



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Schade en risico: over de corrigerende en verdelende functie van het schadevergoedingsrecht

Franken, A.C.H.

### Citation

Franken, A. C. H. (2022, September 29). *Schade en risico: over de corrigerende en verdelende functie van het schadevergoedingsrecht*. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464725>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464725>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## 1.1 WAAROM DIT BOEK?

1. In 2013 schreef ik een preadvies over abstracte schadeberekening. *Abstracte schade* of abstracte schadeberekening zijn begrippen die vooral door Bloembergen een eigen leven zijn gaan leiden.<sup>1</sup> In mijn preadvies kwam ik tot de conclusie dat abstract schade berekenen eigenlijk het verhuuld toepassen is van twee normen: het schatten van de schade (art. 6:97 BW) of het toerekenen van voordeel (art. 6:100 BW).<sup>2</sup> Die conclusie leverde naderhand vervolgvragen op, zoals: wat wordt eigenlijk bedoeld met schatten, en wanneer komt voordeel voor toerekening in aanmerking? Schatten en begroten zijn begrippen die vaak door elkaar worden gebruikt.<sup>3</sup> Is dat terecht of is er verschil? Ook over de toerekening van voordeel bestaat onduidelijkheid. Bloembergen en Bolt hebben daar uitgebreid over geschreven.<sup>4</sup> Deze vragen doordenkend bleek mij dat veel is terug te voeren op de tamelijk vage notie van schadetoerekening. Wat is eigenlijk de onderscheidende betekenis van het begrip schadetoerekening? In zijn preadvies over 'Eurocausaliteit' heeft Nieuwenhuis de dilemma's beeldend beschreven.<sup>5</sup> Wie zich met schadetoerekening bezighoudt, bevindt zich al snel in het schadevergoedingsrecht in brede zin. Hoe het begon
2. Dit proefschrift is een vervolg op mijn preadvies. In dit boek probeer ik meer zicht te krijgen op het *schadevergoedingsrecht*. Met Tjong Tjin Tai zie ik de uitdagingen van het schadevergoedingsrecht vooral als conceptueel De echte vraag

---

1. Bloembergen 1965.

2. Franken 2013, p. 61.

3. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*). Zowel de Hoge Raad (r.o. 5.2) als A-G Bakels (par. 3.4) spreken van het 'schatten' van de goede en kwade kansen, wat meer aan een feitelijke vaststelling doet denken dan het bepalen van kansschade. Toch associeert de doctrine dit arrest met de acceptatie van kansschade in Nederland.

4. Bloembergen 1965; Bolt 1989.

5. Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1695-1736.

van aard.<sup>6</sup> De uitdagingen zien op zowel de vraag wat schade is, als de vraag wanneer deze voor vergoeding in aanmerking komt. Zo gaat het volgens Spier bij schade om *'een rechtsontwikkeling die ten dele nog goeddeels in de kinderschoenen staat.'*<sup>7</sup> Over het vergoedings- of aansprakelijkheidsrecht meent Loth: *'(...) Meer aandacht voor de beginselen in het aansprakelijkheidsrecht kan betere instrumenten opleveren om zijn toepassing te rechtvaardigen en zijn beginselloze ontwikkeling te begrenzen.'*<sup>8</sup> Beide opmerkingen illustreren dat onze gedachten over wat schade is of wanneer deze voor vergoeding in aanmerking komt, onvoldoende opgewassen zijn tegen de vragen van de huidige tijd. We hebben behoefte aan een aanvullend perspectief. In dit boek probeer ik die toevoeging te geven. Deze is gebaseerd op de idee dat schade en vergoedingsrecht als 'schade en risico' wezenlijk met elkaar verbonden zijn. Een risico kan wel bestaan zonder schade, maar van schade kan geen sprake zijn zonder een voorafgaand risico. Bij eerste lezing oogt die verbinding misschien als een open deur en weinig onderscheidend. Toch wil ik in dit boek laten zien hoe het analyseren van de relatie tussen schade en risico een meer coherent beeld oplevert van wat schade is en wanneer deze voor vergoeding in aanmerking komt. Dat verklaart beter waarom bepaalde regels juist zijn en andere juist niet; en levert een evenwichtiger uitgangspunt op voor antwoorden op zowel de oude vragen als nieuwe vragen van het schadevergoedingsrecht.

*Hindsight bias?*

3. Mijn analyse begint dus met een stelling: over schade kan juridisch niet zinvol gesproken worden zonder oog te hebben voor het voorafgaande risico. Cane stelt terecht: *'we do not have to look too hard to get a picture of tort law as a mechanism for (re)distribution of wealth funded on the basis of risk.'*<sup>9</sup> Hoe de uitwerking van *'the basis of risk'* als *'picture of tort law'* eruitziet, is minder helder. Schade wordt in de regel vooral als een nadelig gevolg gezien, minder als de realisatie van een risico. Juristen lijden aan wat ik voor mijzelf het 'condicio sine qua non syndroom' ben gaan noemen. Het feit dat de schadevergoeding achteraf wordt vastgesteld, leidt niet alleen tot een voortschrijdend inzicht, maar vaak ook tot een *hindsight bias*.<sup>10</sup> Giard heeft hiervoor gewaarschuwd: *'De feitelijke reconstructie van een malheur betekent niet het spoor terug volgen vanaf het onheilmoment, maar dient steeds prospectief te worden verricht vanaf het startmoment van een bepaalde gebeurtenis.'*<sup>11</sup> Schade

6. Tjong Tjin Tai 2017, p. V.

7. Spier 1998, p. 3.

8. Loth 2016/3, met verwijzing naar Spier & Bolt 1996. Uit het vervolg van Loth's betoog blijkt dat ook hij 'aansprakelijkheid' ruimer ziet dan alleen de normschending. Daaronder valt ook de schadevergoeding; Zie ook Van Boom 2020, p. 166.

9. Cane 2017, p. 103.

10. Arendt 1975, p. 328.

11. Giard 2016, p. 156.

is immers een hypothese: dat bij gebreke van de realisatie van het risico de positie van de benadeelde beter was geweest. Het verlies van de kans op dat betere alternatief vormt in feite de schade die met de realisatie van het risico verloren is gegaan. Het aan de schade voorafgaande risico geeft niet alleen invulling aan wat schade is, maar begrenst ook wat schade vormt. Pas vanuit het *risico* bezien, wordt duidelijk wat bijvoorbeeld de ‘omkeringsregel’ betekent, de ‘billijkheidscorrectie’ inhoudt, waarom zuivere vermogensschade in sommige gevallen minder snel voor vergoeding in aanmerking komt, waar de grenzen van hypothetische causaliteit liggen of wat Bloembergen en Bolt bij voordeelstoerekening met de ‘spiegelbeeldgedachte’ bedoelen.<sup>12</sup> Wat volgens artikel 6:100 BW als ‘*een zelfde gebeurtenis*’ geldt, is niet alleen afhankelijk van het causaal verband, maar óók van het aan de schade en het voordeel voorafgaande risico.

4. Waarom nemen mensen eigenlijk risico? Honoré heeft gewezen op de menselijke natuur: veel schade vloeit voort uit nagejaagd *voordeel*.<sup>13</sup> Mensen nemen in de regel risico omdat hier een voordeel tegenover staat. Mits de kans op voordeel groter is dan het risico op nadeel, gokken mensen dagelijks op winst: ‘*To choose and execute a course of conduct is to bet on your skill and judgement of the probabilities. Choosing is inescapably betting.*’<sup>14</sup> Het recht erkent dit winstverlangen. Volgens de *United States Declaration of Independence* (1776) is *the pursuit of Happiness* niet alleen een eigenschap van een *open society* of de vrijemarkteconomie, het vormt ook de basis van ons vooruitgangdenken, waarvan de vermindering als een ‘*unalienable right*’ bezwaarlijk wordt bevonden.<sup>15</sup> Via de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen heeft de vermindering van voordeel in ons aansprakelijkheidsrecht vooral een begrenzend betekenis. Het moeten maken van kosten beschermt tegen onverantwoord gedrag. Het moeten maken van kosten kan ook reden zijn juist geen zorgplicht aan te nemen. Als een aanvullende grond voor toerekening is voordeel in het schadevergoedingsrecht veel minder ontwikkeld, hoewel in de woorden van Van Boom: ‘*het aansprakelijkheidsrecht een mechanisme is waarbij verrijking en verarming centraal staan.*’<sup>16</sup>

We willen graag

5. Verrijkingsvragen gaan over schade én voordeel. Loth beschrijft hoe volgens Aristoteles ‘ieder het zijne’ vooral betrekking heeft op het verdelen

Eerlijk verdeeld?

12. Bloembergen 1965/223; Bolt 1989, p. 204-205; Soortgelijke voor- en nadelen moeten op dezelfde voet worden behandeld.

13. Honoré 1999.

14. Honoré 1999, p. 26; Cane 2017, p. 33.

15. ‘Life, Liberty and the pursuit of Happiness’ zijn drie voorbeelden van wat in de United States Declaration of Independence (1776) wordt genoemd de ‘unalienable rights’. Met ‘happiness’ is in 1776 vermoedelijk bedoeld: ‘prosperity, thriving, wellbeing’.

16. Van Boom 2002, p. 118.

van lusten: *'eerbewijzen, geld of andere dingen die onder de mensen als leden van een politieke gemeenschap verdeeld kunnen worden'*.<sup>17</sup> Schadevergoeding wordt bij ongewenste verrijking niet gerechtvaardigd door alleen het nadeel als gevolg van menselijk *gedrag*, maar door een bepaalde *toestand*, waarin juist ook het voordeel ongelijk verdeeld is. Voor de ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht is het verschil tussen *gedrag* en *toestand*, of tussen gedragsnormen en verdelingsnormen, toenemend belangrijk. Schade wordt steeds vaker toegerekend in gevallen waarin het causaal verband tussen een schade en ongewenst *gedrag* minst genomen onzeker is, zoals in geval van prospectusaansprakelijkheid, *wrongful birth of wrongful life*.<sup>18</sup> Onzeker is of de beleggingsbeslissing bij juiste informatie anders was geweest (prospectus). Onaannemelijk is dat zonder de medische fout sprake was geweest van een kosteloos of gezond leven (*wrongful birth resp. wrongful life*). Toerekening houdt in dergelijke gevallen geen verband meer met het feit dat de laedens een andere *'decision to act'* kon nemen, die de geleden schade zou hebben voorkomen. Deze toerekening is hooguit gerelateerd aan de meer algemene keuze *'to embark on the activity in question'*: het uitvoeren van prospectussen of het uitoefenen van de verloskunde.<sup>19</sup> De criteria voor het recht op schadevergoeding verschillen al naar gelang de vergoeding dient om een bepaald nadeel te herstellen of tot een bepaalde herverdeling van nadeel én voordeel te komen.<sup>20</sup> Dit verschil is van invloed op zowel de vergoedingsgrondslag als de omvang van de schadevergoeding, de wijze van nakoming, het moment van ontstaan van de schadevergoedingsplicht, de inhoud van de schadehypothese, de inrichting van het partijdebat of de rol van de rechter. Bezien vanuit het belang dat wij hechten aan individuele autonomie, is historisch verklaarbaar dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht gepositioneerd wordt tussen de ijkpunten *'schuld en risico'*. In de moderne samenleving, met groeiende schaarste, kan zinvoller gesproken worden van *'gedragsrisico's en verdelingsrisico's'*.

Vraag van  
21<sup>e</sup> eeuw

6. Het schadevergoedingsrecht ontwikkelt zich steeds meer van een corrigerend naar een *verdelend* instrument. Van deze ontwikkeling geven we ons onvoldoende rekenschap. Historisch gezien is het schadevergoedingsrecht vooral op de corrigerende functie gericht. Hoewel Justinianus in de Digesten al aandacht vroeg voor het gelijkheidsbeginsel, verzucht Sie-

17. Loth, *RM Themis* 2020/2, p. 89, met verwijzing naar Aristoteles 1997, p. 174 (Boek V, paragraaf 2, nummer 12).

18. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. Du Perron (*World Online*); HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*); HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*); Den Hartogh, *AA* 2005/0457, p. 457 – 463.

19. Honoré 1999, p. 32.

20. Hartkamp, *WPNR* 2001/6440, p. 315.

burgh nog in 2013: *'Keer op keer wordt de indruk gewekt dat vermogensrecht en grondrechten elkaar tot ver in de twintigste eeuw zorgvuldig hebben vermeden. Dit beeld wordt ondersteund door te schermen met noties als partijautonomie en contractsvrijheid.'*<sup>21</sup> In onze 21<sup>e</sup> eeuw zal het verdelen noodzakelijk belangrijker worden.<sup>22</sup> Dit is het logisch gevolg van enerzijds de gestegen welvaart, anderzijds de toenemende schaarste. Alleen door een heldere verdeling van de nadelen tussen de rechtssubjecten kunnen voor diezelfde rechtssubjecten ook de voordelen in een voldoende mate beschikbaar komen. Daarbij valt niet alleen te denken aan de immense gevaren verbonden met het klimaat. Het gaat ook om de verdeling van alledaagse risico's zoals het in uitgangspunt door iedereen zelf te dragen, algemene levensrisico.

7. Het schadevergoedingsrecht weerspiegelt de levende relatie tussen mensen. Beide zijn permanent in beweging, toenemend via de *rechter*. Soms worden bestaande verhoudingen beschermd. De schadevergoeding is dan gebaseerd op *shared values, gedeelde waarden* of *Normgerechtigheid*.<sup>23</sup> Wordt meer of minder vergoed dan wat in een concreet geval aannemelijk is, dan vergt dit een weging van de meer individuele omstandigheden.<sup>24</sup> Pas dan ontstaat een normatief debat, waarbij de rechter door weging beslist wat redelijk is. Een dergelijk oordeel vormt *expert wisdom*. Het betreft een individueel oordeel in de vorm van *gevalsbillijkheid* of *Einzelfallgerechtigkeit*, dat door precedentwerking wel of niet *to be shared* is en het recht wel of niet ontwikkelt. De rechtsontwikkeling verloopt nu eenmaal niet wetmatig. Het recht ontwikkelt zich in de woorden van Loth 'contextueel', vanuit verschillende gezichtspunten of met onderscheidenlijke doelstellingen, als *'een wisselwerking tussen het normatieve (juridische), het ideële (filosofische) en het actuele (sociologische) moment'*.<sup>25</sup> De zich ontwikkelende verkeersopvattingen zijn met gevolg even beweeglijk als beurskoersen en even lokaal als taal. Uiteindelijk bewegen taal, beurskoersen en verkeersopvattingen binnen een bepaalde bandbreedte. Rechters staan niet buiten die bewegingen, maar zijn daar onderdeel van. Nieuwe normen zal een rechter afleiden uit de opvattingen die in de maatschappij leven: *'Many legal norms are imported into the law from other social normative systems, and when law adds to or departs from prevalent social views it tends to seep into, and supplement or modify, those*

Ook voor de  
rechter

21. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Zie Digesten 1,1,10: Gerechtigheid is de onwankelbare en bestendige wil om ieder zijn recht te doen toekomen; Sieburgh 2013, p. 429/430.

22. Tjepkema 2010, p. 1; Scholten 1899.

23. Cane 2002, p. 53.

24. Klaassen 2017/43; Hartlief, *NJB* 2014/2108, p. 2917.

25. Loth 2021, p. 58.

*other social normative systems. (...)*.<sup>26</sup> Cane noemt dit de '(...) *feedback loop between tort law and prevalent views in society about right and wrong.*'

Schadever-  
goedingsrecht  
helpt

8. Met enerzijds het verschil in corrigeren en verdelen en anderzijds het onderscheid tussen berekening en toerekening wordt duidelijk dat *'the basis of risk'* van het schadevergoedingsrecht uit drie verschillende type risico's bestaat die het debat structureren. Nieuwenhuis spreekt van 'drie bronnen van gevaar'.<sup>27</sup> Eerst en vooral gaat het schadevergoedingsrecht over gedragsnormen die gebaseerd zijn op *gedeelde waarden* en waarvan achteraf aannemelijk is dat het uit de normschending voortvloeiende risico zich heeft gerealiseerd.<sup>28</sup> Het gaat om 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen', waarin aanstonds duidelijk is wat er gebeurd is en wie daarvoor de verantwoordelijkheid draagt. Dit betreft situaties waarin zowel de schade als de vergoedingsgrondslag zich met het vaststellen van de feiten, of door 'berekening', relatief eenvoudig laten vaststellen (hoofdstuk 3). Van deze risico's moeten worden onderscheiden de gedragsnormen die van bepaalde personen een *extra inspanning* vergen, of juist omgekeerd: minder inspanning verlangen. De schade wordt dan wel of niet toegerekend vanwege de verhoogde resp. verlaagde zorg die van zo'n laedens wordt verwacht. In de *meer specifieke omstandigheden van het geval* wordt het bestaan van schade of de vergoeding daarvan redelijk of juist onredelijk geacht. De derde groep risico's die het schadevergoedingsrecht toenemend kenmerkt, betreft gevallen waarin sprake is van een verdelingsnorm. De schade wordt niet langer toegerekend vanwege een gedragsnormschending, maar vanuit een noodzaak tot solidariteit. Die solidariteitsnoodzaak vertaalt zich aan de hand van de gelijkheid in een evenredigheidsvergoeding. De onderling verschuldigde solidariteit rechtvaardigt in bepaalde omstandigheden een *extra bijdrage* of juist een geringere bijdrage dan op grond van gedragsnormen aangenomen wordt, omdat de verdeling van nadelen en voordelen anders als te ongelijk wordt gezien. Het bestaan van een schade of de vergoeding daarvan wordt in dergelijke gevallen, vanuit de *meer algemene omstandigheden van het geval*, als redelijk of juist onredelijk gezien. Het onderscheid tussen verdelingsnormen en gedragsnormen is voor de rechtsvorming toenemend belangrijk en krijgt op dit moment nog onvoldoende aandacht in het schade-

26. Cane 2017, p. 84; Winiger 2018, p. 76-81.

27. Nieuwenhuis 1999, p. 103. Nieuwenhuis onderscheidt achtereenvolgens: een gedraging (doen of nalaten) dat onder de maat blijft van de normale voorzichtigheid, zoals de leverancier van frisdranken die in een halfduistere gang van een café een kelderluik laat openstaan; een gevaar dat veroorzaakt wordt door een gebrek in een zaak, zoals wanneer het glazen oog van een speelgoedbeer gemakkelijk kan worden losgepeuterd; en intrinsieke gevaren, zonder dat sprake is van enigerlei gebrek, zoals auto's door hun massa en snelheid gevaarlijker zijn dan speelgoedberen.

28. Loth 2021, p. 180.

vergoedingsdebat (hoofdstuk 4). De trilogie van risico's in de vorm van de 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen' op basis van gedeelde waarden, een extra of minder inspanning vanwege de specifieke omstandigheden van het geval, of een extra of lagere bijdrage op grond van wat als meer algemeen of gemeenschappelijk geldt, is relevant voor zowel de schadetoerekening, als de voordeelstoerekening (hoofdstuk 5).

9. Voordat ik naar de vragen van schadetoerekening en voordeelstoerekening kijk, keer ik eerst nog terug naar het begrip abstracte schade (par. 1.2). Abstracte schade of abstracte schadeberekening wordt gebruikt als gevalsoplossing voor wat eigenlijk problemen van voordeelstoerekening (par. 1.3) of schadetoerekening (par. 1.4) zijn. Uit die constatering volgt de vraagstelling van dit proefschrift, namelijk: wat is voordeel, schade, voordeelstoerekening en schadetoerekening (par. 1.5)? Het antwoord op die onderzoeksvraag zoek ik niet in gevalsvergelijkingen of in een beschrijvende analyse van het positieve recht. Dit proefschrift is een betoog dat zich door consistentie en geldigheid wil bewijzen.<sup>29</sup> Het wil laten zien hoe de eerdergenoemde trilogie van type risico's als *'the basis of risk'* het schadevergoedingsrecht ordent en als *'disciplinaire matrix'* de rechtszekerheid dient en het rechtsvormende debat vooruithelpt. Zo ontsluit zich in het bijzonder de verdelende kant van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, naast de corrigerende functie, die in de regel de meeste aandacht krijgt. Wet en jurisprudentie behandel ik vooral als voorbeelden van een conceptuele oplossing of een conceptueel probleem. Daarbij verwijs ik soms naar buitenlandse auteurs. De probleemstelling is immers niet tot de Nederlandse rechtssfeer beperkt. Bij aanvang erken ik meteen: de vraagstelling en de ambitie van het onderzoek zijn breed. Over de relatie risico, schade en voordeel is nog veel meer te zeggen dan ik als aanvullende gedachte in dit proefschrift 'contextueel' kwijt kan. Dit boek vormt daarom geen einde, maar een begin. Het manuscript is afgesloten op 31 januari 2022

Wat dit boek wil laten zien

## 1.2 ABSTRACTE SCHADE IS EEN VERHULLEND BEGRIP

10. Afdeling 6.1.10 BW, dat over schadevergoeding gaat, geeft geen definitie van 'schade', laat staan van 'abstracte' schade. Art. 6:95 BW bepaalt slechts: *'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.'* De wetgever heeft de invulling en

De wet zwijgt

29. Loth 2021, p. 138-139.

ontwikkeling van het schade begrip overgelaten aan de rechtspraak.<sup>30</sup> Die bevoegdheid is nadrukkelijk neergelegd in de eerste zin van art. 6:97 BW: *‘De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is.’* Aan de hand van de begrotingsbevoegdheid mag de rechter het begrip ‘schade’ verder inhoud gegeven.<sup>31</sup> De rechter heeft deze begrotingsvrijheid gebruikt door in bepaalde gevallen bij het vaststellen van de schade specifieke omstandigheden aan de zijde van de benadeelde niet mee te nemen, en in zoverre daarvan te ‘abstraheren’.

De rechter  
spreekt

11. Deze begrotingsbevoegdheid was aanvankelijk niet in de wet opgenomen. De originele tekst van art. 6:97 BW, van Meijers, luidde: *‘Oordeelt de rechter dat de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dan moet zij worden geschat.’* In de huidige redactie luidt deze nu tweede zin van art. 6:97 BW: *‘Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.’* Volgens de toelichting van Meijers werd met deze zin beoogd vast te leggen dat de rechter de schade kan schatten. Bij het schatten van de schade is de rechter niet gebonden aan de wettelijke bewijsmiddelen. Deze regel was in lijn met de vaste rechtspraak over het schatten van de schade.<sup>32</sup> Uit de Memorie van Antwoord blijkt dat de toevoeging van de eerste zin aan art. 6:97 BW geïnspireerd is door het PTT-kabelarrest, waarin de Hoge Raad voor de kosten van herstel van een beschadigde PTT-kabel abstraheerde van het feit dat het herstel door de PTT binnen het eigen bedrijf had plaatsgevonden.<sup>33</sup> Met de eerste zin wilde de wetgever deze jurisprudentie codificeren. Meer duidelijkheid gaf de wetgever niet. In het bijzonder niet: hoe het ‘begroten’ (eerste zin van art. 6:97 BW) en het ‘schatten’ (tweede zin van art. 6:97 BW) van de schade zich tot elkaar verhouden: of meer precies: wat het verschil is tussen ‘abstracte’ schade (eerste zin) en het schatten van de schade (tweede zin).<sup>34</sup>

Bloembergen  
wereld

12. Belangrijkste gedachtevormer en pleitbezorger van de ontwikkeling van het begrip abstracte schade in Nederland is ongetwijfeld Bloembergen geweest. In zijn dissertatie (1965) stelt Bloembergen dat schade een

30. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 339.

31. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/35.

32. *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 339.

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

34. Volgens de memorie van antwoord is vooral de beslissing van de rechter aan de hand van de eerste zin (begroting) in cassatie toetsbaar. Tegelijkertijd vermeldt de memorie van antwoord dat de eerste zin 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 geeft, in welk kader de rechter niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht. Daarnaast omschrijft de memorie van antwoord de betekenis van de tweede zin (schatting) als dat deze de rechter in belangrijke mate ontheft van zijn motiveringsplicht.

juridisch, normatief en geen zuiver-feitelijk begrip is.<sup>35</sup> Daarin past het in bepaalde gevallen een meer objectief schadebegrip te hanteren: *'waarbij men zich geheel of ten dele losmaakt, abstraheert van de concrete omstandigheden waarin nu juist deze benadeelde verkeert en waarbij men zich meer richt naar het normale'* in plaats van een subjectief, concreet schadebegrip.<sup>36</sup> Volgens Bloembergen gaat het bij abstracte schade nadrukkelijk niet om bewijskwesities, waarbij tegenbewijs van de gestelde schade openstaat. Het gaat om het *materieel-rechtelijke begrip* schade.<sup>37</sup> Voor de vraag naar de gevallen waarin een meer objectief schadebegrip moet worden gehanteerd zijn volgens Bloembergen geen algemene regels te geven. Alle omstandigheden kunnen relevant zijn.<sup>38</sup> Eén criterium is wel te geven: de soort schade. Volgens Bloembergen is aannemelijk dat bij de ene soort schade wel en bij de andere soort schade geen objectivering moet plaats vinden.<sup>39</sup> Vanuit die gedachte onderscheidt Bloembergen vervolgens verschillende schadesoorten, zoals zaakschade en verlies (wel abstraheren), of winstderving en kosten (geen abstrahering).

13. Waarom abstraheren we eigenlijk van bepaalde omstandigheden om – zoals Bloembergen schrijft – het 'normale' te bepalen, in plaats van het 'werkelijke nadeel', dat de benadeelde lijdt? Het *schadevergoedingsrecht* is een jong rechtsgebied en eigenlijk pas in de tweede helft van de vorige eeuw tot ontwikkeling gekomen.<sup>40</sup> Over schade en voordeel bestond toen nog veel onduidelijkheid. Bloembergens pleidooi voor abstracte schade(berekening) stamt van vóór de invoering van het huidig BW. Artikelen 6:100 en 101 BW in het ontwerp Meijers stammen nog van vóór het moment waarop de toerekeningsleer op Bloembergens aanraden in 1976 in art. 6:98 BW werd neergelegd, namelijk: 1961.<sup>41</sup> Voordeelstoerekening en eigen schuld werden in die tijd als weinig ontgonnen terreinen gezien.<sup>42</sup> Niettemin evolueerde

Groeien en  
stoeien

35. Bloembergen 1965/9.

36. Volgens Bloembergen betekent een concreet schadebegrip: *'schade is dan het werkelijke nadeel, dat de benadeelde lijdt, waarbij volledig rekening is te houden met zijn concrete situatie, met de subjectieve omstandigheden waarin hij verkeert.'* Bloembergen 1965/25.

37. Bloembergen 1965/26, die dit baseert op het PTT kabelarrest. Zie HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*PTT Kabel*).

38. Bloembergen 1965/28.

39. Bloembergen 1965/27.

40. Lindenbergh 2020/17.

41. Art. 6:100 BW in het ontwerp Meijers luidde: *'Heeft eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade dit voordeel in rekening worden gebracht.'* Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 348; Art. 6:101 BW in het ontwerp Meijers luidde: *'Wanneer de schade mede is te wijten aan een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt, voor zover dit redelijk is, de vergoedingsplicht gematigd of vervalt deze geheel.'* Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 350.

42. Over voordeelstoerekening vermeldde Meijers in zijn toelichting: *'Over de vraag hoe in concrete gevallen de voordeelstoerekening moet plaats vinden, is de wetenschap nog niet tot klaarheid is gekomen. Daarom laat de redactie van deze bepaling aan de recht-*

art. 6:101 BW, evenals art. 6:98 BW, daarna nog wel in die zin dat bij Memorie van Antwoord de redelijkheid werd vervangen door een causaliteitsafweging en een billijkheidsafweging.<sup>43</sup> Voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) bleef ongewijzigd.<sup>44</sup> Met toepassing van abstracte schade(berekening) heeft de rechtspraak via haar begrotingsbevoegdheid de begrippen schade en voordeel van geval tot geval verder ingevuld (art. 6:97 BW eerste volzin).<sup>45</sup> De rechtspraak laat echter zien dat bij die invulling knelpunten bestaan.

Voorbeeld 1

14. Zo wordt het criterium ‘*normaal en gebruikelijk*’ voor huishoudelijke hulp bij letselschade door verschillende schrijvers onjuist bevonden.<sup>46</sup> Du Perron bepleit dat een familielid op grond van het recht op *family life* het recht moet hebben zijn kind of partner te verzorgen, zelfs als dit ‘kostbaarder’ is dan indien de verzorging door professionele hulp was uitgevoerd.<sup>47</sup> Du Perron en Vranken bepleiten de maatstaf ‘*normaal en gebruikelijk*’ te vervangen door de redelijkheid.<sup>48</sup> De Hoge Raad is hen niet gevolgd, vooralsnog zonder duidelijke motivering.

Voorbeeld 2

15. Een ander voorbeeld biedt de *tijdelijke gebruiksontneming*. Huurt de benadeelde van een aanrijding een vervangende auto, dan zal de benadeelde daar wel zijn redenen voor hebben. Maar huurt de benadeelde geen vervangende auto, dan zal die vervanging, om met Barendrecht te spreken, ook

---

spraak de nodige vrijheid.’ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 348; Voor het Duitse recht: Magnus 2015, p. 7-8, dat om die reden in het BGB tot op heden geen algemene regeling voor voordeelstoerekening kent; Over eigen schuld overwoog Langemeijer, dat: ‘dit terrein wetenschappelijk nog zo weinig is ontgonnen en bovendien zo uiteenlopende situaties omvat, dat men niet licht de gerustheid zal mogen hebben, dat een theorie, die in haar algemeenheid overtuigend schijnt, voor een concreet geval een juiste opvatting zal aan de hand doen.’ Zie Keirse 2003, p. 81.

43. Mede naar aanleiding van het voorlopig verslag van de Kamercommissie waarin werd aangedrongen op een schuldafweging. Zo werd ook bij eigen schuld aan de redelijkheidsnorm een nadere invulling gegeven. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 352.

44. *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 349.

45. Drie *leading* uitspraken laten zien dat abstracte schade bij verschillende soorten schade wordt toegepast, namelijk: bij zuivere vermogensschade: HR 18 november 1937, NJ 1938/269, m.nt. Meijers (Engelse Kolenstaking), waarin voor het bepalen van de schade werd geabstraheerd van de doorverkoop resp. annulering door een door de wanprestatie teleurgestelde koper; bij zaakschade HR 16 juni 1961, NJ 1961/444, m.nt. Rutten (PTT-kabel), waarin bij een zaaksbeschadiging voor het vaststellen van de schade werd geabstraheerd van het feit dat herstel door de benadeelde binnen het eigen bedrijf had plaatsgevonden; en bij personenschade HR 28 mei 1999, NJ 1999/564, m.nt. Bloembergen (Johanna Kruidhof), waarin voor de schadevaststelling werd geabstraheerd van het nietmaken van de kosten van professionele hulp in geval van ernstig letsel.

46. Du Perron 2003, p. 136, die spreekt van de noodzaak tot heroverweging.

47. Du Perron 2003, p. 136.

48. Du Perron 2003, p. 136; J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, NJ 2003/504 (*Krüter/Wilton-Fijenoord*); Zie ook concl. A-G J. Spier, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna/Kruidhof*), onder 3.27; Klaassen 2017/10; Visscher 2005, p. 201.

wel niet zo nodig zijn geweest.<sup>49</sup> Wat Lindenbergh doet verzuchten dat de benadeelde veelal tekort komt.<sup>50</sup> De onzekerheid over de vergoeding zal in de regel tot terughoudendheid leiden bij het maken van dergelijke kosten, terwijl achter deze casus in feite twee vragen schuilgaan: vormt het huren van een vervangende auto ‘schade’, en zo ja: leidt het afzien van de huur dan tot verrekenbaar ‘voordeel’? Beide vragen zijn tot op heden onbeantwoord gebleven.<sup>51</sup>

16. In mijn preadvies over abstracte schade heb ik laten zien hoe aan de hand van niet zozeer de schadesoort zoals Bloembergen doet, maar de *soort abstractie* door de rechter bepaald wordt of van schade of voordeel sprake is. Vermoedelijk, omdat de regels van schadetoerekening (art. 6:98 BW) en voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) ook voor rechters onvoldoende houvast bieden.<sup>52</sup> Zo wordt gewerkt met oplossingen in *individuele gevallen*, bij gebreke van meer algemeen toepasbare regels. De gelijkheid verlangt evenwel dat zo’n individuele oplossing in vergelijkbare gevallen toepasbaar is. Bovendien bestaan tussen abstracte schadeberekening en voordeels-toerekening, naast overeenkomsten, ook verschillen. Bij de toepassing van art. 6:100 BW ligt de bewijslast van het voordeel bij de laedens. Bij toepassing van een abstracte schadeberekening riskeert de benadeelde niet alleen de bewijslast van de initiële schade te dragen, maar ook – door vermenging van schade en voordeel – de bewijslast, althans de argumentatielast, van de afwezigheid van verrekenbaar voordeel. Een voorbeeld biedt de zaak Dordrecht/Stokvast, waarin de Hoge Raad bij het vaststellen van de schade wel abstraheerde van het feit dat Stokvast haar woningen niet had verkocht, maar niet van het waardeherstel dat ontstond door de van overheidswege uitgevoerde bodemsanering.<sup>53</sup> Daarnaast heeft abstracte schadeberekening

Eerlijk  
verdeeld?

49. Barendrecht, *WPNR* 1985, p. 789 – 796.

50. Lindenbergh 2013, p. 30.

51. In navolging van Bloembergen bepleit Lindenbergh een ruimere toepassing van abstracte schadeberekening, waarbij hij naar de uitgangspunten verwijst die de Hoge Raad in het arrest Johanna Kruidhof formuleerde, namelijk: dat de ‘aansprakelijke van aanvang af verplicht (is) de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien’. Evenals Bloembergen, is Lindenbergh bereid op de koop toe te nemen dat de benadeelde toch geen profijt van de zaak zou hebben gehad.

52. Franken 2013, p. 41 – 60.

53. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast*). Het betreft verontreinigde grond in de Merwedepolder. Bodemsanering had al wel door de Overheid plaatsgevonden. In afwijking van de rechtbank meent het hof (en ook A-G Spier) dat met deze sanering in het kader van abstracte schadeberekening geen rekening behoeft te worden gehouden. De Hoge Raad oordeelt echter anders. Hoewel de Hoge Raad het abstraheren van het feit dat Stokvast haar woningen niet heeft verkocht, onderschrijft, dient het waardeherstel door de van overheidswege uitgevoerde bodemsanering redelijkerwijs toch in aanmerking te worden genomen. Dit om te voorkomen, volgens de Hoge Raad, dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed. Volgens annotator Bloembergen is onduidelijk waarom

een ‘alles-of-niets’ karakter,<sup>54</sup> terwijl art. 6:100 BW een verdeling van voordeel mogelijk maakt: ‘voor zover dit redelijk is’.<sup>55</sup>

### 13 WANNEER VOORDEELSTOEREKENING?

We weten  
het niet

17. Ook over de toepassing van voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) bestaat *onduidelijkheid*.<sup>56</sup> Voorbeelden van die onduidelijkheid vormen het herstel door de PTT zelf in het PTT-kabelarrest, de annulering van de doorverkoop door de *Governmental Department* in het Engelse Kolenstakingsarrest en de verpleging van Johanna Kruidhof door haar ouders.<sup>57</sup> Dergelijk voordeelsvragen verdienen een zelfstandige beantwoording.<sup>58</sup> Maar hoe, is onduidelijk. Hartkamp en Sieburgh constateerden in 2013: ‘Hier doet zich de behoefte gevoelen aan een scherp omlijnd criterium, aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt welke voordelen wél en welke niet voor verrekening in aanmerking komen. Een scherp omlijnd criterium ontbreekt echter.’<sup>59</sup>

---

de sanering geen met de individuele (bijzondere) situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid is, waarvan mag worden geabstraheerd. Bloembergen meent dat het in dit geval eigenlijk niet om abstracte schadeberekening gaat, maar om een situatie waarin een derde (de Staat) de schade (in natura) vergoedt. Met een uitzondering op of verfijning van de regel van abstracte schadeberekening heeft dit volgens hem niets van doen; Anders dan in de zaak *Van Koppen/Maassluis*. Zie HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0707, NJ 1994/286, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Koppen/Maassluis*).

54. Concl. A-G J. Spier, bij HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna/Kruidhof*), onder 3.27.
55. J. Hijma, annotatie bij HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 (*Vos/TSN*).
56. Voor het Belgische recht: Jocqué 2016/23, 25 en 58.
57. Een ander voorbeeld vormt de vraag die Meijers nog in zijn noot onder het Engelse Kolenstakingsarrest opwerpt, namelijk: wat geldt indien Cleeves de wanprestatie door Van Rompu jegens de *Government Department* als overmacht had kunnen opvoeren. In hoeverre komt dit voordeel op de gederfde winst in mindering? Zie E.M. Meijers, annotatie bij HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, NJ 1938/269 (*Engelse Kolenstakingsarrest*).
58. Een voorbeeld geeft het arrest *Van Koppen/Maassluis*. Het daarin beoordeelde geval betrof verontreinigde grond in de Steendijkpolder, waarop – na uitgifte door Maassluis – door Pakwoningen huizen waren gebouwd. Door het bekend worden daalt de waarde van Van Koppens huis. Van Koppen verkoopt zijn huis niet. Al snel besluit de overheid tot bodemsanering. Ten behoeve van de gevraagde schadestaatprocedure acht het hof niettemin schade in de vorm van waardedaling aannemelijk. Deze schade mag volgens het hof ‘abstract’ worden berekend. Dit oordeel getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting. Zowel A-G Mok als annotator Brunner wijzen er echter op dat de invloed van de bodemsanering op de schade pas in de schadestaat procedure beoordeeld behoeft te worden. Zie HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0707, NJ 1994/286, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Koppen/Maassluis*).
59. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/100a, waarin als voorbeeld wordt gegeven een schenking aan de benadeelde door een medelijdende tante.

18. Debet aan het ontbreken van een duidelijke grondnorm is vermoedelijk de *beperkte uitleg* die de Hoge Raad lange tijd aan art. 6:100 BW gaf. In zijn jurisprudentie legde de Hoge Raad de nadruk op het vereiste van een direct *condicio sine qua non* verband tussen enerzijds het voordeel en anderzijds de schadeveroorzakende gebeurtenis; en wel via een strikte uitleg van *'eenzelfde gebeurtenis'*.<sup>60</sup> Dit beperkte de toerekeningsmogelijkheden van voordeel aanzienlijk, namelijk: tot gevallen waarin het voordeel van de laedens zelf afkomstig is, als direct (mede)gevolg van diens schadeveroorzakend handelen. Voordeel afkomstig van de benadeelde of van de derden was in deze strikte uitleg van toerekening zo goed als uitgesloten, en daarmee ook de ontwikkelingsmogelijkheid van de voordeelstoerekening in meer brede zin. Pas recent is de Hoge Raad van deze uitleg terugkomen.<sup>61</sup> Voordeels-toerekening moet nu, evenals schade, in twee stappen worden beoordeeld: eerst via het *condicio sine qua non* verband, vervolgens aan de hand van de redelijkheid.<sup>62</sup> Bij twijfel niet doen

19. De beperkte uitleg van art. 6:100 BW heeft ertoe geleid dat de rechtspraak *nauwelijks invulling* heeft kunnen geven aan de zinsnede *'voor zover dit redelijk is'*.<sup>63</sup> De belangrijkste overwegingen zijn gegeven in het arrest Verhaeg/Jenniskens.<sup>64</sup> Het betrof voordeel in de zin van een uitkering onder een sommenverzekering. Het vereiste strikte *condicio sine qua non* verband stond niet ter discussie. Verhaeg was als trekker chauffeur en allround medewerker sinds 1983 werkzaam bij tuinbouwloon- en grondontsmettingsbedrijf Jenniskens. Op 22 november 2000 overkomt Verhaeg een arbeidsongeval. Zijn arm raakt bekneld tussen het doek van de versnipperaar en de rol waarmee het op dit doek aanwezige paprikaloof de versnipperaar wordt ingeleid. Amputatie van Verhaegs arm net boven de elleboog blijkt onvermijdelijk. Als gevolg hiervan raakt Verhaeg blijvend invalide. Jenniskens' aansprakelijkheid is verzekerd bij Aegon en Fortis. Beide verzekeraars erkennen aansprakelijkheid, maar beroepen zich op voordeelsverrekening in verband met een uitkering van bijna 75% van driemaal Verhaegs jaarsalaris onder een ongevallenverzekering die Jenniskens onverplicht had gesloten bij AMEV ten behoeve van haar werknemers. Jenniskens betaalde ook de premie van die ongevallenverzekering. Dekking Voorzichtige vooruitgang

60. Asser/Sieburgh 6-II 2017/100; Het Belgisch recht kent een tegenovergesteld uitgangspunt: beslissend is in beginsel het *condicio sine qua non* verband. Zie Jocqué 2016/23.

61. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (ABB/Tennet).

62. Van Dijk 2015, p. 65 e.v.

63. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100 BW, aant. 2.2 en 2.3, met verdere verwijzingen.

64. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*).

bestond voor zowel ongevallen op het werk als in de privé sfeer. Rechtbank en hof honoreren dit beroep op voordeelsverrekening. Daarbij telt voor het hof zwaar dat Jenniskens de ongevallenverzekering onverplicht op eigen initiatief heeft afgesloten en de premie daarvan ook voor eigen rekening heeft genomen. Verhaeg gaat evenwel in cassatie.

Gezichtspunten 20. De gezichtspunten die de Hoge Raad vervolgens geeft met betrekking tot de schade, de aansprakelijkheid, de verzekering en de premie, zien niet alleen op uitkeringen onder een sommenverzekering, maar op verzekeringsuitkeringen meer in het algemeen.<sup>65</sup> Daarnaast formuleert de Hoge Raad bij letselschade gezichtspunten die een nadere invulling moeten geven aan de woorden *'voor zover dit redelijk is'*.<sup>66</sup> Vervolgens casseert de Hoge Raad. Weliswaar had Jenniskens de ongevallenverzekering op eigen initiatief en onverplicht afgesloten en daarvoor ook de premies voldaan. 's Hofs honorering van het beroep op voordeelsverrekening, was in het licht van al deze gezichtspunten onvoldoende gemotiveerd. Vermoedelijk heeft de Hoge Raad daarbij vooral het oog op de aard van de aansprakelijkheid van Jennikens (gezichtspunt e) en het feit dat Jennikens voor haar aansprakelijkheid verzekerd was bij Aegon en Fortis (gezichtspunt f). In de *literatuur* wordt de uitspraak zo uitgelegd dat bij uitkering onder een sommenverzekering ingeval van een aansprakelijkheidsverzekering bij de laedens voor voordeelstoerekening geen plaats is (gezichtspunt e).<sup>67</sup> In het beperkte aantal gevallen dat de laedens voor zijn aansprakelijkheid niet verzekerd is, zal een afweging van de overige gezichtspunten moeten plaatsvinden. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan: wie heeft de premie betaald (gezichtspunten c en d) en de aard van de aansprakelijkheid (gezichtspunt f). Het onderlinge gewicht van de gezichtspunten blijft duister, en daarmee ook het *'scherp omljnd criterium'* dat voor voordeelstoerekening geldt.

---

65. Met betrekking tot letselschade besliste de Hoge Raad eerder dat een uitkering onder een sommenverzekering de aansprakelijke persoon niet aangaat, nu het om een zuiver individuele en persoonlijke beslissing van de benadeelde gaat: óf hij zich verzekert, en zo ja: voor welk bedrag en tegen welke premie. HR 28 november 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4973, NJ 1970/172, m.nt. G.J. Scholten (*IBC/Derkx*). Open stond de vraag wat geldt indien niet de benadeelde, maar een derde – al dan niet verplicht – de sommenverzekering sloot.

66. Opgemerkt wordt allereerst dat ingeval van schadevergoeding bij overlijden (art. 6:108 BW) een genoten voordeel als regel steeds in aanmerking zal moeten worden genomen, gelet op de in dat artikel besloten liggende behoeftigheidsmaatstaf. Ingeval van letselschade is de vergoedingsplicht niet beperkt tot de behoeftigheid van de benadeelde.

67. T. Hartlief, annotatie bij HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (*Verhaeg/Jenniskens*); Bolt, *AV&S* 2011/8; Lindenberg, *AV&S* 2010/27.

## 1.4 WANNEER SCHADETOEREKENING?

21. Voordeelstoerekening en schadetoerekening kunnen niet los van elkaar worden gezien, zo ook de Hoge Raad.<sup>68</sup> Een onduidelijke norm voor voordeelstoerekening impliceert dus ook een onduidelijke norm voor *schadetoerekening*. Die *onduidelijkheid* blijkt al bij eerste lezing van art. 6:98 BW. Naast de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade is voor de toerekening van de schade een veelvoud van factoren relevant: de mate van waarschijnlijkheid of voorzienbaarheid, de mate waarin het schadelijke gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis verwijderd is, het doel van de beschermingsnorm, de mate van schuld, de aard van de activiteit, en de aanwezigheid van verzekeringen.<sup>69</sup> Het onderling gewicht van deze factoren is niet heel helder.<sup>70</sup> Ook diffuus
22. De onduidelijkheid rond schadetoerekening wordt versterkt doordat deze niet beperkt is tot wat als schade kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). Het gaat ook over de vraag in hoeverre sowieso van toerekenbare schade sprake is (art. 6:97 BW). Dit blijkt niet alleen uit de discussie over het wel of niet aanwezig zijn van schade bij huishoudelijke hulp of tijdelijke gebruiksontneming.<sup>71</sup> De verwevenheid van toerekening en bestaan wordt vooral geïllustreerd door het debat inzake kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Gaat het bij *kansschade* en *proportionele aansprakelijkheid* om een bepaald soort schade in de vorm van een kansschade, of om een proportionele wijze van toerekening? Bestaat tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid sowieso enig verschil? Volgens de Hoge Raad gaat het bij kansschade en proportionele aansprakelijkheid om verschillende leerstukken, met verschillende rechtvaardigingen en dus ook met een verschillend toepassingsbereik. Op zoek dus naar de verschillen. Toerekening of bestaan?
23. Bij baby S. wordt enkele maanden na de geboorte een hersenbeschadiging geconstateerd.<sup>72</sup> Volgens de deskundigen kan dit veroorzaakt zijn door een prenatale oorzaak, namelijk: de aanrijding van de moeder door de laedens die geen voorrang verleende, een postnatale oorzaak: bij S ontstond Wel terughoudend

68. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (*ABB/Tennet*).

69. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/63 e.v.

70. Klaassen 2017/33; Tjong Tjin Tai 2017, p. 13.

71. Klaassen 2017/10 sub d, die voor een vergelijkbare casus van (extra) kosten van verzorging en opvoeding van een kind de toerekeningsmaatstaf van art. 6:98 BW verkiest. Zie HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wroful Birth*).

72. HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236, m.nt. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden/moeder en zoon*).

kort na de geboorte een zgn. *respiratory distress syndrome*, of een combinatie van beide. Rechtbank en hof kiezen voor een proportionele benadering, en de Hoge Raad gaat hierin mee. Volgens de Hoge Raad wordt met *proportionele aansprakelijkheid* bedoeld (r.o. 4.2):

‘(...) dat de rechter de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de (in een percentage uitgedrukte) kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. (...)’

Deze regel van proportionele aansprakelijkheid zoals geformuleerd in het arrest Nefalit/Karamus, is volgens de Hoge Raad:<sup>73</sup>

‘(...) bedoeld voor gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatige handelen of toerekenbare tekortkoming) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is. (...)’

De rechtvaardiging van deze proportionele benadering is gelegen in:

‘(...) de strekking van de overtreden norm (in dat geval: om gezondheidsschade te voorkomen) en de aard van de normschending (...)’

Waarbij volgens de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid moet worden toegepast:<sup>74</sup>

‘(...) vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkwerijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt (...)’

Niet  
terughoudend?

24. Hoe ‘anders’ ingeval van *kansschade*. H. krijgt van B. onjuist fiscaal advies.<sup>75</sup> Maar onduidelijk is of als H. wel goed door B was geadviseerd, H. tijdig aan de voor een beter fiscaal resultaat geldende vereisten had kunnen voldoen. De rechtbank wijst de vordering af. Het hof veroordeelt B., alle goede en kwade kansen afwegend, tot betaling van 60% van de schade. De

73. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

74. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

75. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*).

Hoge Raad gaat hierin mee. Volgens de Hoge Raad wordt met kansschade bedoeld (r.o. 3.5.3):

‘(...) situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.’

De rechtvaardiging van deze regel volgt uit het feit dat:

‘(...) In de gevallen waarop de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat *condicio-sine-qua-non-verband* echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de cliënt in het (hypothetische) geding zou hebben gehad. (...)’

Waardoor volgens de Hoge Raad voor toepassing van de leer van kansschade:

‘(...) eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. (...)’

25. Het *onderscheid* dat de Hoge Raad maakt tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid, wordt door sommige auteurs onderschreven, door anderen niet. Volgens Tjong Tjin Tai ziet proportionele aansprakelijkheid op de vestigingsvraag: in hoeverre de werkelijk nadelige situatie in *condicio sine qua non verband* staat met de fout. Dit zou de terughoudendheid van de Hoge Raad verklaren. Kansschade daarentegen heeft volgens Tjong Tjin Tai betrekking op de begrotingsvraag. De vestiging en het *condicio sine qua non verband* zijn dan gegeven, maar vraag is nog in hoeverre in de hypothetische situatie zonder fout eenzelfde eindsituatie zou zijn ontstaan.<sup>76</sup> Lindenbergh, Akkermans en Van Dijk menen dat dit onderscheid niet overtuigend is. Evenals in het geval van het hersenletsel bij achterwege blijven van de normschending de niet onaanzienlijke kans bestond dat dit hersenletsel zich niet zou hebben gerealiseerd (Hoge Raad: kansschade),

Niet  
overtuigend

76. De argumenten tegen dit onderscheid gaan volgens Tjong Tjin Tai uit van ‘een ontoereikende analyse’. Zie Tjong Tjin Tai, *NJB* 2016/1605.

kan ook in het geval van het belastingadvies gezegd worden dat bij goed advies de niet onaanzienlijke kans bestond dat het fiscaal voordeel was gerealiseerd (Hoge Raad: proportionele aansprakelijkheid).<sup>77</sup> Bij gebreke van een duidelijk grondnorm voor schadetoerekening zijn ook de vragen rond kansschade en proportionele aansprakelijkheid nog niet tot rust gekomen.

## 1.5 VRAAGSTELLING

- Een conceptueel probleem 26. Willen we de vragen die spelen bij de toepassing van abstracte schadeberekening oplossen aan de hand van meer algemeen geldende regels, dan is van belang zicht te krijgen op de uitgangspunten die aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggen. Wanneer is sprake van schade? Wanneer is sprake van voordeel? Wanneer ontstaat schade? Wanneer kan schade worden toegerekend; wanneer voordeel? Wat zijn de hoofdregels, wat zijn de deelregels?<sup>78</sup> De antwoorden op deze vragen geven handvatten voor het te voeren debat. Daartoe is niet noodzakelijk meer gevalsvergelijking vereist. Terecht ziet Tjong Tjin Tai de uitdaging van het schadevergoedingsrecht meer als een *conceptueel probleem* dan als een behoefte aan meer jurisprudentie.<sup>79</sup>
- Wat is schade? 27. De wet geeft geen definitie van het begrip 'schade'. De wetgever en de Hoge Raad vermijden 'schade' te definiëren.<sup>80</sup> Artikel 6:95 BW vermeldt slechts dat onder schade in ieder geval *vermogensschade* valt. Bij vermogensschade gaat het om schade in het vermogen. Een aanrijding kan leiden tot vermogensschade in de zin van waardevermindering of bepaalde uitgaven voor medische verzorging. Schade is niet tot vermogensschade beperkt. Artikel 6:95 BW bepaalt dat naast vermogensschade ook *ander nadeel* schade vormt, althans voor zover dit 'ander nadeel' op grond van de wet voor vergoeding in aanmerking komt. In veel gevallen is duidelijk wat onder 'ander nadeel' wordt verstaan, bijvoorbeeld wanneer sprake is van smartengeld. Vast omljnd is het begrip 'ander nadeel' niet. Gaat het bij de toekenning van niet-gemaakte kosten die normaal en gebruikelijk zijn voor een verple-

77. S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*); Chr.H. van Dijk & A.J. Akkermans, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, JA 2013/41 (*Deloitte/Hassink*).

78. Zie over de behoefte aan een hiërarchie in gezichtspunten o.a. Nieuwenhuis 1992, p. 288; Barendrecht 1998, p. 102; Klaassen 2017/33.

79. Tjong Tjin Tai 2017, p. V.

80. Lindenbergh 2020/31; Voor het Belgische recht: Jocqué 2016/W.

ging en verzorging, om vermogensschade of ander nadeel?<sup>81</sup> Wat te denken van de beschadiging van een meerstoel die geen marktwaarde heeft, maar wel een gebruikswaarde,<sup>82</sup> of van het verlies van vrije tijd,<sup>83</sup> een reis of een vakantie.<sup>84</sup> Lindenbergh spreekt bij deze laatste gevallen van 'grensgevallen' waarbij twijfel kan bestaan of van vermogensschade sprake is.<sup>85</sup> Volgens Barendrecht heeft schadevergoeding de functie van herstel.<sup>86</sup> Ook Hebly en Lindenbergh benadrukken het functionele karakter van schade.<sup>87</sup> Daarmee geven ze wel aan waartoe schade dient, maar nog geen invulling aan wat schade is. Immers: herstel *waarin* dan, of functioneel *waartoe*?

28. Niet alleen het begrip schade is onduidelijk. Ook het begrip schadevergoeding is meezijdig. Waar in het normale spraakgebruik de vraag naar de aansprakelijkheid voor schade moeiteloos als één vraag wordt gezien, worden in de juridische context de vergoedingsgrond en de schadevraag nadrukkelijk gescheiden.<sup>88</sup> Juristen verbinden de vergoedingsgrond aan de *vestiging* van de schadevergoedingsverplichting, de schadevraag aan de *omvang* van de schadevergoedingsverplichting. De vestiging heet verbonden te zijn met het *condicio sine qua non* verband en de vraag óf schade is ontstaan. De omvang van de schadevergoedingsplicht wordt ingevuld aan de hand van de redelijkheid, waarmee wordt vastgesteld welke schade voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>89</sup> Toerekening van de schadelijke gevolgen is niet altijd redelijk. De oneindigheid van het *condicio sine qua non* verband behoeft begrenzing. Tegelijkertijd is toerekening van de schade die niet in *condicio sine qua non* verband met de vergoedingsgrond staat, soms wel redelijk.<sup>90</sup> De discussie over kansschade en proportionele aansprakelijkheid illustreert de onduidelijkheid van het verschil tussen de vestiging en de omvang van de schadevergoedingsplicht. Gaat het bij kansschade en proportionele aansprakelijkheid om het verlies van een kans als schade-post, of om de toerekening van een deel van de schade? Het verschil tussen

Wanneer schadevergoeding?

81. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).

82. HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, NJ 1986/212, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstoel II*).

83. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 379.

84. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 333 en 379; De wet bepaalt daarnaast expliciet dat zuiver reisgenot voor vergoeding in aanmerking komt: artt. 7:510 en 511 BW.

85. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 4.3; Anders: Lindenbergh 2020/43.

86. Barendrecht, *WPNR* 1985, p. 789 – 796.

87. Hebly 2019, p. 44; Lindenbergh 2020/30.

88. Atiyah 1997, p. 8.

89. Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1703; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/58; Klaassen 2017/19; Hebly 2019, p. 35; Van Dam 2020/1001-2.

90. Verheij 2019/12.1.

vestiging en omvang is geen wettelijk gedefinieerd onderscheid. Het onderscheid wordt ook niet door de Hoge Raad gebruikt. Het is vooral een doctrinair concept, dat als onderscheid in de praktijk niet altijd goed te begrijpen valt.<sup>91</sup> Bovendien is onduidelijk wat bij toerekening *redelijk* is. Artikel 6:98 BW geeft een niet-limitatieve opsomming. Naast de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid is een veelvoud van factoren relevant.<sup>92</sup> Het onderling gewicht van deze factoren is, als gezegd, niet erg helder.<sup>93</sup>

De route

29. Willen we beter zicht krijgen op de meer algemeen geldende regels van het schadevergoedingsrecht, dan moeten we terug naar het begin van het schadevergoedingsrecht: wat is de doelstelling van het schadevergoedingsrecht en hoe functioneert het? Deze vragen komen als eerste aan bod in hoofdstuk 2. Een belangrijk onderscheid in de verdere bespreking van het schadevergoedingsrecht is gelegen in het feit dat het bestaan en de omvang van de schadevergoedingsplicht in veel gevallen relatief eenvoudig voortvloeit uit de feiten. In dergelijke gevallen bestaat het bepalen van de schadevergoedingsplicht uit het vaststellen of berekenen van de schade, op basis van ervaringsgemiddelden. Dit wordt toegelicht in hoofdstuk 3. In sommige gevallen wordt echter meer of minder van mensen verwacht dan wat in een concreet geval aannemelijk is. De schadevergoedingsplicht is dan afhankelijk van het in zo'n geval wel of niet toerekenen van bepaalde feiten. Om welke feiten het gaat, staat centraal in hoofdstuk 4. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht gegeven aan het verschil in toerekening door middel van een gedragsnorm of door middel van een verdelingsnorm. Dit onderscheid wordt in het schadevergoedingsrecht onvoldoende onderkend (par. 4.5). Hoofdstuk 5 geeft een nadere uitwerking en nuancering voor het geval na het ontstaan van een schade een bepaald voordeel optreedt en de vraag rijst of dit voordeel op de schade in mindering moet worden gebracht. Hoofdstuk 6 bevat een samenvattende conclusie. Gegroepeerd rond drie typen risico wordt in dit hoofdstuk een beknopte balans opgemaakt van de bevindingen.

Via drie typen  
risico

30. Zo wordt inzichtelijk gemaakt hoe de trilogie van drie typen risico, als *'the basis of risk'*, het schadevergoedingsrecht ordent. Dit dient de rechtszekerheid en biedt structuur aan het te voeren debat. Het onderscheid in typen risico geeft een meer heldere en consistente onderbouwing van veel regels van geldend recht. Tegelijkertijd laat het zien dat sommige regels niet juist zijn, of dat bepaalde terminologie minder wenselijk is. Goed onder-

91. Verheij 2019/4.3; Asser/Sieburgh 6-II 2017/58.

92. Asser/Sieburgh 6-II 2017/63 e.v.

93. Klaassen 2017/33; Tjong Tjin Tai 2017, p. 13.

scheid in typen risico geeft bovendien steun aan het zoeken naar antwoorden op nieuwe vragen. De epiloog geeft daartoe handvatten én een vooruitblik (hoofdstuk 7). Alleen wanneer het schadevergoedingsrecht in duidelijke bewoordingen toedeelt, kan het afdoende responderen op de indringende vragen van de huidige tijd.

