



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).

3.1 WANNEER SCHADEVERGOEDING GEWOON IS

91. In verreweg de meeste gevallen vloeit het bestaan van een schadevergoedingsplicht voort uit de *feiten*. Als het door rood licht rijden leidt tot cascoschade, zal dit in de regel weinig vragen oproepen. De schadevergoedingsplicht is voor *een gemiddeld mens* aannemelijk. De laedens zal de vanzelfsprekendheid misschien betwisten: ‘de schade is niet als een gevolg van het door rood licht rijden ontstaan’ of ‘het stoplicht stond niet op rood’. De rechter zal het debat beslissen aan de hand van het *bewijsrisico* dat de benadeelde draagt. Het debat en de beslissing vinden plaats tegen de achtergrond van de breed gedeelde waarde dat de relevante feiten met betrekking tot de normschending en de schadevergoeding met een voldoende mate van zekerheid kunnen worden vastgesteld. Rechtsvinding vindt plaats volgens de regels van formeel procesrecht.¹ Het schadevergoedingsrecht faciliteert meer, dan dat het normeert.² De schadevergoedingsvraag wordt in deze gevallen vaak ten onrechte beantwoord met dat iets ‘redelijk’ is. Voor de motivering volstaat dat iets ‘aannemelijk’ is. In dit hoofdstuk staat niet zozeer de uitkomst ter discussie, als wel de onderbouwing. De door Bloembergen gepropageerde ‘redelijkheid’ vormt een onnodige juridisering, die bij juristen en niet-juristen niet zelden tot verwarring leidt.

Meestal
gewoon

92. Schadeberekening heeft alles te maken met *common sense*, als het gaat om zowel de normschending als de schadevergoeding. De functie van ‘gezond verstand’ is volgens Arendt ‘*ons in te passen in de wereld van de verschijnselen en ons het gevoel te geven dat we thuis zijn in de wereld die onze vijf zintuigen ons geven.*’³ Als ten tijde van de schadevaststelling de schade niet door de laedens veroorzaakt blijkt, is misschien nog wel sprake van een normschending, maar niet van een daaruit resulterende *schadevergoeding*.

Toepasbaar

1. Loth 2021, p. 142.

2. Loth 2021, p. 185.

3. Arendt 1975, p. 97.

Als ten tijde van de schadevaststelling blijkt dat het risico op schade voor de laedens niet voorzienbaar was, of dat dit risico al eerder specifiek voorzienbaar was voor de benadeelde of een derde, is bij de benadeelde misschien wel sprake van een vergoedbare schade, maar niet van een relevante *normschending*. Een schadevergoedingsplicht vloeit alleen voort uit de feiten, als ten tijde van de vaststelling de schade van de benadeelde aannemelijk veroorzaakt is doordat de laedens ten onrechte een aannemelijk risico op deze schade heeft genegeerd.

Plan van
aanpak

93. Om toe te lichten hoe de schadevergoedingsplicht uit de feiten voortvloeit, sta ik eerst stil bij wat onder risico en schade wordt verstaan (par. 3.2). Het begrip 'risico' heeft naar gangbaar juridisch taalgebruik meer betekenis als onderdeel van het duo 'risico *en schuld*', dan in de relatie 'risico *en schade*'. Dit is het gevolg van het feit dat ons schadevergoedingsrecht vooral vanuit gedragsnormen wordt gedacht, minder, of eigenlijk helemaal niet, vanuit verdelingsnormen. Bij 'risico en schuld' gaat het over het voor rekening 'en risico' komen van een bepaalde schade voor een bepaalde persoon, bijvoorbeeld vanwege een gedragsnormschending (par. 3.4). Voordat het tot een toerekening komt, moet bij de benadeelde wel sprake zijn van vergoedbare schade (par. 3.3). Niet alles wat voor een benadeelde nadelig is, vormt vergoedbare schade. Realiseert een in de normschending besloten risico zich, dan is dat het moment van ontstaan van de schade. Het ontstaan van de schade en de aanloop daar naartoe hebben rechtsgevolg (par. 3.5). Eén van die rechtsgevolgen is dat op het moment van ontstaan van de schade voor gedragsnormen ook de schadevergoedingsplicht ontstaat (par. 3.6). De voorzienbaarheid en de veroorzakingswaarschijnlijkheid hebben in zowel het ontstaan van de schadevergoedingsplicht als de omvang van de schadevergoedingsverplichting onderscheidende betekenis (par. 3.7). Die onderscheidende betekenis is ook van belang als het gaat om de gevallen waarin het ontstaan van de schade verband houdt met een derde (par. 3.8), of sprake is van eigen schuld (par. 3.9).

3.2 TUSSEN RISICO EN SCHADE

3.2.1 ... BESTAAN OVEREENKOMSTEN

Zelfstandig

94. Risico en schade zijn beide allereerst objectief bepaalbaar. Een openstaand kelderluik geldt al snel als een risico. Een noodlottige val kan tot een schade leiden. Over risico en schade kunnen we spreken als *zelfstandige* grootheden, onafhankelijk van iemands persoonlijke intentie of verwachting. Zelfstandig bezien, gaan risico en schade over waarvoor wij ons niet altijd verantwoordelijk voelen, maar bij nader inzien toch soms zijn.

De bepaalbaarheid van risico en schade maakt het mogelijk in voorkomend geval een schadevergoedingsplicht aan te nemen. De bepaalbaarheid beperkt ook de mate waarin een risico of een schade aannemelijk is. Het feit dat het risico van door rood licht rijden objectief bepaalbaar is in de zin van een voorzienbare aanrijding, onderscheidt dit risico van risico's die voortvloeien uit een partijwil, zoals contractuele risico's in de vorm van een wedschappen of een garanties. Hetzelfde geldt voor schade. De zelfstandige begrootbaarheid van schade in de vorm van bijvoorbeeld een waardevermindering wegens de noodzakelijke kosten van herstel, onderscheidt zo'n schade van contractuele boeteclausules of contractuele vergoedingen.⁴ In dergelijke gevallen is het bestaan van de schade afhankelijk van een (inter)subjectieve partijwil.

95. Risico en schade zijn relationele begrippen, en wel op twee manieren. Als zelfstandige, objectieve begrippen gaan risico en schade allereerst over de *waarschijnlijkheid* van bepaalde gevolgen door een bepaald handelen of een bepaald nalaten. Het gaat dan om het toerekenen van gevolgen aan een daad (vgl. art. 6:98 BW), niet alleen in normatieve zin, maar juist ook in feitelijke zin.⁵ Bij zowel risico als schade gaat het om een oorzaak en een gevolg. Bij risico in objectieve zin gaat het om de gevolgwaarschijnlijkheid als een kwade kans op bepaalde gevolgen, doordat een bepaald handelen of nalaten een bepaalde schade veroorzaakt. In hoeverre leidt het door een oranje stoplicht rijden tot een aanrijding? Bij schade in objectieve zin gaat het om de veroorzakingswaarschijnlijkheid van een bepaald nadeel als gevolg van een aantasting. In hoeverre is de letselschade het gevolg van de aanrijding en het door rood licht rijden? Volgens Van Dale kan schade betekenen zowel *'al wat de gaafheid van iets teniet doet'* als *'het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit'*.⁶ De mate van waarschijnlijkheid van het risico en de schade is niet noodzakelijk gelijk aan elkaar en kan in voorkomend geval verschillen. Zo kan een gering risico bestaan op zeer aannemelijke gevolgen. Door een groen licht rijden creëert een gering risico op een aanrijding, maar zeer aannemelijk is wel dat bij een aanrijding materiele schade of letselschade ontstaat. Omgekeerd is ook mogelijk dat weliswaar sprake is van een aanzienlijk risico, maar niettemin van een onzekere schade. Door rood licht rijden is gevaarlijk, maar achteraf kan onzeker zijn of bepaalde klachten door de aanrijding veroorzaakt zijn.

Waarschijnlijkheid

4. T-M, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 331; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 333.

5. Honoré 1999, p. 34.

6. Asser/Sieburgh 6-II 2017/13; Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 2.2.1; Hebly 2019, p. 46; Van Dam 2020/102-1.

Kenbaarheid

96. Risico en schade hebben alleen betekenis in relatie tot de mens. Risico en schade veronderstellen beide dat de schadelijke gevolgen van een handelen of nalaten aan een persoon kunnen worden toegerekend. Risico en schade zijn ook relationeel in subjectieve zin. Het gaat dan om de *kenbaarheid* van het risico of de schade, of het toerekenen van een handelen of nalaten aan een persoon (vgl. art. 6:75 en art. 6:162 lid 3 BW). Risico en schade zijn verbonden met een alternatief. Het bestaan van een handelingsperspectief kan per persoon verschillen.⁷ Wie door een rood stoplicht rijdt, treft schuld. Wie door een groen stoplicht rijdt, niet. Een oranje stoplicht nodigt uit tot voorzichtigheid: ‘stop als het kan; en als stoppen niet meer mogelijk is, kijk dan in ieder geval goed uit.’ De gemiddelde mens doet dit ook. Maar niet iedereen is gemiddeld. Sommige personen gaan lichtvaardiger door het leven dan anderen, en mogen dit ook. Van bestuurders van vennootschappen wordt verwacht dat zij risico’s nemen. Een ‘rood stoplicht’ dwingt hen niet tot stoppen. Een ‘vrije schop’ in het voetbal kan pijnlijk zijn, maar leidt niet snel tot vergoedbare schade. Van andere personen wordt juist meer zorgvuldigheid verwacht. Advocaten of financiële adviseurs moeten voor hun cliënten ook waakzaam zijn bij ‘groen licht’.

Ervarings-
gemiddelden

97. Als zelfstandig bekeken feiten gaat het bij zowel risico als schade om *ervaringsgemiddelden*. Daarvoor kan worden uitgegaan van een ‘gemiddeld bekwaam handelende’ mens. Dat is een maatmens die met gemiddelde kennis aan bepaalde oorzaken de naar gemiddelde ervaringsregels geldende gevolgen verbindt.⁸ Het situationeel karakter maakt deze maatmens niet irreëel.⁹ Integendeel. *Behavioral science* heeft met haar empirische karakter misschien niet veel voorspellende waarde.¹⁰ Het heeft wel geleerd dat de gemiddelde mens maar beperkt rationeel handelt, en niet zelden met een bovenmatig optimisme en ongefundeerde lichtvaardigheid door het leven gaat.¹¹ Soms is de situatie van de gemiddelde mens heel duidelijk en reëel, zoals wanneer het gaat om de gevolgen van natuurwetenschappelijke aard of om de gevolgen die zich via de *invisible hand* uitdrukken in een marktprijs. De herstelkosten van een auto als gevolg van een aanrijding zijn relatief eenvoudig bepaalbaar. Soms bestaat over de gemiddelde kennis

7. Met betrekking tot het begrip voorzienbaarheid, zie *Asser/Sieburgh 6-II 2017/71*.

8. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, *RvdW 2015/223 (Stichting Loterijverlies)*, r.o. 3.2.3, waarin de Hoge Raad in het kader van de vraag of een mededeling misleidend is (art. 6:194 oud BW), spreekt van ‘(...) de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument (...)’; HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369, C-210-96, *NJ 2000/374 (Gut Springenheide)*, r.o. 31.

9. Aan de hand van empirische inzichten zou deze maatstaf voor consumenten onrealistisch zijn, zie Beumers & van Boom 2016, p. 3 e.v.

10. Visscher 2005, p. 6.

11. Broekhuizen 2018, p. 23.

en ervaring minder duidelijkheid. Hoe aannemelijk is het dat het door een oranje licht rijden leidt tot een aanrijding? Wat is een redelijke vergoeding voor een bepaald letsel? Hoe aannemelijk is het dat een specifieke schade het gevolg is van een bepaalde tekortkoming? Het risico of de toerekening van de schade wordt dan door de rechter vastgesteld aan de hand van wat voor een bepaalde groep of gemeenschap met een 'redelijke mate van zekerheid' aannemelijk is.¹² Voor die vaststelling vormt de gemiddelde mens een nuttig referentiepunt.¹³

98. Wat voor de gemiddelde mens een risico of een schade vormt, is niet zwart/wit, maar *gradueel*. Rijdt iemand op een druk kruispunt door een rood stoplicht dan is het risico van een ongeluk groot. Leidt dit tot een aanrijding, dan zijn de kosten van herstel als schadelijk gevolg aannemelijk. Wanneer iemand door een groen stoplicht rijdt, of als het gaat om nieuwe technologieën waaraan onduidelijke risico's verbonden zijn, is het risico op schade klein. Is de schade gelegen in de verre toekomst of bestaat de schade uit een ongebruikelijk neurotische behoefte, dan zijn de schadelijke gevolgen minst genomen onzeker en mogelijk zelfs ronduit onaannemelijk. Gradueel

99. Risico en schade zijn vaak in *specifieke* gevallen voor menselijke beheersing vatbaar.¹⁴ Zo worden de gevolgen van opzettelijk handelen volledig beheersbaar geacht, ook voor zover het risico op schade onvoorzien was.¹⁵ Is evenwel sprake van overmacht ('*act of God*'), dan zijn risico's slechts in *algemene* zin beheersbaar. Ik kan een kelderluik tijdig dichtdoen om te zorgen dat een ander er niet invalt, of 's ochtends mijn bril opzetten om te voorkomen dat ik die dag niet in de valkuil van een ander beland. Het meer algemene risico dat ik mij gedurende de dag een keer vergis kan ik niet uitsluiten, noch het meer algemene risico dat mij iets wordt aangedaan. Dit betreft risico's, waarvoor men zich slechts in algemene zin kan indekken. Ook schade kan in *specifieke* gevallen beheersbaar zijn, bijvoorbeeld indien Beheersbaar

12. Slechts in zoverre is juist de vertaling van de gemiddelde consument – 'de fictieve doorsneeconsument' – door de Memorie van Toelichting bij afdeling 6.3.3A BW in: 'de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument', zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 14. Beter is met de art. 6:193a BW (Richtlijn (EU) 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt) te spreken van een 'gemiddelde consument: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgegelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product.'

13. Met betrekking tot het begrip voorzienbaarheid, zie *Asser/Sieburgh* 6-II 2017/72.

14. Franke 2022, p. 368.

15. Van Dam 2013/1101.

de schade verhaalbaar is bij derden of reden geeft tot rechterlijke matiging (art. 6:109 BW).¹⁶ Schade kan ook in meer *algemene* zin beheersbaar zijn, wanneer de schade verzekerd is of reden geeft tot wettelijke matiging (art. 6:110 BW). De beheersbaarheid van risico's en schade speelt in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een rol. De mate waarin risico's en schade beheersbaar worden beschouwd, is afhankelijk van de inspanning of de bijdrage die van een laedens wordt verwacht.

Rechter

100. Risico en schade zijn beide zelfstandige begrippen, die vaak door de *rechter* worden vastgesteld. In dit vaststellen geniet de rechter een grote mate van vrijheid. Risico noch schade zijn door de wet gedefinieerd. De invulling van wat risico of schade is, heeft de wetgever inmiddels voor veel gevallen aan de rechter overgelaten. Ten aanzien van het *risico* benut de rechter die vrijheid als hij de normschending formuleert (vgl. art. 6:74 BW of art. 6:162 BW). De rechter kan uitgaan van algemeen geldende normen of gedeelde waarden die zich eenvoudig voor toepassing lenen in vele gevallen. De rechter kan ook door afweging en toerekening tot een meer individueel gemodelleerde norm komen, waarvan in de toekomst maar moet worden afgewacht in hoeverre die norm ook voor andere gevallen geldt. Hetzelfde geldt voor het vaststellen van de *schade*. Ook daarin geniet de rechter een grote mate van vrijheid. Hij mag de schade schattenderwijs begroten (art. 6:97 BW). Dit schatten of begroten kan geschieden aan de hand van ervaringsregels of marktwaarden die zich tamelijk eenvoudig voor toepassing lenen. Denkbaar is ook dat de rechter in het bepalen van de schade meer rechtsvormend te werk gaat, door het wegen van de meer individuele omstandigheden van het geval.

3.2.2 ... EN VERSCHILLEN

Ex ante, ex post

101. Risico en schade verschillen ook. Risico en schade verschillen in perspectief, en wel op twee manieren. Het perspectief van risico en schade verschilt allereerst wat betreft het *tijdsmoment*. Het bestaan van een risico wordt *ex ante* gezien: in hoeverre is aannemelijk dat het risico van onvoldoende afstand houden in het verkeer oorzaak zal zijn van een bepaald gevolg, zoals een aanrijding? Het bestaan van een schade wordt *ex post* beoordeeld: in hoeverre is aannemelijk dat de aanrijding veroorzaakt is door het risico van onvoldoende afstand houden? Beide vragen worden beantwoord op het moment dat de schadevergoedingsplicht door de rechter wordt vastgesteld. De rechter stelt het bestaan van een risico resp. een schade op dat moment vast op basis van verschillende tijdsmomenten. Het bestaan van een risico wordt bepaald vóór het ontstaan van de schade, het bestaan van de schade

16. Brunner 1973.

wordt beoordeeld nádat het risico zich heeft gerealiseerd. Beide momenten kunnen nagenoeg aansluitend zijn, bijvoorbeeld wanneer door onvoldoende afstand houden en te laat remmen een aanrijding ontstaat. Beide momenten kunnen ook ver uit elkaar liggen, zoals wanneer de blootstelling aan asbest decennia later leidt tot de ziekte mesothelioom. Het vaststellen van de schade geschiedt naar zijn aard met voortschrijdend inzicht. Dat geldt minder voor het bepalen van het risico, waarbij vooral *hindsight bias* vermeden moet worden.

102. Risico en schade verschillen voorts in waarschijnlijkheid. Een risico is al aannemelijk bij een *algemeen* risico. De kleine, maar kwade kans op ongelukken is voldoende om van een risico te spreken. Voor het bestaan van een schade is de mogelijkheid van schade onvoldoende. Het bestaan van een schade vergt meer waarschijnlijkheid dan het bestaan van een risico. Van schade is pas sprake als de realisatie van een risico meer *specifiek* aannemelijk is. Absolute zekerheid is niet vereist. Schade is aannemelijk bij een 'redelijke mate van zekerheid'.¹⁷ Toekomstige schade is aannemelijk wanneer in de afweging van 'goede en kwade kansen' (art. 6:105 BW) het ontstaan van een kwade kans méér aannemelijk is dan het ontstaan van een goede kans. Om dezelfde reden is geleden verlies of gederfde winst (art. 6:96 BW) aannemelijk indien deze meer wél dan niet door een voorafgaand risico veroorzaakt is.

Mate van waarschijnlijkheid

103. Risico en schade verschillen ook in kenbaarheid, als het gaat om de persoon. Risico, als oorzaak, bestaat vanuit het perspectief van de *laedens*: via de *normschending* en de vraag in hoeverre bij de laedens sprake was van een voorzienbare gevolgen. Alleen als de laedens moest begrijpen dat het verkeer van links voorrang had, is sprake van een aannemelijke normschending waarvan hij de schadelijke gevolgen moet dragen. De precieze invulling van zo'n risico, en daarmee ook: de omvang van de schade (art. 6:98 BW), is afhankelijk van de feiten en omstandigheden aan de zijde van de laedens. Schade daarentegen, als gevolg van een specifiek risico, begint vanuit het perspectief van de *benadeelde*: via de gevraagde *schadevergoeding* en de vraag in hoeverre de benadeelde in bepaalde belangen compensatie verdient. Alleen voor zover de benadeelde bepaalbaar nadeel lijdt, is sprake van aannemelijke schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Het gaat dan om het schatten van de schade (art. 6:97 BW).

Perspectief kenbaarheid

17. *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/264; Klaassen 2017/20 sub a.

3.3 SCHADE WORDT GESCHAT

Objectief
begrip

104. Schade is *zelfstandig* bepaalbaar, los van het risico. Dit is verhelderend uitgewerkt in de *Principles of European Tort Law* ('PETL'). In navolging van het Duitse recht worden de te beschermen belangen, de *Protected Interests*, als *Recoverable Damage* apart toegelicht en nadrukkelijk onderscheiden van de vergoedingsgrondslag.¹⁸ De aannemelijkheid van de kosten van herstel van een beschadigde auto of de hoogte van het smartengeld verandert niet naarmate de aanrijding als oorzaak meer of minder aannemelijk is, of het risico meer voorzienbaar. Schadevergoeding strekt niet tot straf.¹⁹ Het schatten van schade vindt in beginsel plaats onafhankelijk van het voorafgaande risico, vanuit het perspectief van de belangen van de benadeelde. Het begrip 'schatten' gebruik ik daarmee in enge zin, in de betekenis van het feitelijk vaststellen van de omvang van de concrete schadepost. Het ruimere begrip 'begroten', dat ook de toerekening van de schade omvat, bespreek ik apart, in hoofdstuk 4 (par. 4.9).

Veelal in geld

105. Niet iedere inbreuk die een benadeelde ervaart, vertaalt zich in geld. Dat is eerder uitzondering dan regel. De aantasting van een fundamenteel recht kan zeer ingrijpend en 'beschadigend' zijn. Het levert nog niet meteen schade op.²⁰ Veel leed laat zich juist niet in geld vertalen. Daarmee in lijn stelt het Duitse recht niet de financiële vergoeding voorop (par. 249 II BGB), maar de *Naturalrestitution* (par. 249 I BGB): de laedens moet de benadeelde in de originele toestand herstellen.²¹ In Nederland moet voor een schadevergoeding de schade primair vertaalbaar zijn in geld. Schadevergoeding anders dan in geld is in Nederland een uitzondering (art. 6:103 BW). Het kunnen schatten van schade vormt een belangrijke *feitelijke begrenzing*. Schadevergoeding is wissel-geld. Schadevergoeding vormt een uitruil van waarden die met behulp van geld vergelijkbaar worden gemaakt.²² Schade is daarmee eerst en vooral een feit ('hoeveel is de schade?'), waarop – anders

18. Art. 2:102 resp. 2:101 PETL; Lindenbergh, *AV&S* 2007/13; Cane 2017, p. 53; Van Dam 2020/102-1; Beumers 2021, p. 245, die terecht opmerkt dat schadevergoeding 'nazorg' vormt in de bescherming van erkende belangen.

19. *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/7.

20. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b BW is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.13.2; Koziol 2017, p. 92.

21. Par. 249 I BGB luidt: 'Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre'; Zie voor het Belgische recht in vergelijkbare zin: Hebly 2019, p. 77; Zie voorts van Dam 2013/1203-2; Barendrecht & Storm 1995, p. 16; Winiger 2018, p. 93; Hebly 2019, p. 74. Die de nadruk leggen op feitelijk herstel.

22. Loth 2021, p. 202.

dan wel aan de hand van art. 6:97 BW wordt gezegd²³ – de normale regels van stelplicht en bewijslast gewoon van toepassing zijn.²⁴

106. Schade is zelfstandig bepaalbaar omdat schade veelal gebaseerd is op *algemene ervaringsgemiddelden* van natuurwetenschappelijke aard die zich via de *'invisible hand'* uitdrukken in een marktprijs zoals waardevermindering, geleden verlies, gederfde winst of bepaalde kosten (par. 3.2.1). Het Nederlands recht spreekt bij dergelijke schadeposten van 'vermogensschade' (art. 6:95 BW); het Engelse recht van *'monetary loss'*, het Franse recht van *'dommage sur les avoirs'*.²⁵ De bepaalbaarheid van schade is niet beperkt tot belangen die de benadeelde kan verhandelen.²⁶ Het ervaringsgemiddelde kan ook zien op andere *shared values* of *gedeelde waarden*, die zich als meer persoonlijk misschien niet vertalen in een verhandelbare prijs maar wel in een alleszins voorzienbaar gevolg. Te denken valt aan de schending van bepaalde persoonlijkheidsrechten die aanspraak geven op smartengeld (art. 6:106 BW) of aan ander prijsbaar leed, in de vorm van 'vermindering van welzijn' of 'pijn, verdriet en gederfde levensvreugde'.²⁷ Het Engelse recht noemt dit *'general damages'*, het Franse recht spreekt beeldend van *'dommage sur l'être'*. Het Nederlands recht groepeerde deze niet-verhandelbare belangen ietwat droog onder de noemer 'ander nadeel' (art. 6:95 BW). Dat het bij dergelijke schadeposten om niet-verhandelbare belangen gaat, betekent niet dat de rechter deze schade niet feitelijk kan schatten. Vanuit het perspectief van een gemiddelde benadeelde bezien, vormt het bestaan van dergelijke schade een even vanzelfsprekend gevolg van wat hem is aangedaan.²⁸ Schade is in de woorden van Koziol: *'a detrimental, legally relevant change to protected interests'*.²⁹

Als gedeelde
waarde

23. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 339, volgens welke de rechter bij de begroting van de schade 'een grote mate van vrijheid heeft en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht, terwijl de bepaling die thans in de tweede zin is vervat hem tevens in belangrijke mate ontheft van zijn motiveringsplicht'; HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567, m.nt. van der Grinten (*ECNI/Lindelauf*).

24. Hebly 2019, p. 62; Groot & Akkermans, *NTBR* 2007/72; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*); Klaassen 2017/6; art. 2:105 PETL, Proof of Damage: 'Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly.'; Lindenbergh, *AV&S* 2007/13.

25. Van Dam 2013/1203-3 resp. 1205-1.

26. Koziol 2017, p. 88, spreekt van een 'reduction of economic assets'.

27. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*); Lindenbergh 2020/42; Van Dam 2020/111, met verwijzing naar HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst II*).

28. Zo wordt de schadevergoedingsvordering door het EHRM aangemerkt als 'eigendom' in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM, voor zover sprake is van een 'legitieme verwachting' dat schadevergoeding zal worden toegekend; EHRM 6 oktober 2005, ECLI:NL:XX:2005:AY7995, NJ 2006/464, m.nt. P.J. Boon (*Draon/Frankrijk*).

29. Koziol 2017, p. 87.

(Im)materiele schade?

107. Het wel of niet kunnen schatten van schade aan de hand van ervaringsgemiddelden van natuurwetenschappelijke aard, marktprijs of andere gedeelde waarden, heeft meer onderscheidend vermogen dan het verschil tussen materiele- en immateriële schade.³⁰ Zo is de ene *materiele schade* de andere niet. Materiele schade is vaak goed te berekenen, maar soms ook niet, bijvoorbeeld omdat een bepaalde zaak geen marktwaarde heeft zoals een huisdier of een boom,³¹ terwijl toch niet gezegd kan worden dat dergelijke zaken waardeloos zijn. Tegelijkertijd is *immateriële schade* vaak wel goed berekenbaar.³² Terecht noemt Beumers het niet kunnen waarderen van immateriële belangen zwak en achterhaald.³³ Immateriële belangen plegen juist in marktprijzen te worden meegenomen. Een mooi uitzicht is niet zelfstandig verhandelbaar, maar wel prijsverhogend voor bijvoorbeeld onroerend goed. Immateriële belangen zien vaak op breed gedeelde waarden die voor een gemiddelde benadeelde tot alleszins voorzienbare schade-posten kunnen leiden. Gelukkig heeft het ‘*schade*’ begrip een open karakter. De wet geeft geen definitie van het begrip ‘schade’. Bij het schatten van een schadepost kan ook rekening worden gehouden met het nadeel ten aanzien waarvan de wet géén recht op vergoeding geeft (art. 6:95 BW).

3.3.1 ... ALS EEN SPECIFIEK VOORZIENBAAR GEVOLG MET EEN AAN-NEMELIJKE OORZAAK

‘Grens-gevallen’?

108. Als bij het schatten van een schadepost, bijvoorbeeld het waardeverlies van onroerend goed, ook rekening kan worden gehouden met nadeel ten aanzien waarvan de wet géén recht op vergoeding geeft, zoals: een mooi uitzicht, dan is niet nodig met Lindenbergh te spreken van ‘*grensgevallen*’ waarin twijfel zou bestaan of al dan niet sprake is van vermogensschade. Het gaat om gevallen als uitgaven die hun doel missen of ter voorkoming van ander nadeel, zaken met een affectieve waarde, of verlies van vrije tijd of reisgenot.³⁴ De twijfel zit hem erin dat het concertkaartje al gekocht was

30. Dit onderscheid ligt ook in art. 2:101 van de PETL ten grondslag aan het begrip ‘Recoverable Damage’: ‘Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.’

31. Met betrekking tot ecologische schade, zie Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 3.2.3; In het bijzonder over de moeilijkheid van de waardering van een beschadigde boom. Zie HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. Lindenbergh; Zie voorts Winiger 2018, p. 90; Hebly 2019, p. 161 e.v.

32. Meer algemeen over de begrootbaarheid van immateriële belangen, zie *Asser/Sieburgh 6-II 2017/139-141*; *Klaassen 2017/3*; In zijn algemeenheid onjuist ten aanzien van ‘nadeel’ is m.i. *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981 p. 388*: ‘Een vermogensvermindering kan immers in geld worden uitgedrukt, terwijl dit bij andere nadelen, zoals leed, nu juist niet het geval is.’; waarover ook Beumers 2021, p. 250.

33. Beumers, *NTBR 2016/25*; Aan de hand van het Engelse recht weerlegt hij het argument van rechtsonzekerheid of ‘floodgate’. Kritisch ook: Visscher 2005, p. 215.

34. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 4.3.3, met betrekking tot letsel en uitgaven tot voorkoming of vermindering van ander nadeel dan vermogensschade;

vóórdat de normschending plaatsvond en/of sowieso de waarde van een concert, reisgenot of vrije tijd onzeker is.³⁵ Deze twijfel is niet terecht. Mits de uitgaven bestemd zijn voor het *verkrijgen* of *voorkomen* van een gedeelde waarde, komen ook de kosten voor een gemist concert of ter veraangename-ning van een invalide leven voor vergoeding in aanmerking.³⁶ Hetzelfde geldt voor kosten van herstel die weliswaar de handelswaarde te boven gaan, maar vanwege de affectieve waarde toch gerechtvaardigd zijn, of het inkomensverlies wegens het verlies van vrije tijd dan wel de reis of de vakantie.³⁷ Er is geen goede reden gederfde inkomsten als gevolg van letselschade of de noodzakelijke kosten van herstel als gevolg van een beschadiging wel te vergoeden, en een gemist concert resp. een waardeloos geworden verbetering van de zaak niet, wanneer ook in de laatste gevallen de schade objectief naar marktwaarde te bepalen valt: het gemiste concert aan de hand van de prijs van het toegangskaartje resp. de verbetering op basis van de tevergeefs gemaakte verbeteringskosten of het waardenverlies.³⁸

109. Volgens Barendrecht heeft schadevergoeding de functie van herstel.³⁹ Herstel waarin? Ook Hebly en Lindenbergh benadrukken het functionele karakter van schade.⁴⁰ Daarmee geven ze wel aan waartoe schade dient, maar geven ze nog geen invulling aan wat schade is. Immers: herstel waarin, of functioneel waartoe? De herstelfunctie van schade wordt ontologisch duidelijker, als we *feitelijk* onderkennen dat schadevergoeding als wissel-geld van ervaringsgemiddelden of gedeelde waarden altijd een gevolg beoogt, en daarmee inherent verbonden is met wat voor een gemiddelde benadeelde voor het verkrijgen van voordeel of het voorkomen van nadeel specifiek voorzienbaar en aannemelijk is. Mits het waarvoor óf het waartoe van het nadeel voor een gemiddeld mens aannemelijk is, is schade aannemelijk. Dat het concertkaartje al gekocht was vóórdat de normschending plaatsvond, of het plezier van een concertbezoek los van een gekocht kaartje lastig objectief en zelfstandig te waarderen is, maakt schade niet onaannemelijk. Dergelijke

Lindenbergh 2020/43.

35. Verheij/Emaus 2022, nr. 46.

36. Voor de kosten voor een gemist concert zie MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 333; Voor veraangename-ning van een invalide leven zie HR 17 november 2001, ECLI:NL:HR:2000:AA8258, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druiff/B.C.E. Bouw*).

37. Voor kosten van herstel die vanwege de affectieve waarde gerechtvaardigd zijn, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AE5244, *NJ* 2002/247; voor kosten wegens het verlies van vrije tijd, zie MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 379; voor kosten vanwege verlies van een reis of vakantie, zie MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 333 en 379. De wet bepaalt daarnaast expliciet dat zuiver reisgenot voor vergoe-ning in aanmerking komt: art. 7:511 lid 2 BW, waarover Beumers 2021, p. 54.

38. Beumers 2021, p. 128 – 153, over 'gemist onstoffelijk voordeel' als vermogensschade.

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

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

argumenten miskennen de dubbele relationaliteit van schade, namelijk: wat mensen in voorkomend geval *kenbaar waarschijnlijk* vinden (par. 3.2.1).

'Januskop' van schade

110. Akkermans spreekt in dit verband verhelderend van het 'januskop' karakter van schade.⁴¹ Als *ruilmiddel* heeft schade altijd een bedoeling en een oorzaak. Kosten worden bijvoorbeeld gemaakt om van een letsel te herstellen. Waardevermindering vormt evengoed de contante waarde van een te verwachten kostenpost of te realiseren meeropbrengst, als het aannemelijke gevolg van een beschadiging. Waardevermindering is niet aannemelijk als de te verwachten opbrengst of contante waarde onduidelijk is, bijvoorbeeld omdat een inwisselbare waarde niet bestaat, zoals ingeval van vrije tijd, een dier of een boom; of omdat wel sprake is van een waardevermindering, maar niet aannemelijk is dat die waardevermindering het gevolg is van de beschadiging. Meer algemeen geformuleerd: het traditionele en internationaal breed gedeelde onderscheid in *geleden verlies* of *damnum emergens*, en *gederfde winst* of *lucrum cessans* (art. 6:96 lid 1 BW) beschrijft schade als twee kanten van dezelfde medaille.⁴² Van een tweedeling is geen sprake. Bij geleden verlies staat het nadelige gevolg voorop. Bij gederfde winst gaat het om een teleurgestelde verwachting. Schade kan op beide manieren worden gezien. Terugkijkend staat vooral het geleden verlies voorop als het bijvoorbeeld gaat om de kosten van herstel van een bepaalde schade. Kosten van herstel leiden ingeval van zaakschade tot waardevermindering. Waardevermindering kan, vooruitkijkend, met Deurvorst ook gezien worden als een gekapitaliseerde winstderving.⁴³ Hetzelfde geldt voor gederfde winst. Bij toekomstige inkomsten staat de verwachte winst voorop. Ten tijde van de schadevaststelling kan de gederfde winst, terugkijkend, ook gezien worden als een inmiddels geleden verlies. Gedeelde waarden maken een schade aannemelijk: naar de toekomst als *een specifiek waarschijnlijk gevolg* en naar het verleden met *een aannemelijke oorzaak*. Schade is ten tijde van schadevaststelling aannemelijk als *'een specifiek waarschijnlijk gevolg van een aannemelijke oorzaak'*. Schade heeft immers altijd een prospectieve en een retrospectieve kant. Tegelijkertijd begrenzen wat *specifiek waarschijnlijk* is of wat *een aannemelijke oorzaak* vormt, tezamen wat als schade nog aannemelijk is. Schade is niet aannemelijk indien de schade als gevolg niet specifiek waarschijnlijk is, of als oorzaak niet aannemelijk.

Meer specifiek voorzienbaar ...

111. Bij sommige schadeposten staat vooral de verwachting voorop. Schadeposten als waardevermindering of gederfde winst zijn pas aannemelijk *voor*

41. Akkermans 1998, p. 47; Hebly 2019, p. 168.

42. Van Dam 2013/1202-1.

43. Deurvorst, *NTBR* 1996/2, p. 37-41.

zover de verwachte waarde bij verkoop resp. het te verwachten voordeel of rendement *specifiek voorzienbaar* is (par. 3.2.2). Bij waardevermindering is daartoe een marktprijs vereist.⁴⁴ De gedeerde winst kan aannemelijk zijn uit hoofde van een contractuele afspraak.⁴⁵ Buiten contract speelt de voorzienbaarheid een uitgesproken rol bij de kosten ter voorkoming of vermindering van schade.⁴⁶ Voor het antwoord op de vraag of deze kosten 'redelijk' zijn,⁴⁷ maakt een gemiddelde benadeelde een gecalculeerde afweging tussen enerzijds de aard en omvang van bepaalde kosten en anderzijds de aard en omvang van een bepaald risico, in feite: de kelderluikcriteria,⁴⁸ maar dan toegepast op het aannemelijk nadeel voor de benadeelde, niet het mogelijke risico voor de laedens. Het gaat er niet om of voldoende maatregelen zijn getroffen, maar of niet te veel maatregelen zijn genomen. Alleen noodzakelijke kosten zijn 'redelijk'. Wie 20 euro besteedt om 10 euro schade te vermijden, is misschien wel effectief bezig, maar niet erg efficiënt.⁴⁹ Dat ligt anders indien, omgekeerd, 10 euro wordt besteed om 20 euro schade te vermijden. Dergelijke kosten zijn 'redelijk' in de zin van 'economisch verantwoord',⁵⁰ en om die reden voor een gemiddelde benadeelde specifiek waarschijnlijk.

-
44. Mede naar aanleiding van het *PTT-kabelarrest* (HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten) is discussie ontstaan over welk begrip waardevermindering moet worden gehanteerd (inkoop- of verkoopwaarde). De Hoge Raad heeft beslist dat met waardevermindering de verminderde marktwaarde wordt bedoeld. Zie het arrest HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, NJ 1991/434 (*Unico/Harteman*).
45. Het onnodig normativeren van het schadedebat kent een lange traditie. Een vroeg voorbeeld vormt de onderbouwing van de gedeerde winst als schadepost in het *Engelse Kolenstakingsarrest* (HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, NJ 1938/269, m.nt. E.M. Meijers). De Hoge Raad motiveert de gedeerde winst met het normatieve argument dat de koper dan aan zijn eigen leveringsplicht kan voldoen door tegen die marktprijs andere kolen te kopen. Dit argument is, zoals ook Meijers opmerkt, onjuist. Ook wanneer geen dekkingskoop mogelijk was geweest (bijvoorbeeld, omdat het een bepaalde partij kolen betrof), bestond de schade nog steeds uit de marktprijs op de dag der wanprestatie. Dat is geen normatief, maar een feitelijk uitgangspunt.
46. In verband met zaakschade, zie A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 28 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, NJ 1999/69 (*Bijenspat II*); voor exploitatieschade, zie de Hoge Raad in HR 28 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, NJ 1999/69, m.nt. A.R. Bloembergen (*Bijenspat II*).
47. Onder 'kosten' vallen niet alleen 'uitgaven' maar ook andere op geld waardeerbare opofferingen; HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0828, NJ 2005/89, m.nt. M.M. Mendel (*'t Witte Paerdje*); alsmede art. 6:184 lid 1 sub b BW.
48. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*). Samengevat: de grootte van het risico en de ernst van de gevolgen versus de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.
49. HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1578, NJ 1995/250.
50. Art. 6:96 lid 2 BW; Voor het maken en naar de omvang van dergelijke kosten geldt de zogenaamde 'dubbele redelijkheidstoets'; HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5568, m.nt. C.J.H. Brunner, NJ 1988/275 (*London and Lancashire/Drenth*); MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 337; alsmede art. 6:184 BW.

... en gedeelde
waarden

112. Wat voor het schatten van schade waarschijnlijk is wordt niet alleen bepaald door verhandelbare belangen, maar ook door andere *gedeelde waarden*.⁵¹ Smartengeld beoogt compensatie te bieden voor het gemis van erkende levensvreugde. Hoewel het lichaam geen verhandelbaar eigendom vormt, kan aan de hand van de smartengeldgids eenvoudig worden vastgesteld welke vergoeding bij een bepaald letsel door de rechter wordt gegeven. De vergoedingen worden nauwgezet omschreven aan de hand van de specifieke lichamelijke gevolgen.⁵² Erkende levensvreugde ligt niet alleen besloten in het lichaam of de geest, maar kan ook gelegen zijn in het eigendom of andere gedeelde waarden. Zo kan het bezit van een eigen huis bij beschadiging leiden tot de niet-ongebruikelijke wens het eigen huis niet tegen marktprijs te willen verruilen.⁵³ Andere voorbeelden betreffen de vergoeding van de extra kosten van herstel wanneer zaken een erkend affectieve waarde hebben,⁵⁴ het derven van inkomen wegens de opvoeding van een kind⁵⁵, de verminderde belevingswaarde van een boom,⁵⁶ of het tijdig kunnen onderzoeken of sprake is van schade nog voordat schade aannemelijk is (art. 6:96 lid 2 sub b BW), wat niet alleen gevolgschade vermijdt maar ook het breed gedeelde belang van rechtshandhaving dient,⁵⁷ dan wel het tegen een 15% *no-cure-no-pay contingency fee* kunnen verhalen van schade.⁵⁸ Beumers verwijst via het Engelse recht naar het '*consumer surplus*': de 'winst' die een consument nastreeft met een bepaalde uitgave en die naar analogie van de beoogde bedrijfswinst voor commerciële partijen evenzeer

-
51. Aanvankelijk bevatte art. 6.1.9.1. lid 2 BW een aparte regeling voor uitgaven tot voorkoming of vermindering van ander nadeel dan vermogensschade, maar deze is geschrapt omdat deze uitgaven vallen onder de in art. 6:96 lid 2 sub a genoemde redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade; Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 4.3.3, met verdere verwijzingen.
52. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 11.4.8. Hierin wordt verwezen naar het Rapport BGK-integraal 2013 waar is neergelegd wat aanvaarde buitengerechtigde kosten zijn, met verdere verwijzingen.
53. HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, NJ 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Schravendijk*); Barendrecht & Storm 1995, p. 93-94, meent dat sprake moet zijn van een 'objectief' gehecht zijn aan een zaak waarvan 'min of meer normaal is dat er een bijzondere gehechtheid bestaat' of de benadeelde kan laten zien 'dat hij zijn bestaan heeft afgestemd op de bijzondere eigenschappen van deze specifieke zaak'.
54. Hof Arnhem 3 maart 1998, ECLI:NL:GHARN:1998:AE5244, NJ 2002/247.
55. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*).
56. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. Lindenbergh, die overigens kritisch oordeelt over de verminderde belevingswaarde als grond voor vergoeding.
57. Vgl. bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de eisende rechtspersoon in collectieve acties om – in weerwil van het in lid 3 van art. 3:305a BW neergelegde verbod schadevergoeding te vorderen – de eigen kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid te verhalen (art. 6:96 lid 2 sub b BW). Zie HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, NJ 2008/529, m.nt. C.C. van Dam (*Vie d'Or*).
58. HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, m.nt. S.D. Lindenbergh, NJ 2015/84 (*De Jonge/Scheper*).

voor vergoeding in aanmerking komt.⁵⁹ Mits voldoende gedeeld, bieden dergelijke waarden een feitelijke, bijna economische grondslag voor schadeberekening, die los staat van de meer individuele omstandigheden van de benadeelde.⁶⁰ Het is in dergelijke gevallen alleszins voorzienbaar dat een gemiddelde benadeelde in voorkomend geval deze schade lijdt.⁶¹

113. Staat bij sommige schadeposten de verwachting voorop, bij andere schadeposten gaat het meer om de aannemelijke oorzaak. Schade is immers pas aannemelijk voor zover het een *aannemelijke oorzaak* heeft. De kosten ter voorkoming of beperking van de schade zijn pas ‘redelijk’ voor zover deze kosten het gevolg zijn van een normschending, en niet voortvloeien uit de normale zorg die ook zonder normschending tot deze kosten zou hebben geleid. De veroorzakingswaarschijnlijkheid treedt meer nadrukkelijk op de voorgrond bij schadeposten als de kosten van herstel van een fysieke schade of een letselschade. Voor de vraag of dergelijke schade aannemelijk is, wordt achteraf bezien of deze kosten het gevolg zijn van de inbreuk op de zaak resp. de persoon. Zo kan in geval van letsel een postwhiplash-syndroom wel een aannemelijk gevolg zijn,⁶² maar een aandoening in de vorm van fibromyalgie niet.⁶³ Voor fysiek herstel volgt uit het PTT-kabel-arrest dat met het begrip objectieve herstelkosten niet beoogd is wezenlijk af te wijken van de (markt)waardevermindering die een zaak door beschadiging daadwerkelijk ondergaat. Herstel moet ‘verantwoord’ zijn. Overstijgen de kosten van herstel de waardevermindering, dan houden de kosten voor het meerdere meest aannemelijk verband met ook andere oorzaken als een verbetering of simpelweg onoplettendheid. Een dergelijk herstel is economisch niet verantwoord, of er wordt een aftrek ‘nieuw voor oud’ toegepast.⁶⁴

Meer aannemelijke oorzaak ...

59. Beumers, *NTBR* 2016/25; Beumers 2021, p. 28.

60. Als ‘gedeelde waarde’ wordt (vooralsnog) niet erkend, het bijvoorbeeld voeren van een juridische procedure teneinde erkenning te krijgen, zie HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*); of het voeren van een tuchtprocedure teneinde de aansprakelijkheid vast te stellen; HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4097, *NJ* 2005/324, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690, *NJ* 2003/537, m.nt.W.M. Kleijn (*Portielje*).

61. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423 *NJ* 2005/50, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bravenboer/London*), waarin de Hoge Raad voor de vergoeding van de vaststellingskosten (art. 6:96 lid 2 sub b BW) wijst naar ‘de aard en ernst van de nader te onderzoeken aanwijzingen voor het bestaan van letsel’ en ‘de mate van waarschijnlijkheid dat dit letsel in verband staat met het ongeval’.

62. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2054, *NJ* 2001/433 (*Zwolsche Algemeene/De Greef I*).

63. HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3170, m.nt. W.D.H. Asser, *NJ* 2004/308 (*Fibromyalgie*).

64. Bloembergen 1965/50; Bolt 1989, p. 29 e.v.

... en gedeelde
waarden

114. Wat een aannemelijke oorzaak heeft, wordt niet alleen bepaald door natuurwetenschappelijke wetmatigheden, maar kan ook voortvloeien uit andere *gedeelde waarden*. Wanneer een zaak geheel en al verloren gaat en het verloren exemplaar zonder eigen, individueel bepaalde kenmerken is, waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat, is het verlies als oorzaak aannemelijk en de schade gelijk aan de waarde van de zaak ten tijde van het verlies (de 'marktwaaarde').⁶⁵ Voor die feitelijke constatering is geen abstract schadebegrip nodig, zoals Bloembergen voorstaat (par. 1.2). Van een aannemelijke oorzaak is ook sprake ingeval van tevergeefs gedane uitgaven, of wanneer onderhandelingen ten onrechte worden afgebroken,⁶⁶ ambtenaren door stroom uitval hun reguliere werkzaamheden niet hebben kunnen verrichten,⁶⁷ of een vakantieverblijf of concert wordt gemist.⁶⁸ Zo is een aannemelijke oorzaak meer evident aanwezig wanneer een voor de rally Parijs-Dakar gehuurde motor het al na 15% van de tocht begeeft,⁶⁹ dan indien een voor privégebruik aangeschaft plezierjacht gedurende een periode van zestien maanden gedeeltelijk moet worden gemist en overigens met minder hoge snelheid en voor minder grote tochten gebruikt kan worden, aan welk gemis ook andere redenen dan de tekortkoming ten grondslag kunnen liggen, zoals een te optimistische verwachting of een te kritische teleurstelling.⁷⁰ Omdat overeenkomsten plegen te worden nagekomen,⁷¹ stelt art. 6:277 BW met recht buiten twijfel dat ook de door een ontbinding tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen.⁷²

Beter dan
abstraheren

115. Het wel of niet kunnen schatten van een schade aan de hand van wat wel of geen gedeelde waarde vormt, is meer onderscheidend dan het gebruik van een abstract schadebegrip. Zo is een waardevermindering met bewijsstukken als marktcijfers of een deskundigenbericht te onderbouwen.

65. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. Lindenberg (Donata/New India Assurance).

66. HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (Plas/Valburg).

67. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/137, m.nt. Lindenberg; HR 19 december 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5664, NJ 1976/280, m.nt. G.J. Scholten (Oostenrijkse tankauto).

68. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 333.

69. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55, m.nt. J. Hijma (Burger/Brouwer Motors); Beumers 2021, p. 134.

70. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579, m.nt. J. Hijma (Pollen/Linssen Yachts); Beumers 2021, p. 142; HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. S.D. Lindenberg, in verband met onvoldoende functieverlies van een boom om van tevergeefs gedane uitgaven te kunnen spreken; Beumers, *NTBR* 2016/25, die spreekt van 'een zekere drempel'.

71. HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1083, NJ 2006/478, m.nt. J. Hijma (Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen).

72. Krans 1999, p. 114.

Dan kan blijken dat van een vermogensvermindering geen sprake is,⁷³ bijvoorbeeld omdat een meerstoel geen marktwaarde heeft. Het feit dat de meerstoel geen marktwaarde heeft, sluit niet uit dat de meerstoel nog een 'gebruikswaarde' toekomt. Hoe valt die gebruikswaarde te bepalen? De rechtspraak koos voor de constructie van abstracte schade. Abstraherend van het feit dat niet tot herstel of vervanging is overgegaan, wordt het verlies van gebruikswaarde begroot op de kosten van herstel.⁷⁴ Maar waarom? Annotator Van der Grinten is kritisch over deze uitspraak. Zonder marktwaarde levert een beschadigde, maar niet herstelde meerstoel volgens hem geen reële vermogensvermindering op. De beslissing te abstraheren, buiten gevallen van marktwaarde, wordt in de rechtspraak niet gemotiveerd. Meer onderscheidend is het wel of niet bestaan van een gedeelde waarde. De afwezigheid van een marktwaarde sluit niet uit dat de meerstoel een andere, weliswaar niet-verhandelbare maar wel gedeelde waarde heeft. Voor zover de gebruikswaarde een gedeelde waarde vormt, is het verlies ervan een aannemelijke schadepost. Het vaststellen van het verlies betreft dan een feitelijke vaststelling. Aan een normatief schadebegrip bestaat in zo'n geval geen behoefte.⁷⁵ Een goede motivering van dergelijke schade verwijst naar algemene ervaringsgemiddelden of *shared values* die zich, hoewel niet-verhandelbaar, toch laten schatten. Voor zover de gebruikswaarde geen gedeelde waarde is, kan het bestaan van schade niet meer gebaseerd worden op de aannemelijkheid, maar moet het bestaan van schade gebaseerd worden op de redelijkheid. Bij gemis van gedeelde waarden kan het aannemen van schade toch redelijk zijn gezien de specifieke of juist meer

73. HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1505, *NJ* 1988/965, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Ulzen/Goolkate*), waarin met betrekking tot de waardevermindering onvoldoende was gesteld. Van der Grinten begroet de beslissing als er één van gezond verstand: middels abstracte schadeberekening moet geen schade worden gefingeerd die er in werkelijkheid niet is; HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.5, waarin eiser vergoeding van begrote herstelkosten vorderde zonder dat aannemelijk was dat bij gebreke van herstel van enige 'achteruitgang, waaronder mede te verstaan: waardevermindering' sprake was of eiser een ander 'rechtens te respecteren belang' bij herstel had.

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

75. Soms is de schade daadwerkelijk niet aannemelijk en wordt abstracte schadeberekening ingeroepen om dit te camoufleren. Zie HR 28 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5889, *NJ* 1978/174, m.nt. A.R. Bloembergen (*pootaardappels*), in welk geval bij levering van ondeugdelijke pootaardappels niet de koopprijs of waardevermindering werd gevorderd, maar de winstderving door een mislukte oogst, terwijl de marktprijs hiervoor nadien aanzienlijk daalde; HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, *NJ* 1986/567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*), inzake eveneens (beweerdelijk) gederfde winst; Andere, vergelijkbare gevallen: Zie HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4233, *NJ* 1982/255, m.nt. C.J.H. Brunner (*Caderius van Veen/X*); HR 23 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6527, *NJ* 1979/482, m.nt. A.R. Bloembergen (*FVH/Staat*); HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2387, *NJ* 1997/612 (*Ambassador/Vereniging*); *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/38.

algemene omstandigheden van het geval. Een dergelijk oordeel is niet meer feitelijk, maar rechtsvormend. De legitimatie van het rechterlijk oordeel is niet gelegen in de bewijswaardering, maar in een weging van de meer individuele omstandigheden. Schadeberekening gaat dan over in schade-toerekening (par. 4.9).

3.3.2 ... WAARIN DE RECHTER EEN BEPAALDE VRIJHEID HEEFT

Rechter mag
schade schatten

116. Bij het feitelijk vaststellen van de schade mag de rechter de schade *schattenderwijs* 'begroten'. De rechter heeft daarin een zekere mate van vrijheid, zoals uitdrukkelijk de tweede zin van art. 6:97 BW bepaalt: '*Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.*'⁷⁶ Dit valt te begrijpen voor zover de schade verband houdt met bepaalde gedeelde waarden. Sommige feiten worden meer specifiek als ervaringsgegeven 'gedeeld' dan andere. Het waardeverlies van een beursgenoteerd aandeel is op centen achter de komma vast te stellen. Voor de kosten van herstel van een fiets volstaat wat een fietsenmaker in het algemeen in rekening brengt. Het letsel als gevolg van het negeren van een bepaalde verkeersregel kan veelal met een grote mate van zekerheid worden vastgesteld. Ingeval van een onheuse behandeling is het verband echter minder eenvoudig bepaalbaar. Daarbij komt dat de schadevaststelling in de regel geen '*live coverage*' kent. De schade moet met de kennis van achteraf worden gereconstrueerd. Voor dat bewijs volstaat een 'voldoende mate van zekerheid'. Bij het vaststellen van de feiten is de rechter vrij in de waardering van het bewijs. De rechter mag ook algemene ervaringsgegevens in zijn beslissing meenemen.

Fluctuerende
schade

117. Het feit dat de schade in de regel eerder ontstaat dan het moment van vaststelling betekent niet dat het schatten op het ontstaansmoment of het vaststellingsmoment moet worden gefixeerd. Veelal zal de rechter de schade begroten op het moment van ontstaan.⁷⁷ Noodzakelijk is dit niet.⁷⁸ Als het gaat om de begroting van de schade behoort de keuze van plaats en tijd onvermijdelijk tot de schattingsvrijheid van de rechter (art. 6:97 BW, tweede zin). Waardevermindering, kosten of het leed dat ten grondslag ligt aan smartengeld: het betreft nadeel waarvan de gevolgen vanaf het moment van ontstaan tot het moment van schadevaststelling, en ook nog daarna, kunnen *fluctueren*. Zoals de rechter toekomstig nadeel mag fixeren

76. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 339, volgens welke de rechter bij de begroting van de schade 'een grote mate van vrijheid heeft en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht, terwijl de bepaling die thans in de tweede zin is vervat hem tevens in belangrijke mate ontheft van zijn motiveringsplicht'; HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*).

77. Hebly 2019, p. 69.

78. Hebly 2019, p. 71 e.v., met verwijzing naar de ons omringende landen, waar vooral het accent ligt op het moment van schadevaststelling.

op de datum van schadevaststelling (art. 6:105 BW), zo mag de rechter ook voor geleden nadeel een *peildatum* hanteren, en de waardevermindering, de kosten of het smartengeld schatten naar het moment van ontstaan van de beschadiging of het letsel, dan wel in voorkomend geval naar het moment van de schadevaststelling.

118. De feitelijke begrotingsvrijheid kent wel grenzen. Het hanteren van een peildatum raakt de schadeomvang, niet de *rechtsgevolgen* die aan het ontstaan van een schadevergoedingsplicht verbonden zijn (par. 3.5.2). Wetelijke rente is bijvoorbeeld verschuldigd vanaf het moment dat de vergoedingsplicht is ontstaan (art. 6:119 BW). De vrijheid te schatten is voorts beperkt tot *aannemelijke* schade. Schade kan zich wijzigen, bijvoorbeeld doordat de benadeelde in plaats van waardevermindering de kosten van herstel vraagt. Of omdat de benadeelde om verlies van ondernemingswaarde vraagt in plaats van te derven winst.⁷⁹ Bovendien kan de aannemelijkheid van de schade wijzigen als gevolg van eigen schuld bij de benadeelde of een nadien optredend voordeel. We zullen zien dat van eigen schuld of toerekenbaar voordeel bij marktfluctuaties niet snel sprake is (par. 3.9.1 resp. 5.5). Net zomin als de benadeelde snel kan worden nagedragen dat de herstelkosten ‘een straat verder’ goedkoper waren, kunnen prijsfluctuaties door enkel tijdsverloop hem als eigen schuld of voordeel worden tegengeworpen.⁸⁰

Grenzen
schattings-
vrijheid

119. De grenzen van de feitelijke begrotingsvrijheid zijn overschreden in de prejudiciële beslissing over de waardevermindering van de woningen die zich bevinden boven het Groningenveld. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat voor het kunnen begroten ‘*een geofysische stabiele toestand*’ nodig is,⁸¹ waarvan nog onvoldoende sprake was. Toekomstige ontwikkelingen kunnen een negatieve invloed of een positieve invloed hebben. Die toekomstige ontwikkelingen staan evenwel niet aan de aannemelijkheid van al ingetreden waardevermindering in de weg. Voor zover die toekomstige onzekerheden te maken hebben met *marktprijsfluctuaties* of onduidelijkheid over de gevolgen van de huidige *geofysische toestand*, betreft het voor eenieder bekende onzekerheden die in de huidige waardevermindering transparant zijn meegenomen en waarvan toekomstige meevallers of tegenvallers dus voor rekening komen van de benadeelde die ervoor kiest tegen de huidige waardevermindering ‘af te rekenen’. Voor zover die toekomstige onzekerheden te maken hebben met *toekomstige gaswinning* en die toekomstige gas-

Bijvoorbeeld:
Groningen

79. Hebly 2019, p. 229.

80. Winiger 2018, p. 63 en 89, beschrijft hoe dit uitgangspunt al volgens het Romeinse recht gold, met verwijzing naar Gaius, *Digesta*, 9.2.2pr.

81. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.11.4.

winning leidt tot extra waardevermindering, komt dit voor rekening van de laedentes.⁸² De huidige geofysische onzekerheden in Groningen maken de waardevermindering niet onaannemelijk.⁸³ Die waardevermindering is ook niet toekomstig in de zin van nog niet-ingetreden. Waardevermindering als gevolg van noodzakelijke kosten van herstel vormt geen niet-ingetreden schade, enkel omdat de kosten van herstel nog moeten worden gemaakt. Het staat de rechter in zo'n geval niet vrij het schatten van de waardevermindering op de voet van art. 6:105 BW uit te stellen, bijvoorbeeld omdat de kosten van herstel in de toekomst door marktfluctuaties hoger of lager kunnen zijn. De Hoge Raad gebruikt de begrotingsvrijheid in deze prejudiciële beslissing niet om het schatten van aannemelijke schade uit te stellen, maar om een aannemelijke schade in de vorm van waardevermindering niet vergoedbaar te oordelen. Mogelijk wil de Hoge Raad voorkomen dat huidige woningbezitters door nu 'af te rekenen' deze toekomstige ontwikkelingen voor hun rekening nemen. Mogelijk is ook dat de Hoge Raad de aangesproken laedentes de kans wil geven door beperking van de gaswinning de waardevermindering in de toekomst ongedaan te maken in plaats van nu met 'harde euro's' uit (vooral) publieke middelen een boekhoudkundige vermogensschade te vergoeden. Vanuit maatschappelijk oogpunt valt daar iets voor te zeggen. Dit betreft echter geen feitelijk oordeel. Het ontstaan van juridisch relevante schade is wel degelijk aannemelijk. Dit betreft een rechtsoordeel. De schade komt *nog niet* voor vergoeding in aanmerking. Dat verdient een nadere, op zo'n rechtsoordeel toegesneden motivering, in plaats van een verwijzing naar de geofysische toestand. Schadeberekening gaat met zo'n oordeel over in het niet-toerekenen van schade (par. 4.4.6).

Niet ontstaan
schadevergoe-
dingsplicht

120. De feitelijke begrotingsvrijheid van de rechter gaat niet zover, dat de rechter beslist wanneer de schade of het recht op schadevergoeding *ontstaat*. Schade realiseert zich in beginsel zelfstandig, onafhankelijk van de vaststelling achteraf. Anders dan de wetgever in art. 6:97 BW suggereert, is niet logisch dat de rechter door zijn wijze van schatten kan bepalen wanneer de schade of de vergoedingsplicht ontstaat.⁸⁴ Het ontstaan van de wette-

82. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.11.5. De vermeende niet-begrootbaarheid staat ook op gespannen voet met 's Raads oordeel dat de rechter niettemin een voorschot mag toekennen 'als voldoende aannemelijk is dat door de benadeelde uiteindelijk schade zal worden geleden'.

83. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60.

84. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7884, NJ 2003/603 (*Visser/Gerrit van Tusschenbroek*); Hebly 2019, p. 94 – 95; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 475, met verwijzing naar concreet/abstract en toekomstigs schade/bedrag ineens; Klaassen 2017/14; HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508, m.nt. J.B.M. Vranken; Akkermans 1998, p. 59 e.v.

lijke schadevergoedingsverplichting is niet afhankelijk van het schatten en daarmee: het perspectief van de benadeelde, maar van het moment van ontstaan van de schade en dus: het perspectief van de laedens. Het ontstaansmoment van de vergoedingsplicht is afhankelijk van de *normschending* die aan het ontstaan van de schade voorafgaat. Het moment van ontstaan van de schadevergoedingsplicht wordt niet bepaald vanuit het perspectief van de benadeelde, maar vanuit het perspectief van de laedens. Bekendheid bij de benadeelde met het bestaan van de schade is voor het ontstaan van de vergoedingsplicht geen voorwaarde.⁸⁵ Zo kan van een schadevergoedingsplicht sprake zijn zonder dat de benadeelde met de schade bekend is, bijvoorbeeld omdat de benadeelde door de laedens wordt misleid.⁸⁶ Tegelijkertijd ontstaat de schadevergoedingsplicht in de regel voor een gemiddelde laedens niet onverwacht. Dat geldt in algemene zin (par. 3.5.2) en soms ook in meer specifieke zin (par. 3.6.2). Aan het ontstaan van een schadevergoedingsplicht gaat bij gedragsnormen immers een normschending vooraf (par. 3.4.1).

3.4 RISICO WORDT INGESCHAT

121. Evenals schade, is ook een risico *zelfstandig* bepaalbaar, los van de schade. Of sprake is van een risico dat aanleiding geeft tot een schadevergoeding, wordt per geval bepaald. Schadevergoeding is geen collectieve voorziening die automatisch intreedt wanneer de benadeelde een bepaalde schade lijdt. Het schadevergoedingsrecht is afhankelijk van een vergoedingsgrond. Ieder vergoedingsgrond begint met een risico dat voor menselijke beheersing vatbaar is. *'Central to the concept of negligent conduct is the notion of 'risk.'*⁸⁷ Sommige risico's zijn specifiek beheersbaar. De risico's van een openstaand kelderluik zijn duidelijk te voorkomen. Andere risico's zijn hooguit in algemene zin te bevatten; bijvoorbeeld door je ertegen te verzekeren. Zo kunnen we ons indekken tegen het inflatierisico. Het inflatierisico wegnemen, kunnen we niet. De beheersbaarheid van risico's biedt een feitelijke begrenzing van wat relevante risico's zijn.⁸⁸ Vanuit het perspectief van de laedens gezien bestaan risico's zelfstandig, onafhankelijk van de schadelijke gevolgen. Of iets een risico vormt, is niet afhankelijk van hoe de schade zich realiseert. Grote risico's kunnen achteraf meevallen, terwijl een ernstige schade met voortschrijdend inzicht noodlottig onvoorzien kan toeslaan (par. 3.2.1).

Objectief
begrip

85. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 3.4; Spier 1998, p. 9.

86. Hebly 2019, p. 262 (verkoop) en p. 264 (onjuist vermogensbeheer).

87. Cane 2017, p. 41.

88. Honoré 1999, p. 32.

Norm-
schending

122. Zoals niet ieder nadeel voor vergoeding in aanmerking komt (par. 3.3), vertaalt niet ieder risico zich in een vergoedingsplicht. Dagelijks veroorzaken we risico's waarvan we de gevolgen niet zelf hoeven te dragen. Deze gevolgen komen als *collateral damage* voor rekening van anderen. Voor een vergoedingsplicht is een normschending of aantasting vereist. De juridische beheersbaarheid van het risico van een openstaand kelderluik is afhankelijk van enerzijds de waarschijnlijkheid van de niet oplettendheid, het risico dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst van de mogelijke gevolgen en anderzijds de bezwaarlijkheid van te nemen maatregelen.⁸⁹ Normschending gaat over gevaar-zetting en de vereiste mate van zorg.⁹⁰ Onrechtmatigheid kan ontbreken, bijvoorbeeld omdat sprake is van een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'.⁹¹ Het handelen van de laedens kan ook verschoonbaar zijn of door een bijzondere omstandigheid worden gerechtvaardigd. Niet alle gevaren vloeien voort uit menselijk handelen. Van oudsher vormen 'acts of God' overmacht. De inhoud van dit overmachtsverweer verandert door technologische ontwikkelingen en voortschrijdende inzichten. Als een grondslag voor schadevergoeding hanteer ik het begrip 'normschending' ruimer dan alleen verwijzend naar de onrechtmatige handeling. Onder een 'normschending' versta ik de toerekenbare onrechtmatige, onzorgvuldige of tekortkomende handeling: de 'fout'.⁹²

Als gedeelde
waarde

123. Evenals schade zijn risico's en normschendingen in beginsel gebaseerd op *algemene ervaringsgemiddelden*. Deze ervaringen kunnen van natuurwetenschappelijke aard zijn. Een openstaand kelderluik is gevaarlijk,⁹³ een scherp broodmes minder,⁹⁴ en een groen stoplicht niet.⁹⁵ De aannemelijkheid van risico's en normschendingen is niet tot natuurwetenschappelijke bevindingen beperkt, maar kan ook afhankelijk zijn van *gedeelde waarden*: wat wel of niet als een risico of normschending wordt gezien. Voor een rood stoplicht moet men stoppen. Bepaalde uitlatingen zijn ongepast en beledigend. De norm van gevaarzetting beoogt het voorkomen van een bepaald gevolg, en is inherent verbonden met wat voor een gemiddelde laedens kenbaar waarschijnlijk is.

89. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); Van Dam 2020/202.

90. Van Dam 2020//201.

91. HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hudepohl/Werink*).

92. Van Dam 1989, nrs. 140 e.v. die voorstelt de dubbele toets van de onrechtmatigheid als toets van het gedrag, en schuld of toerekening als toets van de persoon, te vervangen door één criterium: de zorgvuldigheidsnorm; Klaassen 1991, p. 251.

93. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

94. HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090, NJ 2004/175 (*Laudy/Fair Play*).

95. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6996, NJ 2011/307 (*Zürich/Van Gernert*).

3.4.1 ... ALS EEN VOORZIENBAAR GEVOLG MET EEN MOGELIJKE OORZAAK

124. Terecht relateert Barendrecht het onderscheid tussen 'feit' en 'norm'. Normen geven betekenis aan zintuigelijke waarnemingen. Tussen norm en feit bestaat slechts een *gradueel* verschil.⁹⁶ De werkelijkheid kan niet theorievrije waargenomen worden,⁹⁷ evenals het recht niet toetsbaar is aan een absolute norm. Feit en norm zijn beide herleidbaar tot gedeelde waarden.⁹⁸ Op z'n best constateren we als gemeenschap dat we het over bepaalde zaken eens zijn, waarover dan blijkbaar *sensus communis* of *common sense* bestaat.⁹⁹ Bepaalde beledigingen creëren zo een even feitelijk risico als een scherp broodmes. Gedeelde waarden in de vorm van een broodmes of een belediging maken een risico aannemelijk: als reden voor, of als oorzaak van menselijk handelen. Tegelijkertijd begrenzen gedeelde waarden de aannemelijkheid van wat nog een risico is. Een risico kan voor de gemiddelde mens slechts norm-schendend zijn *voor zover* het gevaar kenbaar waarschijnlijk is. Van een relevante normschending is geen sprake indien de normschending als oorzaak van schade niet voorzienbaar is, noch waarschijnlijk. Sommige gedragsnormen worden feitelijk meer begrensd door de kenbaarheid of de voorzienbaarheid, andere meer door de waarschijnlijkheid of het *condicio sine qua non* verband.

Feit of norm

125. Bij normen als een *inbreuk op een recht* of strijd met een *wettelijke plicht* staat vooral de *waarschijnlijkheid* van de gevolgen van een bepaald handelen of nalaten voorop. Het gebruik van andermans fiets, zonder toestemming, is onrechtmatig. Eigendom is een fundamenteel recht. Flitspalen staan vaak op locaties waarvan proefondervindelijk bekend is dat te hard rijden tot ongelukken leidt. Eigendomsrechten en verkeersregels vloeien voort uit ervaringsregels van natuurwetenschappelijk aard of andere gedeelde waarden. Eigendomsrechten en verkeersregels zijn minder afhankelijk van de individuele omstandigheden van het geval. Deze regels zijn tamelijk tijdloos, gelden voor iedereen en in bijna alle gevallen. De rechtszekerheid staat voorop. Juist omdat het negeren van dergelijke normen zo'n aannemelijke oorzaak van schade is, is bij niet-naleving de normschending al snel gegeven.

Meer waarschijnlijk

126. Tegelijkertijd is de normschending in een individueel geval pas aannemelijk voor zover het schadelijke gevolg *voorzienbaar* is. Via de 'Leer Smits' die de zorgvuldigheid als criterium van onrechtmatigheid centraal stelt, is terecht meer aandacht gevraagd voor de voorzienbaarheid of kenbaarheid

Meer voorzienbaar

96. Barendrecht 1992, p. 40.

97. Barendrecht 1992, p. 163 en 164; Loth 2021, p. 263.

98. Barendrecht 1992, p. 40.

99. Arendt 1975, p. 81; Cane 2002, p. 17.

van de gevolgen voor de aansprakelijke persoon.¹⁰⁰ Ook een inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke plicht leidt pas tot aansprakelijkheid wanneer het risico voorzienbaar was. Anders kan de normschending de laedens niet worden toegerekend. Juist bij een algemene zorgvuldigheidsnorm als de *gevaarzetting*, werkt de voorzienbaarheid van de gevolgen voor de normschending begrenzend.¹⁰¹ Het doden van een andermans paard door het achteloos op een afvalberg gooien van een giftige taxusstruik is niet onrechtmatig als voor een gemiddeld mens onbekend is dat taxus giftig is voor paarden.¹⁰² Gemiddelde mensen rijden niet door rood licht, wel door groen licht en soms door een oranje stoplicht.

Mate van
inspanning

127. Maar wanneer is 'soms'? Wat voorzienbaar is, wordt medebepaald door de *inspanning*. Minder voorzienbare gevolgen worden vaak met wat meer inspanning beter voorzienbaar. Stapvoets een oranje stoplicht naderen verhoogt het zicht op ander verkeer, maar gaat ten koste van de snelheid. Met een beetje meer snelheid kan het oranje licht misschien nog gehaald worden. Dit vermindert weliswaar het zicht op andere weggebruikers. Uiteindelijk mag van de gemiddelde laedens niet meer inspanning gevergd worden dan het risico rechtvaardigt. Die bezwaarlijkheid is voor voorzienbare risico's vaak objectief bepaalbaar. In de bebouwde kom ligt de inspanning bij oranje stoplichten op minimaal max. 50 km per uur. Beroemd is de formule van Judge Learned Hand die dit heeft samengevat als: $P(\text{robability}) \times L(\text{oss}) > B(\text{urden})$.¹⁰³ Is het risico voor de benadeelde groter dan de bezwaarlijkheid voor de laedens, dan bestaat een rechtsplicht; anders niet. Een feitelijke, rekenkundige benadering, los van de meer individuele omstandigheden van de laedens, die vooral aanzet tot berekening, minder tot weging. 'Weten of behoren te weten' heeft bij de gemiddeld laedens een feitelijke betekenis.

In beginsel
toerekenbaar

128. Volgens Judge Learned Hand stijgt de vereiste inspanning met de mate waarin de gevolgen groter zijn (L) of het risico daarop toeneemt (P). De ernstige gevolgen van een verkeersongeval (L) rechtvaardigen op voorhand dat inzittenden van een auto een autoriem dragen (B). Evenzo laat zich moeilijk denken dat ingeval van een onmiddellijk dreigend gevaar (P) de voor een gemiddeld mens te nemen maatregelen (B) snel te inspannend zijn

100. Smits, *WPNR* 1938/7; Smits *WPNR* 1940/3688-3690; Sieburgh 2000/45; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/53 en 83; Van Dam 2020/222; Van Boom 2020/205.

101. Verheij 2019/16.

102. HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, *NJ* 1994/624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Taxusstruik*).

103. Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169; Van Boom 2003/4; Van Dam 2020/204.

om achterwege te worden gelaten. Volgens Sieburgh moet de toerekening zo veel mogelijk plaatsvinden aan de hand van objectieve aanknopingspunten.¹⁰⁴ Toerekening vindt *niet* plaats als de meer individuele omstandigheden van het geval naar algemeen geaccepteerde maatstaven daar geen aanleiding toe geven, specifiek of meer algemeen. Bij *specifieke* omstandigheden valt te denken aan bepaalde schulduitsluitingsgronden, bijvoorbeeld omdat voor het rondzwaaien met een ijzeren staaf een rechtvaardigingsgrond wordt aanvaard,¹⁰⁵ of wanneer de rechter wegens de kennelijk onaanvaardbare gevolgen gebruik maakt van zijn matigingsrecht (art. 6:109 BW).¹⁰⁶ De meer *algemene* omstandigheden resoneren in de niet-toerekenbaarheid van nalaten wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming (art. 6:165 lid 1 BW) of de regel dat schade als gevolg van eigen schuld niet, althans niet volledig voor vergoeding in aanmerking komt, hoe zeer ook het handelen van de laedens toerekenbaar normschendend was (par. 3.9.2).¹⁰⁷

3.4.2 ... WAARIN DE RECHTER EEN BEPAALDE VRIJHEID HEEFT

129. Bij het vaststellen van een risico of normschending geniet de rechter een zekere mate van vrijheid. Sommige risico's en normen worden als *ervaringsgegevens* immers specifiek 'gedeeld' dan andere (vgl. art. 6:74 BW of art. 6:162 BW). Een rood stoplicht kan op de centimeter en seconde nauwkeurig worden gehandhaafd. Een diefstal volgt vaak eenvoudig uit de feiten. Gevaarstelling vergt bij gedeelde waarden een rekenkundige benadering. De normschending behoeft niet op twee cijfers achter de komma te worden bepaald. Een voldoende mate van zekerheid volstaat. In het waarderen van het bewijs is de rechter vrij. Bovendien mag hij algemene ervaringsgegevens aan zijn beoordeling ten grondslag leggen. De normschending vloeit bij gedeelde waarden voort uit de feiten en behoeft geen weging van meer individuele omstandigheden.

Rechter
mag risico
inschatten

104. Sieburgh 2000, p. 215 e.v.; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/122*; Wiarda 1999, p. 49.

105. Noodweer. Zie HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3841, NJ 2000/9 (*Akin/Steenbakkers*). Niet onjuist is 's Hofs oordeel dat het rondzwaaien van een ijzeren staaf waardoor het slachtoffer werd geraakt gerechtvaardigd was op de grond dat het door de noodzakelijke verdediging tegen de ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding van het lijf van degene die hij te hulp schoot geboden was.

106. Franke 2022, p. 355, meent dat geen scherp onderscheid is te maken tussen schulduitsluitingsgronden en rechtvaardigingsgronden. Volgens Franke 2022, p. 401, is de schulduitsluitingsgrond zelfs een 'lege huls', en is het schuldvereiste in het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht een 'achterhaald dogma'.

107. Inmiddels bepaalt art. 6:101 lid 1 BW expliciet dat bij eigen schuld de schade tussen de laedens en de benadeelde wordt verdeeld, in plaats van 'alles of niets', zoals eeuwenlang heeft gegolden. Keirse & Jongeneel 2013/2 e.v, met verwijzing naar de kentering in HR 4 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:30, NJ 1916/450 (*Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré*).

Niet ontstaan
normschending 130. De vrijheid van de rechter gaat niet zover dat hij ook het moment van *ontstaan* van de normschending bepaalt. Het moment van ontstaan is afhankelijk van de *schadevergoeding* die de benadeelde verlangt, en wordt bepaald vanuit het perspectief van de benadeelde. De aard van de schade waarvan de individuele benadeelde vergoeding vordert, bepaalt de norm die de benadeelde aan zijn vordering ten grondslag legt, en daarmee ook de aard van de normschending. Het maakt verschil of de benadeelde kosten ter voorkoming van een ongeval vordert, of waardevermindering. Kosten ter voorkoming van een ongeval zijn verschuldigd als een schade dreigt. Voor de normschending volstaat een onmiddellijk dreigend gevaar. De schade moet specifiek voorzienbaar zijn. Of achteraf aannemelijk is dat het ongeval zich bij gebreke van maatregelen zou hebben voorgedaan, is voor de vergoedingsvraag zo goed als irrelevant. Waardevermindering is verschuldigd vanaf het moment dat het ongeval zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. De normschendingsvraag moet beantwoord worden tegen de achtergrond van de inmiddels ingetreden waardevermindering. Of die waardevermindering specifieke voorzienbaar was, is voor de vergoedingsvraag minder relevant.

3.4.3 SCHULD IS UITGANGSPUNT

Schuld is
uitgangspunt 131. Voordat we naar het ontstaansmoment van schade kijken, moeten we nog twee aspecten van meer specifiek de normschending onder ogen zien. Allereerst: wat is de *rechtvaardiging* van het aannemen van een vergoedingsplicht op basis van een ‘*gemiddeld mens*’? Als we weten dat ieder mens dagelijks fouten maakt, juist als het gaat om de risico’s van alledag, leidt de toepassing van de maatstaf van een ‘*gemiddeld mens*’ niet eerder tot een vorm van risicoaansprakelijkheid of, zoals Honoré het noemt: ‘*outcome responsibility*’, omdat die gemiddelde mens ook de voordelen van zijn handelen geniet: *‘the person who, in situation of uncertainty, has a degree of control over how it will turn out, and who stands to gain if it goes in his favour, must bear the risk that it will turn out to harm another’*?¹⁰⁸ Is het dan wel juist om nog van een schuldaansprakelijkheid te spreken? Volgens Honoré biedt het aannemen van een schuldaansprakelijkheid in dergelijke gevallen geen rechtvaardiging.¹⁰⁹ Ik zie dit anders, en wel om twee redenen. De ene heeft betrekking op de gelijkheid, de andere op de zorgvuldigheid.

Mensen zijn
vergelijkbaar 132. Als we de verantwoordelijkheid voor de ‘risico’s van alledag’ duiden als een schuldaansprakelijkheid, dan zetten we de individuele laedens centraal. Dat ligt anders in geval van een risicoaansprakelijkheid. Bij een risico-

108. Honoré 1999, p. 81; Cane 2002, p. 76.

109. Honoré 1999, p. 19 e.v.

aansprakelijkheid staan de verwachtingen van de benadeelde voorop: wat mocht de benadeelde in bepaalde omstandigheden verwachten? Staat de laedens centraal, dan heeft eenieder er recht op niet als meer of minder bekwaam te worden gezien dan een ander. Dit vloeit voort uit het *gelijkheidsbeginsel*. Alle mensen zijn gelijk, in de zin van: *vergelijkbaar*.¹¹⁰ Mensen delen een gemeenschappelijke noemer. Deze menselijke maat doet recht aan ieder individu van de gemeenschap.¹¹¹ Het is redelijk deze gedeelde ervaring ook feitelijk tot uitgangspunt te nemen. Het uitgangspunt van gedeelde waarden is bijvoorbeeld zichtbaar in de rekenkundig afweging die volgens Judge Learned Hand een rechtsplicht tot het nemen van maatregelen rechtvaardigt, wanneer het risico voor de benadeelde groter is dan de bezwaarlijkheid voor de laedens.¹¹² De waarde van een euro is niet afhankelijk van de eigenaar. Het bestaan van gedeelde waarden blijkt ook uit de door Vranken geformuleerde maxime: *'indien het eigenlijke gevaar bekend is, doet de modaliteit waarin dat gevaar zich realiseert er in beginsel niet toe.'*¹¹³ Vrankens stelregel veronderstelt overeenstemming over *'het eigenlijke gevaar'*. Gedeelde waarden zijn voorts herkenbaar in de gedachte dat de gevolgen van verwijtbaar handelen in het *algemeen* voor rekening van de laedens komen.¹¹⁴ Het uitgangspunt van gedeelde waarden verklaart waarom bijvoorbeeld de minder bekwaamheid van jonge kinderen niet tot aansprakelijkheid leidt (art. 6:164 BW), en de lichamelijke of geestelijke tekortkoming wel (art. 6:165 BW).¹¹⁵ Van jonge kinderen is de minder bekwaamheid voor een ieder kenbaar.¹¹⁶ Bovendien is iedereen jong geweest, hebben jonge kinderen in de regel geen zicht op de eigen beperkingen en heeft een volwassene dat in de regel wel.¹¹⁷ Deze verwachtingen zijn voor iedereen gelijk. Voor een lichamelijke of geestelijke tekortkoming geldt dit niet.¹¹⁸

110. Verheij 2019/5; Over de privaatrechtelijke opmars van het discriminatieverbod in art. 1 Grondwet ("... op welke grond dan ook ..."). Zie Hartkamp, *WPNR* 2010/6843, p. 383 e.v.; Over het gelijkheidsbeginsel. Zie Sieburgh 2013, p. 429 e.v.

111. Honoré 1999, p. 137.

112. Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169.

113. Vranken, *WPNR* 1990/5955, p. 213; Van Dam 2020/208.

114. Nieuwenhuis 1991, p. 36.

115. Honoré 1999, p. 17; Sieburgh licht toe dat voor de wetgever in de beide gevallen de rechtszekerheid voorop heeft gestaan. Zie Sieburgh 2000, p. 171 e.v.; *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/118.

116. De niet-aansprakelijkheid van kinderen (art. 6:164) is meer dan een kanalisatie van de aansprakelijkheid naar de ouders (art. 6:169 BW), zoals blijkt uit de reflexwerking die de jurisprudentie daaraan geeft. Bij kinderen tot 14 jaar is van eigen schuld geen sprake, tenzij wanneer het gaat om opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, wat juist bij kinderen niet snel denkbaar is; Van Dam 2020/1011-1 – 1012-2 en 605.

117. Cane 2017, p. 38 en 39; Koziol 2017, p. 47.

118. Arendt 1975, p. 755. 'Het algemene kenteken van geestelijke stoornis is het verlies van de zin die alle mensen gemeen hebben (sensus communis) en de daarvoor in de plaats komende logische eigenzinnigheid (sensus privatus).', citeert Arendt Kant.

Maar niet gelijk 133. In beginsel. Als de laedens ingeval van een schuldaansprakelijkheid werkelijk centraal staat, dan heeft hij de mogelijkheid toe te lichten waarom, in afwijking van wat van een gemiddeld mens verwacht mag worden, hém in dit geval geen schuld treft.¹¹⁹ Verwijtbaar handelen moet *individueel* worden vastgesteld. Ook dit vormt inmiddels een gedeelde waarde.¹²⁰ De fout van een gemiddeld mens kan voor een individuele laedens verschoonbaar zijn, bijvoorbeeld omdat diens meer specifieke omstandigheden zijn schuld verminderen of een rechtvaardiging bieden, zoals in een geval van noodweer.¹²¹ Koziol spreekt van een fundamenteel recht: *'it would contravene human rights if any individual were ultimately held liable for being born with below average abilities.'*¹²² Schade waarvan op eerste gezicht aannemelijk is dat de laedens daarvoor aansprakelijk is, kan bij nadere beoordeling toch niet toerekenbaar blijken. In hoeverre daadwerkelijk sprake is van gelijke gevallen, kan pas achteraf worden vastgesteld. Zo is, omgekeerd, ook mogelijk dat de laedens aansprakelijk is voor schade die een gemiddelde laedens niet veroorzaakt zou hebben. Bij gedragsnormen is voor het hypothetisch scenario niet beslissend wat rechtens juist was geweest. Het gaat erom wat feitelijk meest aannemelijk is (par. 3.7.1).¹²³ Als de schade ook was ontstaan indien met de toegestane snelheid was gereden en niet was ontstaan als iets langzamer was gereden, terwijl meer aannemelijk is dat bij niet te hard rijden deze laedens iets langzamer zou hebben gereden, dan is het causaal verband met de normschending aannemelijk. Bij gedragsnormen komt het resterend deel van het rechtmatig alternatief de benadeelde toe, niet de laedens. Gedragsnormen worden gelegitimeerd door persoonlijke vrijheid en verantwoordelijkheid. Of een normschending zich realiseert is niet een statisch gegeven, maar moet met *voortschrijdend inzicht* worden vastgesteld.¹²⁴ Bij een schuldaansprakelijkheid kunnen alle omstandigheden aan de zijde van de laedens worden meegenomen. Het enkele feit dat de laedens ook voordeel van zijn handelen geniet, kan, zoals Honoré betoogt, aanleiding zijn hem *niet* van zijn schuld ontheven te achten. De waarde van een euro

119. Dommering, *NTBR* 2004/2, p. 72-79.

120. Van Maanen 1986, p. 189-190, volgens wie de rechtspraak pas na 1905, in het bijzonder vanaf 1909, een meer subjectief schuldbegrip ging hanteren. Daarvoor speelden persoonscriteria bij de beoordeling van de buiten-contractuele aansprakelijkheid geen rol en werd vooral uitgegaan van de 'gemiddelde' of 'normale' mens; Klaassen 1991, p. 250.

121. Noodweer. Zie HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3841, *NJ* 2000/9 (*Akin/Steenbakkers*).

122. Koziol 2017, p. 121.

123. Koziol 2017, p. 133; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh. Medische aansprakelijkheid.

124. Mijns inziens ziet Van Dam zowel dit fundamenteel recht als het noodzakelijk voortschrijdend inzicht bij het vaststellen van de schuld over het hoofd, als hij meent dat schuld objectief moet worden vastgesteld en dat aan de subjectieve toetsing van schuld te veel bezwaren kleven. Zie Van Dam 2020/307.

is niet afhankelijk van de eigenaar, maar daarmee nog niet voor ieder mens gelijk (par. 3.9.3). Noodzakelijk is dit niet. *The pursuit of Happiness* of 'the betting on the outcome of our actions' dwingt niet enkel vanwege het voordeel dat de laedens geniet, ook het nadeel voor diens rekening te brengen.¹²⁵

3.4.4 TOEREKENING STEEDS BELANGRIJKER

134. Dit leidt tot een tweede aspect als het gaat om normschending. Mensen handelen en worden uiteindelijk afgerekend op basis van normen. Sommige normen zijn heel concreet. Bij schending van zo'n norm is eerder sprake van schuld. Andere normen zijn minder helder, maar kunnen bij schending evenzeer tot een vergoedingsplicht leiden. Steeds meer maakt het recht van dergelijke 'vage' of 'open normen' gebruik. Het onderscheidend vermogen van normen is afhankelijk van hetzij het gevaar waarnaar de norm verwijt, hetzij het 'soortelijk gewicht' of uitgangspunt dat in de norm besloten ligt. Een rood stoplicht op een druk kruispunt maakt duidelijk dat het negeren daarvan direct leidt tot een onmiddellijk dreigend gevaar. Rood licht heeft duidelijk onderscheidende kenmerken. Dat geldt niet alleen tijdens de spits, maar ook voor rustige momenten. Vergelijkbaar onderscheidend zijn andere, voldoende concreet geformuleerde wettelijke regels, of wanneer het bijvoorbeeld gaat om een breed gedeelde waarde als de bescherming van eigendom. Dergelijke normen voorzien in een duidelijk gevaar of uitgangspunt, sturen daarmee concreet gedrag en geven na een risicorealisatie richting aan het toedelen van de schade. Dat ligt minder duidelijk wanneer het gaat om nieuwe technologieën als nanotechnologie waaraan onduidelijke risico's kleven. In dergelijke gevallen is het risico op schade meer onzeker. Ze kunnen zich realiseren. Maar of dat in het individuele geval zo zal zijn, is vaak onduidelijk. Hetzelfde geldt voor algemene, open normen als de maatschappelijke zorgvuldigheid of dat verwijtbaar handelen voor eigen rekening komt. Dat men zich netjes moet gedragen, is breed aanvaard. Maar de precieze invulling van die algemene regel is minder eenduidig. Is de norm naar gevaar of uitgangspunt minder onderscheidend, dan vergt de normschending een afweging van meer individuele omstandigheden en leidt sneller tot toerekening.

Normen verschillen

135. Het onderscheidend vermogen van een norm is beter te bepalen aan de hand van het voorzienbare gevolg en de aannemelijke oorzaak, dan op basis van het wettelijk onderscheid tussen inbreuk op een recht, wettelijke plicht, of maatschappelijke zorgvuldigheid.¹²⁶ Dit onderscheid is vooral his-

Naar onderscheidend vermogen

125. Honoré lijkt dit uiteindelijk ook zo te zien, waar hij stelt dat 'outcome responsibility' niet automatisch leidt tot toerekening. Dit vergt aanvullende omstandigheden, zoals een verwijt of een bijzonder risico. Zie Honoré 1999, p. 27 en 77; Cane 2017, p. 47.

126. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/105.

torisch gegroeid. De *maatschappelijke zorgvuldigheid* lijkt naar aard en vorm vorm afhankelijk van de individuele omstandigheden, en daarmee onzeker. Tegelijkertijd wordt de zorgvuldigheidsnorm veelal geformuleerd aan de hand van zo objectief mogelijke aanknopingspunten.¹²⁷ De subjectieve omstandigheden komen dan bij de toerekening aan de persoon aan bod.¹²⁸ Die toerekening vindt evenwel ook zo veel mogelijk plaats aan de hand van gedeelde waarden, bijvoorbeeld doordat de gevolgen van verwijtbaar handelen voor eigen rekening blijven. Volgens Sieburgh moet de verkeersopvatting worden bepaald aan de hand van de in de wet geregelde gevallen van risicoansprakelijkheid.¹²⁹ Het onderscheid in objectieve en subjectieve bestanddelen valt te begrijpen voor zover het aansprakelijkheidsrecht vanuit het traditionele perspectief van de autonomie in zijn *corrigerende* functie wordt gezien, om tot een herstel of vergoeding te komen. De schuld van de laedens legitimeert diens vergoedingsplicht. Sieburgh beschrijft hoe vanaf de middeleeuwen het natuurrecht via de schuld naar een morele rechtvaardiging zoekt.¹³⁰ De vrije wil als bron van schuld was voor de Griekse filosofie non-existent.¹³¹ Aristoteles sprak slechts van een 'keuzevermogen'.¹³² De vrije wil werd pas in de vroege middeleeuwen door Augustinus aan ons idioom toegevoegd.¹³³ Hannah Arendt beschrijft hoe de filosofie tot op de dag van vandaag moeite heeft de vrije wil in te passen.¹³⁴ Naarmate het aansprakelijkheidsrecht als *living instrument* meer aangesproken wordt op zijn *verdelend* vermogen, gaat het niet zozeer om de vrije wil of het onderscheid objectief/subjectief, maar om de vraag in hoeverre een bepaalde norm in een specifiek geval van toepassing is.¹³⁵ Niet de rechtvaardiging van de individuele aansprakelijkheid staat voorop, maar het geldingsbereik van de regel. Van belang is dan in hoeverre de meer individuele omstandigheden van de laedens relevant afwijken van de gemiddelde laedens.

Norm belangrijker dan normbron

136. Een *inbreuk op een recht* of een *strijd met een wettelijke regel* ogen naar hun aard en vorm gevals overstijgend, maar met het arrest Lindenbaum/

127. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/76 en 135.

128. Sieburgh 2000, p. 81 e.v. en 93 e.v.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/74.

129. Sieburgh 2000, p. 215 e.v.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/122; Wiarda 1999, p. 49.

130. Sieburgh 2000, p. 108 e.v.; Het Romeinsrechtelijke 'iniuria' of 'culpa' maakte geen onderscheid tussen onrechtmatigheid, schuld of toerekening; Sieburgh 2000, p. 101 e.v.

131. Arendt 1975, p. 297.

132. In het latijn: *liberum arbitrium*, Arendt 1975, p. 364; zie ook Cane 2002, p. 24, die verwijst naar de 'need to feel a certain degree of control'.

133. Arendt 1975, p. 400, met verwijzing naar Augustinus, *Confessiones* (397), boek VIII, hoofdstuk ix.

134. Arendt 1975, p. 329 e.v.

135. Van Dam 2020/202.

Cohen is het 'gevalsoverstijgend prerogatief' van de wetgever vervaagd.¹³⁶ Volgens art. 11 van de Wet Algemene Bepalingen (1829) past de rechter de wet toe. Maar dat de taak van de rechter tot wetstoepassing beperkt is, vormt een achterhaalde gedachte. Steeds vaker maakt de wetgever gebruik van *open normen* die de rechter moet verfijnen. Meijers had een meer actieve rechter voor ogen.¹³⁷ Beter lijkt met Barendrecht te zeggen dat de rechter de wet met 'respect' tegemoet moet treden.¹³⁸ Wetten bieden evenals rechterlijke uitspraken een coherente verzameling van beproefde regels. Het geldingsgezag van gerechtelijke uitspraken is daarmee nog niet gelijk aan die van wettelijke regels. Uiteindelijk is het de inhoudelijke norm die het geval overstijgend gezag toekomt, niet de normbron.¹³⁹ Dit geldt ook voor het aansprakelijkheidsrecht. Met het aanvaarden van de maatschappelijke zorgvuldigheid als onrechtmatigheidsgrond heeft de rechter zich in zekere zin een positie verworven naast de wetgever. Voor rechtsvorming en rechtszekerheid is sindsdien meer relevant of sprake is van *Einzelfallgerechtigkeit* of *Normgerechtigkeit*, dan of de norm afkomstig is van de wetgever of de rechter. Het maakt voor de aard van de normschending meer verschil of de norm luidt: 'bij rood licht stoppen' of 'onder nader te bepalen omstandigheden moet voorrang worden verleend', dan of de norm afkomstig is van de wetgever of de rechter.

3.5 SCHADE ONTSTAAT

137. Veel normschendingen leiden gelukkig niet tot schade, maar sommige wel. Een risico kan zich in schade realiseren. Het ontstaan van de schade is naast het bestaan van de normschending zelfstandig van belang, omdat het recht aan het ontstaan van de schade *rechtsgevolgen* verbindt. Het gaat niet alleen om het ontstaan van de schadevergoedingsverplichting, en alle daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen. Het ontstaan van de schade heeft ook processuele consequenties, zoals het kunnen instellen van een schadestaatprocedure, of gevolgen van internationaal privaatrecht, als de bevoegde rechter of het toepasselijke recht.¹⁴⁰ Voor het bepalen van de rechtsgevolgen

Schade ontstaat

136. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919/161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

137. Barendrecht 1992, p. 158.

138. Barendrecht 1992, p. 213 en 194.

139. Barendrecht 1992, p. 217 en 258.

140. Schadestaatprocedure: art. 612 Rv. De omvang van de schade behoeft niet aannemelijk te zijn, wel dat mogelijk schade is geleden. Bevoegde rechter: art. 6 sub e Rv. Het land waar de schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Toepasselijk recht: art. 4 lid 1 Rome II Verordening. Het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan.

zijn *twee momenten* van belang. Allereerst het moment waarop een schade zo specifiek voorzienbaar of waarschijnlijk wordt, dat de laedens en de benadeelde in een meer bijzondere rechtsverhouding tot elkaar komen te staan. Daarnaast het moment waarop het bestaan van schade daadwerkelijk aannemelijk is, met als gevolg dat de laedens jegens de benadeelde tot schadevergoeding gehouden is. Beide momenten werk ik in deze paragraaf verder uit.

Van algemeen
naar specifiek

138. Voor een normschending volstaat dat een risico tot schade *kan* leiden: zogenaamde ‘generieke of algemene causaliteit’.¹⁴¹ Bij gebreke van realisatie is een normschending geen oorzaak van schade. ‘*There is no such thing as an ‘attempted tort’.*’¹⁴² In het dagelijks leven worden talloze risico’s genomen die niet tot schade leiden. Een aanvankelijke normschending ontwikkelt zich niet verder, bijvoorbeeld doordat een openstaand kelderluik niet tot ongelukken leidt, of door tijdig ingrijpen teniet wordt gedaan: het kelderluik wordt gesloten. Maar het kan ook anders lopen. Het risico kan zich in een schade realiseren. Worden de gevolgen van een risico meer specifiek voorzienbaar, in de zin van: meer reëel of dreigend, dan ontstaat een moment waarop het ontstaan van schade aannemelijk wordt. Het ontstaan van schade vergt meer waarschijnlijkheid dan het bestaan van een risico (par. 3.2.2). Het ontstaan van een schade vergt ‘individuele of specifieke causaliteit’.

Als de dreiging

3.5.1 ... EERST ALS AANTASTING

139. Van een ‘aantasting’ is sprake als *het in de normschending voorziene risico zo specifiek voorzienbaar wordt, dat het bij gebreke van bijzondere maatregelen met een voldoende mate van zekerheid oorzaak van schade is*. De normschending en de aantasting kunnen in een kort moment besloten liggen, zoals wanneer een automobilist door het rode stoplicht rijdt en prompt een aanrijding veroorzaakt. Tussen de normschending en de aantasting kan ook sprake zijn van een langere duur of van een meer ‘*sluipend risico*’, zoals wanneer *algemene* informatieplichten worden geschonden waarvan niet direct aannemelijk is dat de schending in een specifiek geval relevant is. Zo is de waarschuwing ‘*Let op! Geld lenen kost geld*’ wel algemeen bekend, maar heeft nauwelijks invloed op het gedrag van consumenten.¹⁴³ Feitelijk is pas van een ‘aantasting’ sprake wanneer het nadelige gevolg van de normschending

141. HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2994, NJ 2000/159, m.nt. A.R. Bloembergen (*Koolhaas/Rockwool*); Dommering-van Rongen 2000, p. 154; Van Dam 2020/208.

142. Cane 2017, p. 51; Bij een voldoende dreiging bestaat wel de mogelijkheid tot het vorderen van een gebod of verbod.

143. AFM, *Let op! Geld lenen kost geld* – Een onderzoek naar de effectiviteit van een waarschuwing in kredietreclames, december 2016; Van Boom 2020, p. 65.

bij gebreke van maatregelen door een gemiddelde laedens ingeprijsd *wordt*. Het gaat er niet om wat de individuele laedens doet of weet. Bepalend is wat voor een gemiddelde laedens voorzienbaar is. Ingeval iemand bijvoorbeeld specifieke verplichtingen aangaat waarvan hij weet dat hij die niet kan nakomen, of zijn dag met kwade opzet begint, impliceert dat nog geen ‘aantasting’. Van aantasting is pas sprake wanneer de niet-nakoming of de kwade opzet voor een gemiddelde laedens tot een specifiek voorzienbare schade leidt.

140. Die *nadelige gevolgen* zullen zich in de regel op korte termijn voordoen, bijvoorbeeld indien sprake is van een in het dagelijks verkeer opkomend onmiddellijk dreigend gevaar.¹⁴⁴ Het ‘ingeprijsd worden’ impliceert noodzakelijke én directe maatregelen of een ‘reëel en direct’ gevaar.¹⁴⁵ De in te prijzen nadelige gevolgen kunnen zich als specifiek voorzienbaar ook op een langere termijn als een ‘sluipende schade’ voordoen, zoals wanneer *specifieke* onderzoeks- of informatieplichten worden geschonden of een opeisbare vordering door de debiteur niet wordt voldaan. Te denken valt ook aan onverantwoord klimaatbeheer.¹⁴⁶ Is vanwege de exponentiele toename van kosten en risico’s aannemelijk dat de immense gevolgen van klimaatverandering niet meer door toekomstige adaptatie of mitigatie voorkomen kunnen worden, dan staat de langere termijn waarop die gevolgen zich realiseren niet in de weg aan de aannemelijkheid van de nu al specifiek voorzienbare gevolgen.¹⁴⁷ De lange termijn doet niet af aan de noodzaak tot het nemen van bijzondere maatregelen en daarmee het moment van ‘aantasting’.

Tot handelen
dwingt

141. Het moment van ‘aantasting’ is van belang, omdat aan een ‘aantasting’ *rechtsgevolgen* verbonden zijn.¹⁴⁸ Dreigt immers ‘met een voldoende

Mag je niet
stilzitten

144. De toelichting bij art. 2:104 PETL (*Preventive Expenses*) spreekt van ‘immediately and realistically’ dreigende schade; Lindenbergh, *AV&S* 2007/13.

145. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier, r.o. 5.2.2, waarin de Hoge Raad de vergelijkbare eis van ‘real and immediate risk’ als bedoeld in artikel 2 EVRM vertaalt met: ‘reëel en direct’; Van Dam 2020/214-3.

146. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier, r.o. 5.2.2.

147. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *JIN* 2019/78, m.nt. D.G.J. Sanderink.

148. Ook voor de vraag wie in het kader van artt. 6:181 jo. 6:174 BW als laedens kan worden beschouwd (de bezitter of de bedrijfsmatig gebruiker) is het moment van ‘aantasting’ relevant. In zijn arrest *Schavenmaker Transport en Schavenamker Logistics/Plant* (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3016, *RvdW* 2017/1278) verduidelijkt de Hoge Raad dat met het ‘ontstaan van de schade’ als bedoeld in art. 6:181 lid 1 jo. 6:174 BW wordt bedoeld ‘de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’, en niet zozeer het nadeel zoals dit zich bij de benadeelde heeft voorgedaan; Vgl. HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9757, *NJ* 2010/636 (*Driessen Beheer/Edco Eindhoven*).

mate van zekerheid' schade, dan rust weliswaar nog steeds primair op de laedens de plicht die schade te voorkomen.¹⁴⁹ Vanaf dat moment heeft ook de benadeelde een schadebeperkingsplicht en bestaat voldoende 'reële dreiging' voor een gebods- of verbodsactie.¹⁵⁰ Vanaf het moment van de 'aantasting' hebben laedens en benadeelde op grond van art. 6:2 BW verdergaande verplichtingen jegens elkaar.¹⁵¹ Vanaf het moment van de 'aantasting' kan de benadeelde bij gebreke van een duidelijke termijn geen vertragsrente van zijn contractuele wederpartij vorderen zonder hem met een schriftelijke aanmaning in gebreke te stellen (art. 6:82 lid 1 BW).¹⁵² Vanaf het moment van de 'aantasting' is de benadeelde gerechtigd de met de schadebeperking verband houdende kosten of de redelijke kosten ter bepaling van de schade op de laedens te verhalen (art. 6:96 lid 2 sub a resp. b BW). Vanaf het moment van de 'aantasting' is 'de mogelijkheid van schade' in de zin van 'nadeel' zo aannemelijk dat een schadestaatprocedure toewijsbaar is,¹⁵³ en kan de laedens zich op grond van art. 6:2 BW onder bepaalde omstandigheden niet beroepen op de lange verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW).¹⁵⁴

149. HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2260, NJ 1999/56, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/De Ridder*); *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/126; Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:101 BW, aant. 5.2.4.

150. Schadebeperkingsplicht: *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/125 e.v. Gebod- en verbodsactie: Nuninga, *NTBR* 2018/21, p. 153; HR 13 november 1914, NJ 1915/98, W 9810, m.nt. E.M.Meijers (*Kieft/Otjes*).

151. Lindenbergh 2020/47 en 48.

152. HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197, m.nt. J.L. Smeehuijzen, r.o. 3.2.2, waarin de Hoge Raad het billijkheidskarakter van art. 6:2 BW benadrukt door de ingebrekestellingsregeling te duiden als géén strakke regeling.

153. Ingeval de 'mogelijkheid van schade aannemelijk' is, is schade meer aannemelijk dan indien sprake is van een 'risico' of een 'kans op schade'. Zie HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), waarin de Hoge Raad de verwijzing naar een schadestaat casseert (r.o. 4.6.2), omdat het hof wel heeft geoordeeld dat SNS in het kader van haar bancaire zorgplicht tekortgeschoten is in de vermogenstoets, maar daarmee nog niet vaststaat dat als gevolg van dit nalaten sprake was van overkreditering (r.o. 4.4.1). Van een 'aantasting' in de zin van een voldoende specifiek voorzienbaar risico, of van een voldoende aannemelijke 'mogelijkheid van schade' is dan geen sprake; Klaassen 2017/6.

154. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/43 (*Van Hese/De Schelde*), werd dit aan de hand van nader te beoordelen gezichtspunten mogelijk geoordeeld voor een verborgen schade die zich pas openbaart nadat de verjaringstermijn is verstreken, zoals ingeval van blootstelling aan asbest en de asbestziekte mesothelioom. Nadien zijn de uitzonderingen op de lange verjaringstermijn nog verder uitgebreid voor strafbare feiten (lid 4) en gevallen van letselschade of overlijden (lid 5); HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:412, NJ 2019/388, m.nt. J.L. Smeehuijzen. De Hoge Raad oordeelde dat het uitgesteld aanvangstijdstip van de lange verjaringstermijn in geval van een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak (lid 3) niet alleen geldt in gevallen van milieuschade (lid 2), maar ook in een geval van opstalaansprakelijkheid (art. 6:174 BW), omdat blijkens de wetsgeschiedenis de lid 3 neergelegde regel overeenkomt met het 'in het algemeen reeds geldende recht'. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 599, nr. 5, p. 5).

142. Wat met ‘verdergaande verplichtingen’ (art. 6:2 BW) wordt bedoeld, kan worden bepaald in relatie tot een *toevallige derde*. Stel dat de laedens, de benadeelde en een willekeurige derde alle drie getuigen zijn van een onmiddellijk dreigend gevaar. Dan rust op de laedens als eerste de verantwoordelijkheid maatregelen te nemen. Diens handelen ligt aan het onmiddellijk dreigend gevaar ten grondslag.¹⁵⁵ Is de laedens niet tot het nemen van maatregelen in staat, dan ligt in de rede dat op de benadeelde een beredingsplicht rust. Geconfronteerd met dreigend nadeel én een onmachtige laedens, is de benadeelde jegens de laedens gehouden zijn schade te beperken. Deze verplichting is voor de laedens in het licht van de eigen verplichting jegens de benadeelde niet afdwingbaar. Zij verklaart wel waarom de derde pas voor *zuiver nalaten* kan worden aangesproken wanneer niet alleen sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar, maar ook van een voldoende wetenschap daarvan bij de derde. Het gaat voor die derde niet om de bescherming van de eigen belangen, maar de belangen van anderen: de benadeelde en de laedens.¹⁵⁶ Het beperkt de individuele vrijheid te veel indien voor derden eenzelfde waakzaamheid zou gelden als voor de eigen belangen. Op een derde rust slechts een afgeleide verantwoordelijkheid. De verplichtingen van de laedens en de benadeelde zijn leidend en *verdergaand*. Dit ligt pas anders als sprake is van een ‘aantasting’ in de vorm van een onmiddellijk dreigend gevaar én de derde voldoende subjectieve kennis heeft van het onvermogen van de benadeelde én de laedens.¹⁵⁷ Of wanneer op de derde een bijzondere draagplicht rust in de vorm van kwalitatieve aansprakelijkheid (par. 4.4.1) of alternatieve causaliteit (par. 3.8.2, par. 4.7.2).¹⁵⁸

Tenzij
‘toevallige
derde’

143. Een zuivere duiding van het moment van de ‘aantasting’ is van belang voor het ontstaan van de rechtsgevolgen, bijvoorbeeld als het gaat om de *kosten van beredding of vaststelling*.¹⁵⁹ Vaak wordt het moment van de ‘aantasting’ later in de tijd gepositioneerd, als: het ‘schadevoorval’, de ‘schadegebeurtenis’,¹⁶⁰ het moment van ontstaan van de ‘zaakschade’, de ‘letselschade’ of de ‘inbreuk’,¹⁶¹ of *vager* als afhankelijk van de ‘feitelijke situatie’ of

Kosten worden
vergoed

155. Honoré 1999, p. 43: ‘Positive acts, I contend, are often worse than omissions that violate ordinary norms, because they create the primary harms and risks of harm that omissions fail to remedy.’; Cane 2017, p. 37 en 38.

156. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149 m.nt. G.J. Scholten (*Struikellende broodbezorger*); Verheij 2019/23.1; Visscher 2005, p. 88; Cane 2017, p. 54 en 55. De derde zal de daaraan verbonden kosten bij de laedens kunnen verhalen, op grond van hetzij art. 6:96 lid 2 sub a BW, hetzij art. 6:200 lid 1 BW (zaakwaarneming); Van Dam 2020/214-3.

157. Franke 2022, p. 296; Van Dam 2020/214-3.

158. Honoré 1999, p. 54 e.v.; Koziol 2017, p. 51 e.v.

159. Lindenbergh 2020/41A; Asser/Sieburgh 6-II 2017/28, 29 en 87; Klaassen 2017/30.

160. Tjong Tjin Tai 2017, p. 7.

161. Nieuwenhuis, TPR 2002, p. 1700; Lindenbergh 2014, p. 49.

het 'type schade'.¹⁶² Verwezen wordt dan naar de fysieke gebeurtenis of het fysiek beschadigd raken van lijf of goed. Het moment van de 'aantasting' gaat echter aan deze gebeurtenissen vooraf. Welke kosten van beredding of vaststelling van de schade komen voor vergoeding in aanmerking? De redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 sub a resp. b BW heeft minder onderscheidend vermogen dan het moment van de 'aantasting'.¹⁶³ Wanneer kosten worden gemaakt voor een risico waarvan de gevolgen nog onvoldoende specifiek voorzienbaar zijn, is van een 'aantasting' geen sprake, noch van kosten ter voorkoming van schade (art. 6:96 lid 2 sub a BW).¹⁶⁴ Het gaat dan om de normale kosten van voorzorg die voor eigen rekening blijven. De kosten van een alarminstallatie, hoe effectief ook, kunnen niet op de inbreker worden verhaald. Worden evenwel kosten gemaakt 'met het oog op' een onmiddellijk dreigend gevaar, dan vormen deze kosten de meest 'directe' schade die als gevolg van een 'aantasting' ontstaat, nog vóórdát de te vermijden zaakschade of letselschade is ontstaan. Deze kosten van beredding komen ook voor vergoeding in aanmerking als de verplichting van de laedens vóór de verplichting van de benadeelde gaat,¹⁶⁵ terwijl beide in staat zijn bereddingsmaatregelen te nemen. In zoverre is de vergoedingsplicht van de laedens ruimer dan de bereddingsplicht van de benadeelde.

3.5.2 ... DAARNA ALS SCHADE

Ontstaat
schade

144. Hoezeer ook voorzienbaar, niet alle risico's realiseren zich. Van het ontstaan van 'schade' is pas sprake indien *bij schadevaststelling de schade met een voldoende mate van zekerheid veroorzaakt is door het in de normschending voorziene risico*. Ook de 'aantasting' en de 'schade' kunnen in een kort moment besloten liggen.¹⁶⁶ Wordt een fiets gestolen dan ontstaan de 'aantasting' (onmiddellijk dreigende diefstal) en de 'schade' (waardeverlies) op nagevoeg hetzelfde moment. Gedacht kan ook worden aan een dreigend letsel en het leed dat daardoor ontstaat. Of een onrechtmatige publicatie waardoor een onmiddellijke inbreuk op privacy ontstaat.¹⁶⁷ Te denken valt ook aan

162. Hebly & Lindenbergh 2016, p. 328 – 329; Lindenbergh 2020/35.

163. Art. 6:184 lid 1 sub a spreekt van 'de kosten van iedere redelijke maatregel ter voorkoming of beperking van schade door wie dan ook genomen, nadat een ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan dat schade zal worden veroorzaakt die krachtens die artikelen [artikelen 173-182] voor vergoeding in aanmerking komt.'

164. Visscher 2005, p. 207.

165. Gaat het bij zowel de laedens als de benadeelde om een specifiek voorzienbaar risico, bijvoorbeeld omdat zij beide in staat zijn schadebeperkende maatregelen te nemen, dan gaat de verplichting van de laedens vóór de verplichting van de benadeelde: HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2260, NJ 1999/56, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Ridder/Staat*).

166. Spier 1998, p. 18.

167. Tjong Tjin Tai 2017, p. 7.

een beurskoers die oneigenlijk hoog wordt gehouden,¹⁶⁸ kartelschades¹⁶⁹ of het schenden van een pre-contractuele mededelingsplicht. Maar niet altijd is van zo'n samenval sprake. De 'aantasting' en de 'schade' kunnen ook veel later na elkaar ontstaan. Te denken valt aan bepaalde kosten van herstel of ingeval van letselschade: bepaalde kosten van medische hulp. Of toekomstige winsten of inkomsten. Hoezeer ook voorzienbaar, een schade kan zich uiteindelijk toch niet realiseren, bijvoorbeeld omdat het nadeel, tegen de verwachting in, met voortschrijdend inzicht toch niet geleden blijkt.¹⁷⁰ Het ontstaan van de schade kan ook door bereddingsmaatregelen van de laedens zelf worden afgewend. Feitelijk is pas van het ontstaan van schade sprake op het moment dat het nadelige gevolg bij gebreke van maatregelen door een gemiddelde laedens ingeprijsd is. Juist omdat het ontstaan van een schade voor een gemiddelde laedens voorzienbaar is, treedt het verzuim bij het ontstaan van schade in zonder ingebrekestelling (art. 6:83 sub b BW).¹⁷¹

145. Ook het moment van ontstaan van de schade is van belang, omdat aan het ontstaan van een schade *rechtsgevolgen* verbonden zijn. Met het ontstaan van de schade ontstaat bij gedragsnormen het vorderingsrecht tot schadevergoeding;¹⁷² ontstaat de mogelijkheid tot verrekening of opschorting, overdracht, overgang of vererving; is de laedens in verzuim (art. 6:83 sub b BW) en, voor zover de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke partij, gaat de korte verjaringstermijn lopen.¹⁷³ Vanaf het moment van ontstaan van de schade is een vordering tot winstafdracht mogelijk (art. 6:104 BW)¹⁷⁴ of een vordering tot schadevergoeding 'anders

Dan ook de
vergoedings-
plicht

168. Hebly 2019, p. 255; De Jong spreekt in dit verband van 'latente schade'. Zie De Jong 2010.

169. Asser/Sieburgh 6-II 2017/20; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (*ABB/Tennet*). Dergelijke schade pleegt voor ontstaan aan derde-afnemers te worden doorberekend.

170. HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4915, NJ 2002/168 (*Interplant/Oldenburger*); HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7435, NJ 2005/371 (*Van de Ven/Van de Ven*); Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 3.1.

171. Krans 1999, p. 23, die de verzuimregeling in navolging van de parlementaire geschiedenis beschrijft als een niet-limitatieve uitwerking van de redelijkheid en billijkheid: 'Zo zal de debiteur die niet weet of niet kan weten van de onvolkomenheid van zijn prestatie mijns inziens ingebreke moeten worden gesteld.'

172. Bij verdelingsnormen kan de schadevergoedingsplicht op een later moment ontstaan. Zie par. 4.5.

173. Lindenbergh 2020/49 en 51-54; Klaassen 2017/14.

174. Lindenbergh 2020/8; Klaassen 2017/12; De Hoge Raad ziet art. 6:104 BW als een uitwerking van art. 6:97 BW en niet als een remedie met een (mede) punitief karakter; Vgl. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, NJ 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*); Spier 1992/28.

dan in geld' (art. 6:103 BW).¹⁷⁵ Bovendien leent aannemelijke schade zich voor schatting (art. 6:97 BW, tweede zin).¹⁷⁶

'Schatten' is
géén 'ontstaan'

146. Evenals geldt voor de aantasting, is ook een juiste duiding van het ontstaan van de schade belangrijk. Met de 'omvang van de schade' wordt soms verwezen naar het ontstaan van de schade,¹⁷⁷ soms naar het schatten ervan.¹⁷⁸ Het ontstaan van de schade en het schatten van de schade moeten echter nadrukkelijk worden onderscheiden. Het Engelse recht maakt dit helder aan de hand van de begrippen 'harm' of 'damage' (schade) en 'damages' (schatten).¹⁷⁹ Weliswaar hebben het ontstaan van de schade en het schatten daarvan beide betrekking op de omstandigheden aan de zijde van de benadeelde. Tussen het moment van ontstaan van de schade en het schatten van de schade bestaat een belangrijk verschil in perspectief. Bij gedragsnormen houdt het ontstaan van de schade direct verband met het ontstaan van de schadevergoedingsplicht. Het *ontstaan* van schade wordt bepaald vanuit het *perspectief* van de *laedens*. Bij het schatten van de schade gaat het om de vergoedbaarheid van de schade. Het *schatten* van de schade moet worden gezien vanuit het *perspectief* van de *benadeelde*.¹⁸⁰ Het verschil tussen 'schatten' en 'ontstaan' is van belang voor de aannemelijkheid of het bestaan van relevante schade.

Relevant voor
de rechter

147. Het verschil tussen het ontstaan van de schade en het schatten van de schade raakt allereerst de bevoegdheid van de *rechter*. Artikel 6:97 *tweede* volzin BW geeft de rechter expliciet schattingsvrijheid (par. 3.3.2). De rechter mag de schade schatten voor zover het ontstaan van de schade aannemelijk is. Het ontstaan van de schade en het schatten daarvan verhouden zich tot elkaar als een algemeen risico tot een specifiek risico. Wie als *laedens* het algemene risico van het ontstaan van een schade draagt, is ook verantwoordelijkheid voor het schatten van die schade in een individueel geval. In het schatten wordt het in de normschending voorziene risico dat de schade tot gevolg heeft, naar ervaringsgemiddelden 'specifiek'. Zoals Vranken schrijft: *'indien het eigenlijke gevaar bekend is, doet de modaliteit waarin dat gevaar zich*

175. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/21*, waarin het feitelijk herstel benadrukt wordt. De mogelijkheid van feitelijk herstel impliceert aannemelijk nadeel; Spier 1992/21 e.v., die o.a. de discretionaire bevoegdheid van de rechter benadrukt.

176. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/24*.

177. Keirse 2003, p. 8, in verband met de schadebeperkingsplicht.

178. Tjong Tjin Tai 2017, p. 6 en p. 19; Loth 2016/21, 26 en 52, in verband met de begroting van toekomstige schade bij letselschade.

179. Cane 2017, p. 93.

180. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/83*, met betrekking tot de oude twistvraag bij de toepassing van de adequatieleer of alleen de oorzaak van de schade dan wel ook de omvang van de schade voorzienbaar moet zijn geweest.

*realiseert er in beginsel niet toe.*¹⁸¹ Dit veronderstelt wel dat het ontstaan van de schade aannemelijk is. Buiten de grenzen van wat als ontstane schade aannemelijk is, heeft de rechter geen feitelijke begrotingsbevoegdheid. Doet de rechter dit wel, dan gaat de schadeberekening over in een schadetoerekening (par. 4.9).

148. Het verschil tussen ‘schatten’ en ‘ontstaan’ is daarmee ook relevant voor de aannemelijkheid of het bestaan van schade zelf. Het ontstaan van de schade kan ten tijde van de schadevaststelling wel of niet aanstaande zijn. Soms zijn de ingeprijsde gevolgen op korte termijn aannemelijk, zoals ingeval van bepaalde kosten van herstel of een waardevermindering. Soms zijn de gevolgen aannemelijk op een langere termijn, zoals bij toekomstige inkomsten. Art. 6:105 BW biedt de rechter de mogelijkheid de ‘nog niet ingetreden’ schade na ‘afweging van goede en kwade kansen’ bij voorbaat tegen een contante waarde te ‘begroten’.¹⁸² De ‘afweging van goede en kwade kansen’ heeft geen betrekking op het ontstaan van de schade. Het ontstaan van nog niet-ingetreden schade moet ten tijde van de schadevaststelling met voldoende mate van zekerheid aannemelijk zijn. De ‘begrotingsvrijheid’ van de rechter bestaat slechts indien na ‘afweging van goede en kwade kansen’ de ‘goede kansen’ het tegen de ‘kwade kansen’ hebben afgelegd. De schade heeft zich dan ‘met een voldoende mate van zekerheid’ gerealiseerd en is specifiek voorzienbaar geworden. De ‘begrotingsvrijheid’ als bedoeld in art. 6:105 BW heeft dus betrekking op het *schatten* van de schade. Binnen de bandbreedte van aannemelijk ontstane schade mag de rechter de omvang van de toekomstige schade vaststellen. De precieze omvang van toekomstige schade is immers naar zijn toekomstige aard onzeker. Deze schattingsvrijheid omvat ook de mogelijkheid bij nog niet-ingetreden schade het vaststellen uit te stellen (lid 1), of aan een uitkering voorwaarden (lid 1) of een wijzigingsbevoegdheid te verbinden (lid 2).

Relevant voor toekomstige schade

149. De misvatting dat art. 6:105 BW ook op het *ontstaan* van toekomstige schade zou zien, wreekt zich wanneer het gaat om een *voortdurende schade*. Wie denkt dat art. 6:105 BW bij toekomstige duurschade de rechter de bevoegdheid geeft te bepalen of de schade ‘nu of straks’ ontstaat, kan voor het verleden menen dat een rechter mag bepalen of de schade niet ‘toen maar later’ is ontstaan. Dat is natuurlijk niet het geval. Het leed en het verdriet als gevolg van een medische fout ‘ontstaat’ op het moment dat deze ‘met een voldoende mate van zekerheid’ als een voorzienbaar gevolg van de

En voortdurende schade

181. Vranken, *WPNR* 1990/5955, p. 213.

182. HR 17 oktober 1997, *ECLI:NL:HR:1997:ZC2461*, *NJ* 1998/508, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 11 juli 2003, *ECLI:NL:HR:2003:AF7884*, *NJ* 2003/603 (*Visser/Gerrit van Tusschenbroek*); HR 30 november 2007, *NJ* 2012/613.

fout aannemelijk is, niet pas op ieder voortdurend later moment waarop het leed en verdriet daadwerkelijk intreedt.¹⁸³ Die gedachte is gebaseerd op een *hindsight bias*. De schade als gevolg van een beroepsfout ontstaat ook niet op het moment dat de verschuldigdheid jegens een derde wordt vastgesteld.¹⁸⁴

En geleden
schade

150. Het vervolgens intreden van de *'afzonderlijke elementen van de schade'*, zoals de Hoge Raad het noemt,¹⁸⁵ heeft bij geleden schade geen andere gevolgen dan bij toekomstige schade. De rechter mag de geleden schade, evenals de toekomstige schade, schatten. Het feit dat de geleden schade eerder ontstaat dan het moment van de schadevaststelling betekent niet dat het schatten van de schade op het ontstaansmoment of het vaststellingsmoment moet worden gefixeerd, wat vooral van belang is bij een duurschade die fluctueert. Zoals we eerder zagen (par. 3.3.2): de rechter mag ook voor fluctuerend geleden nadeel een peildatum hanteren, en de waardevermindering, de kosten of het smartengeld schatten naar het moment van bijvoorbeeld het ontstaan van de beschadiging of het letsel, dan wel het moment van de schadevaststelling. Die vrijheid kent wel grenzen. Wettelijke rente is verschuldigd vanaf het moment dat de schadevergoedingsplicht ontstaat (art. 6:119 BW). Bovendien kan de aannemelijkheid van de schade wijzigen als gevolg van bijvoorbeeld eigen schuld bij de benadeelde (par. 3.9.1) of toerekenbaar voordeel (par. 5.2).

Verjaring is
uitzondering

151. Bekendheid bij de benadeelde met het bestaan van de schade is voor het ontstaan van de vergoedingsplicht geen voorwaarde.¹⁸⁶ De *korte verjaringstermijn* van vijf jaren (art. 3:310 lid 1 BW) begint daarom niet te lopen vanaf het moment van ontstaan van de schade, maar pas vanaf het moment waarop de benadeelde met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is. Deze bekendheid is door de Hoge Raad in hoge mate gesubjectieerd. Het gaat niet meer om de bekendheid van een gemiddelde benadeelde. Het gaat er om of deze benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen.¹⁸⁷ Allerlei meer individuele omstandigheden kunnen daaraan in de weg staan. De tussen de laedens en de benadeelde geldende *'verdergaande verplichtingen'* (art. 6:2 BW) staan vanaf het moment van *'aantasting'* eraan in de weg dat een gemiddelde laedens die individuele omstandigheden aan een minder gemiddelde benadeelde tegenwerpt.

183. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3686, NJ 2001/655.

184. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194, m.nt. C.E. du Perron.

185. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3686, NJ 2001/655.

186. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 3.4; Spier 1998, p. 9.

187. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman/AZVU*).

152. De schade ontstaat op het moment dat de schade voor de gemiddelde laedens een aannemelijk *gevolg* is van het in de normschending voorziene risico. Is de schade wel een aannemelijk gevolg, maar was de schade niet voorzienbaar, bijvoorbeeld omdat de schade het gevolg is van een bijzondere kwetsbaarheid van de benadeelde;¹⁸⁸ of andersom: de schade was wel voorzienbaar, maar is geen aannemelijk gevolg, bijvoorbeeld omdat de schade mede door een ander veroorzaakt kan zijn (art. 6:99 BW), dan is het ontstaan van schade niet eenvoudig aannemelijk. Een schadevergoedingsplicht kan dan alleen nog worden aangenomen op basis van een afweging van de meer individuele omstandigheden aan de zijde van vooral de laedens. Schadeberekening gaat dan over in schadetoerekening (hoofdstuk 4). Het moment van ontstaan van de schade wordt achteraf vaak gelijk gesteld met de ‘schadeveroorzakende gebeurtenis’,¹⁸⁹ zoals: het moment van fysieke beschadiging of het moment van de kostenuitgave.¹⁹⁰ Beide momenten zijn echter onvoldoende onderscheidend en gevolg van een verkeerd beeld van wat schade is. Die vertekening wordt rechtgetrokken indien de schade niet alleen wordt gezien als een nadelig gevolg, maar ook als de verwezenlijking van een voorafgaand risico.

‘Ontstaan’ is géén ‘schadeveroorzakende gebeurtenis’

153. Zo kan sprake zijn van een *waardevermindering* nog voordat van een beschadiging sprake is, zoals blijkt rond de gaswinning in Groningen.¹⁹¹ Dat voor het ontstaan van een waardevermindering bij zaakschade een beschadiging of een verkoop noodzakelijk is, is feitelijk onjuist.¹⁹² Tegelijkertijd kan van een beschadiging sprake zijn, nog voordat sprake is van een waardevermindering, bijvoorbeeld indien de beschadiging of het schadelijke gevolg nog onbekend is; zogenaamde ‘sluipende risico’s’. In beide gevallen gaat het bij de waardevermindering om het moment waarop met voldoende mate van zekerheid het risico op een aardbeving, beschadiging of te maken kosten zodanig specifiek is dat het behoudens bijzondere maatregelen als waardevermindering door de markt wordt ingeprijsd. Dit

Voorbeeld 1

188. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Rente-neurose*), in welk geval overigens sprake was van opzettelijk toegebracht letsel; Meijers, WPNR 3442-3445 (1935), met als voorbeeld: de ‘bloeder’.

189. Spier 1998, p. 17; Vgl. de lange verjaringstermijn in art. 3:310 lid 1 BW.

190. Voor het moment van fysieke beschadiging zie HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, NJ 1985/625, m.nt. W.C.L. van der Grinten; Voor het moment van de kostenuitgave zie Klaassen 1998, p. 3 en 7.

191. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, NJF 2015/419; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60.

192. Vgl. het verweer in HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0710, NJ 1994/289, m.nt. C.J.H. Brunner (*Steendijkpolder*); HR 20 april 1923, ECLI:NL:HR:1923:139, NJ 1923/p.694 (*Straatsifons*), dat de koper geen schade heeft geleden, omdat hij het geleverde niet heeft verkocht; Volgens Bloembergen vond dit verweer toen al geen steun in het recht. Zie Bloembergen 2002, p. 175.

moment kan vóór het moment van een beschadiging liggen, of daarna. Zo stond bij de gaswinning in Groningen niet ter discussie dát van een waardevermindering sprake was. Het debat ging er vooral om of die waardedaling voldoende duurzaam en permanent is.¹⁹³ Onnodig. Voor zover de omvang van de waardevermindering onzeker is, heeft de rechter de nodige vrijheid de feiten vast te stellen. In die vaststelling worden naar de aard van de waardevermindering als marktprijs alle positieve en negatieve verwachtingen meegenomen, voor zover kenbaar. Vraagt de benadeelde om de vergoeding van die waardevermindering dan impliceert deze vergoeding ook een kwijting voor al die verwachtingen. De benadeelde kan dan in de toekomst geen vergoeding meer vragen voor bepaalde kosten van herstel als het risico daarop in de eerdere waardeverminderingsvergoeding al is meegenomen (zie ook hierna, par. 4.4.6).¹⁹⁴

Voorbeeld 2

154. Schade in de zin van *kosten* kan ontstaan op het moment dat de vordering van een derde op de benadeelde ontstaat¹⁹⁵ of op het moment van een beschadiging of een vernietiging¹⁹⁶ door een waardevermindering,¹⁹⁷ maar ook al vóórdát een ander nadeel aannemelijk is,¹⁹⁸ namelijk: vanaf het moment dat de kosten ‘met het oog op’ een specifiek voorzienbaar risico verantwoord zijn,¹⁹⁹ bijvoorbeeld ter voorkoming of ter vaststelling van een waardevermindering, een zaakschade of de gevolgen daarvan, dan wel een zuivere vermogensschade of enig ander nadeel in de vorm van gedeelde waarden.²⁰⁰ Alleen voor zover de kosten worden gemaakt ‘met het oog op’ meer algemene risico’s, zoals de kosten van een alarminstallatie, is van het ontstaan van schade (nog) geen sprake.²⁰¹ Maar dat voor het ontstaan van de

193. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60, r.o. 8.33.

194. Verkoopt de benadeelde zijn woning, dan geldt deze beperking in beginsel niet voor de nieuwe eigenaar; tenzij de nieuwe eigenaar bij de verkoop niet alleen de verkoper maar ook de laedens kwijting verleent.

195. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 475; Klaassen 1998, p. 3 en 7.

196. Bloembergen 1965/45.

197. W.C.L. van der Grinten, annotatie bij HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, NJ 1985/625; Anders: Klaassen 1998/10 en 11.

198. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423, NJ 2005/50, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bravenboer/London*); HvJ EU 5 maart 2015, C-503/13, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific*).

199. HR 4 oktober 1957, ECLI:NL:HR:1957:8, NJ 1958/12 (*RTM II*). ‘Voor zover deze met het oog op den omvang van de af te weren schade redelijkerwijs verantwoord zijn, als normaal voorzienbaar schadelijk gevolg van de onrechtmatige daad zijn aan te merken; Art. 6:184 lid 1 sub a BW spreekt van ‘een ernstige en onmiddellijke dreiging’.

200. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:AE9998, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/R*).

201. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 336.

kosten als schade een daadwerkelijke uitgave vereist is,²⁰² is onjuist.²⁰³ Van het feit dat geen daadwerkelijke kosten waren gemaakt, werd in het geval van Johanna Kruidhof juist geabstraheerd.²⁰⁴ Schade in de zin van kosten kan niet alleen voor de benadeelde, maar ook voor de laedens al eerder een specifiek voorzienbaar gevolg zijn van zijn handelen of nalaten.

155. Het moment van ontstaan van de schade is eveneens verbonden met het perspectief van de laedens als het gaat om de schade aan een *contractueel vorderingsrecht*. Het verlies van een contractuele vordering ontstaat op het moment waarop geen vooruitzicht meer bestaat dat de vordering door de debiteur zal worden voldaan en de laedens door de benadeelde crediteur wordt aangesproken, zoals in het geval van een vervalste borgtochtovereenkomst.²⁰⁵ Vanaf het moment waarop geen uitzicht meer bestaat dat de vordering zal worden voldaan is het risico op schade specifiek voorzienbaar, ook voor de laedens. Is de laedens zelf debiteur van de contractuele vordering dan ontstaat de schade op het moment van intreden van het verzuim (art. 6:81 e.v. BW). Het enkel niet-nakomen van een opeisbare verplichting impliceert weliswaar een aantasting, maar nog geen schade.²⁰⁶ Denkbaar immers is dat een debiteur, daartoe in gebreke gesteld, alsnog binnen de gestelde termijn zijn verplichting nakomt.

Voorbeeld 3

3.6 SCHADE DOOR DE LAEDENS

156. Het ontstaan van de schade is bij gedragsnormen ook het moment waarop de vergoedingsplicht ontstaat. Het ontstaan van de schade en de vergoedingsplicht wordt achteraf met *voortschrijdend inzicht* vastgesteld. Zoals ik dit hoofdstuk begon: vaak spreken de feiten voor zich. Zo is de te hard rijdende laedens die een rood stoplicht negeert, voorzienbaar betrokken bij de ontwikkeling van het algemene risico van te hard rijden tot het

Of schadevergoeding 'gewoon' is

202. Klaassen 1998, p. 3 en 7.

203. Een daadwerkelijke uitgave is wel vereist ingeval van een regresrecht bij hoofdelijkheid. Benadeelde en laedens zijn dan beide tot betaling gehouden, zodat voor de laedens een regresvordering pas voldoende zichtbaar wordt vanaf het moment dat de benadeelde meer betaalt dan hem in de onderlinge verhouding aangaat. Zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, AA 2013/0036, m.nt. W.H. Van Boom (*Van Aart en ASR Schadeverzekering*).

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

205. HR 24 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0247, NJ 1992/246, m.nt. P. van Schilfaarde; Akkermans 1998, p. 49 en 50; Spier 1998, p. 15.

206. Anders HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210, m.nt. J. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*), waarin de Hoge Raad in het kader van vervangende schadevergoeding spreekt van 'ten tijde van niet-nakoming'.

meer specifieke risico van het negeren van een rood stoplicht, wat uiteindelijk resulteert in een aanrijding. Hetzelfde geldt voor de benadeelde bestuurder. Bij hem bestaat geen onzekerheid over de oorzaak van zijn schade: hij heeft het voor zijn ogen zien gebeuren. Met kennis van achteraf kan het ontstaan van de schadevergoedingsplicht eenvoudig worden geconstrueerd. Maar het ontstaan van de schade kan ook minder aannemelijk zijn. Sjouwerman heeft de aanloop naar de noodlottige val van Mathieu Duchateau in het openstaande kelderluik niet meer mee gekregen.²⁰⁷ Sterker nog: had Sjouwerman gezien dat Duchateau het watercloset zocht, dan had Sjouwerman vermoedelijk wel maatregelen getroffen. Hetzelfde geldt voor een benadeelde die achteraf met een geparkeerd beschadigde auto geconfronteerd wordt, en slechts kan gissen naar de oorzaak daarvan. Vaak zijn de laedens en/of de benadeelde geen getuige van hoe de schade ontstaat. Achteraf wordt het ontstaan van de vergoedingsplicht vastgesteld. Met voortschrijdend inzicht wordt bepaald wat het risico was en in hoeverre dit risico als oorzaak van de schade aannemelijk is.

3.6.1 ... IS AANNE MELIJK, AFHANKELIJK VAN HET VOORZIENBARE GEVOLG EN DE AANNE MELIJK E OORZAAK

Hangt af van het risico ...

157. De aard en aannemelijkheid van het risico kan *ten tijde van de norm-schending* variëren. Het kan gaan om onvoorzienbare risico's, algemeen voorzienbare risico's of specifiek voorzienbare risico's.²⁰⁸ *Onvoorzienbare* risico's zijn voor een gemiddelde mens niet kenbaar waarschijnlijk en dus non-existent. De gemiddelde mens die door een groen stoplicht rijdt, verwacht geen problemen, al helemaal niet met een benadeelde die aan een bijzondere kwetsbaarheid lijdt.²⁰⁹ Honoré spreekt van '*abnormal events*'.²¹⁰ De maatstaf van wat '*abnormal*' is, ligt voor de gemiddelde mens niet heel hoog. Levend vanuit een gezond optimisme en met een zekere lichtvaardigheid, onderkent het recht dat de gemiddelde mens niet '*steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten*' en om die reden bescherming verdient.²¹¹ *Algemeen voorzienbare* risico's zijn voor de gemiddelde mens wel kenbaar

207. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

208. Van Dam 2020/217-1, volgt een vergelijkbare indeling, hoewel hij niet spreekt van algemene risico's, maar van 'objectieve risico's'; en niet van specifieke risico's, maar van 'situatiele risico's'.

209. Meijers, *WPNR* 3442-3445 (1935), met als voorbeeld: de 'bloeder'.

210. Honoré 1999, p. 6.

211. HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis*). In het algemeen rust op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt. (...), waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten.

waarschijnlijk, maar eigen aan voorzienbare risico's is dat zij als oorzaak van een specifieke schade (nog) niet-aannemelijk zijn. De gemiddelde mens die door een oranje stoplicht rijdt verwacht geen aanrijding, maar is wel op zijn hoede. De algemene aard van het risico kan ook besloten liggen in de wetenschappelijke onzekerheid van nieuwe technologieën als nanotechnologie. Naar de stand van de wetenschap zijn de gevolgen van deze risico's onzeker. *Specifiek voorzienbare* risico's hebben, zoals we eerder zagen (par 3.5.1), vaak wel een voorgeschiedenis van een algemeen risico (par. 3.4.1), maar vormen als een specifiek kenbaar gevolg inmiddels een onmiddellijk of reëel en direct gevaar, en zijn daarmee bij gebreke van maatregelen als oorzaak van een bepaalde schade aannemelijk.²¹² De gemiddelde mens die door een rood stoplicht rijdt realiseert zich het bestaan van een onmiddellijk dreigend gevaar, dat bij gebreke van onmiddellijke maatregelen direct tot de verwezenlijking van een bepaalde schade kan leiden.

158. Ook de aard en aannemelijkheid van vergoedbare schade kan *ten tijde van de schadevaststelling* variëren. Het kan gaan om aannemelijke schade of onaannemelijke schade.²¹³ De maatstaf van aannemelijke schade ligt hoger dan van een aannemelijk risico. Een risico is al aannemelijk indien de gevolgen in algemene zin voorzienbaar zijn. Schade daarentegen wordt gevormd door wat 'met een voldoende mate van zekerheid' als oorzaak kenbaar is.²¹⁴ Soms is de schade *onaannemelijk*, in die zin dat het nadeel voor de gemiddelde mens geen kenbare oorzaak heeft. Zo wordt een correlerende schade vaak uit de gevolgen afgeleid, zoals wanneer sprake is van de aandoening fibromyalgie.²¹⁵ Veel schade heeft wel een mogelijke oorzaak, maar deze is onduidelijk of onzeker. De onzekerheid kan heel groot zijn, bijvoorbeeld omdat een bepaalde oorzaak wel aan het ontstaan van een schade heeft bijgedragen, maar als *unnecessary cause* bij afwezigheid de schade niet zou hebben voorkomen. Stapleton wijst op een aan de rechtspraak ontleend, typisch Engels voorbeeld van iemand die een kruiwagen op de openbare weg achterlaat. De *nuisance* hiervan is nihil. Dit ligt anders als 99 personen ter plaatse een kruiwagen achterlaten. Voor de overlast aangesproken, kan ieder van de 99 personen zich verweren met de stelling dat zijn of haar kruiwagen misschien wel aan de overlast heeft bijgedragen, maar slechts een *unnecessary cause* vormt. Zonder zijn of haar kruiwagen was de overlast niet minder geweest.²¹⁶ De onzekerheid over de oorzaak van de schade kan

... en van de schade

212. Honoré 1999, p. 32.

213. Van Dam 2020/209.

214. *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/264; Klaassen 2017/20 sub a.

215. HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3170, NJ 2004/308, m.nt. W.D.H. Asser (*Fibromyalgie*).

216. Stapleton, *Law Quarterly Review* 2013, p. 44.

ook heel klein zijn, doordat de schade slechts door twee alternatieve oorzaken is ontstaan. Bijvoorbeeld wanneer het gaat om de vraag wie van de twee jagers de benadeelde heeft getroffen. Ingeval de schade door '1 van 2' mogelijke oorzaken veroorzaakt is, is de oorzaak van de schade nog steeds onaannemelijk, maar is wel eerder sprake van onzekere schade. De oorzaak van de schade is nog onvoldoende aannemelijk om een schadevergoedingsplicht te rechtvaardigen. Ingeval van een *aannemelijke* schade is de oorzaak van de schade wel aannemelijk. Ook dan kan de mate van aannemelijkheid verschillen. '100%' zekerheid is niet vereist. '51%' is vermoedelijk onvoldoende. Is de schade door slechts '1' mogelijke oorzaak ontstaan, dan vloeit de schadevergoedingsplicht evident voort uit de feiten. Van schade in de vorm van 'recht' is dan nauwelijks sprake. Het recht 'speelt' met zo'n oordeel eigenlijk 'op safe'.²¹⁷ Een voorbeeld van die terughoudendheid biedt de tot voor kort zeer beperkte verrekeningsmogelijkheid van voordeel door een strikte uitleg van 'eenzelfde gebeurtenis' (par 1.3). Juridischer wordt het als het recht ook met minder dan wat feitelijk evident is, genoeg neemt, en – om te beginnen – schade aanvaardt ingeval van 'een voldoende mate van zekerheid'.²¹⁸

Risico en
schade kunnen
verschillen

159. De voorzienbaarheid van bepaalde gevolgen en de veroorzakingwaarschijnlijkheid van bepaalde oorzaken kunnen *gelijk* zijn aan elkaar. Noodzakelijk is dit niet. Het risico op schade bij het negeren van een rood stoplicht kan heel groot zijn en de aanrijding nadien een aannemelijk gevolg. De aannemelijkheid van het risico en de aannemelijkheid van de schade kunnen ook *verschillen*. Kortmann heeft nadrukkelijk gewezen op het verschil in 'kans versus onzekerheid', of: voorzienbaarheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid.²¹⁹ Beide kunnen in percentages gelijk zijn, maar kunnen ook verschillen.²²⁰ Akkermans geeft als voorbeeld dat door een onrechtmatige blootstelling het risico met 30% wordt verhoogd terwijl al een 'natuur-

217. Volgens Francis Bacons *Maxims of the Law* (1596) zou het recht zich alleen met directe schade moeten bezighouden. Regula I luidde: 'In jure non remota causa sed proxima spectator.' (Het recht kijkt niet naar de verre oorzaak maar naar de oorzaak dichtbij.) Dit werd door Bacon toegelicht met: 'It were infinite for the law to judge the cause of causes, and their impulsions one of another; therefore it contenteth itself with the immediate cause, and judgeth of the acts by that, without looking to any further degree.' Zie: Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 15 januari 2021, *The Financial Conduct Authority (Appellant) v Arch Insurance Ltd and others (Respondents)*, [2021], UKSC 1, nr. 164.

218. *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/264; Klaassen 2017/20 sub a.

219. Kortmann 2012, p. 45 e.v.; Van Dam 2020/208.

220. *Asser-Sieburgh 6-II* 2017/79 en 81d; Kortmann 2012, p. 41 e.v., die aangeeft dat de verwarring komt doordat beide wijze van waardering soms gelijk zijn en doordat prospectieve kansen en retrospectieve waarschijnlijkheden in het spraakgebruik ten onrechte door elkaar gehaald worden. Hij geeft daarvan verschillende voorbeelden; Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1712 – 1713; Tjong Tjin Tai, *NJB* 2016/1605; *Asser-Sieburgh, 6-II* 2017/80b.

lijk' risico van 10% gold. Vóórdat de ziekte zich openbaart is in zo'n geval sprake van een 'kansschade' van maximaal '30%', terwijl als de ziekte zich inderdaad openbaart de mate van zekerheid dat de onrechtmatige blootstelling hiervan de oorzaak vormt 30% staat tot 10%, is gelijk aan 3:1, is 75% bedraagt.²²¹ Voor de aannemelijkheid van het condicio sine qua non verband moet onderscheid worden gemaakt tussen de (*kwade*) kans op een bepaalde schade en de *waarschijnlijkheid* dat een bepaalde schade door een bepaald risico veroorzaakt is. Wat vóór de realisatie nog als risico onaannemelijk is, kan na de realisatie als oorzaak van de schade heel aannemelijk zijn, of omgekeerd.

160. Ondanks de graduele verschillen vloeit het 'aansprakelijkheidsverband' tussen risico en schade in veel gevallen voort uit de feiten. Het gaat om 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen', waarin aanstonds duidelijk is wat er gebeurd is en wie daarvoor de verantwoordelijkheid draagt. Dit zijn geen uitzonderingen: *'Instead, the typical non-conformer against whom a tort claim is made agrees with the harm-sufferer to remedy the tort, and complies with the agreement.'*²²² De mate van aannemelijkheid kan niettemin verschillen. Van zeer aannemelijk tot heel onaannemelijk kunnen *vijf gevalstypen* worden onderscheiden. Tussen risico en schade kan een heel specifiek voorzienbaar en direct verband bestaan (het *eerste* gevalstype). Tussen risico en schade kan ook een meer algemeen voorzienbaar en aannemelijk verband bestaan (het *tweede* gevalstype). Soms wordt de aannemelijkheid van het 'aansprakelijkheidsverband' tussen risico en schade afgeleid uit wat vooraf voorzienbaar was (het risico) of achteraf als oorzaak aannemelijk is (de schade). Dit betreft het *derde* gevalstype van nog steeds 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen'. Niet zelden is de toedracht echter te onzeker om uit het bestaan van een normschending of een vergoedbare schade naar ervaringsgemiddelden een schadevergoedingsplicht af te leiden (het *vierde* gevalstype). In sommige gevallen is van een 'aansprakelijkheidsverband' geen sprake, omdat van een risico of schade eenvoudig geen sprake is. Dit betreft het laatste, *vijfde* gevalstype.

Schadevergoeding vaak 'gewoon'

3.6.2 GEVALSTYPE 1: SPECIFIEK VOORZIENBAAR GEVOLG EN AANNEMELIJKE OORZAAK

161. In veel gevallen kan de schadevergoedingsplicht naar ervaringsgemiddelden met een voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld. Dit is allereerst het geval wanneer ten tijde van de normschending de schade specifiek voorzienbaar was, terwijl dit risico ten tijde van de schadevaststel-

Specifiek risico en schade aannemelijk

221. Akkermans 1997, p. 224.

222. Cane 2017, p. 85.

ling de aannemelijke oorzaak van de schade is. Dit betreft het *eerste* gevalstype. Ik breng nog even in herinnering dat ik onder ‘normschending’ meer versta dan een enkele inbreuk of onrechtmatige handeling: de toerekenbare onrechtmatige, onzorgvuldige of tekortkomende handeling: de ‘fout’ (par. 3.4).

Voorbeeld 1

162. Te denken valt allereerst aan wanneer een ‘reëel en direct’ gevaar zich realiseert, bijvoorbeeld in de vorm van een waardevermindering door een beschadiging na een aanrijding wegens het door rood licht rijden of de daaruit resulterende kosten van medische verzorging of herstel. Het verband tussen het risico en de schade is meteen duidelijk. De schadevergoedingsplicht vloeit eenvoudig voort uit de feiten. De schade ontstaat in aanwezigheid van de laedens en is voor de laedens specifiek voorzienbaar en achteraf vaak eenvoudig te reconstrueren.

Voorbeeld 2

163. Om dezelfde reden is de schadevergoedingsplicht ook relatief eenvoudig vast te stellen ingeval van *vervangende schadevergoeding* (artikel 6:87 BW), wanneer de laedens in een zelf aangegane verplichting tekortschiet (artikel 6:74 BW). Wie tekortschiet in een zelf aangegane verplichting kan specifiek voorzien welke prestatie geschonden wordt. Als Van Rompu op 20 oktober 1926 zijn leveringsverplichting jegens Cleeves niet nakomt, weet hij precies wat de omvang van Cleeves schade is: 10.000 ton kolen, waarvan de koopprijs inmiddels van 41 shilling per ton naar 55 shilling per ton gestegen is.²²³ Hetzelfde geldt voor Van Beukering wanneer hij jegens Sparrow tekort schiet in zijn toezegging tot een ‘strikte nakoming’ van het laten uitvoeren van restauratiewerkzaamheden ter waarde van NLG 200.000 aan een historisch pand in Leiden. Sparrows schade is voor Van Beukering specifiek voorzienbaar: de toegezegde restauratiewerkzaamheden ter waarde van NLG 200.000.²²⁴ Zoals Krans toelicht: de schade door een schending van autonome prestatienormen valt in de regel binnen de ‘*scope of protection*’. Het positief contractsbelang van de benadeelde crediteur is door de debiteur vrijwillig en voorzienbaar aanvaard. De schadevergoedingsplicht vloeit voort uit de vastgestelde tekortkoming. Dit ligt anders bij heteronome protectienormen. Bij protectienormen kan eerder sprake zijn van minder voorzienbare schade.²²⁵ De schadevergoeding is dan eerder afhankelijk van een afweging of toerekening.

223. HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, NJ 1938/269, m.nt. E.M. Meijers (*Engelse Kolenstakingsarrest*).

224. HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210, m.nt. J. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*).

225. Krans 1999, p. 44.

164. Vanwege de specifiek voorzienbare gevolgen kan niet alleen de schadevergoeding, maar soms ook de vergoedingsgerechtigde eenvoudig worden bepaald, zelfs als die afwijkt van de persoon die normaliter de schade lijdt. Dit betreft gevallen van bijvoorbeeld *'verplaatste schade'*. Te denken valt aan de herstelkosten van een beschadigd raam, die niet door de verhuurende eigenaar maar door de huurder zijn gemaakt. Het begrip *'verplaatste schade'* heeft meer beschrijvende dan onderscheidende betekenis.²²⁶ Volgens Bloembergen gaat het om gevallen waarin *'bij normaaltypisch verloop'* de schade bij de rechtstreeks getroffen valt, maar *'als gevolg van omstandigheden'* waarvan Bloembergen voorstelt te abstraheren, bij een derde terecht komt.²²⁷ Bepalend is de specifieke voorzienbaarheid van de schade. Vooral bij zaakschade en letselschade zijn de directe gevolgen vaak zo goed voorzienbaar, los van de vraag wie de schade in het specifieke geval draagt, dat ongerijmd lijkt de laedens met een *'verplaatsingsverweer'* te laten wegkomen.²²⁸ In navolging van Bloembergen stelt Du Perron voor bij zaakschade alle houders uit hoofde van een overeenkomst met de eigenaar als vergoedingsgerechtigde te aanvaarden.²²⁹ De rechtvaardiging van die uitbreiding van gerechtigden is gelegen in het feit dat ook vanuit het risico bezien, de verleende aanspraak voor de laedens niet tot een verzwaring van diens schadelast leidt. *'Onrechtmatig is het aantasten van de zaak als zodanig en daarmee van het eigenaarsbelang bij die zaak'*, minder het persoonlijke, contractuele belang dat de benadeelde bij de zaak heeft.²³⁰ Verweermiddelen die de laedens tegen de eigenaar heeft, kunnen daarom ook tegen de benadeelde derde worden ingeroepen.²³¹ Het arrest Johanna Kruidhof geeft een voorbeeld van de verplaatsing van schade in de vorm van een intensieve verzorging bij letsel, waarvoor niet de ouders maar Johanna een vergoeding is toegekend.²³² Inmiddels heeft de wetgever ervoor gekozen met de artikelen 6:107 en 107a BW te verduidelijken dat de derde in de daar genoemde gevallen een zelfstandig vorderingsrecht heeft. Bepaalde belangen van derden komen zo eerder voor vergoeding in aanmerking dan andere.²³³ Dit ligt

Ook vergoedingsgerechtigde

226. De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 198 en 223 e.v.

227. Bloembergen 1992, p. 19 e.v.

228. Du Perron 1999/328, die wijst op het absoluut karakter van de met persoon en zaak verbonden rechten.

229. Du Perron 1999/136.

230. Du Perron 1999/138; Inzake derde-huurder zie HR 4 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:72, NJ 1955/301 (*Friesland/Salverda*).

231. Du Perron 1999/138.

232. Bloembergens pleidooi voor het abstraheren van de verplaatsing van de schade tussen de benadeelde en de derde was vooral actueel in het licht van art. 1407 Oud BW, zoals dit tot 1992 gold. In de uitleg die de rechtspraak aan art. 1407 Oud BW gaf, onthield dit artikel aan derden een aanspraak.

233. Direct betrokken risico's of belangen betreffen die van derde gerechtigden als de mede-eigenaar (art. 3:171 BW), de houder, bezitter (art. 3:125 lid 3 BW), de vruchtgebruiker

anders, en van verplaatste schade is dan ook geen sprake, als dergelijke risico's minder voorzienbaar worden en sprake is van meer afgeleide belangen of schade.²³⁴

Voorbeeld 1

165. Volgens Van der Kooij kan eenzelfde verplaatsing worden aangenomen ingeval van *zuivere vermogensschade* bij *vervangende schadevergoeding*, wanneer het door de laedens overeengekomen risico vóór het ontstaan van de schade (vergoedingsplicht) op een derde is overgegaan.²³⁵ Van der Kooij verwijst onder andere naar de middellijk vertegenwoordigde die bij tekortkoming van de middellijk vertegenwoordiger zijn schade rechtstreeks bij diens contractuele wederpartij kan verhalen (art. 7:420 BW). Als de door de laedens aangegane verplichting als een specifiek voorzienbaar risico naar een derde is overgegaan, valt een uitbreiding van de gerechtigden vanuit het *risico* bezien, te rechtvaardigen. Het beschadigen van een boek leidt tot een specifiek voorzienbare schade, die niet wezenlijk anders wordt doordat het boek op een derde overgaat. Ook de koper van een zaak die beschadigd wordt ná de verkoop maar vóór de levering, moet een vordering tegen de laedens kunnen instellen.²³⁶ Zuivere vermogensschade is evenwel vaak afhankelijk van de meer individuele omstandigheden van de benadeelde. Zuivere vermogensschade is daarmee, als risico, minder snel voorzienbaar. Maar dit geldt niet altijd. De gedachte van 'verplaatste schade', of ingeval van vervangende schadevergoeding soms beter: 'verplaatst risico': de zuivere vermogensschade behoeft ten tijde van de verplaatsing van het risico nog niet te zijn ontstaan (par. 3.5.2), kan om die reden bijvoorbeeld worden toegepast wanneer de waarde van een betaalbaar gestelde cheque aan de verkeerde persoon wordt uitgekeerd, en niet de gerechtigde maar de zekerheidsgerechtigde om een schadevergoeding vraagt.²³⁷ Weliswaar is

(art. 3:213 BW) of de pandhouder (art. 3:229 BW), de middellijk vertegenwoordigde (art. 7:419 BW) of lastgever (art. 7:420 BW), derden ingeval van bepaalde bereddingskosten (art. 6:184 lid 1 sub a BW), of de werkgever (art. 6:107a BW).

234. Meer afgeleide schade of belangen betreffen schade van aandeelhouders. Zie HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Poot/ABP*); Of leden van een coöperatie. Zie HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7491, NJ 2000/699, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Heino Krause*); Dan wel de schade van een schadeverzekeraar. Zie HR 24 januari 1930, NJ 1930/1299.

235. Na het ontstaan van schade is cessie vereist. Inzake verkoop aan een derde, zie HR 4 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6194, NJ 2005/445, m.nt. C.J.H. Brunner (*Esso/Alberts en Bartol*); Inzake kredietverlening door een derde, zie HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3370, NJ 2000/222, m.nt. A.R. Bloembergen (*Heijmans/Staat*).

236. Van der Kooij 2019/627; Du Perron 1999/137.

237. Inzake derde-zekerheidsgerechtigde, zie HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0112, NJ 1988/439, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*). Amro bank keerde een cheque die betaalbaar was gesteld aan Joy Coats BV onzorgvuldig uit aan Ansems. De vordering tot betaling waarvan de cheque strekte was tot zekerheid gecedeerd aan Bromet. Bromet had Joy Coats BV krediet verstrekt. Joy Coats BV ging failliet. Daarop sprak Bromet Amro aan. Hof en Hoge Raad oordeelden dat de uitkering door Amro aan een ander dan

inherent aan de contractsvrijheid dat een partij zelf mag bepalen jegens wie hij zich waartoe verbindt.²³⁸ Schiet een partij in de zelf aangegane verplichtingen tekort, dan bestaat geen goede reden deze laedens met de voorzienbare schade te laten weggemen, wanneer dit specifiek voorzienbare risico inmiddels op een derde is overgegaan, terwijl de laedens bij ‘verplaatsing’ nog steeds de eigen contractuele verweermiddelen kan voeren.²³⁹ Dit geldt temeer wanneer een rechtstreekse vergoeding tot een efficiënte afwikkeling leidt waar ook de tussenschakels bij gebaat kunnen zijn. De precieze omvang van de schade die de derde lijdt, kan verschillen van de schade zoals de contractuele wederpartij van de laedens die zou hebben geleden, bijvoorbeeld doordat de plaats of het tijdstip waarop de derde de schade lijdt, verschilt. Binnen de grenzen van voorzienbare schade is dit aanvaardbaar.²⁴⁰ De laedens heeft dit risico aanvaard en de rechter heeft een schattingsvrijheid. Wanneer het risico niet op een derde is overgegaan, bijvoorbeeld omdat de wederpartij van de laedens of een andere tussenschakel zich jegens de derde tot meer of anders heeft verbonden, óf het risico niet meer specifiek voorzienbaar kán worden omdat het risico als een zuivere vermogensschade afhankelijk is van de individuele omstandigheden van de derde, is ‘verplaatsing’ niet aan de orde. Komt de rechter in zo’n geval toch tot een vergoedingsplicht van de laedens jegens de derde, dan is sprake van een schadetoerekening (hoofdstuk 4), geen schadeberekening.

166. Een bekende verschijningsvorm van ‘verplaatste schade’ doet zich voor in mededingingskwesties, bij gevallen van ‘*passing-on*’. Wegens kartelvorming heeft een afnemer een te hoge prijs betaald. De afnemer wil het teveel betaalde als schade verhalen, maar krijgt tegengeworpen dat hij geen schade heeft, omdat hij de te hoge prijs heeft kunnen doorberekenen aan een derde (art. 6:193p BW). De schade ligt inmiddels bij de eindgebruiker, niet bij de afnemer of een tussenschakel (zie ook hierna: par. 5.3).²⁴¹ Art. 6:193q BW helpt de eindgebruiker in een rechtstreekse aanspraak op de tekortschietende laedens. Gebaseerd op de gedachte van ‘verplaatste schade’, is aannemelijk dat de laedens de verweermiddelen die hij jegens zijn afnemer heeft, ook kan inroepen jegens de eindgebruiker, maar dat de wettelijke rente al wel verschuldigd is vanaf het ontstaan van de schade bij de afnemer

Voorbeeld 2

aan wie de cheque betaalbaar was gesteld, onrechtmatig was jegens zowel Joy Coats BV als Bromet. Amro bank behoorde te weten dat uitbetaling aan een ander dan de gerechtigde schade zou meebrengen; Van der Kooij 2019/614.

238. Du Perron 1999/313.

239. Van der Kooij 2019/690; Du Perron 1999/370, middellijk vertegenwoordiging.

240. Du Perron 1999/147.

241. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/20; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (*ABB/Tennet*).

(art. 6:119 BW).²⁴² Misleid door de laedens, gaat op grond van art. 6:2 BW de verjaringstermijn voor de eindgebruiker pas lopen vanaf het moment van ontdekken (art. 6:193s BW).

3.6.3 GEVALSTYPE 2: VOORZIENBAAR GEVOLG EN AANNEMELIJKE OORZAAK

Ook als
gewoon
voorzienbaar

167. Voor het met de feiten kunnen vaststellen van de vergoedingsplicht is niet vereist dat het risico ten tijde van de normschending *specifiek* voorzienbaar was. Een normschending kan ook voortvloeien uit een *algemeen* risico. Dit betreft het *tweede* gevalstype van gevallen waarin de schadevergoedingsplicht met de feiten aannemelijk is. Hoewel Sjouwerman de gevolgen van het openstaande kelderluik niet meer heeft mee gekregen, zullen de gevolgen hem nadien niet hebben verbaasd.²⁴³ Ook wanneer het risico ten tijde van de normschending minder specifiek is, maar de gevolgen nog altijd groter zijn dan de bezwaarlijkheid van de maatregelen, is volgens de ervaringsregel van Judge Learned Hand ($P \times L > B$) het verband tussen het risico en de schade voor een gemiddeld mens voldoende duidelijk.²⁴⁴ Dat de precieze wijze waarop of de verschijningsvorm waarin de schade ontstaat niet specifiek voorzienbaar was, maakt dit niet anders: *'indien het eigenlijke gevaar bekend is, doet de modaliteit waarin dat gevaar zich realiseert er in beginsel niet toe.'*²⁴⁵ De schade zoals die zich dan realiseert, is nog steeds voorzienbaar veroorzaakt door een bepaald risico. Ook in dergelijke gevallen laat de schadevergoedingsplicht zich nog steeds eenvoudig vaststellen.²⁴⁶ De schadevergoedingsverplichting vloeit voort uit de vastgestelde feiten.

Voorbeeld

168. Deze tweede groep van gevallen betreft de gebruikelijke, voorzienbare zorgplicht of *'duty of care'* die eenieder jegens een ander heeft. In dergelijke gevallen vloeit, in de woorden van Krans, de *'scope of protection'* niet voort uit autonome prestatienormen, maar uit heteronome protectienormen.²⁴⁷ Het betreft 'kelderluik-situaties' waarin voor een gemiddeld mens volgens de ervaringsregel van Judge Learned Hand ($P \times L > B$) het verband tussen het risico en de schade voldoende duidelijk handelen of nalaten noodzake-

242. De derde kan hierop alleen aanspraak maken voor zover deze schade op de derde is overgegaan. Vgl. art. 7:962 lid 1 BW en de subrogatie van een verzekeraar in een nevenvordering als wettelijke rente.

243. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

244. Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169.

245. Vranken, *WPNR* 1990/5955, p. 213; Van Dam 2020/208.

246. Spier 1998, p. 5.

247. Krans 1999, p. 44.

lijk maakt.²⁴⁸ De inspanning die in deze situaties van een gemiddeld mens wordt verwacht, overstijgt de lichtvaardigheid van het niet *'steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten'*, waardoor niet langer sprake is van toeval, 'zuiver nalaten' of een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'. Het betreft bij uitstek de 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen', waarover niet veel jurisprudentie valt te vinden, want *'over gevallen waarvoor de oplossing evident is, plegen geen processen te worden gevoerd.'*²⁴⁹ Dat wil niet zeggen dat deze gevallen uitzonderlijk zijn, integendeel. In het merendeel van de schadegevallen gaat het juist om 'huis-tuin-en-keuken ongelukken'. Het leidt tot schades die vanwege hun voorspelbaarheid goed verzekeraar zijn en daardoor relatief eenvoudig door de niet-juridische markt kunnen worden afgedaan.

3.6.4 GEVALSTYPE 3: SPECIFIEK VOORZIENBAAR GEVOLG OF DIRECT VER- OORZAAKTE SCHADE

169. Het 'aansprakelijkheidsverband' tussen risico en schade is niet altijd aanstonds aannemelijk. Soms wordt het 'aansprakelijkheidsverband' tussen het risico en de schade vooral afgeleid uit wat vooraf voorzienbaar was (het risico) of achteraf als oorzaak aannemelijk is (de schade). Dit betreft het *derde* gevalstype van de 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen'. Twee *ervaringsregels* zijn in dit verband van belang. Allereerst: naarmate het risico ten tijde van de normschending meer specifiek was, is ten tijde van de schadevaststelling eerder aannemelijk dat de schade door dit risico veroorzaakt is: de 'specifiek risico' regel. Ten tweede: naarmate de schade ten tijde van de schadevaststelling een meer direct gevolg blijkt, is eerder aannemelijk dat ten tijde van de normschending het risico op die schade voorzienbaar was: de 'directe schade' regel. De toepassing van beide ervaringsregels is, zoals alle feiten, afhankelijk van het partijdebat. De voor de toepassing noodzakelijk 'weging' door de rechter is evenwel nog (net) beperkt tot het vaststellen van de feiten.

Soms
hulpmiddel

170. De *'specifiek risico'* regel komt het sterkst terug in wat uit 'de aard der zaak' volgt of de 'omkeringsregel',²⁵⁰ die in de jongste versie geparafraseerd weergegeven luidt dat indien het specifieke gevaar dat de norm beoogt te

Schade uit
risico afgeleid

248. Court of Appeals (Verenigde Staten) 1947, *United Towing Co States v. Carroll* [2d Cir. 1947], 159 F.2d 169.

249. Wiarda 1999, p. 115.

250. Zie voor wat uit 'de aard der zaak' volgt *Asser-Hartkamp/Sieburgh 6 II* 2013/33. 'Indien de schuldenaar ontkent dat schade is geleden, of indien hij ontkent dat de geleden schade het gevolg is van het feit waarvoor hij aansprakelijk is, zal de schuldeiser dit moeten bewijzen, tenzij de rechter, zoals hij menigmaal doet, aanneemt dat uit de gestelde wanprestatie of onrechtmatige daad reeds 'uit de aard der zaak' schade voortspuit'; Vgl. Klaassen 2017/6.

voorkomen zich verwezenlijkt, het bestaan van *condicio sine qua non* verband tussen de onrechtmatige daad of de wanprestatie en de schade wordt aangenomen, tenzij de aansprakelijk gestelde persoon voldoende tegenbewijs levert.²⁵¹ Bij toepassing van de ‘specifiek risico’ regel wordt de schade aannemelijk geoordeeld op basis van wat eerder als een specifiek risico voorzienbaar was, zoals wanneer een bromfietser in een flauwe bocht van een buitenweg in aanraking komt met de aanhanger van een in tegenovergestelde richting rijdende auto die ter plaatse zijn snelheid niet aanpast.²⁵²

Op grens van
aannemelijk-
heid

171. In een iets *ruimere* toepassing is de specifiek risico regel herkenbaar in de ‘adequatietheorie’²⁵³ of ‘deelregel 1’ van Brunner.²⁵⁴ Het betreft gevallen waarin weliswaar minder eisen aan de ‘specificiteit’ van het risico of de waarschijnlijkheid van de gevolgen worden gesteld, maar waarin het ‘soortelijk gewicht’ of de kenbaarheid van het risico voldoende ernstig is om in geval van realisatie de schade als het gevolg van die normschending aannemelijk te oordelen.²⁵⁵ Bij *verkeers- of veiligheidsnormen* ‘... moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen.’²⁵⁶ Deze ruimere toepassing van de specifiek risico regel leidt tot een vermoeden dat zich eerder leent voor betwisting.²⁵⁷ Het voorbeeld van een ruimere toepassing van de specifiek risico regel vormt de gedachte dat met de enkele schending van een *verkeers- of veiligheidsnorm* het causaal verband met de schade aannemelijk is.²⁵⁸ Over de toedracht of het ontstaan van de schade bestaat in dergelijke gevallen minder duidelijke

251. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2969, NJ 2004/306, m.nt. W.D.H. Asser (*ACE/Fino*); Asser-Hartkamp/Sieburgh 6 II 2013/77 e.v.; W.D.H. Asser, annotatie bij HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*); J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524 (*Ter Hofte/Oude Monnik*); Tjong Tjin Tai, *NJB* 2016/1605; Klaassen 2017/48-54; Klaassen 2012/9; Kortmann 2012, p. 37 e.v.

252. HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9070, NJ 2005/466, m.nt. W.D.H. Asser (*Stad Rotterdam/Stam*).

253. ‘Naarmate het gevolg redelijkerwijs te voorzien was’; Asser/Sieburgh 6 II 2017/55.

254. ‘Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is en derhalve beter voorzienbaar, is toerekening eerder gerechtvaardigd’; Asser/Sieburgh 6 II 2017/64.

255. Van Dam 2020/1002-2.

256. HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Vader Versluis*).

257. W.D.H. Asser, annotatie bij HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004/305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), die onderscheid maakt tussen direct bewijs (voorhands bewijsoordeel) en indirect bewijs (vermoeden); Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 2.8.

258. HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4007, NJ 2000/248, m.nt. H.J. Snijders. Verkeersongeval. Aanrijding tussen twee fietsers: Lutz en Hemelaar. De toedracht is onduidelijk. Lutz reed echter in verboden rijrichting. Dit vergroot volgens de Hoge Raad in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen, zodat nu dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt het vermoeden van causaal verband volgens de omkeringsregel toepassing vindt.

lijkheid, zodat ook minder zeker is of de normschending daadwerkelijk tot deze schade heeft geleid. Deze ruimere toepassing van de specifiek risico regel wordt niettemin gerechtvaardigd doordat het in de normschending geformuleerde risico voldoende specifiek kenbaar is om naar ervaringsgemiddelden aan te nemen dat dit risico zich heeft gerealiseerd. Het is althans redelijk de laedens met het 'laatste restje causaliteitsonzekerheid' te belasten.²⁵⁹ Deze toepassing van de specifiek risico regel nadert de grens tussen schadeberekening en schadetoerekening. Dit is zichtbaar in hoe tegen de 'omkeringsregel' wordt aangekeken.²⁶⁰ Volgens sommigen is de omkeringsregel niets meer dan een feitelijk vermoeden.²⁶¹ Volgens Sieburgh illustreert de omkeringsregel nog steeds dat voor de aannemelijkheid van het causaal verband het beschermingsdoel van de norm een belangrijke indicatie is, wat duidt op een vorm van toerekening.²⁶²

172. Voor het bepalen van wat een *specifiek* of een ernstig risico is, gaat het niet alleen om de norm maar ook om de inbreuk. Terecht sprak de Hoge Raad in een eerdere versie van de 'omkeringsregel' van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar te voorkomen én dat dit gevaar door de normschending 'in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot'.²⁶³ Het maakt feitelijk voor de voorzienbaarheid verschil of de laedens qua norm door een oranje licht reed of door een rood licht, en qua inbreuk 5 km per uur reed of 50 km per uur. Bij rood licht of 50 km is het risico anders dan bij oranje licht of 5 km. De enkele schending van een specifieke norm (rood licht) impliceert nog geen specifiek dreigend risico indien bijvoorbeeld 5 km per uur wordt gereden,²⁶⁴ net zomin als de schending van een meer algemene norm (oranje

Wat is
'voorzienbaar'?

259. Klaassen 2017/53; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/60. Bij te grote onzekerheid kan bijvoorbeeld geen beroep worden gedaan op de 'arbeidrechtelijke omkeringsregel': HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6166, NJ 2006/354 (*Havermans/Luyckx*); HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875, NJ 2011/252, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Landskroon/BAM*); HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99, m.nt. T. Hartlief (*Lansink/Ritsema*); HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98, m.nt. T. Hartlief (*SVB/Van de Weg*); HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, NJ 2018/291, m.nt. J. Spier (*X./Gemeente Rheden*).

260. Zie bijvoorbeeld de 'arbeidsrechtelijke omkeringsregel': HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369, NJ 2001/596, m.nt. W.D.H. Asser (*Unilever/Dikmans*).

261. Kortmann 2012, p. 37 e.v.

262. Asser/Sieburgh 6-II 2017/77.

263. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspelen*); Klaassen 2017/49.4 en 49.5.

264. Klaassen 2017/49.5; Voor medische aansprakelijkheid, zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, NJ 2012/669 (*Erven/Ouders*); Bij de bevalling loopt de baby hersenletsel op als gevolg van het feit dat de gynaecoloog in strijd met de geldende gedragsnorm geen permanente CTG-bewaking van de foetus heeft toegepast in geval van epidurale anesthesie. Deze norm strekt tot bescherming tegen het specifieke gevaar van zuurstoftekort en de gevolgen daarvan. Hof en Hoge Raad passen de 'omkeringsregel' toe, nu het specifieke gevaar zich volgens beide instanties verwezenlijkt heeft.

licht) een specifiek dreigend risico uitsluit indien men 50 km per uur rijdt. Terecht meent Klaassen dat het feit dat sprake is van een algemene norm het bestaan van een specifiek risico niet uitsluit.²⁶⁵ Het risico is afhankelijk van de norm én de inbreuk. Of iets een specifiek of ernstig risico vormt is niet alleen afhankelijk van de norm of de schending, maar is het resultaat van de *norm-schending* tezamen.

Voorbeeld

173. Om dezelfde reden is bij een wanprestatie de voorzienbare schade ingeval van *vervangende schadevergoeding* niet afhankelijk van alleen het moment van het sluiten van de overeenkomst ('100 kg aardappels voor EUR1,-/kg')²⁶⁶ of alleen het moment van de wanprestatie (slechts 25 kg aardappels tegen dan EUR 1,50/kg),²⁶⁷ maar van zowel de norm ten tijde van het sluiten van de overeenkomst als de schending van die norm ten tijde van de wanprestatie (het verschil van 75 kg aardappels x het verschil van EUR 0,50/kg = EUR 37,50 gederfde winst). Omdat overeenkomsten in het algemeen worden nagekomen, geldt voor de pseudo-gevolmachtigde eenzelfde voorzienbare schade.²⁶⁸

Risico uit
schade afgeleid

174. De '*directe schade*' regel is het sterkst aanwezig in de '*res ipsa loquitur*' regel. Een bekend voorbeeld biedt het arrest van de frisdankfles:²⁶⁹ '*Indien vaststaat dat het slachtoffer de fles waarvan de hals is afgebroken op normale wijze trachtte te openen, ligt in deze toedracht besloten dat de schade is veroorzaakt*

Echter zonder te toetsen of de normschending de kans op de verwezenlijking van het specifieke gevaar aanmerkelijk heeft vergroot. De noodzaak daartoe wordt door hof en Hoge Raad zelfs nadrukkelijk afgewezen. In zo'n geval is geen sprake meer van een op feiten gebaseerde omkeringsregel, maar van toerekening (zie par. 4.3.3); Verheij 2019/19, die meent dat de aanmerkelijke risicoverhoging wordt meegenomen in de onrechtmatigheidsvraag.

265. Klaassen 2017/50; W.D.H. Asser, annotatie bij HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307 (*Slapende patiënt*), par. 6. Een man wordt door een waarnemend huisarts slapende aangetroffen met normaal lijkende lichaamsfuncties als hartslag, temperatuur en reflexen. De huisarts neemt een afwachtende houding aan. De patiënt overlijdt. De afwachtende houding wordt de huisarts tuchtrechtelijk als laakbaar onzorgvuldig en verwijtbaar aangerekend. Zoveel is duidelijk dat de patiënt als gevolg van de afwachtende houding een opname in het ziekenhuis en een overlevingskans is onthouden. Volgens de Hoge Raad is bij de schending van de algemene norm van goed hulpverlener (art. 7:453 BW) voor toepassing van de omkeringsregel geen plaats.

266. Van der Kooij 2019/34; Asser/Sieburgh 6-II 2017/70; A-G Valk nr. 2.4 e.v. bij HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, NJ 2018/115 (*Avi/Van Adrighem*).

267. Zoals, in afwijking van de ons omringende landen, naar Nederlands recht wordt geoordeeld. Zie Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.12; Klaassen 2017/35.

268. Krans 1999, p. 139; HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004/254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren*); Met een kritische noot van Hijma: HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1083, NJ 2006/478, m.nt. J. Hijma (*Van de Kamp Makelaardij/Van der Veer Beleggingen*); Klaassen 2017/46.2; Concl. P-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2020:453, bij HR 17 juli 2020, onder 3.23.

269. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1197, NJ 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*).

door een gebrek van de fles, behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waaruit iets anders zou volgen en behoudens door de producent te leveren tegenbewijs.²⁷⁰ Uit de hoge mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid wordt afgeleid wat als risico voorzienbaar was, bijvoorbeeld toen Mathieu Duchateau met een gebroken been in de kelder werd aangetroffen.²⁷¹ Is sprake van een directe schade, dan is naar ervaringsgemiddelden al snel aannemelijk dat het risico daarop voorzienbaar was.

175. De directe schade regel is in een *ruimere* betekenis herkenbaar in de 'causa proxima leer'²⁷² of 'deelregel 2' van Brunner.²⁷³ Dit betreft situaties waarin de schade een minder 'direct' gevolg is, maar waarin gezien het 'soortelijk gewicht' of de aannemelijkheid van de schade deze toch als een voldoende aannemelijk gevolg wordt beschouwd om het risico daarop ten tijde van de normschending voorzienbaar te oordelen.²⁷⁴ Ook zo'n oordeel leent zich eerder voor betwisting en tegenbewijs. Het voorbeeld vormt de maxime *the tortfeasor must take the victim as he finds him*: ingeval van een letselschade worden ook de gevolgen die 'buiten de lijn der normale verwachtingen' liggen, als een voorzienbaar gevolg gezien.²⁷⁵ Over het nuttig effect van bepaalde maatregelen bestaat in dergelijke gevallen vaak minder helderheid, zodat ook onduidelijk is of dit nadeel ten tijde van de normschending wel zo voorzienbaar was. Een verruimde toepassing van de directe schade regel wordt niettemin gerechtvaardigd door het feit dat de in de vergoeding gevorderde letselschade voldoende aannemelijk is om naar ervaringsgemiddelden aan te nemen dat deze schade ten tijde van de normschending voorzienbaar was. Het is althans redelijk de laedens met

Op grens van aannemelijkheid

270. Ingeval van een gebrekkig product geldt in beginsel een verhoogde zorgplicht. Zie hierna par. 4.3.

271. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

272. 'De laatste factor of de naaste oorzaak'; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/54.

273. 'Naarmate het schadelijk gevolg minder ver verwijderd is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is toerekening eerder gerechtvaardigd'; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/64.

274. HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372, m.nt. G.J. Scholten (*Aangereden hartpatiënt*). Van algemene bekendheid is, volgens de Hoge Raad, dat aanrijdingen een dodelijke afloop kunnen hebben. Daarom moet een verkeersdeelnemer die een aanrijding veroorzaakt doordat hij als tractor geen voorrang verleent aan een bromfiets, daarmee rekening houden, ook al valt in dit geval de wijze waarop de dood intreedt als zelden voorkomend buiten de lijn der normale verwachtingen; Keirse & Jongeneel 2013/57 e.v.

275. HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8920, NJ 1989/751, m.nt. C.J.H. Brunner (*ABP/Stuyvenberg*). Het gaat om een verkeersongeval: Baaren raakt licht gewond bij een aanrijding met Stuyvenberg. Vooral door Baarens persoonlijkheidsstructuur raakt hij hierdoor arbeidsongeschikt. Anders dan het hof oordeelt de Hoge Raad dat, gezien de onrechtmatige daad, namelijk: het veroorzaken van letsel, het uitblijven van herstel als gevolg aan de dader moet worden toegerekend; Klaassen 2017/9.

dit 'laatste restje onvoorzienbaarheid' te belasten.²⁷⁶ Ook de verruimde toepassing van de directe schade regel nadert de grens tussen schadeberekening en schadetoerekening. Deze grens is zichtbaar in de betekenis die aan de maxime *the tortfeasor must take the victim as he finds him* wordt gegeven. In Duitsland gaat men ervan uit dat deze maxime als consequentie van de *Adäquanztheorie* naar een voorzienbare schade verwijst, terwijl in Engeland de maxime als uitzondering op de *reasonable foreseeability test* juist ziet op een onvoorzienbare schade, en daarmee een toerekening van de schade beoogt.²⁷⁷

Wat is
'veroorzaakt'?

176. Ook de *directheid* en aannemelijkheid van een bepaalde schade is niet alleen afhankelijk van de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid, maar ook van wat als schadepost aannemelijk is. Zo kan een schade direct ('eerstegraads') of meer indirect ('tweede of derdegraads') ontstaan.²⁷⁸ De veroorzakingswaarschijnlijkheid is niet hetzelfde. Vanaf het moment van een 'aantasting' zijn de kosten ter voorkoming of ter beperking van een schade de meest directe en aannemelijke schadepost (art. 6:96 lid 2 sub a BW). Gaat het om een meer afgeleide schade of om een gevolgschade zoals gederfde winst, dan kan de veroorzakingswaarschijnlijkheid wegens allerlei andere, mogelijke oorzaken minder aannemelijk zijn. Tegelijkertijd is het bestaan van een schadepost als een zeer courante auto of een letselschade eerder aannemelijk dan wanneer het gaat om een onzekere, toekomstige inkomstenderving of de aantasting van een 'waardeloos prul'. In deze laatste gevallen wordt de schade eerder als een gevolg van de meer individuele omstandigheden van de benadeelde gezien. Of iets een directe of aannemelijke schade vormt is niet afhankelijk van alleen de manier waarop de schade ontstaat of van alleen de aard van de schadepost, maar is het resultaat van het ontstaan én bestaan van de schade tezamen, en daarmee: de *schade-vergoeding*.

Voorbeeld

177. Voorbeelden van de glijdende schaal tussen schadeberekening en schadetoerekening bieden *onderzoeks- of informatieplichten*. Een tekortkoming in de onderzoeks- of informatieplicht leidt niet vanzelfsprekend tot

276. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2054, NJ 2001/433 (*Zwolsche Algemeene/De Greef I*), r.o. 3.5.1, waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand laat dat het postwhiplashsyndroom waarvan algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden, met zich brengt dat de eisen die aan het bewijs kunnen worden gesteld niet al te hoog dienen te zijn.

277. Van Dam 2013/1111.

278. Kabelschade, zie HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2923, NJ 2011/191 (*Bouwcombinatie BR-4 VOF/Liander*); Stroomstoring, zie HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/139, m.nt. S.D. Lindenbergh.

een schade(vergoedingsplicht).²⁷⁹ Afhankelijk van de aard van het onderzoek of de informatie kan het ontstaan van de schade aannemelijk zijn. Gaat het om eenvoudig verifieerbare risico's of fysieke dan wel financiële risico's die geen gemiddeld mens wil lopen, dan is bij realisatie van deze risico's het ontstaan van schade aannemelijk.²⁸⁰ De vergoedingsplicht volgt uit de feiten. Gaat het om een verkoopbrochure die vermeldt dat een huis 150 m² woonoppervlakte heeft in plaats van 124 m², dan is achteraf mischien wel aannemelijk dat de koper als hij dit geweten had een lagere prijs had betaald, maar niet vanzelfsprekend dat die lagere prijs op het waardeverschil van 26 m² bepaald kan worden. De schadevergoeding vergt in zo'n geval een vaststelling van de schade die de rechter mag schatten.²⁸¹ Artikel 6:97 tweede volzin BW geeft de rechter daartoe de bevoegdheid. Die schattingsvrijheid veronderstelt wel dat het ontstaan van schade aannemelijk is. Ingeval van een verkoopbrochure die 20% meer woonoppervlakte vermeldt, is het ontstaan van schade denkbaar aannemelijk. De schade is niet eenvoudig aannemelijk als de verwezenlijking van de schade louter afhankelijk is van de individuele omstandigheden van de laedens, die bijvoorbeeld een bijzondere onderzoeksplicht rechtvaardigen,²⁸² of afhankelijk is van de individuele omstandigheden van de benadeelde, wanneer sprake is van gederfde winst,²⁸³ of een persoonlijke voorkeur zoals in geval

279. Met betrekking tot onderzoeksplichten, zie HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2988, NJ 2004/422, m.nt. W.D.H. Asser (*Provincie Fryslân/Monsma*). Grondwateronttrekking Provincie Fryslan. De norm tot monitoring en archivering van de grondwateronttrekking strekt niet tot voorkomen van het ontstaan van schade, maar tot voorkomen van het ontstaan van onduidelijkheid over de vraag of de wateronttrekking schade heeft veroorzaakt.

280. Voor fysieke risico's, zie HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeelerongeval*); Voor de financiële risico's, zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*), r.o. 4.7.9. Aandelenlease. Indien de inkomsten- en vermogenspositie destijds van dien aard was dat leasetermijnen en/of restschuld een onaanvaardbare zware financiële last vormden, is de kans dat de consument zich hiervan bewust de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, zo aanzienlijk, dat hiervan behoudens tegenbewijs als gevolg van de zorgplichtschending kan worden uitgegaan; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, NJ 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*). Beroepsaansprakelijkheid. Een notaris laat na de eerste verkoper te waarschuwen voor het grote prijsverschil tussen twee elkaar direct opvolgende overdrachten van een boerderij, en de gegeven opdracht aan de notaris de koopprijs te storten op een rekening van een vertegenwoordiger van de verkoper in het buitenland die de koopprijs dan aan de verkoper zou betalen (wat niet gebeurde).

281. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen.

282. Ten aanzien van de verkoop van verontreinigde grond, zie HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0710, NJ 1994/289, m.nt. C.J.H. Brunner (*Steedijkpolder*); Van Dam 2020/217-2.

283. Hebly 2019, p. 218.

van 'informed consent',²⁸⁴ of bij 'onnodige risico's'.²⁸⁵ Van voorshands aanneembelijke schade is dan geen sprake. Wordt met het intreden van het risico in dergelijke gevallen toch schadevergoeding toegekend, dan gaat de schadeberekening over in een schadetoerekening (hoofdstuk 4).

3.6.5 GEVALSTYPE 4: ONZEKER AANSPRAKELIJKHEIDSVERBAND

Band risico en schade onzeker

178. Het oprekken van de specifiek risico regel of de directe schade regel heeft grenzen. Soms is de toedracht of het nuttig effect te onzeker om uit het enkele bestaan van een normschending of een vergoedbare schade naar ervaringsgemiddelden een schadevergoedingsplicht af te leiden. Dit betreft het vierde gevalstype van wat dan niet langer meer 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen' zijn. Zo kan van het bestaan van een normschending nog wel sprake zijn, zoals: het rijden met te gladde banden of het veroorzaken van een verkeersongeval, en ook van het bestaan van een vergoedbare schade, zoals: een autoschade of bepaalde pijnklachten. Toch vloeit daar geen schadevergoedingsplicht uit voort als de daaropvolgende aanrijding onvoldoende aannemelijk veroorzaakt is door de te gladde banden²⁸⁶ of het verkeersongeval onvoldoende voorzienbaar oorzaak is van de zich later ontwikkelende klachten van fibromyalgie.²⁸⁷ De schade die de benadeelde lijdt, houdt geen verband meer met het risico dat de laedens nam. De schade van de benadeelde houdt misschien wel verband met het handelen of nalaten van de laedens, maar niet met het normschendend karakter daarvan. Van der Kooij geeft het voorbeeld van een te hard rijdende taxi die getroffen wordt door een omwaaiende boom. Het risico getroffen te worden door omwaaiende bomen wordt in het algemeen niet door te hard rijden vergroot.²⁸⁸ Deze voor de laedens onvoorzienbare schade behoort tot het algemene risico dat een benadeelde loopt, niet tot het risico van de laedens. Dit past bij de doelstelling van het schadevergoedingsrecht de benadeelde zoveel mogelijk te plaatsen in de positie waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de laedens zijn rechtsplicht was nagekomen. Dit hypothetisch scenario is voor de benadeelde niet zonder risico's.

'Demogue-Besier leer' juist

179. Deze derde categorie van gevalstypen is herkenbaar in wat wel wordt genoemd de 'Demogue-Besier' leer. Een 'leer', die meent dat in het aanspra-

284. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ingenhut*); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken.

285. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.4.3 – 5.5.3.

286. HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4926, VR 2002/158.

287. HR 9 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3170, NJ 2004/308, m.nt. W.D.H. Asser (*Fibromyalgie*).

288. Van der Kooij 2019/494 en 509.

kelijkheidsrecht niet voldoende is dat een *condicio sine qua non* verband bestaat tussen de daad en de schade, maar dat een causaal verband vereist is tussen de ‘onrechtmatige’ daad en de schade.²⁸⁹ Kerkmeester en Visscher hebben toegelicht dat een dergelijke gedachte bij uitstek zinvol is in gevallen van een schuldaansprakelijkheid.²⁹⁰ Honoré zegt het nog stelliger: ‘*Causal connection (in German terminology Kausalzusammenhang) cannot be separated in cases of fault liability from unlawful connection (Rechtswidrigkeitszusammenhang); their separation in the writings of some German theorists is in my view a source of error.*’²⁹¹ Volgens Kerkmeester en Visscher is de leer Demogue-Besier in de literatuur ten onrechte aangevallen vanuit de vergelijking dat de schade ook was ontstaan indien dezelfde handeling was verricht, maar dan rechtmatig,²⁹² óf juist niet was ontstaan wanneer de gehele normschendende handeling achterwege was gelaten. In het eerste geval wordt miskend dat het in de Demogue-Besier gedachte erom gaat dat de laedens een alternatieve handelingsmogelijkheid had, die niet risico veroorzakend was. Het tweede geval miskent dat de schade ook door het niet normschendende deel van de handeling veroorzaakt kan zijn. Of, zoals Honoré stelt: ‘*When liability is based on fault the comparison is not with what would have happened had the defendant done nothing, but with what would have happened had he acted properly.*’²⁹³ Het is een bekende misvatting dat correct gedrag niet tot ongelukken leidt.²⁹⁴ ‘*The concept of negligence is not about eliminating risk but about reducing it to an acceptable level by taking reasonable precautions*’, schrijft Cane.²⁹⁵ Kerkmeester en Visscher geven het aan criticus Wertheim ontleende voorbeeld van iemand die in een auto rijdt zonder rijbewijs, waarbij zich een ongeval voordoet dat niet aan diens rijgedrag te wijten is. Van iemand die zijn rijbewijs nimmer gehaald heeft, mag verwacht worden dat hij geen auto

289. De naamgeving van deze leer is bijzonder en gebaseerd op een samentrekking van de namen van de Franse privatist René Demogue en de Nederlandse A-G Besier, die overigens individueel noch samen aan deze leer als zodanig geformuleerd hebben. Demogue verlangt in zijn handboek *Traité des Obligations* een causaal verband tussen het onrechtmatige aspect van de daad en de schade, terwijl Besier dit idee heeft toegepast in aan aantal conclusies; Aldus ook HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, NJ 1928/p. 1688, m.nt. E.M. Meijer (*De Marchant et d’Ansembourg*); Vergelijkbare theorieën zijn ontwikkeld in het Engelse (tortious-aspect causation), Duitse (rechtmaessiges Alternativverhalten) en Belgische recht (rechtmatig alternatief); Van der Kooij 2019/71; Koziol 2017, p. 130 e.v.; Visscher 2005, p. 244 e.v.; Fruytier 2021/97.

290. Vergelijkbaar met de Demogue-Besier leer is de gedachte dat ook ‘schuld aan de schade’ moet bestaan. Zie *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/103*.

291. Honoré 1999, p. 100.

292. Lankhorst 1992, p. 60.

293. Honoré 1999, p. 104.

294. Kerkmeester & Visscher, *WPNR* 1999/6378, p. 835 – 840; Een voorbeeld vormt de jurisprudentie waarin geen onrechtmatigheid wordt aangenomen voor het handelen zonder vergunning indien voor dat handelen een vergunning zou zijn verleend. Zie van der Kooij 2019/307 en 433 e.v.

295. Cane 2017, p. 41.

rijdt, en is – in de woorden van Köster – de aanwezigheid van het ‘aansprakelijkheidsverband’ tussen de normschending en de schade redelijk (par. 4.3.3).²⁹⁶ Heeft hij het rijbewijs wel gehaald, maar thuis laten liggen, dan ligt dit verband veel minder in de rede.²⁹⁷

Voorbeeld

180. Het feit dat het ontstaan van de schadevergoedingsplicht niet alleen afhankelijk is van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, maar ook van de voorzienbaarheid, verklaart waarom *zuivere vermogensschade* niet snel verhaalbaar is. Vooral naar Duits en Engels recht is het verhalen van zuivere vermogensschade lastig.²⁹⁸ Het *condicio sine qua non* verband met de normschending is in de regel wel aannemelijk. Dat geldt niet voor de voorzienbaarheid van het gevolg. Meer dan zaakschade of letselschade is zuivere vermogensschade afhankelijk van de individuele omstandigheden van de benadeelde.²⁹⁹ Zoals we hiervoor al zagen: dit ligt anders als de zuivere vermogensschade verband houdt met het positief contractsbelang. Het positief contractsbelang is vanwege de zelf gemaakte afspraak specifiek voorzienbaar, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een betaalbaar gestelde cheque.³⁰⁰ Voorzienbaar is zuivere vermogensschade ook als het bij een letselschade gaat om een niet-ongebruikelijke inkomstenderving.³⁰¹ Zuivere vermogensschade kan ook voorzienbaar zijn wanneer het gaat om de teveel betaalde koopprijs van gebrekkige producten³⁰² of het verlies van een ondernemings-

296. Köster 1963, p. 15. Voor de vestiging van de aansprakelijkheid oordeelt Köster de ‘adequate causaliteit’ beslissend, voor de omvang van de aansprakelijkheid bepleit Köster een toerekening naar redelijkheid.

297. Honoré 1999, p. 101, wijst op een voorbeeld uit de Engelse jurisprudentie: ‘A good illustration is the case involving the navigation of a ship by an officer who was competent and experienced but who did not possess the certificate required by law (The Empire Jamaica [1955] P. 52, 57-8). The officer navigated negligently and the ship was involved in a collision. The defendants admitted that the negligent navigation caused the collision, but denied that the lack of a certificate was causally relevant. Had it been relevant the amount of damages would have been greater. Given that the basis of liability was fault, it was rightly held that the lack of a certificate was irrelevant, since the officer would have navigated no better had he possessed one.’

298. Van Dam 2013/710-1.

299. Hebly 2019, p. 218; De Groot, VR 1980, p. 49 – 58. Zuivere vermogensschade is om die reden ook minder vanzelfsprekend verzekeraar; Wansink 2006, p. 27.

300. HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0112, NJ 1988/439, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Amro/Bromet*); Van der Kooij 2019/614.

301. Article 2:102 (4) PETL verklaart dat de ‘Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope.’, maar: ‘In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.’ ‘Proximity’ of ‘awareness’ maken zuivere vermogensschade meer voorzienbaar.

302. HvJ EU 9 juli 2020, C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, NJ 2020/317, m.nt. L. Strikwerda (*Verein für Konsumenteninformation/Volkswagen AG*), r.o. 31 – 33, waarin het HvJ EU aanvaardt dat de door het zgn. ‘dieselschandaal’ voor nieuwe of gebruikte motorvoertuigen te veel betaalde koopprijs als ‘schadetoebrengend feit’ geldt in de zin van *Erfolgsort* (artikel

waarde, mits de ondernemingswaarde is gebaseerd op een gedeelde marktwaarde.³⁰³ Bij gebreke van voldoende voorzienbaarheid riskeert het achteraf vaststellen van zuivere vermogensschade te vervallen tot een subjectief schadebegrip, of in het ergste geval: een *hindsight bias*.³⁰⁴ Wat is de schade door de diefstal van een nadien winnend lot?³⁰⁵ Niet de uitkering. Die viel ten tijde van de normschending niet reëel te verwachten. Tenzij de rechter zijn begrotingsvrijheid gebruikt om het nadeel van de benadeelde te begrenzen op de door de laedens verkregen voordeel (art. 6:104 BW). Wil de rechter de schade op meer dan de aankoopwaarde van het lot vaststellen, dan is geen sprake van schadeberekening, maar van schadetoerekening (par. 4.4).

3.6.6 GEVALSTYPE 5: GEEN RISICO OF GEEN SCHADE

181. Het ontstaan van een schade behoort nog meer tot het algemene risico van een benadeelde wanneer van een normschending of vergoedbare schade geen sprake is. Dit betreft het *vijfde* gevalstype van eveneens niet 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen'. Zo is geen sprake van een *risico* of een relevante normschending in geval van 'zuiver toeval'. Te denken valt aan de rechtspraak over een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden', zoals wanneer het risico van uienresten als bron van de schimmelziekte koprot niet voorzienbaar is.³⁰⁶ Gedacht kan ook worden aan situaties waarin de laedens profiteert van een anders' wanprestatie zonder dat, naast subjectieve kennis, sprake is van bijzondere omstandigheden 'van voldoende gewicht';³⁰⁷ of sprake is van een zuiver nalaten, zonder dat de laedens voldoende subjectieve kennis heeft.³⁰⁸ In deze situaties zijn de gevolgen van een ander risico al zo specifiek voorzienbaar dat een 'aantasting' aanneemelijk is, en behoudens bijzondere omstandigheden jegens een 'toevallige derde' van een relevant nieuw risico geen sprake is.

Soms geen
risico

182. Het bestaan van vergoedbare *schade* ontbreekt wanneer geen sprake is van begrootbare schade, omdat geen sprake is van prijsbaar nadeel (zuiver

Of geen schade

7 lid 2 Brussel I-bis Verordening) en nadrukkelijk overweegt dat jegens de producent Volkswagen AG geen sprake is van indirecte schade noch van zuivere vermogensschade.

303. Hebly 2019, p. 229.

304. Visser 2005, p. 192; Hebly 2019, p. 238 e.v.

305. Hebly 2019, p. 246; Van Boom 2002, p. 93.

306. HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934 NJ 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*); HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, NJ 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hudepohl/Werink*), waarbij niet altijd duidelijk is in welke gevallen de onvoorzienbaarheid via de normschending toepassing vindt, of via de (on)aannemelijkheid van de schade; Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.6.3; Van Dam 2020/2011-5.

307. HR 7 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*); Verheij 2019/26.

308. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149, m.nt. J. Scholten (*struikelende broodbezorger*); Verheij 2019/23.1; Tjong Tjin Tai, *NJB* 2007/2071.

individueel leed, of onzekere toekomstige schade), althans de waarde ervan 'niet-gedeeld' wordt en onzeker is. Relevante schade ontbreekt ook wanneer op grond van bijvoorbeeld de Brandweerwet 1985 geoordeeld wordt dat de kosten van publieke taakuitoefening niet vatbaar zijn voor privaatrechtelijk verhaal.³⁰⁹ Of als sprake is van een niet-rechtmatig belang: een diefstal van gestolen middelen geeft de bezitter te kwader trouw geen aanspraak op een vergoeding.³¹⁰

3.7 SCHADEVERGOEDING ALS HYPOTHETISCH SCENARIO

Het aannemelijk alternatief

183. De aanwezigheid van causaal verband is niet voldoende voor het uit de feiten kunnen afleiden van een schadevergoedingsplicht. Schade is een *hypothese*: dat bij gebreke van de realisatie van het risico de positie van de benadeelde daadwerkelijk beter was geweest. Het verlies van de kans op dat betere alternatief moet aannemelijk zijn en vormt de schade die met de realisatie van het risico verloren is gegaan. Voor een recht op schadevergoeding is nodig dat de schade veroorzaakt is door een risico waarvoor de laedens verantwoordelijkheid draagt. Risico's die onvoorzienbaar zijn, vallen buiten het hypothetisch scenario, evenals risico's die de schade niet veroorzaakt hebben. Voorzienbaarheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid bieden tezamen een *onderscheidende maatstaf*. Voorzienbaarheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid verschaffen tezamen een feitelijke invulling en grens, die van belang is met betrekking tot de aannemelijkheid van het bestaan van een vergoedbare schadepost (par. 3.3.1), als ook het ontstaan van de schade (par. 3.5.2) en het uit de feiten kunnen afleiden van een normschending (par. 3.4.1) en een vergoedingsplicht (par. 3.6).

3.7.1 ... KENT EEN PROSPECTIEVE EN RETROSPECTIEVE KANT

Van oorzaak en gevolg

184. Vanuit tijdsperspectief bezien zijn de voorzienbaarheid en de veroorzakingswaarschijnlijkheid ieder voor zich nagenoeg *oneindig*, met weinig onderscheidend vermogen.³¹¹ Nieuwenhuis illustreert die oneindigheid ludiek aan de hand van Caesars onrechtmatig besluit Gallië aan te vallen en daarover een boek te schrijven, en het mislukken van de loopbaanplannen van D, tweeduizend jaar later, omdat hij bij gelegenheid van zijn schoolexamen er niet in slaagt een correcte vertaling te leveren van de zinsnede *horum omnium fortissimi sunt Belgae*. Het *condicio sine qua non* verband behoeft begrenzing.³¹² Hetzelfde geldt voor de voorzienbaarheid. Met enig

309. Van der Kooij 2019/524.

310. Van der Kooij 2019/544.

311. Koziol 2017, p. 129.

312. Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1700 – 1701.

voorstellingsvermogen is veel voorzienbaar. Ook de Galliërs zullen begrepen hebben dat Caesars besluit Gallië aan te vallen de loopbaanplannen van Caesar moest beïnvloeden en mogelijk van vele anderen, maar niet die van D. Hoe specifiek het in de normschending geformuleerde risico, des te eerder een bepaalde schade daardoor veroorzaakt is; en hoe zekerder de in de vergoedingsvordering geformuleerde schade, des te eerder deze schade als risico voorzienbaar was. Zo is de door de Hoge Raad geformuleerde, en bekritiseerde regel dat indien een als een onrechtmatige daad of een wanprestatie aan te merken gedraging een risico in het leven roept en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de ontstane schade in beginsel gegeven is, juist,³¹³ *voor zover* causaal verband aannemelijk wordt bevonden binnen de grenzen van het in de normschending geformuleerde risico.³¹⁴ Of, zoals Lord Wilberforce het voor het Engelse recht formuleert: *'It is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause'*.³¹⁵ Ook internationaal gezien vormen het *condicio sine qua non* verband en de voorzienbaarheid een hecht koppel, zowel vanuit Europees perspectief³¹⁶ als in de ons omringende landen.³¹⁷

185. De voorzienbaarheid en de veroorzakingswaarschijnlijkheid markeren tezamen ook het onderscheid tussen *schadeberekening* en *schadetoerekening*.

Begrensd door wat aannemelijk is

313. HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, NJ 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*).

314. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890, NJ 2009/28 (*Smeets/Gemeente Heerlen*). De inhoud en de strekking van de geschonden norm is van belang om vast te stellen tegen welk specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade zij bescherming biedt; Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 2.6.1, waarin terecht wordt gesproken van een 'bepaald' risico en het aannemen van *condicio sine qua non* verband binnen 'zekere' grenzen; Verheij 2019/19; Van der Kooij 2019/340.

315. Lord Wilberforce in House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 1972 3 All ER 1008, *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 WLR 1; Van Dam 2013/1107-3, met verwijzing naar verdere instemmende literatuur.

316. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/48*, met verwijzing naar de rechtspraak van het HvJ waarin naast het *condicio sine qua non* verband tevens gebruik wordt gemaakt van de onmiddellijkheid en de voorzienbaarheid van de schade; Zie Wurmnest 2003, p. 177-181 en 185; *Asser/Sieburgh 6-II 2017/75*, met verwijzing naar de PETL (art. 3:201), de PECL (art. 9:503) en Unidroit (art. 7.4.4) waarin naast het *condicio sine qua non* verband, de voorzienbaarheid eveneens een belangrijk criterium vormt.

317. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/74*, met verwijzing naar Duitsland, waar in aanvulling op het *condicio sine qua non* verband de Adäquanztheorie wordt toegepast die als maatstaf hanteert 'of de gebeurtenis in het algemeen en niet slechts onder abnormale, geheel onwaarschijnlijke omstandigheden had kunnen leiden tot het ontstaan van schade.'; *Asser/Sieburgh 6-II 2017/75*, met verwijzing naar Engeland, waar in aanvulling op de 'but-for-test' gebruik wordt gemaakt van de 'reasonable foreseeability' resp. de vraag of de schade 'near' of 'immediate' is; en Frankrijk, waar eveneens via de eis van 'une suite immédiate et directe', voorzienbaarheid en adequaat causaal verband van belang zijn.

Een redelijkheidsoordeel is niet altijd nodig om het bestaan van een schadevergoedingsplicht vast te stellen. Dit wordt door velen miskend.³¹⁸ Zo oordeelt Nieuwenhuis de billijkheidscorrectie nodig om de kring van de zuiver logische gevolgen van het *condicio sine qua non* verband in te perken. Daarmee onderschat hij de mogelijkheid de schadevergoedingsplicht via de voorzienbaarheid te begrenzen. Ten onrechte noemt Nieuwenhuis de voorzienbaarheid een *'te bot instrument om de toerekening van schade op een redelijke en billijke maat te snijden*. Te snel doet hij een beroep op *'een normatief verrijkt schadebegrip'*.³¹⁹ In veel 'huis-tuin-en-keuken schadegevallen' kan worden volstaan met het vaststellen van de veroorzakingswaarschijnlijkheid en de voorzienbaarheid, als het gaat om het begroten van de schade én het bestaan van een schadevergoedingsverplichting. Een dergelijk oordeel behoeft berekening, weinig weging, laat staan toerekening.

Voorbeeld

186. Het maakt verschil of Doorenbos aan N.V. Intercommunale Waterleidinggebied Leeuwarden schadevergoeding moet betalen wegens het massaal uitstromen van olie als gevolg van een verkeersfout omdat in Nederland voorzienbaar was dat de grond fungeert als opslagplaats voor de drinkwatervoorziening, zoals het hof met de zinsnede *'het redelijkerwijze te verwachten gevolg'* lijkt te oordeelden.³²⁰ Of dat dit risico als ervaringsgegeven in Nederland niet voorzienbaar was, maar toerekening toch redelijk wordt bevonden, nu Doorenbos – naar Intercommunale stelde – een bijzonder risico had gecreëerd door de olietanks te vervoeren met een oplegger die daarvoor niet bedoeld was noch was ingericht; dan wel, omdat Intercommunale slechts bereddingskosten vorderde, waarmee een veelvoud aan gevolgschade was voorkomen en/of Doorenbos voor zijn aansprakelijkheid verzekerd was. Deze meer individuele omstandigheden speelden bij het hof en de Hoge Raad geen kenbare rol. De toerekening door de Hoge Raad via het begrip *'redelijkerwijs'* sluit niet uit dat deze omstandigheden wel van invloed zijn geweest. Het helpt de rechtsvorming en de rechtszekerheid als die invloed expliciet wordt gemaakt. Schadeberekening gaat dan over in schadetoerekening.

318. *Asser/Sieburgh 6-II 2017/50* en 86 e.v.; Nieuwenhuis, *TPR 2002*, p. 1701 e.v, met de verzuchting: 'eenvoud is slechts zo zelden kenmerk van het ware'; Keirse & Jongeneel 2013/71 e.v.; Van der Kooij 2019/341; Cane 2002, p. 79.

319. Lindenbergh 2020/13; Klaassen 2017/18; Tjong Tjin Tai 2017, p. 5, die meent dat schade van meet af aan normatief geladen is, omdat het als ongewenst voorval meestal het gevolg is van een fout.

320. HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970/251, m.nt. G.J. Scholten (*Waterwingebied*). Het hof behoefde, volgens de Hoge Raad, geen aandacht te besteden aan de vraag of de bestuurder van de vrachtautocombinatie wist of behoorde te weten dat zich ter plaatse van het ongeval een waterwingebied bevond.

187. De *voorzienbaarheid* heeft een onderscheidende rol in de schadevergoedingsverbintenis, die in de meer recente jurisprudentie en literatuur wel wordt vermoed, maar niet verder is vorm gegeven.³²¹ De *voorzienbaarheid* is geen normatief criterium, zoals terecht als onvoldoende onderscheidend met de adequatieleer is afgewezen.³²² De *voorzienbaarheid* is een feitelijk criterium, naast het *condicio sine qua non* verband.³²³ Tegen de *voorzienbaarheid* als een feitelijk criterium is door niemand minder dan Meijers bezwaar gemaakt, vooral: de mate van *voorzienbaarheid* en het tijdstip waarop de *voorzienbaarheid* moet worden bepaald.³²⁴ Van Dam spreekt, in navolging van Atiyah, van een *'multi-interpretable term'*.³²⁵ Deze bezwaren zijn steekhoudend noch terecht.

Via de
voorzienbaar-
heid

188. De *voorzienbaarheid* is niet een dubbelzinnig begrip, maar een tweeledig begrip. Zoals ook Van Dam opmerkt, gaat het bij de *voorzienbaarheid* om zowel de kenbaarheid als de waarschijnlijkheid.³²⁶ De *kenbaarheid* ziet op de persoon. De *waarschijnlijkheid* ziet op het risico. Wat *voorzienbaar* is, is afhankelijk van enerzijds de aard van het risico, anderzijds de hoedanigheid van de persoon (par. 3.2.1). Het verschil in *voorzienbaarheid* per risico (object) en per persoon (subject) diskwalificeert de *voorzienbaarheid* niet als criterium maar bevestigt eerder het onderscheidend vermogen ervan, zoals het *condicio sine qua non* verband in het ene geval meer aannemelijk of redelijk is dan in het andere.³²⁷ Qua *tijdstip* wordt de *voorzienbaarheid* bepaald door het moment van de normschending die aan de schadevergoeding ten grondslag ligt.³²⁸ Het gaat om *'the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity'* (art. 3:201 PETL). Het in die normschending voorziene risico bepaalt de waarschijnlijkheid van het risico en de kenbaarheid van dat risico voor de aansprakelijke persoon. Het maakt voor het ontstaan en de omvang van de schadevergoedingsplicht verschil of Sjouwerman wel of niet zag dat Duchateau ter plaatse van het openstaand

Een tweeledig
begrip

321. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, NJ 2011/139 (*Hoogheemraadschap Rijnland*); Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.3. en 4.6; Van *voorzienbaarheid* wordt wel gezegd dat het relevant is. Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/60 en 69; Klaassen 2017/34; maar weinig onderscheidend vermogen heeft. Zie Bloembergen 1965, p. 163 e.v.; Tjong Tjin Tai 2017, p. 13; Jansen 2006, p. 37; Nieuwenhuis, *TPR* 2002, p. 1701; Hebly 2019, p. 107; Van Dam 2020/1007-2; Franke 2022, p. 362, met verwijzing naar G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid*, 1963.

322. Bloembergen 1965/116 e.v.

323. Schut 1990, p. 73-91 en p. 181-184; Zie ook waarover Klaassen 1991, p. 264; Scholten, *Rechtsgeleerdheid Magazine* 1902, p. 265 – 312, 414 – 467; Simons, *Themis* 1902, p. 6 – 91; Zevenbergen, *Rechtsgeleerdheid Magazijn* 1917, p. 31 – 86; Van der Kooij 2019/46-48.

324. Meijers, *WPNR* 3442-3445 (1935), met als voorbeeld: de 'bloeder'.

325. Van Dam 2020/209.

326. Van Dam 2020/209.

327. Eenzelfde tweeledigheid geldt voor het begrip 'toerekening', zie par. 4.2.

328. Hebly 2019, p. 107.

kelderluik het watercloset zocht.³²⁹ Daarnaast wordt van sommige personen meer, of juist minder zorg verwacht dan van een gemiddelde mens. Het onderkennen van de feitelijke betekenis die de voorzienbaarheid naast het *condicio sine qua non* verband vervult bij het vaststellen van de schadevergoedingsplicht, vermijdt dat de redelijkheid, evenals de adequatieleer, een ‘toverformule’ wordt, wat nu juist de belangrijkste reden was om van de adequatieleer afstand te nemen.³³⁰

En via het causaal verband

189. Beter zicht op de voorzienbaarheid biedt gelegenheid de overspannen betekenis die nu aan het *condicio sine qua non* verband wordt gegeven, terug te dringen. Anders dan vaak wordt gezegd,³³¹ gaat het niet om het *condicio sine qua non* verband van de schade met de ‘gebeurtenis’, maar om het *condicio sine qua non* verband van de schade met het ‘risico’ c.q. de normschending (par. 3.4.1). Niet alle elementen van een bepaalde gebeurtenis houden verband met het risico dat op grond van de normschending voor rekening van de laedens komt. De schade kan heel goed veroorzaakt zijn door de niet normschendende elementen. Het gaat erom wat meest aannemelijk was gebeurd als geen risico was genomen, of anders gezegd: niet normschendend was gehandeld. Was de schade ook ontstaan als de laedens niet te hard gereden had? Zo ja, dan is het causaal verband niet aannemelijk. Is aannemelijk dat zonder het risico de schade niet was ontstaan, dan is het *condicio sine qua non* verband wél aannemelijk.

Het aannemelijk alternatief

190. Voor het bepalen van de veroorzakingswaarschijnlijkheid is bij gedragsnormen niet beslissend wat in een bepaald geval had *kunnen* gebeuren, maar wat meest aannemelijk *was* gebeurd.³³² De aannemelijkheid van

329. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

330. Boonekamp in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 1.2.4; Asser/Sieburgh 6-II 2017/56 e.v.; Neleman 1987, p. 43 – 53; Van Dam 2013/1101, die als algemene rechtsvergelijkende observaties vooropstelt: ‘First, causation is closely related to the requirement of negligence because in both probability plays an important role, be it that the probability element in negligence is usually looked at from an ex ante and in causation from an ex post perspective. (...) Second, not only probability but also foreseeability (knowledge) plays a role in negligence as well as in causation. (...)’.

331. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 1.5.1 en 2.1; Klaassen 2017/17.

332. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291 (*Hengelo/Weyers*). Aansprakelijkheid voor vernietigd besluit. ‘Niet beslissend is immers of het College de vergunning rechtmatig had kunnen weigeren, maar – zoals het hof tot maatstaf heeft genomen – welk besluit het zou hebben genomen indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist.’; Als ook HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*). Gebruik perceel in strijd met bouwverordening. ‘Het enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden die niet onrechtmatig geweest zou zijn, brengt nog niet mee dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.’

die hypothese kan voortvloeien uit de individuele omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een beroepsaansprakelijkheid en de vraag hoe de bewuste beroepsbeoefenaar feitelijk gehandeld zou hebben, als hij geen fout had gemaakt.³³³ De veroorzakingswaarschijnlijkheid kan ook voortvloeien uit algemene ervaringsgegevens zoals dat overeenkomsten plegen te worden nagekomen.³³⁴ Bij gedragsnormen is niet beslissend wat *rechtens* juist zou zijn geweest. Het gaat erom wat feitelijk meest *aannemelijk* is. Als de schade ook was ontstaan indien met de toegestane snelheid was gereden en niet was ontstaan als iets langzamer was gereden, terwijl meer aannemelijk is dat bij niet te hard rijden deze laedens iets langzamer zou hebben gereden, is het causaal verband met de normschending aannemelijk.³³⁵ Bij gedragsnormen komt het resterend deel van het rechtmatig alternatief de benadeelde toe, niet de laedens. Gedragsnormen worden gelegitimeerd door de persoonlijke vrijheid en verantwoordelijkheid. De ruimte die eenieder nodig heeft, is niet noodzakelijk gelijk. Waar de laedens door zijn meer individuele omstandigheden soms iets niet hoeft te doen of na te laten, hoewel gebruikelijk (par. 3.4.3), vergt de gelijkheidsnorm dat hij in andere gevallen de voor hem meer individueel aannemelijke gevolgen van zijn doen of nalaten heeft te dragen, hoewel ongebruikelijk. De veroorzaking moet aannemelijk zijn ten tijde van de schadevaststelling. Dit tijdstip is weer afhankelijk van het moment van instellen van de schadevergoedingsvordering. Het onderkennen van de voorzienbaarheid naast de veroorzakingswaarschijnlijkheid voorkomt dat aan het *condicio sine qua non* verband meer betekenis toekomt dan gerechtvaardigd is, wat de reden vormt voor het onnodig snel grijpen naar een corrigerende ‘redelijkheidsmaatstaf’.

191. De schadevergoedingsplicht is afhankelijk van zowel de normschending als de schadevergoeding. De *normschending* benoemt de *aard van het*

Normschending: voorzienbaarheid

333. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh. Medische aansprakelijkheid. ‘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.’

334. Wanneer ten onrechte de schijn van volmacht is gewekt (art. 3:70 BW); HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8074, NJ 2004/254. Onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 283 wordt daarin met een beroep op de eisen van het rechtsverkeer verondersteld dat een overeenkomst gebruikelijk wordt nagekomen.

335. Vergelijk Koziol 2017, p. 133, die benadrukt dat binnen de grenzen van rechtmatig handelen in sommige gevallen de schade wel en in andere gevallen niet kan zijn ontstaan; Zie ook het eerdergenoemde HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh. Medische aansprakelijkheid.

risico, en bepaalt daarmee in hoeverre de schade als gevolg voorzienbaar was (par. 3.4.1). Met de gebruikelijke mate van lichtvaardigheid leiden de risico's van alledag niet snel tot een voorzienbaar risico dat de gemiddelde mens dwingt tot handelen. Het beperkt de individuele vrijheid te veel indien jegens anderen eenzelfde waakzaamheid geldt als voor de eigen belangen (par. 3.5.1). Mensen handelen juist omdat ze voordeel beogen. Mits de kans op voordeel groter is dan het risico op nadeel, gokken mensen dagelijks op winst, en dat mogen ze ook. Dit ligt pas anders als sprake is van een *algemeen* risico dat voorkomen moet worden zoals het respecteren van een anders eigendom of van verkeersregels, ook als het 's avonds laat is en het door rood licht rijden ogenschijnlijk geen risico vormt. Soms bevat de normschending een meer *specifiek* risico. Wie met te veel snelheid in de spits op een oranje stoplicht afrijdt, weet dat er een moment kan komen waarop het niet meer tijdig kunnen remmen voor een rood stoplicht als een specifiek risico onafwendbaar wordt. Ontstaat vervolgens schade, dan is aannemelijk dat die schade het gevolg is van het door rood licht rijden. Voor de aannemelijkheid van het verband tussen risico en schade is een specifiek voorzienbaar risico niet vereist. De schadevergoeding is aannemelijk indien ten tijde van de normschending sprake was van voorzienbare schade: *'indien het eigenlijke gevaar bekend is, doet de modaliteit waarin dat gevaar zich realiseert er in beginsel niet toe.'*³³⁶

Schadevergoeding: causaliteit

192. De *schadevergoeding* benoemt de aard van de schade en bepaalt aldus in hoeverre de normschending als oorzaak van de schade aannemelijk is (par. 3.3). Veel schade die geleden wordt, is niet verhaalbaar omdat deze schade niet te schatten valt, of omdat het om niet-rechtmatige belangen gaat. Denkbaar is ook dat de vergoeding ervan leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van bijvoorbeeld publieke regelgeving. Soms betreft de gevraagde vergoeding zeer aannemelijke of *directe* schade. De kosten van medische hulp na een aanrijding zijn niet alleen het zekere gevolg, maar zijn ook alleszins voorzienbaar. Maar niet iedere vergoeding betreft directe schade, zoals wanneer het gaat om gedeelde winst of zgn. 'tweede- of derdegraads' schade.³³⁷ nadeel dat als 'gevolgschade' *indirect* uit de normschending voortvloeit. Voor de aannemelijkheid van het verband tussen risico en schade is directe schade niet vereist. Schade is aannemelijk indien ten tijde van de schadevaststelling 'met voldoende mate van zekerheid' wordt vastgesteld dat de schade door de normschending veroorzaakt is.

336. Vranken, *WPNR* 1990/5955, p. 213.

337. HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, NJ 2011/191; HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/139, m.nt. S.D. Lindenbergh.

193. De keten van gebeurtenissen tussen enerzijds de normschending en anderzijds de schadevergoeding kan via de aantasting en het ontstaan van de schade lang zijn, of kort. De schadevergoedingsplicht is uit de feiten af te leiden wanneer de schade ten tijde van de schadevaststelling met een voldoende mate van zekerheid door de normschending *veroorzaakt én voorzienbaar* is. Dit verband tussen het risico en de schade is niet vanzelfsprekend. Zo kan weliswaar sprake zijn van een ‘aantasting’ doordat een laedens te hard komt aanrijden op een voor een rood stoplicht remmende benadeelde en van een ‘schade’ in de vorm van onderzoekskosten naar de als gevolg van de aanrijding ontstane schade.³³⁸ De schadevergoedingsplicht kan niet uit de feiten worden afgeleid als ten tijde van de schadevaststelling blijkt dat de schade aan de auto van de benadeelde ook zou zijn ontstaan als de laedens niet te hard was komen aanrijden, omdat de schade ook bij de toegestane snelheid was ontstaan. Of, indien de schade bijvoorbeeld al ouder was en dus niet uit de normschending voortvloeit. De vergoedingsplicht volgt ook niet uit de feiten wanneer de benadeelde een bijzondere kwetsbaarheid heeft, die ten tijde van de normschending niet voorzienbaar was. Normschending en schadevergoeding bepalen tezamen in hoeverre de schadevergoedingsplicht uit de feiten voortvloeit. Zo is de laedens ingeval van een kabelschade aansprakelijk voor de voorzienbare gevolgen van de beschadiging.³³⁹

Voorzien-
baarheid óók
belangrijk

194. Het feit dat de normschending en de schadevergoeding tezamen bepalen in hoeverre de vergoedingsplicht uit de feiten voortvloeit, heeft ook processuele consequenties. Uit deze ‘norm’ volgt dat de *bewijslast* van zowel het risico als de schade bij de benadeelde ligt.³⁴⁰ Daartoe kan de benadeelde volstaan met het stellen van de feiten die voor een gemiddeld mens de normschending en de schadevergoeding aannemelijk maken. Die aannemelijkheid reikt vervolgens niet verder dan de schadevergoeding resp. de normschending rechtvaardigt. De specifiek risico regel heeft geen betrekking op de omvang van de schade. De omvang van de schade moet aannemelijk worden gemaakt aan de hand van de specifieke omstandigheden van de

Voor de
bewijslast

338. HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423, NJ 2005/50, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bravenboer/London*).

339. HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, NJ 2011/191. Beschadiging van elektriciteitskabels door graafwerkzaamheden. De netbeheerder is daarvoor een compensatie verschuldigd aan de aangeslotenen, die de netbeheerder bij de aannemer wil verhalen. Volgens hof en Hoge Raad is sprake van *condicio sine qua non* verband en is de compensatie aan te merken als een voorzienbaar gevolg van deze kabelbeschadigingen.

340. *Asser Procesrecht/Asser* 3 2017/285.

benadeelde (par. 3.3.1).³⁴¹ Het vermoeden van veroorzaakte schade gaat niet verder dan uit de specifieke voorzienbaarheid kan worden afgeleid. Hetzelfde geldt voor de directe schade regel. De directe schade regel heeft geen betrekking op de omvang van het risico. De omvang van het risico moet aannemelijk worden gemaakt aan de hand van de specifieke omstandigheden van de laedens (par. 3.4.1). Het vermoeden van voorzienbare schade reikt niet verder dan uit de veroorzakingswaarschijnlijkheid kan worden afgeleid. Als de benadeelde meent dat voor deze laedens meer voorzienbaar was, omdat deze laedens bijvoorbeeld bovengemiddeld zorgvuldig pleegt te handelen, met als gevolg dat hem als benadeelde een resterend deel van het aannemelijk alternatief toekomt, dan moet de benadeelde dit aannemelijk maken aan de hand van de meer specifieke omstandigheden aan de zijde van de laedens (par. 3.4.3).

Bij schuld van derde, benadeelde

195. Is eenmaal sprake van een normschending, dan strekt de vereiste waakzaamheid niet alleen tot bescherming van de eigen belangen, maar ook die van anderen (par. 3.5.1). Ook die anderen kunnen fouten maken, maar aangesproken op eigen fouten, is voor een gemiddelde laedens voorzienbaar dat een *benadeelde* of een *derde* vergelijkbare fouten maakt en beide niet *'steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten'*.³⁴² Van Dam noemt dit de *'consideratieplicht'*.³⁴³ Als Nacap meent dat zij jegens Shellfish niet aansprakelijk is voor de gevolgen van de beschadigde gasbuis, omdat deze gevolgen mede veroorzaakt zijn door een 'niet-adequate' reactie of een 'niet normaal te verwachten' vertraging in het herstel door gasbeheerder ENWA³⁴⁴, dan vormt dit een onvoldoende betwisting van Shellfish' stelling dat Shellfish' schade een voorzienbaar gevolg is van Nacaps normschending. Dit ligt pas anders als de 'niet-adequate' reactie of de 'niet normaal te verwachten' vertraging zodanig onvoorzichtig of roekeloos gebeurt dat het

341. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspelen*); HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7053, NJ 2004/348 (*Onrechtmatige vervolging*).

342. HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, NJ 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluit*). In het algemeen rust op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt. (...), waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten.

343. Van Dam 2020/210.

344. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 2.5, met verwijzing naar bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831. Beschadiging van een gasleiding bij graafwerkzaamheden door Nacap, waardoor de gastoevoer bij Shellfish is onderbroken. Nu het *condicio sine qua non* verband vaststaat, oordelen hof en Hoge Raad dat Nacap als laedens belast is met het bewijs van de stelling dat de door Shellfish gestelde schade in een zodanig verwijderd verband tot de beschadiging staat, dat het causale verband daardoor is verbroken.

risico voor de laedens ten tijde van de normschending onvoorzienbaar was, of door een andere oorzaak juist al zo specifiek voorzienbaar is dat de schade al door een ander is ontstaan. Een laedens kan niet anticiperen op schade die onvoorzienbaar is of al is ontstaan. Ik kom hierover nog te spreken in par. 3.8 en par. 3.9. Dergelijke schade vormt voor een gemiddelde laedens geen voorzienbaar gevolg meer van zijn normschending. Dit ligt anders als de verantwoordelijkheid van de laedens verder reikt, of juist minder ver dan voor een gemiddelde laedens geldt. Wordt in dergelijke omstandigheden met het intreden van het risico toch schadevergoeding toegekend, dan gaat schadeberekening over in schadetoerekening (hoofdstuk 4).

3.7.2 ... EN KEUZEVRIJHEID VOOR PARTIJEN

196. Nu de schadevergoeding en de normschending pas na het ontstaan van schade worden vastgesteld, hebben schade en risico beide een element van *voortschrijdend inzicht*. Een risico kan aanvankelijk aannemelijk zijn, maar zich toch niet realiseren. Zoals eerder aangegeven (par. 3.6.1), moet onderscheid worden gemaakt tussen de (kwade) *kans* vooraf op een bepaalde schade of de *waarschijnlijkheid* achteraf dat een bepaalde schade door een bepaald risico veroorzaakt is. Kans en waarschijnlijkheid kunnen hetzelfde zijn, maar kunnen ook verschillen.³⁴⁵ Een schade kan ontstaan, hoewel aanvankelijk als risico niet aannemelijk. De laedens kan maatregelen treffen voor een risico dat zich uiteindelijk niet verwezenlijkt, of maatregelen achterwege laten ten aanzien van een risico dat zich vervolgens wel realiseert. Hetzelfde geldt voor de benadeelde. De benadeelde kan toekomstige schade vorderen die zich bij nader inzien toch niet voordoet, of geleden schade vorderen die aanvankelijk niet aannemelijk was.

Al doende
leren

197. Het bestaan van voortschrijdend inzicht impliceert dat de laedens en de benadeelde een keuzemogelijkheid hebben. Deze keuzemogelijkheden leiden niet tot willekeur, zoals sommigen menen,³⁴⁶ maar worden gerechtvaardigd door de autonomie en de *keuzevrijheid* die de laedens en de benadeelde toekomen.³⁴⁷ Ligt het risico binnen de autonomie van de laedens om te bepalen of hij wel of geen maatregelen neemt; de schade behoort tot de autonomie van de benadeelde, waaronder het recht zelf het moment te kiezen waarop de benadeelde zijn schade vordert. Zo kan de laedens zelf

We maken
keuzes

345. Kortmann 2012, p. 45 e.v.

346. Hebly & Lindenbergh 2016, p. 309; Verheij *NJB* 2015/1250, p. 1737; Het keuzerecht is in de literatuur omstreden. Zie Lindenbergh 2020/39.

347. Klaassen 2017/11; Akkermans 1998, p. 55; Tjong Tjin Tai 2017, p. 15; Zie ook expliciet over de keuzemogelijkheid van de benadeelde: art. 7:38 BW; HR 6 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2605, *NJ* 1998/422, m.nt. A.R. Bloembergen (*Interfood/Lycklama*); Anders: Hebly 2019, p. 150.

bepalen welke mate van risico hij wil lopen en op welk moment hij maatregelen neemt. Die vrijheid heeft de laedens tot het moment waarop een risico zo specifiek voorzienbaar wordt dat, behoudens bijzondere maatregelen, schade in de vorm van een ‘aantasting’ aannemelijk is (par. 3.5.1). Schiet een laedens tekort in het afwenden van een onmiddellijk dreigend gevaar, dan kan vanaf dat moment de benadeelde een vergoeding voor het nemen van bepaalde maatregelen als ‘schade’ vorderen. Maar verplicht tot het vorderen van een vergoeding is de benadeelde niet.³⁴⁸

Bepaalt soort
schade

198. De benadeelde kan kiezen wanneer hij vergoeding voor zijn schade vraagt, en daarmee of hij zijn nadeel als *geleden schade* vordert of juist als *toekomstige schade*. Ingeval hij zijn schade als geleden schade vordert, gaat het vooral om de verkregen inzichten. Met voortschrijdend inzicht kan de veroorzakingswaarschijnlijkheid ten tijde van de schadevaststelling voldoende aannemelijk zijn om een eerder risico als oorzaak van de schade te beschouwen.³⁴⁹ Vordert hij toekomstige schade, dan staan de toekomstverwachtingen meer voorop. Op basis van bepaalde toekomstverwachtingen kan een schade voldoende specifiek voorzienbaar zijn om de gevolgen als toekomstige schade aannemelijk te oordelen.³⁵⁰ Ingeval van toekomstige schade is het ontstaan van de schade aannemelijk, omdat de ‘kwade kans’ meer specifiek voorzienbaar is dan de ‘goede kans’ (art. 6:105 BW). De keuzevrijheid van de benadeelde laat onverlet dat de rechter de schade mag *schatten*, bijvoorbeeld door nog niet-ingetreden schade uit te stellen of gekapitaliseerd te schatten dan wel in de vorm van een periodieke uitkering (art. 6:105 BW).³⁵¹

Rechter stelt
vast

199. Met de *schadevaststelling* wordt de schade voor de toekomst gefixeerd (art. 6:105 lid 2 BW). Als na de schadevaststelling de waardevermindering of de kostenpost minder blijkt, ontstaat geen terugbetalingsverplichting. Meer kosten of een hogere waardevermindering leidt ook niet tot een aanvullende vergoedingsplicht. Anderzijds moet de rechter ten tijde van de schadevaststelling wel rekening houden met alle feiten en omstandigheden die zich na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, hebben

348. Jocqué 2016, p. 263, ook het Belgisch recht kent geen wettelijke bepaling die een peildatum voor de begroting van schade voorschrijft.

349. HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372, m.nt. G.J. Scholten (*Aangereden hartpatiënt*).

350. Duurschade in de vorm van arbeidsvermogen schade. Zie HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7897, NJ 1991/292, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Vermaat*); HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2054, NJ 2001/433 (*Zwolsche Algemeene/De Greef I*). Postwhiplashsyndroom na een verkeersongeluk; Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 41, illustration 13b.

351. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. Lindenbergh.

voorgedaan.³⁵² Er bestaat geen reden de schadevaststelling te beperken tot het moment van ontstaan van de schade. Na het ontstaan van de schade maar nog vóór de vaststelling, kan de schade meer of minder worden, niet alleen door voortschrijdend inzicht, maar ook doordat de schade mede veroorzaakt blijkt door *een derde* (par. 3.8) of door *de benadeelde* (par. 3.9), of omdat de schade verminderd wordt door een na het ontstaan van de schade opkomend *voordeel* (hoofdstuk 5).

200. Het debat over het wel of niet hebben van een keuzerecht en het moment van ontstaan van de schade is in de literatuur op scherp gezet door een vermeend verschil in rechtsgevolg, vooral ten aanzien van de *wettelijke rente* (art. 6:119 BW). Onredelijk wordt bevonden dat de vergoeding van de wettelijke rente verschilt al naargelang de wijze van schatten: als een gekapitaliseerde som ineens of als een later opkomende schade.³⁵³ In geval van een gekapitaliseerde som ineens is de wettelijke rente meteen verschuldigd zoals ingeval van een waardevermindering bij zaakschade; terwijl ingeval van een later intredende schade, zoals bij de kosten van herstel, de wettelijke rente pas later verschuldigd is. Dit debat gaat echter niet over de wijze van begroten of een verschil in de wettelijke rente. Als het goed is, wordt de mindere verdragingschade ingeval van een gekapitaliseerde som meegenomen in de verlaging van de hoofdsom aan de hand van een disconteringsvoet. Het verschil in vergoeding tussen een gekapitaliseerde som ineens en een later intredende schade houdt verband met het verschil in hoogte tussen de wettelijke rente (art. 6:119 BW) en de gehanteerde disconteringsvoet. De wettelijke rente pleegt hoger te zijn dan de disconteringsvoet. Vanwege dit verschil ligt in de rede dat een rechter bij de invulling van zijn schattingsvrijheid geleden schade niet via een ver in het verleden gelegen peildatum als oneigenlijke 'toekomstige schade' begroot, maar als geleden schade; en ten behoeve van de toekomstige schade een peildatum kiest ten tijde van de schadevaststelling.³⁵⁴

Voorbeeld

352. S.D. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 3.4; Concl. A-G Langemeijer bij HR 3 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:149, NJ 1956/158, m.nt. L.E.H. Rutten (*Liezen/Nijmeijer*); Rutten, VR 1964, p. 80; Bloembergen 1965/97; Hebly 2019, p. 71.

353. Spier, WPNR 1995/6199; Zwitser, WPNR 1996/6213, met naschrift van Spier; *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/39 en 43; Hebly & Lindenbergh 2016, p. 316 en p. 337 e.v.; HR 17 oktober 1997 ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508, m.nt. J.B.M. Vranken.

354. Klaassen 1998, p. 24; Hebly 2019, p. 96-99.

3.8 SCHADE DOOR EEN DERDE

Als ook derden 201. De schade staat soms in verband met meer dan één normschending. In een dergelijk geval is sprake van *meervoudig veroorzaakte schade* (art. 6:102 BW). Aan meervoudige schade gaat meer dan één relevant risico vooraf. Ook bij meervoudig veroorzaakte schade bieden veroorzakingswaarschijnlijkheid én voorzienbaarheid een onderscheidende maatstaf. Allereerst aan de hand van het verschil tussen cumulatief en alternatief veroorzaakte schade.

3.8.1 ... KAN CUMULATIEF VEROORZAAKT ZIJN

De schade veroorzaken 202. Van *cumulatief* veroorzaakte schade is sprake als twee of meer normschendingen tezamen een bepaalde schade tot gevolg hebben.³⁵⁵ Een voorbeeld vormen samenwerkende, ook wel genoemd: 'samenlopende', oorzaken, zoals wanneer een aanrijding ontstaat doordat een vrachtauto plotseling linksaf slaat, terwijl een andere auto onvoldoende afstand houdt.³⁵⁶ Een ander voorbeeld is de blijvende invaliditeit die veroorzaakt wordt door twee achtereenvolgende ongelukken zonder dat de invaliditeit aan slechts één van beide ongelukken te wijten is.³⁵⁷ Te denken valt ook aan sluipende risico's, wanneer voor een lekkende olietank achtereenvolgens verschillende personen verantwoordelijk zijn (A, B en C), terwijl de kritische saneringsgrens pas tijdens C's verantwoordelijkheid wordt overschreden. Bij cumulatief meervoudige schade zijn twee of meer normschendingen oorzaak van de schade. Zou één van de normschendingen zich niet hebben voorgedaan, dan was de schade niet ontstaan. Tussen iedere normschending en de schade bestaat zogenaamd negatief *condicio sine qua non* verband.

Begrenst de causaliteit 203. Bij cumulatief veroorzaakte schade verloopt de causale begrenzing via de *voorzienbaarheid*: in hoeverre leidt het plotseling linksaf slaan en het onvoldoende afstand houden, of leiden twee 'sluipende oorzaken', voorzienbaar tot de schade?³⁵⁸ Andere risico's die evenzeer aan de schade kunnen hebben bijgedragen, staan aan de aannemelijkheid van cumulatief veroorzaakte schade niet in de weg, *mits* deze omstandigheden het in de normschending besloten risico niet onvoorzienbaar maken of juist zo voorzienbaar dat van een nieuw risico geen sprake is. In het eerste geval is geen sprake van een

355. Klaassen 2017/23 en 25.

356. HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Ins. Comp./Huygen*).

357. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 39, illustration 10.

358. Over het begrip 'dezelfde schade', zie Spier 1992/13 e.v.

normschending. In het tweede geval is misschien wel sprake van een normschending, maar niet van causaal verband.

204. De eerste begrenzing betreft situaties waarin de kans op schade, het *risico*, *verwaarloosbaar* is. Voor een gemiddelde laedens is in zo'n geval *geen* sprake van een *normschending*, bijvoorbeeld omdat de blijvende invaliditeit weliswaar veroorzaakt is door de samenwerking van twee achtereenvolgende ongelukken, maar alleen ten aanzien van één van beide ongelukken de invaliditeit een voorzienbaar gevolg is van dit ongeluk.³⁵⁹ Ingeval van sluipende risico's gaat het om de vraag in hoeverre de overschrijding van een kritische saneringsgrens door C voor A en/of B voorzienbaar was.³⁶⁰ Was de overschrijding voor A en B niet voorzienbaar omdat B's en/of C's bijdrage niet voorzienbaar waren en/of A's resp. B's bijdrage te gering, dan is van een cumulatieve causaliteit geen sprake. Het onvoorzienbaar zijn van de schade als grens geldt niet alleen voor momentschade, maar ook ingeval van voortdurende schade.³⁶¹ Wordt door een rechter aansprakelijkheid aangenomen voor niet-voorzienbare schade, dan gaat de schadeberekening over in een schadetoerekening (hoofdstuk 4).

Via wat onvoorzienbaar is

205. Het is van belang de voorzienbaarheid als zelfstandig onderscheidend criterium mee te nemen voordat wordt teruggevallen op de toerekening naar redelijkheid. Dit blijkt uit de oplossing die Spier voor sluipende risico's verdedigt: proportionele aansprakelijkheid of deelverantwoordelijkheid. Bij gebreke van een duidelijk antwoord kiest Spier er voor het probleem van een *drempelschade* normatief op te lossen via de proportionaliteit. Volgens Spier gaat het bij een drempelschade om *'een feitelijke constellatie (...) die zich er niet (voor) leent om te worden geperst in het keurslijf van een zuiver dogmatisch systeem.'*³⁶² Dit is juist, als een drempelschade alleen causaal bekeken wordt. Dan is moeilijk te verdedigen waarom de geringe bijdrage van alleen de laatste die de drempel passeert, of de eerste, tot volledige aansprakelijkheid leidt. De *'feitelijke constellatie'* verandert als een drempelschade niet alleen causaal bekeken wordt, maar ook als de realisatie van een voorafgaand risico. Dan wordt duidelijk dat naast het sine qua non verband ook de voorzienbaarheid onderscheidend en begrenzend is. Voor de aansprakelijkheid jegens de benadeelde telt mee of het overschrijden van de drempel-

Voorbeeld 1

359. Gilead, Green & Koch 2013, nr. 40, illustration 10 B.

360. Anders: Spier 1992/52.

361. Klaassen 2017/27.2, die voor het aannemen van (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor beide gebeurtenissen voor de arbeidsvermogensschade stelt dat dit 'alleen aan de orde is indien en voor zover wordt aangenomen dat er nog steeds sprake is van arbeidsvermogensschade die mede door de eerste gebeurtenis wordt veroorzaakt.'

362. Spier 1998, p. 45.

waarde voor de laedens voorzienbaar was. Was de drempeloverschrijding voorzienbaar, dan bestaat via de normschending tussen de schade en de bijdrage een feitelijk, juridisch relevant verband. De schadevergoedingsplicht vloeit als vanzelf voort uit de feiten. Als de drempeloverschrijding voor zowel A, B als C voorzienbaar was, dan bestaat op basis van ieders autonomie geen reden hen niet alle drie voor de realisatie van dit risico aansprakelijk te oordelen.³⁶³ Voorzienbaarheid leidt zo tot een andere uitkomst dan Spier voorstaat, namelijk: hoofdelijkheid in plaats van proportionele aansprakelijkheid of deelverantwoordelijkheid. Het in zo'n geval beperken van ieders aansprakelijkheid tot een proportionele aansprakelijkheid of een deelverantwoordelijkheid volgt niet uit de feiten en heeft dus een redelijkheidsoordeel nodig. Zo'n redelijkheidsoordeel vergt een nadere afweging van de meer individuele feiten en omstandigheden, die betrekking hebben op de van A, B of C individueel te verlangen mindere inspanning of bijdrage. Schadeberekening gaat dan over in schadetoerekening (par. 4.8.4).

Voorbeeld 2

206. Zijn de schadelijke gevolgen voorzienbaar, dan kan bij een drempel-schade beter niet gesproken worden van een 'sluipende schade'.³⁶⁴ Voor ieder van de verschillende oorzaken is immers (veelal) geen sprake van een zo specifiek voorzienbaar risico op een drempeloverschrijding dat een 'aantasting' al aannemelijk is. De 'sluipende' aard houdt verband met het voorafgaande risico. Bij drempelschade kan beter gesproken worden van 'sluipende risico's'. Deze risico's verschillen niet van andere 'sluipende risico's' die ontstaan doordat bijvoorbeeld een auto onvoldoende afstand houdt of *algemene* informatieplichten geschonden worden waarvan niet direct aannemelijk is dat die in het specifieke geval bij gebreke van bijzondere maatregelen tot schade leiden.³⁶⁵ Het spreken van een 'sluipende schade' impliceert dat ter afwending van een schade bijzondere maatregelen onmiddellijk noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld wanneer *specifieke* onderzoeks- of informatieplichten worden geschonden of een opeisbare vordering niet wordt voldaan (zie par. 3.4.1). Een specifiek voorzienbaar risico kan ook op langere termijn als een 'sluipende schade' aannemelijk zijn, zoals wanneer sprake is van onverantwoord klimaatbeheer (par. 3.5.1).³⁶⁶

363. Stapleton, *Law Quarterly Review* 2013, p. 65.

364. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/96, die voor gevallen van sluipende risico's aansluiting lijkt te zoeken bij art. 6:99 BW; Anders Spier 1992/51-55, die een voorkeur heeft voor deelaansprakelijkheid.

365. Voor een auto die onvoldoende afstand houdt zie HR 4 november 1955, ECLI:NL:HR:1955:157, NJ 1956/1, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Ins. Comp./Huygen*).

366. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, JIN 2019/78, m.nt. D.G.J. Sanderink.

207. De tweede begrenzing, gevallen waarin de gevolgen van een bepaald risico al zo specifiek voorzienbaar zijn dat het bestaan van een *aantasting al aannemelijk* is, ziet op gevallen van achtereenvolgend werkende oorzaken of ‘*hypothetische causaliteit*’ (afgeronde schade).³⁶⁷ In zo’n geval kan wel sprake zijn van een normschending, maar *ontbreekt* het *causaal verband*. Vanaf het moment van de ‘aantasting’ hebben laedens en benadeelde op grond van art. 6:2 BW verdergaande verplichtingen jegens elkaar.³⁶⁸ Het beperkt de individuele vrijheid te veel als diezelfde waakzaamheid ook voor toevallige derden geldt. Dit ligt pas anders als een derde voldoende subjectieve kennis van de ‘aantasting’ heeft, waaronder het feit dat de laedens en de benadeelde niet in staat zijn zelf invulling te geven aan hun verplichtingen (par. 3.5.1). Of wanneer op de derde een bijzondere draagplicht rust (par. 4.4.1, par. 4.8), zoals geldt voor ouders ten opzichte van hun kinderen die jonger zijn dan 14 jaar (art. 6:169 lid 1 BW),³⁶⁹ of wanneer achteraf blijkt dat sprake is van een alternatieve of dubbele veroorzaking (art. 6:99 BW). Bij gebreke van subjectieve kennis of een bijzondere draagplicht kan de aantasting als gevolg van het eerste risico niet aan de derde die verantwoordelijk is voor tweede risico, worden tegengeworpen (‘hypothetisch’).³⁷⁰ Toerekening aan ook het tweede risico zou ertoe leiden dat een derde aansprakelijk is voor de schade van anderen. Uit het wettelijk stelsel van limitatieve kwalitatieve aansprakelijkheden volgt dat de aansprakelijkheid voor schade die door anderen veroorzaakt is, een bijzondere rechtvaardiging behoeft.³⁷¹ De kwalitatief of alternatief aansprakelijke partij heeft immers geen enkele disculpatiemogelijkheid voor het gedrag van de ander.

Of wat *specifiek* voorzienbaar is

208. De voorzienbaarheid maakt duidelijk wanneer als gevolg van de eerste gebeurtenis sprake is van een ‘aantasting’. Het moment van ‘aantasting’ biedt een helder onderscheidend criterium tussen *cumulatieve* en *hypothetische* schade.³⁷² Sieburgh acht beslissend of de schade waarvan vergoeding

Voorbeeld 1

367. Asser/Sieburgh 6-II 2017/89; Klaassen 2017/27 en 28.

368. Lindenbergh 2020/47 en 48.

369. Honoré 1999, p. 54 e.v.

370. Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 3.3; Mogelijk anders: Van Boom 2003a; Asser/Sieburgh 6-II 2017/88; Van Dam 2020/1003-4.

371. Artt. 6:169 lid 1 (kinderen jonger dan 14 jaar), 170, 171 of 172 BW, waaraan schade als gevolg van een fout door een ander ten grondslag ligt; Cane 2017, p. 56, over ‘vicarious liability’; Van der Linden 2019, p. 448; Giesen 2020/32; Van Dam 2020/501; In beginsel is eenieder alleen aansprakelijk voor eigen handelen of nalaten en is een kwalitatieve aansprakelijkheid voor anderen een uitzondering, zoals nog eens nadrukkelijk vooropgesteld in HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvan-ger/Voorsluijs*), r.o. 3.5. Bij de toerekening van kennis: ‘(...) gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet geba-seerde, uitzonderingen.’

372. Zie ook de veranderende inzichten hierover van Honoré 1999, p. 111 – 112.

wordt gevorderd *'nog kon worden aangericht'* op het moment dat de tweede omstandigheid zich voordeed.³⁷³ Volgens Klaassen gaat het er om of *'deze schade ook zonder deze tweede gebeurtenis zondermeer zou zijn opgetreden, omdat deze als een onafwendbaar gevolg van de eerste gebeurtenis is te beschouwen.'*³⁷⁴ Wanneer kan een schade *'nog worden aangericht'* of is het ontstaan ervan *'onafwendbaar'*? De terugkijkende veroorzakingswaarschijnlijkheid biedt geen uitkomst, maar de vooruitkijkende voorzienbaarheid wel. Worden de gevolgen van een bepaald risico meer specifiek voorzienbaar, dan ontstaat een moment waarop aannemelijk is dat behoudens bijzondere maatregelen een bepaalde schade zich zal realiseren (par. 3.5.1). Is ten tijde van de tweede gebeurtenis sprake van zo'n specifiek voorzienbaar risico, dan is de schade jegens een toevallige derde in feite al ontstaan, zoals ingeval van elkaar inhalende oorzaken.

Voorbeeld 2

209. Verheij geeft het voorbeeld van een hond die dodelijk gewond raakt door een verkeersongeval nadat hij tevoren vergiftigd was door de buurman die een hekel aan honden heeft.³⁷⁵ Mits de hond door de vergiftiging al ten dode was opgeschreven, was de schade ten tijde van het verkeersongeval al ontstaan. Daarvoor is niet nodig dat de vergiftiging objectief gezien niet meer ongedaan gemaakt kan worden, bijvoorbeeld door toediening van een specifiek medicijn. Schade is voor een toevallige derde *'aangericht'* of *'onafwendbaar'* wanneer deze slechts door het nemen van bijzondere maatregelen kan worden afgewend. Juridisch relevant verband met de tweede gebeurtenis ontbreekt in zo'n geval. Dit geldt niet alleen voor momentschade, maar ook bij voortdurende schade.³⁷⁶

3.8.2 ... OF ALTERNATIEF

Als derden hebben bijgedragen

210. Van *alternatief* veroorzaakte schade is sprake als de normschendingen onafhankelijk van elkaar een bepaalde schade tot gevolg kunnen hebben. Klaassen spreekt terecht van *'gelijktijdig werkend'*.³⁷⁷ De gebeurtenissen die aan de schade ten grondslag liggen, hoeven zich niet gelijktijdig of in samenhang voor te doen.³⁷⁸ Het meest platgetreden voorbeeld van *alter-*

373. Asser/Sieburgh 6-II 2017/88.

374. Klaassen 2017/28.

375. Verheij 2019/18, voorbeeld 3.

376. Verheij 2019/18; Klaassen 2017/27.2, die ingeval van arbeidsongeschiktheid voor het aannemen van een (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor de tweede gebeurtenis bepalend acht of *'de eerste gebeurtenis reeds heeft geleid tot definitief en onomkeerbaar letsel én reeds heeft geleid tot een definitief en volledig verlies van het vermogen door middel van arbeid inkomen te genereren, zoals aan de orde pleegt te zijn na een hoge dwarslaesie'*.

377. Klaassen 2017/26, 78.

378. T-M, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 347; HR 31 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1301, NJ 2003/346, m.nt. J.B.M. Vranken (*Drewel/ Amev*); HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0873, NJ 2012/614 (*London/ Delta Lloyd*); Van Dam 2020/1004-4.

natieve causaliteit zijn de jagers die onzorgvuldig hun geweer afschieten, terwijl de benadeelde slechts door één kogel getroffen wordt.³⁷⁹ Een ander voorbeeld vormt blootstelling aan asbest bij achtereenvolgens verschillende werkgevers, die ieder voor zich nalatig zijn in het nemen van veiligheidsmaatregelen zodat achteraf niet meer kan worden vastgesteld bij welke werkgever de werknemer het fatale asbestkristal heeft opgelopen als oorzaak van mesothelioom.³⁸⁰ Dat het in de normschending besloten risico zich heeft gerealiseerd, is onzeker. Die onzekerheid geldt niet voor de realisatie van een *ander risico*, namelijk: het risico dat een schade door twee of meer aansprakelijke partijen kán zijn veroorzaakt. Op grond van billijkheidsoverwegingen kan een dergelijke schade toch worden toegerekend (art. 6:99 BW) (zie ook hierna: par. 4.7.2).³⁸¹

211. Dezelfde billijkheidsoverwegingen spelen een rol wanneer het verband tussen de normschending en de schade onzeker is, omdat sprake is van een *dubbele veroorzaking*. Zoals, om maar bij de schietincidenten te blijven, in het geval van een onrechtmatige executie door een vuurpeloton, waarbij met kennis van achteraf ieder van de schoten voldoende zou zijn geweest om de dood te doen intreden.³⁸² Dat de dubbele veroorzaking onder art. 6:99 BW valt, volgt uit de woorden *'ten minste één'*. Voor toepassing van artikel 6:99 BW is *niet* vereist dat de gehele schade door *ieder* van de normschendingen zelfstandig veroorzaakt kan zijn. Noodzakelijk, maar ook voldoende, is dat de schade door één van de normschendingen veroorzaakt kan zijn.³⁸³ Denkbaar is de schade bijvoorbeeld ontstaan door hetzij normschending 1, hetzij normschendingen 2 en 3 in samenwerkend verband.³⁸⁴ Te denken valt bijvoorbeeld aan zogenaamde *unnecessary causes*, die wel aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, maar bij afwezigheid de schade niet zouden hebben voorkomen (par. 3.6.1).³⁸⁵ Zolang maar niet – omgekeerd – aanneemelijk is dat alle normschendingen in sine qua non verband met de schade staan. In zoverre is meer helder, zoals de billijkheidsregel in het buitenland wel wordt verwoord, namelijk: dat de schade is ontstaan door *'less than all'* normschendingen.³⁸⁶

Voorbeeld

379. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 33, illustration 1.

380. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 33, illustration 2.

381. Spier 1998, p. 32.

382. Klaassen 2007/26.

383. Kortmann 2012, p. 33.

384. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2247, NJ 1997/230 (*Moerman/Bakker*), r.o. 3.3; Spier 1998, p. 35. Noot 24.

385. Stapleton, *Law Quarterly Review* 2013, p. 44.

386. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 52.

Begrenst de
voorzienbaar-
heid

212. De begrenzing van de in art. 6:99 BW neergelegde billijkheidsregel is feitelijk gelegen in vooral ook het *condicio sine qua non* verband. Andere oorzaken waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat, maar die de schade evenzeer kunnen hebben veroorzaakt, staan niet aan de billijkheid van het toerekenen van een alternatieve causaliteit in de weg, *mits* die andere risico's het feit dat de schade door twee of meer aansprakelijke partijen veroorzaakt kan zijn, niet onaannemelijk maken. Een schade kwalificeert niet voor alternatieve toerekening voor zover de schade ten tijde van schadevaststelling meer aannemelijk door een ander risico veroorzaakt is, of niet aannemelijk is dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn. In het eerste geval is misschien wel sprake van een vergoedingsgrond, maar ontbreekt het causaal verband. In het tweede geval is geen sprake van een vergoedingsgrond. Ik licht dit toe.

Wat onaannemelijk is als
oorzaak

213. Het eerste geval ziet op de situatie waarin de jagers schieten met verschillende kogels en het slachtoffer slechts door één kogel getroffen is. Door vergelijking van de kogels achteraf is te bepalen welke jager het slachtoffer heeft geraakt. In zo'n geval wordt invulling gegeven aan de mogelijkheid van tegenbewijs die art. 6:99 BW de laedentes biedt en is *causaal verband onaannemelijk*.³⁸⁷ Eén van hen is in staat aannemelijk te maken dat *niet* hij de oorzaak van de schade is. Artikel 6:99 BW vindt dan geen toepassing, omdat de billijkheidsregel niet opgaat. Niet aannemelijk is dan dat die jager de oorzaak van de schade *kán* zijn geweest. In zo'n geval kan nog steeds sprake zijn van een vergoedingsgrond ten aanzien van de overige jagers, maar het causaal verband met deze jager is onaannemelijk. Eenzelfde uitkomst wordt bereikt bij de dubbele veroorzaking, wanneer de aangesproken laedens aannemelijk maakt dat de schade bijvoorbeeld als gevolg van een eerdere normschending al was ontstaan.³⁸⁸ In zo'n geval is geen sprake meer van een *dubbele* veroorzaking, maar van een *hypothetische* schade. Ten tijde van de tweede normschending was al sprake van een 'aantasting'.

Of als mogelijke
oorzaak

214. De tweede begrenzing van een alternatieve toerekening geldt indien *niet* aannemelijk is dat de schade door de alternatieve risico's veroorzaakt *kan* zijn, bijvoorbeeld doordat een jager, net voordat hij schiet, het slachtoffer al neer ziet gaan, naar later blijkt: als gevolg van een eerder schot. In zo'n geval is geen sprake van één of meer normschendingen die de schade veroorzaakt kunnen hebben. Art. 6:99 BW verlangt dat het veroorzaakt kunnen

387. '(..), tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.'

388. HR 31 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1301, NJ 2003/346, m.nt. J.B.M. Vranken (*Drewel/ Anev*), waarin de laedens niet slaagde in dit bewijs.

zijn 'vast staat';³⁸⁹ maar die eis is te strikt.³⁹⁰ De toepassing van art. 6:99 BW is gebaseerd op de aannemelijkheid dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn. In dergelijke gevallen wordt onredelijk bevonden dat deze onzekerheid ten koste gaat van de benadeelde, juist omdat deze onzekerheid het gevolg is van twee of meer normschendingen. Niet valt in te zien waarom die billijkheidsgedachte alleen opgaat indien dat risico zich met zekerheid voordoet in de vorm van '3 mogelijke oorzaken, waarvan 3 normschendingen'. Gereede twijfel ontstaat pas als sprake is van '3 mogelijke oorzaken, waarvan slechts 1 normschending' of '4 mogelijke oorzaken, waarvan slechts 2 normschendingen'.³⁹¹ In dergelijke gevallen is onvoldoende aannemelijk dat het risico dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn, zich heeft gerealiseerd; en is dus de billijkheid als *vergoedingsgrond niet aannemelijk*. Aan de maatstaf van 'redelijke mate van zekerheid' wordt echter wél voldaan wanneer sprake is van '3 mogelijke oorzaken, waarvan 2 normschendingen'.

215. Uit het DES-arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat voor de toepassing van art. 6:99 BW volstaat dat het risico dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn, 'aannemelijk is', bijvoorbeeld indien sprake is van '3 mogelijke oorzaken, waarvan 2 normschendingen'.³⁹² De Hoge Raad spreekt althans van 'de grootte van de kans dat de schade van de betrokken Des-dochter door Des van een niet aansprakelijke producent is veroorzaakt'.³⁹³ Op grond van de aan art. 6:99 BW ten grondslag liggende billijkheidsgedachte is die 'grootte van de kans' niet noodzakelijk 'zeer klein',³⁹⁴ 'zeer onwaarschijnlijk'³⁹⁵ of 'hypothetisch of ten minste uiterst gering'.³⁹⁶ De 'grootte van de kans' mag niet zo groot zijn dat niet meer met een 'redelijke mate van zekerheid' aannemelijk is dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn. Een 'redelijke mate van zekerheid' dat de schade door twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn, zou als

Voorbeeld

389. '(...), en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, (...)'

390. Spier 1998, p. 33.

391. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 42, illustration 2A; Kortmann 2012, p. 33.

392. Gilead, Green & Koch 2013, general report, nr. 42, illustration 1A, alsmede nr. 40, illustration 11a. P is attacked, bitten, and harmed by three dogs. Each of these dogs belongs to a different owner. It is uncertain which specific part of injury was caused by which dog. One of the dogs was a stray and had no owner.

393. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES-dochters*); Verschillende auteurs zijn hier kritisch over. Zie Klaassen 2017/67; Kortmann 2012, p. 34 e.v.

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

395. Kortmann 2012, p. 36.

396. C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 9 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 (*DES-dochters*).

uitgangspunt moeten volstaan als beoogd wordt de benadeelde tegen dit risico te beschermen.

Twee typen
risico

216. De aard van de risico's verschilt als het om cumulatief of alternatief meervoudige schade gaat. Bij cumulatief veroorzaakte schade gaat het om specifieke *gedragsrisico's*, terwijl het bij alternatief veroorzaakte schade gaat om het meer algemene risico dat dezelfde schade door andere normschendingen veroorzaakt kan zijn. Dit betreft geen risico dat in specifieke gevallen voorkomen kan worden. Het gaat om een *verdelingsrisico* waarover na realisatie wel een billijkheidsoordeel gegeven kan worden. Het verschil in risico impliceert ook een verschil in rechtvaardiging voor de daaruit resulterende hoofdelijkheid (art. 6:102 BW). In navolging van veel literatuur, rechtspraak en de parlementaire geschiedenis zoekt Verheij de rechtvaardiging van de hoofdelijkheid in de slachtofferbescherming.³⁹⁷ Zo'n algemene rechtvaardiging doet geen recht aan het verschil in risico.³⁹⁸ Ingeval van cumulatieve schadeveroorzaking is de rechtvaardiging gelegen in de autonomie van de laedens: hij had het specifieke risico kunnen voorkomen. Alternatieve schadeveroorzaking daarentegen heeft weinig te maken met de autonomie van de laedens. Onzorgvuldig jagen kan men vermijden. Wat men niet kan vermijden is de zeer kleine kans dat op eenzelfde moment, op dezelfde plek, een eveneens onzorgvuldige handeling door een ander wordt begaan. Alternatief meervoudige schade wordt gelegitimeerd door het breed gedeelde billijkheidsgevoel dat een benadeelde niet minder af mag zijn, enkel omdat de schade niet door één maar zelfs twee of meer normschendingen veroorzaakt kan zijn.

Beide kunnen
aannemelijk
zijn

217. Het verschil in risico vormt geen reden om bij realisatie van het risico voor de aannemelijkheid van cumulatief of alternatief meervoudige schade andere maatstaven te hanteren. In beide gevallen vindt de toepassing in ieder geval zijn feitelijke begrenzing wanneer het risico onvoorzienbaar is, of de schade niet door een voorzienbare risico veroorzaakt is. Binnen die grenzen komen andere risico's die evenzeer aan de schade (kunnen) hebben bijgedragen, denkbaar voor rekening van de aansprakelijke partij(en) (hoofdstuk 4). Zoals Lord Wilberforce het voor het Engels recht formuleert: *'It is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause'*.³⁹⁹ De *'...area of that risk...'* kan via

397. Verheij 2019/21.

398. Klaassen 1991, p. 196.

399. Lord Wilberforce in House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 1972 3 All ER 1008, *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 WLR 1; Van Dam 2013/1107-3, met verwijzing naar verdere, instemmende literatuur.

een gedragsnorm causaal van aard zijn, of meer waarderend, in welk geval het een verdelingsnorm betreft.

3.9 SCHADE DOOR DE BENADEELDE

218. De schade kan ook veroorzaakt zijn door de benadeelde zelf, door eigen schuld (art. 6:101 BW). Ook voor het bepalen van eigen schuld bieden de veroorzakingswaarschijnlijkheid en de voorzienbaarheid een begren- zende en onderscheidende maatstaf.⁴⁰⁰ Daarbij is wel van belang dat naar huidig recht alleen gevallen van *cumulatief* veroorzaakte eigen schuld als eigen schuld worden aanvaard, bijvoorbeeld omdat de aanrijding is veroor- zaakt doordat de laedens geen voorrang verleende én de benadeelde te hard reed. Is de schade veroorzaakt doordat de laedens geen voorrang verleende óf de benadeelde te hard reed, dan is sprake van alternatieve 'eigen schuld'. Uit de feiten ontstaat in zo'n geval geen vergoedingsplicht. Bij alternatieve eigen schuld valt het schadevergoedingsrecht terug op het uitgangspunt 'ieder draagt zijn eigen schade'.

3.9.1 ... BEGRENSD DOOR DE CAUSALITEIT

219. Juist omdat naar huidig recht eigen schuld causaal verband veron- derstelt, verloopt ook bij eigen schuld de causale begrenzing via de voor- zienbaarheid.⁴⁰¹ Zo is voor het wel of niet bestaan van eigen schuld vooral onderscheidend of het risico *onvoorzienbaar* was, óf juist (al) eerder speci- fiek voorzienbaar. In het eerste geval gaat het om situaties waarin het risico op schade verwaarloosbaar is waardoor van enige normschending geen sprake is. Geoordeeld wordt dan dat de gedraging van de één vanuit het perspectief van de ander bezien zo onwaarschijnlijk of onvoorzichtig is dat die ander daarmee geen rekening behoefde te houden. Vanuit het perspec- tief van de laedens bekeken gaat het bijvoorbeeld om een verstekeling, wat leidt tot volledige eigen schuld.⁴⁰² Vanuit het perspectief van de benadeelde bezien valt te denken aan het als benadeelde (Vauxhall) weliswaar geen

400. Zie 'stap 1' en 'stap 2' van Keirse 2003; Asser/Sieburgh 6-II 2017/114; Asser/Sieburgh 6-II 2017/107 en 108, met verwijzing naar zowel het *condicio sine qua non* verband als de voorzienbaarheid.

401. Aanvaring, HR 4 november 1977, ECLI:NL:HR:1977:AD7245, NJ 1978/146, m.nt. G.J. Schol- ten (*Topaz*). De schade mag alleen dan ten laste van een van beide partijen worden gebracht, wanneer de aan de zijde van deze partij begane fouten zo veel ernstiger zijn, dat die aan de zijde van de andere partij daartegen in het niet vallen.

Mede naar aanleiding van het voorlopig verslag van de Kamercommissie waarin werd aange- drongen 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.

402. HR 17 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Bedrijfsvereniging/Van den Akker*).

geven van voorrang, maar een laedens (Maserati) die met zo'n hoge snelheid op de voorrangsweg rijdt (170-190 km/uur) dat de benadeelde daarmee geen rekening behoefde te houden.⁴⁰³

Of al specifiek
voorzienbaar is

220. Het tweede geval, waarin een *aantasting al aannemelijk* is, betreft situaties waarin het risico op het ontstaan van de schade voor de ander al eerder zo specifiek voorzienbaar is dat de schade eigenlijk al is ontstaan, waardoor causaal verband met een nieuw risico ontbreekt. Geoordeeld wordt dan dat het handelen van de één niet in causaal verband staat met het toebrengen van de schade door de ander. Vanuit het perspectief van de laedens wordt dit geïllustreerd door het welbekende, uit de hand gelopen etentje van de twee artsen. Hoewel de klap van Boudeling in beginsel onrechtmatig is, was diens reactie zozeer uitgelokt door Taams' *'bewust en langdurig agresie van een ander te provoceren'*, dat Boudelings gedrag tegenover Taams niet onrechtmatig was. Vertaald in termen van risico: voor een gemiddeld mens was specifiek voorzienbaar dat Boudeling niet meer *'steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid (zou) betrachten'* en behoudens bijzondere maatregelen met ongeoorloofd gedrag zou reageren. Taams had volledig eigen schuld.⁴⁰⁴

'clean hands'

221. Heeft de benadeelde volledig eigen schuld, dan is sprake van 'vieze handen' in de zin van *'he who comes to equity must come with clean hands'*. Andere maximes beogen hetzelfde te zeggen: *nemo auditur suam turpitudinem* (hij die zijn eigen onzedelijkheid aanvoert, vindt in rechte geen gehoor) of *in pari delicto potior est condicio defendentis* (bij gelijke onrechtmatigheid is de situatie van de gedaagde sterker).⁴⁰⁵ Vanuit het condicio sine qua non verband bezien, hebben deze maximes niet veel onderscheidend vermogen. Het gaat om situaties waarin de schade door zowel de laedens als de benadeelde veroorzaakt is. Maar vanuit het risico bezien, wordt duidelijk dat deze maximes zien op gevallen waarin het risico eerder en ten tijde van de normschending *meer specifiek voorzienbaar* was voor de benadeelde. Tussen

403. Verkeersongeluk, zie HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0289, VR 1992/107; HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1533, NJ 1996/376, m.nt. C.J.H. Brunner (*Judo-worpp*); HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, NJ 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Natrappen*); Spier 1992/3 en 6, die het voorbeeld geeft van een benadeelde die getroffen wordt door een verdwaalde jagerskogel nadat hij eerder door rood licht gereden was, waarbij Spier de afwezigheid van eigen schuld zoekt in een analogische toepassing van de relativiteitsnorm van art. 6:163 BW.

404. HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, NJ 1997/592, m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boulding*).

405. J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492 (*Io Vivat*).

de risico's van de benadeelde en de laedens bestaat een volgordelijk en gra-
dueel verschil.

222. Vanaf 1965 verricht Willems ten behoeve van de Coöperatieve Condensfabriek Gelderland-Overijssel (GOCON) melktransporten naar afnemers in Duitsland tegen een lagere prijs dan geoorloofd op grond van prijsvoorschriften die te sterke onderlinge concurrentie willen voorkomen. Willems kan er vervolgens niet over klagen dat Maas door eveneens lagere prijzen te hanteren, vanaf het voorjaar 1967 erin slaagt dezelfde vervoersopdrachten te krijgen van GOCON ten detrimente van Willems.⁴⁰⁶ In dergelijke gevallen kan ook gezegd worden dat de *relativiteit* van de geschonden norm niet strekt ter bescherming van deze benadeelde.⁴⁰⁷ Maar dat heeft niet de voorkeur. Zoals we hierna zullen zien, heeft de relativiteit te maken met de toerekening van de schade, en vooral de begrenzing van die toerekening om redenen van gelijkheid (par. 4.3.3). Die redenen hebben eerder te maken met het feit dat niet van iedereen meer inspanning of een ruimere bijdrage verwacht kan worden, dan dat een risico voor een gemiddelde benadeelde soms eerder, specifiek voorzienbaar is.

Voorbeeld

223. Gaat het bij zowel de laedens als de benadeelde om een specifiek voorzienbaar risico, bijvoorbeeld omdat zij beide in staat zijn schadebeperkende maatregelen te nemen, dan gaat de verplichting van de laedens vóór de verplichting van de benadeelde.⁴⁰⁸ In zijn noot onder het arrest Ridder/Staat constateert Brunner terecht dat dit niet betekent dat de laedens nooit een beroep op eigen schuld kan doen. Het gaat erom of *'de pleger van de onrechtmatige daad even gemakkelijk als de gelaedeerde de schade had kunnen beperken'*. Dit was het geval in het arrest Ridder/Staat, waar de Staat zonder onevenredige inspanning zelf de rechtmatigheid van de invoer van de partij kabeljauw had kunnen vaststellen. Wat *'even gemakkelijk'* is, wordt voor gemiddelde mensen op basis van beschikbare middelen bepaald door de voorzienbaarheid. Dit verklaart waarom een vermeerdering van de schade door prijsfluctuaties na het ontstaan van de schade niet als eigen schuld voor rekening van de benadeelde komt (par. 5.5). Het risico van prijsfluctuatie is voor een gemiddelde laedens even voorzienbaar als voor een gemiddelde benadeelde. Het verklaart ook waarom een vermindering van de schade door zelfhulp of eigen inzet van de benadeelde niet snel als voordeel op de schade in mindering komt (par. 5.4). Het betreft gevallen waarin de hulp

Schadebeper-
kingsplicht

406. HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Maas/Willems*).

407. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/137; Franke 2022, p. 204, voetnoot 20.

408. HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2260, NJ 1999/56, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ridder/Staat*).

of het herstel *'even gemakkelijk'* door de laedens geboden kan worden, maar wordt nagelaten. Alleen indien de schade voor een gemiddelde benadeelde *meer specifiek voorzienbaar* was dan voor een gemiddelde laedens, is een *schadebeperkingsplicht* op zijn plaats.

Voorbeeld

224. Bijvoorbeeld wanneer een studentenvereniging met een gezelligheidskarakter het toezicht tijdens een zeilweekend juist bij de benadeelde zelf heeft gelegd.⁴⁰⁹ Goed denkbaar is ook dat een onderhuurder die jegens de benadeelde eigenaar aansprakelijk is voor een brandschade géén beroep kan doen op een schadebeperkingsplicht in de vorm van tijdige herbouw, maar dat de advocaat van de benadeelde eigenaar, die vervolgens tekort schiet door de vordering op de onderhuurder te laten verjaren, wél een beroep toekomt op eigen schuld.⁴¹⁰ De onderhuurder was jegens de benadeelde eigenaar vanaf het moment van de brand tot schadevergoeding, en dus financieel herstel, gehouden. Voor de advocaat gold slechts een inspanningsverplichting de financiële schade te verhalen. Alleen in zijn relatie tot de advocaat vormde de brandschade voor de benadeelde eigenaar een meer specifiek voorzienbaar risico waarvan de eigenaar, niet de advocaat, de gevolgen door tijdige herbouw kon beperken.

Voorzienbaarheid zinvoller dan causaal verband

225. Gevallen waarin de voorzienbaarheid als grens functioneert, kunnen ook beredeneerd worden vanuit het *condicio sine qua non* verband. De schade is dan door het ene risico veroorzaakt, niet het andere. Van eigen schuld is bijvoorbeeld geen sprake wanneer niet aannemelijk is dat als de benadeelde niet 50 km/uur maar de geoorloofde snelheid van 30 km/uur had gereden, hij tijdig op de verkeersfout van de laedens had kunnen reageren. Waaróm het causaal verband niet aannemelijk is, volgt echter uit de aard van het risico dat de benadeelde nam, namelijk: 50 km/uur rijden waar slechts 30 km/uur geoorloofd is. Als een dronken mobilist wordt aangereiden, betekent dit nog niet dat hij eigen schuld heeft aan zijn schade. Van eigen schuld is pas sprake als het onder invloed rijden aan het ontstaan van de aanrijding heeft bijgedragen of de gevolgen van de aanrijding voor de benadeelde heeft verergerd.⁴¹¹ Omdat bij cumulatieve eigen schuld niet zozeer het causaal verband, maar vooral het risico en daarmee de voorzienbaarheid onderscheidend is, is ook voor de begrenzing beter te zeggen dat

409. HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, NJ 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (*lo Vivat*).

410. HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1308, waarin de benadeelde een vordering uit hoofde van brandschade tegen een huurder misloopt doordat zijn advocaat de vordering laat verjaren. Het beroep op de schadebeperkingsplicht wordt overigens afgewezen wegens de onvoldoende feitelijke onderbouwing.

411. Van Dam 2020/1010-2.

het risico voor de benadeelde onvoorzienbaar was, of voor de laedens eerder specifiek voorzienbaar (geen eigen schuld), dan wel voor de laedens onvoorzienbaar of voor de benadeelde al eerder specifiek voorzienbaar (volledig eigen schuld).

3.9.2 ... VERDEELD VOLGENS DE VOORZIENBAARHEID

226. Is de schade door de laedens én de benadeelde veroorzaakt in de zin dat de schade voor beide voorzienbaar en cumulatief meervoudig voortvloeit uit hun handelen of nalaten, dan is billijk de schade tussen de laedens en de benadeelde te verdelen in plaats van een ‘alles of niets’, zoals eeuwenlang gold.⁴¹² Dit geschiedt aan de hand van de *causaliteitsafweging*.⁴¹³ Die causaliteitsafweging moet nadrukkelijk van de billijkheidsafweging worden onderscheiden.⁴¹⁴ Dit onderscheid wordt doorgaans als problematisch en onduidelijk ervaren.⁴¹⁵ Het verschil tussen causaliteitsafweging en billijkheidscorrectie wordt helderder, als we ons realiseren dat eigen schuld slechts bestaat ten opzichte van de ‘schuld’ van de laedens.⁴¹⁶ Het Duitse recht verwoordt dit met de term *Obliegenheit*: de benadeelde heeft geen afdwingbare verplichting jegens de laedens, maar de eigen schuld van de benadeelde staat wel aan een schadevergoedingsvordering in de weg.⁴¹⁷ Met de causaliteitsafweging vindt de eigen schuld toepassing in de spiegeling van vergelijkbare omstandigheden die ‘tot de schade hebben bijgedragen’ (art. 6:101 lid 1 BW). Het gaat om het ontstaan van de schadevergoedingsplicht: een weging van enerzijds de schade en anderzijds de voor rekening van de laedens resp. de benadeelde komende risico’s die deze schade veroorzaakt hebben. Die causaliteitsafweging betreft géén *toerekening*. De causaliteitsafweging vindt plaats tegen de achtergrond van de gedeelde maatstaf van wat *voorzienbaar* is.⁴¹⁸ Alleen wat in een concreet geval over en weer

Ook de
verdeling

412. Visscher 2005, p. 251; Keirse & Jongeneel 2013/2 e.v, met verwijzing naar de kentering in HR 4 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:30, NJ 1916/450 (*Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré*); In dezelfde zin ook Van Dam 2013/1208-1 voor het ons omringende recht; Inmiddels bepaalt art. 6:101 lid 1 BW dit expliciet. Bij gebreke van voldoende onderscheidende verschillen, wordt de schade bij helfte verdeeld; vgl. in verband met art. 6:102 lid 1 jo. 101 BW: HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0873, NJ 2012/614 (*London/Delta Lloyd*); Asser/Sieburgh 6-II 2017/135.

413. Zie ‘stap 3’ van Keirse 2003; Asser/Sieburgh 6-II 2017/114; Voor het Belgische recht: Jocqué 2016/31.

414. HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1745, NJ 1997/702, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Keulen/Trias*); Zie ook ‘stap 4’ van Keirse 2003; Asser/Sieburgh 6-II 2017/114.

415. Asser/Sieburgh 6-II 2017/124.

416. Cane 2017, p. 49. Spreekt van ‘the relevant positions of the harm-sufferer and the harmer’.

417. Van Dam 2013/1208-3.

418. Nieuwenhuis 1997, p. 80, die verwijst naar de mate van waarschijnlijkheid dat de omstandigheden zouden leiden tot het ontstaan van de schade; Keirse & Jongeneel 2013/114 e.v., die de causaliteitsmaatstaf typeren als ‘symmetrisch’ en ‘gradueel’; Zie Keirse 2003, p. 23 over de historische ontwikkeling van eigen schuld; Bij eigen schuld gaat het niet alleen

kenbaar en waarschijnlijk is, kan tussen de laedens en de benadeelde verschillen, teneinde tussen de laedens en de benadeelde te worden gespiegeld en gewogen.

Vult de
voorzienbaar-
heid in

227. Alle risico's die aan het ontstaan van de schadevergoedingsplicht hebben bijgedragen behoren in de causaliteitsafweging te worden meegenomen. Ten onrechte worden naar huidig recht sommige elementen van risico, zoals het bijzondere gevaar van motorrijtuigen⁴¹⁹ of de verwijtbaarheid,⁴²⁰ doorschoven naar de billijkheidscorrectie.⁴²¹ Meest onderscheidend zijn immers de situaties waarin de voorzienbaarheid van de schade voor de laedens resp. de benadeelde aanzienlijk verschilt. Bijvoorbeeld omdat de laedens verantwoordelijk is voor een algemeen risico en de benadeelde voor een specifiek risico, zoals: een benadeelde die na het plegen van de onrechtmatige daad nalaat zijn schade te beperken.⁴²² Of omgekeerd: een laedens die verantwoordelijk is voor een specifiek risico en de benadeelde voor een algemeen risico, zoals wanneer sprake is van een schending van een verkeers- en veiligheidsnorm, terwijl bij de benadeelde sprake is van normale kwetsbaarheid.⁴²³

om de schuld maar ook om de mate van veroorzaking, zoals in Nederland aanvaard. Zie HR 4 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:30, NJ 1916/450 (*Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré*).

419. HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1997/700, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marloes de Vos*); HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1196, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*), waarin de Hoge Raad toelicht dat op grond van de billijkheid zowel de meer *algemene*, vaste 50% regel kan worden aangenomen, verband houdende met het extra risico van motorrijtuigen in het algemeen, als de meer *individuele* omstandigheid dat Anja Kellenaers 14 jaar en 8 maanden oud was maar geestelijk en/of lichamelijk zich niet wezenlijk onderscheidde van haar jongere klasgenootjes die de leeftijd van 14 jaar nog niet hadden bereikt; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/286*.
420. Zie de tekst van lid 1 van art. 6:101 BW: 'de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten'. Zie ook HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/Bolle*); HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0663, NJ 1990/778, C.J.H. Brunner (*Lars Ruröde*), met een vergelijkbare kritische noot hierover van Brunner die hiervoor steun vindt in de Parlementaire Geschiedenis.
421. Anders: Keirse & Jongeneel 2013/120 e.v.
422. Keirse & Jongeneel 2013/144 e.v.; HR 27 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1107, NJ 1990/528; Bijvoorbeeld wanneer de benadeelde nalaat van zijn kant alles in het werk te stellen wat – zijn persoonlijke predispositie mede in aanmerking genomen – van hem verlangd kan worden om tot zijn herstel bij te dragen of verergering van zijn klachten te voorkomen. Zie HR 19 juli 2019 ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Eisers/NAM*), r.o. 2.10.3. e.v.
423. Van Dijk 2015, p. 70; Gevaarzetting. HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0663, NJ 1990/778, C.J.H. Brunner (*Lars Ruröde*). Vrieling handelt onzorgvuldig door in gezelschap van de tienjarige Lars Ruröde koeien te melken met behulp van een niet afgeschermd, aan de tractor gekoppelde melkmachine. Ondanks waarschuwingen tracht Lars een oliereservoir te repareren. Daarbij wordt hij gegrepen door een bewegend onderdeel en raakt ernstig gewond. De Hoge Raad oordeelt dat het feit dat de schade van het kind waarvan in verband met zijn leeftijd slechts een beperkt inzicht in het gevaar en een beperkt vermogen zich naar dit inzicht te gedragen, mag worden verwacht, ten laste

3.9.3 ... EN GECORRIGEERD DOOR DE BILLIJKHEID

228. In de mogelijkheid tot vergelijking of spiegeling verschilt de causaliteitsafweging van de *billijkheidscorrectie*. Het ontstaan van de schade als ervaringsgemiddelde is vergelijkbaar, het bestaan van de schade is dat niet. Hoewel de vertaling in geld suggereert dat de schade tussen de laedens en de benadeelde eenvoudig inwisselbaar en vergelijkbaar is, kan groot verschil bestaan tussen de laedens als de schade-vergoedende partij en de benadeelde als de schade-lijdende partij, zeker als één van beide onverzekerd is of zich in de schadeafwikkeling onredelijk opstelt.⁴²⁴ Gaat het om een zuivere vermogensschade, dan is het wederzijds lijden eerder inwisselbaar. Door de schade te vergoeden wordt de benadeelde in zijn belangen hersteld en volledig gecompenseerd. Lijdt de benadeelde evenwel letselschade of een persoonlijke vorm van zaakschade, dan geldt: *'No legislature in the world can eliminate a loss once it has occurred, the law is powerless in the face of such a fait accompli.'*⁴²⁵ Dit verschil in 'schade' lijden tussen de laedens en de benadeelde telt volwaardig mee.⁴²⁶ Geld is in dit opzicht, evenals taal, een communicatiemiddel waarachter een waardenuitruil schuil gaat.⁴²⁷ Dit leidt er vaak toe dat op de causaliteitsafweging via de billijkheidscorrectie een extra *toerekening* plaatsvindt. Het gaat niet meer om een weging van vergelijkbare feiten, maar om een *waardering* van in beginsel onvergelijkbare maar individueel relevante omstandigheden, met geen andere maatstaf dan dat de uitspraak in gelijke gevallen toepasbaar is.

Niet alles
vergelijkbaar

229. Het recht en de rechter vervullen in zo'n geval bij uitstek, wat Loth noemt, een 'compatibiliserende functie': het zo goed mogelijk compatibel of vergelijkbaar maken van concurrerende waarden.⁴²⁸ Wat is de waarde van lichamelijk of psychische leed? Bij het 'prijzen' of vergelijkbaar maken van dergelijk leed creëert de rechter een gemeenschap.⁴²⁹ Schadeberekening gaat dan over in schadetoerekening. In weerwil van de tekst van art. 6:101 BW, waarin gesproken wordt van *'de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval'*, zou de billijkheidscorrectie slechts

Maar
vergelijkbaar
gemaakt

komt van degene die dit gevaar in het leven heeft geroepen; Voor meer voorbeelden zie *Asser/Sieburgh 6-II 2017/119* en 121.

424. Verkeersongeval. HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1426, NJ 2002/214, m.nt. C.J.H. Brunner; Om die reden komt aan de 100% en de 50% regel niet automatisch reflexwerking toe, met name niet wanneer het om letselschade van een onverzekerde bestuurder van een motorrijtuig jegens een verzekerde fietser gaat. Zie *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/287*.

425. Koziol 2017, p. 16, citerend: V. Mataja 1888.

426. HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2522, NJ 1998/402, m.nt. J. Hijma; Keirse & Jongeneel 2013/117.

427. Loth 2021, p. 122, 123 en 130.

428. Loth 2021, p. 202.

429. Arendt 1975, p. 607, met verwijzing naar Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1133a14.

toepassing moeten vinden wanneer deze betrekking heeft op het verschil in 'schade' lijden tussen de laedens en de benadeelde. Bijvoorbeeld: de benadeelde krijgt wegens de bijzondere aard van zijn letsel een bepaalde schade vergoed die hem op grond van de causaliteitsafweging in beginsel als eigen schuld kan worden toegerekend. De rechtvaardiging van deze extra toerekening is gelegen in de aard van de schade aan de zijde van de benadeelde.⁴³⁰ Het omgekeerde kan ook het geval zijn, wanneer de laedens de benadeelde snel en genereus wil compenseren, maar daarin onvoldoende medewerking ondervindt. We zullen zien dat een vergelijkbare toerekening van voordeel kan plaatsvinden (par. 5.6).

Voorzienbaar-
heid markeert

230. De voorzienbaarheid verheldert, ten slotte, wat door Vranken wel is genoemd de '*schemerige grens*' tussen causaliteit en eigen schuld.⁴³¹ Die grens loopt langs het verschil in voorzienbaarheid. Bij causaliteit gaat het om het ontstaan van de schade vanuit het perspectief van de laedens, en wat vanuit diens perspectief voorzienbaar is. Bij eigen schuld gaat het om een afweging vanuit twee perspectieven: van de laedens en van de benadeelde. Zolang de laedens en de benadeelde beide 'gemiddeld' zijn, zal de uitkomst van de twee benaderingswijzen, causaliteit en eigen schuld, niet verschillen. Wat voor een gemiddelde laedens voorzienbaar is, zal ook voor een gemiddelde benadeelde voorzienbaar zijn, en omgekeerd. De verschillen tussen causaliteit en eigen schuld ontstaan pas wanneer de benadeelde niet meer 'gemiddeld' is. Dan kan een voorzienbaar risico toch niet voor vergoeding in aanmerking komen, bijvoorbeeld omdat op de benadeelde een verhoogde zorgplicht rustte. Vanuit het perspectief van de laedens is het causaal verband nog steeds aannemelijk. Door een afweging van beide voorzienbaarheden en de mate waarin beide risico's '*tot de schade hebben bijgedragen*' (art. 6:101 lid 1 BW) bestaat in zo'n geval wegens eigen schuld toch geen vergoedingsplicht.

430. HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3751, NJ 2013/477; HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873, NJ 2016/26, m.nt. M.M. Mendel.

431. Concl. A-G Vranken, bij HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR1993:ZC1214, NJ 1994/275, onder 19 en 21; Voor vergelijkbare rechtsvergelijkende observaties, zie Van Dam 2013/1208-3.