

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Over wat schade is

*...en waarom het bij de vaststelling daarvan in
de praktijk zo dikwijls mis gaat*

*S.D. Lindenbergh**

*Published in
WPNR 2010 (6867), p. 901-909*

* Professor of civil law, Rotterdam Institute for Private Law, Erasmus University of Rotterdam,
The Netherlands.

De uiteenlopende grondslagen voor een recht op schadevergoeding (onrechtmatige daad, onbevoegde vertegenwoordiging, 'wanprestatie') zijn van groter betekenis voor de omvang van de verplichting tot schadevergoeding dan in de praktijk wordt onderkend.

Een veelkleurig begrip

Weinig rechtsbegrippen zijn zo veelkleurig en complex als het begrip schade. Dat laat zich verklaren doordat schade zich in feitelijke zin in eindeloos veel varianten kan manifesteren (het verlies van een arm, een deuk in een auto, derving van winst, aantasting van reputatie, kosten van deskundigen), maar ook omdat de grondslagen waarop schadevergoedingsverplichtingen berusten rijke kleurschakeringen kennen (een contractueel schadevergoedingsbeding, een verplichting uit een schadeverzekeringsovereenkomst, onrechtmatige daad, 'wanprestatie', onbevoegde vertegenwoordiging). Daar komt nog bij dat schade niet steeds op een enkel moment 'valt', maar veelal het gevolg is van een samenstel van gebeurtenissen die zich in een tijdsperiode voordoen en die bovendien het gevolg kunnen zijn van handelen of nalaten van verschillende partijen (verlies aan arbeidsvermogen door letsel, het maken van herstelkosten, kosten van schadebeperkende maatregelen). In die zin kan schade in de tijd gezien een *'moving target'* zijn. Bovendien is voor de invulling van wat schade is relevant wat, althans wetssystematisch¹, met schadevergoeding wordt beoogd: 'herstel' van een toestand die zonder schending van het recht zou hebben bestaan. Aldus beoogt schadevergoeding een bijdrage te leveren aan – zij het subsidiaire – rechtshandhaving, die niet alleen kan dienen ter bescherming van een bestaande toestand, maar ook ter verwezenlijking van een toestand waarop bijvoorbeeld een crediteur aanspraak had. Het is onder meer vanwege deze kenmerken dat het – in het bijzonder voor juristen² – moeilijk is om vat te krijgen op de inhoud van het begrip schade.

In deze bijdrage wordt onderzocht waarom het juridische begrip schade zoveel gezichten kent en welke dat zijn. Daarbij zal aan de hand van recente rechtspraak worden geïllustreerd dat het bij de invulling van het begrip schade telkens gaat om een kwestie van 'goed kijken'. *Goed* is in dit verband in de eerste plaats bedoeld in de betekenis van *nauwkeurig*: telkens zal heel concreet moeten worden gezien welk verwijt aan de verplichting tot schadevergoeding ten grondslag wordt gelegd, wat de consequenties daarvan (en van de stellingen die de eiser vervolgens betreft) zijn voor de vaststelling van de schade aan te leggen vergelijkingsmaatstaf. Dit spreekt in zekere zin voor zich, maar de rechtspraak laat vele voorbeelden zien waaruit blijkt dat het telkens mis gaat. *Goed* kijken betekent hier evenwel ook dat het dikwijls tevens gaat om de vraag wat rechtens als *juist* heeft te gelden. Voor de bepaling van de contouren van het begrip schade komt het immers steeds aan op de juiste normatieve vertrekpunten. Dat vergt telkens een (her)oriëntatie op de strekking van de norm waarop de verplichting tot schadevergoeding in het concrete geval berust. Daarbij bestaat verschil tussen een tekortschieten ter zake van presteren en de schending van een contractuele of buitencontractuele zorgplicht.

¹ Uiteraard is ook denkbaar dat met schadevergoeding nevensdoelen (genoegdoening, preventie) worden bereikt.

² Vgl. P. Schlechtriem: 'Jedermann weiß, was Schaden ist – nur die Juristen offenbar nicht.', 'Schadensersatz und Schadensbegriff', *ZEUP* 1997, p. 232.

De rijke variatie in typen gevallen en soorten normschendingen geeft telkens kleur aan wat schade is, maar zorgt in de praktijk voor evenzovele puzzels. Dat komt mede doordat de betekenis van de grondslag van de aansprakelijkheid voor het begrip schade dat daar bij hoort wordt onderschat.

Wettelijke aanknopingspunten

De wetgever heeft met afdeling 6.1.10 BW voorzien in een eenvormige invulling van het schadevergoedingsrecht voor de uiteenlopende typen wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. De in deze afdeling samengebrachte bepalingen werpen enig licht op wat rechtens als schade kan worden aangemerkt: vermogensschade, ander nadeel, geleden verlies, gedeelde winst en enkele kostenposten.³ Verdere aanduiding of omlijning van wat schade is, ontbreekt evenwel. De wetgever heeft de invulling van het begrip schade uitdrukkelijk aan doctrine en rechtspraak overgelaten.⁴

De eenvormigheid van de wettelijke schadevergoedingsregeling betekent allerminst dat het rechtsbegrip schade steeds dezelfde inhoud heeft. De inhoud en omvang van dat begrip is telkens afhankelijk van de bron waaruit het recht op vergoeding van schade voortspuit. In die zin is schade dan ook bij uitstek een juridisch begrip: het 'hangt' niet 'in de lucht', maar moet telkens worden gezien in verhouding tot zijn functie in het concrete geval.⁵ De vraag naar de inhoud van het begrip schade kan slechts zinvol worden gesteld in het kader van de vraag naar vergoeding of dekking.⁶ De bron van het recht op vergoeding werpt dan ook licht op de aard en omvang van de schade. Dit laat uiteraard de mogelijkheid open dat er ook (feitelijk) nadeel bestaat dat niet voor vergoeding in aanmerking komt, maar dat is in dit verband rechtens niet relevant.

Volgens de systematiek van de wet dient in de eerste plaats een onderscheid te worden gemaakt tussen verplichtingen tot schadevergoeding die hun (directe) bron vinden in partijafspraken, en verplichtingen tot schadevergoeding die voortvloeien uit de wet. Bij de eerste – contractuele schadevergoedingsplichten – wordt de inhoud en omvang van de verplichting tot schadevergoeding bepaald door (uitleg van) de partijafspraken (art. 6:248 lid 1 BW).⁷ Voorbeelden zijn het contractuele schadevergoedingsbeding en de overeenkomst van schadeverzekering. Deze categorie moet, volgens de systematiek van de wet, worden onderscheiden van gevallen waarin de wet aan een samenstel van feiten een verplichting tot schadevergoeding verbindt, zoals bijvoorbeeld de onrechtmatige daad (6:162 BW) of toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van een verbintenis (6:74 BW).

³ Vgl. art. 6:95, 96 en 106 BW.

⁴ Zie bijvoorbeeld Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 31 en de aldaar opgenomen verwijzingen.

⁵ Zie over de vraag of schade een feitelijk dan wel een normatief begrip is uitvoerig A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 9 e.v.; C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: A.L. Mohr, F.H.J. Mijnsen & R.H. Stutterheim (red.), *J.L.P. Cahen bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 63 e.v en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13. Volgens mij is het beide: een rechtsbegrip, omdat het in de wet voorkomt, telkens interpretatie behoeft en een juridische functie vervult, met een feitelijke component, omdat het recht wordt toegepast op een feitelijke situatie.

⁶ Vgl. J. Spier, *Schade en loss occurrence-verzekeringen*, Deventer: Kluwer 1998, par. 2.2.

⁷ Aldus ook uitdrukkelijk HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210 m.nt. M.M. Mendel (Hoogenboom/Unigarant).

In deze tweede categorie van gevallen – wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding – bepaalt de wet in beginsel (want grotendeels niet dwingend⁸) wat onder schade moet worden verstaan en hoe deze dient te worden begroot. De op dit punt geldende regeling vindt in beginsel toepassing ongeacht de grondslag waarop de verplichting berust.

Hoewel deze systematiek voor de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding eenvormigheid suggereert, biedt zij op verschillende wijzen aanknopingspunten voor differentiatie. In de eerste plaats laten verschillende bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW zelf expliciet of impliciet toe dat bij de uitwerking van een bepaling wordt gedifferentieerd naar de aard van de aansprakelijkheid (art. 6:98, 6:100, 6:101, 6:109 BW).⁹ Men zou overigens kunnen zeggen dat het hier niet zozeer gaat om modellering van het begrip schade, maar veeleer om normatieve toerekeningskwesities die de omvang van de *vergoedingsplicht* bepalen. In de tweede plaats, en op dat aspect ligt hierna de nadruk, bepaalt in *elk* concreet geval de grondslag waarop de aansprakelijkheid voor schade berust tevens de contouren van het begrip schade. Dat die contouren in het concrete geval per grondslag verschillen, en dat de inhoud van het begrip schade daardoor veel gevarieerder is dan de eenvormige wettelijke regeling doet vermoeden, blijft ten onrechte onderbelicht en geeft in de praktijk dikwijls aanleiding tot verwarring. Ik concentreer mij in dit verband hierna op de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en laat de contractuele schadevergoedingsplichten verder rusten.

Verschillende grondslagen, verschillende contouren

Niet alleen contractuele en wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding kennen een verschillend schadebegrip; eigenlijk kent iedere specifieke grondslag voor een recht op schadevergoeding een eigen invulling van wat schade is. Dat vloeit – logisch – voort uit het element van vergelijking dat in het begrip schade besloten ligt.¹⁰ De benadeelde moet – zoveel als mogelijk – worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien de gebeurtenis waarop de verplichting tot schadevergoeding berust niet zou hebben plaatsgevonden.¹¹ Dat betekent dat de gebeurtenis waarop de verplichting tot schadevergoeding berust één van de coördinaten vormt voor de invulling van het begrip schade. Hoewel de vergelijkingsmaatstaf door de wetgever nauwelijks wordt benoemd – zij ligt besloten in woorden als ‘daardoor’ (6:74 BW) en ‘dientengevolge’ (6:162 BW) –, vloeit zij voort uit de systematiek van het recht: waar een fout had moeten uitblijven en geen schade had mogen zijn veroorzaakt, dient die schade door schadevergoeding zoveel mogelijk te worden weggenomen. Schadevergoeding beoogt aldus bij te dragen aan rechtshandhaving en herstel.¹² Het geldt overigens ook voor schadevergoeding bij rechtmatige daad,

⁸ Vgl. TM, PG Boek 6, p. 257-258.

⁹ Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 6.

¹⁰ Zie voor een analyse van elementen van het begrip schade te onzent vooral A.R. Bloembergen, diss. 1965, nr. 11 e.v., voor Duitsland reeds F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre von dem Interesse*, Brunswick 1885, p. 3 en voor België J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, Gent: Story-Scientia, 1984, p. 8

¹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 31.

¹² Zie meer uitvoerig J.M. Barendrecht & H.M. Storm e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 16 e.v. en 28 e.v. en Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 4.

zoals bij nadeelcompensatie in verband met *egalité devant les charges publiques*: *voorzover* onevenredig nadeel wordt geleden, dient dit nadeel te worden opgeheven.¹³

Het voorgaande betekent dat het niet alleen kan gaan om zeer uiteenlopende feitelijke gebeurtenissen (geweld, ongeval, onbehoorlijke concurrentie, niet voldoen van een geldschuld), maar dat door de variatie in de juridische grondslag ook de coördinaten voor de vergelijkingsmaatstaf kunnen wisselen en dat daardoor de contouren van het begrip schade kunnen verschillen.

Een voorbeeld. De werkgever die door zijn werknemer na een verkeersongeval met succes wordt aangesproken op grond van art. 7:658 BW wegens schending van een zorgplicht voor de veiligheid van de werknemer, dient de werknemer te plaatsen in de situatie *waarin deze zonder het ongeval zou hebben verkeerd*.¹⁴ De werkgever die door zijn werknemer na een verkeersongeval met succes wordt aangesproken op grond van art. 7:611 BW wegens schending van de op grond van goed werkgeverschap bestaande verplichting om te voorzien in een behoorlijke verzekering, dient de benadeelde te plaatsen in de situatie waarin deze zou hebben verkeerd *indien hij een behoorlijke verzekering had afgesloten*.¹⁵ In beide gevallen gaat het om een (zelfde) verkeersongeval en betreft het de schending van een verplichting die haar oorsprong vindt in de contractuele verhouding, maar het verschil in resultaat is evident: in het eerste geval dient de werkgever op te komen voor de schade door het ongeval, in het tweede geval 'slechts' tot het niveau van de dekking die een behoorlijke verzekering zou hebben geboden.¹⁶

Eenzelfde feitencomplex kan derhalve aanleiding zijn voor schadevergoedingsvorderingen met een verschillende grondslag, die ieder op hun beurt aanleiding geven tot andere contouren van het begrip schade. Hierna zal voor enkele grondslagen nader worden verkend wat de betekenis is van het fundament van de aansprakelijkheid voor de contouren van het begrip schade.

Onrechtmatige daad

Het uitgangspunt dat de aansprakelijke de benadeelde met schadevergoeding zoveel mogelijk moet brengen in de situatie waarin deze zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust zou hebben verkeerd, is door de Hoge Raad verschillende malen expliciet verwoord als het gaat om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zo overwoog hij met betrekking tot een inbreuk op kwekersrechten van rozen:

¹³ Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 12. Zie voorts uitvoerig J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravens & B.J. Schueler, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, Preadvies VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002 en M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 411-415 en 419-420.

¹⁴ Zie over de betekenis van art. 7:658 BW voor de werknemer onderweg HR 12 december 2008, BD3129, NJ 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf).

¹⁵ HR 1 februari 2008, BB4767, NJ 2009, 331 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

¹⁶ Wat dat niveau is, is vooralsnog onduidelijk. Dat het minder zal zijn dan volledige vergoeding, lijkt te mogen worden opgemaakt uit HR 1 februari 2008, BB4767, NJ 2009, 331, rov. 3.3.2, waarin de Hoge Raad de vergoedingsplicht op grond van art. 7:611 BW afzet tegen de verplichting tot vergoeding van de volledige schade van art. 7:658 BW.

'Bij de beoordeling van het middel (...) moet worden vooropgesteld dat voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding ter zake van een onrechtmatige daad als de onderhavige uitgegaan moet worden van een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert, met de situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd.'¹⁷

In dat geval betekende dit dat geen recht bestond op schadevergoeding, omdat de onrechtmatig gekweekte rozen waren vernietigd, zodat de gerechtigde tot het kwekersrecht niet in een nadeliger positie was komen te verkeren.

Het is hier overigens wel telkens een kwestie van goed kijken: het gaat om een vergelijking aan de hand van de normschending waarop het recht op schadevergoeding in het concrete geval wordt gestoeld. De toewijzing van de vordering kan zich niet buiten dat fundament uitstrekken, en dat gaat nog wel eens mis. Zo vorderde Monumentenzorg Curaçao van Scharloo *herbouw* van een monument dat was afgebrand en ter zake waarvan zij Scharloo verweet de restanten zonder vergunning te hebben verwijderd. De Hoge Raad wijst erop dat de grondslag van de vordering onrechtmatige daad is, daarin bestaande dat, nadat het pand door brand was verwoest, de restanten zonder vergunning zijn gesloopt. Dat betekent dat, nu Monumentenzorg de vordering niet mede heeft gebaseerd op aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) de brand zelf, de vordering niet verder kan strekken dan tot herstel van de na de brand overgebleven *restanten*.¹⁸ Niet alleen de juridische grondslag (in dit geval 6:162 BW), maar ook de in dat kader door de eiser betrokken feitelijke stellingen zijn dus beslissend voor hetgeen bij de vaststelling van de voor vergoeding in aanmerking komende schade tot uitgangspunt dient.¹⁹

Het gaat bij de vaststelling van de contouren van het begrip schade dus om een vergelijking, gebaseerd op de in het concrete geval gestelde normschending, maar ook gerelateerd aan de door de eiser in dat kader gestelde feiten, omdat die tezamen het voor de omvang van de schadevergoeding beslissende perspectief bepalen.²⁰

¹⁷ HR 18 januari 2002, AD4915, *NJ* 2002, 168 (Interplant/Oldenburger), rov. 3.3. Zie voorts bijv. HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624, rov. 3.5.1: 'De vraag of een door een ongeval getroffen(e) als gevolg van het ongeval schade heeft geleden door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het ongeval met de hypothetische situatie bij wegdenken van het ongeval. Bij zulk een vergelijking komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen.'

¹⁸ HR 8 juni 2007 BA2075, *NJ* 2007, 322 (Stichting Monumentenzorg Curaçao/Scharloo Central Properties N.V.).

¹⁹ Vgl. art. 24 Rv.

²⁰ Zie bijvoorbeeld over de relevantie van dit aspect in verband met verschillende mogelijke perspectieven bij aansprakelijkheid wegens misleidende informatie A.C.W. Pijls, 'Misleidende berichtgeving op de beurs', *TvO* 2009, p. 133 e.v. en B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss. Nijmegen) Deventer 2010, p. 163.

‘Wanprestatie’

Gaat het bij onrechtmatige daad doorgaans (afgezien van gevallen van onrechtmatig nalaten) om schending van een verplichting zich te onthouden van bepaald gedrag, bij tekortschieten in de nakoming van een verbintenis zal het veelal (mede) gaan om schending van een verplichting om iets te doen, een prestatie te verrichten.²¹ Een overeenkomst zal er veelal toe strekken dat beide partijen door nakoming in een voor ieder van hen betere positie worden gebracht ten opzichte van de *status quo ex ante*. De aangegane verbintenissen kunnen dus aanspraak geven op een ‘progressie’.²² De verbintenis kan uiteraard ook een ‘onthouden’ behelzen, bijvoorbeeld omdat de verbintenis juist een nalaten tot onderwerp heeft, dan wel (tevens) meebrengt dat de debiteur zich naast presteren ook van bepaalde gedragingen onthoudt.²³

Het begrip ‘tekortkoming’ is door de wetgever ruim gedefinieerd. Daarvan is sprake wanneer ‘hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt’.²⁴ Dat betekent dat het alle hiervoor beschreven situaties omvat. Niettemin is de aard van de verplichting, en dus van de schending in concreto, ook hier van betekenis voor het bij de bepaling van de omvang van de sanctie te kiezen vergelijkingsperspectief.

Weliswaar geldt bij toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW) telkens dat de schade moet worden begroot op basis van een vergelijking tussen de situatie waarin de benadeelde bij behoorlijke nakoming zou zijn geraakt en de feitelijke situatie waarin hij als gevolg van de tekortkoming is komen te verkeren, maar juist de veelkleurigheid van het tekortkomingsbegrip leert dat het ook hier een kwestie is van goed kijken. Zo kan een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin het verwijt ligt in tekortschieten waardoor het voordeel van een transactie wordt gemist en het bij schadevergoeding derhalve aankomt op het ‘nakomings/prestatieperspectief’ (‘positief belang’), en gevallen waarin het tekortschieten juist leidt tot een nadeliger positie die bij correcte nakoming was uitgebleven. Hierna zal voor enkele vormen van tekortschieten en voor verschillende grondslagen worden gezien hoe in dat verband aan het begrip schade invulling wordt gegeven.

Algemene verplichting, specifieke schending

Bij schadevergoeding wegens tekortschieten in de nakoming van een verbintenis zal telkens moeten worden gezien waartoe de verbintenis verplicht, maar ook ten aanzien van welk specifiek element is tekortgeschoten. Zo mag van een advocaat worden verwacht dat hij zijn taak vervult zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht²⁵, maar brengt dat in een concrete situatie mee dat hij zijn cliënt wijst op het risico van het verbeuren van dwangsommen.²⁶

²¹ Zie in dit verband over het verschil tussen schadevergoeding bij wanprestatie en bij onrechtmatige daad H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: kluwer 1999, p. 33 e.v.

²² Vgl. Krans, diss. 1999, p. 36 e.v.

²³ Krans, diss. 1999, p. 44, spreekt in dit verband van ‘prestatienormen’, die een progressief karakter hebben en aanspraak geven op een (positieve) wijziging in de status quo, en ‘protectienormen’, die een defensief karakter hebben en aanspraak geven op handhaving van de status quo.

²⁴ TM, PG Boek 6, p. 258.

²⁵ Vgl. art. 7:401 BW.

²⁶ Vgl. HR 28 maart 2003, AF3067, NJ 2003, 389 (V./Branderhorst).

In een geval waarin de advocaat dat had nagelaten verweerde deze zich met de stelling dat zijn cliënt, ook als deze wel was gewaarschuwd, diens bedrijf zou hebben voortgezet vanwege de eindejaarsdrukke. Volgens het hof was dat verweer niet relevant. Volgens de Hoge Raad geldt evenwel dat:

‘[v]oor de vaststelling van de door Branderhorst als gevolg van de tekortkoming van V. geleden schade een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na het uitblijven van de waarschuwing inzake het verbeuren van dwangsommen en de hypothetische situatie bij het wegdenken van die tekortkoming.’

In het kader van die laatste situatie is wel degelijk relevant wat Branderhorst bij correct handelen van zijn advocaat zou hebben gedaan.

Dat het bij de bepaling van de situatie met ‘wegdenken van de tekortkoming’ wederom een kwestie is van goed kijken, illustreert een recent arrest inzake een makelaar van een verkoper die ten onrechte aan kopers had medegedeeld dat op het te kopen perceel zeker een huis van bepaalde afmetingen zou kunnen worden gebouwd. De kopers kochten het perceel voor fl. 1.65 miljoen, maar vernietigden de koop wegens dwaling omdat bleek dat het perceel een agrarische bestemming had die bouw van een dergelijk huis niet toeliet. De verkoper, die het perceel (met nog wat meer grond) vervolgens had verkocht voor fl. 1.5 miljoen, sprak de makelaar aan en vorderde als schadevergoeding het verschil tussen de beide verkoopprijzen. De rechtbank wees deze vordering toe en de daartegen gerichte grief vond geen gehoor bij het hof, in essentie omdat volgens het hof de verkoper niet wist dat geen vergunning voor bouw van een woonhuis zou worden verstrekt. Die redenering volgt de Hoge Raad niet:

‘De door het hof aangenomen omstandigheid dat [de verkoper] ten tijde van de onderhandelingen met [de eerste kopers] zelf niet wist dat voor de door [de eerste verkopers] voorgenomen herbouw geen vergunning zou worden verstrekt, rechtvaardigt geen afwijking van het beginsel dat de schadevergoeding de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand moet brengen waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit (de wanprestatie, de onrechtmatige daad) niet zou hebben plaatsgevonden. Dat beginsel brengt mee 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. Het hof mocht het, in het kader van deze vergelijking, relevante betoog van [de makelaar] dat [de eerste kopers] het object niet zouden hebben gekocht, althans niet bereid zouden zijn geweest fl. 1.650.000 daarvoor te betalen, indien zij, juist voorgelicht door [de makelaar], hadden geweten dat hun bouwplannen ter plaatse niet realiseerbaar waren, dus niet verwerpen op de door het hof daartoe gebezigde grond.’²⁷

Beslissend is dus welk perspectief wordt gekozen: wat zou er zijn gebeurd indien de makelaar geen onjuiste mededeling had gedaan?

²⁷ HR 26 maart 2010, BL0539, *RvdW* 2010, 468.

Dan had een verkoopprijs van fl. 1.650.000 vermoedelijk in het geheel niet in het vooruitzicht gelegen, zodat dat perspectief nu ook bezwaarlijk een maatstaf kan zijn voor de omvang van de op de makelaar te verhalen schade.

Een heldere illustratie vormt ook het al wat oudere arrest Belastingadviseurs/Van Ess. Dat betrof een situatie waarin belastingadviseur N aan Van Ess een advies had gegeven over aftrekbaarheid van restauratiekosten van een monument. Van Ess kocht vervolgens het monument, maar het advies bleek onjuist, hetgeen leidde tot een 'belastingnadeel' van ruim fl 250.000. Van Ess vorderde dit bedrag van N. De Hoge Raad zet uiteen waarom dat niet juist is:

'Wanneer zou komen vast te staan dat N een onjuist advies heeft gegeven en dat Van Ess niet – of op andere wijze – tot aankoop en restauratie van 'De Swaen' zou zijn overgegaan als hem een juist advies was gegeven, moet de door Van Ess geleden vermogensschade in beginsel worden gesteld op het nadelige verschil tussen de financiële situatie waarin hij na de aankoop en restauratie verkeerde en de financiële situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien hij niet – of op andere wijze – tot die aankoop en restauratie zou zijn overgegaan. Niet valt in te zien waarom dit verschil zou moeten worden gesteld op het bedrag van het belastingnadeel dat voortspuit uit het ontbreken van de aftrekmogelijkheid. Deze mogelijkheid bestond immers noch bij aankoop en restauratie noch wanneer van een en ander werd afgezien.'²⁸

Anders gezegd: er was aan Van Ess niet beloofd dat N het belastingnadeel voor zijn rekening zou nemen, maar dat Van Ess op juiste wijze voorgelicht een keuze zou kunnen maken over de aanschaf van het monument. Dat maakt verschil voor het perspectief op de als gevolg van de fout geleden schade.

Vervangende schadevergoeding

Het gevolg van tekortschieten in het prestatie-element van de verbintenis komt bij uitstek tot uitdrukking in de figuur van de vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW). In dat verband heeft de Hoge Raad de contouren van het begrip schade aldus geformuleerd:

'de schade [moet] worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis (...)'.²⁹

De hier geciteerde regel is afkomstig uit het arrest Sparrow/Van Beukering. Ook die zaak leert dat de precieze grondslag waarop de vordering tot schadevergoeding berust van betekenis is.²⁹

Van Beukering had nagelaten een woning die zij aan Sparrow had verkocht adequaat te (laten) restaureren, zoals bij de verkoop was afgesproken.

²⁸ HR 3 april 1992, NJ 1992, 396 (Belastingadviseurs/Van Ess).

²⁹ HR 26 april 2002, AD9339, NJ 2004, 210 m.nt. Jac. Hijma (Sparrow/Van Beukering), rov. 3.4.2.

Sparrow vorderde vervangende schadevergoeding ter zake van deze gebrekkige prestatie. Van Beukering verweerde zich met de stelling dat Sparrow geen schade leed, voorzover deze niet daadwerkelijk herstelkosten had gemaakt, dat Sparrow het huis met winst had verkocht en dat er dus geen aanleiding was om de schade op basis van 'herstelkosten' te vergoeden. Het hof achtte dit verweer gegrond. A-G Keus gaat terug naar de in dit geval gestelde grondslag van de schadevergoedingsplicht (*vervanging* van de gebrekkige prestatie) en legt daarmee de vinger op de zere plek in de door het hof gevolgde redenering:

'Er is m.i. een wezenlijk verschil tussen de onderhavige zaak, waarin Sparrow c.s. hoe dan ook recht hadden op een bepaalde prestatie (...) en de situatie waarin niet een bepaalde prestatie, maar de aantasting van een zaak het uitgangspunt vormt en herstel slechts aan de orde komt als mogelijke maatstaf voor de vaststelling van de aan de betrokken zaak toegebrachte schade. In die laatste situatie ligt het voor de hand aanspraken op schadevergoeding die aan een louter hypothetisch herstel zijn gerelateerd, te ontzeggen, als duidelijk is dat daarmee méér dan de werkelijke schade zou worden vergoed. Dat laatste doet zich echter niet voor als het recht op de prestatie waarvan de waarde bij wijze van vervangende schadevergoeding wordt gevorderd, al aanstonds tot het vermogen van de benadeelde behoorde.'³⁰

De Hoge Raad casseert dan ook. Hijma formuleert in zijn noot onder het arrest de kern van de zaak aldus:

'Vervangende schadevergoeding ziet niet op het vermogen van de schuldeiser in algemene zin, maar strekt tot substitutie van één bepaald vermogensbestanddeel (...). De waardering van dat specifieke gemis staat, naar haar aard, los van de wederwaardigheden van het pand waarop de toegezegde prestatie – toevallig – betrekking heeft. Dat is geen kwestie van abstracte schadeberekening (vgl. art. 6:97), maar een consequentie van het beperkte blikveld dat dit type schadevergoeding eigen is.'

Hijma wijst er vervolgens treffend op dat de door de Hoge Raad gekozen formulering ('In een dergelijk geval moet de schade worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis.') voor vervangende schadevergoeding eigenlijk te algemeen is en dat een sterker op de waarde van de prestatie toegespitste verwoording aantrekkelijk(er) was geweest. Die constatering is juist, omdat de door de Hoge Raad gekozen formulering – vermoedelijk onbedoeld – naar de letter ook gevolgschade omvat.

Het voorgaande illustreert in de eerste plaats wederom dat de grondslag bij uitstek bepalend is voor het bij de vaststelling van de schade te kiezen perspectief. Het laat evenwel ook zien dat juist het prestatie-element in de grondslag van de schadevergoeding doorzet in de remedie.

³⁰ Concl. onder 2.11.

Er is dus een – wezenlijk – verschil in de maatstaf voor schadevergoeding tussen de situatie waarin wordt tekortgeschoten in een verplichting tot renovatie en de situatie waarin een zorgplicht om niet te beschadigen wordt geschonden.

Onbevoegde vertegenwoordiging

Als een species van de schadevergoeding wegens tekortschieten in de nakoming van een verbintenis kan worden gezien de schadevergoeding bij onbevoegde vertegenwoordiging. Hoewel men zou kunnen menen dat het hier in essentie gaat om een handeling die had moeten worden voorkomen, verbindt het recht er – met het oog op de eisen van het handelsverkeer³¹ – juist een garantieverbintenis aan, waardoor de nadruk komt te liggen op het prestatie-karakter van de norm. De onbevoegde kan door de ‘wederpartij’ worden verweten dat hij niet ‘instaat’ voor zijn bevoegdheid in de zin van art. 3:70 BW en aldus tekortschiet. Reeds voor het oude recht heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat dan het volgende geldt:

‘Naar het hof met juistheid heeft aangenomen, dient degeen die namens een andere persoon een overeenkomst sluit met een derde, voor zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid in te staan. Dit brengt mee dat de schade die hij aan de derde dient te vergoeden, indien deze bevoegdheid ontbreekt, mede het voordeel omvat dat de niet tot stand gekomen overeenkomst voor de derde zou hebben meegebracht (het zogeheten positief contractsbelang).³²

In een later arrest voegt de Hoge Raad daaraan nog toe:

‘Deze regel, die wordt gerechtvaardigd door de eisen van het handelsverkeer (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 283), veronderstelt dat de overeenkomst, indien deze met een toereikende volmacht zou zijn totstandgekomen, door de pseudo-principaal en de derde over en weer naar behoren zou zijn nagekomen, zoals in het maatschappelijk verkeer ook gebruikelijk is.³³

Beziet men deze overweging goed, dan neemt de Hoge Raad hier eigenlijk twee stappen tegelijk: bij de vergelijking mag niet alleen worden uitgegaan van de situatie die bij bevoegde vertegenwoordiging was ontstaan (in casu totstandkoming van een overeenkomst), maar – kennelijk – ook van een vervolgstap: dat die overeenkomst zou zijn nagekomen. Hijma onderscheidt deze stappen nauwgezet in positief *belang* (het resultaat van een geldige volmacht: het totstandkomen van de overeenkomst) en positief *contractsbelang* (het belang gemoeid met de uitvoering van dat contract).³⁴ Dat onderscheid komt met name aan het licht als het gaat om de verdeling van stelplicht en bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de fout en de schade: kan de pseudo-gevolmachtigde zich met succes verweren met de stelling dat de overeenkomst die bij een toereikende volmacht zou zijn gesloten niet zou zijn nagekomen? De Hoge Raad schetst het bewijsdebat in dit verband als volgt:

³¹ Aldus HR 26 juni 2009, *RvdW* 2009, 796.

³² HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 454 (Wisman/Trijber).

³³ HR 20 februari 2004, AN8074, *NJ* 2004, 254 (Vreeswijk/Van Heeckeren), rov. 3.5.1.

³⁴ Noot onder HR 8 oktober 2004, AP1083, *NJ* 2006, 478 (Van de Kamp/Van der Veer).

'Ingevolge de hoofdregel van art. 150 (...) Rv rust op de derde die zich beroept op rechtsgevolgen van de door hem gestelde feiten, de bewijslast van die feiten. De derde die een vordering op de voet van art. 3:70 BW instelt, zal derhalve moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de pseudo-gevolmachtigde als gevolmachtigde is opgetreden en in die hoedanigheid een overeenkomst van een bepaalde inhoud heeft totstandgebracht [bedoeld zal zijn: heeft beoogd tot stand te brengen, SDL], dat de pseudo-gevolmachtigde geen toereikende volmacht had en dat hij (de derde) als gevolg van het optreden zonder toereikende volmacht schade heeft geleden, hierin bestaande dat – in een geval als het onderhavige – de onbevoegd totstandgebrachte koopovereenkomst niet is nagekomen en hij de onroerende zaak aan een ander heeft moeten verkopen tegen een lagere prijs. Nu de derde aan zijn vordering de uit art. 3:70 BW voortvloeiende verbintenis tot vergoeding van het positief contractsbelang ten grondslag legt, kan hij, uitgaande van het (...) uitgangspunt dat – kort gezegd – met een toereikende volmacht totstandgekomen overeenkomsten plegen te worden nagekomen, met deze stellingen volstaan. Hij behoeft derhalve niet te stellen en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen dat de desbetreffende overeenkomst naar behoren zou zijn nagekomen, indien zij de pseudo-gevolmachtigde [pseudo-volmachtgever?, SDL] wél had gebonden. Indien de pseudo-gevolmachtigde zich erop beroept dat de derde door enige oorzaak gelegen buiten het ontbreken van een toereikende volmacht het positief contractsbelang niet zou hebben kunnen realiseren, dient de pseudo-gevolmachtigde de daartoe dienende feiten en omstandigheden te stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting, te bewijzen. Er is immers, gelet op het voorgaande, niet sprake van een betwisting van de door de eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten, maar van een bevrijdend verweer, ter zake waarvan de stelplicht en de bewijslast volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op de pseudo-gevolmachtigde rusten.³⁵

Zowel Hartkamp als Hijma heeft kritisch gereageerd op deze verdeling van stelplicht en bewijslast³⁶, omdat zij afwijkt van hetgeen ten aanzien van causaal verband bij andere grondslagen voor aansprakelijkheid geldt: de eiser stelt en bewijst de normschending, de schade en het verband daartussen. In deze gevallen zou dit moeten betekenen dat volgens de (hoofd)regel van art. 150 Rv de eiser moet stellen (en bij betwisting moet bewijzen) dat bevoegdheid had geleid tot een overeenkomst en dat de nakoming daarvan voor de eiser daadwerkelijk in voordeel had geresulteerd. De ervaring dat overeenkomsten veelal worden nagekomen is immers ook in andere gevallen geen reden om stelplicht en bewijslast ter zake van (het ontbreken van) *condicio sine qua non*-verband tussen tekortkoming en schade bij de schuldenaar te leggen³⁷, en er is evenmin reden om aan te nemen dat juist onbevoegd gesloten overeenkomsten eerder, vaker of beter worden nagekomen dan andere.

³⁵ HR 20 februari 2004, AN8074, NJ 2004, 254 (Vreeswijk/Van Heeckeren), rov. 3.5.2.

³⁶ Zie de conclusie (onder 21) voor, resp. de noot onder HR 8 oktober 2004, AP1083, NJ 2006, 478 (Van de Kamp/Van der Veer), onder 5.

³⁷ Aldus Hartkamp, concl. onder 21.

Dat alles laat onverlet – Hartkamp en Hijma wijzen daar ook op³⁸ – dat de rechter op dit punt een vermoeden kan hanteren (dat overeenkomsten doorgaans worden nagekomen), maar dat is iets anders.³⁹ Het lijkt erop dat de nadruk op het prestatie-karakter van het ‘instaan’ hier te ver is doorgeschoten.

Schadevergoeding bij ontbinding

Bij ontbinding wegens niet nakoming (art. 6:265 BW) geldt als regel (art. 6:277 BW) dat de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd verplicht is haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt. Dat betekent voor de toe te passen vergelijkingsmaatstaf het volgende:

‘De omvang van deze schadevergoeding dient te worden vastgesteld (...) door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin de schuldeiser zou hebben verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin de schuldeiser na ontbinding van de overeenkomst verkeert (in voorkomende gevallen: na afwikkeling van de (...) verbintenissen tot teruggave dan wel ongedaanmaking).’⁴⁰

De keuze voor de ene zijde van het vergelijkingsperspectief, de situatie bij ‘onberispelijke nakoming’, wordt gerechtvaardigd door de grondslag voor aansprakelijkheid: de crediteur had zonder ontbinding aanspraak op de voordelen van nakoming en blijft daarvan door ontbinding verstoken.⁴¹ Dat brengt mee dat na ontbinding het prestatie- of ‘nakomingsperspectief’ doorzet als het op schadevergoeding aankomt en (ook) daar het vertrekpunt vormt: de crediteur heeft aanspraak op vergoeding van het positief contractsbelang, omdat dat het perspectief biedt waarop het ontbonden contract aanspraak gaf.⁴²

De andere zijde van de vergelijkingsmaatstaf, de situatie na ontbinding, ligt op zichzelf evenzeer voor de hand, maar kan in de praktijk wel tot lastige kwesties aanleiding geven. Overigens moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad hier wel spreekt van de *feitelijke* situatie na ontbinding, waar de Toelichting Meijers sprak van een ‘vermogenssituatie’ (...) ‘die zou resulteren uit een ontbinding zonder schadevergoeding, na afwikkeling van de daaruit voortvloeiende restitutieplichten’.⁴³

³⁸ Concl. (onder 22), resp. noot (onder 5).

³⁹ Zie ook in deze zin, mede naar aanleiding van HR 5 februari 2010, BK6592, *RvdW* 2010, 260 (Boesveld/Vano), M.M. Stolp, ‘Kritische kanttekeningen bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de aansprakelijkheid van de pseudogevoelmachtigde’, *MvV* 2010, p. 163 e.v.

⁴⁰ Zie bijv. HR 24 september 2004, AP7760, *NJ* 2006, 201 m.nt. H.J. Snijders (Muijlaert/Moes), rov. 4.2, onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 1036. Vgl. ook HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 531 (Diamant).

⁴¹ Zie uitdrukkelijk in deze zin TM, PG Boek 6, p. 1036.

⁴² Vgl. Krans, diss. 1999, p. 47, over de ‘progressieve aard van prestatienormen’. Zie in vergelijkbare zin A.L.M. Keirse, ‘Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord’, *Contracteren* 2009, p. 108.

⁴³ PG Boek 6, p. 1036.

Uiteraard moet er worden gerekend met de situatie dat de ontbinding (zonder schadevergoeding) is afgewikkeld, maar voor de vaststelling van de omvang van de schade zal wel het moment van ontbinding het uitgangspunt zijn.⁴⁴ Met name ten aanzien van prestaties die een object met een fluctuerende waarde betreffen, zal dat relevant kunnen zijn.⁴⁵ Voorts is van belang met welke feiten na ontbinding rekening moet worden gehouden, met andere woorden hoe *feitelijk* die situatie moet worden gezien.

Een recent voorbeeld van een geval waarin dat laatste aan de orde was vormt het arrest Vos/TSN inzake de ontbinding van een duurovereenkomst voor vijf jaar met betrekking tot het onderhoud van vrachtwagens.⁴⁶ Het onderhoudsbedrijf (TSN) vorderde vergoeding van de door de ontbinding gederfde winst over de resterende periode dat de overeenkomst zonder de ontbinding zou hebben geduurd (drie jaar). Vos stelde zich op het standpunt dat er bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening mee moest worden gehouden dat TSN uit alternatieve transacties winst had gegenereerd. Het hof 'abstraheerde' van deze omstandigheid (winst uit alternatieve transacties) bij de vaststelling van de schade en beoordeelde de relevantie ervan in het kader van voordeelstoerekening (art. 6:100 BW), zij het zonder gunstig resultaat voor Vos. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.

Het arrest illustreert in de eerste plaats de betekenis van het vertrekpunt van de vergelijkingsmaatstaf voor de schadevergoeding bij ontbinding. De derving van winst die uit de transactie zou zijn genoten is door de ontbinding definitief. Voor de ene zijde van de vergelijking zal de (waarschijnlijke) winst uit de transactie dus het vertrekpunt moeten zijn. Nu het ging om een duurovereenkomst, rijst in dat verband misschien nog de vraag hoe moet worden gerekend met goede en kwade kansen: zou het contract zonder deze ontbinding gewoon zijn uitgediend? In dat kader mag evenwel niet te snel worden aangenomen dat zich andere oorzaken van verhindering van nakoming zouden hebben voorgedaan, omdat de oorzaak van de ontbinding nu juist bij de aansprakelijke partij lag.⁴⁷

Hartlief lijkt dit vertrekpunt in twijfel te trekken en stelt dat het bij ontbinding als het op schadevergoeding aankomt niet anders is dan bij 'andere, buiten het contractenrecht gesitueerde, gevallen waarin de beweerdde schade mede betrekking heeft op het missen van 'voordelen' die zouden kunnen worden behaald met een bepaalde verdien capaciteit'.⁴⁸ Hij miskent daarmee mijns inziens dat bij ontbinding de rechtsnorm nu juist specifiek aanspraak geeft op vergoeding van het positief contractbelang, terwijl de norm in de door hem bedoelde voorbeelden (aantasting van verdien capaciteit door letsel of door een andere aan andermans onrechtmatige daad te wijten oorzaak) aanspraak geeft op herstel in de (financiële) situatie als ware de daad niet gepleegd. Het slachtoffer van letsel kan niet zeggen: 'u, aansprakelijke, had mij rechtens deze voordelen in het vooruitzicht gesteld'.

⁴⁴ Vgl. voor zaken met een dagwaarde art. 7:36 BW, dat overeenkomstige toepassing vindt bij onroerende zaken, aldus HR 24 september 2004, AP7760, NJ 2006, 201 m.nt. Snijders (HR 6 maart 1998, NJ 1998, 422)

⁴⁵ Zie over de stelplicht en bewijslast ter zake HR 6 maart 1998, NJ 1998, 422 m.nt. A.R. Bloembergen (Interflood B.V./Lycklama).

⁴⁶ HR 10 juli 2009, BI3402, RvdW 2009, 847 (Vos/TSN).

⁴⁷ Vgl. HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 m.nt. Jac. Hijma (Burger/Brouwer Motors).

⁴⁸ T. Hartlief, 'Vos/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht', *WPNR* 2010/6829, p. 95, r.k.

De schade schuilt daar niet in het missen van een voordeel dat door een transactie met de laedens in het vooruitzicht was gesteld, maar in het ontnemen van de mogelijkheid om (in heel andere verhoudingen) nog 'voordeel' te genereren. Dat is volgens mij een wezenlijk verschil. Het gaat bij schadevergoeding wegens ontbinding dus ook niet om 'gederfde winst' in algemene zin, maar om een vergoeding van de schade, bestaande in de derving van het voordeel dat met correcte uitvoering van het contract in concreto zou zijn genoten.

Maar dan de 'andere zijde' van de vergelijkingsmaatstaf: de situatie na ontbinding. Anders dan de Toelichting Meijers noemt de Hoge Raad hier de *feitelijke* situatie na ontbinding beslissend. Dat moet evenwel met een korrel zout worden genomen, omdat bij de vaststelling van de schade van bepaalde feiten (in dit geval door TSN uit vervangende omzet gegenereerde winst) wordt 'geabstraheerd'.⁴⁹ Dit oordeel past mijns inziens bij het begrip schade in kwestie, dat immers op de (ontbonden) transactie is toegesneden: het verschil tussen de situatie bij onberispelijke nakoming en de situatie met de tekortkoming. Omdat het nadeel hier ligt in gemist voordeel als gevolg van ontbinding van deze transactie, kan het door alternatieve voordelen niet worden weggenomen en het gaat ook niet aan de benadeelde tegen te werpen dat hij maar andere winst had moeten genereren. In die zin past bij dit begrip schade geen schadebeperkingsplicht.⁵⁰ Gaat het om gevolgschade (bijvoorbeeld geweigerde kredieten vanwege een lege orderportefeuille), dan kan dat anders liggen.

De pijn in het arrest Vos/TSN ligt mijns inziens dan ook niet zozeer in de 'abstractie' bij de schadevaststelling, maar in het oordeel over de voordeeltorekening.⁵¹ Op dat punt is de Hoge Raad notoir streng, doordat hij hoge eisen stelt aan het begrip 'eenzelfde gebeurtenis' in art. 6:100 BW.⁵² In de zaak Vos/TSN werd (eventuele) winst uit alternatieve transacties zonder meer toegeschreven aan de inspanningen van TSN en in het geheel niet aan de ontbinding, terwijl men heel wel zou kunnen zeggen dat de ontbinding – gesteld dat de alternatieve transacties door TSN zonder de ontbinding niet zouden zijn aangegaan (hetgeen in deze zaak overigens niet vaststond) – tenminste mede causaal was voor deze transacties. Een situatie kan nu eenmaal heel wel tegelijkertijd meer dan één oorzaak hebben. Hoewel het hof – en in zijn voetspoor de Hoge Raad – met het oordeel dat het voordeel voor TSN niet uit dezelfde gebeurtenis voortvloeide als het nadeel, 'enkel' een (feitelijk) causaliteitsoordeel lijkt te vellen, ligt daarin weldegelijk een (normatieve) toerekening besloten.⁵³ Juist omdat art. 6:100 BW voor een dergelijk normatief oordeel het criterium van de redelijkheid voorschrijft, was het beter geweest als was gemotiveerd waarom het geheel achterwege laten van toerekening in dit geval redelijk was. Het redelijkheids criterium biedt immers de ruimte voor differentiatie. En wanneer juist de ontbinding de mogelijkheid heeft geschapen om alternatieve transacties aan te gaan, is het achterwege laten van toerekening niet zo evident redelijk als de Hoge Raad doet voorkomen.

⁴⁹ HR 10 juli 2009, BI3402, *RvdW* 2009, 847 (Vos/TSN), rov. 3.5.

⁵⁰ De Hoge Raad laat zich hierover niet uit, maar volstaat (rov. 3.10) met het oordeel dat op schadebeperking geen beroep is gedaan. Zie kritisch over dit gevolg T. Hartlief, *WPNR* 2010/6829. De door Van Swaaij (*NJB* 2010, 1530, p. 1908 e.v.) betrokken stelling dat het in art. 6:100 om een ander schadebegrip zou gaan dan in art. 6:101 BW vind ik begrijpelijk noch aantrekkelijk.

⁵¹ Zie hierover ook kritisch Coen E. Drion, 'Elk nadeel heeft z'n voordeel?', *NJB* 2009, 1779, p. 2337.

⁵² Vgl. bijv. HR 11 februari 2000, AA4777, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uitert).

⁵³ Vgl. B.A.X. van Asten, 'Voordeeltorekening bij ontbinding van een duurovereenkomst', *MvV* 2009, p. 319 e.v.

Afronding

De wetgever heeft met de huidige afdeling 6.1.10 BW gekozen voor een in beginsel eenvormig schadevergoedingsrecht. Het begrip schade vindt in de wet evenwel nauwelijks uitwerking. De maatstaf voor de bepaling ervan en de ter zake geldende regels van stelplicht en bewijslast moeten telkens worden bepaald aan de hand van de grondslag waarop het recht op vergoeding berust: een vergelijking tussen de situatie zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust met de situatie waarin de benadeelde feitelijk verkeert.

Hoewel ook deze formule eenvormigheid suggereert, leidt de concrete toepassing ervan tot een rijke schakering van oplossingen. De contouren van het begrip schade blijken daarmee veel gevarieerder dan het eenvormige schadevergoedingsrecht doet vermoeden. Dit komt doordat telkens moet worden bezien op welke grondslag de vordering tot schadevergoeding precies berust en welke betekenis die heeft voor de contouren van het begrip schade, maar ook doordat de in dat kader door de eiser betrokken feitelijke stellingen beslissend zijn voor hetgeen aan schadevergoeding kan worden toegewezen.

Het voorgaande is vanuit juridisch-systematisch oogpunt volstrekt vanzelfsprekend, maar de praktijk illustreert telkens weer dat het gemakkelijker is gezegd dan gedaan. Te vaak wordt uit het oog verloren dat en hoe de concrete juridische grondslag en de door de eiser in dat kader betrokken stellingen beslissend zijn voor de contouren van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Dat verdient meer aandacht!