de toerekening ex artikel 6:98 BW vervolgens als een 'correctie' op de vastgestelde schade bestaande uit de betaalde koersinflatie op het moment van aankoop.²⁵

De andere subcategorie heeft als vertrekpunt dat er voor een bepaald *investeringsbedrag* effecten zouden zijn gekocht. De vraag is dan hoeveel effecten de belegger zou hebben verkregen in de situatie zonder misleiding. Er zijn in dat geval als gevolg van de misleiding te weinig effecten verkregen; de relevante schade zou dan volgens De Jong bestaan in de het bedrag dat nodig is om alsnog aan het aanvankelijk beoogde aantal effecten te komen. Het gaat zijns inziens dus om de huidige waarde van het aantal effecten dat de belegger ten onrechte niet heeft gekregen, zoals bepaald door de koers na bekendwording van de waarheid.²⁶ Volgens hem stijgt de waarde en daarmee ook de aldus omschreven schade wanneer de koers na bekendwording van de werkelijke toestand van de vennootschap weer gaat stijgen, en geldt omgekeerd dat een koersdaling na bekendwording van de waarheid de schade doet verkleinen. De belegger kan kiezen of en zo ja, wanneer hij de te weinig verkregen effecten alsnog bijkoopt. Volgens De Jong is daarom het moment van bekendwording van de werkelijke toestand van de vennootschap de relevante peildatum voor de schadevaststelling; ook in dit geval wordt op het moment van aankoop naar zijn oordeel dus nog geen (definitieve) schade geleden als gevolg van de misleiding. Hij schrijft:

'Het ligt niet zonder meer voor de hand dat de aangesproken partij deze toename van de schade moet vergoeden of van de afname van de schade kan profiteren. Ex ante is het immers in theorie even waarschijnlijk dat de koers zal gaan stijgen als dalen. Het is een beleggingsbeslissing van de belegger om al dan niet de te weinig verkregen effecten bij te kopen, nadat de werkelijke toestand van de vennootschap bekend is geworden. Naar mijn oordeel is het daarom verdedigbaar om in beginsel het moment van bekendwording van de werkelijke toestand van de vennootschap te kiezen als de relevante peildatum voor de schadevaststelling.'²⁷

24. Pijls 2018, p. 226 e.v.

25. Pijls 2018, p. 230-232.

26. De Jong 2010, p. 132-133.

27. De Jong 2010, p. 176.

9.2.2.3 *De belegger zou de effecten niet hebben gekocht*

De tweede modaliteit van transactiecausaliteit betreft de situatie waarin de belegger de effecten zonder de misleiding niet zou hebben gekocht. Verschillende scenario's komen dan in beeld. Zo is denkbaar dat hij het geld niet zou hebben belegd: de schade bestaat dan volgens De Jong in het verschil tussen het voor de effecten betaalde bedrag en de (lagere) waarde van de effectenportefeuille na bekendwording van de waarheid. Verkoopt de belegger op dat moment, dan is de schade gelijk aan het aantal verkregen effecten, vermenigvuldigd met het verschil tussen aan- en verkoopprijs. De Jong kiest voor het moment waarop de waarheid bekend wordt als peildatum: een latere waardestijging of daling moet volgens hem bij de vaststelling van de schade buiten beschouwing blijven, omdat de beslissing het effect (niettemin) aan te houden moet worden gezien als een nieuwe beleggingsbeslissing.²⁸ Zou de belegger het aankoopbedrag evenwel alternatief hebben belegd, dan moet volgens De Jong de schade worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het hypothetische vermogen met alternatieve belegging en de daadwerkelijke vermogenspositie. Hier rijst eveneens de vraag welk tijdsmoment voor het maken van die vergelijking beslissend is. Ook hier meent De Jong dat het moment van bekendwording van de werkelijke toestand van de vennootschap als peildatum moet worden gehanteerd, omdat ook hier het besluit de effecten te houden als een nieuwe beleggingsbeslissing moet worden gezien. Een verdere waardedaling komt voor risico van de belegger; een latere waardestijging staat in beginsel los van de misleiding.

De Jong voert nog een meer rechtseconomisch argument aan waarom zowel latere waardestijgingen als latere waardedalingen bij de schadevaststelling buiten beschouwing zouden moeten blijven: gedupeerde beleggers zouden een prikkel hebben om hun effecten direct na bekendwording van de werkelijke toestand van de vennootschap te verkopen. Zij kunnen immers door de effecten te houden niet profiteren van een positieve koersontwikkeling omdat die in mindering komt op de schadevergoeding, terwijl een negatieve koersontwikkeling wel voor hun rekening komt. Een dergelijke prikkel is in de ogen van De Jong ongewenst, omdat de verkoopbeslissing dan gebaseerd is op het schadevergoedingsrecht in plaats van op overwegingen die betrekking hebben op een analyse van de uitgevende instelling. Bovendien wordt een zuivere prijsvorming niet bevorderd door dit soort perverse prikkels.²⁹ De Jong trekt in het kader van de vraag of latere waardeontwikkelingen relevant zijn bij de vaststelling van schade ook nog een parallel met het arrest *Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*.³⁰ In dat arrest draait het om schade welke bestaat in waardevermindering van door de eigenaar van bouwgrond daarop gebouwde woningen, ontstaan als gevolg van het later aan de dag treden van verontreiniging van die grond. De Hoge Raad overweegt dat het de rechter, mede met het oog op hanteerbaarheid van de methode van schadebegroting, vrijstaat te abstraheren van bepaalde, de bijzondere positie van de eigenaar betreffende omstandigheden, in het bijzonder dat deze de woning niet heeft verkocht.

28. De Jong 2010, p. 139.

29. De Jong 2010, p. 178-179.

30. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (Gemeente Dordrecht/Stokvast BV).

Volgens De Jong zou men ook bij beleggingsschade kunnen zeggen dat moet worden 'geabstraheerd' van het feit dat een belegger zijn effecten nog niet heeft verkocht. Ook Pijls meent dat een keuze voor het moment van bekendwording van de misleiding hier zonder meer de voorkeur geniet. Anders dan wanneer het gaat om beleggers die tegen een lagere prijs zouden hebben gekocht, vallen zijns inziens in de categorie van de beleggers die de effecten niet zouden hebben gekocht de peildatum en het ontstaansmoment van de schade wel samen.³¹

9.2.3 *Wettelijke rente*

In de literatuur met betrekking tot de schade wegens misleiding op de beurs komt ook aan de orde de vraag per welk moment de belegger aanspraak kan maken op wettelijke rente over de schade (waarover in het algemeen paragraaf 2.3.4). Over de periode waarover de vertragingsschade kan worden berekend zou onzekerheid bestaan, omdat verschillende momenten in aanmerking zouden komen. De Serièrè beschouwt het moment waarop de belegger zijn inschrijving toegewezen krijgt (en hij daarmee gebonden is de effecten in kwestie af te nemen) als het 'meest redelijke startpunt voor de berekening van vertragingsschade', omdat op en vanaf dat moment de belegger een vermogensnadeel zou lijden, maar hij benadrukt dat op dit punt geen zekerheid kan worden gegeven.³² Zo schrijft hij:

'Er valt veel voor te zeggen het moment waarop de inschrijving van de belegger wordt gehonoreerd te nemen als datum waarop de teller van de wettelijke rente begint te lopen. Indien men dit tijdstip zou nemen, wordt wat men een zeker punitief element zou kunnen noemen in de schadevergoedingsberekening ingebracht, nu tussen het moment van inschrijving en dat van veroordeling tot schadevergoeding onderscheidenlijk het moment waarop de voor vergoeding in aanmerking komende schade wordt vastgesteld een aanzienlijk tijdsverloop (mogelijk zelfs vele jaren) kan liggen. Deze omstandigheid pleit tegen de keuze voor de datum van de misleidende publicatie.'³³

De Serièrè stelt daarbij dat het 'punitieve element' uit de toewijzing van vertragingsschade zou kunnen worden verwijderd met toepassing van art. 6:109 BW en dat ook art. 6:98 BW in stelling zou kunnen worden gebracht 'indien de vertragingsschade niet te rechtvaardigen hoogtes bereikt'. Hij concludeert dat de wettelijke rente zou moeten lopen vanaf het moment waarop de belegger zijn inschrijving toegewezen krijgt na verschillende momenten tegen elkaar te hebben afgewogen. Zo denkt hij aan het moment waarop het onrechtmatig handelen plaatsvond (meestal samenvallend met de datum waarop de misleidende mededeling werd gepubliceerd in het prospectus of in andere berichtgeving). Volgens hem is dat niet het juiste moment omdat op dat moment de verbintenis tot betaling van schadevergoeding nog niet kan worden geacht te zijn ontstaan: de belegger heeft op dat moment geen wetenschap van de mogelijkheid van een vordering, die bijvoorbeeld nog kan worden beïnvloed door

31. Pijls 2018, p. 254.

32. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 511.

33. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 511.

latere publicaties waarmee de misleiding zou kunnen worden rechtgezet alvorens de aanbidding wordt voltooid. Een andere mogelijkheid zou zijn het moment waarop de misleiding in de markt bekend wordt. Men zou kunnen beargumenteren dat de schade zich eerst dan heeft 'geopenbaard' en zich dan materialiseert, en de verbintenis tot vergoeding van de schade dus ook op dat moment ontstaat. Deze benadering kent volgens De Serière evenwel verschillende nadelen. In de eerste plaats zou het moment in voorkomende gevallen moeilijk te bepalen en ook betrekkelijk willekeurig zijn: veelal is het immers de uitgevende instelling die de misleiding bekend maakt en daarmee zelf zou bepalen wanneer de wettelijke rente begint te lopen. Het is volgens De Serière 'niet logisch' wanneer de ingangsdatum van de wettelijke rente afhankelijk zou zijn van handelingen van de aansprakelijke partij. Tot slot bespreekt De Serière de mogelijkheid dat de wettelijke rente zou gaan lopen vanaf het moment waarop de gelaedeerde aanspraak op schadevergoeding maakt. Eerst op die datum, zo kan volgens hem worden beargumenteerd, moet de verbintenis tot schadevergoeding gestand worden gedaan; voordien zou er geen 'verzuim' zijn. Deze benadering wijst hij evenwel van de hand, omdat een en ander niet zou stroken met de heersende leer, en ook dit moment betrekkelijk willekeurig is: vaak verstrijkt immers geruime tijd voordat beleggers tot de conclusie komen dat zij mogelijk gelaedeerden zijn en een aanspraak op schadevergoeding kunnen doen gelden. De Serière acht het moeilijk verdedigbaar dat dit verloop van tijd ten faveure van de aansprakelijke partij komt.³⁴

De Jong volgt een iets andere route: hij meent dat de belegger aanspraak heeft op wettelijke rente per peildatum voor de schadevaststelling. Naar zijn oordeel moet de schade als uitgangspunt worden begroot op het tijdstip waarop de waarheid bekend wordt en de (waardevermindering)schade optreedt. Niet alleen betekent dit dat wat er nadien gebeurt niet ter zake doet, maar dus ook dat dit het moment zal zijn waarop wettelijke rente gaat lopen (mits gevorderd per die datum).³⁵ Enzo Pijls, die stelt dat op het moment van bekendwording van de misleiding de potentiële beschadiging 'van kleur verschieft' en 'het predicaat schade' krijgt, en dat de rente dus ook pas vanaf dat moment begint te lopen. Pijls meent dat deze benadering als bijkomend voordeel heeft dat zij *efficient* is: in beginsel gaat voor alle beleggers op hetzelfde moment de wettelijke rente lopen. Dat is anders wanneer bijvoorbeeld het moment van aankoop beslissend zou zijn.³⁶

9.2.4 *Eigen opvatting: focus op inhoudsbepaling van begrip schade*

De hiervoor geschetste gedachtenlijnen illustreren dat de vaststelling van schade wegens misleiding op de beurs danig wordt gecompliceerd door het tijdsaspect. Men zal mijns inziens in de eerste plaats een keuze moeten maken met betrekking tot de omlijning van de inhoud van het begrip schade; een keuze die doorwerkt in de vraag naar welk moment de schade moet worden vastgesteld en per welk moment de wettelijke rente gaat lopen (zie eerder paragraaf 3.3.6). De moeilijkheid is om in geval

34. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 511.

35. De Jong 2010, p. 175 en 206.

36. Pijls 2018, p. 230.

van koersgerelateerde schade door misleiding op de beurs te bepalen hoe en wanneer het vermogen van de misleide belegger *op een juridisch relevante wijze* wordt geraakt. De vraag naar het ontstaansmoment (in het kader van de wettelijke rente), het peilmoment en de begrotingsmaatstaf is daar mijns inziens meer mee vervlochten dan auteurs als De Jong en Pijls doen vermoeden.

Zoals vooropgesteld in de inleiding, draait het bij beleggen om de mogelijkheid om winst te behalen door koersverschillen die over een zeker tijdvak kunnen bestaan. Koerswinst en koersverlies zijn in die zin *relatieve* begrippen: of sprake is van koerswinst of koersverlies wordt immers bepaald door het verschil tussen de koers op het (eerdere) moment van aanschaf en de koers op het (latere) moment van verkoop; in de tussentijd is slechts sprake van een ongerealiseerde koerswinst of een ongerealiseerd koersverlies. Koersgerelateerde schade lijkt dus ook slechts meetbaar door uit te gaan van een bepaalde begin- en eindpositie. Mijns inziens ligt het daarom voor de hand ter omlijning van het begrip schade uit te gaan van de *realisatie bij verkoop*. De rechtens relevante schade bestaat naar mijn inzicht dan ook in de koerswinst die wordt gederfd vanwege de misleiding (of althans in het koersverlies dat vanwege de misleiding wordt geleden) op het moment van verkoop van een effect. Ter vaststelling van de schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de daadwerkelijke koerswinst (of het werkelijke koersverlies) bij verkoop van het effect en de hypothetische koerswinst (of het hypothetische koersverlies) in de situatie zonder misleiding. Anders gesteld: het draait om de vraag wat in de hypothetische situatie zonder de misleiding het lot van het geïnvesteerde bedrag aan vermogen zou zijn geweest. Daarvoor is van betekenis in hoeverre en op welke wijze de belegger het geïnvesteerde bedrag anders zou hebben aangewend (belegging in meer van dezelfde of in andere effecten, of een aanwending op andere wijze).

De Jong en Pijls volgen in hun analyses een iets andere aanvliegroute, waar zij de 'feitelijke schade' in beeld brengen door een vergelijking te maken tussen het vermogen met en zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Mijns inziens is dat niet het juiste vertrekpunt voor de vaststelling van vermogensschade. Weliswaar bestaat iedere vorm van vermogensschade in een negatief verschil tussen het vermogen met en zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar dat betekent niet omgekeerd dat ieder negatief verschil tussen het vermogen met en zonder aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis tot de conclusie leidt dat sprake is van vermogensschade in de zin der wet. Zoals gezegd, dient naar mijn opvatting de analyse juist aan te vangen met een nadere omlijning van de inhoud van het begrip (vermogens)schade.

Een en ander betekent dat op het moment van aankoop (nog) geen sprake is van rechtens relevante schade. In zoverre onderschrijf ik dus de benaderingen van De Jong en Pijls waar zij uitgaan van 'latente' respectievelijk 'potentiële' schade op het moment van aankoop.³⁷ Ook onderschrijf ik in hoofdlijnen de benaderingen van De Jong en Pijls ten aanzien van het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen (en neem ik

37. De Jong 2010, p. 121-125 en Pijls 2018, p. 231.

dus afstand van de hiervoor besproken opvatting van De Serière³⁸), zij het dat het verband tussen de door hen voorgestane 'peildatum' en het aanvangsmoment voor de berekening van de wettelijke rente nauwer is dan hun benaderingen doen vermoeden. Uit het te hanteren begrip schade vloeit mijns inziens immers het moment waarop de schade wordt geleden, het moment waarop de vergelijking ter vaststelling van die schade moet worden geijkt en het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen voort (zie paragraaf 3.3.6.1). Het probleem van de 'peildatum' vormt mijns inziens dus bepaald geen afzonderlijk vraagstuk, maar is geënt op het begrip schade.

Met De Jong en Pijls meen ik dat de schade zou moeten worden 'gefixeerd' op het moment waarop de misleiding bekend wordt en de koers kan worden geacht te worden 'gezuiverd'. Na bekendwording van de waarheid staat de belegger inderdaad voor een nieuwe beleggingsbeslissing: waar de schade bestaat in de koerswinst die wordt gederfd (of althans in het koersverlies dat wordt geleden) op het moment van verkoop, zou de benadeelde kunnen speculeren op de latere koersfluctuatie en op die manier rechtstreeks invloed kunnen uitoefenen op het schademoment en de schadeomvang, wat allerlei ingewikkelde toerekeningsvragen kan oproepen. Vandaar dat mijns inziens zou moeten worden gewerkt met de *ficte* van verkoop op het moment waarop de waarheid bekend wordt: de benadeelde lijdt schade bestaande in de koerswinst die wordt gederfd (of althans in het koersverlies dat wordt geleden) op het moment waarop de waarheid bekend wordt en hij *wordt verondersteld* de effecten te verkopen tegen de als gevolg van de bekendwording 'gezuiverde' koers.

Denkbaar is dat de belegger effecten verkoopt in de periode voorafgaand aan de residuele koersdaling (waarmee hij het probleem van de residuele koersdaling – onbewust – 'doorschuift' op zijn koper). De belegger lijdt dan dus schade voor zover hij daarbij koerswinst derft die hij in de situatie zonder misleiding zou hebben genoten of een groter koersverlies lijdt dan hij zou hebben geleden in de hypothetische situatie zonder de misleiding. Niet alle schade wordt dus geleden op het moment waarop de waarheid bekend wordt; het zal doorgaans wel pas op dat moment zijn dat de eerdere onzuiverheid in de koers en dus ook de schade bekend wordt. Dat betekent – in aanvulling op de analyses van De Jong, Pijls en De Serière – dat de wettelijke rente dus ook niet zonder meer zal lopen vanaf het moment waarop de waarheid bekend wordt: dat geldt slechts voor de effecten die de belegger op dat moment aanhoudt en ten aanzien waarvan men mijns inziens zou moeten uitgaan van de fictie van desinvestering zodra de waarheid bekend wordt. Verkoopt de belegger op een eerder moment, en lijdt hij dan schade in de vorm van gederfde koerswinst of een koersverlies (toe te schrijven aan de misleiding), dan moet die schade dus ook naar dat moment worden vastgesteld en gaat de wettelijke rente dus ook vanaf dat moment lopen.

38. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 511.

9.3 SCHADE DOOR ONDEUGDELIJK VERMOGENSBEHEER

9.3.1 *Individueel vermogensbeheer*

Beleggingsdienstverlening komt voor in allerlei soorten en maten. Voor de onderhavige analyse wordt uitgegaan van individueel vermogensbeheer: een vermogensbeheerder heeft op grond van het vermogensbeheercontract de (discretionaire) bevoegdheid voor een cliënt te beleggen en te herbeleggen, een en ander binnen de grenzen van het overeengekomen beleggingsbeleid, het jaarlijkse beleggingsplan en de beleggingsrestricties. Kenmerkend daarvoor is dat het initiatief voor het verrichten van concrete transacties doorgaans zal liggen bij de vermogensbeheerder; bij een *execution only*-verhouding en bij beleggingsadvies ligt dat anders.³⁹ Schendt een vermogensbeheerder zijn verplichtingen jegens de cliënt, dan kan hij gehouden zijn de door de cliënt geleden schade te vergoeden. De vermogensbeheerder kan aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming van zijn contractuele verplichtingen. Uit allerlei meer bijzondere (wettelijke en contractuele) bepalingen kunnen uiteenlopende verplichtingen voor de vermogensbeheerder voortvloeien.⁴⁰ De normschending kan dan bijvoorbeeld hierin bestaan dat de beleggingsonderneming tekortschiet in het vastleggen van het juiste beleggersprofiel of beleggingsbeleid, dat zij namens de belegger transacties verricht die niet in het overeengekomen beleid passen of dat zij tekortschiet in het adviseren over de risico's die zijn verbonden aan de transacties die namens de belegger worden verricht.⁴¹

Ik spreek in het navolgende eenvoudshalve in algemene zin van 'ondeugdelijk vermogensbeheer'. Voor de analyse wordt tot op zekere hoogte geabstraheerd van verschillende soorten vermogensbeheer en van de vraag welke aansprakelijkheidsnorm is geschonden. Tenzij anders vermeld, wordt voor de behandeling van het tijdsprobleem uitgegaan van de relatief eenvoudige situatie waarin sprake is van een – in strijd met een aansprakelijkheidsnorm – disproportioneel samengestelde portefeuille van een consument, die niet heeft gereendeerd. De problematiek van de aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder wordt aldus danig gesimplificeerd ten behoeve van de analyse van de specifieke tijdsproblematiek van schade in deze context.

9.3.2 *Vergelijking over de schadepериode; peildatum en wettelijke rente*

Bij schade als gevolg van ondeugdelijk vermogensbeheer gaat het doorgaans om schade die een belegger lijdt doordat de vermogensbeheerder het beheer over de effectenportefeuille niet uitvoert conform de afspraken of althans niet conform diens bancaire zorgplicht. Zo kan er worden belegd in producten die niet passen bij het risicoprofiel van de belegger en die niet renderen, althans minder dan de producten die wel bij dat risicoprofiel zouden passen.⁴² Voor de vraag in hoeverre de belegger schade

39. Busch 2014, nr. 2.

40. Busch 2014, nr. 21.1.

41. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 787.

42. Toxopeus-De Vries 2013, p. 234-236.

lijdt als gevolg van de normschending dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de werkelijke situatie en de situatie waarin de vermogensbeheerder de op hem rustende zorgplicht niet zou hebben geschonden en deugdelijk zou zijn nagekomen.⁴³

Het is zinvol om voor ogen te houden dat het perspectief van de normschending steeds leidend is: wanneer een disproportioneel deel van de portefeuille is belegd in een bepaalde sector en dat als civielrechtelijke normschending wordt gezien, komt veelal niet het gehele verlies op de belegging voor vergoeding in beeld, maar dient aan de hand van het cliëntprofiel, de beleggingsrichtlijnen en beleggingsrestricties te worden bezien welk deel van de portefeuille redelijkerwijs maximaal had mogen worden belegd in de desbetreffende sector. Het gaat uiteindelijk evenwel niet om de vraag wat *had gemogen*, maar om de vraag wat *zou zijn gebeurd* in de hypothetische situatie zonder normschending. Wanneer het vermogen door een fout van de vermogensbeheerder op een te risicovolle wijze wordt belegd, terwijl het vermogen bij nakoming van de op hem rustende verplichtingen waarschijnlijk ook op een risicovolle wijze zou zijn belegd, is dus slechts het verlies dat kan worden toegeschreven aan het 'extra' risico het gevolg van de fout.⁴⁴

Voor de vraag in welke positie de belegger zou hebben verkeerd als de vermogensbeheerder de op hem rustende zorgplicht niet zou hebben geschonden wordt vergeleken met een zogenaamde *referentieportefeuille* (ook wel modelportefeuille of hypothetische portefeuille genoemd).⁴⁵ In veel gevallen moet (de omvang van) de schade worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de feitelijke situatie waarin de belegger zich bevindt ten gevolge van het schenden van de zorgplicht enerzijds en de hypothetische situatie waarin hij zich had bevonden indien die schending niet had plaatsgevonden anderzijds. Bij de bepaling van die hypothetische situatie zal de rechter gebruik kunnen maken van *benchmarks*: hij zoekt aansluiting bij objectief meetbare ijkpunten. Bij beleggingen in effecten worden die dikwijls gevonden in de resultaten van beleggingen in beleggingsfondsen (met een meer behoudende beleggingsstrategie). Soms zal een hypothetisch rendement in de vorm van rente moeten worden vastgesteld, zoals de rente op staatsobligaties of andere hoogwaardige obligaties.⁴⁶

In de literatuur bestaat enige aandacht voor de vraag naar de periode waarover de schade als gevolg van een onjuiste samenstelling van de portefeuille door de vermogensbeheerder moet worden berekend. Bij ondeugdelijk vermogensbeheer zou volgens De Serièrè in het algemeen als 'beginpunt' gelden het moment waarop aan de onjuiste samenstelling van de portefeuille uitvoering wordt gegeven. Daarbij kan sprake zijn van verschillende tijdstippen, in het bijzonder wanneer die portefeuille in fases wordt opgebouwd (wat in de woorden van De Serièrè 'de nodige hoofdbreken's'

43. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 783. Bijv. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (Rabobank Vaart en Vecht/X), r.o. 3.9.1-3.9.2.

44. Busch 2014, nr. 24.3.

45. Toxopeus-De Vries 2013, p. 236-241 en Busch 2014, nr. 24.3.

46. Asser/De Serièrè 2-IV 2017, nr. 806.

kan kosten).⁴⁷ Het einde van de periode waarover de ‘verliesberekening’ zou moeten worden gemaakt zou in de regel het moment zijn waarop de schending wordt hersteld dan wel aan de schending anderszins een einde komt. Vaak zou dat moment zijn bepaald door het tijdstip waarop de belegger maatregelen heeft kunnen nemen om verdere schade te voorkomen. Dikwijls zal dat het moment zijn waarop hij zich realiseert (of zich redelijkerwijze had moeten realiseren) dat de beleggingsonderneming is tekortgeschoten.⁴⁸ De mogelijkheid bestaat dat tussen het moment waarop aan de onjuiste samenstelling van de portefeuille uitvoering wordt gegeven en het moment waarop de vermogensbeheerder de portefeuille ‘herstelt’ (of de beheersrelatie door de belegger wordt beëindigd) een langere tijdsperiode ligt.⁴⁹

Daarbij is ook het volgende van belang. Vermogensbeheerders moeten in dit verband doorgaans worden gezien als professionele en bij uitstek deskundige dienstverleners, terwijl bij de cliënt – uitgaande van een consument – doorgaans die professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt volgens Busch mee dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte zou hoeven te zijn van het bestaan van de zorgplicht van de vermogensbeheerder. Indien hij daarvan wel op de hoogte is, mag hij er in beginsel van uitgaan dat de vermogensbeheerder die zorgplicht jegens hem naleeft. Het schenden van de zorgplicht is volgens hem daarom niet een tekortkoming van de vermogensbeheerder die de cliënt zonder meer behoort op te merken.⁵⁰ De Serière wijst erop dat het einde van de periode waarover de berekening moet worden gemaakt problematisch kan zijn wanneer de cliënt de fout niet voldoende snel opmerkt, bijvoorbeeld omdat deze de dagafschriften van zijn effectenrekening niet opent en nakijkt. Volgens De Serière zou de cliënt een redelijke termijn moeten worden gegund. Een andere, meer ingewikkelde situatie ontstaat wanneer de vermogensbeheerder de cliënt adviseert met het herstel te wachten in verband met verwachte marktontwikkelingen. Volgens De Serière zijn er dan twee mogelijkheden: de belegger volgt het advies niet, en lijdt meer schade dan wanneer hij het advies zou hebben opgevolgd. Volgens hem zou in dat geval in het voordeel van de cliënt moeten worden beslist indien het besluit om het advies niet te volgen in redelijkheid is genomen; de drang om in een dergelijke situatie ‘eruit te stappen’ is volgens De Serière in de regel begrijpelijk en goed verdedigbaar. De andere mogelijkheid is dat de cliënt het advies volgt maar dat de verwachte verbeterende marktontwikkelingen uitblijven. In dat geval vindt De Serière het redelijk dat de consequenties daarvan voor rekening van de beleggingsonderneming komen.⁵¹ Volgens Busch zou in het algemeen een voorkeur bestaan voor een ‘peildatum’ die zo dicht mogelijk aanligt tegen het moment van de fout. Naar zijn indruk wordt die datum vaak gekozen op het moment waarop de cliënt de wanprestatie of onrechtmatige daad ontdekte of redelijkerwijs had moeten ontdekken; vanaf dat moment had hij verdere schade kunnen voorkomen.⁵²

47. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 789.

48. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 789 en rechtsvergelijkend Vandendriessche 2015, nr. 261.

49. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 787.

50. Busch 2014, nr. 21.5.5.

51. Asser/De Serière 2-IV 2017, nr. 789.

52. Busch 2014, nr. 24.5.

Illustratief in dit verband zijn de overwegingen van de Rechtbank Noord-Holland in een zaak waarin het draaide om vermogensbeheerder Wilgenhaege die niet conform beleggingsdoelstelling en profiel van zijn cliënt had belegd. De schade werd vastgesteld door de waarde van de referentieportefeuille per datum beëindiging beheerovereenkomst (30 maart 2009) te vergelijken met de waarde van de portefeuille zoals samengesteld door de vermogensbeheerder. De rechtbank overweegt:

‘Met koersontwikkelingen ná 30 maart 2009 dient naar het oordeel van de rechtbank bij bepaling van de (...) te vergoeden schade geen rekening te worden gehouden; of deze nu positief uitvallen of negatief (...). [eiser] heeft immers zelf óp of kort na 30 maart 2009 de beslissing genomen (...) de portefeuille (geheel of gedeeltelijk) te handhaven of tot verkoop daarvan over te gaan. Koersontwikkelingen, die zich na 30 maart 2009 hebben voorgedaan kunnen dan ook alleen van invloed zijn geweest op de waarde van die portefeuille (voor zoveel gehandhaafd) doordat [eiser] na 30 maart 2009 een beslissing over de samenstelling daarvan heeft genomen of laten nemen. (...) Hierdoor komen de negatieve gevolgen daarvan geheel voor zijn rekening (...) ook al heeft Wilgenhaege die fondsen vóór 30 maart 2009 in zijn (te risicovol samengestelde) portefeuille opgenomen. Overigens zou zich bij verdiscontering van later herstel van een beleggingsportefeuille en het daarmee verschuiven van de peildatum bij schadebepaling in zaken als de onderhavige een volgende vraag aandienen, te weten in hoeverre nieuwe koersdalingen vervolgens ook weer verdiscontering behoeven.’⁵³

Volgens Busch zou ook kunnen worden beargumenteerd dat de causale keten tussen enerzijds de fout en anderzijds de schade geleden door de belegger is ‘verbroken’ vanaf het moment waarop de belegger op de hoogte was (of had moeten zijn) van de risico’s, met als gevolg dat schade die nadien wordt geleden niet kan worden toegerekend. In het verlengde van de vraag naar het peilmoment stelt Busch dat de wettelijke rente gaat lopen per peildatum.⁵⁴

9.3.3 *Nadere analyse vanuit tijdsperspectief*

Ook ten aanzien van schade door ondeugdelijk vermogensbeheer is het zinvol de inhoud van het begrip schade zo scherp mogelijk te omlijnen. Uit het voorgaande volgt dat in het algemeen niet wordt aangenomen dat de belegger reeds nadeel lijdt op het moment waarop de vermogensbeheerder tekortschiet in het vastleggen van het juiste beleggersprofiel of beleggingsbeleid of wanneer namens de belegger transacties worden verricht die niet passen in het overeengekomen beleid. Men zou in de lijn van De Jong en Pijls (zie hiervoor paragraaf 9.2.2.2) kunnen zeggen dat vanaf dat moment hooguit sprake is van ‘latente’ of potentiële schade.

Goed beschouwd bestaat de rechtens relevante schade in de regel in de *gederfde koerswinst*, oftewel de koerswinst die wordt gederfd vanwege de fout van de vermogensbeheerder (of althans in het koersverlies dat vanwege die fout wordt geleden), waarbij

53. Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3506, r.o. 2.23.

54. Busch 2014, nr. 24.8 en 25.3.

mijns inziens het moment van verkoop van de portefeuille beslissend is. Ter vaststelling van de schade zou een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de daadwerkelijke koerswinst (of het werkelijke koersverlies) bij verkoop van de portefeuille en de hypothetische koerswinst (of het hypothetische koersverlies) in de situatie zonder de fout van de vermogensbeheerder. Voor het laatste is van betekenis hoe de vermogensbeheerder het vermogen zou hebben belegd in de hypothetische situatie zonder het ondeugdelijk vermogensbeheer.

De schade zal moeten worden ‘gefixeerd’ op het moment waarop de beleggingsportefeuille wordt ‘hersteld’ dan wel aan de schending anderszins een einde komt. Op het moment waarop de belegger zich realiseert (of zich redelijkerwijze had moeten realiseren) dat de vermogensbeheerder is tekortgeschoten, ontstaat voor de belegger een keuzemoment: wat hij doet – verkopen of aanhouden van de portefeuille – in reactie op de fout zal moeten worden gezien als een *nieuwe beleggingsbeslissing*. Vormt het moment waarop de fout van de vermogensbeheerder bekend is (en kan worden beslist hoe daarop te reageren) niet het ijkpunt voor de schadevaststelling, dan zou de belegger immers voor rekening van de vermogensbeheerder kunnen speculeren op latere, gunstige koersfluctuaties. Daalt de waarde van de portefeuille van de belegger verder in waarde ten opzichte van de referentieportefeuille, dan zal de schade (die pas bij verkoop zal worden geleden) groter zijn. De schade is hier in beginsel gelijk aan de omvang van het geleden verlies (of de gederfde winst) bij de desinvestering. Is de waarde van de beleggingsportefeuille op het latere moment van verkoop ‘weer’ gelijk aan die van de referentieportefeuille, dan wordt er geen schade geleden. Overstijgt op een zeker moment de waarde van de portefeuille die van de referentieportefeuille, dan is er weliswaar geen schade geleden, maar geniet de belegger bij verkoop wel voordeel ten opzichte van de situatie zonder ondeugdelijk vermogensbeheer.

Mijns inziens zou daarom moeten worden uitgegaan van *fictieve desinvestering* op het moment waarop de fout van de vermogensbeheerder bekend wordt bij de belegger en daarop kan worden beslist wat met de beleggingsportefeuille zal worden gedaan. De belegger lijdt aldus vermogensschade bestaande in de koerswinst die wordt gederfd (of althans in het koersverlies dat wordt geleden) op het moment waarop de fout van de vermogensbeheerder bekend wordt, *onafhankelijk* van de vraag of de belegger of de vermogensbeheerder op dat moment een handeling verrichten waaruit de (omvang van de) schade blijkt. Op dat dat moment wordt hij *verondersteld* over te gaan tot desinvestering. Dat betekent dat de wettelijke rente vanaf dat moment gaat lopen; ook hier vormt het probleem van de ‘peildatum’ voor de schadevaststelling mijns inziens dus geen afzonderlijk vraagstuk (vergelijk paragraaf 9.2.4). De schade wordt op dat moment geleden en dient naar dat moment te worden vastgesteld.

9.4 SCHADE IN VERBAND MET EFFECTENLEASEPRODUCTEN

9.4.1 *Beleggen met geleend geld; schending zorgplicht*

De afgelopen jaren heeft de problematiek van de effectenlease in rechtspraak en literatuur het nodige stof doen opwaaien. Effectenleaseproducten worden gekenmerkt door de constructie waarbij wordt belegd met geleend geld. De afnemer van het product leent gedurende een bepaalde looptijd een bedrag waarvoor effecten worden aangekocht, die vervolgens fungeren als zekerheid voor de aanbieder tot betaling van rente en afbetaling van de lening door de afnemer.⁵⁵ Voor rekening van de afnemer kan langs deze weg een aanzienlijke geldsom worden belegd. Voor hem is een dergelijke constructie rendabel voor zover de waardeinstijging van de effecten de kosten van de lening overstijgen en er dus een batig saldo is; bij koersdaling wordt verlies geleden over het geleende bedrag.

Het gaat hier grosso modo om twee soorten producten. Ingeval van een zogenoemd *aflossingsproduct* betaalt de afnemer naast rente ook periodieke aflossingen en resteert aan het einde van de looptijd slechts koerswinst of koersverlies. Er kwamen echter ook restschuldproducten voor, waarbij de lening daarentegen aan het eind van de looptijd ineens werd afgelost, voor zover mogelijk uit de gestegen waarde van de effecten. De afnemer van een restschuldproduct zal bij koersdaling steeds worden geconfronteerd met een door hem aan te vullen tekort (restschuld); de afnemer van een aflossingsproduct kan aan het einde van de looptijd 'slechts' worden geconfronteerd met een verminderde waarde van de aandelen (en hooguit met een restschuld voor zover hij niet conform afspraak aflost of de overeenkomst voortijdig beëindigt). De afnemer kan aldus met een nadeel blijven zitten wanneer de effecten aan het einde van de looptijd van het contract minder opbrengen dan de in totaal te betalen leasesom (rente en aflossing).

De kern van de effectenleasekwestie is dat op de aanbieders van effectenleaseproducten een (in de redelijkheid en billijkheid wortelende, *precontractuele*) zorgplicht rustte om – kortweg – ter bescherming tegen lichtvaardigheid of gebrek aan ervaring ondubbelzinnig en indringend te waarschuwen tegen de risico's van beleggen met geleend geld, en onderzoek te doen naar de draagkracht van de afnemer gegeven diens inkomen en vermogen, en zo nodig te adviseren over het al dan niet afnemen van het product.⁵⁶

9.4.2 *De schade van de afnemer*

Voor zover de genoemde zorgplicht niet is nageleefd en de afnemer daardoor schade lijdt, dient de aanbieder de uit de zorgplichtschending voortvloeiende schade te ver-

55. Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 188.

56. Van Boom 2009, p. 228 over HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (De Treek/Dexia), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (Levob/Bolle) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 m.nt. J.B.M. Vranken (Stichting GeSp/Aegon).

goeden. Voor de vaststelling van de schade dient in beginsel te worden vergeleken met de hypothetische situatie waarin de aanbieder niet in zijn zorgplicht zou zijn tekortgeschoten. Ingeval van effectenlease kunnen de relevante vermogensnadelen die de afnemer lijdt bestaan in de restschuld en telkens in tijdens de looptijd betaalde aflossingen, rente en kosten.⁵⁷ Voor de vraag of schade is geleden als gevolg van de schending van de zorgplicht is dus niet zonder meer het 'eindpunt' van de looptijd van de overeenkomst beslissend. Anders gezegd: het gaat om een reeks opeenvolgende, afzonderlijke nadelen die tot en met het einde van de looptijd van de overeenkomst worden geleden, en niet om het nadeel dat *per saldo* wordt geleden wanneer men 'de balans opmaakt' op het moment van beëindiging van de effectenleaseovereenkomst (ook al zou de inzet van de effectenlease vooral zijn geweest om op dat moment 'te oogsten').

Ten aanzien van het ontstaansmoment van de schade en dus ook het moment dat de wettelijke rente een aanvang nam, waren in de feitenrechtspraak enige tijd twee 'stromingen' waarneembaar. In de ene stroming wordt geoordeeld dat de wettelijke rente gaat lopen vanaf het moment van de beëindiging van de effectenleaseovereenkomst, omdat pas op dat moment vaststaat of de afnemer schade heeft geleden als gevolg van de zorgplichtschending door de aanbieder: een en ander zou immers afhangen van de waarde van de geleasede effecten op de einddatum.⁵⁸ De andere opvatting luidt dat de wettelijke rente gaat lopen vanaf de datum waarop de afnemer de termijnbetalingen (rente en eventuele aflossingen) heeft verricht, omdat de verbintenis tot vergoeding van schade bestaande in termijnbetalingen steeds op het moment van de betaling opeisbaar wordt.⁵⁹ De Hoge Raad hakt de knoop door in het arrest *Dexia/Oerlemans* en overweegt dat de wettelijke rente over elk betaald gedeelte van de inleg verschuldigd wordt vanaf de dag van betaling van het desbetreffende gedeelte. Daaraan voegt hij evenwel een merkwaardige overweging toe:

'Op zichzelf is juist dat pas na beëindiging van die overeenkomsten – indien daartoe aanleiding is: mede met toepassing van de art. 6:100 BW (voordeelstoerekening) en 6:101 BW (eigen schuld) – kan worden vastgesteld *of schade is geleden* [cursivering MRH] en, zo ja, de eventuele schade van de afnemer kan worden berekend.'⁶⁰

Arons lijkt op dit punt in te stemmen:

'De schade bestaat immers uit de volgende berekening: restschuld plus het saldo (de betaalde rente minus de ontvangen dividenden). Of in formule: ((lening -/- aflossingstermijnen)

57. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (De Treek/Dexia), r.o. 5.4.3.

58. Bijv. Hof Amsterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3714, r.o. 3.7.

59. Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL9960, r.o. 4.28.

60. HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, NJ 2015/425, NJ 2015/425 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/Oerlemans), r.o. 3.4.1.

-/- verkoopopbrengst effecten) + (rentetermijnen -/- ontvangen dividenden). Alleen indien deze berekening positief is, is er sprake van schade.⁶¹

Tjong Tjin Tai merkt mijns inziens terecht op dat deze overweging eerder als een mislag moet worden opgevat, en schrijft:

‘Als het totale voordeel hoger is dan de nadelen (de schadeposten) is er uiteraard geen recht op schadevergoeding, maar dat betekent niet dat er geen schade is geleden. Hier wreekt zich dat er in het Nederlands juridische debat niet consistent wordt gesproken over schade bij voordeelstoerekening.’⁶²

9.4.3 *De tijdspuzzel: schade, voordeel en wettelijke rente*

In voorkomende gevallen kan de effectenleaseovereenkomst de afnemer niet alleen een reeks opeenvolgende, afzonderlijke nadelen hebben gebracht, maar kan ook sprake zijn van genoten voordeel, bijvoorbeeld in de vorm van tussentijds (jaarlijks) ontvangen (dividend)uitkeringen gedurende de looptijd van de overeenkomst of door een batig saldo uit een andere effectenleasetransactie, welk voordeel in wezen ook aan de (voortdurende) zorgplichtschending kan worden toegeschreven. In het arrest *Van der Heijden/Dexia Bank Nederland* overweegt de Hoge Raad:

‘Ook het uit winstgevende transacties genoten voordeel is dus mede behaald als gevolg van het tekortschieten van Dexia in de nakoming van haar zorgplichten, waarbij te bedenken valt dat het realiseren van winst of verlies op de belegging niet beïnvloed wordt door de nakoming van deze verplichtingen doch (...) enkel afhankelijk is van de toevallige waardeontwikkeling van de geleaseerde effecten. Er is geen goede reden te aanvaarden dat degene die als gevolg van *dit telkenmale tekortschieten* [cursivering MRH] van Dexia ervoor kiest achtereenvolgens een aantal soortgelijke effectenleasetransacties aan te gaan, moet worden gecompenseerd voor daarbij geleden verlies zonder dat daarbij acht wordt geslagen op de door hem bij een deel van die transacties behaalde winst, zulks op de enkele grond dat sprake is van afzonderlijke transacties.’⁶³

Ten aanzien van tussentijds (jaarlijks) ontvangen dividenduitkeringen speelt het probleem dat niet onmiddellijk duidelijk is op welke schadeposten deze uitkeringen als voordelen moeten worden toegerekend. De kern van de kwestie is dat niet steeds helder is wat de schade(post) is die voor vergoeding in aanmerking komt: moet de schade bestaande in de termijnen worden gezien als de *nettoschade* – termijnen minus dividend – of staat het dividend daar in feite los van? Dit ‘salderingsprobleem’ ligt aldus op het scharnierpunt van het begrip schade en de voordeelstoerekening (en is in elk geval van betekenis voor het ingangsmoment van de wettelijke rente). Is het laatste het geval, dan zou de mogelijkheid bestaan dat de tussentijds ontvangen divi-

61. Arons 2015, nr. 4.

62. Tjong Tjin Tai 2015, nr. 4.

63. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken (Van der Heijden/Dexia Bank Nederland), r.o. 4.3.6.

denduitkeringen pas bij de restschuld in rekening worden gebracht, wat van belang kan zijn waar de wettelijke rente dan zal lopen over de ‘volle’ termijnen. In de feitenrechtspraak is wel geoordeeld dat dividenden eerst op de termijnen in mindering worden gebracht en daarna op de restschuld, omdat de schadeposten bestaande in de betalingsverplichtingen zich in de tijd eerder voordoen.⁶⁴ Uit het arrest *Beckers/Dexia* zou men kunnen afleiden dat het inderdaad gaat om deze nettoschade, waar de Hoge Raad spreekt van de restschuld en van ‘(het saldo van) de reeds betaalde rente (en ontvangen dividend)’.⁶⁵

De effectenleaseproblematiek illustreert hoe bij de vaststelling van de te vergoeden schade voordelen uit verschillende bronnen van betekenis zijn, die op verschillende momenten kunnen zijn genoten. De voordeelstoerekening wordt bovendien gecompliceerd doordat over de schade bestaande in voldane termijnen de wettelijke rente loopt telkens vanaf het moment van voldoening van die termijn. Er schuilt aldus een zekere tijdscomplicatie in:

- i) de vaststelling van de juiste chronologie van geleden nadelen en genoten voordelen,
- ii) de vraag welke voordelen op welke schade(posten) in mindering moeten worden gebracht en
- iii) de vraag wat de toerekening van een (later) voordeel betekent voor de wettelijke rente over (eerder) ingetreden schade.

Een en ander betekent dat de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding een buitengewoon ingewikkelde kwestie kan worden, wanneer uit ‘eenzelfde gebeurtenis’ allerlei voordelen ‘naast’ schadeposten voortvloeien, die de benadeelde verspreid over een zekere tijdsperiode raken (zie over dit aspect van artikel 6:100 BW ook paragraaf 5.4.2).

Ten aanzien van effectenleasezaken, die veelvuldig voorkomen en daarom (ook) volgens de Hoge Raad een zekere praktische en efficiënte aanpak vergen, heeft evenwel te gelden dat de tijdsvolgorde van de voordelen niet relevant is. Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt immers dat de *som* van de voordelen in mindering moet worden gebracht op de nadelen, en wel in de volgorde waarin de nadelen zijn ontstaan. Een aanspraak op wettelijke rente over schade die aldus ‘wegvalt’ bij de (latere) voordeelstoerekening moet worden geacht niet te zijn ontstaan. De problematiek is aan de orde in *Dexia/De Vries*, waarin aan de Hoge Raad prejudiciële vragen worden voorgelegd. Het college overweegt dat de wenselijkheid van een voortvarende afwikkeling naar uniforme maatstaven rechtvaardigt dat van omstandigheden die de bijzondere situatie

64. Bijv. Rb. Amsterdam 21 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:10094, r.o. 3.3 en Rb. Rotterdam 2 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6581, r.o. 4.3.

65. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Beckers/Dexia), r.o. 5.4.1. en concl. A-G Wissink bij HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 (Dexia/De Vries), nr. 4.14.

van de afnemer betreffen wordt 'geabstraheerd'.⁶⁶ De eerste 'abstractie' – de *som* van de voordelen wordt toegerekend, ongeacht de momenten waarop de voordelen zijn genoten – bestaat hierin dat de afzonderlijke voordeelsmomenten buiten beschouwing blijven; de tweede houdt in dat een aanspraak op wettelijke rente die eigenlijk al was verschenen moet worden geacht niet te zijn ontstaan 'aangezien die de schadeberekening te zeer zou compliceren'.⁶⁷

Het tijdsaspect van genoten voordelen blijkt nog wel van belang bij het bepalen van het in aanmerking te nemen batig saldo uit andere effectenleasetransacties uit hoofde van dezelfde of andere effectenleaseovereenkomsten met dezelfde aanbieder. In de feitenrechtspraak wordt wel als uitgangspunt gehanteerd dat dergelijke voordelen buiten beschouwing blijven als ten minste een jaar is verstreken tussen de feitelijke einddatum van een effectenleasetransactie die met een batig saldo is geëindigd en het tijdstip waarop dezelfde afnemer nadien een of meer effectenleasetransacties is aangegaan ten aanzien waarvan de aanbieder tot schadevergoeding is gehouden. De achterliggende gedachte zou zijn dat de afnemer het batige saldo van de eerdere overeenkomst op een zeker moment geheel zal hebben besteed en deze daarom dus niet meer kan 'inzetten' ter compensatie van een later verlies. Volgens de Hoge Raad verdient het 'vanuit een oogpunt van consistente rechtspraak' aanbeveling dat deze termijn, 'die op zichzelf valt onder de vrijheid van de rechter bij de schadevaststelling en schadebegroting' wordt gehanteerd in alle gevallen.⁶⁸ Du Perron liet zich eerder kritisch uit over die 'regel':

'Deze oplossing voor het probleem van de al uitgegeven winst is fraai gevonden, maar lijkt mij te arbitrair om houdbaar te zijn.'⁶⁹

9.5 SLOT

In dit hoofdstuk kwamen drie categorieën van beleggingsschade aan de orde: koersgerelateerde schade vanwege misleiding op de beurs, schade door ondeugdelijk vermogensbeheer en schade in verband met effectenleaseproducten. Deze categorieën zijn – uitgaande van enigszins vereenvoudigde casus – beschreven en geanalyseerd vanuit het tijdsperspectief op de schadeproblematiek. Zij verschillen onderling op belangrijke punten: bij koersgerelateerde schade vanwege misleiding op de beurs wordt de schade geleden doordat de belegger is misleid door een onzuivere koers, bij schade door ondeugdelijk vermogensbeheer wordt daarentegen verkeerd belegd (maar tegen een zuivere koers) en bij gevallen van effectenlease wordt schade geleden

66. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.2.

67. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.3.

68. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Dexia/De Vries), r.o. 3.6.7.

69. Du Perron 2010, p. 66.

doordat de belegger zonder de juiste waarschuwing of zonder het juiste advies investeert in een (risicovol) effectenleaseproduct. De analyse laat in alle drie de categorieën evenwel zien dat het bepaald lastig kan zijn de rechtens relevante schade (in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW) die een belegger lijdt scherp te omlijnen, terwijl het systeem van schadevergoedingsrecht dat wel verlangt: het te hanteren begrip schade – dat uiteindelijk een kwestie van *interpretatie* betreft – bepaalt immers het moment waarop de schade wordt geleden, het moment waarop de vergelijking ter vaststelling van die schade moet worden geijkt (in de context van de beleggingsschade ook wel de ‘peildatum’ genoemd) en het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen.

Dat de tijdsproblematiek van schade zich in de beleggingssfeer sterk doet gevoelen, hangt deels samen met de aard van de activiteit: bij beleggen gaat het immers om een investering van vermogen met als doel *in de nabije of verre toekomst* financieel voordeel te behalen. Wordt een bepaalde belegging ‘verstoord’, dan rijst de vraag naar welk moment moet worden ‘gepeild’ in hoeverre de belegger daardoor is benadeeld. De sleutel ligt in een helder zicht op het te hanteren begrip schade, waarmee de kwestie van de ‘peildatum’ – anders dan de literatuur soms doet vermoeden – rechtstreeks samenhangt. De effecten in kwestie kunnen weliswaar in waarde fluctueren, maar goed beschouwd geldt dat niet voor de schade die voor vergoeding in aanmerking komt (althans, wanneer men scherp omlijnt waarin de te vergoeden vermogensschade bestaat). Dat het er bij de schadevaststelling niet om gaat of een belegger ‘per saldo’ is benadeeld, maar dat steeds moet worden gezien op welke momenten zich rechtens relevante nadelen en voordelen voordoen, leren ons de effectenlesezaken.

10.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

Overheidsoptreden kan op allerlei manieren schade veroorzaken: feitelijke gedragingen, besluiten, beleid, wetgeving, privaatrechtelijke rechtshandelingen etc. kunnen meebrengen dat burgers en bedrijven nadeel ondervinden. Dat partijen soms nadeel ondervinden doordat de overheid haar publieke taak uitvoert is niet te voorkomen. Bezien vanuit het algemeen belang valt het overheidshandelen doorgaans ook jegens die individuen te rechtvaardigen. Dat betekent evenwel niet dat de aansprakelijkheid van de overheid zich slechts zou uitstrekken tot schade veroorzaakt door overheidsoptredens. Een deelsterrein van overheidsaansprakelijkheidsrecht betreft de aansprakelijkheid voor niet-onrechtmatig handelen oftewel de rechtmatige overheidsdaad; in het bestuursrecht spreekt men doorgaans van ‘nadeelcompensatie’ als verzamelterm. De verplichting tot vergoeding van schade door rechtmatig overheidshandelen zou in belangrijke mate zijn gegrond op het gelijkheidsbeginsel: wanneer de overheid door op zichzelf gerechtvaardigd optreden aan een burger in verhouding tot andere burgers onevenredig veel schade toebrengt, kan een vergoeding op haar plaats zijn.¹ Meer specifiek gaat het hier om de zogenoemde ‘gelijkheid voor de openbare lasten’, als facet van het gelijkheidsbeginsel, geïnspireerd door de Franse doctrine (*égalité devant les charges publiques*). Een dergelijk beginsel ligt aan het privaatrecht als zodanig niet ten grondslag.²

Het bestuursrechtelijke gelijkheidsbeginsel als grondslag voor aansprakelijkheid kleurt het perspectief op de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Nu de aansprakelijkheidsgrondslag niet is gelegen in onrechtmatig handelen, strekt de vergoeding er ook niet zonder meer toe de gevolgen van een gebeurtenis zoveel mogelijk weg te nemen. Anders dan in het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht is bij aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen door de overheid in principe immers geen sprake van een schending van een rechtsplicht. Het gaat er bij schadevergoeding op grond van het *égalité*-beginsel veeleer om dat een *onacceptabel gevolg* van het op zichzelf rechtmatige handelen, namelijk dat bepaalde burgers in verhouding tot andere burgers door overheidshandelen *onevenredig zwaar* worden getroffen, wordt weggenomen.

1. Scheltema & Scheltema 2013, p. 470 e.v.

2. Van Ballegooij e.a. 2008, p. 291.

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op twee belangrijke schadestelsels die worden gerekend tot de overheidsaansprakelijkheid voor rechtmatig handelen, te weten het recht op schadevergoeding wegens onteigening en het recht op vergoeding van planschade. Hoewel het onteigeningsrecht duidelijk raakvlakken vertoont met andere regelingen die voorzien in een vergoeding van schade door rechtmatig overheids-handelen, wordt het vanuit vergoedingsperspectief wel als buitenbeentje gezien, nu bij onteigening juist aanspraak bestaat op volledige schadevergoeding. Planschade is beter te scharen onder het overkoepelende begrip nadeelcompensatie, nu bij planschade slechts aanspraak bestaat op een tegemoetkoming, een ‘verzachting’ van nadeel.³ Men pleegt het planschaderecht niettemin te beschouwen als een min of meer eigenstandig terrein, dat specifiek ziet op schade die wordt geleden ten gevolge van planologische besluitvorming en als zodanig wordt geregeld in artikel 6.1 e.v. Wro.

Zoals gezegd, is de grenslijn tussen civiel recht en bestuursrecht wat betreft schadevergoeding uiteindelijk niet scherp te trekken (zie paragraaf 1.3.3.2). De bestuursrechter is geneigd aansluiting te zoeken bij de in afdeling 6.1.10 BW neergelegde regels van schadevergoedingsrecht, en past in zoverre dus ook algemene regels van schadevergoedingsrecht toe. En het onteigeningsrecht draagt een hybride karakter, gesitueerd tussen het administratieve en het civiele recht. Voor zover zij zich naast het gemene schadevergoedingsrecht laten plaatsen, bieden de te bespreken deelterreinen een interessant punt van vergelijking, omdat op die terreinen eveneens juridische perspectieven op schade en schadevergoeding tot ontwikkeling zijn gekomen, die soms in lijn zijn met het gemene schadevergoedingsrecht en soms op belangrijke punten verschillen. De bespreking is in zoverre selectief, dat slechts hoofdpunten van de deelterreinen worden behandeld voor zover deze duidelijk verband houden met de tijdsproblematiek van schade die in dit onderzoek centraal staat; volledigheid wordt hier dus niet gepretendeerd.

Eerst komt het onteigeningsrecht aan bod (paragraaf 10.2), daarna het planschaderecht (paragraaf 10.3). Het hoofdstuk wordt afgerond met een paar algemene observaties (paragraaf 10.4). Ingewikkeldheden die zich kunnen voordoen bij samenloop tussen de beide schadestelsels – iemand die een planschadeclaim indient kan tegelijkertijd ontwikkeld zijn in een onteigeningstraject met betrekking tot het schadeveroorzakende bestemmingsplan – blijven buiten beschouwing. Ook blijven buiten beschouwing de complexiteiten die zich voordoen wanneer anderszins meerdere schadeoorzaken in beeld komen en niet is voorzien in een bijzondere afstemmingsvoorziening.⁴ Steeds wordt uitgegaan van de positie van de eigenaar als aanspraakgerechtigde.

3. Scheltema & Scheltema 2013, p. 502.

4. Hierover Huijts & Tjepkema 2017, p. 288-304.

10.2 SCHADEVERGOEDING IN VERBAND MET ONTEIGENING

10.2.1 *Volledige schadevergoeding*

Bij onteigening gaat het – kort gezegd – om de ontneming van een goed ten behoeve van het algemeen belang.⁵ De regels met betrekking tot de schadevergoeding voor onteigening zijn in de afgelopen anderhalve eeuw grotendeels door de Hoge Raad tot stand gebracht, en enkele van de meest belangrijke schadevergoedingsregels zijn thans neergelegd in de Onteigeningswet (OW). Uitgangspunt ten aanzien van de schadevergoeding is dat zij een *volledige* vergoeding vormt voor alle schade die de eigenaar *rechtstreeks* en *noodzakelijk* lijdt door het verlies van zijn zaak (artikel 40 OW). De gedachte is dat een onteigende eerst dan volledig wordt schadeloosgesteld indien hij zowel wat vermogen als wat inkomen betreft in een gelijkwaardige positie blijft.⁶ In dit opzicht wijkt het onteigeningsrecht niet af van het gemene schadevergoedingsrecht, maar wel van andere vormen van schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen. Nu de schadevergoeding wegens onteigening niet haar rechtsgrond vindt in onrechtmatig handelen, rijst de vraag wat de rechtvaardiging is van het recht op *volledige* schadevergoeding. Ten opzichte van andere situaties waarin iemand wordt benadeeld door (op zichzelf rechtmatig) overheidsoptreden is immers sprake van een zekere rechtsongelijkheid, wat kan leiden tot ‘wrange uitkomsten’.⁷ Het verschil wordt doorgaans gerechtvaardigd doordat onteigening een verstrekken-der inbreuk op rechten van burgers zou zijn, reden waarom artikel 14 Gw bepaalt dat onteigening alleen kan plaatsvinden als is voorzien in een vooraf verzekerde schadevergoeding. Bij de ontneming van eigendom zou het aldus gaan om een meer fundamentele inbreuk in de sfeer van de benadeelde dan wanneer deze ‘slechts’ nadeel ondervindt van veranderingen in de fysieke leefomgeving (zoals bij planschade, vergelijk paragraaf 10.3.1).

De schadevergoeding wegens onteigening bestaat uit verschillende componenten. De schadevergoeding kan bestaan uit vergoeding van de zogenaamde ‘werkelijke waarde’ van het onteigende en van de eventuele waardevermindering van het overblijvende (artikel 41 OW). Onder het begrip ‘onteigening’ valt dus niet slechts te verstaan de eigendomsontneming als zodanig, maar ook de aanwezigheid van het werk waarvoor wordt onteigend die kan leiden tot een waardevermindering van het deel

5. Van der Schans & Heesbeen 2011, p. 13. Ik verstout mij in deze studie de begrippen schadeloosstelling en schadevergoeding als synoniemen te gebruiken, hoewel het (wettelijke) begrip schadeloosstelling in de sfeer van het onteigeningsrecht het meest gebruikelijk is en volgens sommigen wel hierom, dat het begrip schadeloosstelling te pas zou komen bij schade door rechtmatig handelen. Zie ook Bloembergen 1965, nr. 82.
6. Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, p. 137 en bijv. uitdrukkelijk HR 16 maart 1988, ECLI: NL:HR:1988:AD0220, NJ 1989/798 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (Van Rijswijk/Amsterdam), r.o. 3. In het kader van de rechtmatige overheidsdaad wordt – anders dan in het gemene schadevergoedingsrecht – een onderscheid gemaakt tussen enerzijds inkomensschade (meer ‘persoonsgebonden’ schade) en anderzijds vermogensschade (meer ‘objectieve’ schade door verlies van economische waarde).
7. Dijkshoorn 2011a, p. 25.

dat niet wordt onteigend, bijvoorbeeld in geval van uitzichtbelemmering. Hier wordt aangehaakt bij een geobjectiveerd waardebegrip: bij het bepalen van de werkelijke waarde wordt uitgegaan van de prijs, tot stand gekomen bij een onderstelde koop in het vrije commerciële verkeer tussen de onteigende als redelijk handelende verkoper en de onteigenaar als redelijk handelende koper (artikel 40b lid 2 Ow). Die prijs dient te worden bepaald per peildatum (zie hierna paragraaf 10.2.2). Daarbij geldt een aantal bijzondere regels, waarvan de zogeheten 'eliminatieregel' de meest beruchte is: bij de bepaling van de schadevergoeding wordt geen rekening gehouden met voor- of nadelen die voortvloeien uit i) het werk waarvoor wordt onteigend, ii) overheidswerken die in verband staan met het werk waarvoor wordt onteigend of iii) de plannen voor genoemde werken (artikel 40c Ow). Met deze regel, die gestoeld is op de redelijkheid, wordt gepoogd de schadebeïnvloedende effecten van de onteigening als zodanig 'weg te filteren' bij de bepaling van de werkelijke waarde van het onteigende.⁸

Naast de waardeverminderingsschade komt nog de zogenoemde 'bijkomende schade' voor vergoeding in aanmerking, die kan bestaan in allerlei schadeposten. In dit verband wordt ook wel gesproken van de 'persoonlijke schade', omdat het gaat om de schade die de eigenaar lijdt vanwege het verstoorde *gebruik* van de zaak. Centraal staat dus niet de ('objectieve') waarde in het economisch verkeer maar de (meer 'subjectieve') gebruikswaarde voor de eigenaar in kwestie. Het zaaksgebruik kan overigens van velerlei aard zijn; denk aan gebruik als woning, als bedrijf of kantoor, als beleggingsobject etc.⁹

10.2.2 Schadevaststelling per peildatum

Bij het bepalen van de schadevergoeding wegens onteigening wordt uitgegaan van de dag waarop de eigendomsovergang (aan de overheid) plaatsvindt, oftewel de dag waarop de inschrijving van een onherroepelijk onteigeningsvonnis in de Basisregistratie Kadaster (BRK) plaatsvindt (artikel 40a OW). Een en ander vloeit voort uit artikel 14 Gw, dat bepaalt dat onteigening alleen kan geschieden *tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling*, waarmee zou worden voorkomen dat de overheid wel een goed kan ontnemen maar de schadevergoeding ter zake vervolgens 'op de lange baan kan schuiven'.¹⁰ Dat betekent dat de schadevergoeding in beginsel *ineens en naar een enkel moment* moet worden vastgesteld, ongeacht het moment waarop de schadevergoeding door de rechter wordt vastgesteld en ongeacht de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden in de tussenliggende periode. Sluysmans en Van der Gouw duiden het aldus:

'Wil enige zinvolle vaststelling van schade wegens onteigening mogelijk zijn, dan zal die schade moeten worden berekend op basis van een vast moment (...). Alle schade zal in beginsel moeten worden berekend naar de toestand van dat moment. We hebben hier duidelijk te maken met een fictie, die dwingt tot het abstraheren van zaken die ten tijde van het

8. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 112.

9. Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, p. 169.

10. Hamaker 1980, p. 87 en Van Mierlo & Van Ravels 2011, p. 141-142.

wijzen van een schadevergoedingsvonnis wel bekend zijn (geworden), maar die omwille van het perspectief van de peildatum bij de oordeelsvorming toch geen rol mogen spelen.¹¹

Dit peilmoment was aanvankelijk niet evident. Kort na de inwerkingtreding van de wet van 1851 werd wel betoogd dat peildatum moest worden gesteld op de datum van het onteigeningsvonnis, maar koos de Hoge Raad voor het (eerdere) moment van ter-visielegging van de onteigeningsplannen als peildatum (zie over de betekenis van dat moment hierna paragraaf 10.2.4). Kritiek in de literatuur leidde ertoe dat de Hoge Raad hierop terugkwam en (alsnog) als peildatum koos voor het moment van eigendoms-overgang. Praktisch komt dat neer op de datum waarop het vervroegd onteigeningsvonnis wordt ingeschreven in de openbare registers, omdat daarmee de eigendom daadwerkelijk van onteigende op onteigenaar overgaat.¹²

In het onteigeningsrecht wordt aldus gekozen voor een *ex ante* schadeperspectief: wat de onteigeningsrechter moet doen is in zekere zin voorspellen – vanaf de peildatum – wat de rechtstreekse en noodzakelijke gevolgen zijn van de eigendomsontneming.¹³ Dat valt te verklaren doordat het bij onteigening eigenlijk steeds gaat om ‘toekomstige’ schade, namelijk de schade die *als gevolg van het onteigeningsvonnis zelf* wordt geleden. Dat betekent dat schade geleden voorafgaand aan de eigendomsontneming in beginsel niet als onteigeningsschade voor vergoeding in aanmerking komt (zie evenwel paragraaf 10.2.3).¹⁴ Ten aanzien van het tijdsperspectief bestaat aldus een belangrijk verschil tussen onrechtmatige daad en onteigening: bij het laatste wordt een belangrijke plaats ingenomen door schade die op het tijdstip van het vonnis reeds is geleden en waarvan bij de schadevergoeding wegens onteigening dus geen sprake kan zijn.¹⁵ Treffend zijn de woorden van Telders:

‘In het gemene recht is het verband tussen gevolg en oorzaak probleem, en wel in deze vorm, dat het gevolg bekend is, doch de oorzaak alsnog is vast te stellen. Bij onteigening is het omgekeerd: het is (zo men wil) de oorzaak, die gegeven is, doch het gevolg dat alsnog is vast te stellen. Bij onteigening is het probleem dus niet het zoeken naar een geschiede gang van zaken; er is voor de rechter (...) nog niets geschied. Bij onteigening bestaat het probleem niet in de vraag, welke de oorzaak is, maar in de vraag wat als gevolg van de gebeurtenis van het (te vooronderstellen) overgaan van de eigendom heeft te gelden.’¹⁶

Een en ander betekent dat gebeurtenissen van later datum, hoewel bekend ten tijde van het rechterlijk oordeel, buiten beschouwing blijven: de onteigeningsrechter moet per peildatum vaststellen en desnoods *voorspellen* wat de rechtstreekse en noodzakelijke gevolgen zijn van de eigendomsontneming. Bepalend is dus wat op de dag waarop het vonnis van vervroegde onteigening is ingeschreven in de openbare regis-

11. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 101.

12. Sluysmans 2011, p. 73.

13. Sluysmans 2011, p. 74.

14. Telders 1968, nr. 102.

15. Bloembergen 1965, nr. 5.

16. Telders 1968, nr. 710.

ters de te verwachten handelwijze was, ongeacht of later komt vast te staan hoe er daadwerkelijk door de onteigende is gehandeld. Daaraan doet niet af dat de definitieve schadevergoeding doorgaans pas volgt lang nadat de onteigening is uitgesproken.

Een treffend voorbeeld van de peildatumdynamiek biedt het arrest *Baksi/Den Haag*, waarin het draait om de vraag of Baksi aanspraak heeft op een vergoeding van de makelaarskosten die een redelijk handelende ondernemer zou maken wanneer deze op zoek zou moeten naar nieuwe bedrijfsruimte, terwijl lopende de procedure reeds is gebleken dat Baksi zijn bedrijf naar een locatie dicht bij de oude had weten te verplaatsen. De gemeente stelt dat de makelaarskosten niet voor vergoeding in aanmerking komen, nu Baksi uiteindelijk zelf vervangende ruimte had gevonden. De Hoge Raad overweegt:

‘De dag waarop het vonnis van vervroegde onteigening is ingeschreven in de openbare registers is maatgevend voor de bepaling van de schadevergoeding. De feiten en omstandigheden zoals die op die dag bestonden vormen uitgangspunt bij de bepaling en de begroting van de ten gevolge van de onteigening geleden schade. Dit kan er toe leiden dat de onteigeningsrechter de schadevergoeding afstemt op een op basis van de op die dag bestaande situatie te verwachten handelwijze van de tot schadevergoeding gerechtigde na de onteigening, ook al staat inmiddels vast dat die anders heeft gehandeld of anders zal handelen. Waar de Rechtbank in aanmerking nam dat op de onteigeningsdatum niet viel te voorzien dat zonder inschakeling van een makelaar vervangende ruimte zou kunnen worden gevonden, heeft zij in zoverre terecht de situatie van de dag van inschrijving van het vervroegde vonnis van onteigening als uitgangspunt genomen, en zij heeft dan ook niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven door in de schadevergoeding voor Baksi een post makelaarskosten op te nemen.’¹⁷

Een iets ander geval was aan de orde in het arrest *Onteigening Berkel en Rodenrijs*, waarin het ging om de vraag of een later tijdens de procedure gebleken ernstige bodemverontreiniging van het onteigende moest worden meegenomen bij de vaststelling van de schadeloosstelling. De op de peildatum heersende veronderstelling dat de betreffende asbest zou zijn verwijderd was in zoverre dus onjuist gebleken. De Hoge Raad gaat uit van:

‘(...) de regel dat de dag waarop het vonnis van vervroegde onteigening is ingeschreven in de openbare registers (...) maatgevend is voor de bepaling van de schadevergoeding. Deze regel belette (...) de rechtbank niet om bij die bepaling rekening te houden met asbestverontreiniging waarvan de deskundigen aanvankelijk veronderstelden dat deze voor de peildatum door Greeve was verwijderd, maar die zij, toen hun uit het Saneringsplan bleek dat die veronderstelling niet juist was, bij gelegenheid van de pleidooien alsnog in hun begroting van de schadevergoeding hebben betrokken. De rechtbank diende immers ingevolge de voormelde regel rekening te houden met alle feiten en omstandigheden op de peildatum

17. HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2690, NJ 2003/401 (Baksi/Den Haag), r.o. 4.1.

die van invloed zijn op de hoogte van de schadevergoeding, ook als daarvan pas bleek uit rapporten van latere datum.¹⁸

Uit deze overweging valt af te leiden dat de rechter alle feiten en omstandigheden in ogenschouw moet nemen die per peildatum aanwezig waren en die van invloed zijn op de hoogte van de schade. Met andere woorden: het gaat niet zozeer om wat bekend maar om wat *kenbaar* was per peildatum.

Een complicatie is wel dat de onteigeningsrechter bij het vaststellen per peildatum van de rechtstreekse en noodzakelijke gevolgen van de eigendomsontneming moet 'wegkijken' van gebeurtenissen die zich na de peildatum hebben voorgedaan en die per peildatum hooguit als *waarschijnlijkheid* konden worden aangemerkt. Dat betekent dat de rechter het reeds geschiede zal moeten bezien vanuit een verwachtingenperspectief. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest *Van de Wolfshaar/Amersfoort*, waarin de vraag speelde of met – naar de peildatum gemeten – toekomstige regelgeving rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van de onteigeningsschade. De Hoge Raad overweegt:

'Bij de berekening van de schadevergoeding is de Rechtbank, nu geen bijzondere omstandigheden waren gesteld die noopten tot het maken van een uitzondering op de te dezen toepasselijke regel, terecht uitgegaan van de feitelijke toestand op het tijdstip van de inschrijving van het onteigeningsvonnis, te weten 2 mei 1997. Dit brengt met zich dat de Rechtbank geen rekening behoefde te houden met wettelijke welzijns- en milieueisen die op dat tijdstip nog niet golden. Dit neemt echter niet weg dat de Rechtbank bij de beoordeling van de feitelijke toestand op 2 mei 1997 wel rekening diende te houden met de kans dat binnen de door haar voorziene termijn waarin de verplaatsing van het bedrijf haar beslag zou krijgen, dergelijke wettelijke eisen zouden worden gesteld, en dat de Rechtbank een schatting diende te maken van de daaraan naar verwachting verbonden kosten.'¹⁹

10.2.3 *Relativering peildatumfixatie*

De beschreven peildatumregel is niet zo strikt dat daarop geen uitzondering mogelijk zou zijn. Het is op grond van de redelijkheid dat een uitzondering kan worden gemaakt op het in artikel 40a als uitgangspunt voor de bepaling van de schadevergoeding aangewezen tijdstip.²⁰ Zo kan een eerder peilmoment redelijk zijn wanneer de onteigenaar de te onteigenen grond vervroegd in gebruik neemt. In het arrest *Hoogheemraadschap van Delfland/Rotterdam* waren partijen een afwijkende peildatum overeengekomen in verband met vervroegde ingebruikneming. De gemeente ging daarmee akkoord nadat werd overeengekomen dat de vaststelling van de waarde op het moment van ingebruikneming van de percelen zou geschieden door middel

18. HR 29 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5106, NJ 2005/456 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Onteigening Berkel en Rodenrijs), r.o. 3.3.

19. HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7497, NJ 2000/628 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Van de Wolfshaar/Amersfoort), r.o. 4.5.

20. Sluysmans 2011, p. 118 en Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, p. 139.

van arbitrage. De arbiters kwamen evenwel niet tot overeenstemming, wat leidde tot een onteigeningsgeding, waarin volgens de rechtbank eveneens het tijdstip van vervroegde ingebruikneming als peildatum te gelden had. De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank, door aan te nemen dat de gemeente ervan mocht uitgaan, dat ook indien arbiters niet tot overeenstemming zouden komen, de waardering naar het moment van ingebruikneming zou plaatsvinden, een 'op de redelijkheid steunende uitbreiding' heeft gegeven aan de gevolgen van de tussen partijen gemaakte afspraak en daarmede ter wille van de redelijkheid een uitzondering gemaakt op het in artikel 40a Onteigeningswet aangewezen tijdstip.²¹

In het verlengde ligt het arrest *Den Haag/Geelkerken q.q.* waaruit volgt dat ook wanneer niet is afgesproken dat de datum van vervroegde ingebruikneming als peildatum zal worden beschouwd, de redelijkheid met zich brengt dat bij de bepaling van de werkelijke waarde van het onteigende geen rekening wordt gehouden met ontwikkelingen van na de ingebruikneming door de onteigenaar.²² Volgens Sluysmans en Van der Gouw gaat het hier om een uitzondering op de peildatumregel.²³ Mörzer Bruyns legt het anders uit. Hij analyseert vier (theoretische) mogelijkheden die zich aandienen bij de schadebegroting wanneer sprake is van ingebruikneming voorafgaand aan de onteigening: i) toestand en waarde ten tijde van ingebruikneming, ii) toestand en waarde ten tijde van onteigening, iii) toestand ten tijde van ingebruikneming; waarde ten tijde van onteigening en iv) toestand ten tijde van onteigening; waarde ten tijde van ingebruikneming. Volgens hem wordt in *Den Haag/Geelkerken q.q.* aan de peildatum als zodanig niet getornd, maar wordt de eliminatieregels 'uitgebreid' tot de situatie dat partijen een vervroegde ingebruikneming overeenkomen: de toestand ten tijde van ingebruikneming zou hier weliswaar uitgangspunt het uitgangspunt zijn, maar het gaat nog steeds om de waarde ten tijde van onteigening (optie iii dus).²⁴ Zie ik het goed, dan maakt het voor de praktijk geen verschil welke (dogmatische) route men hier volgt.

In *Stichting Selva/Amsterdam* doet zich de situatie voor waarin de gemeente vooruitlopend op de onteigening overgaat tot uitplaatsing van huurders, wat leidt tot gemiste inkomsten voor de onteigende in de periode voorafgaand aan de onteigening. De rechtbank oordeelt dat niet kan worden gesproken van schade ontstaan als gevolg van de onteigening, maar de Hoge Raad casseert en overweegt dat de huurder, die is toe te schrijven aan de uitplaatsing door de Gemeente in verband met de onteigening en zonder de onteigening niet zou zijn opgetreden, in het kader van de onteigening dient te worden vergoed. In het verlengde van *Stichting Selva/Amsterdam* ligt het arrest *Staat/Welles*, waarin het gaat om ondernemer Welles die in het licht van de aanstaande onteigening afziet van de (uit)bouw van een kas, maar daardoor inkom-

21. HR 30 september 1987, NJ 1988, 868 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (Hoogheemraadschap van Delfland/Rotterdam), r.o. 3.

22. HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC1574, NJ 1996/51 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (Den Haag/Geelkerken q.q.), r.o. 3.2-3.3.

23. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 102.

24. Mörzer Bruyns 1996.

sten misloopt. Volgens de Hoge Raad oordeelde de rechtbank met juistheid dat Welles deze aan de onteigening voorafgegane schade heeft geleden als gevolg van zijn beslissing om voorshands niet over te gaan tot uitbreiding van zijn tuinbouwkas, maar het onredelijk zou zijn die schade voor zijn rekening te laten komen en niet aan te merken als schade teweeggebracht als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de onteigening. Daarbij acht de Hoge Raad van belang dat door de beslissing de uitbreiding van de tuinbouwkas uit te stellen de schadeloosstelling, ook als rekening wordt gehouden met de inkomsten die hij 'daardoor tot aan de onteigening' heeft gederfd, niet hoger is uitgekomen dan wanneer die uitbreiding vóór de onteigening haar beslag zou hebben gekregen en Welles de inkomsten dus niet zou hebben gederfd.²⁵ Volgens Van Wijmen gaat het hier om 'een soort omgekeerde causaliteit' of 'een anticiperende werking van de onteigening': volgens hem werpt de onteigening haar schaduw vooruit, vanuit de toekomst naar het heden, 'in welk heden de aspirant-onteiende juist heel redelijk, want schadebeperkend handelt' door zijn 'schade-kruit droog te houden' mede ten gunste van de onteigenaar.²⁶

Goed beschouwd gaat het in de hier besproken gevallen niet om een uitzondering op de hantering van een enkel beoordelingsmoment als zodanig, maar om een zekere verschuiving van het moment dat als ijkpunt voor de vaststelling van de schadevergoeding heeft te gelden. Het gaat bovendien steeds om een verschuiving in de tijd naar voren, zodat ook bepaalde nadelen in de periode voorafgaand aan de ontneming door de schadevergoeding worden gedekt.

10.2.4 *Gebeurtenissen na terinzagelegging*

Gerelateerd aan de peildatumkwestie is de datum van terinzagelegging van de onteigeningsplannen. Wanneer een eigenaar weet dat een onteigening hem zal gaan treffen, zou hij daarin aanleiding kunnen zien zijn eigen 'schadepositie' of die van een andere gebruiker te optimaliseren. Dit zou hij bijvoorbeeld kunnen doen door een huis op te knappen zodat het op de peildatum een hogere waarde zal vertegenwoordigen, of door een 'ongeregeld' gebruik te formaliseren (door een gebruiker te 'promoveren' tot huurder of pachter).²⁷ Artikel 39 OW beoogt de onteigenaar te beschermen tegen dergelijk calculerend gedrag: veranderingen die *kennelijk* tot stand zijn gebracht om de schadevergoeding te verhogen blijven buiten beschouwing. De bewijslast ter zake rust bij de onteigenaar. In *Den Haag/Kandhai* slaagt de gemeente in het vereiste bewijs. Kandhai had in een stadvernieuwingsgebied gelegen appartementen gekocht voor belegging. De appartementen branden op een zeker moment af, maar zij begint pas met daadwerkelijk herstel nadat zij is ingelicht over de sloopplannen van de gemeente, en zet dit door nadat de gemeente haar meedeelt dat een onteigening werd voorbereid en de naderende tervisielegging van het onteigeningsplan had aangekondigd. De rechtbank is op grond hiervan van oordeel dat het herstel kennelijk tot stand

25. HR 15 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD2957, NJ 1999/427 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Staat/Welles), r.o. 4.2.4-4.2.5.

26. Van Wijmen 1999.

27. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 100.

is gebracht om de schadevergoeding te verhogen en om die reden bij de berekening van de schadevergoeding buiten beschouwing dient te blijven; de Hoge Raad geeft toepassing aan artikel 101a RO.²⁸

Geen rekening wordt gehouden met veranderingen die tot stand zijn gebracht na de terinzagelegging, tenzij het gaat om normale of noodzakelijke veranderingen die aansluiten bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak. Denk aan het normale periodieke onderhoud of aan de noodzaak bepaalde herstelwerkzaamheden uit te voeren: van de eigenaar kan nu eenmaal niet worden verlangd dat hij steeds van dergelijke activiteiten afziet vanwege het zicht op een naderende onteigening. Enigszins richtinggevend op dit punt is het arrest *Guisouma/Amsterdam*, waarin het draait om de herbouw van een afgebrande coffeeshop met bovengelegen woonruimte, die verzekerd is tegen herbouwwaarde. Van belang is dat bij achterwege blijven van herbouw slechts de 'innerlijke waarde' zou worden vergoed. De rechtbank oordeelt dat de herbouw niet is te beschouwen als een normale of noodzakelijke verandering. Volgens de Hoge Raad is voor de vraag of sprake is van een normale of noodzakelijke verandering evenwel voldoende dat het herstel van de brandschade *bij achterwege blijven van de onteigening* een verandering zou zijn die, aansluitend bij de aard en de wijze van gebruik van het onteigende ten tijde van de tervisielegging, normaal of noodzakelijk zou zijn. Mede in aanmerking genomen dat het pand op basis van herbouwwaarde was verzekerd, moet het herstel van de brandschade volgens de Hoge Raad worden aangemerkt als een normale verandering, die niet buiten beschouwing mag worden gelaten.²⁹

In *De Haas/Lansingerland II* gaat het om de vraag of sprake is van een normale verandering die aansluit bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak in het geval waarin na terinzagelegging wordt doorgebouwd aan een reeds vergund bouwwerk, waardoor per peildatum sprake was van de 'ruwbouw' van een woning 'in glasdichte staat' en de waarde van de woning in aanbouw in zoverre is toegenomen in de tussengelegen periode. Volgens de rechtbank kan het afbouwen van de woning na de datum van terinzagelegging niet worden beschouwd als een normale of noodzakelijke verandering in de zin van artikel 39 Ow. Dat sneuvelt bij de Hoge Raad:

'In aanmerking genomen dat reeds voor de terinzagelegging van het onteigeningsplan een bouwvergunning was verkregen en een aanvang was gemaakt met de bouwwerkzaamheden, is zonder nadere motivering onbegrijpelijk waarom het realiseren van de ruwbouw in glasdichte staat na de terinzagelegging niet kan worden aangemerkt als een normale verandering die aansluit bij de aard en de wijze van gebruik van de onroerende zaak ten tijde van de terinzagelegging.'³⁰

28. HR 9 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC1, NJ 1999/674 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Den Haag/Kandhai).

29. HR 19 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4925, NJ 1985/801 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Guisouma/Amsterdam*), r.o. 3.

30. HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1731, NJ 2014/100 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Haas/Lansingerland II*), r.o. 3.9.

10.2.5 *Kapitalisatie bijkomende schade*

Bij onteigening kan sprake zijn van allerlei vormen van bijkomende of persoonlijke schade die dikwijls zal worden geleden in het tijdvak na de onteigening. Zo kan de eigenaar door de onteigening inkomensverlies lijden – zowel wanneer wordt uitgegaan van liquidatie als van verplaatsing van een bedrijf – of worden geconfronteerd met extra terugkerende lasten zoals extra huurlasten of rentelasten over nieuwe investeringen. Deze schade komt als bijkomende schade voor vergoeding in aanmerking. De vergoeding wordt berekend door de schade te kapitaliseren. In de rechtspraak zijn kapitalisatiefactoren ontwikkeld, waarbij een hogere factor wordt toegepast naarmate de onteigende een sterkere rechtspositie bekleedt (de eigenaar bekleedt een sterkere positie dan de pachter of de huurder).³¹ Zo is voor een eigenaar de kapitalisatiefactor 10 gebruikelijk, wat zou neerkomen op een schadeprijsperiode van ongeveer 13 jaar bij een rentevoet van 4%. De jaarlijks terugkerende schade wordt dus met factor tien vermenigvuldigd. Deze factor wordt gezien als een ‘fictie’ die de rechter houvast geeft.³² In de woorden van Telders:

‘Vraag niet: waarom? Er is geen mens die dit zeggen kan. De rechter moet iets zeggen en hij zegt het eenvoudige: tien maal. Het enige wat hiervan te zeggen valt is, dat de rechter hiermede niet gezegd heeft, dat de duur van de bedrijfsvoortzetting geschat moet worden op ± 13 jaar en dat hij ook niet gezegd heeft, dat de rentestand in deze 13 jaar gemiddeld 4% zal zijn. Hij heeft met de woorden ‘tien maal’ niets anders tot uitdrukking gebracht dan dat een eigenaar, voorzien van de aldus berekende som, de ongewisheden des levens zal kunnen ondergaan als ware hij niet onteigend.’³³

In de ‘vaste’ factor ziet men doorgaans een verdiscontering van allerlei risico’s en mogelijkheden, wat bijdraagt aan de doelmatigheid en de rechtszekerheid. Van der Schans en Van Heesbeen merken hierover op:

‘Zou men de factor 10 prijsgeven, dan zou de schadebeoordeling terecht komen in een chaotische verscheidenheid van factoren, met een wellicht van rechtbank tot rechtbank uiteenlopend resultaat. De conclusie is dat het ondoelmatig is het gebruik van de factor 10 te verlaten, zolang niet vaststaat dat voor de toepassing van een of meer andere factoren algemeen erkende, goede gronden aanwezig zijn.’³⁴

En in de bewoordingen van Den Drijver-van Rijckevorsel, Van Engen, Mulder en Rus-van der Velde:

‘In de meeste gevallen is niet te schatten hoe lang de onteigende zonder onteigening het te derven inkomen zou hebben genoten. Immers, hij kan zeer oud worden, hij kan door een ongeluk om het leven komen of invalide worden, hij kan failliet gaan, enz. En niet

31. Sluysmans 2011, p. 100.

32. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 143.

33. Telders 1968, nr. 551.

34. Van der Schans & Heesbeen 2011, p. 236-237.

alleen voor natuurlijke personen, maar eveneens voor rechtspersonen is de toekomst niet te voorspellen. Het is daarom in de regel bij gebreke van concrete andere gegevens weinig zinvol en ook niet gebruikelijk zich af te vragen wat de duur is van de schadeloosstellingsperiode.³⁵

In het arrest *Leiden/Het Motorhuis* overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de toepasbaarheid van de factor 10:

‘dat echter veeleer niet slechts denkbaar, doch bepaaldelijk meer voor de hand liggend is dat men tot een schadeperiode van 13 jaren komt doordat men bij het kapitaliseren van schaden, waarvan de schatting van het jaarlijkse bedrag berust op een vergelijking van de toestand voor de onteigening met de toestand daarna en waarvan de tijdsduur zelfs bij benadering moeilijk valt te schatten, intuïtief of afgaande op hetgeen men dikwijls heeft zien gebeuren, een vermenigvuldigingsfactor bezigt, welke niet voor alle groepen van gevallen gelijk behoeft te zijn doch in de meeste gevallen uitkomt op de factor 10, en welke met inachtneming van de eveneens gebruikelijke rentevoet van 4 procent overeenkomt met een tijdsduur van omstreeks 13 jaren.’³⁶

In de praktijk ziet men doorgaans geen afwijking van de ‘vaste’ factoren.³⁷ Voor een afwijking van wat gebruikelijk is, dient een rechtvaardiging te bestaan.

10.2.6 Verrekening van rente over vrijkomend kapitaal

Een zekere tijdscomplicatie doet zich gevoelen op het punt van de verrekening van rente over vrijkomend kapitaal. Door de onteigening kan geïnvesteerd vermogen vrijkomen dat de onteigende op een andere wijze kan inzetten. Zo kan het bedrag dat de onteigende overhoudt nadat hij met de vergoeding van de werkelijke waarde van de onteigende grond een gelijkwaardig nieuw stuk grond heeft gekocht renderend worden aangewend. Het beginsel van volledige schadevergoeding brengt met zich dat de onteigende door de onteigening niet in een betere vermogenspositie mag komen te verkeren, reden waarom een dergelijk voordeel zou moeten worden verrekend.

Er liggen op dit vlak ten minste twee discussiepunten. Ten eerste rijst de vraag van welk rentepercentage moet worden uitgegaan voor de berekening van het voordeel dat over het vrijkomend kapitaal zal worden genoten. In *Van den Hoek/Ridderkerk* formuleert de Hoge Raad het uitgangspunt, namelijk dat in aftrek moet worden gebracht de rente welke de onteigende kan genieten met een belegging welke wat risico en liquiditeit betreft de investering, die ten gevolge van de onteigening voor hem verloren ging, zo dicht mogelijk benadert.³⁸ Dat roept in concrete gevallen de vraag op van welk percentage moet worden uitgegaan, wat kan leiden tot uiteenlopende resultaten en discussie omdat het percentage steeds afhangt van de feiten van het voorliggende

35. Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, p. 188.

36. HR 12 april 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4547, NJ 1967/236 m.nt. N.J. Polak (Leiden/Het Motorhuis).

37. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 144 en Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013, p. 346-354.

38. HR 21 december 1960, ECLI:NL:HR:1960:61, NJ 1961/115 (Van den Hoek/Ridderkerk).

geval. Men kan zich daarom afvragen of uiteindelijk standaardpercentages om overwegingen van doelmatigheid verkieslijk zijn of dat de praktijk zal moeten leren om te gaan met dit 'ongemak'.³⁹

Ten tweede rijst bij de verrekening van rente over vrijkomend kapitaal de vraag op welke posten het voordeel mag worden verrekend. Dat maakt verschil, omdat een voordeel in het algemeen niet wordt genoten op hetzelfde moment als dat waarop het nadeel wordt geleden waarmee het voordeel moet worden verrekend (zie paragraaf 5.4.2). In oudere rechtspraak is wel aangenomen dat rente uit vrijkomend kapitaal niet alleen kan worden verrekend met jaarlijks terugkerende nadelen (zoals derving van inkomsten) maar ook met eenmalig te maken kosten.⁴⁰ Een voorbeeld biedt het arrest *Onteigening Hoogezand-Sappemeer*, waarin het draait om de onteigening van een weiland dat in gebruik was voor paardenstallen en bijbehorende voorzieningen. De vergoeding van de (agrarische) waarde van het onteigende brengt mee dat de onteigende na aankoop van nieuwe grond voor paardenstallen een bedrag zou overhouden: in zoverre is sprake van het vrijkomen van geïnvesteerd kapitaal. De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank (ook ambtshalve) de door de onteigende te lijden schade wegens afstandvergroting en eventueel diens kosten van verplaatsing en herinrichting onvergoed had behoren te laten voor zover die worden goedgeemaakt door het hem toevallende voordeel van de rente uit het vrijkomende kapitaal.⁴¹

Deze lijn is bekritiseerd, in de kern omdat de onteigende met een nadeel zou blijven zitten wanneer men zich er geen rekenschap van geeft dat het voor hem uit de onteigening voortvloeiende nadeel 'voor de baat uit gaat'. De aanspraakgerechtigde wordt dan als het ware gedwongen bepaalde nadelen 'voor te schieten', zoals kosten die hij direct zal moeten maken in verband met verplaatsing, om daarvoor pas compensatie te ontvangen op het latere moment waarop hij rente over het vrijgekomen kapitaal tot uitkering ziet komen, doorgaans pas aan het einde van een rentejaar.⁴²

De Hoge Raad lijkt zich die kritiek te hebben aangetrokken. In het arrest *Van der Horst/Staat* gaat het om de onteigening van een forse strook van de grond van eigenaar Van der Horst voor de aanleg van een rijksweg. Hij kan weliswaar blijven wonen op het overblijvende, maar moet daarvoor wel een aantal aanpassingen verrichten. De rechtbank is van oordeel dat die kosten van aanpassingen wegvallen tegen het voordeel dat Van der Horst geniet doordat hij renteopbrengst kan genereren uit de vergoeding die hij ontvangt vanwege de waardevermindering van het overblijvende. De in cassatie daartegen gerichte klachten treffen doel. De Hoge Raad overweegt:

'Deze éénmalige kosten behoren integraal te worden vergoed teneinde de onteigende na de onteigening in een financiële toestand te brengen die gelijkwaardig is aan die waarin hij

39. Sluysmans 2012, p. 117-118 en Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 145.

40. Sluysmans 2007, p. 8. Zie ook Claassen 1982, nr. 99-100.

41. HR 16 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2283, NJ 2004/507 (*Onteigening Hoogezand-Sappemeer*), r.o. 4.2.

42. Bijv. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 146 met verdere verwijzingen.

zich zou hebben bevonden indien de onteigening niet zou hebben plaatsgehad. Dit impliceert dat de aan hem te dier zake te betalen schadevergoeding ter vrije beschikking van de onteigende dient te komen. Het oordeel van de rechtbank dat (...) aanpassingskosten verrekend dienen te worden met (...) rentevoordeel uit het vrijkomend kapitaal leidt derhalve tot een resultaat dat strijdig is met het beginsel dat de onteigende recht heeft op volledige schadevergoeding en kan daarom niet als juist worden aanvaard.⁴³

Van Wijmen wijst erop dat hier cruciaal is dat die gekapitaliseerde rente een *toekomstige* opbrengst is, waartegen in de redenering van de rechtbank een eenmalige uitgave wegvalt:

‘Ware er inderdaad ook sprake geweest van inkomensschade, bijvoorbeeld een post ‘duurder wonen’, dan hadden voor- en nadeel in die zin een gelijk karakter, dat ze beide een tijdsverloop vergden om zich te realiseren. Verrekening zou dan wellicht in een ander licht komen te staan.’⁴⁴

Van der Schans vraagt zich af of het ‘verrekenverbod’ niet van kracht zou moeten worden verklaard voor alle eenmalige kosten. Het meest heldere resultaat wordt, naar het hem toeschijnt, verkregen door af te stappen van het idee dat de rente uit vrijkomend kapitaal een ‘voordeel’ zou zijn: het is in zijn ogen niets anders dan een uit een nieuwe bron te verwerven inkomen, dat in die gevallen waarin het inkomen door de onteigening wordt verminderd kan dienen als gehele of gedeeltelijke compensatie voor dit inkomensverlies, en dan in zoverre de inkomensschade vermindert:

‘De verrekening van rente van vrijkomend kapitaal wordt hiermee teruggedrongen naar de plaats waar hij thuishoort: de begroting van de (per saldo) te lijden inkomensschade. Maar dat is niet onredelijk. Ook andersoortige schadevergoedingen, bijvoorbeeld wegens onrechtmatige daad, worden behoudens gevallen van inkomensschade toch niet met een ‘rentevoordeel’ afgeroomd?’⁴⁵

10.2.7 *Rente over de schadevergoeding*

10.2.7.1 *Rente bij een te laag voorschot*

Doorgaans staat de omvang van de schadevergoeding ten tijde van de eigendomsontneming nog niet vast. De onteigende krijgt daarom met de gebruikelijke vervroegde onteigeningsprocedure een voorschot op de schadevergoeding toegekend, waarna kan worden (voort)geprocedeerd over de precieze omvang van de vergoeding. Meestal is de definitieve schadevergoeding hoger dan het eerder toegekende voorschot.⁴⁶ Dat betekent dat de onteigende in zoverre een deel van zijn schadevergoeding heeft

43. HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4540, NJ 2006/255 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Van der Horst/Staat), r.o. 3.3. In die lijn kort daarna ook HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1106, NJ 2007/596 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Staat/Princeville).

44. Van Wijmen 2006.

45. Van der Schans 2006.

46. Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 187.

gemist, namelijk vanaf het moment waarop het vonnis van vervroegde onteigening is ingeschreven in de openbare registers tot aan het moment waarop de schadevergoeding wordt vastgesteld, terwijl hij op dat bedrag reeds per peildatum aanspraak had.⁴⁷ Op grond van artikel 55 lid 3 OW loopt de wettelijke rente over de gehele schadevergoeding vanaf de dag van het eindvonnis, maar dat neemt niet weg dat het gemis van het bedrag waarmee de schadevergoeding het voorschot overtreft voor vergoeding in aanmerking komt. De wettelijke rente bedoeld in artikel 55 lid 3 OW loopt dan dus ook over het deel van de schadevergoeding dat ziet op het bedoelde gemis.⁴⁸

Het standaardarrest van de Hoge Raad op dit punt is *Maastricht/Van Wessem*, waarin hij overweegt dat het gaat om vergoeding van het 'gemiste genot van het bedrag waarmee de schadeloosstelling het hem verstrekte voorschot te boven gaat'.⁴⁹ Dat suggereert een zo concreet mogelijke vaststelling van het nadeel dat de onteigende lijdt als gevolg van het gemis van het bedrag waarmee de schadevergoeding het voorschot te boven gaat. In *De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland* overweegt de Hoge Raad dat wanneer partijen zich daarover niet hebben uitgelaten, de onteigeningsrechter ervan mag uitgaan dat dat nadeel vergoed wordt door de onteigenende partij de (ingevolge artikel 6:119 lid 2 BW samengesteld te berekenen) wettelijke rente over dat bedrag toe te wijzen.⁵⁰ Het nadeel moet worden 'begroot naar de waarde van het gemiste genot', die niet noodzakelijkerwijze gelijk is aan de wettelijke rente over het gemiste bedrag.⁵¹ In de praktijk zal het bepaald niet eenvoudig zijn die waarde vast te stellen op een andere wijze dan met behulp van de wettelijke rente. Sluysmans vraagt zich mijns inziens terecht af of het niet tot consistentere en hanteerbaarder recht zou leiden wanneer in het onteigeningsrecht 'gewoon' zou worden aangesloten bij artikel 6:119 BW, nu het in feite gaat om de vertraging in de betaling van een geldsom, namelijk een deel van een al in het verleden (want: per peildatum) verschuldigde schadevergoeding.⁵²

In dit kader is van belang dat de onteigenaar er in langdurige onteigeningsprocedures belang bij zou kunnen hebben aanvullende voorschotten uit te keren om zo het oplopen van het nadeel dat de onteigende lijdt als gevolg van het gemis van het bedrag waarmee de schadevergoeding het voorschot te boven gaat te voorkomen. In het arrest *Nieuw Werklust Kleiwarenfabriek/Staat II* overweegt de Hoge Raad dat het evenwel niet met het systeem van het onteigeningsrecht zou stroken wanneer de onteigende verplicht zou zijn om voorafgaand aan de definitieve vaststelling van de schadevergoeding een door de onteigenaar in aanvulling op het voorschot aangeboden bedrag van de schadevergoeding in ontvangst te nemen op straffe van verlies van haar aanspraak

47. Sluysmans 2012, p. 113.

48. HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0415, NJ 2009/303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland), r.o. 3.6.

49. HR 11 februari 1976, NJO 1976/12 (Maastricht/Van Wessem).

50. HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0415, NJ 2009/303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland), r.o. 3.6.

51. HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2316, NJ 2011/536 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Janssen/Venray), r.o. 4.2.

52. Sluysmans 2012, p. 115.

op vergoeding van de rente en aldus het renterisico te gaan dragen.⁵³ Dat renterisico doet zich gevoelen waar de wettelijke rente hoger ligt dan de marktrente. De onteigeningsrechter dient nu eenmaal bij een en hetzelfde vonnis uitspraak te doen over de totale aan de onteigende partij toekomende schadevergoeding, waaronder begrepen de vergoeding van het nadeel dat de onteigende lijdt doordat hij tot aan de vaststelling bij die uitspraak van de schadevergoeding het genot mist van het bedrag waarmee de schadevergoeding het hem verstrekte voorschot te boven gaat.

10.2.7.2 Rente bij een te hoog voorschot

Soms doet zich het omgekeerde voor en overstijgt het toegekende voorschot de uiteindelijk definitief vastgestelde schadevergoeding. Uit artikel 54t lid 3 OW volgt dat wanneer de onteigende ten gevolge van de betaling van voorschotten meer heeft ontvangen dan hem als schadevergoeding toekomt, hij gehouden is tot terugbetaling van het te veel ontvangen bedrag aan de onteigende partij. In een dergelijk geval kan de onteigende bovendien een rentevoordeel hebben genoten van het bedrag waarmee het voorschot de schadevergoeding overtreft.

Volgens de Hoge Raad in *List c.s./Staat* vormt dat genot een voor verrekening in aanmerking komend voordeel. Daarbij moet niet de door de Staat gederfde rente worden verrekend, maar het voordeel dat voor de onteigende was verbonden aan het genot van een te hoog bepaald voorschot: bij de begroting daarvan moet worden uitgegaan van de aanwending die een redelijk handelend onteigende aan het voorschot zal geven met inachtneming van de kans dat dit voor een deel zal moeten worden terugbetaald.⁵⁴ In *Van Vuuren/Gemeente Utrecht* komt de Hoge Raad – op voorzet van advocaat-generaal Van Oven – evenwel uitdrukkelijk terug op zijn leer in *List c.s./Staat*. Van Oven acht het niet redelijk dat de onteigende moet betalen voor het genot van een te hoog voorschot. Hij benadrukt dat de onteigende mag doen met de schadevergoeding wat hem goeddunkt, en dat dat ook geldt voor het voorschot, zij het dat hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat hij dat zal moeten terugbetalen voor zover de schadevergoeding op een lager bedrag zal worden vastgesteld. Volgens Van Oven krijgt hij het voorschot niet om dat liquide te houden in afwachting van de definitieve vaststelling van de hem toekomende schadevergoeding, maar om hem in staat te stellen daarmee dadelijk na het verlies van het onteigende zijn leven naar believen opnieuw in te richten; anders zou het geen goede zin hebben hem een voorschot uit te keren. Daar komt volgens Van Oven bij dat het antwoord op de vraag in hoeverre de onteigende daadwerkelijk voordeel geniet van het te hoge voorschot, van geval tot geval zal verschillen, en dat de onteigeningsprocedure zich er niet goed toe leent dat soort vragen te beantwoorden omdat die zich concentreert op de bepaling van de op de peildatum geleden en nog te verwachten schade.⁵⁵ De Hoge Raad volgt Van Oven,

53. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0591, NJ 2010/351 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Nieuw Werklust Kleiwarenfabriek/Staat II), r.o. 5.2.

54. HR 10 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC1944, NJ 1984/728 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*List c.s./Staat*), r.o. 3.

55. Concl. A-G Van Oven bij HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:94, NJ 2017/205 m.nt. E.W.J. de Groot (*Van Vuuren/Gemeente Utrecht*), nr. 4.21-4.22.

maar acht voor zijn beslissing vooral redengevend dat het *in de risicosfeer van de onteigenaar* ligt dat het voorschot op een te hoog bedrag is vastgesteld. Daar komt volgens de Hoge Raad bij dat een onderzoek naar de vraag of en zo ja, in hoeverre de onteigende daadwerkelijk voordeel heeft genoten van het feit dat het voorschot (achteraf bezien) te hoog was, pas zinvol aan de orde kan komen nadat de totale schadevergoeding voor het overige definitief is vastgesteld op een lager bedrag dan het bedrag van het voorschot. Dat levert derhalve een complicatie op voor de desbetreffende procedure die dan, afgezien van deze rentekwestie, juist voor afdoening gereed ligt.⁵⁶

10.3 VERGOEDING VAN PLANSCHADE

10.3.1 *Nadelige wijzigingen van het planologische regime*

Van het hiervoor besproken onteigeningsrecht valt te onderscheiden de problematiek van de zogeheten planschade. Van de wettelijke bepalingen waarin een recht op nadeelcompensatie is neergelegd, vormt de Wet ruimtelijke ordening (Wro), die de planschade regelt, de belangrijkste.⁵⁷ Planschade is – kort gezegd – schade ten gevolge van de nadelige wijziging van het planologische regime. Planschade kan in zekere zin worden gezien als een ‘partiële onteigening’: er wordt niet zozeer een bepaald recht ontnomen, maar wel een ‘stukje’ kwaliteit en/of omvang van een recht.⁵⁸ Thans is de grondslag voor de tegemoetkoming in planschade te vinden in artikel 6.1 Wro, waarin is bepaald dat burgemeester en wethouders aan degene die schade lijdt of zal lijden als gevolg van een in het tweede lid genoemde oorzaak, op aanvraag een tegemoetkoming toekennen, voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd. Het te compenseren nadeel bestaat in inkomensderving en in vermindering van waarde van een onroerende zaak. Het artikel moet worden gezien als de opvolger van artikel 49 WRO (oud), dat zag op een naar billijkheid te bepalen vergoeding voor schade welke redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van een belanghebbende behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet (of niet voldoende) door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd. Waar aan artikel 49 WRO (oud) nog het materiele rechtszekerheidsbeginsel ten grondslag zou liggen, is het huidige artikel 6.1 lid 1 Wro gegrond op het *égalité*beginsel. Het verschil werkt door in het vergoedingsperspectief: waar artikel 49 WRO (oud) nog de grondslag vormde voor een (volledige) schadevergoeding, voorziet artikel 6.1 lid 1 Wro (slechts) in een tegemoetkoming. Daarmee is het planschaderecht tot op zekere hoogte gelijkgetrokken met andere nadeelcompensatieregelingen.

Bijzonder aan planschade is dat zij voortvloeit uit een (rechtmatige) wijziging van de *juridisch-planologische situatie*: er wordt een nadeel geleden door wat op grond van het

56. HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:94, NJ 2017/205 m.nt. E.W.J. de Groot (Van Vuuren/Gemeente Utrecht), r.o. 4.5.

57. Scheltema & Scheltema 2013, p. 471.

58. Rodrigues Lopes 2018, nr. 13.

planologische regime wordt toegestaan.⁵⁹ Het gaat daarom om een vorm van schade die door de eigenaar van een onroerende zaak in feite 'op papier' wordt geleden op het moment waarop een besluit wordt genomen dat hem in planologisch opzicht raakt: met het juridisch mogelijk maken van bepaalde ruimtelijke ontwikkelingen is de feitelijke verwezenlijking daarvan immers nog niet gegeven. Bij de vaststelling van planschade blijft evenwel buiten beschouwing in hoeverre de veranderingen die het (nieuwe) planologische regime mogelijk maakt daadwerkelijk hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden. Ter vaststelling van planschade wordt namelijk een vergelijking gemaakt tussen wat *mogelijk was* onder het oude planologische regime en wat *mogelijk is* onder het nieuwe planologische regime. Die vergelijking wijst uit of en zo ja, hoezeer de planologische situatie is verminderd.

Bij de schadevergelijking wordt het uitgangspunt van *planmaximalisatie* gehanteerd: men gaat uit van de maximale mogelijkheden en niet van wat zich daadwerkelijk zal realiseren.⁶⁰ Van deze regel kan slechts worden afgeweken wanneer realisering van de maximale mogelijkheden met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten.⁶¹ Illustratief is een zaak waarin het gaat om een inwoner van Vlissingen die eigenaar was van een woning aan de rand van een vrij groot groengebied waarin een speelveld, sportvelden en een manegeterrein gelegen waren. Een en ander leverde een mooi uitzicht op vanuit de woning. Het gemeentebestuur verleent op een zeker moment een vrijstelling ex artikel 19 WRO, die de bouw van een warmtekrachtkoppelstation mogelijk maakt op enkele tientallen meters afstand van de woning. Het betreft een omvangrijk, industrieel aandoend gebouw, waardoor de woonomgeving en (deels) het uitzicht vanuit de woning en de bijbehorende tuin wordt aangetast en sprake is van hinder ten gevolge van de zichtbare uitstoot van gassen uit de schoorstenen. In deze casus levert de schadevergelijking evenwel geen planologische verslechtering op, omdat het negatieve effect van de aanwezigheid van het warmtekrachtkoppelstation niet groter wordt geacht dan het negatieve effect van wat ingevolge het bestemmingsplan – maximaal ingevuld – reeds mogelijk was. In dit geval was het reeds 'planologische toegestaan' zend- en ontvangstmasten met een maximum hoogte van 15 meter te bouwen, en konden bovendien speelvoorzieningen in de vorm van een klauterheuvel aangelegd worden en andere bouwwerken, geen gebouwen zijnde, met een maximum hoogte van 5 meter.⁶² Doorslaggevend is dus of de eigenaar van de woning in een planologisch nadeliger situatie is komen te verkeren als gevolg van de vrijstelling, wat hier niet het geval was.

Het begrip schade in artikel 6.1 lid 1 Wro is, zoals gezegd, op voorhand beperkt tot schade bestaande in de vermindering van de waarde van een onroerende zaak en schade in de vorm van inkomensderving.⁶³ Bij de bepaling van de waardevermindering is maatgevend welke prijs een redelijk denkend en handelend koper voor de

59. Van den Broek 2002, p. 13-15.

60. Zo volgt bijv. uit ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2291, JOM 2007/105 (Meerssen), r.o. 2.1.

61. ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254, AB 2013/78 m.nt. M.K.G. Tjepkema.

62. ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5004. Het voorbeeld is ontleend aan Van Ravels 2006.

63. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.2.3.

onroerende zaak zou hebben geboden onmiddellijk voor de inwerkingtreding van het nieuwe planologische regime en op het tijdstip direct daarna, uitgaande van hetgeen maximaal op grond van het oude en nieuwe planologische regime kon worden gerealiseerd.⁶⁴ Die redelijk denkende en redelijk handelende koper zal immers de wijziging van de bestemming verdisconteerd willen zien in de koopprijs, zo luidt de veronderstelling.⁶⁵ Het gaat dus om een geobjectiveerde bepaling van de waardevermindering. Artikel 6.5 sub b Wro bepaalt dat wanneer een planschadetegemoetkoming wordt toegekend, tevens de wettelijke rente wordt vergoed, waarbij de datum van ontvangst van de aanvraag heeft te gelden als ingangsmoment. Daarmee wijkt de Wro af van artikel 6:119 lid 1 BW: op de ontvangstdatum is de gemeente immers nog niet in verzuim.

10.3.2 *Directe en indirecte planschade*

In het planschaderecht wordt onderscheid gemaakt tussen zogeheten directe en indirecte planschade. Met directe schade wordt wel bedoeld een beperking van de uitoefening van het eigendomsrecht van een eigenaar; met indirecte planschade doelt men op de situatie waarin aan derden toestemming wordt verleend in de omgeving activiteiten te verrichten die leiden tot een beperking van het genot of het inkomen dat een eigenaar aan zijn eigendom ontleent.⁶⁶ Zo kan bijvoorbeeld directe planschade worden geleden doordat een bouwmogelijkheid op de eigen grond van de eigenaar wordt 'wegbestemd', en is daarentegen sprake van indirecte planschade wanneer in iemands woon- of werkomgeving de aanleg van een weg wordt toegestaan, waarvan hinder wordt ondervonden.⁶⁷ De meeste planschadegeschillen zouden draaien om indirecte planschade: activiteiten in de omgeving die leiden tot aantasting van woon- genot, resulterend in een duurzame waardevermindering van een perceel.⁶⁸ Zie over indirecte planschade onder de voorgestelde Omgevingswet hierna paragraaf 10.3.6.

10.3.3 *De peildatum in het planschaderecht*

10.3.3.1 *Het moment van inwerkingtreding van het besluit*

In het planschaderecht zijn met name twee tijdstipmomenten van belang: het moment van inwerkingtreding van het schadeveroorzakende besluit en het moment waarop het besluit onherroepelijk wordt. Het eerste moment heeft in beginsel te gelden als de schadepeildatum; het tweede als het moment vanaf welk als eerste een verzoek om schadevergoeding kan worden ingediend. Uit vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt dat het moment waarop het (beweerdelijk) schadeveroorzakend besluit in werking treedt heeft te gelden als peildatum voor het antwoord op de vraag of ten gevolge van een onherroepelijk geworden besluit

64. ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1439, JOM 2016/510.

65. Dijkshoorn 2011a, p. 23.

66. Van den Broek & Tjepkema 2016, p. 2821.

67. Van Ettehoven 2011, p. 8.

68. Van den Broek 2012, p. 437 e.v.

als bedoeld in artikel 6.1 Wro schade is geleden.⁶⁹ Bij verzoeken om planschade werd in het verleden (tot 2003) als peilmoment gehanteerd de datum van het onherroepelijk worden van het besluit, omdat pas vanaf dat moment met zekerheid kon worden gezegd dat een handeling rechtmatig is. Daarop is in de literatuur kritiek geuit: met het moment van inwerkingtreden van het besluit treden de beoogde rechtsgevolgen in en verandert het planologisch regime daadwerkelijk, met alle mogelijke nadelige gevolgen van dien. Het zou daarom niet aangaan om de vraag of schade is geleden (pas) te beantwoorden naar het moment waarop het besluit onherroepelijk is geworden.⁷⁰ Het tijdstip van de inwerkingtreding van een nieuw bestemmingsplan (of een ander schadeveroorzakend besluit) wordt dus beschouwd als de peildatum. Daaraan doet niet af dat verzoeken om planschadevergoeding pas kunnen worden ingediend en moeten worden behandeld vanaf het moment waarop het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden.⁷¹ De ratio daarachter is dat wordt voorkomen dat een bestuursorgaan overgaat tot toekenning van een tegemoetkoming in de schade, terwijl het schadeveroorzakende besluit later alsnog wordt vernietigd.⁷² De onherroepelijkheid van het besluit blijft in die zin van betekenis, dat daarmee het verzoek om schadevergoeding in het perspectief van de *rechtmatige* overheidsdaad moet worden geplaatst.⁷³

10.3.3.2 Waardevermindering

Bij schade in de vorm van waardevermindering van een onroerende zaak moet de schade worden vastgesteld naar het moment van de inwerkingtreding van het besluit, en wel door een vergelijking te maken tussen de waarde van de zaak direct vóór en na de inwerkingtreding.⁷⁴ Die waardevermindering komt slechts voor vergoeding in aanmerking wanneer zij voortvloeit uit een oorzaak met een *duurzaam karakter*: een waardedaling van een onroerende zaak die slechts tijdelijk van aard is geeft in beginsel geen aanspraak op een tegemoetkoming.⁷⁵ Op vergoeding van een tijdelijke waardevermindering als gevolg van een tijdelijke ingreep zou geen aanspraak moeten bestaan, omdat na het einde van de ingreep – wanneer de omgeving in een ordenelijke toestand wordt hersteld – de invloed daarvan op de waarde van het te taxeren object verdwijnt.⁷⁶

10.3.3.3 Inkomensschade

Op het punt van de inkomensschade is de peildatum niet gefixeerd op het moment van de inwerkingtreding van het besluit. Anders dan in het onteigeningsrecht (zie hiervoor paragraaf 10.2.2) bestaat bij tegemoetkoming in planschade strikt genomen

69. Bijv. ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2434, JOM 2012/655 en ABRvS 18 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AG1714, BR 2004/24, m.nt. J.W. van Zundert.

70. Van Ravels 1999, p. 195.

71. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.2.5.

72. Van Heijst 2017, p. 77.

73. Tjepkema 2010, p. 314-315.

74. Sanderink 2017, p. 138.

75. Bijv. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621, Gst. 2014/35 m.nt. L.J. Gerritsen & T.E.P.A. Lam, r.o. 6.1.

76. Van der Schans 2004, p. 12 e.v.

immers geen verplichting in een keer te beslissen over de totale vergoeding. Daardoor is bijvoorbeeld mogelijk dat de planschade periodiek over een bepaald tijdvak wordt vergoed.⁷⁷ Waar het gaat om schade in de vorm van inkomensderving is van belang dat slechts het gemiste voordeel uit op de peildatum – dat wil zeggen: het moment van de inwerkingtreding van het besluit – aangevangen bedrijfsvoering voor tegemoetkoming in aanmerking komt.⁷⁸ In gevallen waarin de aanvrager op dat moment onomkeerbare investeringen heeft gedaan en de planologische maatregel de exploitatie niet onmogelijk maakt, geldt deze regel overigens niet.⁷⁹

De omvang van de inkomensschade zou ‘concreet’ worden vastgesteld in die zin dat niet het moment van inwerkingtreding van het besluit als vertrekpunt moet worden genomen, maar het moment waarop de schade (daarna) daadwerkelijk optreedt. De inkomensschade wordt namelijk dikwijls pas geleden wanneer er gestart wordt met het feitelijk uitvoering geven aan de planologische wijziging, en niet reeds op het moment waarop de planologische wijziging in werking treedt.⁸⁰ De schade wordt vastgesteld door het inkomen vanaf het moment waarop de schade intreedt te vergelijken met het inkomen dat de aanvrager in diezelfde periode zou hebben genoten in de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakend besluit.⁸¹ Die berekening zou betrekkelijk eenvoudig zijn wanneer het gaat om tijdelijke winstderving die op het moment van vaststelling reeds geheel is geleden. De tijdens de schadeperiode feitelijk gerealiseerde winst wordt dan achteraf vergeleken met de winst die bij wegdenken van het schadeveroorzakende besluit redelijkerwijs had mogen worden verwacht. Die winstverwachting kan worden gebaseerd op de cijfers uit een relevante referentieperiode, die vervolgens kan worden gecorrigeerd voor inflatie en andere ontwikkelingen (in de branche of binnen het betreffende bedrijf) die ook in de hypothetische situatie zonder het schadeveroorzakende besluit de winst hadden bepaald.⁸² Gebeurtenissen van na de ‘peildatum’, althans van na het moment van inwerkingtreding van het besluit, zijn aldus van betekenis bij de schadevaststelling. Gaat het om permanente inkomensderving, dan zal de schade (deels) bestaan in toekomstige inkomensschade en ligt een en ander technisch iets lastiger: de toekomstige schade zal dan worden gekapitaliseerd waar uitstel niet wenselijk wordt geacht. Daarbij wordt dikwijls aansluiting gezocht bij de in het onteigeningsrecht gebruikelijke vaste kapitalisatiefactoren, die zijn afgestemd op de sterkte van de aangetaste rechtspositie (zie hiervoor paragraaf 10.2.5).⁸³

77. Van Mierlo & Van Ravels 2011, p. 144.

78. ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3968.

79. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621, Gst. 2014/35 m.nt. L.J. Gerritsen & T.E.P.A. Lam.

80. Sanderink 2017, p. 138.

81. Van Heijst 2017, p. 75 en Van der Schans 2007, p. 204.

82. Van der Schans 2007, p. 207.

83. Van den Broek 2002, p. 56, Van der Schans 2007, p. 207 en Sluysmans & Van der Gouw 2015, p. 12.

10.3.4 Schade voor rekening van aanvrager

Artikel 6.2 lid 1 Wro bepaalt dat schade die binnen het 'normale maatschappelijke risico' valt voor rekening van de aanvrager blijft. Het begrip hoort bij het leerstuk van de nadeelcompensatie op grond van het *égalité* beginsel, dat immers een rechtsgrondslag vormt voor vergoeding van *onevenredige* schade: schade die slechts een kleine groep van personen treft en een omvang heeft die het normale maatschappelijk risico te boven gaat.⁸⁴ Omdat een concrete vergelijkingsmaatstaf voor dat risico moeilijk te vinden is, voegt artikel 6.2 lid 2 Wro een forfaitaire bepaling toe die voor veel gevallen daaraan ten minste een minimale invulling geeft.⁸⁵ Van schade in de vorm van inkomensderving blijft in ieder geval een gedeelte gelijk aan twee procent van het inkomen onmiddellijk vóór het ontstaan van de schade voor rekening van de aanvrager; van schade in de vorm van een vermindering van de waarde van een onroerende zaak blijft in ieder geval een gedeelte van twee procent van de waarde van die zaak onmiddellijk vóór het ontstaan van de schade voor rekening van de aanvrager. De forfaitaire 2%-regeling heeft geen betrekking op directe planschade, wat niet uitsluit dat dat de hoofdregel, volgens welke binnen het normale maatschappelijke risico vallende schade niet vergoed wordt, daarop wel van toepassing is. Het forfait fungeert als drempel.⁸⁶ Artikel 6.2 lid 2 Wro, dat de zogenoemde 'redelijkerwijsformule' uit artikel 6.1 lid 1 Wro nader invult, bepaalt dat 2% van het inkomen of de waarde van de onroerende zaak *in ieder geval* voor rekening van de benadeelde burger blijft, hetgeen de mogelijkheid openlaat een groter deel voor rekening van de burger te laten, zij het dat moet worden aangenomen dat een hoger percentage wel goed moet kunnen worden onderbouwd. Naarmate een bestuursorgaan een hoger percentage als normaal risico als ondergrens hanteert dan wel op een tegemoetkoming in mindering brengt, worden aan de motivering zwaardere eisen gesteld.⁸⁷

Artikel 6.3 Wro ziet op de zogeheten *actieve* en *passieve* risicoaanvaarding. Beide vormen eveneens grond waarom de planschade redelijkerwijs voor rekening van de burger mag worden gelaten. Zo bepaalt artikel 6.3 sub a Wro dat de 'voorzienbaarheid van de schadeoorzaak' bij het schadeoordeel moet worden betrokken. Daarmee wordt bedoeld dat schade die voor de burger voorzienbaar was, en ten aanzien waarvan hij bewust het risico heeft genomen, voor zijn rekening mag worden gelaten. Hij aanvaardt aldus *actief* het risico, wanneer hij weet of behoort te weten dat een nieuw bestemmingsplan een voor hem nadelige verandering zou kunnen meebrengen en hij niettemin overgaat tot verwerving van een onroerende zaak of anderszins investeringen doet. De rechtspraak hanteert als maatstaf de vraag of het voor de koper redelijkerwijs voorzienbaar was dat een bepaalde, negatieve planologische ontwikkeling zich zou voordoen, waarbij van de koper tamelijk veel wordt verwacht: hij dient zich zorgvuldig te vergewissen van in de nabije toekomst te verwachten planologische ont-

84. Snijders 2016, nr. 35b.

85. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.3.1.

86. Planken & Hazen 2017, p. 37.

87. Dijkshoorn 2011a, p. 19-20 en Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.3.1.

wikkelingen.⁸⁸ Bepalend is wat een koper op het tijdstip van het sluiten van de koop-overeenkomst kon weten; in dit verband wordt ook wel gesproken van de 'peildatum' van de voorzienbaarheid.⁸⁹ De benadeelde aanvaardt op *passieve* wijze het risico van planschade wanneer hij van mogelijkheden, die hij volgens een bestemmingsplan heeft, geen gebruik maakt terwijl hij weet of kan weten dat er voornemens bestaan om die mogelijkheden weg te nemen of te verminderen door een bestemmingsplan-herziening. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer hij gedurende een periode van vele jaren geen gebruik heeft gemaakt van bestaande, gunstige bouwmogelijkheden die in een nieuw bestemmingsplan zullen komen te vervallen.⁹⁰ Ook dit valt onder het toepassingsbereik van artikel 6.3 sub a Wro.

10.3.5 *Planologische schaduwshade*

Overheden voeren hun planologisch beleid met meer instrumenten dan de besluiten waarop artikel 6.1 lid 2 Wro ziet. Structuurvisies, informele planfiguren, ontwikkelingsschetsen en andere beleidsstukken kunnen hun schaduw (soms ver) vooruitwerpen. Hoewel daaruit veelal nog geen rechtsgevolgen voor burgers voortvloeien, reageert de markt doorgaans al wel op dergelijke signalen: grondprijzen stijgen of dalen in de verwachting dat gebruiksmogelijkheden zullen veranderen, ondernemers laten investeringen na omdat zij er niet voldoende zeker van zijn dat zij die nog rendabel zullen kunnen maken etc.⁹¹ Aldus kan reeds de voorbereiding van een bestemmingsplan nadeel veroorzaken, dat wel planologische schaduwshade (of 'voorbereidingsschade') wordt genoemd. Planologische schaduwshade komt als zodanig niet voor tegemoetkoming in aanmerking.⁹² Problematisch is dat zij immers bezwaarlijk kan worden aangemerkt als het *gevolg* van een bestemmingsplan of een ander in artikel 6.1 lid 2 Wro genoemd besluit: dat besluit volgt immers pas later in de tijd. Valt uiteindelijk het (nadelige) besluit, dan kan vroeg of laat een aanspraak ontstaan op grond van artikel 6.1 Wro; gaan de plannen (alsnog) niet door, dan is er geen planschade geleden en bestaat dus geen aanspraak op een tegemoetkoming. Het probleem van de planologische schaduwshade doet zich waarschijnlijk het scherpst gevoelen wanneer de eigenaar die zijn huis of grond verkoopt in een periode waarin de uit te werken bestemming zijn schaduw vooruit werpt. Hij zal met een lagere prijs genoeg moeten nemen, en ziet een en ander ook niet gecompenseerd indien naderhand inderdaad een bestemmingsplan tot stand komt dat de gevreesde verandering juridisch mogelijk maakt: zijn nadeel (de verminderde verkoopprijs) is immers niet het *gevolg van het intreden* van het latere bestemmingsplan. Ook een ondernemer die heeft afgezien van een investering kan op die manier schaduwshade lijden, die hij niet kan verhalen.⁹³

88. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.3.2. en Scheltema & Scheltema 2013, p. 483.

89. Van Heijst 2017, p. 101.

90. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.3.3.

91. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.2.4.

92. ABRvS oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8555; ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1157, BR 2010/157, m.nt. J.W. van Zundert; ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5383, O&A 2010/35.

93. Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, nr. 10.2.4.

Een algemeen argument tegen de vergoeding van schaduwshade is gelegen in het risico van overcompensatie, oftewel de mogelijkheid dat de eigenaar op grond van een dreiging meer vergoed krijgt dan op basis van de uiteindelijke verwezenlijking of het uitblijven daarvan gerechtvaardigd zou zijn. Er zou weliswaar sprake zijn van een tijdelijke waardedaling door ‘het boven de markt hangen’ van een mogelijk nadelig besluit, maar zodra eenmaal duidelijk wordt dat het besluit de eindstreep niet haalt, ‘verdamp’t dit nadeel weer.⁹⁴ Men stelt dan achteraf dat de eigenaar geen schade heeft geleden, omdat hij niet in het schaduwshadetijdvak heeft verkocht (tegen een lagere prijs); van daadwerkelijk nadeel zou slechts sprake zijn als in dat tijdvak voor een lagere verkoopprijs is verkocht. Daarbij zij bedacht dat eigenaren op spiegelbeeldige wijze ook profijt zouden kunnen trekken uit planologisch ‘schaduwvoordeel’, wanneer de mogelijkheid van een gunstige planologische wijziging haar licht vooruitwerpt en de markt hier in gunstige zin op reageert.⁹⁵ Degene die een onroerende zaak verwerft met de goede hoop dat een voor hem gunstige wijziging van het bestemmingsplan daadwerkelijk in het verschiet ligt – welke verwachting in de koopprijs is verdisconteerd – loopt dan in beginsel het risico dat die wijziging alsnog uitblijft; de verkoper kan in zoverre profijt hebben van een vooruitzicht dat achteraf niet bewaarheid werd.

10.3.6 Omgevingswet: verschuiving schademoment?

Met de Omgevingswet, die ten tijde van deze studie als toekomstig recht mag worden beschouwd, wordt gestreefd naar bundeling en vereenvoudiging van het omgevingsrecht, dat in zijn huidige vorm te zeer verbrokkeld en verdeeld zou zijn. Een fundamentele wijziging die in de (consultatieversie van de) Invoeringswet Omgevingswet⁹⁶ wordt voorgesteld betreft de (deels) nieuwe wijze waarop wordt vastgesteld in hoeverre van planschade sprake is en het moment waarop het recht op vergoeding van indirecte planschade ontstaat.⁹⁷ In het voorgestelde stelsel van nadeelcompensatie onder de Omgevingswet is de peildatum voor het vaststellen van de indirecte schade – althans in de vorm van een waardevermindering⁹⁸ – niet langer de datum van inwerkingtreding van het besluit, maar wordt het schademoment in de tijd naar achteren geschoven. Uitgangspunt van de nieuwe regeling is dat alleen de mogelijkheden van het plan die daadwerkelijk worden geëffectueerd aanleiding kunnen vormen tot planschadevergoeding.⁹⁹ Een en ander moet worden bereikt door de omgevingsvergunning als het schadeveroorzakende besluit aan te merken. Is voor een activiteit geen omgevingsvergunning vereist, dan kan een aanvraag om schadevergoeding

94. Kortmann 2017, p. 191.

95. Zie Rb. Zutphen 15 september 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ1635, BR 2006/228 m.nt. J.W. van Zundert (Planschade Harderwijk).

96. Consultatieversie Invoeringswet Omgevingswet, versie 5 januari 2017 (online, https://www.internetconsultatie.nl/invoering_omgevingswet/).

97. Sanderink 2017, p. 137.

98. Sanderink 2017, p. 142, die terecht opmerkt dat het voorstel in de MvT in te algemene bewoordingen is weergegeven en waarschijnlijk niet is bedoeld om ook veranderingen door te voeren ten aanzien van de peildatum voor de inkomensschade.

99. Van den Broek & Tjepkema 2016, p. 2820.

(pas) worden ingediend op het moment waarop over de activiteit aan het bevoegd gezag informatie is verstrekt. Is een omgevingsvergunning niet vereist en bestaat ook geen informatieplicht, dan ligt de peildatum bij het moment waarop met de activiteit is begonnen.¹⁰⁰

De reden voor het 'doorschuiven' van de schadepeildatum zou volgens de Memorie van Toelichting hierin gelegen zijn, dat op het moment waarop het planologisch regime wijzigt nog niet duidelijk is van welke mogelijkheden die het nieuwe regime biedt gebruik zal worden gemaakt, waardoor een reële inschatting van de planschade op dat moment niet goed mogelijk is. Dat zou anders liggen op het moment van vergunningverlening, informatieverstreking of aanvang van de activiteit. Het risico dat planschade moet worden vergoed vanwege planologische mogelijkheden die feitelijk nooit worden benut zou groter worden waar met de Omgevingswet wordt ingezet op 'uitnodigingsplanologie': een omgevingsplan zou meer globale regels moeten bevatten zodat het optimaal ruimte laat aan eigen initiatief van ontwikkelaars.¹⁰¹ De inschatting van de schade zou dus beter mogelijk zijn op het moment van vergunningverlening, informatieverstreking of het feitelijk beginnen met de activiteit.¹⁰² Een en ander brengt met zich dat in gevallen van indirecte planschade geen vergelijking van twee planologische regimes meer zou moeten plaatsvinden, op basis van de maximale mogelijkheden waarvan onzeker is of deze ooit worden gerealiseerd, maar dat de schadevaststelling wordt gebaseerd op wijzigingen die *daadwerkelijk* worden aangebracht in de fysieke leefomgeving (een vergelijking van 'feitelijke situaties' dus). Er wordt dan dus een vergelijking gemaakt tussen feitelijke situaties in plaats van planologische mogelijkheden.

Als argument voor deze verschuiving van perspectief wordt ook aangevoerd dat de vergelijking van de maximale mogelijkheden zou 'losstaan van de werkelijkheid', niet zou aansluiten op de beleavingswereld van de burger en in de praktijk tot het uiterste of zelfs het irreële zou worden doorgevoerd. Een en ander zou nauwelijks nog zijn uit te leggen aan juristen die niet zijn ingevoerd in het planschaderecht, laat staan aan de burger.¹⁰³ Bovendien zouden de grote reserveringen in verband met het risico van theoretische planschade zwaar drukken op het besluitvormingsproces.¹⁰⁴ Die 'last' is in die zin aannemelijk, dat het overgrote deel van de in de praktijk betaalde vergoedingen indirecte planschade zou betreffen.¹⁰⁵ In de literatuur is daarom wel gepleit om schade pas te vergoeden als die ook 'wordt gevoeld in de portemonnee van de burger'.¹⁰⁶ Een en ander zou er bovendien toe leiden, dat Nederland wat betreft de

100. Memorie van Toelichting consultatieversie Invoeringswet Omgevingswet, versie 5 januari 2017 (online, https://www.internetconsultatie.nl/invoering_omgevingswet/), p. 23-26, 172, 174 en 176.

101. Nijmeijer 2017, p. 143-144.

102. Memorie van Toelichting consultatieversie Invoeringswet Omgevingswet, versie 5 januari 2017 (online, https://www.internetconsultatie.nl/invoering_omgevingswet/), p. 23-24, 171-172 en 176.

103. Planken & Hazen 2017, p. 38.

104. Memorie van Toelichting consultatieversie Invoeringswet Omgevingswet, versie 5 januari 2017 (online, https://www.internetconsultatie.nl/invoering_omgevingswet/), p. 17.

105. Van Ravels 2006, p. 262.

106. Van Ettekooven 2011, p. 20.

vergoeding van indirecte planschade meer in de pas zou komen te lopen met omringende rechtsstelsels, nu indirecte planschade naar Vlaams en Duits planschaderecht niet voor tegemoetkoming in aanmerking zou komen.¹⁰⁷

In de literatuur is evenwel kritisch gereageerd op deze voorgestelde wijziging. Van den Broek en Tjepkema wijzen op het dogmatische bezwaar dat het stelsel van nadeelcompensatie in de Omgevingswet minder goed zou aansluiten op de overheidsaansprakelijkheid vanwege rechtmatige besluiten, maar juist meer weg zal krijgen van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van private partijen voor het verrichten van activiteiten die (onrechtmatige) hinder veroorzaken. Schuift men het schadepeilmoment door naar het moment waarop een derde private partij overgaat tot een vergunningsvrije activiteit die door het omgevingsplan mogelijk wordt gemaakt, dan vervaagt volgens Van den Broek en Tjepkema de grens tussen overheidsaansprakelijkheid op grond van het *égalité*beginsel en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van die derde partij voor het toebrengen van onrechtmatige hinder. Discussies zouden dan kunnen ontstaan over de vraag of de door de derde verrichte activiteiten inderdaad worden toegestaan door het omgevingsplan en of de hinder al dan niet (on)rechtmatig is. Dergelijke kwesties spelen niet in het huidige stelsel.¹⁰⁸

Een ander bezwaar, eveneens opgeworpen door Van den Broek en Tjepkema, is dat een en ander ten onrechte zou suggereren dat indirecte planschade geen 'daadwerkelijke schade' zou zijn (en dat indirecte planschade dus vooral moet worden gezien als een voordeel voor de tot tegemoetkoming gerechtigde). Zij wijzen erop dat uit vaste jurisprudentie volgt dat schade in de vorm van een duurzame waardevermindering volgens een 'abstracte schadeberekening' wordt begroot: uitgangspunt is een vergelijking tussen hetgeen een redelijk denkende en redelijk handelende handelend aspirant-koper zou hebben geboden onmiddellijk voor en onmiddellijk na de inwerkingtreding van het planologische regime. Nu een redelijk denkende en redelijk handelende aspirant-koper bij zijn bod rekening houdt met een negatief planologisch verschil, zou er wel degelijk 'echte' vermogensschade zijn geleden in de vorm van een verminderde marktwaarde van de onroerende zaak. Dat volgens het voorgestelde systeem bij maatregelen die nooit daadwerkelijk zijn geëffectueerd in het geheel geen schadevergoeding mogelijk is, kan volgens Van den Broek en Tjepkema bepaald niet bekoren: van dergelijke mogelijkheden kan immers wel degelijk een waardeverminderende invloed uitgaan.¹⁰⁹ Ook volgens Van Heijst getuigt het voorstel om het schadepeilmoment te verplaatsen naar het moment waarop de feitelijke situatie wijzigt van een onjuist beeld van het begrip 'waarde' en van het begrip 'werkelijk geleden schade'. Hij wijst erop dat de marktwaarde van een woning niet alleen wordt bepaald door de feitelijke situatie op het moment van taxeren, maar ook door de verwachtingen ten aanzien van de toekomstige situatie in de directe omgeving: het is volgens hem 'evident' dat een woning minder waard is als er op het moment van taxeren een plan is dat voorziet in bijvoorbeeld de aanleg van een bedrijventerrein tegenover

107. Huijts & Backes 2015, p. 142.

108. Van den Broek & Tjepkema 2017, p. 23.

109. Van den Broek & Tjepkema 2016, p. 2823-2824.

deze woning dan wanneer dat plan er niet is. De markt verdisconteert een dergelijke mogelijkheid onmiddellijk in de waarde van de woning: wanneer per het moment van vergunningverlening, informatieverstrekking of aanvang van de activiteit de waarde van een woning moet worden bepaald, zal de markt op basis van het omgevingsplan allang de mogelijkheden van bepaalde veranderingen in de waarde van de woning hebben verdisconteerd.¹¹⁰

Een ander accent legt Sanderink, waar hij stelt dat in werkelijkheid de feitelijke activiteit of althans de dreiging daarvan de directe oorzaak van de schade is en niet zozeer het besluit dat die activiteit rechtens mogelijk maakt: indien op voorhand zou vaststaan dat die activiteit niet zal plaatsvinden, is het volgens hem immers niet aannemelijk dat er schade ontstaat door het enkele feit dat dat besluit die activiteit wel mogelijk zou maken. Vanuit causaliteitsoogpunt is volgens hem een schadevaststelling die aansluit bij de feitelijke activiteit niet per definitie minder juist.¹¹¹

Een praktisch nadeel van het verschuiven van het ontstaan van het recht op nadeelcompensatie naar het moment van de activiteit zou zijn, dat de overheid nog gedurende lange tijd kan worden geconfronteerd met claims, telkens op de momenten waarop een schadeveroorzakende activiteit op basis van en in overeenstemming met een planologische wijziging wordt verricht. Omgekeerd is dit ook voor de claimant bezwarend: bij iedere nieuwe schadeveroorzakende activiteit die op basis van het planologische besluit mogelijk is, zou hij een nieuw verzoek om nadeelcompensatie moeten doen.¹¹² Wanneer het voorheen vrije uitzicht van een woning verloren gaat doordat er in vijf jaar tijd uiteindelijk twee nieuwe bedrijfspanden naast elkaar tegenover deze woning worden gebouwd, zal de eigenaar volgens de voorgestelde regeling tweemaal een aanvraag om schadevergoeding moeten indienen.¹¹³

Een ander nadeel van het doorschuiven van het schademoment naar de activiteiten die de hinder veroorzaken is dat het probleem van de schaduwschade (zie hiervoor paragraaf 10.3.5) zich sterker zal doen gevoelen. Kan onder de nieuwe Omgevingswet pas een aanvraag om een tegemoetkoming worden gedaan wanneer de schade zich daadwerkelijk heeft geëffectueerd, dan wordt het probleem 'dat naar huidig recht al zo groot is' verergerd.¹¹⁴ Die verergering schuilt hierin dat het schaduwschadetijdvak wordt verlengd: waar naar huidig recht de schade 'valt' op het moment van inwerkingtreding van het schadeveroorzakende besluit en in zoverre een dreiging wordt weggenomen, duurt naar het voorgestelde stelsel de 'schadeloze' periode voort tot het moment waarop de activiteiten die hinder veroorzaken aanvang nemen. Daarom is wel bepleit dat het voorgestelde stelsel slechts acceptabel is wanneer onder bepaalde

110. Van Heijst 2017a.

111. Sanderink 2017, p. 140.

112. Sanderink 2017, p. 140.

113. Van Heijst 2017a, p. 151.

114. Van den Broek & Tjepkema 2016, p. 2822.

voorwaarden een recht op vergoeding van schaduwshade alsnog mogelijk wordt gemaakt.¹¹⁵

Het hier besproken voorstel om het schademoment te verschuiven en de kritische reacties daarop in de literatuur illustreren de praktische en theoretische betekenis van het te hanteren peilmoment bij de vaststelling van de waardeverminderingsschade in de context van de planschade. De discussie laat zien dat men niet louter het schademoment (de peildatum) kan verschuiven zonder dat daarmee in feite ook de inhoud van het te hanteren begrip schade op een andere wijze wordt omlijnd. Wanneer men het ijkpunt voor de schadevergelijking (naar achteren) verschuift stelt men de waardevermindering vast die intreedt met de *verwezenlijking* van de reeds eerder mogelijk gemaakte vergunningverlening of activiteit. De eerdere waardevermindering, die reeds intreedt met het planologisch creëren van die mogelijkheid, blijft daarmee buiten beeld.

Linksom of rechtsom zal men bij iedere schade in de vorm van een waardevermindering moeten uitgaan van een bepaald waarderingsmoment, terwijl de problematiek van de planschade krachtig illustreert dat men dikwijls te maken heeft met een waardeontwikkeling die zich voordoet over een periode waarin zich allerlei waardebeïnvloedende gebeurtenissen kunnen voordoen (het tot stand brengen van structuurvisies, informele planfiguren, ontwikkelingsschetsen en andere beleidsstukken door het bestuursorgaan, de inwerkingtreding van het planologische besluit, het verlenen van een omgevingsvergunning, de aanvang van mogelijk gemaakte veranderingen etc.). Dat compliceert de zoektocht naar wat moet worden aangemerkt als de schadeveroorzakende gebeurtenis en waarin de rechtens relevante schade bestaat.

10.4 SLOT

Vanuit tijdsperspectief vormt de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad een eigensoortig terrein. Niet alleen kleurt de bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid het perspectief op de vergoedbare schade, ook kent het terrein een bijzondere schadedynamiek waar de schadeveroorzakende gebeurtenis als zodanig (een onteigening, een planologische wijziging) dikwijls vanaf een zeker moment *voorzienbaar* is. Anders dan in het gemene onrechtmatigedaadsrecht – waarin het veelal draait om schade voortvloeiend uit een gebeurtenis die als zodanig niet hoefde te worden verwacht of, sterker nog: had moeten uitblijven – gaat het bij schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden dikwijls om gebeurtenissen die niet geheel ‘uit de lucht komen vallen’ en die vanwege hun rechtmatig karakter ook niet kunnen worden afgewend.

Hoewel het overheidsoptreden doorgaans tot uiting komt in een reeks van gebeurtenissen, die soms al geruime tijd ‘in de lucht hangen’ en waarvan de gevolgen zich over een langere periode kunnen uitstrekken, concentreert de schadevaststelling zich

115. Van den Broek & Tjepkema 2017, p. 27.

hoofdzakelijk rond die ene peildatum. In het onteigeningsrecht geldt de peildatumfixatie voor alle schade, vanwege de grondwettelijke regel dat onteigening slechts kan plaatsvinden als is voorzien in een *vooraf verzekerde schadevergoeding* (waardoor alle onteigeningsschade in wezen 'toekomstige schade' vormt); in het planschaderecht geldt de peildatumfixatie in elk geval ten aanzien van de waardevermindering, en wordt overigens permanente inkomensschade doorgaans ook bij voorbaat begroot en vergoed, zij het vanaf het moment waarop van inkomensschade daadwerkelijk sprake is. Een en ander betekent dat de situatie per peildatum in de regel maatgevend is voor de begroting van de schadevergoeding, en dat later opkomende feiten en omstandigheden buiten beschouwing blijven voor zover zij niks zeggen over de situatie zoals die was per peildatum. Dat doet – althans in het onteigeningsrecht – ook niet af aan het uitgangspunt dat de schadevergoeding *volledig* is.

Dat het moment waarop de eigendomsovergang plaatsvindt respectievelijk het moment waarop het schadeveroorzakende planologische besluit in werking treedt het scharnierpunt vormt voor de rechtens relevante schade, lijkt vooral samen te hangen met het feit dat men bij schade in de vorm van een verlies of vermindering van economische waarde steeds pleegt uit te gaan van een enkel peilmoment. Economische waarde is nu eenmaal een momentaan begrip (vergelijk ook paragraaf 8.4). Deze peilmomenten liggen in het onteigeningsrecht onderscheidenlijk het planschaderecht ook het meest voor de hand: het betreft immers in beide gevallen de *schadeveroorzakende* gebeurtenis zelf, waaruit het recht op schadevergoeding (onmiddellijk) voortspuit. Een en ander betekent wel, dat eventuele nadelen die in de periode voorafgaand aan die schadeveroorzakende gebeurtenis worden geleden, in beginsel niet kunnen kwalificeren als rechtens relevante schade, omdat zij in de tijd bezien aan de schadegebeurtenis voorafgaan. Dat doet zich het scherpst gevoelen bij de planologische schaduwsschade; in het onteigeningsrecht komt ook een waardevermindering geleden door 'de schaduw van onteigening' niet voor vergoeding in aanmerking.¹¹⁶ De problematiek van de (on)vergoedbaarheid van 'schaduw nadelen' vormt een typisch tijdsprobleem uit het bestuursschaderecht, en herkent men als zodanig in het gemene schadevergoedingsrecht niet terug.

Bezien vanuit het gemene schadevergoedingsrecht valt het gebruik van vaste kapitalisatiefactoren voor de bijkomende schade in het onteigeningsrecht (en daarin veelal gevolgd in het planschaderecht) op. Bijzonder is dat de factoren niet zozeer worden gehandhaafd vanuit de pretentie dat de schade daarmee wordt becijferd op basis van een 'realistische' schadeperiode of een 'passend' rentepercentage, maar dat de nadruk ligt op het doelmatigheidsaspect en de rechtszekerheid. De vrees voor een 'chaotische verscheidenheid van factoren' en daaruit voortvloeiende rechtsongelijkheid, of de gedachte dat het 'weinig zinvol' en daarom niet gebruikelijk is zich af te vragen wat de duur is van de 'schadeloosstellingsperiode', is opmerkelijk wanneer men dat afzet tegenover de wijze waarop men in het gemene schadevergoedingsrecht de vergoeding wegens toekomstige (voortdurende) schade pleegt te begroten, zoals

116. Sluysmans 2013.

bij inkomensschade vanwege blijvend letsel of voortdurende winstderving. Kennelijk wordt in het bestuursschaderecht een vrij brede acceptatie gevonden in de gedachte dat de onteigende dan wel de tot planschadevergoeding gerechtigde met een aldus gekapitaliseerde vergoeding 'de ongewisheden des levens zal kunnen ondergaan'. Daarmee is de vergoeding niet slechts gebaseerd op het 'concrete' verlies, maar staat zij mede in de sleutel van het 'nieuwe' bestaan van de onteigende. Daarin vindt de gekapitaliseerde vergoeding overigens ook haar beperking.

Het probleem van de verrekening van rente over vrijkomend kapitaal relateert aan een meer algemeen probleem van schade en schadevergoeding: het voordeel dat voor verrekening in aanmerking komt wordt dikwijls niet op hetzelfde moment genoten als dat waarop het nadeel wordt geleden. Dat compliceert met name de renteberekening (zie paragrafen 5.4.2 en 9.4.3).

Tot slot zijn, vanuit het tijdsperspectief op schade, de ontwikkelingen in het kader van de nog in te treden Omgevingswet, in het bijzonder de bepalingen die zien op het planschaderecht, tekenend. De beoogde 'peildatumverschuiving' voor indirecte planschade betekent niet alleen een verschil in vaststellingsmoment, maar in wezen ook een andere omlijning van de inhoud van het begrip schade. Het debat draait immers in essentie om de vraag *wanneer* kan worden gesproken van rechtens relevante schade. Een en ander illustreert krachtig de verwevenheid van schademoment en schadebegrip: men kan niet enkel het schade(peil)moment verleggen zonder dat daarmee ook andere componenten 'meebewegen'. Zo zal de voorgestelde peildatumverschuiving ertoe leiden dat een deel van het verlies van economische waarde – namelijk dat deel dat samenhangt met de *mogelijkheid* van een vergunningverlening of feitelijke activiteit – buiten de waardering valt en dat op verschillende momenten meerdere waardeverminderingen zouden kunnen intreden. En het onvergoede schaduwnadeel wordt daarmee vergroot.

DEEL C
BESLUIT

11.1

HET ONDERZOEK

In deze studie staat centraal de rol van de factor tijd bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade. Deel A bevat een analyse van het tijdselement in het schadevergoedingsrecht op beginsel- en begripsmatig niveau, aan de hand van een onderverdeling in drie gedachtenfasen: het begrip schade, begroting van schade en toerekening van schade. Deel B bestaat uit een aantal deelstudies op vijf belangrijke deelterreinen van schadevergoedingsrecht (zaakschade, personenschade, winstderving, beleggingsschade en schade door rechtmatige overheidsdaad). Aldus is van het schadevergoedingsrecht een zekere doorsnede gemaakt, gericht vanuit de gekozen invalshoek: de rol van de factor tijd. De analyse laat zien hoe de tijdsproblematiek op allerlei manieren is vertakt in het systeem van schadevergoedingsrecht. De grote verscheidenheid aan deelonderwerpen die aan bod is gekomen maakt dat Deel A en Deel B niet uitmonden in een alomvattende conclusie, althans niet in een afronding waarin alle behandelde thema's terugkeren. Wel wordt hier, bij wijze van slotbeschouwing, langs twee gedachtelijnen een aantal kernbevindingen van deze studie weergegeven. De eerste hoofdlijn is dat in de systematiek van het gemene schadevergoedingsrecht een logisch-chronologische structuur besloten ligt, waarin het begrip schade een dragende rol speelt. De tweede is dat op een aantal punten aan die chronologische coherentie afbreuk wordt gedaan, in het bijzonder waar de rechter een (te) grote mate van vrijheid wordt toegedicht in het kader van artikel 6:97 BW. Op beide lijnen ga ik hieronder nader in. Deze beschouwing is beperkt tot het algemene civielrechtelijke schadevergoedingsrecht, waarvan de belangrijkste wettelijke bepalingen zijn neergelegd in afdeling 6.1.10 BW; eigensoortige tijdsaspecten op het terrein van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad zijn besproken in hoofdstuk 10.

11.2

EEN LOGISCH-CHRONOLOGISCHE ORDENING

Deze studie laat zien hoe tijdgerelateerde kwesties zich voornamelijk concentreren rond de inhoudsbepaling van het begrip schade in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW. Het schadevergoedingsrecht ligt vervat in een complex van beginselen, leerstukken en begrippen die zich lastig laten toepassen zonder een voldoende scherpe omlijning van de inhoud van het begrip schade. Het begrip speelt ook een sleutelrol waar het gaat om de in het schadevergoedingsrecht besloten liggende logisch-dogmatische chronologie. Daarmee bedoel ik dat in het algemene schadevergoedingsrechtelijke begrippenkader een aantal tijdgerelateerde begrippen logisch met elkaar samenhangt, en dat de rol van de factor tijd bij de vaststelling van schade daarmee in beginsel een betrekkelijk overzichtelijke is.

De gedachte dat het begrip schade een causaal, een vergelijkings- en een hypothetisch element kent is vrij breed omarmd (zie paragraaf 3.3). Dat in het begrip schade ook een waarderings- en een tijdselement besloten liggen lijkt minder gemeengoed. Schade ziet in essentie steeds op een als nadelig te waardenen gevolg dat op een bepaald moment zijn intrede doet, voor de vaststelling waarvan een vergelijking moet worden gemaakt die zich richt naar dat specifieke tijdsmoment. Het moment waarop schade intreedt en het moment dat heeft te gelden als referentiepunt voor de begroting zijn aldus verweven met de inhoud van het begrip schade: hoe nauwkeuriger men voor ogen heeft waarin in een voorliggend geval de schade bestaat, des te scherper zich aftekent wanneer die schade ‘valt’ en met welke feiten en omstandigheden bij de vaststelling van de omvang daarvan rekening moet worden gehouden. Uit een voldoende nauwkeurige inhoudsbepaling van het juridische begrip schade vloeit een eenduidig schademoment voort.

Op het moment waarop schade wordt geleden – die als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis aan de schuldenaar kan worden toegerekend – ontstaat een vordering tot vergoeding daarvan. Het ontstaan van de verbintenis tot schadevergoeding is immers het rechtsgevolg van een rechtsfeit, zoals een onrechtmatige daad of tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, waarvan het intreden van schade het samenstellende element is dat zich in de tijd bezien als laatste voordoet. De in artikel 6:103 BW neergelegde regel dat schadevergoeding wordt voldaan in geld maakt dat de verbintenis tot schadevergoeding in beginsel naar haar nominale bedrag moet worden voldaan (zie paragraaf 2.3.4). Wordt schade geleden, dan ontstaat dus in beginsel onmiddellijk een verbintenis tot betaling van een geldsom die naar haar nominale bedrag moet worden voldaan; de omstandigheid dat de omvang van de schade niet onmiddellijk komt vast te staan maar pas op een later moment wordt vastgesteld, doet daaraan niet af. Die vaststelling is immers *declaratoir* van aard; eenmaal geleden schade draagt van meet af aan een gefixeerd karakter. Voor zover op het moment van oordelen (nog) geen schade is geleden, is er geen verbintenis tot schadevergoeding, tenzij de rechter ervoor kiest de aansprakelijke te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens ter zake van toekomstige schade, waarmee hij reeds voordat schade wordt geleden een (opeisbare) verbintenis tot vergoeding van die schade in het leven roept (zie paragraaf 4.5.5).

Een nauwkeurige omlijning van de inhoud van het begrip schade is onontbeerlijk voor een consistente toepassing van (andere) schadevergoedingsrechtelijke leerstukken. Zo is de schadebegroting geënt op het begrip schade: de vraag wat onder schade (in de zin van artikel 6:95 lid 1 BW) moet worden verstaan gaat vooraf aan de vaststelling of in een concreet geval sprake is van rechtens relevante schade en zo ja, wat haar *omvang* is. Het gaat dus niet aan eerst ‘feitelijke schade’ vast te stellen door een ‘kale vermogensvergelijking’ om zich vervolgens de vraag te stellen of het resultaat daarvan óók in juridische zin als schade kwalificeert. Die benadering laat ook geheel in het midden *naar welk moment* de vermogensvergelijking moet worden verricht. Het begint daarom met de (rechts)vraag *welk gevolg* als schade kwalificeert: daaruit vloeit vervolgens de vergelijkingsmaatstaf voort die ter vaststelling van de schade moet worden aangelegd (zie hoofdstuk 4).

Een scherp zicht op de inhoud van het begrip schade bakent de schadevaststelling af van het leerstuk der voordeelstoerekening, vooral omdat schade en voordeel spiegelbeeldige begrippen zijn. Artikel 6:100 BW suggereert reeds met de bewoordingen 'naast schade tevens voordeel' twee losstaande gedachtenfasen, maar vanuit tijdspectief kan de salderingstheorie – de gedachte dat voordeelstoerekening een integraal onderdeel vormt van de schadevaststelling – geen stand houden. Voordeel heeft in essentie een vergelijkbare begripsstructuur als schade en kent dus evenzeer een tijdselement: voordeel wordt ook telkens op een bepaald moment genoten en moet naar dat 'voordeelsmoment' worden gewaardeerd (zie paragraaf 5.4.2). Rechtens relevant voordeel doet niet de schade maar de vergoedingsplicht verminderen.

Een nauwkeurige inhoudsbepaling van het begrip schade verheldert voorts het zicht op vragen van meervoudige causaliteit, in het bijzonder de problematiek van de zogenoemde 'latere oorzaken' (zie paragraaf 5.3.3.3). Ook hier is het tijdsaspect van het begrip schade van betekenis, meer specifiek het onderscheid tussen momentschade en duurschade. Is eenmaal schade geleden, dan hebben later opkomende feiten en omstandigheden immers geen invloed op het bestaan en de omvang daarvan. Draagt de schade het karakter van een momentschade – de schade(post) wordt geacht zich te manifesteren op een enkel, ondeelbaar moment, doorgaans tegelijk met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust – dan zijn later opkomende feiten en omstandigheden in de regel niet van betekenis voor de schadevaststelling. Denk aan een onmiddellijk intredende vermindering van de economische waarde van een tot het vermogen behorend goed: die schade laat zich niet *nogmaals* veroorzaken – en overigens ook niet beperken – omdat zij doorgaans geheel 'valt' op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (zie paragraaf 3.3.6.2).

Voor zover schade niet onmiddellijk wordt geleden maar pas na het verstrijken van enige tijd na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, ligt dat anders. Dat is bijvoorbeeld het geval bij duurschade: uit een bepaalde 'schadebron' vloeien dan gedurende een bepaalde periode meerdere schades voort die, gezien vanaf het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, in zoverre toekomstig zijn (paragraaf 3.3.6.3). Wanneer de als schade aan te merken gevolgen zich niet onmiddellijk ontvouwen, kunnen zich problemen voordoen van meervoudige causaliteit: in de periode tussen de *veroorzaking* van schade en haar *intreden* kunnen zich gebeurtenissen voordoen die 'dezelfde schade' zouden veroorzaken als zij niet reeds was veroorzaakt. Schadevaststelling aan de hand van de vergelijkingsmethode wordt dan bemoeilijkt doordat ten aanzien van iedere oorzaak geldt dat, bij het wegdenken ervan, de schade 'evengoed' zou zijn ingetreden. De *condicio sine qua non*-toets biedt dan geen uitkomst. De sleutel tot de oplossing ligt dan in de toerekening (artikel 6:98-6:99 BW): wanneer zich een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als die schade niet reeds was ontstaan, doet dat niet af aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke, behalve in gevallen waarin de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt en de schade daarom niet meer aan die (eerste) aansprakelijke kan worden toegerekend.

De vraag in welke gevallen schade het karakter draagt van een momentschade of van een duurschade is uiteindelijk een kwestie van interpretatie van het begrip schade. Bij verlies van arbeidsvermogen wegens letsel pleegt men niet aan te nemen dat de schade geheel en onmiddellijk wordt geleden op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, terwijl dat op zichzelf wel denkbaar is. De gedachte is dan dat de benadeelde een op geld waardeerbare mogelijkheid wordt ontnomen zich in de toekomst inkomen uit arbeid te verwerven – zijn *arbeidspotentie* zou een zekere economische waarde vertegenwoordigen – en het verlies daarvan vormt dan direct ingetreden schade. Die benadering zou doelmatig kunnen zijn in die zin dat de (gehele) schade naar het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis moet worden gewaardeerd, en latere ontwikkelingen het resultaat van de schadevaststelling niet doen veranderen. Volgens de gangbare leer gaat het bij inkomensschade wegens letsel evenwel om ten tijde van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis toekomstige schade, die telkens bij gedeelten wordt geleden op de momenten waarop daadwerkelijk door het slachtoffer inkomen zou zijn genoten als het ongeval daaraan niet in de weg had gestaan (zie paragraaf 7.2.2). Ook schade in de vorm van winstderving in de ondernemings sfeer moet naar geldend recht worden opgevat als een duurschade, hoewel in de literatuur ook een ‘economische benadering’ wordt bepleit die juist een momentschade impliceert. Pleitvoerders voor een ‘economische methode’ gaan immers uit van de gedachte dat de waarde van een project of onderneming zich laat benaderen door toekomstige vrije geldstromen naar een bepaald waarderingstmoment contant te maken. De juiste methode van schadevaststelling is volgens die benadering dan ook *prospectief* van aard: valt door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis het vooruitzicht op toekomstige vrije geldstromen weg, dan wordt volgens die zienswijze onmiddellijk een verlies van ondernemingswaarde geleden, dat naar het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou moeten worden gewaardeerd (zie paragraaf 8.4.2.1).

11.3 VERTROEBELING

11.3.1 *Vertroebeling van het kader*

Aan de hiervoor geschetste chronologische samenhang worden in rechtspraak en doctrine verschillende concessies gedaan die mijns inziens onwenselijk zijn, niet alleen omdat zij vanuit dogmatisch oogpunt lastig liggen, maar vooral omdat zij leiden tot inconsequenties en daarmee bron vormen van onnodige discussie. Vijf figuren springen in het oog: de zogenoemde ‘abstracte’ schadevaststelling, kapitalisatie van ‘toekomstige’ schade naar een peildatum in het verleden, het schademoment bij de begroting van smartengeld, de afbakening van de voordeelstoerekening en de behoeftegerichte schadevergoeding bij letsel.

11.3.2 De 'abstracte' schadevaststelling

In de eerste plaats valt te noemen de relatieve onduidelijkheid die heerst omtrent de zogenoemde 'abstracte' schadevaststelling, in het bijzonder in de sfeer van de zaak-schade. De Hoge Raad houdt al decennialang vast aan de *hoofregel* dat de eigenaar van een zaak vergoedbare vermogensschade lijdt wanneer de zaak – als vermogensbestanddeel met een economische waarde – een waardevermindering ondergaat als gevolg van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. De regel erkent dat niet alleen vermogensschade wordt geleden wanneer als gevolg van een normschending inkomsten uitblijven of uitgaven moeten worden gedaan, maar dat het vermogen (ook) op een rechtens relevante wijze wordt aangetast wanneer een bestanddeel van het vermogen in waarde vermindert of uit het vermogen verdwijnt. Mijns inziens moet de verklaring voor de 'abstracte' schadevaststelling bij zaakschade – het abstraheren van gebeurtenissen van later datum, waaronder eventueel herstel of vervanging – dan ook niet zozeer worden gevonden in de redelijkheid of de doelmatigheid, maar in de 'economische logica' die besloten ligt in het hier gehanteerde begrip schade: zonder vast peilmoment laat zich immers geen reële (vermindering van) economische waarde vaststellen. Een verlies van economische waarde wordt dikwijls onmiddellijk geleden met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en dient in omvang naar dat moment te worden vastgesteld. De vordering tot vergoeding van de waardeverminderingsschade ontstaat in dat geval onmiddellijk met het waardeverlies, en daarin kan de rechter niet met terugwerkende kracht verandering brengen.

Er ontstaat in de regel dus ook onmiddellijk een – eventueel rentedragende – vordering tot schadevergoeding ten belope van het aldus vastgestelde schadebedrag. Daaraan doet een later herstel of een latere vervanging – of het uitblijven daarvan – niet af. Anders dan in de literatuur wel wordt gesuggereerd, is er geen goede reden te veronderstellen dat de feitenrechter op dit punt kan kiezen tussen een 'concrete' en een 'abstracte' wijze van schadevaststelling, laat staan dat de benadeelde die keuzevrijheid zou toekomen: de schade wordt simpelweg geleden op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (zie paragraaf 4.3). Het gaat hier primair om de rechtsvraag naar de inhoud van het begrip schade en het daarmee verweven ontstaansmoment van de vordering tot schadevergoeding. Voor zover het debat ziet op de vraag of de 'abstracte' waardevermindering of de 'concrete' *herstelkosten* voor vergoeding in aanmerking zouden komen geeft de rechtspraak van de Hoge Raad geeft veeleer aanleiding aan te nemen dat de benadeelde zijn aanspraak in beginsel dient te beperken tot het bedrag van de waardevermindering (zie paragraaf 6.2.5.2). Uitzonderingen kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer de benadeelde uit hoofde van zijn schadebeperkingsplicht ten aanzien van verdere gevolgschade gehouden is over te gaan tot feitelijk herstel of omdat hij bij het behoud van een specifieke zaak een anderszins zwaarwegend praktisch belang heeft. In dergelijke gevallen kan het redelijk zijn dat een vergoeding wordt toegewezen die 'economisch onverantwoord' herstel op kosten van de aansprakelijke mogelijk maakt. De in de literatuur en parlementaire geschiedenis wel omarmde gedachte dat het systeem zou voorzien

in *keuzevrijheid* tussen een ‘abstracte’ of een ‘concrete’ vaststelling, die ‘doortikt’ in de vraag naar het tijdstip waarop de schade(vergoedingsvordering) ontstaat en de wettelijke rente gaat lopen, lijkt mij dus onjuist en leidt uiteindelijk tot onwenselijke inconsequenties.

Is herstel mogelijk en verantwoord, dan zal de waardevermindering in het algemeen zijn te stellen op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten, zoals verwacht op het moment waarop de waardevermindering intreedt. Daaruit volgt dat de waardevermindering de herstelkosten kan overstijgen, bijvoorbeeld wanneer een herstelkostenrisico de economische waarde van de zaak mede bepaalt. Staat de redelijk handelende koper voor de keuze tussen de beschadigde zaak of haar onbeschadigde alternatief, dan is immers denkbaar dat hij wat betreft het bedrag dat hij voor de beschadigde zaak overheeft geen genoegen neemt met slechts een aftrek van geanticipeerde herstelkosten. Hij zal het risico meewegen waarmee de investering in herstel gepaard gaat: hersteltarieven kunnen fluctueren, men mist het gebruik van de zaak gedurende de reparatie, de reparatie kan onverhoopt langer duren, er kan tijdens de reparatie iets misgaan etc. Als dit risico niet wordt meegewogen bij de waardering van een beschadigde zaak, dan zal een redelijk handelende koper de voorkeur geven aan het ‘risicovrije’ alternatief van een onbeschadigde zaak: voor hem zal de oorspronkelijke waarde minus de geschatte herstelkosten niet gelijkwaardig zijn aan de waarde van de zaak in onbeschadigde toestand. Het verlies van economische waarde, dat doorgaans onmiddellijk ten tijde van de beschadiging intreedt, wordt in dergelijke gevallen slechts volledig gecompenseerd wanneer ook het herstelkostenrisico wordt meegewogen (zie paragraaf 6.2.5.3).

11.3.3 *Kapitalisatie van toekomstige schade naar een peildatum in het verleden*

In de tweede plaats moet het naar huidig recht ervoor worden gehouden dat de feiten-rechter reeds ingetreden schade mag kapitaliseren – dus met een kapitalisatiepeildatum in het (verre) verleden – en dat over de aldus begrote som ineens ter zake van ‘toekomstige schade’ wettelijke rente loopt per kapitalisatiepeildatum. Terecht barstte na de *Peildatum*-arresten van de Hoge Raad een storm van kritiek los. Het is in strijd met artikel 6:105 BW, dat een specifieke regeling bevat ten aanzien van schade die *na de uitspraak* van de rechter zal worden geleden: ten aanzien van die schade heeft de benadeelde nog geen opeisbare vordering, tenzij – of beter wellicht: *totdat* – de rechter ervoor kiest de aansprakelijke te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens ter zake van toekomstige schade. De rechter die de schade *bij voorbaat* begroot, roept met zijn uitspraak een opeisbare verbintenis tot schadevergoeding in het leven reeds voordat de schade wordt geleden. De – vrij uitvoerige – parlementaire behandeling van artikel 6:105 BW geeft geen aanleiding de bepaling zo te interpreteren dat het de rechter vrijstaat dit ook *met terugwerkende kracht* te doen, eerder tot het tegendeel. Met die mogelijkheid krijgt de schadevaststelling een onvermijdelijk hybride karakter, omdat weliswaar een schadebedrag wordt berekend per peildatum in het verleden, maar volgens de Hoge Raad daarbij niet mag worden ‘weggekeken’ van later optredende feiten en omstandigheden. Dat is logisch inconsistent en leidt tot onnodige onzekerheden en discussies. Door de meerderheid in de literatuur is er dan ook terecht op gewezen

dat het veeleer voor de hand ligt de schade, die ten tijde van de beslissing over de toe te kennen vergoeding reeds is geleden, te vergoeden in de vorm van een bedrag dat overeenkomt met het totaal van de in de loop van de tijd al ontstane schadeposten – vermeerderd met wettelijke rente per schadepost vanaf het moment waarop deze is ingetreden – en slechts de schade die na de beslissing zal worden geleden, contant te maken en op die voet te vergoeden (zie paragraaf 4.5.5.2).

Voor zover de Hoge Raad in de *Peildatum*-arresten wilde voorkomen dat de benadeelde verstoken zou blijven van aanzienlijke sommen wettelijke rente, verdient het aanbeveling terug te komen op zijn *Peildatum*-jurisprudentie, in die zin dat hij de ‘vrijheid’ van de rechter om ‘toekomstige schade’ te kapitaliseren naar een peildatum in het verleden (alsnog) beperkt tot die gevallen van oud recht waarin de problematiek van de verschuldigdheid van wettelijke rente krachtens artikel 1286 BW (oud) aan de orde is. Die gevallen doen zich op termijn niet meer voor. Naar huidig recht zou mijns inziens de eis moeten worden gesteld dat de kapitalisatie zoveel mogelijk betrekking moet hebben op schade die ten tijde van de beslissing over de vergoeding nog *daadwerkelijk* toekomstig is. Zoveel mogelijk, omdat het uiteindelijk onhaalbaar is dat steeds op de dag van de beslissing een geheel actueel en tussen partijen bediscussieerd overzicht van de schade, gesplitst in reeds geleden schade en nog werkelijke toekomstige schade, op tafel ligt. Dat is niet alleen van betekenis voor de letselschadepraktijk, maar voorkomt ook verwarring bij de vaststelling van andere soorten (voortdurende) schade, zoals winstderving in de ondernemingsfeer, waarbij men te maken kan krijgen met vergelijkbare problemen en een ‘hybride’ schadeberekening evenmin wenselijk is (zie paragraaf 8.5).

11.3.4 *Smartengeld en wettelijke rente*

In de derde plaats kan worden gewezen op de problematiek van de wettelijke rente over smartengeld. Naar huidig recht moet het ervoor worden gehouden dat immateriële schade wordt geleden op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en dat de rente over het toe te wijzen bedrag op dat moment gaat lopen. Dat valt lastig te rijmen met de regel dat het smartengeld mede wordt vastgesteld op basis van *gevolgen* die zich op het moment van het ongeval nog niet maar ten tijde van de schadevaststelling wel hebben ontplooid. Voor zover ten aanzien van het moment waarop de schade wordt geleden – en dus wat betreft de begrotingsmaatstaven – wordt uitgegaan van een zekere ‘peildatum’, neemt men immers nog altijd de gebeurtenissen van na dat moment bij de begroting in ogenschouw. Ik acht het onwenselijk dat op dit punt een hybride figuur bestaat die bron vormt voor procedures over de vraag wanneer de wettelijke rente gaat lopen of naar welk moment of welk ‘smartengeldpeil’ de vergoeding van immateriële schade moet worden begroot (zie paragraaf 7.4.4).

Het heeft mijn voorkeur dat een principiële keuze wordt gemaakt voor een begroting van het smartengeld naar het moment van de rechterlijke beslissing, waarbij dat moment als peildatum heeft te gelden voor wat betreft de feiten en omstandigheden die de rechter aan zijn begroting ten grondslag legt alsook de maatstaven ter begroting van het smartengeld. Vanaf dat moment zou dan ook de wettelijke rente moeten

lopen. Ik zie geen goede rechtvaardiging voor de mogelijkheid dat de benadeelde een aanzienlijke rentesom kan 'vangen' over het (volledige) bedrag aan smartengeld. Weliswaar had hij een zeker rendement over het gehele smartengeldbedrag kunnen genieten als dat onmiddellijk zou zijn uitgekeerd, maar indachtig het idee dat het doorgaans gaat om nadeel dat (grooten)deels wordt geleden in of over een periode na de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat, zie ik geen reden waarom de benadeelde over de gehele 'vergoeding bij voorbaat' *rendement* zou toekomen.

Daarbij is in het bijzonder van belang de erkenning dat de aanspraak op smartengeld ziet op de betaling van een rekenkundig onbepaalde geldsom. Dat betekent dat een eventuele correctie voor inflatie 'concreet' in de waardering door de rechter wordt inbegrepen: het nominaliteitsbeginsel doet zich niet gevoelen bij verbintenissen tot betaling van een geldsom waarbij geld wel *in obligatione* maar nog niet *in computatione* is, oftewel verbintenissen die wel naar aard maar (nog) niet naar omvang in geld zijn uitgedrukt. Bij immateriële schade is nu eenmaal geen sprake van een zo rechtstreekse band als tussen *vermogensschade* en *geldschuld*. Dat is van betekenis voor de toepassing van tijdgerelateerde begrippen. Nu het gaat om schade die niet bestaat in vermogensschade maar die niettemin in geld wordt vergoed, is mijns inziens sprake van een verbintenis tot betaling van een geldsom waarvan de omvang onbepaald is totdat de rechter deze begroot. Het moment waarop de rechter naar billijkheid de schadevergoeding begroot, zou mijns inziens als het omslagpunt moeten gelden: eerst vanaf dat moment is immers sprake van een verbintenis die naar aard en omvang in geld is uitgedrukt, en pas vanaf dat moment zou de schuldenaar wettelijke rente over het vastgestelde bedrag verschuldigd moeten zijn. Alleen dan heeft deze ook een redelijke mogelijkheid om wettelijke rente te ontlopen. Wat mij betreft dient dus voorop te staan dat in de opdracht die de rechter heeft om een vergoeding naar billijkheid te begroten ter zake van immateriële schade (artikel 6:106 BW) ligt besloten dat het smartengeld moet worden begroot naar de maatstaven die gelden ten tijde van zijn oordeel. Dat is in het bijzonder van betekenis in tijden waarin het algemene 'smartengeldpeil' in beweging is.

11.3.5 *Schadevaststelling en voordeelstoerekening*

In de vierde plaats geven ontwikkelingen met betrekking tot het leerstuk van de voordeelstoerekening te denken. Het leerstuk is nauw verwant aan de vaststelling van schade, maar kan daarin niet worden geïntegreerd, in de kern omdat schade en voordeel spiegelbeeldige begrippen zijn. Zoveel blijkt ook uit de bewoording van artikel 6:100 BW waar wordt gesproken van eenzelfde gebeurtenis die 'naast schade tevens voordeel' voor de benadeelde heeft opgeleverd. Mijns inziens verdient het dan ook aanbeveling om – voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk de voordeelstoerekening – te beginnen bij een meer abstracte analyse van het begrip voordeel, gelijk de bestudering van het schadevergoedingsrecht in deze studie aanvangt met de analyse van het begrip schade. Dan herkent men in het begrip voordeel, net als in het begrip schade, het tijdselement: het gaat bij voordeel om een gunstig gevolg dat op een bepaald moment wordt genoten. Dat betekent ook dat het moment waarop het voordeel wordt genoten gelijkelijk samenhangt met de vraag wat onder 'rechtens rele-

vant voordeel' in de zin van artikel 6:100 BW moet worden verstaan: voordeelsbegrip en voordeelsmoment zijn met elkaar verweven op een zelfde wijze als schadebegrip en schademoment. Omdat doorgaans geen sprake is van een onmiddellijke 'opheffing van nadeel door voordeel', zijn voor de *zuivere* toepassing van het leerstuk van de voordeelstoerekening dus zowel schademoment als voordeelsmoment van betekenis (zie paragraaf 5.4.2).

Waar de Hoge Raad in zijn arrest *Tennet/ABB* het onderscheid tussen de schadevaststelling en de voordeelstoerekening relativeert, verdwijnt het tijdsaspect uit beeld dat zich in de *Effectenlease*-arresten juist scherp doet gevoelen (zie paragraaf 9.4.3). Die arresten leren dat het onderscheid tussen schadevaststelling en voordeelstoerekening in het bijzonder van betekenis is voor de rentekwestie. Specifiek ten aanzien van het doorberekingsverweer dat in *Tennet/ABB* centraal staat valt te betwijfelen of men uiteindelijk om tijdscomplicaties heen kan: doorgaans zal door de benadeelde eerst een te hoge prijs zijn betaald onder een bepaald kartel, en wordt het door hem als gevolg van dat kartel teveel betaalde pas op een later gelegen moment daadwerkelijk aan zijn afnemers doorberekend. Voor zover moet worden aangenomen dat de schade bestaat in de door het kartel betaalde prijsopslag, wordt in de tijd gezien eerder schade geleden dan dat het 'voordeel door doorberekening' wordt genoten. Dat is in elk geval vanuit renteperspectief van betekenis.

11.3.6 *Behoeftegerichte schadevergoeding bij letsel*

In de vijfde plaats staat de 'traditionele' wijze van vaststelling van letselschade – in het bijzonder de voortdurende arbeidsvermogensschade – onder druk, althans voor zover verregaande voorstellen worden gedaan voor een meer 'herstelgerichte' schadebegroting. Het traditionele schaden denken in termen van 'wat anders?' – een benadering die is gericht op het verleden of althans op een verloren toekomst – zou volgens sommigen moeten worden verlegd naar de vraag 'wat nu?' (zie paragraaf 7.2.4.2). In de kern draait het hier om de vraag of het huidige schadevergoedingsrecht *voldoende* bijdraagt aan daadwerkelijk herstel van slachtoffers. Daarbij is van belang te bezien waar het wettelijk systeem reeds in voorziet. Zo lijkt er over de band van artikel 6:96 lid 2 sub a BW al veel mogelijk: allerlei kosten van (nieuwe) herstelgerichte dienstverlening zullen dikwijls voor vergoeding in aanmerking komen als redelijke kosten ter voorkoming of beperking van verdere (vermogens)schade. Dat verdient wat mij betreft volop aandacht. Verdergaande theorieën komen uiteindelijk neer op het loslaten van het aan het begrip schade inherente vergelijkingsdenken. Bij het loslaten daarvan en het richten van de focus op de meer subjectieve 'behoefte' van het slachtoffer riskeert men evenwel de nodige objectivering, die tot op zekere hoogte besloten ligt in het begrip schade, te verliezen. Belangrijker wellicht nog, is dat die benaderingen lastig te verenigen zijn met het thans geldende wettelijke systeem: artikel 6:97 BW geeft mijns inziens de rechter niet de bevoegdheid een schadevergoeding te begroten primair op basis van de behoeften van de benadeelde in kwestie, ook niet als schadevaststelling volgens de 'traditionele coördinaten' te speculatief zou zijn: de schadeomvang moet immers worden *geschat* indien zij niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Dat stelt de rechter soms voor een haast onmogelijke opgave, maar ontheft hem in zoverre

dan ook van zijn motiveringsplicht. Uit de moeilijkheid of betrekkelijkheid van die schadebegroting – bijvoorbeeld omdat de voortdurende schade zich over een zeer lange tijd uitstrekt en met het voortschrijden van de tijd een steeds onzekerder karakter draagt – vloeit voor de rechter niet de vrijheid voort het begrip schade als zodanig los te laten. De (feiten)rechter is mijns inziens niet zo vrij dat hij een vergoedingsbeleid kan ontwikkelen buiten de wettelijke kaders van het schadevergoedingsrecht. De vraag hoe schadevergoeding eraan kan bijdragen dat het slachtoffer ondanks zijn letsel een zo waardig mogelijk bestaan kan leiden is weliswaar van wezenlijk belang, maar ligt voor een groot deel buiten de reikwijdte van het thans geldende schadevergoedingsrecht.

Een centraal onderdeel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht betreft de schadevaststelling. In de regel strekt schadevergoeding ertoe de benadeelde zoveel mogelijk (feitelijk en ten minste financieel) in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de gebeurtenis waaruit zijn aanspraak op schadevergoeding voortspuit niet had plaatsgevonden. Vergoeding van schade vergt aldus vroeg of laat een vaststaand oordeel *dat* schade is geleden, en wat de *omvang* daarvan is. Een complicerende factor is dat de normschending oorzaak kan zijn van allerlei feitelijke ontwikkelingen die zich met het verstrijken van de tijd ontfouwen. Tot het tijdstip waarop de rechter over de omvang van de verbintenis tot schadevergoeding oordeelt – en in voorkomende gevallen ook (lang) daarna – kunnen zich allerlei feiten en omstandigheden voordoen die nader inzicht geven in de feitelijke gevolgen van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Dit proefschrift handelt over de rol van de factor tijd bij de vaststelling van voor vergoeding in aanmerking komende schade. Het onderzoek is vooral kennis- en inzichtgericht, en heeft daarnaast als doel om ten aanzien van het tijdsaspect van schadevaststelling een richtinggevende visie toe te voegen aan de Nederlandse schadevergoedingsliteratuur. Het vizier richt zich op het positieve Nederlandse recht, waarbij gegevens met betrekking tot andere rechtsstelsels (het Belgische, Franse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht) dienen ter inspiratie en als hulpmiddel ter doorgronding van de tijdsproblematiek van schade naar Nederlands recht. Het boek is opgezet in twee delen. In Deel A wordt op een meer abstract (beginsel- en begripsmatig) niveau het tijdselement in het schadevergoedingsrecht geanalyseerd. In Deel B wordt in een reeks deelstudies het tijdsaspect van schade zoals zich dat voordoet op een vijftal belangrijke deelterreinen van schadevergoedingsrecht geanalyseerd.

Deel A vangt aan met een kort hoofdstuk (Hoofdstuk 2) over doel en beginselen van schadevergoedingsrecht. Daarbij gaat de meeste aandacht uit naar het schadevergoedingsrechtelijke volledigheidsbeginsel, maar komen ook het toerekeningsbeginsel, het nominaliteitsbeginsel, het doelmatigheidsbeginsel en het beginsel van slachtofferbescherming aan de orde.

In Hoofdstuk 3 staat het (rechts)begrip schade centraal, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan het tijdselement dat in de structuur van het begrip schade besloten ligt. Een kernbevinding is dat het begrip telkens een referentiepunt in de tijd veronderstelt, althans dat men een zeker tijdsmoment tot uitgangspunt moet nemen waarop de schadevergelijking is geijkt. Een en ander ligt besloten – zij het meer impliciet – in het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat schade wordt vastgesteld door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben

plaatsgevonden. Uitvoerig wordt stilgestaan bij de begrippen ‘momentschade’ en ‘duurschade’, die van grote betekenis zijn in het licht van de tijdsproblematiek zoals in dit boek centraal gesteld.

In Hoofdstuk 4 draait het om de begroting van schade. Na enige algemene opmerkingen over de vrijheid van de rechter in het kader van artikel 6:97 BW en de begrippen ‘abstracte en concrete schadebegroting’ richt de blik zich op de vraag welk peilmoment moet worden gehanteerd bij de vaststelling van schade. Als regel kan worden gesteld dat schade moet worden begroot en gewaardeerd naar het *schademoment*, oftewel naar het moment waarop de schade intreedt. Dat moment hangt rechtstreeks samen met de omlijning van de inhoud van het begrip schade. Schade ziet in essentie steeds op een als nadelig te waarden gevolg dat op een bepaald moment zijn intrede doet, voor de vaststelling waarvan een vergelijking moet worden gemaakt die zich richt naar dat specifieke tijdsmoment. Het moment waarop schade intreedt en het moment dat heeft te gelden als referentiepunt voor de begroting zijn aldus verweven met de inhoud van het begrip schade: hoe nauwkeuriger men voor ogen heeft waarin in een voorliggend geval de schade bestaat, des te scherper zich aftekent wanneer die schade ‘valt’ en met welke feiten en omstandigheden bij de vaststelling van de omvang daarvan rekening moet worden gehouden. Uit een voldoende nauwkeurige inhoudsbepaling van het juridische begrip schade vloeit een eenduidig schademoment voort.

De vaststelling van de omvang van de verbintenis tot schadevergoeding geschiedt evenwel naar het moment waarop de rechter uitspraak doet: als algemene regel wordt aangenomen dat de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening moet houden met alle *op het tijdstip van de uitspraak* bekende feiten en omstandigheden. De totale schadeomvang kan met het verstrijken van de tijd slechts toenemen, telkens op de momenten waarop een schade – of althans een deelpost daarvan – haar intrede doet (en voor zover deze – uiteraard – aan de aansprakelijke kan worden toegerekend). Dat betekent evenwel niet dat de omvang van de vergoedingsplicht alleen maar kan toenemen: denk aan de toerekening van genoten voordelen of aan de mogelijkheid dat de rechter de schadevergoeding uiteindelijk matigt op grond van artikel 6:109 BW. Bijzondere aandacht gaat in Hoofdstuk 4 uit naar de problematiek van de toekomstige schade en de keuzevrijheid die de rechter bij de vaststelling daarvan heeft. Stelling wordt ingenomen tegen de rechtspraak van de Hoge Raad die de rechter vrij laat om toekomstige schade te begroten op een bedrag ineens met een kapitalisatiedatum die (ruim) voor zijn uitspraak ligt.

In Hoofdstuk 5 staat de toerekening van schade centraal, en wordt meer specifiek ingegaan op de leerstukken van het voldoende causaal verband, meervoudige causaliteit, voordeelstoerekening en eigen schuld en schadebeperkingsplicht. Op uiteenlopende manieren houden deze leerstukken verband met de factor tijd. Ten aanzien van het vereiste van ‘juridisch’ causaal verband (artikel 6:98 BW) is de relatie met tijd niet van directe betekenis: er is geen rechtstreeks verband te vinden tussen enerzijds het verstrijken van tijd tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en anderzijds het intreden van schade en de weging van de factoren ‘verwijderdheid van schade’ en ‘voorzienbaarheid van schade’. De problematiek van de meervoudige causaliteit

houdt eveneens nauw verband met het tijdsaspect van schade. De problematiek van de samenwerkende en gelijktijdig werkende oorzaken wordt uitvoerig geanalyseerd, waarbij – opnieuw – een nauwkeurige omlijning van de inhoud van het begrip schade in kwestie, en het daarmee samenhangende moment waarop die schade intreedt, cruciaal blijkt. De voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW) zich beter begrijpen vanuit de gedachte dat het begrip voordeel in haar structuur spiegelbeeldig is aan het begrip schade. Dat betekent dat ook het begrip voordeel een referentiepunt in de tijd veronderstelt, en dat voordelen moeten worden gewaardeerd naar de momenten waarop zij worden genoten. Waar vermogensnadeel en vermogensvoordeel veelal niet gelijktijdig ‘vallen’ kunnen zich rentecomplicaties voordoen. Eigen schuld en schadebeperkingsplicht (artikel 6:101 BW) onderscheiden zich met name in tijdsorde: eenmaal ingetreden schade laat zich niet meer beperken, en hooguit kan met het oog op nog niet ingetreden schade schadebeperkend worden gehandeld. Ook hier is de omlijning van het begrip schade, en het daarmee samenhangende moment waarop de schade intreedt, van betekenis.

De analyse wordt voortgezet in Deel B, waarin het tijdsaspect van schade op een vijftal belangrijke deelterreinen van schadevergoedingsrecht nader wordt uitgediept. Hoofdstuk 6 staat in het teken van de zaakschade, die in het kader van deze studie model staat voor de problematiek van de (onmiddellijk intredende) momentschade. De vermogensschade die bestaat in de waardevermindering die is geleden met de beschadiging van een zaak (of in het waardeverlies dat wordt geleden met het verloren gaan van een zaak) wordt doorgaans onmiddellijk geleden op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis, wat in lijn is met het *ex ante* karakter van het begrip economische waarde. Cruciaal is dan ook in hoeverre kan worden gerefereerd aan een (verlies van) marktwaarde van de betreffende zaak. Die zaak moet immers als vermogensbestanddeel van de eigenaar worden gezien. Daalt het vermogensbestanddeel in economische waarde als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, dan treedt *onmiddellijk* vermogensschade in de vorm van een waardedaling in. Later optredende feiten en omstandigheden zijn voor de vaststelling van die schade niet relevant, wat een eigensoortige dynamiek met zich brengt. Bepleit wordt dat de benadeelde op dit punt niet in beginsel vrij is om te kiezen voor vergoeding van de (onmiddellijk ingetreden) waardevermindering of vergoeding van (later gemaakte) concrete herstelkosten.

In hoofdstuk 7 staan drie categorieën van personenschade centraal: verlies van arbeidsvermogen, derving van levensonderhoud en ander nadeel dan vermogensschade. Deze categorieën staan in dit onderzoek model voor de problematiek van de duurschade. Ten aanzien van elk van deze categorieën doet het tijdselement zich op eigen wijze gevoelen, in de kern omdat het schadeverloop zich deel voor deel uitkristalliseert met het verstrijken van de tijd. Bij deze schadesoorten speelt bij uitstek dat het concrete verloop van de gebeurtenissen na het ongeval langs de lijn van de hypothetische situatie zonder ongeval moet worden gelegd. Ten aanzien van de hypothetische situatie zonder ongeval moeten verregaande aannames worden gedaan, zowel ten aanzien van ontwikkelingen die binnen de invloedssfeer van het slachtoffer zouden hebben gelegen als van ontwikkelingen die daarbuiten zouden hebben gelegen

en die zijn inkomenspositie zouden hebben geraakt. Daar komt bij dat het proces van schadeafwikkeling een negatieve invloed kan hebben op het herstel en welzijn van het slachtoffer (en daarmee indirect op de daadwerkelijke inkomenssituatie als onderdeel van de schadevergelijking). Dat vormt voor sommige auteurs aanleiding tot het heroverwegen van de ‘traditionele coördinaten’ van het schadevergoedingsrecht. In dit boek wordt betoogd dat de rechter in dit verband niet zo vrij is als wel wordt gesuggered. Uit de moeilijkheid of betrekkelijkheid van die schadebegroting – bijvoorbeeld omdat de voortdurende schade zich over een zeer lange tijd uitstrekt en met het voortschrijden van de tijd een steeds onzekerder karakter draagt – vloeit voor de rechter niet de vrijheid voort de in het *rechts*begrip schade besloten liggende coördinaten los te laten. In het kader van de vaststelling van derving van levensonderhoud richt de aandacht zich meer in het bijzonder op de wijze waarop het leven van de nabestaanden zich na het overlijden ontvouwt en op de vraag in hoeverre latere gebeurtenissen – in het bijzonder keuzes die zij zelf maken – van betekenis zijn voor hun aanspraak. Ten aanzien van ander nadeel dan vermogensschade bestaat in de lagere rechtspraak onduidelijkheid over het ‘peilmoment’ en de ingangsdatum van de wettelijke rente. Gepleit wordt voor een begroting naar het moment van de rechterlijke beslissing: de dan geldende billijkheidsmaatstaven zouden beslissend moeten zijn, en vanaf dat moment zou wettelijke rente over het smartengeld moeten lopen.

In Hoofdstuk 8 draait het om winstderving in de ondernemings sfeer, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de situatie waarin een vennootschap winst derft doordat de onderneming stagneert als gevolg van andermans wanprestatie of onrechtmatige daad. Twee tegengestelde benaderingen van schadevaststelling worden uitgediept en tegenover elkaar geplaatst. Volgens de eerste, ‘heersende’ leer moet winstderving in deze context als een vorm van duurschade worden opgevat, wat betekent dat de schade van moment tot moment wordt geleden en dat bij de vaststelling van winstderving in beginsel alle later opkomende omstandigheden van betekenis zijn. Een tegengestelde visie is geworteld in het begrip ondernemingswaarde: volgens die benadering moet de schade worden gesteld op het verlies van de economische waarde die gelegen is in de (toekomstige) verdien capaciteit van de onderneming. Dat waardeverlies zal doorgaans onmiddellijk worden geleden op het moment van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis: te missen toekomstige geldstromen moeten naar dat enkele ogenblik worden gewaardeerd. Verlies van ondernemingswaarde draagt in zoverre het karakter van een momentschade, waarbij zuiver toekomstige ontwikkelingen dus niet relevant zijn. De ‘heersende leer’ – winstderving draagt het karakter van een duurschade en moet van moment tot moment worden vastgesteld met inachtneming van alle later optredende feiten en omstandigheden – wordt in dit hoofdstuk onderschreven en de ondernemingswaarde-benadering verworpen. Ook ‘hybride’ varianten, die *ex ante* en *ex post* elementen combineren, worden van de hand gewezen.

In Hoofdstuk 9 worden drie varianten van beleggingsschade waar de factor tijd eveneens van groot belang zijn uitgediept. Het gaat om koersgerelateerde schade vanwege misleiding op de beurs, schade door ondeugdelijk vermogensbeheer en schade in verband met effectenleaseproducten. Tijd speelt in de context van de beleggingsschade

een rol van betekenis, in de kern omdat beleggen kan worden gezien als een vorm van investeren met als doel in de nabije of verre toekomst financieel voordeel te behalen door (verwachte) stijging van prijzen. Wordt een belegging ‘verstoord’, dan rijst de vraag naar welk moment moet worden ‘gepeild’ in hoeverre de belegger daardoor is benadeeld. De sleutel ligt in een helder zicht op het te hanteren begrip schade, waarmee de kwestie van de ‘peildatum’ – anders dan de literatuur op dit punt soms doet vermoeden – rechtstreeks samenhangt. De analyse laat zien dat het lastig kan zijn de rechtens relevante schade die een belegger lijdt scherp te omlijnen, terwijl het systeem van schadevergoedingsrecht die scherp te wel verlangt. Het te hanteren begrip schade bepaalt immers het moment waarop de schade wordt geleden, het moment waarop de vergelijking ter vaststelling van die schade moet worden geïkt en het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen. De effectenlesezaken leren dat het er bij de schadevaststelling niet om gaat of een belegger ‘per saldo’ is benadeeld, maar dat steeds moet worden gezien op welke momenten zich rechtens relevante nadelen en voordelen voordoen.

In Hoofdstuk 10 worden twee schadecategorieën behandeld in de sfeer van de rechtmatige overheidsdaad: schade door onteigening en planschade. Niet alleen kleurt het bestuursrechtelijke gelijkheidsbeginsel als grondslag voor aansprakelijkheid het perspectief op de schade die voor vergoeding in aanmerking komt, ook kent het terrein een bijzondere schadedynamiek waar de schadeveroorzakende gebeurtenis als zodanig (een onteigening, een planologische wijziging) vanaf een zeker moment voorzienbaar kan zijn. Hoewel overheidsoptreden doorgaans tot uiting komt in een reeks van gebeurtenissen, die soms al geruime tijd ‘in de lucht hangen’ en waarvan de gevolgen zich over een langere periode kunnen uitstrekken, concentreert de schadevaststelling zich hoofdzakelijk rond een enkele peildatum. Dat brengt eigensoortige problemen met zich, zoals dat van de schaduwsschade: een waardeverminderende invloed die samenhangt met de *dreiging* van het uiteindelijke ‘formele’ overheidsoptreden komt niet voor vergoeding in aanmerking, omdat ontwikkelingen voorafgaand aan de peildatum in beginsel buiten beschouwing blijven. De onteigeningsschade onderscheidt zich in het bijzonder door het strikte peildatumperspectief, voortvloeiende uit de regel dat onteigening alleen kan geschieden tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, en de vaste kapitalisatiefactoren voor de berekening van de ‘toekomstige’ schade.

De studie mondt uit in een slotbeschouwing (Hoofdstuk 11) waarin een aantal kernbevindingen worden geschetst langs twee gedachtelijnen. De eerste gedachtelijn is dat in het systeem van schadevergoedingsrecht een zekere logisch-chronologische ordening besloten ligt, waarmee wordt bedoeld dat in het juridische begrippenkader een aantal tijdgerelateerde begrippen logisch met elkaar samenhangt, en dat de rol van de factor tijd bij de vaststelling van schade daarmee in beginsel een betrekkelijk overzichtelijke is. Vrijwel steeds lijken tijdgerelateerde puzzels (rentevragen, de betekenis van ‘later’ opkomende feiten en omstandigheden, meervoudige causaliteit etc.) op te lossen door nauwkeurige omlijning van de inhoud van het begrip schade. De tweede gedachtenlijn is dat aan die logisch-chronologische ordening op een aantal punten afbreuk wordt gedaan, die in verband staan met de *te ruim veronderstelde* vrijheid van de rechter in het kader van artikel 6:97 BW: de zogenoemde ‘abstracte’

schadevaststelling, kapitalisatie van 'toekomstige' schade naar een peildatum in het verleden, het schademoment bij de begroting van smartengeld, de afbakening van de voordeelstoerekening en de behoeftegerichte schadevergoeding bij letsel.

A central issue in the law of damages is the assessment of damage: the qualification and quantification of legally compensable losses. After all, damages are generally intended to place the claimant – at least financially – in the position in which he or she would have been in had the tort or breach of contract not taken place. At some point in time, the compensation of loss requires a conclusive judgment on the question of whether and to what extent legally relevant damage has been suffered. A complicating factor is that the event giving rise to the claim can cause a variety of factual consequences that unfold over time. Until the moment of judgment – and in some cases also (long) afterwards – facts and circumstances may arise that provide further insight into the consequences of the damage-causing event for the injured party. This dissertation investigates the role of the time factor in the assessment of legally compensable loss. The research is set up with the goal of gaining knowledge and insight, but also strives to add a directional vision to the Dutch literature on the law of damages. It focuses on Dutch law, and includes materials relating to surrounding legal systems (the Belgian, French, German and English laws of damages) as sources of inspiration and as sharpening stones for the analysis. The book is set up in two parts. The first part contains an analysis of the time element in the law of damages on a doctrinal and conceptual level. In the second part, the research continues with a series of sub-studies on the role of the time factor in five ‘factual’ sub-areas of the law of damages.

After the general introduction (Chapter 1), Part A begins with a short chapter (Chapter 2) on the aim and principles of the law of damages. Most attention is first paid to the principle of full compensation, after which the principles of reasonable attribution, monetary nominalism, efficiency and victim protection are discussed.

Chapter 3 concerns the notion of damage, and focuses in particular on the time element that is comprised in the logical-linguistic structure of the concept. One of the core findings in this book is that any application of the concept of damage refers to a certain point in time. One can only apply the hypothesis of difference – the fundamental *Differenztheorie* – by taking a certain moment in time as the reference point for the comparison that underlies the concept of damage. This also follows, albeit more implicitly, from the generally accepted starting point that damage is being assessed by a comparison between the situation after the event giving rise to the claim and the situation as it would have been had the event not taken place. The concepts of instantaneous and continuous damage, which are of great significance for understanding the time aspect in the law of damages, are extensively discussed.

Chapter 4 analyses the quantification of damage. After some general remarks on the (alleged) judge's discretion (Article 6:97 DCC) and the dichotomy of the 'abstract' versus the 'concrete' damage assessment, the focus is on the question of at what time must damage be assessed. As a general principle, damage should be assessed at the *damage date* or, in other words, with reference to the moment when the damage occurs. That moment is directly related to the delineation of the content of the notion of damage. In essence, the concept of damage refers to a consequence that occurs at a certain moment, for the qualification and quantification of which a comparison must be made that focuses on that specific moment in time. The moment at which damage occurs, and the time that counts as the point of reference for the quantification thereof, are thus interwoven with the interpretation of the concept of damage. The more precise one interprets the legal concept of damage, the clearer the vision concerning the moment at which the damage occurs and concerning the facts and circumstances that must be taken into account.

However, the determination of the extent of the *obligation to pay damages* takes place at the date of judgment: as a general rule, it is assumed that the judge must take into account all the facts and circumstances that are known at the time of his or her decision. The total amount of damage can only increase with the passage of time, each time when a (part of the) compensable loss is being suffered and, of course, insofar as the loss can be attributed to the liable party. This does not mean that the amount of *compensation* to be paid can only increase: consider the deductibility of collateral benefits (Article 6:100 DCC) or the possibility that the court ultimately mitigates the obligation to pay compensation (Article 6:109 DCC). Particular attention is given to the problem of future losses and the discretionary room attributed to the trial judge in this respect. A position is taken against the Supreme Court's case law, which leaves the court free to award damages by way of a lump sum for future losses, calculated with a capitalization date that is set (long) before the day of judgment.

Chapter 5 sheds some light on the attribution of damage, and deals in particular with the doctrines of 'legal causation' (also known as the scope of liability doctrine), multiple causation, the deduction of collateral benefits and contributory negligence (including the victim's duty to mitigate). These doctrines are related to the time factor in different ways. With regard to the requirement of 'legal' causation (Article 6:98 DCC), the time factor does not appear to be of direct significance: no direct relationship was found between the passing of time between the event giving rise to the claim and the occurrence of damage, on the one hand, and the weighing of the factors of 'remoteness of damage' and 'foreseeability of damage', on the other. The doctrine of multiple causation is closely related to the time element of damage. The analysis of problems of multiple causation shows that – again – a precise delineation of the content of the concept of damage, and of the related moment at which the damage occurs, is indispensable. Here, the temporal concepts of instantaneous and continuous damage play a crucial role.

The doctrine of the deduction of collateral benefits (Article 6:100 DCC) seems to gain sharpness when one recognizes the time element in the structure of the concept of

'benefit'. A benefit is the opposite of a loss, but these terms are similar in their conceptual structure. This means that the concept of benefit also presupposes a reference point in time, and that, in principle, a benefit must be assessed as at the moment at which it is enjoyed. Where pecuniary losses and benefits often do not 'occur' at the same time, interest rate complications may arise. Contributory negligence and the victim's failure to mitigate his or her losses (Article 6:101 DCC) are especially distinguishable in a time order. Once a damage has occurred, it can no longer be mitigated. Mitigating action can be taken with respect to damage that has not yet occurred. Again, the concept of damage and the – closely intertwined – moment at which damage occurs are decisive.

The study is continued in Part B with a series of sub-studies on the role of the time factor in five sub-areas of the law of damages. Chapter 6 is on property damage, the 'prototype' of instantaneous damage. The pecuniary loss that exists in the diminution of value that has incurred with the damage to a good (or in the loss of value that is suffered with the loss of a good) usually falls immediately at the time of the damaging event. This is in line with the *ex ante* nature of the concept of economic value. Therefore, the possibility of a reference to a (loss of) market value is crucial. After all, if an asset diminishes in economic value as a result of a tort or a breach of contract, the owner immediately suffers a loss of a pecuniary nature: the decrease in value. Later occurring facts and circumstances are irrelevant for the qualification and quantification of this type of loss, which entails a unique dynamic. In this book it is argued that, in principle, the injured party is not free to choose between compensation for his or her (immediately occurring) loss of economic value or a reimbursement of his or her (later incurred) 'concrete' repair costs.

Chapter 7 analyses three damage categories in the context of compensation for personal injury: loss of earning capacity, loss of support and non-pecuniary losses. These categories figure as models for the concept of continuous loss. With regard to each of these categories the element of time becomes perceptible where the damage is realized bit by bit with the passing of time. For assessing these types of damage, the concrete course of events after the accident must be 'put along the line' of the hypothetical situation without the event giving rise to the claim. With regard to the hypothetical situation without the event, far-reaching assumptions must be made, both with respect to developments that would have been within the victim's sphere of influence as well as developments that would have been outside of that sphere and that would have affected his or her earning capacity. In addition, the process of settling personal injury claims can have a negative influence on the recovery and well-being of the victim (and thus indirectly on the actual earning capacity as a part of the damage equation). For some authors, this leads to a reconsideration of the 'traditional coordinates' of the notion of damage. In this book it is argued that the judge is not as free as some authors suggest. The difficulty or speculativeness of the damage assessment – for example because the continuous damage extends over a very long time and the causal assumptions span a long period of time – does not give the judge the discretion to embrace an approach that is incompatible with the coordinates that are comprised in the 'traditional' legal concept of damage. In the context of the assessment of loss of support, the focus is on the way in which the lives of the relatives develop after

the death of the deceased, and on the question of to what extent later events are of significance for their claim for damages, in particular choices that are being made by themselves to organize their family life. With regard to the assessment of damages for non-pecuniary losses, there is a lack of clarity about the decisive moment of valuation and about the date from which statutory interest should be calculated. In this book it is argued that the time of the court decision should be decisive in all respects: the assessment of damages for non-pecuniary loss should cover all facts and circumstances that have occurred until the time of the judgment. The damages award should be determined on the basis of the criteria and standards that prevail by that time, and from that moment on, statutory interest should be paid over the amount of compensation awarded.

Chapter 8 deals with the time aspect of damage in the context of lost business profits, such as the situation in which a company is deprived of profits because its business stagnates as a result of an event giving rise to a claim. Two opposing approaches are studied in depth and contrasted. According to the first and 'prevailing' doctrine, this kind of loss of profits must in principle be regarded as a continuous loss, meaning that the damage occurs from moment to moment, and that all later occurring circumstances are relevant for the assessment of damage. An opposing view is rooted in the concept of *business value*: according to this approach, the damage exists in the loss of economic value that lies in the *future prospects* of the business. This loss of value will usually occur immediately at the time of the tortious event and should be valued as at that moment. The loss of business value can therefore be considered to be an instantaneous loss, as purely future developments are not relevant. The 'prevailing doctrine' – lost profits should be generally seen as a loss unfolding and extending over time, and should be assessed from moment to moment with due observance of all subsequent facts and circumstances – is endorsed in this chapter, whereas the business value approach is rejected. Also 'hybrid' methods, combining *ex ante* and *ex post* elements from both approaches, are rejected.

Chapter 9 investigates three types of investor losses, in respect of which the time factor is of significant importance: securities fraud cases, incorrect asset management and securities lease products. In the context of investment damage, time plays a significant role, in essence because the idea of investments is to obtain a financial advantage in the near or far future due to (expected) rises in prices. If an investment is wrongfully 'disturbed', the question arises as to at what time one should assess whether and to what extent the investor's position is disadvantageous. The key lies in a clear interpretation of the concept of damage, with which the question of the 'reference date' – unlike the literature sometimes suggests – directly relates. The analysis shows that it can be difficult to delineate the legally relevant damage that an investor suffers, whereas the system of the law of damages requires sharpness in this respect. After all, the concept of damage determines the moment at which the damage occurs, the moment at which the damage assessment should be carried out, and the moment from which the injured party is entitled to statutory interest. The cases concerning securities lease products teaches us that the damage assessment is not a matter of being disadvantaged 'on balance', but that it is necessary to look at when legally relevant losses and benefits occur.

Chapter 10 focuses on compensation for loss resulting from administrative acts ('lawful government acts'), more specifically on damages for expropriation and damages due to spatial planning. Not only does the *principle of equality* as the basis for liability colour the perspective of the compensable damage, the fact that the damage-causing event (an expropriation, a spatial planning decision) is foreseeable at a certain point in time also brings interesting dynamics to the damage debate. Although government action is usually expressed in a series of events that have sometimes been left hanging up in the air and may cause adverse consequences that may extend over a longer period, the damage assessment generally concentrates around a single valuation date. This entails unique problems, such as that of 'shadow losses': a value-reducing influence because of a mere threat of government action is not eligible for compensation, because developments prior to the valuation date remain out of consideration. The context of damages for expropriation is characterized by the strict handling of the reference date, as well as by fixed capitalization factors for the compensation of 'future' damage.

In Chapter 11, the research ends with some concluding observations along two lines of thought. The first line is that the system of the law of damages has a certain logical-chronological order, meaning that a number of time-related concepts are logically connected in the legal conceptual framework. This leads to the conclusion that the role of the time factor in the assessment of damage is, in principle, relatively clear. All sorts of time-related puzzles – questions regarding statutory interest, the relevance of 'later' occurring facts and circumstances, multiple causation, etc. – can be solved relatively easily by accurately delineating the content of the concept of damage. The second line of thought is that this logical-chronological order is compromised in a few respects, which relates to the *overly* presumed discretionary room of the judge in the context of Article 6:97 DCC: the so-called 'abstract' damage assessment, the possibility of using a reference date in the (far) past for the capitalization of compensation for 'future' losses, the reference date for the assessment of damages for non-pecuniary losses and its relation to statutory interest, the delineation between damage assessment and the deduction of collateral benefits and the 'needs-based' approach to the assessment of damages for personal injury.

LITERATUUR

Abdala, López Zadicoff & Spiller 2011

M.A. Abdala, P.D. López Zadicoff & P.T. Spiller, 'Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgment Interest in International Arbitration', *World Arbitration & Mediation Review* 2011-1, p. 1-19.

Akkermans 1996

A.J. Akkermans, 'Oorzakelijk verband', *BWKJ* 1996, p. 39-65.

Akkermans 1998

A.J. Akkermans, 'De twee gezichten van inkomensschade bij letsel. Over ontstaansmoment, wettelijke rente en verjaring', in: C.J.M. Klaassen & A.J. Akkermans, *Het moment van ontstaan van schade*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 45-76.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Akkermans 2003

A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', *TvP* 2003-4, p. 93-104.

Akkermans 2015

A.J. Akkermans, 'Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel', (*Je*) *geld of je leven (terug)*. *Vergoeding in natura*. *Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 11-36.

Akkermans & Van Wees 2007

A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TvP* 2007-4, p. 103-118.

Allen, Hall & Lazear 2011

M.A. Allen, R.E. Hall & V.A. Lazear, 'Reference Guide on Estimation of Economic Damages', in: Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, Washington: National Academies Press 2011, p. 429-500.

Arons 2015

T.M.C. Arons, annotatie bij HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, *JOR* 2015/173.

Asser/De Serière 2-IV 2017

V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht*. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Vranken Algemeen deel** 2014**

J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese, Deventer: Kluwer 2014.

Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015

E. Korthals Altes & H.A. Groen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Assink 2013

B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011.

Bakker, Van Ooijen & Neeser 2007

H. Bakker, A. van Ooijen & M.J. Neeser, 'Ligt de toekomst in het verleden?', VR 2007-6, p. 169-172.

Van Ballegooij e.a. 2008

G.A.C.M. van Ballegooij, T. Barkhuysen, W. Den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Von Bar 2000

C. von Bar, *The common European law of torts: volume 2*, Oxford: Clarendon Press 2000.

Barendrecht 1985

J.M. Barendrecht, 'Schadeberekening en herstel van de schade', WPNR 1985/5764, p. 789-796.

Barendrecht 1995

J.M. Barendrecht, 'Schadeberekening bij gederfde winst', WPNR 1995/6164, p. 21-22.

Barendrecht 1996

J.M. Barendrecht, 'Beginselen van schadeberekening', NTBR 1996-2, p. 41-42.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheidsrecht en welzijn', NJB 2002-12, p. 605-617.

Barendrecht e.a. 1995

J.M. Barendrecht, P.A.J.N. Damen, F.J.M. Hendriks & J. Stekelenburg, 'Zaakschade', in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Barendrecht, Kars & Morée 1995

J.M. Barendrecht, E.J. Kars & E.J. Morée, 'Schade en schadeberekening in het algemeen', in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Barendrecht & Stekelenburg 1995

J.M. Barendrecht & J.T. Stekelenburg, 'Gederfde winst en winstafdracht', in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Beumers & Van Boom 2016

M.Th. Beumers & W.H. Van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1-32.

De Bie Leuveling Tjeenk 1997

J. de Bie Leuveling Tjeenk, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen 1982

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 1982.

Bloembergen 1999

A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564 (*Losser/Kruidhof*).

Bloembergen 2000

A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690 (*Gemeente Dordrecht/Stokvast*).

Bloembergen 2002

A.R. Bloembergen, 'Een halve eeuw schadevergoeding', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel, *Schadevergoeding: een eeuw later. Opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002.

Bocken & Boone 2011

H. Bocken & I. Boone, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge: Die Keure 2011.

Bolt 1989

A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.

Bonsack 1990

K. Bonsack, 'Damages assessment, Janis Joplin's yearbook and the pie-powder court', *George Mason Law Review* 1990-1, p. 1-26.

Boonekamp 2018

Boonekamp, 'Art. 6:101 BW, aant. 5.2.1', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 9 september 2018).

Brealey, Myers & Allen 2014

R.A. Brealey, S.C. Myers & F. Allen, *Principles of Corporate Finance*, McGraw-Hill 2014.

Van den Broek 2002

G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding. Het recht op planschadevergoeding bij wijziging van het planologische regime* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

Van den Broek 2012

G.M. van den Broek, 'Forfaitaire vergoeding van waardevermindering door aantasting van woongenot', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant Compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012., p. 437-453.

Van den Broek & Tjepkema 2016

G.M. van den Broek & M. Tjepkema, 'De regeling van planschadevergoeding in de Omgevingswet. Onoordachte voorstellen met rigoureuze gevolgen', *NJB* 2016/1942, afl. 38, p. 2818-2826.

Van den Broek & Tjepkema 2017

G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet: geen aantrekkelijk alternatief voor het huidige planschadestelsel', *TO* 2017-1, p. 21-33.

Brunner 1981a

C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (I)', *VR* 1981-10, p. 210-217.

Brunner 1981b

C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (II)', *VR* 1981-11, p. 233-236.

Brunner 1997

C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: P. Abas e.a. (red.), *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 63-70.

Burrows 2004

A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, New York: Oxford University Press 2004.

Busch 2014

D. Busch, *Vermogensbeheer* (Monografieën BW nr. B8), Deventer: Kluwer 2014.

Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017

P.J.J. van Buuren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Ten Boom 2004

D.J. ten Boom, 'Weet wat u meet. Rekenkundige kanttekeningen bij HR 11 juli 2003', *TvP* 2004-3, p. 87-89.

Ten Boom 2006

D.J. ten Boom, 'De X-factor in de toekomstschade: mysterieus of meetbaar?', *TVP* 2006-3, p. 76-81.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Meervoudige oorzaken, hoofdelijke aansprakelijkheid en toerekening naar redelijkheid', in: A. Hammerstein e.a., *Causaliteit. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van letselschade Advocaten 2003*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2003, p. 89-103.

Van Boom 2009

W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009-6, p. 228-239.

Van Boom 2011

W.H. van Boom, 'Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid', *NTBR* 2011/22, afl. 4, p. 163-165.

Van Boom & Barendrecht 2000

W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', *BWKJ* 2000, p. 45-58.

Van Boom & Lindenberg 2010

W.H. van Boom & S.D. Lindenberg, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *Ars Aequi* 2010-3, p. 188-196.

Chappius 2007

B. Chappius, *Le moment du dommage. Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, Zurich: Schulthess 2007.

Chartier 1983

Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Parijs: Dalloz 1983.

Chartier 1998

Y. Chartier, 'La date d'évaluation du préjudice', *Responsabilité civile et assurances* 1998, p. 24.

Cornelis 2004

L. Cornelis, 'Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband', in: B. Tillemans & I. Claeys (red.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge: Die Keure 2004, p. 249-275.

Cotti e.a. 2004

A. Cotti e.a., 'Medical Law – Road Traffic Accidents and Secondary Victimisation: The Role of Law Professionals', *Medicine and Law* 2004, p. 259-268.

Dalhuisen & Van Dieren 1995

J. Dalhuisen & M.J. van Dieren, *Bedrijf te koop. Handleiding voor koop, verkoop en buy-out van bedrijven*, Amsterdam: Uitgeverij Contact 1995.

Van Dam 2013

C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld, Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', *VR* 2013/93, afl. 7/8, p. 256-268.

Van Dam 2015

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, Deel 1: Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Denktank Overlijdensschade 2014

Denktank Overlijdensschade, *Notitie Denktank Overlijdensschade. Nieuwe richting benadering en berekening overlijdensschade*, Zeist: Kerckebosch 2014.

Derrida 1951

F. Derrida, 'L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation', *Juris-Classeur Périodique (JCP)* 1951/918.

Deurvorst 1994

T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

Deurvorst 1996

T.E. Deurvorst, 'Abstracte schadeberekening en de expansie van de aanspraak op schadevergoeding', *NTBR* 1996-2, p. 37-41.

Van Dijk 2016

G. van Dijk, 'Naar een nieuw schadevereiste in het aansprakelijkheidsrecht. Over herstel binnen de ontstane toestand en een toekomstgerichte maatstaf', *NJB* 2016/1127, afl. 23, p. 1608-1616.

Van Dijk 2015

Chr. van Dijk, 'Voordeelstoerekening', in: U. Magnus & Chr. van Dijk, *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*, preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-74.

Van Dijk & Overes 2016

Chr.H. Van Dijk & J.S. Overes, 'Predispositie en de omvang van de vergoeding van letselschade. Naar een onzekerheidscorrectie bij onzekerheid rondom predispositie', *TLP* 2016/138, afl. 5, p. 18-26.

Dijkshoorn 2011

W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AV&S* 2011/30, afl. 6, p. 257-268.

Dijkshoorn 2011a

W. Dijkshoorn, *Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht. Een intern rechtsvergelijkende studie* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Dijkshoorn & Lindenbergh 2010

W. Dijkshoorn & S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting, bewijs en waardering', *Ars Aequi* 2010-7/8, p. 538-542.

Dirix 1984

E. Dirix, *Het begrip schade*, Antwerpen/Apeldoorn: Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming 1984.

Dolgoff & Duarte-Silva 2016

A. Dolgoff & T. Duarte-Silva, 'Prejudgment Interest and the Fallacy of the Invalid Round Trip', *World Arbitration & Mediation Review* 2016-3, p. 439-444.

Van Dort 2009

R.M.J.T. van Dort, 'Het is een bijzonder kind en dat is-ie!', in: S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: Stichting PIV 2009, p. 119-138.

Van Dort 2014

R.M.J.T. van Dort, 'Fiscale opfrisser, een opmerkelijk vonnis en de rekenrente naar minder dan 2%', *TVP* 2014-1, p. 8-17.

Dozy 1950

F.B. Dozy, 'Onheils-opeenvolging', *WPNR* 1950/4148, p. 333-355.

Driehuis 2014

W. Driehuis, 'Het gebruik van referentieperioden bij de schatting van bedrijfsschade', *MvV* 2014-10, p. 270-277.

Driehuis 2018

W. Driehuis, 'Marktsimulatie en het begroten van bedrijfsschade', *MvV* 2018-6, p. 202-211.

Den Drijver-van Rijckevorsel e.a. 2013

J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel, A.W. van Engen, F.A. Mulder & R. Rus-van der Velde, *Handboek ont-eigening*, Deventer: Kluwer 2013.

Drion 2009

C.E. Drion, 'Elk nadeel heeft z'n voordeel?', *NJB* 2009/1779, afl. 36, p. 2337.

Dunbar & Wagner 2004

M.K. Dunbar & M.J. Wagner, 'Differences between Economic Damages Analysis and Business Valuation', in: R.F. Reilly & R.P. Schweihs (eds.), *Handbook of Business Valuation and Intellectual Property Analysis*, McGraw-Hill 2004, p. 330-352.

Van Dunné 2018

J.M. van Dunné, 'Omkering van bewijslast in het aansprakelijkheidsrecht. De 'omkeringsregel': regel of uitzondering, spookbeeld of vertrouwd gereedschap?', *Ars Aequi* 2018-10.

Van Dunné 2018a

J.M. van Dunné, 'Abstracte schadeberekening bij onrechtmatige daad: rechtsregel of hulpmiddel?', *TGMA* 2018-3, p. 4-23.

Dyson & Kramer 2004

A. Dyson & A. Kramer, 'There is no "Breach Date Rule": Mitigation, Difference in Value and Date of Assessment', *The Law Quarterly Review* 2014, p. 259-281.

Edelman 2018

J.J. Edelman, *McGregor on damages*, London: Sweet & Maxwell 2018.

Elzas 2015

R.Ph. Elzas, 'Toekomstige personenschade', *Het Verzekerings-Archief* 2015-2, p. 57-78.

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW nr. A15), Deventer: Kluwer 2008.

Eshuis e.a. 2009

W.A. Eshuis, M.H. Schaapman, N.J. Philipsen, J.R. Popma, G. van der Laan, J.G. Bakker & B. Sorgdrager, *Leerzame schadeclaims: Leren van 'worst case scenarios' als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekten*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2009.

Van Ettekoven 2011

B.J. van Ettekoven, *Wat is normaal? Van planschade naar nadeelcompensatie* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2011.

EGTL 2005

European Group on Tort Law (EGTL), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wenen/New York: Springer 2005.

Evans & Weil 2017

E.A. Evans & R.L. Weil, 'Ex ante versus ex post damages calculations', in: R.L. Weil, D.G. Lentz & E.A. Evans (red.), *Litigation Services Handbook: The Role of the Financial Expert*, John Wiley & Sons, Hoboken, New Jersey: 2017, p. 1-23.

Fisher & Romaine 1990

F.M. Fisher & R.C. Romaine, 'Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages', *Journal of Accounting, Auditing & Finance* 1990-1, p. 145-157.

Flume 2018

J.W. Flume, '§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes', in: H.G. Bamberger e.a. (red), *Beck'scher Online-Kommentar*, München: C.H. Beck 2018 (online, laatst bijgewerkt op 1 augustus 2018).

Franx 2017

J.P. Franx, *Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Frenk 2013

N. Frenk, 'De waarde van smartengeld. Stagnerende smartengeldbedragen: enkele inleidende observaties', *VR* 2013/92, afl. 7/8, p. 250-255.

Geurst & Hengeveld 2003

H. Geurst & W.J. Hengeveld, 'Berekening letselschade. Rb. Zwolle 2 oktober 2002, rolnr. 69972/HA ZA 01-1113', *TvP* 2003-3, p. 77-81.

Glick & Kalay 2002

M. Glick & A. Kalay, 'How to value a lost opportunity: a real options approach', *George Mason Law Review* 2002, p. 673-694.

Goßler 1977

H. Goßler, *Der Zeitpunkt der Schadensbemessung im Deliktsrecht* (diss. Freiburg), Freiburg im Breisgau: Albert-Ludwigs-Universität 1977.

Groeneveld 2004

J. Groeneveld, 'Waarde in economie en accounting', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2004-6, p. 253-260.

De Groot 1980

G.R.J. de Groot, 'Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?', *VR* 1980-3, p. 49-58.

De Groot 1982

G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1982.

De Groot & Akkermans 2007

G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslast en deskundigenbericht', *NTBR* 2007/72, afl. 10, p. 501-509.

Guégak-Lécuyer 2015

A. Guégak-Lécuyer, 'Moment de l'évaluation judiciaire et variations du dommage', in: B. Dubuisson & P. Jourdain, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit compare*, Brussel: Bruylant 2015.

Van der Grinten 1986

W.C.L. Van der Grinten, annotatie bij HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, NJ 1986/212 (*Meerstoel II*).

Van der Grinten 1988

W.C.L. van der Grinten, annotatie bij HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1505, NJ 1988/965 (*Van Ulzen/Goolkate*).

Hamaker 1980

G. Hamaker, 'Schadeloosstelling en schadevergoeding. Enige overeenkomsten en verschillen', in: G.J. de Groot, G. Hamaker & J.G. de Vries Robbé, *Planschade en Onteigening. Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht*, Deventer: Kluwer 1980.

Hammerstein 2008

A. Hammerstein, 'De rechter en toekomstschade', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Toekomstschade: wat is een mensenleven waard?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 25-35.

Hart & Honoré 1985

H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law*, Oxford: Clarendon Press 1985.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Kroniek aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2004/82, afl. 9, p. 462-475.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005/27, afl. 5, p. 159-167.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Vergoeding van overlijdensschade: abstract of concreet?', *Ars Aequi* 2008-12, p. 896-901.

Hartlief 2010

T. Hartlief, 'VOS/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht', *WPNR* 2010/6829, p. 92-96.

Hartlief 2010a

T. Hartlief, 'Vergoeding van personenschade. Wat is wijsheid?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 523-542.

Hartlief 2014

T. Hartlief, 'Een steen in stilstaand water', *NJB* 2014/1723, afl. 29, p. 2287.

Hartlief 2016

T. Hartlief, 'Wat is schade vergoeden?', *NJB* 2016/1649, afl. 32, p. 2293.

Hartlief 2017

T. Hartlief, 'Personenschade: toekomstgerichte vergoeding en herstel van keuzevrijheid', *TLP* 2017/47, afl. 2, p. 13-23.

Hartlief 2018

T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenberg & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Den Hartog Jager 2012

W.H.B. den Hartog Jager, *Wettelijke rente*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

Hebly 2018

M.R. Hebly, annotatie bij HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, JA 2018/29 (*Liander/Gemeente Heiloo*).

Hebly & Lindenberg 2016

M.R. Hebly & S.D. Lindenberg, 'Schadebegroting en tijdsverloop. Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht', *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 301-366.

Hebly & Lindenberg 2016a

M.R. Hebly & S.D. Lindenberg, 'Schadebegroting en tijdsverloop. Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2016-4, p. 1435-1522.

Van Heijst 2017

I.P.A. van Heijst, *Planschade en nadeelcompensatie. Schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen op het gebied van ruimtelijke ordening, openbare ruimte en infrastructuur*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2017.

Van Heijst 2017a

I.P.A. van Heijst, 'Schadeoorzaken en schaduw schade in de nieuwe Omgevingswet', *O&A* 2017/64, afl. 3, p. 151-152.

Hengeveld & Vos 2007

W.J. Hengeveld & H.Th. Vos, 'Wettelijke rente en kapitalisatie. HR 30 november 2007 RvdW 2007, 1025, LJN BA4606', *TvP* 2008-1, p. 36-40.

Hitchner 2011

J.R. Hitchner, *Financial Valuation: Applications and Models*, Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons 2011.

Hijma 2011

Jac. Hijma, annotatie bij HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, *NJ* 2011/43 (*Vos/TSN*).

Holthuijsen-van der Kop 2015

C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WPNR* 2015/7065, p. 520-527.

Hondius 1998

E.H. Hondius, 'Schadevergoeding: recht in ontwikkeling (afd. 6.1.10 en 11 BW)', in: E. Hondius (red.), *Vijf jaar nieuw vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 87-105.

Huwer e.a. 2009

R.M.E. Huwer, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid: Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2009.

Huijts & Backes 2015

H.M. Huijts & C.W. Backes, 'Reden tot discussie over het Nederlandse planschadestelsel?', *TO* 2015/10, afl. 3, p. 45-54.

Huijts & Tjepkema 2017

J.H.M. Huijts & M.K.G. Tjepkema, 'Meervoudige causaliteit bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', *JB-plus* 2017-4, p. 288-304.

Huizink 2016

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 7), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Jansen 2017

K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.

Janssen 2007

J.F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *NTBR* 2007/11, afl. 3, p. 99-113.

Jocqué 2016

G. Jocqué, 'Tijdverloop en schadevergoeding', *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 257-299.

Joling 2005

J. Joling, *De accountant en de berekening van schade* (diss. Breukelen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Joling 2008

J. Joling, 'De vaststelling van vermogensschade wegens gederfde winst of geleden verlies', in: G.G. Heslen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008.

Joling 2018

J. Joling, 'Annotatie dr. J. Joling RV bij (tussen)arrest van Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282', *Expertise en Recht* 2018-2, p. 97-98.

Joling & Vermeulen 2011

J. Joling & E.M. Vermeulen, 'De berekening van vermogensschade wegens gederfde winst of geleden verlies', *WPNR* 2011/6896, p. 641-652.

De Jong 2010

B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

De Jong 2016

B.J. de Jong, 'Schade door misleiding op de effectenmarkt revisited', *Ondernemingsrecht* 2016/25, afl. 3, p. 122-129.

De Jong 2018

G.T. de Jong, 'Niet-nakoming', in: G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Jong & Pijls 2013

B.J. de Jong & A.C.W. Pijls, 'Schadevergoeding voor zittende aandeelhouders bij misleidende berichtgeving?', *Ondernemingsrecht* 2013/2, afl. 1, p. 5-12.

Joslyn 1982

A.S. Joslyn, 'Measures of damages for the destruction of a business', *Brooklyn Law Review* 1982, p. 431-463.

Keirse 2002

A.L.M. Keirse, 'Wie is bang voor de schadebeperkingsplicht? Over de grenzen die de schadebeperkingsplicht stelt aan (te) ruime toerekening bij personenschade', *TvP* 2002-3, p. 63-79.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', *Contracteren* 2009-4, p. 105-109.

Keirse 2016

A.L.M. Keirse, *Mogelijkheden schadevoorkomingsplicht via aansprakelijkheidsrecht*, Rapportage voor het Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2016.

Keirse & Van Kogelenberg 2016

A.L.M. Keirse & M. van Kogelenberg, 'Schadebegroting bij een doorberekenningsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening', *Contracteren* 2016-4, p. 97-109.

Klaassen 1998

C.J.M. Klaassen, 'Het ontstaansmoment van schade in relatie tot de verschuldigdheid van wettelijke rente en faillissement', in: C.J.M. Klaassen & A.J. Akkermans, *Het moment van ontstaan van schade*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 1-43.

Klaassen 2017

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW nr. B35), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Kogelenberg 2013

M. van Kogelenberg, *Motive matters!* (diss. Rotterdam), Antwerpen: Intersentia 2013.

Kohl 2015

B. Kohl, 'Moment de l'évaluation et variation du dommage', in: B. Dubuisson & P. Jourdain, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit compare*, Brussel: Bruylant 2015.

Kolaski & Kuga 1998

K.M. Kolaski & M. Kuga, 'Measuring commercial damages via lost profits or loss of business value: are these measures redundant or distinguishable?', *Journal of Law and Commerce* 1998-1, p. 1-29.

Kolder 2015

A. Kolder, 'Letselschade: de hypothetische situatie zonder ongeval', *TvP* 2015-2, p. 24-34.

Van der Kooij 2011

D.A. van der Kooij, 'Schadevergoeding bij ontbinding van een (duur)overeenkomst en Vos/TSN', *MvV* 2011-10, p. 249-256.

Kortmann 2007

J.S. Kortmann, 'PETL: General Conditions of Liability, Causation ("In Fact")', *AV&S* 2007/23, afl. 4, p. 151-157.

Kortmann 2017

C.N.J. Kortmann, 'Schaduwshade, een conceptuele verkenning', *O&A* 2017/90, afl. 4, p. 188-196.

Köster 1963

H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Krans 2018

H.B. Krans, 'Nakoming en rechtsvorderingen', in: G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Kremer 2009

F.Th. Kremer, 'Wat nu' in plaats van 'Wat anders'? Pleidooi voor een alternatief uitgangspunt voor de schadevergoeding van ernstig en blijvend gewonde kinderen', in: S.D. Lindenbergh, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (red.), *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: Stichting PIV 2009, p. 139-152.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004.

Labohm, Veerman & Van der Zanden 2017

A.N. Labohm, W.T.M. Veerman & P.M. van der Zanden, *Waardering van ondernemingen in de juridische praktijk*, Zutphen: Paris 2017.

Lange & Schiemann 2003

H. Lange & G. Schiemann, *Schadensersatz*, Tübingen: Möhr Siebeck 2003.

Lanzilotti & Esquibel 1990

R.F. Lanzilotti & A.K. Esquibel, 'Measuring Damages in Commercial Litigation: Present Value of Lost Opportunities', *Journal of Accounting, Auditing & Finance* 1990-1, p. 125-142.

Laumen 2013

J. Laumen, 'Reactie op artikel 'Rekenrente' in VR 2013/67', *VR* 2013/128, afl. 11, p. 409-411.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 2000

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld en wettelijke rente', *A&V* 2000-6, p. 134-137.

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, 'Tijd en schade', in: J. Hulsman e.a., *Tijd is geld*, Den Haag: Stichting PIV 2006, p. 109-121.

Lindenbergh 2006a

S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006-4, p. 105-110.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, 'Vaststelling van schade en de rol van de deskundige daarbij', in: G.G. Heslen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen (red.), *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2008a

S.D. Lindenbergh, 'Vaststelling van letselschade. Veel aandacht voor een fictieve toekomst, weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid', *MvV* 2008-6, p. 118-124.

Lindenbergh 2008b

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010/6867, p. 901-909.

Lindenbergh 2013

S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Abstracte schadeberekening*, preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Deventer: Kluwer 2013, p. 1-31.

Lindenbergh 2013a

S.D. Lindenbergh, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013.

Lindenbergh 2013b

S.D. Lindenbergh, 'De waarde van smartengeld', *VR* 2013/97, afl. 7/8, p. 290-292.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014.

Lindenbergh 2014a

S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen in herstel', in: G.R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht. Liber amoricum Gerrit van Maanen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 239-251.

Lindenbergh 2015

Lindenbergh, annotatie bij HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, *NJ* 2016/138 (*Jerrycan*).

Lindenbergh 2018

S.D. Lindenbergh, 'Algemene inleiding', in: T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Lindenbergh & Van der Zalm 2008

S.D. Lindenbergh & I. Van der Zalm, 'Abstractie bij overlijdensschade. HR 11 juli 2008, RvdW 2008, 724 (Bakkum/Achmea)', *MvV* 2008-10, p. 235-239.

Lindenbergh & Van der Zalm 2009

S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009-6, p. 146-151.

Lindenbergh & Van der Zalm 2015

S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Loth 2016

M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-73.

Loth 2017

M.A. Loth, 'Herstel in wat? Over de vergoeding van letselschade', *TLP* 2017/26, afl. 1, p. 16-24.

Loth & Stegerhoek 2016

M.A. Loth en L. Stegerhoek, 'Achter het stuur in de bus'. Over herstel van autonomie in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2016/18, afl. 3, p. 94-100.

Magnus 2015

U. Magnus, "'Vorteilsausgleichung" – a typical German institute of the law of damages?', in: U. Magnus & Chr. van Dijk, *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*, preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-22.

McKendrick

E. McKendrick, *Contract Law*, Londen: Palgrave 2015.

Meussen 1997

G.T.K. Meussen, *Bedrijfswaarde. Een onderzoek naar inhoud en betekenis van het begrip bedrijfswaarde in fiscaal-, civielrechtelijk en bedrijfseconomisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1997.

Van Mierlo & Van Ravels 2011

H.J.M. van Mierlo & B.P.M. van Ravels, 'Kapitalisatie en nadeelcompensatie', *O&A* 2011/83, afl. 4, p. 140-149.

Mijnssen 2017

F.H.J. Mijnssen, *Verbintenissen tot betaling van een geldsom* (Monografieën BW nr. B39), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Mommsen 1855

F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre von dem Interesse*, Brunswijk 1855.

Mörzer Bruyns 1996

R.A. Mörzer Bruyns, annotatie bij HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC1574, *NJ* 1996/51 (*Den Haag/Geelkerken q.q.*).

Neeser 2009

M.J. Neeser, 'Overlijdensschade 21^e eeuw, een update', *VR* 2009-12, p. 361-367.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: D.H.M. Peperkorn (red.), *Waarheidsvinding en privacy: inleidingen gehouden op het LSA-symposium 2005*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 83-95.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waarom is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Nieuwenhuis 2009

J.H. Nieuwenhuis, *Brief aan een jonge academische vrouw. Een en ander over recht, geleerdheid en het verlangen naar de verloren tijd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Nijmeijer 2017

A.G.A. Nijmeijer, 'Globale omgevingsplanregels en planschaderisico: een nieuwe planschaderegeling nodig?', *O&A* 2017/63, afl. 3, p. 143-148.

Nolan 2017

D. Nolan, 'Rights, Damage and Loss', *Oxford Journal of Legal Studies* 2017-2, p. 255-275.

Oetker 2019

H. Oetker, '§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes', in: F.J. Säcker e.a. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241-432*, München: Verlag C. H. Beck 2019.

Ogus 1973

A.I. Ogus, *The Law of Damages*, Londen: Butterworths 1973.

Olthoff 1988

M.M. Olthof, 'Causaliteit bij wanprestatie', *BWKJ* 1988, p. 37-42.

Van Opstall 1976

S.N. van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Pals 2005

L.H. Pals, 'Het belang van de peildatum bij letselschaden', *VR* 2005-7/8, p. 211-213.

Patell, Weil & Wolfson 1982

J.M. Patell, R.L. Weil & M.A. Wolfson, 'Accumulating damages in litigation: the roles of uncertainty and interest rates', *The Journal of Legal Studies* 1982-2, p. 341-364.

Du Perron 1997

C.E. du Perron, 'Aanzegging wettelijke rente bij periodiek geleden schade', *Bedrijfsjuridische Berichten* 1997-23, p. 203-209.

Du Perron 2010

C.E. du Perron, 'Effectenlease. The saga continues', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2010-2, p. 60-66.

Pierre-François 1975

G.L. Pierre-François, *La notion de dette de valeur en droit civil: essai d'une théorie*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1975.

Pijls 2018

A.C.W. Pijls, *Misleidende beursberichten. Kwesties van causaal verband en schade* (diss. Rotterdam), 2018.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Het Nederlands burgerlijk recht, deel 3, Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Planken & Hazen 2017

M.A.E. Planken & R.J.R. Hazen, 'De planschadevergoedingsregeling in de Omgevingswet. Oplossing of probleem?', *O&A* 2017/5, afl. 1, p. 36-39.

Ponsioen 2008

C.E.C.J. Ponsioen, 'Kapitalisatie van 'toekomstige' schade; de vrijheid van de rechter als toverformule?', *MvV* 2008-3, p. 50-53.

Proctor 2012

C. Proctor, *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Rank 1996

W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.

Van Ravels 1999

B.P.M. van Ravels, 'Planologische schaduwsschade', in: A. van Hall, Th.G. Drupsteen & H.J.M. Havekes (red.), *De staat van water*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.

Van Ravels 2006

B.P.M. van Ravels, 'Vergoeding van planschade omstreeks 2005', *Gst.* 2006/70, afl. 7251, p. 255-270.

Reynolds 2008

F. Reynolds, 'The Golden Victory - A Misguided Decision', *Hong Kong Law Journal* 2008-2, p. 333-345.

Rijsterborgh 2012

A.J. Rijsterborgh, 'Een zelfde gebeurtenis in art. 6:100 BW', *AV&S* 2012/6, afl. 2, p. 59-65.

Roach 2003

G.P. Roach, 'Correcting Uncertain Prophecies: An Analysis of Business Consequential Damages', *The Review of Litigation* 2003-1, p. 1-68.

Rodrigues Lopes 2018

D.L. Rodrigues Lopes, *Landinrichting* (Recht & Praktijk, nr. VG6), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Roelofs 2008

L.C. Roelofs, 'Het schademoment als uitgangspunt voor hypothetische en "onderbroken" causaliteit', *NTBR* 2008/48, afl. 9, p. 382-391.

Ronse 1954

J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad* (diss. Leuven), Brussel: Larcier 1954.

Ronse & De Wilde 1984

J. Ronse & L. de Wilde, *Schade en schadeloosstelling*, Gent: Story-Scientia 1984.

Roth 2015

J.F. Roth, 'Smartengeld: naar een hogere vergoeding', *L&S* 2015/367, afl. 4, p. 3-4.

Royer 1969

S. Royer, 'Boekbespreking' (bespreking van: Asser/Losecaat Vermeer & Rutten 3-I 1967), *RM Themis* 1969.

Rutten 1964

L.E.H. Rutten, 'Het recht op schadeloosstelling van de eigenaar van een auto welke als gevolg van een aanrijding een waardevermindering heeft ondergaan', *VR* 1964-4, p. 73-81.

Saitakis 2016

K. Saitakis, Χρόνος υπολογισμού της ζημίας στις αδικοπραξίες. Η αποζημίωση ως χρηματική ενοχή αξίας, Athene: Sakkoulas 2016.

Salomons 1993

R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Monografieën BW nr. B38), Deventer: Kluwer 1993.

Sanderink 2017

D.G.J. Sanderink, 'Schadevaststelling bij nadeelcompensatie onder de Omgevingswet: een deels nieuwe peildatum en vergelijkingsmaatstaf', *O&A* 2017/62, afl. 3, p. 137-142.

Van der Schans 2004

E. van der Schans, 'Planschade, uitvoeringsschade en tijdelijke schade', *Bouwrecht* 2004-1, p. 12-16.

Van der Schans 2006

E. van der Schans, annotatie bij HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4540, *BR* 2006/117.

Van der Schans 2007

E. van der Schans, 'Nadeelcompensatie en schadebegroting: de rekening en het recht', *O&A* 2007/107, afl. 6, p. 201-208.

Van der Schans & Heesbeen 2011

E. van der Schans & A.C.M.M. van Heesbeen, *Onteigening. Het spel en de knikers*, Doetinchem: Reed Business 2011.

Scheltema & Scheltema 2013

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schneider 1980

R.G. Schneider, 'Damages for the termination of a business interest', *Antitrust Law Journal* 1980-5, p. 1295-1302.

Scholten 1945

P. Scholten, 'De structuur der rechtswetenschappen', *Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1945, p. 1-53.

Scholten 1964

P. Scholten, annotatie bij HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, NJ 1964/449 (Schreuder/Van Driesten).

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schreuder 2016

A.I. Schreuder, annotatie bij HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, JA 2016/14.

Schreuder 2017

A.I. Schreuder, Schuld en schadevergoeding. Hoe kleurt de zwaarte van de schuld van de aansprakelijke partij het schadevergoedingsdebat?', *MvV* 2017-7/8, p. 236-242.

Schultz 2016

J.F. Schultz, 'HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397; Predispositie en toekomstige schade', *AV&S* 2016/11, afl. 2, p. 68-73.

Schut 1963

G.H. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

Sluysmans 2007

J.A.M.A. Sluysmans, 'Verrekening bij onteigening', *LTB* 2007/65, afl. 1, p. 7-9.

Sluysmans 2011

J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken* (diss. Leiden), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2011

Sluysmans 2012

J.A.M.A. Sluysmans, 'Rente in het onteigeningsrecht', in: E.W.J. de Groot & R.D. Harteman (red.), *Bijzonder geschikt voor het werk (H.J.M. van Mierlo bundel)*, Den Haag: IBR 2012, 113-120.

Sluysmans 2013

J.A.M.A. Sluysmans, *Recht op onteigening* (oratie Nijmegen), 2013.

Sluysmans & Van der Gouw 2015

J.A.M.A. Sluysmans & J.J. van der Gouw, *Onteigeningsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Simoens 1999

D. Simoens, *Buitencontractuele aansprakelijkheid, deel II, Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen: E. Story-Scientia/Kluwer Rechtswetenschappen 1999.

Sman 1992

R. Sman, *Met waardering... Ondernemingswaarde en ondernemingsprijs; een wereld van verschil*, Deventer: Kluwer Bedrijfswetenschappen 1992.

Snijders 2004

W. Snijders, 'Het monetaire grondpatroon van het vermogensrecht', in: A.H.E.M. Wellink e.a., *De Rol van Geld in het Privaatrecht. Symposium over Geld en Recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 87-98.

Snijders 2016

G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Monografieën BW nr. A26b), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Spier 1992

J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Monografieën BW nr. B36), Deventer: Kluwer 1992.

Spier 1995

J. Spier, 'De ongerechtvaardigde consequenties van abstracte en concrete schadeberekening', *WPNR* 1995/6199, p. 711-712.

Spier 1998

J. Spier, *Schade en loss occurrence-verzekeringen*, Deventer: Kluwer 1998.

Stack & Jacobsen 1999

W.J. Stack & T. Jacobsen, 'Diminution in Property Value Arising from the Stigma of Environmental Contamination: A Phantom Injury in Search of Actual Damages', *Environmental Claims Journal* 1999-2, p. 21-47.

Staudinger/Schiemann 2005

G. Schieman, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (2005).

Stichting de Ombudsman 2003

Stichting de Ombudsman, *Letselschaderegeling: Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid*, Hilversum: Stichting de Ombudsman 2003.

Storm, Kamp & Schön 1995

H.M. Storm, H.P.A.J. Kamp en E.W. Schön, 'Personenschade', in: J.M. Barendrecht, & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Van Swaaij 2010

J.H.M. van Swaaij, 'Vos/TSN: geen consequentie voor het 'eigen schuld'-verweer. Het dynamische rechtsbegrip 'schade'', *NJB* 2010/1530, afl. 29, p. 1908-1912.

Taurman & Bodington 1992

J.D. Taurman & J.C. Bodington, 'Measuring damage to a firm's profitability: ex ante or ex post?', *The Anti-trust Bulletin* 1992-1, p. 57-106.

Telders 1968

C.H. Telders, *Schadeloosstelling voor onteigening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.

Tiemersma 2013

J. Tiemersma, 'Rekenrente', *VR* 2013/76, afl. 5, p. 166-168.

Timmerman 2013

L. Timmerman, 'Enkele kanttekeningen bij civielrechtelijke buitencontractuele prospectusaansprakelijkheid', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (O&R nr. 78), Deventer: Kluwer 2013.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Tjittes & Asser 2011

R.P.J.L. Tjittes & W.H.D. Asser, *Rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer 2011.

Tjong Tjin Tai 2008

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Toerekening van winstderving', *Bb* 2008/35, afl. 11, p. 154-156.

Tjong Tjin Tai 2012

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Kluwer 2012.

Tjong Tjin Tai 2015

T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, *NJ* 2015/425 (*Dexia/Oerlemans*).

Tjong Tjin Tai 2016

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit, en schadebegroting', *WPNR* 2016/7108, p. 383-387.

Tjong Tjin Tai 2016a

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans, en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/1605, afl. 31, p. 2239-2244.

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Tjong Tjin Tai 2017a

Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, *NJ* 2017/146 (*Dexia/De Vries*).

Tjong Tjin Tai 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Een Europees schadebegrip?', *NTBR* 2018/5, afl. 1, p. 31-36.

Tjong Tjin Tai 2018a

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meervoudige causaliteit', *WPNR* 2018/7186, p. 237-245.

Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009

T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009/1700, afl. 34, p. 2111-2118.

Toxopeus-De Vries 2013

I.K. Toxopeus-De Vries, 'Het begroten van beleggingsschade', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (O&R nr. 78), Deventer: Kluwer 2013.

Toxopeus-De Vries 2017

I.K. Toxopeus-de Vries, 'Methoden voor het begroten van vermogensschade', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Treitel 2015

G.H. Treitel, *The Law of Contract*, Londen: Sweet & Maxwell 2015.

Tromp 2015

J.M. Tromp, 'Overlijdensschade 2.0: een juridische analyse', *L&S* 2015/155, afl. 2, p. 5-22.

Tye & Kalos 1996

W.B. Tye & S.H. Kalos, 'Antitrust damages from lost opportunities', *The Antitrust Bulletin* 1996-3, p. 637-664.

Vandendriessche 2015

E. Vandendriessche, *Investor Losses. A comparative legal analysis of causation and assessment of damages in investor litigation* (diss. Gent), Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2015.

Vansweevelt & Weyts 2009

T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2009.

Veljanovski 2007

C.G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press 2007.

Verburg 2009

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Verdam 2017

H.P. Verdam, annotatie bij Rb. Limburg 26 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4154, *JA* 2017/113.

Verheij 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht nr. 4), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Verkruisen 1998

W.G. Verkruisen, 'Vertragsrente: de praktische gevolgen van abstracte benadering', *VRA* 1998.

Vermetten 2003

E. Vermetten, 'Posttraumatische stress stoornis: belang van een zorgvuldige diagnose', in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 61-84.

Viaene 1976

J. Viaene, *Schade aan de mens, deel III. Evaluatie van de gezondheidsschade*, Berchem/Antwerpen - Amsterdam: Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming 1976.

Viney, Jourdain & Carval

G. Viney, P. Jourdain & S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, Paris: L.G.D.J. 2017.

Vis 2010

J. Vis, *Ondernemend Waarderen: Waarderend Ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010.

Visscher 2012

L.T. Visscher, 'Vergoeding van 'verlies van tijd' als ander nadeel', *AV&S* 2012/10, afl. 3, p. 96-101.

Visser 2008

C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008-10, p. 302-308.

Visser 't Hooft 1988

H.Ph. Visser 't Hooft, *Filosofie van de rechtswetenschap*, Leiden: Martinus Nijhoff 1988.

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, 'Interne rechtsvergelijking', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1995-2, p. 401-404.

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 (*Eerste peildatum-arrest*).

Waddams 1981

S.M. Waddams, 'The Date for the Assessment of Damages', *The Law Quarterly Review* 1981, p. 445-461.

Wendt 2008

J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief* (diss. Rotterdam), Zutphen: Paris 2008.

Van Wijmen 1999

P.C.E. van Wijmen, annotatie bij HR 15 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD2957, NJ 1999/427 (*Staat/Welles*).

Van Wijmen 2006

P.C.E. van Wijmen, annotatie bij HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4540, NJ 2006/255 (*Van der Horst/Staat*).

Wytema 2004

E. Wytema, 'HR 11 juli 2003, NJ 2003, 603 (wettelijke rente – aanzegging II)', *TvP* 2004-2, p. 59-62.

Van der Zanden 2016

P.M. van der Zanden, 'Waardering van (aandelen in) ondernemingen', *WPNR* 2016/7119, p. 705-710.

Zhou 2010

Q. Zhou, 'Damages for repudiation: an ex ante perspective on the Golden Victory', *Sydney Law Review* 2010-4, p. 579-593.

Zwarts 2008

F.A.R.M. Zwarts, 'Hoe overleef ik een overlijdensschaderegeling?', *VR* 2008-10, p. 297-299.

Zwitser 1980

R. Zwitser, 'Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid', *WPNR* 1980/5517, p. 322-331.

JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

HR 15 juni 1888, W 5572

HR 13 juni 1890, W 5889

HR 11 december 1931, ECLI:NL:HR:1931:AG1843, NJ 1932, p. 157-162 m.nt. P. Scholten (*Aeilkema/Veen-koloniale Bank*)

HR 19 november 1943, ECLI:NL:HR:1943:229, NJ 1944/21 (*Veritex/Hemnes*).

HR 23 december 1949, ECLI:NL:HR:1949:21, NJ 1950/262 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Boendermaker/Schopman*)

HR 27 maart 1953, ECLI:NL:HR:1953:153, NJ 1953/617 (*W.E.B. Wielinga's Expeditiebedrijf/Van der Brug c.s.*)

HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1 m.nt. L.E.H. Rutten (*Londen en Lancashire/Huygen*)

HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158 m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*)

HR 25 januari 1957, ECLI:NL:HR:1957:202, NJ 1957/114 (*Van der Schrieck/Gemeente Ede*)

HR 7 november 1958, ECLI:NL:HR:1958:146, NJ 1960/177 (*Leijgraaff/NS*)

HR 21 december 1960, ECLI:NL:HR:1960:61, NJ 1961/115 (*Van den Hoek/Ridderkerk*)

HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444 m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*)

HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, NJ 1964/449 m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Van Driesten*)

HR 15 januari 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC3943, NJ 1965/197 m.nt. G.J. Scholten (*Flint/Veldpaus*)

HR 12 april 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4547, NJ 1967/236 m.nt. N.J. Polak (*Leiden/Het Motorhuis*)

HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251 m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied*)

HR 9 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC0891, NJ 1972/360 m.nt. G.J. Scholten (*Posttraumatische neurose*)

HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372 m.nt. G.J. Scholten (*Aangereden hartpatiënt*)

HR 11 februari 1976, NJO 1976/12 (*Maastricht/Van Wessem*)

HR 2 februari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7302, NJ 1979/384 m.nt. F.H.J. Mijnsen (*Binnendijk/IJsselcentrale*)

HR 23 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6897, NJ 1980/466 (*Oranje Nassau Mijnen/Van den Broeck*)

HR 4 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4681, NJ 1984/786 m.nt. E.A.A. Luijten (*Schipper/Baumans*)

HR 2 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4704, NJ 1984/368 (*Bijsterveld/De Ruyter*)

HR 10 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC1944, NJ 1984/728 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*List c.s./Staat*)

HR 19 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4925, NJ 1985/801 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Guissouma/Amsterdam*)

HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137 m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*)

HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4960, NJ 1986/136 m.nt. C.J.H. Brunner (*Joe/Chicago Bridge*)

HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, NJ 1985/625 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Staat/Van Driel*)

HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9029, NJ 1986/211 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool I*)

HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, NJ 1986/212 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool II*)

HR 13 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC3329, NJ 1986/246 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*)

HR 28 februari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AG5203, NJ 1987/100 (*Huiskes/Snippe*)

HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*)

HR 30 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9992, NJ 1988/868 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Hoogheemraadschap van Delfland/Rotterdam*)

HR 16 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0220, NJ 1989/798 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Van Rijswijk/Amsterdam*)

HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1505, NJ 1988/965 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Ulzen/Goolkate*)

HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0832, NJ 1990/441 (*Kennis/Budel*)

HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7897, NJ 1991/292 m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Vermaat*)

- HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, NJ 1991/434 (*Unico/Harteman Vastgoed*)
- HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0514, NJ 1992/339 (*Reinders/Delta Lloyd*)
- HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*)
- HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0691, NJ 1992/751 (*Alpuro/Dijkhuizen*)
- HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0707, NJ 1994/286 m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Maassluis/Van Koppen c.s.*)
- HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, NJ 1995/43 m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Van Schravendijk*)
- HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1356, NJ 1995/609 m.nt. C.J.H. Brunner (*Nationale Nederlanden Schadeverzekering/ABP*)
- HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC1574, NJ 1996/51 m.nt. R.A. Mörzer Bruyns (*Den Haag/Geelkerken q.q.*)
- HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABP/Poot*)
- HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (*Eerste peildatum-arrest*)
- HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*)
- HR 15 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD2957, NJ 1999/427 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Staat/Welles*)
- HR 15 november 1998, ECLI:NL:HR:1996:ZC2195, NJ 1998/314 m.nt. F.W. Grosheide (*Hertzano c.s./Otto Simon c.s.*)
- HR 9 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC1186, NJ 1999/674 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Den Haag/Kandhai*)
- HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Losser/Kruidhof*)
- HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2919, NJ 1999/614 (*H./Stichting Gezondheidszorg*)
- HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004, NJ 2000/351 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Nugteren/Meskes*)
- HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Sas/Interpolis*)
- HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4719, NJ 2000/600 m.nt. M.M. Mendel (*Kwidama*)
- HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (*De Preter/Van Uitert*)
- HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690 m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*)
- HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7497, NJ 2000/628 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Van de Wolfshaar/Amersfoort*)
- HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7281, NJ 2001/105 m.nt. A.R. Bloembergen (*Paulissen/Staat*)
- HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/Bouw*)
- HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3686, NJ 2001/655 (*Van Brakel/Diaconessenhuis*)
- HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Gemeente Leeuwarden/Los*)
- HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, NJ 2002/122 (*Van Straaten/Brandts*)
- HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112 m.nt. J.B.M. Vranken (*Cornelisse/Lokhorst*)
- HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4362 en ECLI:NL:HR:2002:AE4364, NJ 2003/171 m.nt. M. Scheltema (*Verhoeven c.s./Lammers c.s. en Gemeente Heeze-Leende/Lammers c.s.*)
- HR 18 maart 2003, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*)
- HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2690, NJ 2003/401 (*Baksi/Den Haag*)
- HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7884, NJ 2003/603 (*Tweede peildatum-arrest*)
- HR 16 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2283, NJ 2004/507 (*Onteigening Hoogezand-Sappemeer*)
- HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76 m.nt. C.J.H. Brunner (*A. en N./Hiddema*)
- HR 29 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5106, NJ 2005/456 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Onteigening Berkel en Rodenrijs*)
- HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4540, NJ 2006/255 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Van der Horst/Staat*)
- HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6089, NJ 2008/186 m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruiskens/Organice*)
- HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1106, NJ 2007/596 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Staat/Princeville*)
- HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2075, NJ 2007/322 (*Stichting Monumentenzorg Curaçao/Scharloo Central Properties N.V.*)

- HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3520, NJ 2007/408 (WRA/Oldenhoec)
- HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7215, NJ 2007/407 (*De Oorsprong/Gemeente Utrecht*)
- HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*)
- HR 30 november 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4604, NJ 2012/613 (*Derde peildatum-arrest*)
- HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).
- HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9365, NJ 2009/385 m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*)
- HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0415, NJ 2009/303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Bruyn c.s./Waterschap Rivierenland*)
- HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*)
- HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8781, NJ 2009/386 m.nt. J.B.M. Vranken (*Philip Morris/Bolink*)
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treek/Dexia*)
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*)
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting GeSp/Aegon*)
- HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. Jac. Hijma (*Vos/TSN*)
- HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (*World Online*)
- HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0591, NJ 2010/351 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Nieuw Werklust Kleiwarenfabriek/Staat II*)
- HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2316, NJ 2011/536 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Janssen/Venray*)
- HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken (*Van der Heijden/Dexia Bank Nederland*)
- HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377 m.nt. P. Van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*)
- HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*)
- HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*)
- HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1731, NJ 2014/100 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*De Haas/Lansingerland II*)
- HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (*Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease*)
- HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*)
- HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, NJ 2015/425 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/Oerlemans*)
- HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, NJ 2016/138 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Jerrycan*)
- HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*TenneT/ABB*)
- HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Beckers/Dexia*)
- HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:94, NJ 2017/205 m.nt. E.W.J. de Groot (*Van Vuuren/Gemeente Utrecht*)
- HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/De Vries*)
- HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*)
- HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (G./Goudse Schadeverzekeringen)
- HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Gemeente Heiloo*)

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 18 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AG1714, BR 2004/24, m.nt. J.W. van Zundert
- ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5004
- ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2291, JOM 2007/105 (*Meerssen*)
- ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5383, O&A 2010/35
- ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1157, BR 2010/157, m.nt. J.W. van Zundert
- ABRvS oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8555
- ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2434, JOM 2012/655
- ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254, AB 2013/78 m.nt. M.K.G. Tjepkema
- ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1621, Gst. 2014/35 m.nt. L.J. Gerritsen & T.E.P.A. Lam
- ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3968
- ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1439, JOM 2016/510

Gerechtshoven

Hof Den Haag 23 maart 1995, ECLI:NL:GHSGR:1995:AK3504, VR 1996/29
 Hof Leeuwarden 8 augustus 2001, ECLI:NL:GHLEE:2001:AE2218, NJ 2002/209
 Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR8075, NJ 2004/693
 Hof Leeuwarden 21 november 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB9099, RCR 2008/20
 Hof 's-Hertogenbosch 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL9960
 Hof Amsterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3714
 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, RAV 2014/92
 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2350, JA 2015/77 m.nt. J. Laumen-de Valk
 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3369, NJF 2014/115
 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3535
 Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2126
 Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, JOR 2017/339
 Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:44
 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618
 Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532, JA 2018/80
 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10759

Rechtbanken

Rb. Amsterdam 25 september 1964, ECLI:NL:RBAMS:1964:AC4490, NJ 1965/42
 Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, ECLI:NL:OGEAC:1973:AE3010, NJ 1973/314
 Ktr. Heerlen 28 september 1973, ECLI:NL:KTGHRL:1973:AJ4270, VR 1975/63 (*Funken/Rijpkema*)
 Rb. Rotterdam 8 maart 1991, ECLI:NL:RBROT:1991:AJ2639, S&S 1992/48 (*Gemeente Rotterdam/Scheepvaart-bedrijf Karbouw*)
 Rb. Zutphen 30 mei 1991, ECLI:NL:RBZUT:1991:AJ5897, VR 1992/150
 Rb. Zwolle 23 december 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AJ6195, VR 1995/203
 Rb. Utrecht 12 januari 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:ZL0922, VR 2000/88 (*Bilgic/Compagnie Européenes d'Assurance Industrielles*)
 Rb. Zwolle 20 juli 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AV5225, NJF 2006/232
 Rb. Zutphen 15 september 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ1635, BR 2006/228 m.nt. J.W. van Zundert (*Planschade Harderwijk*)
 Rb. Amsterdam 21 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:10094
 Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193, JA 2013/179
 Rb. Rotterdam 2 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6581
 Rb. Amsterdam 21 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2776, JA 2014/93 m.nt. M.S.E. van Beurden
 Rb. Oost-Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, JA 2014/115
 Rb. Midden-Nederland 17 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4511, JA 2014/146 m.nt. C.C. Janssen en J.C. van den Dries
 Rb. Noord-Holland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9243
 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, JA 2015/43 m.nt. M.R. Hebly
 Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, JA 2016/25 m.nt. J.W. Silvius
 Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6968, JA 2016/10 m.nt. M.E. Franke
 Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701, NJF 2016/148
 Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3506
 Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2139, JA 2017/84
 Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, JOR 2017/188 m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté en T. Thuijs
 Rb. Limburg 26 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4154, JA 2017/113 m.nt. H.P. Verdam
 Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461
 Rb. Gelderland 11 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5285

België

Cass. 29 september 1948, *JT* 1949, 68

Cass. 19 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 70

Duitsland

BGH 29 april 1953, *NJW* 1953, 977

BGH 23 januari 1981, *NJW* 1981, 2065

BGH 3 juni 1996, *NJW* 1996, 2654

BGH 23 oktober 2003, *NJW* 2004, 445

BGH 17 oktober 2006, *NJW* 2007, 67

Engeland

Livingstone v Rawyards Coal Co [1880] 5 App Cas 25

Bwllfa and Merthyr Dare Steam Collieries Ltd v Pontypridd Waterworks Co [1903] A.C. 426

Johnson v Agnew [1980] A.C. 367

Banque Bruxelles Lambert v Eagle Star Insurance Co [1997] AC 191

Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kubishka Kaisha [2007] UKHL 12

Frankrijk

Cour de Cassation 23 maart 1942 (D. 1942-J, p. 118)

Verenigde Staten

Dura Pharmaceuticals Inc v. Broudo, 544 U.S. 336 (2005)

CURRICULUM VITAE

Marnix Hebly werd op 19 mei 1987 geboren te Leeuwarden. Na zijn eindexamen VWO te hebben behaald aan het Farel College te Amersfoort, studeerde hij een maand bedrijfswiskunde, een jaar sociaal-culturele wetenschappen en vier jaar rechten. Hij rondde zijn bachelor rechtsgeleerdheid af aan de Universiteit Utrecht, waarna hij in Rotterdam de master Aansprakelijkheid en Verzekering volgde.

Sinds begin 2012 is Marnix werkzaam in het privaatrechtelijk onderwijs en onderzoek, aanvankelijk als docent aan de Erasmus School of Law; in het collegejaar 2013-2014 was hij een jaar als docent en onderzoeker verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. In september 2014 is Marnix gestart met zijn promotieonderzoek aan de Erasmus School of Law. In zijn onderzoek richt hij zich op het verbintenissenrecht, in het bijzonder op het schadevergoedingsrecht. Marnix is auteur van diverse artikelen, rapporten en annotaties over onder meer verhaal van schade via het strafproces en over aansprakelijkheid voor beroepsziekten, in het bijzonder voor gezondheidsschade door asbestblootstelling. Daarnaast publiceert hij regelmatig over contractenrechtelijke onderwerpen. Marnix is als docent betrokken bij de vakken Behavioural Approaches to Private Law (bachelor, Erasmus University College) en Methoden van Onderzoek (master). Daarnaast begeleidt hij masterscripties en treedt hij regelmatig op als gastdocent. Marnix is redacteur van Jurisprudentie Aansprakelijkheid (JA) en van Letsel & Schade (L&S) en is daarnaast medewerker bij het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR).

Momenteel is Marnix als universitair docent verbonden aan de sectie Burgerlijk recht van de Erasmus School of Law en projectsecretaris van het project Gedragscode Afhandeling Beroepsziekteclaims van de Letselschade Raad.

PUBLICATIES

2019

- M.R. Hebly, 'Redactioneel: Afhandeling van beroepsziekteclaims', *L&S* 2019/1, afl. 1, p. 3-4.

2018

- M.R. Hebly, 'Strafrechter wijst 'recordbedrag' aan smartengeld toe. Hof Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:532', *Letsel & Schade* 2018/324, afl. 3, p. 45-46.
- M.R. Hebly, annotatie bij Hoge Raad 15 december 2016, ECLI:NL:HR:2017:3145, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2018/29 (Boomwaarde, schadevaststelling, vergeefs gemaakte kosten, toekomstige schade).

2017

- M.R. Hebly & E.S. Engelhard, 'Besluit vergoeding affectieschade', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017-10, p. 303-305.
- M.R. Hebly, 'Geen beweging in het verjaringsregime voor mesothelioomclaims', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017-7, p. 220-230.
- M.R. Hebly, annotatie bij Hoge Raad 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2988, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2017/25 (Verjaring, toekomstige schade, vaststellings-overeenkomst, voorbehoud).
- M.R. Hebly, annotatie bij Hoge Raad HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2017/56 (Abstracte schadevaststelling, schadebegroting, total loss).
- M.R. Hebly, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:584, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2017/58 (Verjaring, doorbreking, verborgen schade).

2016

- M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting en tijdsverloop. Over schade als veranderlijk verschijnsel, en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht', *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen* 2016, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

- M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting en tijdsverloop. Over schade als veranderlijk verschijnsel en wat dit betekent voor het schadevergoedingsrecht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2016-4, p. 1435-1522.
- S.D. Lindenbergh & M.R. Hebly, 'Schadeverhaal via het strafproces: het gaat – iets – beter, maar het blijft behelpen', *Nederlands Juristenblad* 2016/1943, p. 2827-2830.
- M.R. Hebly & I. Tillema, 'De 'gratis' telefoon die niet gratis was ... en dat toch werd?' annotatie bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (Lindorff/Nazier), *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016-9, p. 235-242.
- M.R. Hebly, annotatie bij Hof 's Hertogenbosch 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3444, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2016/142 (Schadebegroting, tijdsverloop, schademoment, toekomstige schade).
- M.R. Hebly, 'Ontucht na eerder seksueel misbruik: niet-ontvankelijkheid smartengeldvordering?', annotatie bij Rechtbank Rotterdam 27 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:650, *www.PS-Updates.nl* 2016-0042.
- M.R. Hebly, 'Schadebeperkingsplicht geschonden: bekorting looptijd schade?', annotatie bij Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 23 mei 2016, ECLI:NL:OGEAC:2016:14, *www.PS-Updates.nl* 2016-0161.
- M.R. Hebly, annotatie bij Rechtbank Rotterdam 25 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2674, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2016/122 (Aansprakelijkheid onderwijsinstelling, Richtlijn Studievertraging Letselschade Raad, normering, schadebeperking, voordeelstoerekening).
- M.R. Hebly, annotatie bij Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:25, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2016/38 (Overheidsaansprakelijkheid, mesotheliom, regelgevingsfalen, verjaring).
- M.R. Hebly, annotatie bij Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3152, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2016/9 (Mesotheliom, Werkgeversaansprakelijkheid, Verjaring, Gezichtspuntenleer).

2015

- E.S. Engelhard, M.R. Hebly & I. van der Zalm, 'De shockschadevordering in het strafproces', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2015-4, p. 87-96.
- E.S. Engelhard, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht. Over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van verlies van verdienvermogen door letsel', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2015/39, afl. 9, p. 257-265.
- M.R. Hebly, 'Opnieuw de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde. Een reactie op de analyse van Wolters', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2015/21, afl. 4, p. 141-142.
- M.R. Hebly, I. van der Zalm & E.S. Engelhard, 'Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten', *Ars Aequi* 2015-2, p. 93-105.
- M.R. Hebly, Rechtbank Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2015/43 (Vergoeding shockschade Vader Vaatstra).

- M.R. Hebly, Hoge Raad 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2015/76 (Civiele rechter niet gebonden aan oordeel strafrechter omtrent noodweer).

2014

- M.R. Hebly, Hoge Raad 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2014/136 (Buitengerechtelijke kosten, No cure no pay).
- M.R. Hebly, 'Naar een transparante markt voor mobiele telefonie?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014-10, p. 263-269.
- R.S.B. Kool, M.R. Hebly, D.P. van Uhm, L. Orvini, C.R.R. Loeve & I. Giesen, *Schadeverhaal na een strafbaar feit via de kantonrechter. Een verkennend dossieronderzoek*, Den Haag: WODC 2014 (53 p.).
- M.R. Hebly, 'Over Vano/Foreburghstaete en de samenloop van dwaling en tekortkoming', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014-2, p. 43-47.
- J.D.M. van Dongen, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Schadeverhaal na misdrijven: ervaringen van slachtoffers', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2014-1, p. 1-7.
- M.R. Hebly, J.D.M. van Dongen & S.D. Lindenbergh, 'Crime victims' experiences with seeking compensation: a qualitative exploration', *Utrecht Law Review* 2014-2, p. 27-36.
- M.R. Hebly, 'Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?', *Letsel & Schade* 2014-2, p. 40-42.
- E. de Kezel & M.R. Hebly, 'The decision of the European Court of Human Rights in Moor vs. Switzerland: towards a new modification of the prescription rules in personal injury cases?', *www.blog.ucall.nl* (26-05-2014).

2013

- M.R. Hebly, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor mesothelioom: 'verjaringshobbel' of integrale behandeling van de schuldvraag?', *Letsel & Schade* 2013/118, afl. 4, p. 40-42.
- M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, *Doorbreking van de lange verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast bij vorderingen van mesotheliomslachtoffers op de werkgever. Rechtspraakanalyse 2009-2013. Advies voor het Instituut Asbestslachtoffers*. Rotterdam: EUR 2013 (38 p.).
- J.D.M. van Dongen, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Je hebt geluk als je van een pauw mag plukken.' *Ervaringen van slachtoffers van strafbare feiten met het verhalen van hun schade*, Den Haag: WODC 2013 (57 p.).
- M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesotheliomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2013-5, p. 162-172.
- M.R. Hebly & A.N.L. de Hoogh, 'Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013-2, p. 60-64.

2010

- M.R. Hebly, 'Suicide na een arbeidsongeval: een (on)geval apart?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010-7, p. 258-263.
- M.R. Hebly, *Causaliteitsonzekerheid en bewijslastverlichting bij schending van informatie- en waarschuwingsplichten*, Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam (2010).

2008

- M.R. Hebly, 'Ook Gods wil kent verbod op willekeur', annotatie bij ECLI:NL:GHAMS:2007:BB0057 (Roest v. Hoornbeeck), *www.internetrechtspraak.nl*, p. 5.