

# Recht, plicht, schade, begroting

## 1. Inleiding

Bij het begroten van schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de daadwerkelijke situatie en de situatie waar de benadeelde zich in zou hebben bevonden als de toerekenbare onrechtmatige daad of wanprestatie (hierna: normschending) niet had plaatsgevonden. Dat hypothetische scenario kan feitelijk (wat is het meest waarschijnlijke scenario?) of meer normatief (wat zou het juridisch juiste scenario zijn geweest?) benaderd worden. Uitgangspunt is dat dit scenario zo feitelijk mogelijk benaderd moet worden, maar drie recente uitspraken *Baby Esther*, *Wevers/Hengelo* en *UWV* roepen de vraag op of dit wel altijd de betere optie is.<sup>1</sup>

In die zaken wordt de vergoeding namelijk begroot aan de hand van wat *deze* gedaagde zou hebben gedaan. Omdat zij toevallig bovengemiddeld competent (*Baby Esther*) of welwillend (*Wevers*, *UWV*) waren, pakte dat goed uit voor de benadeelde: het hypothetische scenario was gunstiger en de schadevergoeding dus hoger. Maar hoe pakt deze regel uit bij minder competente of welwillende gedaagden? Krijgt de eisende partij dan niets omdat het feitelijk waarschijnlijk is dat als de gedaagde *deze* normschending niet had begaan, hij wel een *andere* had begaan? Dat lijkt sterk, maar de benadering van de Hoge Raad suggereert het wel. En alternatieve interpretaties roepen weer andere vragen op.

In dit artikel zal ik betogen dat een normatieve benadering van de hypothetische situatie een oplossing voor deze problematiek kan bieden. Dat betekent niet dat de feitelijke benadering overboord moet: meestal werkt die prima. Het punt is eerder dat het altijd zaak blijft te controleren of de toe te wijzen remedie nog wel in normatief verband te plaatsen is met de geschonden rechtsplicht.

Dit artikel is als volgt gestructureerd. Eerst worden de drie uitspraken geschetst (par. 2) en nader beschouwd aan de hand van drie vragen (par. 3). Gesuggereerd wordt dan dat die vragen ontstaan doordat het normatieve verband tussen normschending en remedie uit het oog wordt verloren (par. 4). Vervolgens wordt bekeken hoe een meer normatieve benadering zich verhoudt tot eerdere rechtspraak (par. 5). Conclusie zal zijn dat een meer feitelijke benadering van het hypothetische scenario vaak tot een rechtvaardigde begroting leidt, maar dat soms een meer normatieve blik nodig is om de toegewezen



Mr. W.Th. Nuninga\*

remedie en de reden voor toewijzing op elkaar afgestemd te laten.

## 2. Drie uitspraken

Schadevergoeding strekt ertoe de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden als de normschending niet had plaatsgevonden.<sup>2</sup> Dat vereist een vergelijking tussen de daadwerkelijke situatie en een hypothetische situatie.<sup>3</sup> Het is daarbij vaste rechtspraak dat die hypothetische situatie de situatie is die feitelijk het meest waarschijnlijk was als de normschending niet had plaatsgevonden.<sup>4</sup> Deze lijn is in 2016 en 2017 doorgetrokken naar een aantal gevallen waarin de schade eventueel ook had kunnen intreden als alle geldende normen waren gevolgd. Ik bespreek de rechtspraak in paragrafen 2.1 en 2.2 en evalueer haar in paragraaf 3.

\* PhD Fellow, Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.  
([w.t.nuninga@law.leidenuniv.nl](mailto:w.t.nuninga@law.leidenuniv.nl))  
De auteur dankt Willem van Boom en Tim Bleeker voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*); HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*).
2. Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; S.D. Lindenbergh, *Monografieën BW B34. Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, p. 17-18; T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht' in: J. Spier e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, p. 243. Zie ook o.a.: HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4915, *NJ* 2002/168 (*Interplant/Oldenburger*), r.o. 3.3; HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606 *NJ* 2012/613, r.o. 5.3.
3. Zie o.a. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*), r.o. 3.4.; HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V.Branderhorst*), r.o. 3.3.; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387 (*Rijnstate/Reuvers*) r.o. 3.3.
4. Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *NJB* 2010/804, r.o. 3.5.

## 2.1. Medische aansprakelijkheid

De belangrijke zaak hier is die van *Baby Esther*.<sup>5</sup> Simpel weergegeven komt de zaak hierop neer. Esther werd in 1996 samen met haar zusje prematuur in het Erasmus MC te Rotterdam geboren. Haar zusje overleed kort daarna. Esther redde het wel. Prematuur geboren kinderen moeten op een bijzondere vorm van netvliesloslating (*retinopathy of the premature* of 'ROP') gecontroleerd worden. De behandelend oogarts probeerde dat kort na Esthers geboorte, maar omdat de oogjes toen nog te dicht zaten lukte dat niet. Zijn tweede poging volgde pas twee weken later. Naar destijds geldende standaarden was die controle een week te laat. Hij constateerde bij die (te late) controle dat de ROP gevorderd was tot wat deskundigen 'stadium 2' noemen. Hoewel volgens de destijds geldende medische standaarden pas bij stadium 3 tot behandeling over moest worden gegaan, deed hij dat direct de dag na zijn controle omdat hij verwachtte dat dat stadium snel bereikt zou worden. Deze op zichzelf op tijd verrichte behandeling sorteerde echter geen effect en Esther werd helaas blind. Zij vordert nu (eenmaal volwassen) vergoeding van een verloren kans.

Esther betoogt dat als de oogarts haar conform medische standaard een week eerder gecontroleerd zou hebben, hij haar ook eerder behandeld zou hebben en zij dus betere kansen zou hebben gehad. De oogarts erkent dat *hij* bij eerdere controle Esther weliswaar waarschijnlijk eerder behandeld zou hebben, maar betoogt dat hij desondanks niet schadeplichtig is omdat hij haar niet later behandeld heeft dan zijn redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot ('de maatmanarts') zou hebben gedaan. Hij had, zo lees ik het, in dat opzicht geen norm geschonden.<sup>6</sup> Esther heeft dus geen kans verloren. Het hof ging daarin mee, maar de Hoge Raad casseert dat oordeel:

"3.5.3 (...) [Eerst dient] te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot betaamt. Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient vervolgens ter beoordeling van het causaal verband tussen de normschending en de gestelde schade een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie

dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden."<sup>7</sup>

Het hof volgde hier een normatieve benadering: vergeleken met wat de 'goed hulpverlener' zou hebben gedaan heeft Esther geen kans verloren.<sup>8</sup> Maar de Hoge Raad houdt vast aan zijn feitelijke benadering uit eerdere rechtspraak: vergeleken met wat *deze* arts zou hebben gedaan heeft Esther wel degelijk een kans op herstel verloren.<sup>9</sup>

## 2.2. Onrechtmatige besluitvorming

*Wevers/Hengelo* en *UWV* betreffen beide de aansprakelijkheid van een bestuursorgaan (het college van B&W Hengelo resp. het UWV) voor onrechtmatige besluitvorming. In *Wevers* werd sinds 1994 vier keer een milieuvergunning voor een stoeterij aan Wevers verleend die alle vier de keren na bezwaar van derden is vernietigd. In 2003 is de vergunning uiteindelijk wel onherroepelijk geworden. De vergunning had evenwel ook rechtmatig afgewezen kunnen worden. In *UWV* had het UWV de werkgever van J. een ontslagvergunning verleend zonder zijn verweer daartegen (voldoende gemotiveerd) mee te wegen. Ook met inachtneming van zijn verweer had de ontslagvergunning echter gewoon verleend kunnen worden.

5. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther*).
6. De norm van art. 7:453 BW te handelen als een 'goed hulpverlener' komt neer op de plicht te handelen als een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, zie: HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103 NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*); Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/406.
7. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther*), r.o. 3.5.3. Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876, (*Baby Esther*), r.o. 13.
8. Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876, (*Baby Esther*), r.o. 13.
9. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther*), r.o. 3.5.3.

Wevers en J. vorderen schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming. De bestuursorganen verweren zich in beide zaken met de stelling dat weliswaar fouten zijn gemaakt, maar dat geen schade is geleden omdat het juridisch mogelijk was een rechtmatig besluit te nemen met dezelfde gevolgen. De gerechtshoven in beide zaken gingen daar niet in mee en de Hoge Raad liet die oordelen in stand.<sup>10</sup> De schade moet worden begroot door de vraag te stellen wat het bestuursorgaan feitelijk zou hebben gedaan, niet door te vragen wat het had kunnen doen.

Daarmee wijkt de Hoge Raad af van wat de benadering van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in dit soort gevallen voorheen was. In *Amelandse benzinepomp*<sup>11</sup> besliste de Afdeling namelijk dat voor de causaliteitsvraag leidend was of het bestuursorgaan aannemelijk kon maken dat het een rechtens juist besluit met dezelfde gevolgen *had kunnen nemen*. Naar aanleiding van de uitspraak in *Wevers* is de Afdeling in *Biolicious*<sup>12</sup> echter 'om' gegaan.<sup>13</sup> De feitelijke benadering is daarmee uitgangspunt geworden in zowel het bestuurs- als privaatrecht.

### 3. Drie opeenvolgende vragen

De benadering van de Hoge Raad is op het eerste gezicht goed te volgen. Eerst is de vraag of sprake is van een normschending. Is het antwoord bevestigend, dan is de vraag wat er zou zijn gebeurd zonder die normschending. Omdat een normschending altijd bestaat uit feitelijk gedrag of nalaten, komt dat neer op het wegdenken van een feitelijke gedraging en het inschatten van wat de situatie zonder die gedraging zou zijn geweest. En het resultaat in die zaken lijkt op het eerste gezicht niet eens zo onbillijk.

Proberen we de regel echter toe te passen op de spiegelbeeldige casus van een incompetent of onwelwillende gedaagde dan rijst de vraag of de regel van de Hoge Raad betekent dat die gedaagde dan in het geheel niet aansprakelijk is? Feitelijk is immers waarschijnlijk dat als hij *deze* fout niet had gemaakt, hij wel een *andere* had gemaakt. Als dat niet de bedoeling van de Hoge Raad is geweest, gelden dan andere begrotingsregels voor andere gedaagden? Mag dat? En als dat niet de bedoeling is, is de materiële norm dan onopgemerkt aangepast? En wat betekent dat voor het partijdebat? Deze elkaar opvolgende vragen behandel ik achtereenvolgens.

#### 3.1. Alleen aansprakelijkheid voor de competente gedaagde?

De feitelijke benadering van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat bekwame gedaagden (bijv. artsen, notarissen) en welwillende gedaagden (bestuurs-

organen) *de facto* worden gehouden aan hun eigen, hoge standaard. Afgestemd op het feitelijk scenario gaat het immers niet meer om de standaard van een expert of de beginselen van behoorlijk bestuur, maar om de standaard of lijn die *deze* gedaagde normaal gesproken volgt. Voren we die feitelijke benadering consequent door dan zou dat moeten betekenen dat de (zeer) onbekwame of (zeer) onwelwillende gedaagde vrij gemakkelijk de dans volledig kan ontspringen.

Stel dat de arts in *Baby Esther* in plaats van zeer bekwaam, juist heel onbekwaam was geweest. Deze arts zou kunnen betogen dat zelfs als hij Esther op tijd gecontroleerd had, hij haar naar alle waarschijnlijkheid pas veel later behandeld zou hebben. Passen we dan de feitelijke benadering van de Hoge Raad toe, dan zou dat ertoe leiden dat Esther niet kan aantonen dat zij ook maar iets van waarde verloren heeft. Feitelijk is het tenslotte zeer waarschijnlijk dat als de arts *deze* fout niet gemaakt had, hij wel een *andere* fout gemaakt had.

Het meest stuitende aan deze benadering is dat hoe onbekwamer een arts is, hoe minder snel hij aansprakelijk gehouden kan worden. Eenzelfde redenering geldt uiteraard voor bestuursorganen: hoe minder toeschietelijk zij normaal gesproken zijn, zoveel minder zijn zij aansprakelijk. Dat maakt dat de enigszins retorische vraag gesteld kan worden of de Hoge Raad *dat* wel bedoeld heeft.

#### 3.2. Verschillende schadebegrotingsregels

De uitspraak in *Baby Esther* biedt een aanknopingspunt om aan deze conclusie te ontsnappen, maar dat roept weer andere problemen op.

10. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4.
11. AbRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst.* 2005/75 (*Amelandse Benzinepomp*); AbRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, *AB* 2005/54, m.nt. dG (*Doorsteek Lange Raarberg Meerssen*).
12. ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *Gst.* 2017/51 m.nt. Boesveld (*Biolicious*).
13. De uitspraak is inmiddels gevolgd in: ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1429, *AR* 2017/2760; ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3187.

Aan het einde van rechtsoverweging 3.5.3 van *Baby Esther* overweegt de Hoge Raad dat bij begroting “wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden”.<sup>14</sup> Die overweging kan op verschillende manieren geïnterpreteerd worden,<sup>15</sup> maar een interpretatie die het hierboven geconstateerde probleem ondervangt is dat het hypothetische scenario er niet een mag zijn waarin een andere normschending plaatsvindt.

Het vreemde aan die constructie zou echter zijn dat incompetente arts aan een normatief hypothetisch scenario wordt gehouden (“wat zou de normconforme handeling zijn geweest?”) maar de competente arts aan een feitelijk scenario (“wat zou deze arts in deze situatie waarschijnlijk hebben gedaan?”). Dat is problematisch omdat zo weliswaar gelijke regels gelden bij het vaststellen van de normschending (de maatmanregel) maar verschillende regels gelden bij het begroten van schade. En dat is meten met twee maten.

### 3.3. Een andere aansprakelijkheidsnorm

Het probleem van meten met twee maten zou in zekere zin ondervangen kunnen worden door te zeggen dat de zorg van een goed hulpverlener of de normen omtrent zorgvuldige besluitvorming flexibele minimumnormen zijn.<sup>16</sup> Het resultaat is dan weliswaar hetzelfde als bij het toepassen van verschillende schadebegrotingsregels, maar de aansprakelijkheid berust in ieder geval op één norm: iedereen moet zo ver als hij kan uitstijgen boven de standaard van behandeling of ieder bestuursorgaan moet een voor de belanghebbende zo gunstig mogelijk besluit nemen. Dit zou een oplossing kunnen zijn, maar als we *Baby Esther*, *Wevers* en *UWV* zo moeten verklaren rijst weer een vraag van heel andere aard: hoe open moet de rechter zijn over de norm die hij ten grondslag legt aan de toegewezen remedie?

Gaan we ervan uit dat deze flexibele minimumnorm ten grondslag ligt aan het oordeel in *Baby Esther*, dan betekent dat dat de Hoge Raad een behoorlijke koerswijziging inzet zonder dat expliciet duidelijk te maken. Naar huidig recht is het namelijk uitgangspunt van de maatmanregel dat wordt geabstraheerd van de eigenschappen van deze arts.<sup>17</sup> Weliswaar kan een arts worden gehouden aan in zijn ziekenhuis geldende protocollen die boven het gemiddelde uitstijgen,<sup>18</sup> maar zelfs dat is niet een standaard die is afgestemd op de kwaliteiten van deze arts. Sommige auteurs stellen weliswaar dat een opdrachtnemer altijd gehouden is zijn eigen kwaliteiten aan te wenden,<sup>19</sup> maar dat heb ik vooralsnog niet zo duidelijk in de rechtspraak teruggezien. Zonder grondslag in de behandelovereenkomst (evt. op

grond van gerechtvaardigd vertrouwen) zie ik niet in dat dit zo zou moeten zijn.

Natuurlijk zou het best kunnen dat we toe willen naar een systeem waarin de zeer competente arts aan zijn eigen, hoge standaarden wordt gehouden – ik neem daar uitdrukkelijk geen standpunt over in – maar (a) het is nog maar de vraag of het geldend recht is en, belangrijker, (b) de Hoge Raad overweegt dat in ieder geval niet. Eerder het tegenovergestelde: in de normschendingfase herhaalt hij de algemene norm, in de begrotingsfase past hij een andere toe.<sup>20</sup>

Dat is problematisch. Als normen kunnen worden aangepast in de begrotingsfase, is het voor partijen lastiger te weten waarop zij hun pijlen moeten richten. Zou bijvoorbeeld duidelijk zijn dat de nu geldende norm is dat artsen aan hun *eigen* standaarden worden gehouden, dan zou dat het partijdebat veranderen. Het *track record* van deze arts zou dan bijvoorbeeld een veel grotere rol gaan spelen. Maar nu de schadebegrotingsnorm in *formulering* algemeen blijft maar in *toepassing* specifiek wordt, wordt het voor partijen lastig te bepalen waar ze nu aandacht aan moeten besteden.

14. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther/Erasmus MC*), r.o. 3.5.3. Een vergelijkbaar oordeel ontbreekt overigens in HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*) en HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*Ontslagvergunning*).
15. Bedacht zou kunnen worden dat de Hoge Raad de onderliggende norm heeft willen aanpassen in die zin dat er een zekere bandbreedte van toelaatbaar handelen is, zie daarover par. 3.3. Een andere mogelijkheid is een volledige loskoppeling van vestigingsfase en omvangsfase. Nog daargelaten dat rechtspraak en wetssystematiek dat niet altijd toestaan (zie bijv. P.W. den Hollander & D.F.H. Stein, ‘Aansprakelijkheid in fasen en causaliteit’ in: F.Q. van de Pol e.a., *Vijftig Weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 216-218) zou dat in strijd komen met de in par. 4 verdedigde structuur van het aansprakelijkheidsrecht.
16. Deze oplossing is ook consistent met de in paragraaf 4 verdedigde normatieve benadering. De in deze paragraaf (3.3) geopperde bezwaren rijzen als de Hoge Raad die benadering niet volgt. En vice versa.
17. Zie: HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*); R.P. Wijne, *Medische Aansprakelijkheid*, Den Haag: BJU 2014, p. 205-206.
18. HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 m.nt. J.B.M. Vranken & F.C.B. van Wijmen (*Trombose*); HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377 m.nt. H.J. Snijders & F.C.B. van Wijmen (*Protocol II*).
19. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/94.
20. Vergelijk de eerste en laatste zin van r.o. 3.5.3 uit HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Baby Esther*).

## 4. Het normatieve verband tussen norm-schending en schadevergoeding

### 4.1. De structuur van het aansprakelijkheidsrecht

De reden dat deze drie vragen rijzen, kan wellicht gevonden worden in de verhouding tussen recht, plicht, schade en begroting.

Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht onderscheidt ten aanzien van het causaal verband tussen normschending en schade twee fases: de aansprakelijkheidsvestigende fase en de begrotingsfase.<sup>21</sup> In de eerste fase wordt vastgesteld of sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad of wanprestatie die enige schade tot gevolg heeft gehad,<sup>22</sup> terwijl in de tweede fase nauwkeuriger wordt bekeken welke schade dan het gevolg van de normschending is geweest.<sup>23</sup> Hoewel die loskoppeling de indruk kan wekken dat de geschonden norm geen rol meer speelt in de begroting, lijkt deze scheiding toch vooral instructief en niet een inhoudelijke ont koppeling.<sup>24</sup> Uiteindelijk blijft de juridische reden voor het toewijzen van de schadevergoeding gelegen in de normschending. Dat komt ook tot uiting in de structuur van het aansprakelijkheidsrecht.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft grof geschetst de volgende structuur. A heeft een rechtsplicht en die rechtsplicht beschermt bepaalde privaatrechtelijke belangen van B.<sup>25</sup> A schendt die rechtsplicht<sup>26</sup> en B wordt in de beschermde belangen getroffen.<sup>27</sup> Deze belangenschending moet door A hersteld worden en het vergoeden van concreet geleden schade in geld is doorgaans de beste manier dat te doen.<sup>28</sup> Andersom geformuleerd: B had er recht op dat zijn belangen door A werden gerespecteerd, A heeft dat niet gedaan, en de schadevergoeding vormt het best mogelijke herstel van dat recht van B.<sup>29</sup>

Deze fundamentele structuur legt bloot dat de reden voor het vergoeden van schade is gelegen in de onderliggende materiële norm.<sup>30</sup> De schending van die norm is volgens de wetgever of volgens het ongeschreven recht een goede (juridische) reden een ander 'aansprakelijk' te houden. Dit verband kan tot uitdrukking komen in ons begrip van schade,<sup>31</sup> van causaal verband,<sup>32</sup> of van de relativiteitsleer.<sup>33</sup> Punt is dat linksom of rechtsom de schadevergoeding moet stoelen op de normschending. Voor zover dat niet zo is wordt de remedie niet meer gerechtvaardigd en moet ofwel (a) een andere normschending worden gevonden die dat wel zou kunnen ofwel (b) aansprakelijkheid worden afgewezen.<sup>34</sup>

### 4.2. De implicaties van deze structuur voor de besproken rechtspraak

De benadering pakt als volgt uit. In *UWV*, bijvoorbeeld, had J. geen recht op een afwijzing van de ontslagvergunning; hij had recht op zorgvuldige behandeling van zijn bezwaar. Die plicht had hij vooraf kunnen handhaven middels een rechterlijk bevel of verbod.<sup>35</sup> Achteraf kan hij alleen schade waartegen de norm beoogde te beschermen vergoed krijgen. Nu kan het wel zo zijn dat het tijd wordt na te denken over het toewijzen van een forfaitair bedrag dat de waarde van dat recht reflecteert, maar het voert te ver de schadebegroting af te stemmen op een situatie waar hij nooit recht op had en waar het

21. Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2017, p. 272.

22. Art. 6:162 & art. 6:74 BW.

23. Afd. 6.1.10 BW.

24. Zie over de overloop tussen die twee fases PW. den Hollander & D.F.H. Stein, 'Aansprakelijkheid in fasen en causaliteit' in: F.Q. van de Pol e.a., *Vijftig Weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 209-2018.

25. Op te maken uit een samenspel van art. 3:303 BW (voldoende belang) en art. 6:163 BW (relativiteit). Zie ook: N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 41, die concludeert dat de eis van een eigen belang opgaat in de relativiteits-eis. Ik dank Tim Bleeker voor het wijzen op deze bron.

26. De plicht geen inbreuk te maken op rechten, een wettelijke plicht, een ongeschreven plicht (art. 6:162 lid 2 BW) of een plicht vervat in de overeenkomst (zie art. 6:74 BW).

27. Vereist volgens 6:163 BW.

28. Art. 6:162 lid 1 BW.

29. In vergelijkbare zin: C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht Deel 1*, Den Haag: Boom Juridisch 2015. Vanuit Angelsaksisch perspectief zie: R. Stevens, *Torts and Rights*, Oxford: OUP 2007, p. 59; R. Stevens, 'Rights and other things,' in D. Nolan & A. Robertson (red.), *Rights and Private Law*, Oxford: Hart 2012, p. 145.

30. R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 5, 73; E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: OUP 2012, p. 75; E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: OUP 2012, p. 30.

31. Zie bijvoorbeeld de discussie van Bloembergen over stilligschade. Hoewel hij daarmee met name het belang van het onderscheid tussen schade en causaal verband illustreert, laat zijn voorbeeld wat mij betreft ook zien dat wat als schade geldt altijd alleen van belang is in relatie tot de normschending. Zie: A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: E. E. Kluwer 1965, p. 15.

32. Zo zou men de leer van redelijke toerekening van art. 6:98 BW kunnen duiden.

33. Zie het vereiste van een normatief verband bijv. PW. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, Den Haag: Boomjuridisch 2016; L. van den Berge, 'Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander,' *RM Themis* 2017, afl. 2, p. 46-48.

34. Betoogd zou kunnen worden dat het zoeken naar wat nog net wel en wat nog net geen normschending is in strijd komt met wat de Hoge Raad in *Ordelmans/Lademo* oordeelde ten aanzien van schadevergoeding na ontbinding. Bij het begroten van de schadevergoeding gaat het erom wat op grond van de overeenkomst verwacht mocht worden. Wat de voor ontbinding relevante wanprestatie was is dan irrelevant.

35. Art. 3:296 BW.

UWV, omgekeerd, nooit verplicht toe was. In *Wevers* had Wevers er weliswaar recht op dat de vergunning zorgvuldig werd opgesteld, maar hij had er geen recht op dat het werd verleend. In *Baby Esther*, tot slot, had Esther uiteraard recht op controle een week eerder, maar ze had geen recht op behandeling binnen een paar dagen. Als spiegelbeeld van de rechtsplicht van de arts had zij pas recht op behandeling een week later. En die behandeling heeft zij gekregen.<sup>36</sup>

## 5. Hoe een meer normatieve benadering zich verhoudt tot eerdere rechtspraak

### 5.1. Op het randje van...

Het betoog in paragraaf 4 suggereert dat altijd gezocht moet worden naar wat nog net wel en wat net geen normschending meer is. Wie toevalig bekend is met *Ordelmans/Lademo*<sup>37</sup> zal wellicht denken: is het geen bestendige rechtspraak dat bij schadebegroting juist *niet* gezocht moet worden naar wat nog net geen wanprestatie is, maar naar wat op grond van de overeenkomst verwacht mocht worden? Dat is juist, maar bij nadere beschouwing is die rechtspraak niet strijdig met de hierboven verdedigde benadering.

De zaak is als volgt. Juwelier Schaap en Citroen heeft een beleggingsdiameter aan Ordelmans verkocht. Als Ordelmans de diamant wil verkopen komt hij erachter dat de diamant niet de beloofde kleur en zuiverheidsgraad heeft en hij ontbindt de overeenkomst. In een geschil over die ontbinding stelt het hof wanprestatie ten aanzien van de kleur vast. Omdat die wanprestatie de ontbinding rechtvaardigt, laat het hof de ontbinding overeind en zoekt niet verder naar andere wanprestaties (bijv. t.a.v. zuiverheid). In de schadestaatprocedure die volgt begroot het hof het positief contractbelang<sup>38</sup> aan de hand van *zowel* kleur als zuiverheid.<sup>39</sup>

Schaap en Citroen klaagt dat wanprestatie ten aanzien van de zuiverheid nooit is vastgesteld. Hof en Hoge Raad gaan daar niet in mee.<sup>40</sup> Het hof overweegt zelfs dat het er niet om gaat wat "Schaap en Citroen nog (net) hadden mogen leveren om (nog juist) geen wanprestatie te plegen."<sup>41</sup> Letterlijk genomen betekent dat dat de hierboven verdedigde normatieve benadering al in 1994 van de hand is geweest. Onder die normatieve benadering is het immers *wel* zaak te kijken naar wat nog net wel en wat nog net geen normschending oplevert. Ondanks deze formulering meen ik toch dat ook *Ordelmans/Lademo* niet strijdig is met de door mij verdedigde benadering.

*Ordelmans/Lademo* is een zaak waarin het positief contractbelang vergoed wordt na ontbinding. Het is juist dat als de ontbinding eenmaal

is uitgesproken het niet relevant is of er nog andere tekortkomingen zijn die ontbinding rechtvaardigen.<sup>42</sup> Die is al uitgesproken. Maar het is niet zo dat in het geheel niet wordt gekeken naar wat wel en geen wanprestatie zou zijn. Sterker nog: hof en Hoge Raad gaan allebei op zoek naar wat de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Dat is geen unieke toets: dat is de toets voor uitleg van de overeenkomst.<sup>43</sup> En als Ordelmans een bepaalde zuiverheid mocht verwachten en die niet heeft gekregen, dan *moet* de conclusie toch zijn dat ook in dit opzicht een wanprestatie gepleegd is?

Het lijkt me dat de Hoge Raad hier in alle opzichten een normatieve benadering volgt. De opmerking dat niet relevant is wat (nog juist) geen wanprestatie zou zijn kan hoogstens gaan over een ontbinding rechtvaardigende wanprestatie. Ieder ander oordeel zou inconsistent zijn met het zoeken naar wat op grond van de overeenkomst verwacht kon worden.

36. Met de maatmanregel als uitgangspunt kan deze remedie dus niet gerechtvaardigd worden. Zoals in paragraaf 3.3 opgemerkt kan een zekere continuïteit tussen normschending en remedie wel gegarandeerd worden als de norm zijn dat iedere zorgverlener gehouden is zo ver mogelijk boven de maatmannorm uit te stijgen. Echter, dat is noch expliciet overwogen door de Hoge Raad, noch is het gangbare rechtspraak. En dat brengt ons weer bij het hiervoor gemaakte punt: ofwel (a) er moet een andere norm en schending daarvan gevonden worden, ofwel (b) de remedie moet worden afgewezen.

37. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

38. Waarop Ordelmans recht heeft ex art. 6:277 BW.

39. Geciteerd in Concl. A-G Strikwerda bij HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

40. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*) r.o. 5.1. en r.o. 4.12 van de hofuitspraak, geciteerd in Concl. A-G Strikwerda bij HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

41. R.o. 4.12 van de hofuitspraak, geciteerd in Concl. A-G Strikwerda bij HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

42. Ik breng in herinnering dat voor ontbinding ex art. 6:265 BW 'meer' wanprestatie vereist is dan voor schadevergoeding ex art. 6:74 BW, door de toevoeging van de zinsnede "tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt" aan dat eerste artikel.

43. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 m.nt. Brunner (*Ermes/Havillez*).

### 5.2. De feitelijke benadering

Maar als het juist is dat de uiteindelijke schadevergoeding altijd in normatief verband geplaatst moet kunnen worden met de onderliggende norm, is er dan ooit nog ruimte voor een feitelijke benadering? Leidt de feitelijke benadering niet altijd tot het negeren van een normatief verband? Dat is een prangende vraag, want niet alleen in *Wevers*, *Baby Esther* en *UWV* wordt deze benadering gevolgd: het is bestendige rechtspraak.<sup>44</sup> Betekent het voorgaande betoog dat die rechtspraak al die jaren al normatieve fundering mist? Dat is nu ook weer niet zo. De kunst zit in de nuance.

#### (a) *V/Branderhorst*<sup>45</sup>

Een goed voorbeeld is *V/Branderhorst*. Branderhorst was zijn buurman f 85.000 aan dwangssommen verschuldigd voor het overtreden van een door het hof opgelegd bevel zijn pluimveegroothandel te sluiten. In strijd met zijn zorgplicht als advocaat van Branderhorst had V. hem er niet op gewezen dat hij die dwangssommen zou verliezen over de periode voordat het cassatieberoep was ingesteld. Branderhorst vordert nu de f 85.000 van zijn advocaat. V. bestrijdt dat hij schadeplichtig is omdat Branderhorst bij juist advies in de drukke decembermaand toch wel open zou zijn gebleven. De schade was, met andere woorden, toch wel ontstaan. Anders dan het hof,<sup>46</sup> gaat de Hoge Raad daarin mee.<sup>47</sup>

Dit is een feitelijke benadering van de hypothetische situatie: de vraag is wat het meest waarschijnlijke scenario zou zijn geweest bij uitblijven van de normschending. Belangrijk is echter dat het onzekere element hier is gelegen in het gedrag van de benadeelde zelf. Dat maakt in ieder geval in dit geval een groot verschil. De relevante norm was hier dat de advocaat zijn cliënt correct moest informeren. Die plicht is enger dan de plicht om Branderhorst ervan te weerhouden dwangssommen te verliezen. Omgekeerd heeft Branderhorst het recht de keuze te kunnen maken die hem goeddunkt op grond van juiste informatie. Maar de feiten van de zaak leren ons dat hij die keuze heeft kunnen maken: open blijven had hij toch wel gedaan. Daar moet de remedie op worden afgestemd.

#### (b) *De Swaen*<sup>48</sup>

In *De Swaen* ging het om de belastingen van Van Ess. Van Ess had twee monumentale panden aangeschaft en was begonnen die te renoveren. Hij had dit gedaan omdat zijn belastingadviseur hem had geadviseerd dat deze kosten aftrekbaar zouden zijn. Dat bleek onjuist. Hij vordert nu het 'belastingnadeel' van zijn adviseur. Met andere woorden, hij vordert het bedrag dat hij bespaard had als de kosten inderdaad aftrekbaar waren

geweest. De Hoge Raad gaat daar niet in mee: de relevante vraag is wat gebeurd zou zijn als de adviseur het juiste advies had gegeven.<sup>49</sup>

Ook dit oogt weer als een feitelijke benadering: de vraag is wat het meest waarschijnlijke scenario was geweest bij het uitblijven van de normschending. Maar ook dit oordeel is in lijn met de normatieve benadering als wordt bekeken welke norm nu is geschonden. De relevante plicht was een juist advies te geven en niet de plicht te garanderen dat zijn advies juist is. Omgekeerd: zijn cliënt heeft wel recht op juiste informatie, maar geen recht op juistheid van de toezegging. Daar moet de remedie op worden afgestemd.

#### (c) *Makelaar/Verkoper*<sup>50</sup>

In een makelaarszaak uit 2010 had een makelaar een van de gegadigden voor de aankoop van een terrein verteld dat de gemeente wilde meewerken aan de bouw van een nieuwe woning. In werkelijkheid wilde de gemeente dat helemaal niet. De gegadigde kocht het terrein voor een aanzienlijk bedrag, maar ontbond die overeenkomst weer toen bleek dat de gemeente niet wilde meewerken. De verkoper verkocht het terrein uiteindelijk aan een andere koper voor een lager bedrag en vordert nu het verschil tussen de twee verkoopprijzen van de makelaar. De

44. Asser/Sieburgh 6-II 2017/31. Zie o.a. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*); HR 19 mei 1995/531, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V/Branderhorst*).

45. HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V/Branderhorst*).

46. Zie overweging 4.6.4 van de hofuitspraak, afgedrukt in de Concl. A-G Verkade bij HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V/Branderhorst*).

47. HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*Branderhorst/V.*), r.o. 3.3.

48. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*).

49. *Ibid.* r.o. 3.4.

50. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *NJB* 2010/804.

Hoge Raad ziet dat niet als de juiste begroting. Gekeken had moeten worden naar wat de situatie zou zijn geweest als de makelaar het juiste advies had gegeven. In dat geval had de eerste koper het terrein waarschijnlijk niet of niet tegen dat bedrag gekocht.<sup>51</sup>

Ook dit is weer een feitelijke benadering: als de normschending niet had plaatsgevonden was het meest waarschijnlijke scenario dat de koop niet was doorgegaan. Bekijken we wat de normschending is, echter, dan valt op dat ook hier de normatieve benadering hetzelfde resultaat produceert. De plicht was namelijk het verschaffen van juiste informatie aan gegadigden, niet het werkstelligen van een verkoop voor een bepaald bedrag. Omgekeerd: de verkopende partij heeft er weliswaar recht op dat een makelaar de koper van juiste informatie voorziet om een beslissing te nemen, maar niet op de winst die behaald kon worden met de op onjuiste informatie gebaseerde overeenkomst. Daar moet de remedie op worden afgestemd.

*(d) Terug naar het drieluik*

In de voorgaande gevallen leidt een normatieve benadering tot hetzelfde resultaat als een feitelijke benadering. Dat is anders bij *Baby Esther*, *Wevers* en *UWV*. In die zaken omvatte de plicht weliswaar steeds een bepaalde behandeling, maar niet ook de vervolghandeling die de Hoge Raad wel meeneemt bij de begroting.

In *Baby Esther*, bijvoorbeeld, had Esther recht op een tijdige controle, maar niet op een behandeling voor de datum waarop zij die heeft gekregen. In *Wevers* had Wevers recht op een zorgvuldig opgesteld besluit dat niet kwetsbaar was voor bezwaren van derden, maar hij had geen recht op toewijzing van de milieuvergunning. In *UWV* had J. er weliswaar recht op dat zijn bezwaar zorgvuldig werd meegewogen, maar hij had er geen recht op dat de ontslagvergunning niet werd afgegeven. Feitelijk was het in al die gevallen misschien waarschijnlijk dat een voor de eiser beter resultaat bereikt kon worden, maar daar had de eiser nooit *recht* op. In *die* gevallen leidt de normatieve benadering dus wel degelijk tot een ander (en in mijn optiek: zuiverder) resultaat.

Dat betekent dat het zaak is altijd goed in de gaten te houden wanneer dat zo is. Daar is zonder nader onderzoek geen algemene regel voor te geven. De meest praktische oplossing is waarschijnlijk de feitelijke benadering als uitgangspunt te houden en na vaststelling te controleren of van het toe te wijzen bedrag gezegd kan worden dat het de prestatie waar de gedaagde recht op had reflecteert.

## 6. Conclusie

Bij het begroten van schade moet een vergelijking gemaakt worden tussen de daadwerkelijke situatie en de situatie die zou hebben bestaan zonder de normschending. Bij het bepalen van hoe die laatste, hypothetische situatie eruitziet is het doorgaans voldoende om te bekijken wat het meest waarschijnlijke scenario was bij het uitblijven van het normschendende gedrag. De uitspraken in *Baby Esther*, *Wevers* en *UWV* laten echter zien dat dit niet altijd de beste begrotingsregel is. Soms is een nadere normatieve toets nodig. Schadevergoeding is wat het recht biedt in plaats van het geschonden recht. En dat moet niet uit het oog worden verloren. Dat betekent dat de uiteindelijk toegewezen vergoeding linksom of rechtsom in normatief verband moet staan met dat geschonden recht of, omgekeerd, de normschending. Het kan niet zo zijn dat de gedaagde (in geld) meer moet vergoeden dan waar hij vooraf (in natura) toe verplicht was. Het kan niet zo zijn dat de eiser achteraf (in geld) meer vergoed krijgt dan waar zij vooraf (in natura) recht op had.

51. *Ibid.*, r.o. 3.5.