



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).

5.1 NIET IEDER NADEEL HEEFT EEN VOORDEEL

454. In hoofdstuk 3 zagen we hoe een risico tot een schade kan leiden. Worden de gevolgen van een normschending meer specifiek voorzienbaar, in de zin van: meer reëel of dreigend, dan ontstaat een moment waarop het ontstaan van de schade aannemelijk wordt. Zo stellen we bijvoorbeeld *toekomstige* schade vast. Toekomstige schade is aannemelijk indien het het zich realiseren van een kwade kans méér aannemelijk is dan de realisatie van een goede kans.¹ Als de goede kans even groot is als de kwade kans, is het bestaan van schade niet aannemelijk. Van aannemelijke schade is dan geen sprake. Wat voor de aannemelijkheid van toekomstige schade geldt, is ook van toepassing bij *geleden* schade. Schade

455. Zoals na een risico een schade kan ontstaan, kan na een schade een voordeel ontstaan. *Voordeelsverrekening* vindt plaats wanneer wat aanvankelijk als een voorzienbare schade aannemelijk is, niet meer aannemelijk blijkt als ‘de film opnieuw wordt afgespeeld’, omdat zich alsnog een voorzienbaar voordeel realiseert. Voordeelsverrekening is van belang als het gaat om een voordeel dat ontstaat tussen het moment van ontstaan van de schade en het moment van de schadevaststelling, wanneer vastgesteld moet worden of van een geleden schade eigenlijk nog wel sprake is. Voordeelsverrekening speelt geen rol wanneer het gaat om toekomstige schade. Voordeelsverrekening speelt ook geen rol als ten tijde van het vermeend ontstaan van de schade het voordeel al zo specifiek voorzienbaar is, dat van het ontstaan van schade geen sprake is. De vraag van voordeelsverrekening komt op als ten tijde van het ontstaan van de schade het voordeel weliswaar nog En soms
voordeel

1. Hetzelfde geldt voor schade in de vorm van een bepaalde *billijkheidsvergoeding* (art. 6:106 BW). Ook dan pleegt eventueel voordeel niet separaat maar al in de vergoeding die de benadeelde krijgt, te worden meegewogen, omdat alleen voor zover de nadelen met een ‘voldoende mate van zekerheid’ meer aannemelijk zijn, een billijkheidsvergoeding op zijn plaats is; Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100, aant. 3; Voor het Duitse recht in dezelfde zin Magnus 2015, p. 17.

niet specifiek voorzienbaar was, maar het voordeel zich nadien, voordat de schade wordt vastgesteld, toch alsnog realiseert.

Zelfstandig

456. Evenals schade, is het bestaan van voordeel *zelfstandig* bepaalbaar. Van een kans op voordeel kan al sprake zijn nog voordat de schade is ontstaan, bijvoorbeeld omdat Cleeves de kolen had doorverkocht aan het *Governmental Department*, de benadeelde een sommenverzekering heeft afgesloten of Athlon als leasemaatschappij bij autoherstelbedrijf CARE al eerder een korting bedong.² Pas als een risico op schade zich realiseert, kan ook het voordeel ontstaan, doordat het voordeel een bepaalde schadepost vermindert. Niet vereist is dat sprake is van daadwerkelijk verkregen voordeel. Evenals schade kan voordeel ook hypothetisch bestaan, in de vorm van bespaarde kosten,³ bespaard leed.⁴ Voordeel moet wel voldoende aannemelijk zijn.⁵ Daarbij is irrelevant of het voordeel ontstaat door verrekening, betaling of anderszins.⁶ Buiten voordeelsverrekening valt het voordeel op grond van partijwil, zoals giften.⁷ De toerekening of verrekening van voordeel geschiedt op grond van de wet (art. 6:100 BW), niet wegens partijwil.

Onderscheidend

457. Voordeelsverrekening maakt het verband tussen risico, schade en voordeel expliciet. Ieder risico impliceert immers een kans, al was het maar dat het risico zich niet of in mindere mate als schade realiseert. Schade en voordeel zijn *inherent tegengesteld* aan elkaar.⁸ De Hoge Raad heeft dit nog eens benadrukt door in het arrest ABB/Tennet voorop te stellen dat voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en schadetoerekening (art. 6:98 BW) twee

-
2. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).
 3. Magnus 2015, p. 4.
 4. Magnus 2015, p. 14, die het geval beschrijft van een door onrecht geblesseerde keeper, die daardoor met succes aan een vroegtijdig gebleken, levensbedreigende tumor kan worden geopereerd.
 5. Een kans op voordeel zoals 'het vrijkomen van een in een woning geïnvesteerd vermogen' of 'de door het einde van de eigen bewoning vrijkomende huurwaarde', vormde onvoldoende aannemelijk voordeel en was daarom niet vatbaar voor verrekening, zie HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, NJ 2002/122 (*Van Straaten/Brandts*); Asser/*Sieburgh* 6-II 2017/100a.
 6. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/De Vries*), r.o. 3.7.3.
 7. Denkbaar heeft de derde de bedoeling de schade van de benadeelde te vergoeden, zie E.M. Meijers, annotatie bij HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, NJ 1938/269 (*Engelse Kolenstakingsarrest*); Bloembergen 1965/240. Dan bestaat geen recht op vergoeding van de derde jegens de laedens maar vanwege die intentie van de derde ook geen reden tot abstrahering of voordeelstoerekening; Denkbaar is ook dat de derde juist wel de bedoeling heeft de schuld van de laedens te voldoen. In dat geval bestaat wel reden tot voordeelstoerekening. Zie Magnus 2015, p. 16.
 8. Bloembergen 1965/218.

benaderingswijzen zijn ‘die niet wezenlijk van elkaar verschillen’.⁹ Dat is misschien juist, maar betekent niet dat beide in het schadevergoedingsdebat inwisselbaar zijn. Een voordeel kan pas ontstaan *nadat* een schade is ontstaan.¹⁰ Bovendien kan het ontstaan van een voordeel, anders dan schade, alleen *achteraf* zinvol worden vastgesteld. Aannemelijk toekomstig voordeel leidt tot niet-aannemelijke schade. Het ontstaan van voordeel vergt dus niet alleen een terugkijkende blik, maar ook een vooruitkijkende blik, vanaf het begin van de normschending tot het moment van de schadevaststelling, waarbij als het ware ‘de film opnieuw wordt afgespeeld’. In die ontwikkeling hebben schade en voordeel zelfstandige betekenis.¹¹ Juist het onvoldoende onderscheid maken tussen schade en voordeel heeft in het verleden het abstracte schade begrip tot leven gebracht (par. 1.2).

458. Het enkele feit dát een voordeel zich realiseert, impliceert nog geen verrekening. Voor verrekening met de schade moet het voordeel zich wel lenen voor toerekening. Voordeelsverrekening veronderstelt zowel toerekenbare schade als toerekenbaar voordeel, anders kan van verrekening geen sprake zijn.¹² In het arrest *Verhaeg/Jenniskens* volgt dit uit gezichtspunt sub a, waarin vooropgesteld wordt dat in het algemeen van toerekening alleen sprake kan zijn indien het voordeel (in dat geval: de uitkering uit hoofde van een sommenverzekering) ertoe strekt ‘dezelfde schade’ te vergoeden als die waarvoor de laedens aansprakelijk is (par. 1.3).¹³ Het woord ‘dezelfde’ impliceert dat schade en voordeel op een of andere manier bij elkaar horen.

Relevant voor-
deel?

459. Zo zou immaterieel voordeel zich niet lenen voor verrekening met vermogensschade.¹⁴ Bespaarde levenskosten lenen zich volgens Magnus wel voor verrekening met de kosten van ziekenhuisopname, maar niet voor verrekening met het verlies van inkomen.¹⁵ Magnus geeft meer voorbeel-

Voorbeeld 1

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

10. Hebly 2019, p.120; Art. 10:103 PETL.

11. Van Dijk 2015, p. 26; Ook voor het Duitse recht, zie Magnus 2015, p. 2.

12. Het gaat dan niet om de rechtsfiguur verrekening (art. 6:127 BW), met alle daaraan verbonden voorwaarden en beperkingen, maar om de feitelijke mogelijkheid van verrekening. Magnus 2015, p. 6.

13. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), ro. 3.5.3: ‘(a) Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoerekening beroept, aansprakelijk is. (...)’

14. *Asser/Sieburgh* 6-II 2017/103 met verwijzing naar HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth*) en HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5837, NJ 1977/351, m.nt. A.R. Bloembergen; In dezelfde zin voor het Duitse recht. Zie Magnus 2015, p. 18.

15. Magnus 2015, p. 19. Meer algemeen spreekt Magnus voor het Duitse recht van de eis van ‘causation’ en de verwante eis van ‘congruence between the damage and the

den, ontleend aan het Duitse recht. Zo ontbreekt volgens Magnus relevant verband ingeval een chirurg operatiemateriaal in het geopereerde lichaam achterlaat en zich vervolgens op voordeelsverrekening beroept omdat zonder operatie de patiënt was overleden. Een ander voorbeeld van Magnus betreft een tevergeefs beroep op voordeel door een laedens jegens het slachtoffer van een auto-ongeluk wegens de erfenis die het slachtoffer ontvangt van een eveneens in hetzelfde ongeluk overleden broer.¹⁶ Terecht signaleert de Nederlandse literatuur dat het voor voordeelstoerekening nuttig is schade en voordeel niet als abstracte grootheden te zien, maar op te splitsen in specifieke schadeposten en concrete voordelen, zodat per schadepost resp. voordeel kan worden beoordeeld of van verrekening sprake is.¹⁷

Voorbeeld 2

460. Een recente Nederlandse illustratie van wat met *'dezelfde schade'* wordt bedoeld, biedt een geval van vervangende schadevergoeding.¹⁸ De benadeelde exploiteert varkenshouderijen. Omdat hij moet beschikken over een systeem dat de uitstoot van ammoniak emissiearm maakt, heeft hij R&R Systems opdracht gegeven op twee locaties koeldeksystemen voor mest te plaatsen. De koeldeksystemen blijken ongeschikt voor de bedrijfssituatie bij benadeelde, onder andere door 'interne' tekortkomingen van het systeem. De benadeelde stelt dat hij, als hij hiervoor gewaarschuwd was, andere, veel duurdere luchtwassersystemen zou hebben aangeschaft. Deugdelijke nakoming door R&R Systems is niet meer mogelijk. De rechtbank wijst de vordering tot vervangende schadevergoeding gedeeltelijk toe. In appel oordeelt het hof dat de benadeelde ook voordeel heeft gehad van de schadetoebrengende gebeurtenis doordat de benadeelde de aanschaf van de veel duurdere luchtwassersystemen kon uitstellen nu hij met de koeldeksystemen, hoewel deze niet goed functioneerden, wel voldeed aan de minimale wettelijke vereisten. Na verrekening van de kostenbesparing die hij heeft genoten door geen luchtwassersystemen aan te schaffen, resteert volgens het hof geen vervangende schadevergoeding. De Hoge Raad casseert. Het voordeel van de kostenbesparing houdt geen verband met de tekortkoming van R&R Systems in haar verplichting goed functionerende koeldeksystemen te leveren, maar met het precontractueel niet-waarschuwen door R&R dat de putconstructies op de bedrijven van de benadeelde niet geschikt waren voor het koeldeksysteem (art. 7:754 BW). De verrekening is daarom onbe-

advantage'; Vgl. ook art. 6:119 BW ten aanzien van wettelijke rente. De gefixeerde aard van deze schade verzet zich tegen verrekening van voordeel; HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (*De Preter/Van Uitert*); Zie ook art. 611a Rv: een betaalde dwangsom leent zich niet voor voordeelsverrekening.

16. Magnus 2015, p. 18.

17. Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; Bolt 1989, p. 194; Van Dijk 2015, p. 44.

18. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1083, *RvdW* 2020/785 (*X/R&R Systems*).

grijpelijk. Waaróm de verrekening onbegrijpelijk is, wordt door de Hoge Raad niet toegelicht. Meest aannemelijk is dat het voordeel er niet toe strekt ‘dezelfde schade’ te vergoeden. Toegewezen was vervangende schadevergoeding ter zake van het positief contractsbelang: deugdelijk functionerende koeldeksystemen. Het voordeel hield verband met het negatief contractsbelang, en wat als schade aannemelijk was geweest als de benadeelde van aankoop van de koeldeksystemen had afgezien. Naar hun aard sluiten de vorderingen tot positief resp. negatief contractsbelang elkaar uit. Met het beroep op verrekening werd ten onrechte geprobeerd de schade uit hoofde van een positief contractsbelang te verrekenen met een voordeel uit hoofde van een negatief contractsbelang. In zo’n geval is geen sprake van ‘dezelfde schade’.

461. Deze voorbeelden illustreren wanneer het voordeel níet vatbaar is voor verrekening. Ze geven nog geen antwoord op de vraag wanneer het voordeel wél voor verrekening in aanmerking komt. Hetzelfde geldt voor het criterium van ‘dezelfde schade’ of de spiegelbeeld gedachte van Bloembergen en Bolt.¹⁹ Een goed antwoord op de verrekeningsvraag kan pas gegeven worden als we ons realiseren dat wat volgens art. 6:100 BW ‘eenzelfde gebeurtenis’ vormt, niet alleen afhankelijk is van het causaal verband, maar óók van het voorafgaande risico. Zoals eerder bleek bij de aannemelijkheid van schade (par. 3.7), en in afwijking van wat de Hoge Raad meent in HR 8 juli 2016, NJ 2017/262, m.nt. Lindenbergh en Kortmann; ABB/Tennet (par. 1.3), behoeft het *condicio sine qua non* verband niet meteen begrensd te worden door de redelijkheid,²⁰ maar speelt bij de begrenzing van het causaal verband eerst en vooral de voorzienbaarheid een rol. Dit leidt tot twee eenvoudige subregels van voordeelsverrekening: voorzienbare voordelen verdienen verrekening met voorzienbare schade.²¹ Onvoorzienbare voordelen of ‘toevallig’ voordeel verdient verrekening met niet-voorzienbare schade.²² Waar immers in de verhouding tussen de laedens en de benadeelde bepaalde gevolgen voor rekening van de laedens resp. de benadeelde komen, past het geen onderscheid te maken tussen nadelen en voordelen.²³

Voordeels-
verrekening

19. Bloembergen 1965/223; Bolt 1989, p. 204 – 205; Van Dijk 2015, p. 44; Zo propageren Bloembergen en Bolt de zgn. ‘spiegelbeeldgedachte’: soortgelijke voor- en nadelen moeten op dezelfde voet worden behandeld.

20. Zoals Magnus voor het Duitse recht toelicht: ‘Today the general causation concept is further refined by normative considerations in particular the protective purpose of the norm that has been infringed.’. Zie Magnus 2015, p. 8.

21. Ingeval van specifiek voorzienbaar voordeel en voorzienbare schade, is van aannemelijke schade geen sprake. De vraag van voordeelstoerekening doet zich dan niet voor.

22. Ingeval van voorzienbaar voordeel en ‘toevallige’ schade, is eveneens geen sprake van aannemelijke schade. Ook dan doet de vraag van voordeelstoerekening zich niet voor.

23. Bloembergen 1965/223; Bolt 1989 p. 204 en 205 in navolging van Van Woudenberg Hamstra 1904; Van Dijk 2015, p. 44.

De uitwerking van deze subregels van voordeelsverrekening bespreek ik hierna (par. 5.2).

En voordeels-
toerekening

462. Tegelijkertijd gaat het ook bij voordeelsverrekening niet alleen om de voorzienbare gevolgen, maar ook om de schade zoals die uiteindelijk geleden wordt. Bij het vaststellen van de schadevergoedingsverplichting moet de rechter rekening houden met alle feiten en omstandigheden die zich na de realisatie van het risico waarop de aansprakelijkheid berust, hebben voorgedaan.²⁴ Verrekenbaar voordeel kan ook niet worden toegerekend, wanneer de schade de benadeelde onevenredig hard getroffen heeft, bijvoorbeeld vanwege de wijze waarop de laedens aan zijn vergoedingsplicht invulling geeft. Niet-verrekenbaar voordeel kan ook juist wél toegerekend worden, omdat de laedens de benadeelde snel en genereus compenseert.²⁵ Magnus wijst er herhaaldelijk op dat voordeelstoerekening bedoeld is om een *'fair and just solution'* te realiseren en daarom gekenmerkt wordt door *'single case policy considerations and value judgments'*, waartoe art. 6:100 BW zich bij uitstek leent nu het ook gedeeltelijke toerekening mogelijk maakt, *'voor zover redelijk'*. Of voordeel in een specifiek geval wel of niet verrekend moet worden, kan afhankelijk zijn van een afweging van de bijzondere omstandigheden in het individuele geval. Het verrekenen van voordeel gaat dan over in *voordeelstoerekening* (par. 5.3)²⁶

5.2 WANNEER VOORDEEL GEWOON IS

Verrekening

463. In sommige gevallen is voordeelsverrekening *aannemelijk*, omdat het voordeel een even voorzienbaar gevolg is van het risico als de schade. Realiseert zo'n voordeel zich, dan behoeft de verrekeningsvraag geen weging. De verrekening vloeit voort uit de schadevaststelling. In dergelijke gevallen is sprake van voordeelsverrekening. Voordeelsverrekening vindt toepassing als sprake is van 'pseudo voordeel' of 'schadebepalende factoren', zoals in geval van kosten en tijd die de benadeelde zich bespaart,²⁷ of de aftrek van

24. 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; Zie ook nadrukkelijk in verband met voordeelstoerekening: Magnus 2015, p. 5 en 20; Hebly 2015, p. 125.

25. Magnus 2015, p. 4 – 18.

26. De literatuur maakt geen duidelijk onderscheid tussen de begrippen voordeelsverrekening en voordeelstoerekening; Asser/Sieburgh 6-II 2017/99; In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/99 werd nog gekozen voor de term 'verrekening'; Van Dijk 2015, p. 24, voetnoot 13 die de term 'toerekening' prefereert.

27. Magnus 2015, p. 11, die spreekt van een 'rather uncontroversial sub-group'.

nieuw voor oud.²⁸ Voorzienbare voordelen moeten met voorzienbare schade verrekend worden. Tegelijkertijd impliceert de gelijkheid van nadelen en voordelen dat waar de laedens moet opkomen voor niet-voorzienbare of 'toevallige' schade hij ook aanspraak kan maken op niet-voorzienbaar of 'toevallig' voordeel (par. 5.5).

464. 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*'.²⁹ Aangesproken op de eigen systeemverantwoordelijkheid, is voor een gemiddeld laedens evenzeer voorzienbaar dat op een *benadeelde* of een *derde* eenzelfde verantwoordelijkheid rust. Evenzeer voorzienbaar is dan ook dat een benadeelde of een derde de eigen fout herstelt of zijn vergoedingsplicht nakomt. Om die reden komt een voordeel voor verrekening in aanmerking indien het voordeel afkomstig is van een derde en het om '*dezelfde schade*' gaat als waarvoor de laedens verantwoordelijkheid draagt. Met het voordeel geeft de derde invulling aan de (quasi) hoofdelijke verplichtingen die op de derde en de laedens rusten (art. 6:7 lid 2 BW) (par. 5.3). Is het voordeel afkomstig van de benadeelde, dan komt het voordeel voor verrekening in aanmerking ingeval de benadeelde daarmee een plicht voldoet die bij nalaten jegens de laedens zou leiden tot eigen schuld (art. 6:101 BW) (par. 5.4). Dit ligt anders als het handelen van de benadeelde of de derde niet-voorzienbaar was, doordat de benadeelde onverplicht de schade beperkt of een derde niet '*dezelfde schade*' vergoedt. Door het verrekenen van 'gelijke', in de zin van: in dezelfde mate voorzienbare, voordelen en nadelen, zijn schade en voordeel elkaars 'spiegelbeeld'.³⁰

Bij schuld van derde, benadeelde

5.3 VOORDEEL DOOR EEN DERDE

465. In sommige gevallen is het voordeel afkomstig van een derde verrekenbaar, omdat de derde voorzienbaar zijn vergoedingsplicht ten aanzien van '*dezelfde schade*' voldoet. Hoofdelijkheid is geen norm, maar een rechtsgevolg dat de wet verbindt aan het feit dat een prestatie ondeelbaar

Inverse van 'hoofdelijkheid'

28. Ook voor het Duitse recht spreekt Magnus van 'another type of quasi automatic advantage'. Zie Magnus 2015, p. 13.

29. 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.

30. Bloembergen 1965/223; Bolt 1989, p. 204 – 205; Van Dijk 2015, p. 44.

is of omdat uit de wet, de gewoonte of een rechtshandeling voortvloeit dat de schuldenaren ten aanzien van eenzelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn (art. 6:6 lid 2 jo 102 BW).³¹ Van Boom bepleit een ruime toepassing van de hoofdelijkheidsregeling.³² Vanuit het voordeel bezien, is voor een ruime toepassing van art. 6:7 lid 2 BW veel te zeggen. Het creëren van voordeel, evenals het vergoeden van schade, kan ook op andere wijze geschieden dan in geld.³³ Te denken valt aan de verzorging die de ouders aan Johanna Kruidhof gaven,³⁴ of de sanering door de Staat van vervuilde grond van Stokvast in de zaak Dordrecht/Stokvast,³⁵ maar ook aan de korting die autoherstelbedrijf CARE aan leasemaatschappij Athlon verleende³⁶ of de annulering die Cleeves van het *Governmental Department* verkreeg.³⁷

Verhaalsrecht?

466. Kenmerkend voor het rechtsgevolg van de hoofdelijkheid is dat tussen de derde en de laedens een *verhaalsmogelijkheid* bestaat in de vorm van een regresrecht of een zelfstandig verhaalsrecht (vgl. art. 6:10 BW). Afhankelijk van de interne verhouding tussen de laedens en de derde voldoet de derde met het verschaffen van het voordeel aan de benadeelde hetzij zijn eigen aandeel hetzij het aandeel van de laedens. In beide gevallen is redelijk dat de benadeelde dit voordeel afkomstig van de derde op zijn vordering jegens de laedens in mindering brengt. Voldoet de derde zijn eigen aandeel in de interne verhouding, dan liep de laedens een verhaalsrisico op de derde. Voldoet de derde het aandeel van de laedens in de interne verhouding, dan heeft de derde een verhaalsrecht op de laedens. Dit is slechts anders, indien de derde niet alleen de benadeelde maar ook de laedens een voordeel wil verschaffen. Toerekening geschiedt dan wegens partijwil (par. 5.2). De wil bij de derde tot het bevoordelen van niet alleen de benadeelde maar ook de laedens, moet wel voldoende duidelijk zijn. Dat een derde ook de laedens een voordeel wil verschaffen, is zeker niet vanzelfsprekend.³⁸

31. Art. 6:6 lid 2 BW; Asser/Sieburgh 6-II 2017/134.

32. Van Boom 2016, p. 52. De wettelijke regeling verdient volgens Van Boom toepassing in alle gevallen waarin een naar inhoud of waarde identieke prestatie moet worden geleverd door twee of meer personen.

33. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100, aant. 4; Te denken valt bijvoorbeeld aan het als voordeel afdragen van een recht; Du Perron 1999/140.

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

35. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast*).

36. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

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

38. HR 3 mei 1946, ECLI:NL:HR:1946:4, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*), in welk geval de Staat als derde-aanbesteder zich jegens Atiba als wederpartij van laedens Degens verbonden had de meerkosten voor haar rekening te nemen; Van der Kooij 2019/587.

467. De beslissingen en de motiveringen die de rechtspraak geeft over de toerekening van een voordeel door een derde zijn moeilijk met dit uitgangspunt te verenigen. De motiveringen die de Hoge Raad geeft bij het niet-toepassen van voordeelsverrekening of het wel toepassen van een abstracte schadeberekening zijn tamelijk divers: *'(geen) rechtstreeksch uitvloeisel van de (...) wanprestatie'* (Engelse Kolenstaking); *'om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed'* (Dordrecht/Stokvast), *'de hanteerbaarheid van schadeberekening bij zaaksbeschadiging'* (Reaal/Athlon), *'de redelijkheid (...) in een dergelijk geval'* (Johanna Kruidhof). Het onderscheidend vermogen van deze argumenten is niet erg groot. Is voor toerekening van voordeel afkomstig van een derde inderdaad beslissend: de causaliteit (Engelse Kolenstaking), het indenniteitbeginsel (Dordrecht/Stokvast); de hanteerbaarheid van het recht (Reaal/Athlon); of de redelijkheid (Johanna Kruidhof)? Meer onderscheidend is dat in de gevallen Engelse Kolenstaking, Reaal en Johanna Kruidhof de verschillende derden (*Governmental Department*, autoherstelbedrijf CARE en de ouders) jegens de verschillende laedentes (van Rompu, WAM verzekeraar Reaal resp. de gemeente Losser als werkgever) geen verhaalsmogelijkheden hadden. Alleen in de zaak Dordrecht/Stokvast lag dit anders.³⁹ Bloembergen wijst hierop in zijn noot onder dat arrest (punt 5). Aannemelijk is dat de Staat wél een regresrecht had op de gemeente Dordrecht.⁴⁰ Om die reden moest het saneringsvoordeel in zijn geheel op Stokvast' vordering op de gemeente Dordrecht in mindering worden gebracht. Het wel of niet hebben van een regresrecht is direct verbonden met de vraag van voordeelsverrekening.⁴¹

Voorbeeld 1

468. Het wel of niet hebben van een verhaalsmogelijkheid als onderscheidend criterium wordt onvoldoende onderkend, zoals blijkt uit het arrest Deere/Moramplastics.⁴² Deere had handelsvoorraad opgeslagen en tegen verkoopwaarde verzekerd. Toen deze voorraad door brand verloren ging kreeg Deere een uitkering voor deze verkoopwaarde, echter verminderd met het eigen risico onder haar verzekering van USD 2 miljoen. Deere vorderde vervolgens schadevergoeding van Moramplastics wegens onzorg-

Voorbeeld 2

39. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, NJ 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Dordrecht/Stokvast*), waarin de vraag rees of inzake de vordering tot schadevergoeding van Stokvast jegens de Gemeente Dordrecht wegens waardevermindering in verband met verontreinigde grond, geabstraheerd moest worden van de sanering die intussen door de Staat, als derde, was uitgevoerd. De Hoge Raad oordeelde van niet (geen abstrahering), waarmee het voordeel op de vergoedingsplicht van de Gemeente Dordrecht jegens Stokvast in mindering kwam.

40. De Staat had volgens de Hoge Raad voor de uitgevoerde sanering 'geen aanspraak op vergoeding' jegens de benadeelde.

41. Zie ook hiervoor met betrekking tot het begrip 'verplaatste schade'.

42. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:12676, NJ 2016/302 (*Deere/Moramplastics*).

vuldig handelen voor zover het haar eigen risico van USD 2 miljoen betrof. In die procedure werd vastgesteld dat Moramplastics slechts gehouden was tot vergoeding van de lagere inkoopkosten van vervangende goederen. Het verschil met de verkoopwaarde betrof de eigen toegevoegde waarde. Omdat de uitgekeerde toegevoegde waarde meer was dan het eigen risico van USD 2 miljoen, had Deere – volgens het hof – geen verhaalbare schade meer. Het cassatieberoep faalt. Ten onrechte. Voor de uitgekeerde toegevoegde waarde had de verzekeraar op grond van art. 7:962 BW geen regresrecht. De aansprakelijkheid van Moramplastics was immers tot de inkoopkosten beperkt. Mitsdien is niet vanzelfsprekend dat de uitgekeerde toegevoegde waarde als ‘voordeel’ op Deere’s schade in mindering wordt gebracht. Dit is ook redelijk, nu Deere voor het meerdere van de verkoopwaarde premie heeft betaald.⁴³ Bij gebreke van een regresrecht voor Deere’s verzekeraar leed Deere voor haar eigen risico van USD 2 miljoen wel degelijk een verhaalbare schade. Misschien bestonden in dit geval andere redenen die toerekening van voordeel toch redelijk maken. Die redenen zijn dan niet gebaseerd op het bestaan van een verhaalsrecht, maar op andere, meer individuele omstandigheden van het geval. Voordeelsverrekening gaat dan over in voordeelstoerekening (par. 5.6). Uit de uitspraak blijkt dit niet.

Voorbeeld 3

469. Het wel of niet hebben van een verhaalsmogelijkheid door de derde op de laedens is ook van belang bij het zgn. *doorberekeningsverweer* (*‘passing-on defence’*) (par. 3.6.2).⁴⁴ Het gaat om situaties die zich in mededingingskwesaties voordoen. 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 zijn afnemer, zodat de schade uiteindelijk bij de eindgebruiker ligt, niet bij de eerste afnemer of eventuele andere tussenschakels. In feite is dit hetzelfde verweer als Van Rompu voerde in het Engelse Kolenstakingsarrest, namelijk: dat Cleeves geen winst had gederfd, omdat hij de kolen al had doorverkocht. Feitelijk heeft de derde inderdaad het teveel betaalde voor eigen rekening genomen. Of dit als voordeel voor toerekening in aanmerking komt, is afhankelijk van de vraag of de derde

43. Voor Deere restte nu het niet heel erg vanzelfsprekende resultaat enerzijds wel meer premie te hebben betaald voor een uitkering van de verkoopwaarde, terwijl dit voordeel uiteindelijk de aansprakelijke Moramplastics ten goede kwam, niet Deere.

44. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/20; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg & J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*); Magnus 2015, p. 15, die voor het Duitse recht stelt: ‘Where a victim of a cartel paid too high prices but could pass on that price to the own clients (buyers etc.) this regularly reduces or excludes a damages claim.’; Zie inmiddels: art. 6:193p BW; Van Dam 2020/934-2.

daarvoor een verhaalsrecht heeft jegens de laedens.⁴⁵ Wordt ondanks dit verhaalsrecht voordeel niet verrekend, dan gaat voordeelsverrekening over in voordeelstoerekening (par. 5.6).

470. Een ander voorbeeld waarin de onderscheidende betekenis van een verhaalsmogelijkheid onvoldoende is onderkend, volgt uit een geval waarin sprake was van het *profiteren van wanprestatie*.⁴⁶ Het ging om een situatie waarin de laedens als tweede koper profiteerde van de wanprestatie door een verkoper/derde bij een onroerend goed transactie. Aangesproken tot schadevergoeding door de eerste koper/benadeelde, verweert de laedens zich met de stelling dat diens schade verminderd is door de boete die de verkoper/derde aan de benadeelde heeft betaald. Het hof neemt deze boete niet op de schade in aftrek *'omdat deze van een derde'*, de verkoper, ontvangen is. Terecht casseert de Hoge Raad dit oordeel. Ook voordelen van derden kunnen voor toerekening in aanmerking komen. De Hoge Raad geeft echter geen criterium voor de vraag wanneer zo'n van een derde afkomstig voordeel met de schade verrekend moet worden, anders dan door te verwijzen naar het redelijkheids criterium waaraan hij eerder refereerde in het arrest ABB/Tennet.⁴⁷ De rechtvaardiging van de verrekening is niet gelegen in de veelkleurige redelijkheid, maar in het verhaalsrecht dat in dit geval de verkoper/derde van de laedens bedongen had. Met het betalen van de boete voldeed de verkoper/derde aldus *'dezelfde schade'* als waarvoor de laedens verantwoordelijk was en ligt een verrekening van de boete met de schade van de benadeelde in de rede.

Voorbeeld 4

471. In dit verband is gezichtspunt sub b uit het arrest *Verhaeg/Jenniskens* van belang.⁴⁸ Volgens dit gezichtspunt moet een uitkering uit een *schadeverzekering* verrekend worden, mits feitelijk betrekking hebbend op dezelfde schade (par. 1.3). Bolt en Hartlief menen dat dit geen vorm van voordeels-toerekening is.⁴⁹ De vermindering is niet afhankelijk van enige redelijkheid uit hoofde van voordeelstoerekening, maar van het feit dat de schadeverze-

Voorbeeld 5

45. In de schadestaatprocedure na de uitspraak HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (ABB/Tennet), heeft de Rechtbank Gelderland het passing-on defence of doorberekeningsverweer verworpen. Zie Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, JOR 2017/188, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté & T. Thuijs; Hebly 2019, p. 123; Zie hierna, par. 4.4.

46. HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1027, NJ 2018/194.

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

48. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), ro. 3.5.3: '(b) Geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal – indien voldaan is aan de eis onder (a) dat het om vergoeding van dezelfde schade gaat – verrekening in beginsel op haar plaats zijn (...)'

49. Asser/Sieburgh 6-II 2017/104 en 158.

keraar gesubrogeerd raakt in de rechten van zijn verzekerde (art. 7:962 BW). Dat is op zich juist. Toch kan ook in deze toepassing gesproken worden van voordeelsverrekening. Voorzienbaar is dat een benadeelde zich tegen 'dezelfde schade' verzekert. Keert een schadeverzekering na het ontstaan van de schade uit, dan realiseert zich alsnog een voordeel waarvan de vraag rijst of dit voor verrekening in aanmerking komt. Gezien het regresrecht van de verzekeraar (art. 7:962 BW), is het antwoord daarop bevestigend. Dit ligt anders bij sommenverzekeringen. Sommenverzekeringen worden in de regel niet aangegaan met het oog op 'eenzelfde schade'. Sommenverzekeraars hebben ook geen regresrecht na uitkeren.

5.4 VOORDEEL DOOR DE BENADEELDE

Inverse van
eigen schuld

472. Heeft de derde géén verhaalsmogelijkheid jegens de laedens, zoals in de gevallen beoordeeld in de arresten Engelse Kolenstaking, Reaal/Athlon, Johanna Kruidhof, dan betekent dit nog niet dat het voordeel niet toch op de schade in mindering kan komen. De vraag rijst dan of het voordeel niet om andere redenen tot mindering van de schade strekt, bijvoorbeeld omdat de benadeelde voorzienbaar zijn schadebeperkingsplicht voldeed (art. 6:101 BW). De verrekening van voordeel kan ook aannemelijk zijn vanwege het bestaan van een *eigen verplichting* van de benadeelde.⁵⁰ Het gaat bij 'omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend' (art. 6:101 BW) niet alleen om eigen schuld, zoals de schadebeperkingsplicht van de benadeelde,⁵¹ maar ook om wat op grond van de wet, een rechtshandeling of de verkeersopvatting voor rekening van de benadeelde komt.⁵²

Voorbeeld 1

473. Een voorbeeld van eigen schuld door toerekening geeft gezichtspunt sub d (*premie door laedens*) van het arrest *Verheag/Jenniskens*, volgens welk gezichtspunt voor de vraag naar voordeelsverrekening bij de uitkering onder een sommenverzekering relevant is of de laedens (onverplicht) de premie heeft betaald en met welk oogmerk (par. 1.3).⁵³ Zo kan het uit hoofde

50. Magnus 2015, p. 5 en 14; Voor eigen schuld volstaat de mogelijkheid van voordeel, terwijl voor het toerekenen van voordeel gerealiseerd voordeel vereist is.

51. Anders dan Keirse 2003, p. 43, meen ik dat het onderscheid tussen het genus eigen schuld en de species schadebepanking niet gelegen is in het intreden van de schade (eigen schuld) en de schadeomvang (schadebepanking), maar in de coördinaten schuld (schadebepanking) en risico (eigen schuld).

52. HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, NJ 2002/54, m.nt. C.J.H. Brunner (*Donkers/Scholten*); In dit verband wordt wel gesproken van de reflexwerking van risicoaansprakelijkheid; Asser/Sieburgh 6-II 2017/116.

53. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verheag/Jenniskens*), ro. 3.5.3: '(d) Is de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden wel tot verrekening over

van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) sluiten van een ongevallenverzekering en betalen van de premie tot gevolg hebben, dat de door de werkgever verzekerde risico's in de onderlinge verhouding tussen werkgever en werknemer verder voor rekening van de benadeelde werknemer blijven.⁵⁴

474. Een ander voorbeeld van eigen schuld vormt het *fiscaal voordeel* dat een benadeelde geniet. Na enige aarzeling oordeelde de Hoge Raad dat belastingvoordelen voor verrekening in aanmerking kunnen komen. Zo dient: *'(n)aar gelang van de aard van de schade (...) bij de vaststelling van de schadevergoeding ook met fiscale voor- en nadelen rekening te worden gehouden.'* (Ordelmans/Lademo).⁵⁵ Dit oordeel staat los van de vraag of de benadeelde het belastingvoordeel heeft ontvangen. Het gaat er bij dit oordeel veeleer om dat de benadeelde jegens de laedens gehouden is van het belastingvoordeel gebruik te maken, derhalve: jegens de laedens een eigen verplichting heeft.⁵⁶

475. Vaak is de afwijzing van voordeelsverrekening in gevallen waarin het voordeel afkomstig is van de benadeelde, in de rechtspraak bereikt via een *abstracte schadeberekening*. Verwezen wordt dan wel naar het handelen van de benadeelde als de bron van voordeel, maar zonder dat duidelijk is of sprake is van een eigen verplichting.⁵⁷ De motiveringen die de Hoge Raad bij deze beslissingen geeft, zijn wel eenduidig, maar niet concludent, namelijk: *'geen invloed kan hebben op haar aanspraak op vergoeding'* resp. *'(geen) rechtstreeksch uitlooiel van de (...) wanprestatie (van Van Rompu), doch van de handeling van haar afnemer (Cleeves)'* (Engelse Kolenstaking: doorverkoop resp. annulering), *'dat geen aanleiding bestaat om bedoelde kosten naar andere dan objectieve maatstaven te berekenen indien (...) de aard van de toegebrachte schade in verband met den aard van het bedrijf waarin die schade werd geleden, meebrengt dat deze binnen dat bedrijf zelf zal worden hersteld (...)'* (PTT-kabel: zelfherstel), *'daar dit voordeel geen gevolg is van de wanprestatie maar van de handeling van de verko-*

te gaan, met name indien jegens de benadeelde geen verplichting bestond tot het sluiten van de verzekering of tot de betaling van de premie. Mede in verband met het onder (a) overwogene, komt daarbij mede betekenis toe aan het antwoord op de vraag met welk oogmerk de aansprakelijke persoon de premie voor zijn rekening heeft genomen.'

54. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6669, NJ 2009/328 (KLM/De Kuiper).

55. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531 (*Aftrekbare hypotheekrente*); Het voordeel betrof voor de inkomstenbelasting aftrekbare hypotheekrente. Volgens Bloembergen is dit 'redelijk', waarbij dit volgens Bloembergen 'in een bijzonder geval' anders kan liggen, onder andere – volgens Bloembergen – gezien de 'aard van de belasting'; A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3377, NJ 2000/70 (*Overkamp/FNV*). Wat met 'aard van de schade' en 'aard van de belasting' wordt bedoeld wordt niet verduidelijkt.

56. Magnus 2015, p. 12, voor het Duitse recht: 'Where the victim saves tax due to the damaging event this saving in principle reduces the amount of damages unless this would contradict the purpose of the respective tax.'

57. Van Dijk 2015, p. 43.

per' (Flint/Veldpaus: doorverkoop door Veldpaus, ná Flints wanprestatie),⁵⁸ *'als gevolg van (...) eigen inspanningen (...) schade en (...) voordeel vloeien dus in beginsel niet voort uit 'een zelfde gebeurtenis' in de zin van art. 6:100 BW* (Vos/TSN: lucratieve opdrachten door TSN bij derden)⁵⁹ en *'nu het bestaan van een zodanige verzekering een aangelegenheid is die de schadeplichtige niet aangaat (...)'* (Verhaeg/Jenniskens: uitkering sommenverzekering). Deze motiveringen wijzen nagenoeg alle naar het feit dat het 'voordeel' afkomstig is van een eigen inspanning van de benadeelde, niet van een inspanning door de laedens. Wat deze motiveringen niet verklaren waaróm het 'voordeel' niet verrekenbaar is, en daarmee de benadeelde toekomt, niet de laedens.

Zelfhulp

476. Dit antwoord kan wél verkregen worden als de vraag van voordeels-verrekening wordt gezien in het licht van het wel of niet bestaan van een eigen verplichting van de benadeelde zijn schade te beperken.⁶⁰ Van zo'n *schadebeperkingsplicht* is niet snel sprake (par. 3.9.1). 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.⁶¹ Dit verklaart waarom een vermindering van de schade door zelfhulp of door eigen inzet van de benadeelde niet snel als een voordeel op de schade in mindering komt. Alleen als de schade voor een gemiddelde benadeelde meer specifiek voorzienbaar was dan voor een gemiddelde laedens, is een schadebeperkingsplicht op zijn plaats. Bijvoorbeeld wanneer de benadeelde, anders dan de laedens, in staat is een onmiddellijk dreigend gevaar af te wenden. Of wanneer een studentenvereniging met een gezelligheidskarakter het toezicht tijdens een zeilweekend juist bij de benadeelde zelf heeft gelegd.⁶²

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

59. HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43, m.nt. J. Hijma (*Vos/TSN*).

60. Van Dijk 2015, p. 43, die als belangrijk gezichtspunt voor verrekening noemt dat naarmate de benadeelde meer geacht kan worden zelf vrijwillig een bepaalde prestatie te hebben verricht, waardoor hem bij schade een zeker voordeel toevalt, verrekening minder snel redelijk zal zijn. Van Dijk verwijst naar *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 350 en *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1291, alsmede de rechtspraak waarin wordt geoordeeld dat het voordeel de aansprakelijke persoon niet aangaat of niet raakt.

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

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

477. Van een meer specifiek voorzienbaar risico is geen sprake als de benadeelde een sommenverzekering sluit,⁶³ of overgaat tot zelfhulp in de vorm van zelfherstel zoals in het PTT-kabel arrest. Vanaf het moment van de beschadiging is de gevolgschade voor de benadeelde niet specifiek voorzienbaar dan voor de laedens. Bij gelijk inzicht de schade te voorkomen of te beperken, prevaleert de verplichting van de laedens. Dit blijkt ook uit het arrest Johanna Kruidhof. Het feit dat het kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging in geval van ziekte doet niet af aan het feit dat primair de aansprakelijke verplicht is voor het herstel de nodige middelen te verstrekken.⁶⁴ Waarom? Omdat in het geval van Johanna Kruidhof haar aanspraak jegens haar ouders geen beter uitzicht geeft op herstel dan de plicht van de laedens om de voor haar herstel benodigde middelen te verstrekken.

Voorbeeld 1

478. De afwezigheid van een schadebeperkingsplicht verklaart waarom, zoals Magnus voor het Duitse recht belicht, bij *'favourable contracts'* eigen schuld niet snel wordt aangenomen.⁶⁵ Bij gebreke van een verhaalsrecht van de derde, worden onverplichte *'favourable contracts'* als voordeel buiten beschouwing gelaten.⁶⁶ Een voorbeeld hiervan vormt Cleeves, die in het Engelse Kolenstakingsarrest in staat bleek, nadat de kolenprijs sterk steeg en Van Rompu zijn leveringsverplichting niet nakwam, zijn overeenkomst met het *Government Department* geannuleerd te krijgen.⁶⁷

Voorbeeld 2

479. Van een schadevergoedingsplicht is ook niet snel sprake in *contractuele verhoudingen*, waarin de laedens als debiteur tekortschiet in een specifiek overeengekomen, positief contractbelang. Meijers zegt dit met zoveel woorden in zijn noot onder het Engelse Kolenstakingsarrest: *'(...) er bestond*

Voorbeeld 3

63. HR 28 november 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4973, NJ 1970/172, m.nt. G.J. Scholten (*IBC/Derks*).

64. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), waarbij de Hoge Raad verwijst naar HR 23 april 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5727, NJ 1976/451, m.nt. G.J. Scholten.

65. Magnus 2015, p. 15. 'It is indirectly assumed that the victim's ability and cleverness was the primary source for the advantage.'

66. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, NJ 2008/529, m.nt. C.C. van Dam (*Vie d'Or*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het voordeel uit de unit-linked verzekeringen door gestegen beurskoersen niet door de gedupeerde polishouders op grond van art. 6:100 BW verrekend behoefde te worden met hun vordering jegens o.a. de actaris van Vie d'Or, omdat dit voordeel gekoppeld was aan de keuze die de gedupeerde polishouders ná overgang van hun verzekering in het kader van de noodregeling naar Twenteleven N.V. konden maken, voor het type verzekering. De gedupeerde polishouders hadden ook voor een verzekering zonder beleggingsmogelijkheid kunnen kiezen. Bovendien had de beleggingsmogelijkheid ook negatief kunnen uitpakken.

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

*geen enkele verplichting voor den koper jegens den verkooper om te trachten een kwijtschelding van schadevergoedingsplicht van den tweeden koper te verkrijgen.*⁶⁸

In de zaak Flint/Veldpaus bleef het cassatiemiddel eenvoudig onbesproken.⁶⁹ Uit een meer recent arrest⁷⁰ is af te leiden dat op de verkoper van een woonhuis inderdaad niet snel de plicht tot een dekkingskoop rust.⁷¹ Hebly concludeert in dezelfde zin voor Vos/TSN.⁷² Waar de schade aan het positief contractsbelang voor de benadeelde crediteur niet meer voorzienbaar is dan voor de tekortschietende debiteur, ligt een schadevergoedingsplicht voor de benadeelde debiteur niet in de rede.

Voorbeeld 4

480. Een voorbeeld hiervan geeft het arrest Van Ulzen/Goolkate.⁷³ Goolkate brengt als huurder van een verbouwde boerderij van Van Ulzen zonder

68. Concl. A-G Wijnveldt, ECLI:NL:PHR:1937:AG1898, bij HR 18 november 1937, NJ 1938/269, m.nt. E.M. Meijers (*Engelse Kolenstaking*). Wijnveldt oordeelde juist vanwege de eigen verplichting van Cleeves dat het voordeel van de annulering niet Cleeves, maar Van Rompu toekwam: 'Het behoorde tot de verplichtingen van Cleeves, evenals van ieder in een dergelijk geval, de schade zoveel mogelijk te beperken, en nu hij daarin, naar het schijnt zeer goed geslaagd is, brengt dit mede dat zijn werkelijke schade geringer is, dan zij had kunnen zijn'.

69. Flint deed in cassatie een beroep op de schadebeperkingsplicht Veldpaus. Volgens A-G Minkenhof zou het in deze zaak evenwel om voordeelstoerekening gaan, waarbij zij evenwel een voorbehoud maakt: 'Omtrent dit onderwerp is de wetenschap nog niet tot klaarheid gekomen (toelichting op art. 6.1.9.5. ontwerp BW).' Ook annotator Scholten plaatst het arrest geheel in de sleutel van voordeelstoerekening en lijkt te menen dat bij gebreke van causaal verband tussen wanprestatie en voordeel de niet-toedeling van het voordeel aan de laedens en daarmee de toedeling aan de benadeelde tamelijk evident is. Zie HR 15 januari 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC3943, NJ 1965/197, m.nt. G.J. Scholten (*Flint/Veldpaus*).

70. HR 23 februari 1996, nr. 15.916, nr. C-95/69 (*Lefers/Van Kessel*) (niet gepubliceerd).

71. Over deze ongepubliceerde uitspraak instemmend: Keirse 2003, p. 181 en 183 e.v. Lefers koopt van Van Kessel een woonhuis voor NLG 350.000,--. Lefers weigert nakoming. Ten tijde van zijn wanprestatie bedraagt de waarde van het huis NLG 215.000,--. Van Kessel vordert het waardeverschil minus de bespaarde overdrachtskosten ad NLG 20.000,--, derhalve NLG 115.000,-- als schadevergoeding. Lefers verweert zich evenwel met de stelling dat Van Kessel nimmer verkoopactiviteiten met betrekking tot het huis heeft ondernomen, teneinde zijn schade te beperken. Hof en Hoge Raad wijzen dit af. Volgens de Hoge Raad, omdat 'gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval van Van Kessel het treffen van de door Lefers van hem geëiste maatregelen redelijkerwijs niet gevegd kon worden, mede in het licht van hetgeen naar 's Hofs oordeel van Lefers mocht worden verlangd.' Keirse wijst terecht nog op de omstandigheid dat in dit geval ook Lefers zelf de gestelde schade had kunnen voorkomen door de koopovereenkomst wél na te komen en het huis vervolgens weer te verkopen. Daar waar de schade door de laedens zelf beperkt kan worden, ligt niet in de rede dat de laedens de benadeelde ter zake van de niet-nakoming van enige schadebeperkingsplicht snel een verwijt kan maken. Keirse 2003, p. 121 e.v.

72. Hebly 2019, p. 226; Bakels heeft deze uitspraak nadien verduidelijkt door erop te wijzen dat in cassatie moest worden aangenomen dat de bedrijfscapaciteit van TSN door de ontbonden overeenkomst niet volledig was gevuld, zodat TSN deze contracten ook voor de opzegging of ontbinding had kunnen sluiten. Zie Bakels 2011, p. 115.

73. HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1505, NJ 1988/965, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Ulzen/Goolkate*).

toestemming veranderingen aan. Na beëindiging van de huur vordert Van Ulzen de kosten van herstel van het ongedaan maken van deze veranderingen. Van Ulzen voert het herstel niet uit, maar verkoopt de boerderij kort na het einde van de huur. Onduidelijk is of de boerderij door de aangebrachte veranderingen een waardevermindering heeft ondergaan. De rechtbank wijst de vordering tot schadevergoeding ter zake van de kosten van herstel af. De Hoge Raad laat deze uitspraak in stand. Met Hebly meen ik dat deze beslissing niet juist is.⁷⁴ Bezwaarlijk kan worden aangenomen dat Van Ulzen jegens Goolkate tot schadebeperking in de vorm van bijvoorbeeld verkoop gehouden was. Goolkate schoot als huurder jegens Van Ulzen in een contractuele verplichting tekort, waarvan de gevolgen ten aanzien het positief contractbelang voor Van Ulzen niet meer voorzienbaar waren dan voor Goolkate. Voor zover deze verkoop inderdaad een voordeel voor Van Ulzen opleverde, omdat geen sprake was van waardevermindering, is er geen grond de koopprijs als voordeel met de schade te verrekenen. De benadeelde komt bij onverplicht handelen het voordeel toe, en behoudt zijn aanspraak op schadevergoeding.

481. Is het handelen van de benadeelde minder *'favourable'* of zelfs ongunstig, dan betekent dit nog niet dat de eerdere schade dus niet meer aannemelijk is. Als gevolg van een spel door twee kinderen, toen 11 en 12 jaar oud, brandt Hiddema's landbouwschuur volledig af. Ten tijde van de schadevaststelling door de rechter had Hiddema zijn schuur evenwel nog niet herbouwd, maar verkocht aan een nieuwe eigenaar die de schuur ook niet herbouwd heeft. De ouders voerden als verweer dat Hiddema slechts aanspraak kon maken op de waarde van de schuur in het economisch verkeer, onmiddellijk voorafgaand aan de brand. Dit verweer wordt afgewezen. Hof en Hoge Raad wijzen de oorspronkelijke herbouwkosten als schadevergoeding toe.⁷⁵ Hebly en Hartlief zijn kritisch over deze beslissing. Dat is niet terecht. Kosten van herstel kunnen als schade aannemelijk zijn, nog voordat de herstelkosten daadwerkelijk zijn gemaakt (par. 3.5.2). Hiddema had jegens A. en N. geen plicht zijn schade te beperken door bijvoorbeeld de schuur te verkopen. Laat staan dat hij verplicht was het verschil in schade tussen de herstelkosten en de economische waarde voor eigen rekening te nemen.

Voorbeeld 5

482. Van onverplichte zelfhulp was ook sprake in de zaak Reaal/Athlon.⁷⁶ Athlon had als leasemaatschappij bij autoherstelbedrijf CARE een korting

Voorbeeld 6

74. Hebly 2019, p. 143 – 144.

75. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner.

76. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

bedongen die WAM-verzekeraar Reaal als voordeel op de cascoschade in mindering wilde brengen. Met verwijzing naar de 'doelmatigheid' ging de Hoge Raad hier niet in mee. De waardevermindering was volgens de Hoge Raad over het algemeen gelijk te stellen aan de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herstel. '*Omwille van de hanteerbaarheid van de schadeberekening*' moet volgens de Hoge Raad terughoudend worden omgegaan met het aanvaarden van uitzonderingen die gelegen zijn in de bijzondere situatie van de benadeelde. Waarom? Het argument van doelmatigheid is al oud en te vinden bij Rutten in zijn noot onder het PTT-kabelarrest (1961), waarin hij de abstrahering toejuicht '*uit een oogpunt van doelmatigheid en billijkheid*'. Wat in het algemeen aannemelijk is, redelijk oordelen, is zeker doelmatig, maar als billijkheidsargument niet erg onderscheidend.⁷⁷ Meer onderscheidend is dat binnen de branche van partijen (leasemaatschappij, schadeherstelbedrijf en WAM-verzekeraar) al decennialang gebruik wordt gemaakt van het zgn. Audatex (afkorting van: Auto Daten Expertise) schadecalculatiesysteem. Binnen die context kan bezwaarlijk gesproken worden van een voor Athlon als benadeelde meer specifiek voorzienbaar risico van het niet-krijgen van een korting, waarvoor Athlon dan een schadebeperkingsplicht had. Deze incidenteel bedongen korting was onverplicht. Het voordeel leende zich niet voor verrekening. Dit zou denkbaar anders gelegen hebben als dergelijke kortingen wél gebruikelijk waren.

Voorbeeld 7

483. Is geen sprake van een eigen verplichting, dan betekent dit nog niet dat het voordeel dus niet op de schade in mindering kan komen. Ook bij onverplicht handelen kan verrekening aannemelijk zijn. Een voorbeeld geeft gezichtspunt sub c (*premie door benadeelde*) van het arrest *Verhaeg/Jenniskens* (par. 1.3).⁷⁸ Heeft de benadeelde zelf voor de sommenverzekering zorg gedragen, dan komt volgens gezichtspunt sub c 'verrekening in het algemeen niet in aanmerking'. Dit laat de mogelijkheid open dat onder

77. Van Dijk 2015, p. 65, die constateert dat het gezichtspunt van de doelmatigheid en de efficiëntie niet voorkomt bij de andere schadevergoedingsbepalingen; Hebly 2019, p. 135; Vgl. ook de afwijzing door de Hoge Raad van een modelmatige schadeberekening om redenen van o.a. doelmatigheid in het geval van een beschadigde boom. Zie HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. Lindenberg.

78. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), ro. 3.5.3: '(c) Geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering – in welk geval de uitkering niet ervan afhankelijk is of de schade is geleden (art. 7:964 BW) en geen subrogatie plaatsvindt – die door de benadeelde zelf (of door een ander, buiten de sfeer van de aansprakelijke persoon) is gesloten en betaald, dan komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking, nu het bestaan van een zodanige verzekering een aan gelegenheid is die de schadeplichtige niet aangaat (...). Indien de rechter van oordeel is dat verrekening niettemin redelijk is, dan dient hij onder ogen te zien of de redelijkheid dan niet ook meebrengt dat die verrekening wordt beperkt met het oog op de premies die in de loop der tijd voor de verzekering zijn betaald.'

omstandigheden de uitkering ingevolge een sommenverzekering wél voor voordeelsverrekening in aanmerking komt.⁷⁹ De Hoge Raad onderkent dit expliciet met de aanvullende overweging dat de rechter in zo'n geval onder ogen moet zien of de redelijkheid dan niet meebrengt dat die verrekening wordt beperkt met het oog op de premies die in de loop der tijd door de benadeelde voor de verzekering zijn betaald.

5.5 VOORDEEL DOOR DE LAEDENS

484. Van voordeelsverrekening kan ook sprake zijn wanneer aanvankelijk weliswaar sprake is van schade, maar zich vervolgens een voordeel voordoet dat die schade vermindert. Indien de kans op voordeel ten tijde van de normschending *even voorzienbaar* is als het risico op nadeel, past het ten tijde van de schadevaststelling rekening te houden met zowel de schade als het voordeel. In de afweging van 'goede en kwade kansen' (art. 6:105 BW) of de aannemelijkheid van 'geleden verlies of gederfde winst' (art. 6:96 BW) zal de rechter uiteindelijk de maatstaf toepassen van wat met 'voldoende mate van zekerheid' aannemelijk is. Is het ontstaan van een kwade kans even aannemelijk als het ontstaan van een goede kans, dan is bij gelijke aannemelijkheid het ontstaan van toekomstige schade onaannemelijk.⁸⁰ Toekomstige schade is pas aannemelijk indien het ontstaan van een kwade kans *méér aannemelijk is dan* het ontstaan van een goede kans.⁸¹

Vergelijkbaar
voorzienbaar

485. Voor geleden schade geldt niet anders. Voor zover voordeel ontstaat dat ten tijde van de normschending als kans even voorzienbaar was als het risico op schade, is alleszins redelijk dit voordeel met de schade te verrekenen wanneer dit voordeel na het ontstaan van de schade zich alsnog reali-

Voordeel realiseert zich na
schade

79. Van Dijk 2015, p. 47, met verwijzing naar Bloembergen; *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek* 6 1990, p. 1287 en 1292, waarin het argument van zelf hebben zorg gedragen voor de sommenverzekering wordt genuanceerd: 'Dat argument boet evenwel aan kracht in als de derde alleen aansprakelijk is omdat de wetgever op hem een bepaald risico te dier zake heeft gelegd (...). Dat een zodanige aansprakelijkheid uit een oogpunt van risicospreiding redelijk is, kan moeilijk worden volgehouden, voor zover het gaat om schade terzake waarvan het slachtoffer zelf zijn risico reeds door een verzekering heeft gespreid en die hem te dier zake is vergoed.'; Van Dijk 2015, p. 43.

80. Stelt de rechter de vaststelling van toekomstige schade uit, zoals art. 6:105 lid 1 BW toelaat, dan bestaat aan een schatting van 'goede kansen' geen behoefte en kan later alsnog de vraag van voordeelsverrekening ontstaan; Magnus 2015, p. 5.

81. Hetzelfde geldt voor schade in de vorm van een bepaalde billijkheidsvergoeding (art. 6:106 BW). Ook dan pleegt eventueel voordeel niet separaat maar al in de vergoeding die de benadeelde krijgt, te worden meegewogen, omdat alleen voor zover de nadelen met een 'voldoende mate van zekerheid' meer aannemelijk zijn, een billijkheidsvergoeding op zijn plaats is; Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100, aant. 3; Voor het Duitse recht in dezelfde zin, Magnus 2015, p.17.

seert. Het gaat dan om gevallen die in de literatuur wel worden omschreven als ‘*pseudo voordeel*’ of als ‘schadebepalende factoren’.⁸² Verwezen wordt naar kosten en tijd die de benadeelde zich bespaart,⁸³ of de aftrek van nieuw voor oud.⁸⁴ De in alle gevallen redelijke en dus voor een gemiddeld mens aannemelijke toerekening van dit ‘*pseudo voordeel*’ leidt per saldo tot het niet-aannemelijk zijn van schade.⁸⁵

Voorbeeld

486. Een voorbeeld van een even voorzienbare kans op voordeel als een voorzienbaar risico op nadeel biedt *beleggingswinst*. Beleggingswinst is als kans vergelijkbaar voorzienbaar als het risico op beleggingsschade.⁸⁶ Zo werden in het arrest Nabbe/Staalbankiers de voordelen en de nadelen uit hoofde van bepaalde beleggingen met elkaar verrekend.⁸⁷ Die verrekening werd gerechtvaardigd met verwijzing naar de aard van de geschonden norm: art. 28 leden 2-4 van de (toen nog) Nadere Regeling. De daarin neergelegde margeverplichting strekte tot bescherming tegen het risico van het aangaan van relatief te grote financiële risico's, niet tot bescherming tegen elk verlies dat op een transactie wordt geleden. Bij sluiting werd per saldo een positief beleggingsresultaat behaald. Ten opzichte van het eerdere verlies was dit positieve resultaat vergelijkbaar voorzienbaar. Per saldo had het risico waartegen de margeverplichting bescherming verleende, zich dan ook niet gerealiseerd.

Peilmoment: normschending

487. Het *peilmoment* voor de voorzienbaarheid is de normschending. Het voordeel moet dan als kans voorzienbaar zijn. Dit wordt geïllustreerd door de zaak Paulissen/Staat.⁸⁸ Paulissen haalde grond weg uit de gemeente Tilburg en deponeerde die grond in de gemeente Alphen en Riel. Tijdens het

82. Bolt, AV&S 2011/8; Van Dijk 2015, p. 52.

83. Magnus 2015, p. 11, die spreekt van een ‘rather uncontroversial sub-group’.

84. Ook voor het Duitse recht spreekt Magnus van ‘another type of quasi automatic advantage’. Zie Magnus 2015, p. 13.

85. In tegenstelling tot wat geldt bij voordeelsverrekening, is het in zo'n geval althans aan de benadeelde om specifieke feiten en omstandigheden te stellen die schadetoerekening wel aannemelijk of redelijk maken (art. 6:98 BW). Een voorbeeld hiervan vormt het afzien van een aftrek van nieuw voor oud.

86. Het verschil tussen schade en voordeel is ingeval van beleggen vooral verbonden met de meer individuele omstandigheden van de belegger, zoals: de beschikbare tijd en het beschikbare vermogen dat de belegger heeft om naast de winsten ook de verliezen te kunnen opvangen.

87. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, NJ 2010/67, m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*); Eenzelfde redenering werd gevolgd in het arrest HR 20 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40, m.nt. J.B.M. Vranken (*Van der Heijden/Dexia*), r.o. 4.3.6. Het verlies en de winst uit de verschillende effectenleasetransacties was onlosmakelijk verbonden met de structurele tekortkoming van Dexia in de nakoming van haar zorgplichten.

88. HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7281, NJ 2001/105, m.nt. A.R. Bloembergen (*Paulissen/Staat*).

weghalen van de grond uit de gemeente Tilburg manifesteerden zich de eerste tekenen van verontreiniging, maar Paulissen negeerde dit. De Staat vorderde op grond van art. 21 IBS vergoeding van de kosten van sanering in de gemeente Alphen en Riel. Volgens Paulissen bestond voor de Staat echter ook een voordeel dat met deze schadepost verrekend moest worden, namelijk: de bespaarde saneringskosten in de gemeente Tilburg. De Hoge Raad wees het beroep op voordeelstoerekening af, en terecht. Paulissen werd verweten de grond ná afgraving, zonder acht te slaan op de zich toen manifesterende tekenen van verontreiniging, in de gemeente Alphen en Riel te hebben gedeponereerd, waardoor daar een ernstige bodemverontreiniging ontstond. Het voordeel van het weghalen van verontreinigde grond in de gemeente Tilburg had zich toen al gerealiseerd.⁸⁹ Dit voordeel stond niet als kans, inherent tegengesteld, in verband met het deponeren van de grond in Alphen en Riel. Van voordeelsverrekening kan alleen sprake zijn als het voordeel zich ná het ontstaan van de schade realiseert.

488. De aard van het risico is niet alleen van belang voor de aannemelijkheid van de schade en het voordeel, maar ook voor de vraag in hoeverre sprake is van 'dezelfde schade', waardoor het voordeel en de schade zich lenen voor verrekening (par. 5.1). Dit blijkt uit het arrest *Dexia/De Vries*.⁹⁰ Het betrof een prejudiciële vraag in hoeverre de voordelen uit verschillende effectenleaseovereenkomsten (dividenden, beleggingswinst) in mindering moeten worden gebracht op de onder deze leaseovereenkomsten verschuldigde betalingstermijnen of op de uit de beleggingen onder die effectenleaseovereenkomsten resulterende restschuld. De Hoge Raad kiest voor de tijdsvolgorde waarin beide schadeposten ontstaan. Dit heeft tot gevolg dat de verrekening eerst met de betalingstermijnen plaatsvindt, en het restant van het voordeel met de restschuld verrekend wordt.⁹¹ Een dergelijke regel is goed te hanteren, maar niet redelijk. Verrekening op basis van de tijdsvolgorde houdt geen rekening met de aan de schadeposten voorafgaande risico's.⁹² In dit geval bestond daartoe wel alle reden. De voordelen hielden immers verband met het beleggingsrisico (dividenden, beleggingswinst), niet het leningsrisico.⁹³ Voor gevallen waarin geen sprake is van een onaanvaardbare financiële last, zoals ook in dit geval, beoordeelde de Hoge Raad deze

Dezelfde
schade,
dezelfde kans

89. Van Dijk 2015, p. 33.

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

91. Hebly 2019, p. 123, 271.

92. Daartoe knoopt de Hoge Raad aan bij art. 6:43 lid 2 BW, waarin ingeval een betaling geschiedt die zou kunnen worden toegerekend op twee of meer opeisbare, even bezwarende, verbintenissen jegens eenzelfde schuldeiser, de oudste verbintenis prevaleert.

93. Vgl. art. 6:43 lid 1 BW waarin ingeval een eerder vermelde betaling geschiedt, de aanwijzing van de schuldenaar voorop wordt gesteld.

risico's eerder verschillend, in die zin dat de verschuldigde betalingstermijnen (leningsrisico) volledig door de benadeelde zelf als eigen schuld gedragen moesten worden. Alleen de restschuld (beleggingsrisico) kwam voor 1/3 deel voor eigen rekening.⁹⁴ In zo'n geval maakt het verschil of de voordelen in mindering komen op de betalingstermijnen of op de restschuld. Het ligt dan veel meer in de rede om het voordeel te verrekenen in eenzelfde verhouding als de schadetoedeling. In plaats van wat nu gebeurt: hoewel de laedens verantwoordelijk is voor 2/3 deel van de beleggingsrisico's (restschuld), heeft hij geen aanspraak op de inherent daarmee verbonden voordelen (dividenden, beleggingswinst). Die uitkomst spreekt niet erg aan.

Voordeel-
verrekening en
eigen schuld

489. Een aan het voorafgaande risico gerelateerde voordeelsverrekening maakt overbodig dat ter voorkoming van een onjuist resultaat eerst het toe te rekenen voordeel op de totale schade in mindering moet worden gebracht, voordat op het resterende bedrag de vermindering wegens eigen schuld plaatsvindt, zoals de Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.6.9 en 3.6.10 van het arrest *Dexia/De Vries*.⁹⁵ Indien het voordeel in dezelfde verhouding wordt meegenomen als het percentage eigen schuld, is voor de uitkomst irrelevant of eerst het percentage eigen schuld of eerst het voordeel op de schade in aftrek wordt genomen.

Toevallig
voordeel

490. Het voorgaande betekent dat voor zover de kans op voordeel ten tijde van de normschending *minder* aannemelijk is dan het risico op schade, voordeelsverrekening *niet* in de rede ligt. Schade is dan aannemelijk: in zowel toekomstige als geleden vorm. Van dergelijk 'toevallig voordeel' is allereerst sprake wanneer een derde *niet 'dezelfde schade'* voldoet zoals de uitkering onder een sommenverzekering, noch een derde het oogmerk heeft ook de laedens te bevoordelen. Dergelijke voordelen komen niet in mindering op de schade en komen dus in beginsel de benadeelde toe. Van 'toevallig voordeel' is ook sprake bij onverplicht handelen door de benadeelde. Net zomin als de benadeelde snel als eigen schuld kan worden nagedragen dat de herstelkosten 'een straat verder' goedkoper zijn, kunnen prijsfluctuaties

94. 2/3 deel van de gerealiseerde restschuld (beleggingsrisico) werd naar mijn mening dus vergoed bij wege van proportionele aansprakelijkheid (zie hiervoor par. 4.8.4).

95. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/De Vries*). In de zaak *Dexia/De Vries* gaf de Hoge Raad een prejudicieel oordeel in het geval van een niet-onaanvaardbaar zware financiële last. De termijnen kwamen dus geheel voor eigen rekening van de benadeelde. Alleen de restschuld bleef voor 1/3 deel voor eigen rekening. Volgens de Hoge Raad geldt eenzelfde volgorde ingeval van een onaanvaardbare zware financiële last, wanneer zowel de termijnen als de restschuld voor 1/3 deel voor rekening van de benadeelde blijven. Zie voor een cijfermatige vertaling van dit oordeel: Concl. M.H. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:1073, bij HR 3 februari 2017, NJ 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder 4.18.1.

door enkel tijdsverloop hem als voordeel worden tegengeworpen.⁹⁶ Magnus geeft het vindingrijke voorbeeld van de onrechtmatig beschadigde boom waaronder een schat wordt gevonden, of het voorbeeld van een dief die, aangesproken door het casino tot schadevergoeding wegens diefstal, zich verweert met een beroep op voordeelsverrekening omdat hij het gestolen geld in hetzelfde casino weer heeft vergokt.⁹⁷ Köster noemt in zijn preadvies voor de NJV in 1959 het voorbeeld van een automobilist die op weg naar de RAI wordt aangereden.⁹⁸ Nadat zijn auto is weggesleept gaat hij alsnog naar de RAI. Dankzij het aanrijdingsoponthoud ontvangt hij als de 100.000e bezoeker een nieuwe auto, waarmee hij dadelijk kan wegrijden. Köster meent dat de samenhang tussen deze prijs en de schade zo los is dat het te ver gaat om de prijs aan de aanrijder toe te rekenen.⁹⁹

491. ‘*Toevallig voordeel*’ komt in de regel de benadeelde toe, niet de laedens. In oudere gevallen is deze niet-verrekening bereikt met behulp van een abstracte schadeberekening. De gebruikte motivering is echter weinig onderscheidend en niet overtuigend. Het gaat bijvoorbeeld om het zich niet-openbaren van een vermoed gebrek dat na het schadeveroorzakend handelen (aanrijding) tot voordeel leidt (Schreuder/Driesten)¹⁰⁰ of de waardevermeerdering van een pand, welke waardevermeerdering na het schadeveroorzakende handelen (niet-betaling koopprijs in een *dalende* markt)

Voorbeeld

96. Winiger 2018, p. 63 en 89, beschrijft hoe dit uitgangspunt al volgens het Romeinse recht gold, met verwijzing naar Gaius, *Digesta*, 9.2.2^{pr}; In Duitsland geldt een iets ander uitgangspunt, omdat daar het feitelijke herstel of *Naturalherstellung* voorop staat: par. 249 lid 1 BGB. In dat geval is het moment van het ‘effectieve herstel’ beslissend; Hebly 2019, p. 77.

97. Magnus 2015, p. 14.

98. H.K. Köster, *Behoort de wet regelen te bevatten omtrent voordeelsaftrek bij schadevergoeding?*, Preadvies NJV 1959, p. 253.

99. Te denken valt ook aan een batig saldo uit eerdere effectenleasetransacties, die zich heeft gerealiseerd ten minste één jaar voordat de schadeveroorzakende effectenleasetransactie met dezelfde aanbieder is aangegaan. Zie HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia/De Vries*), r.o. 3.6.7.

100. HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, NJ 1964/449, m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Van Driesten*). In dit arrest wordt de auto van Van Driesten zodanig door het motorrijwiel van Schreuder beschadigd dat ondanks zo goed mogelijk uitgevoerd herstel de handels- en inruilwaarde nadien toch met NLG 2.100 is gedaald ten opzichte van wat de waarde van de auto zou zijn geweest zonder aanrijding c.q. herstel. Schreuder betwist echter tot vergoeding hiervan gehouden te zijn: Van Driesten is (zonder problemen) blijven rijden in zijn auto en door veroudering vermindert de waarde, waaronder de extra minderwaarde (als schade), sowieso. In alle instanties krijgt Van Driesten gelijk. Door de aanrijding lijdt Van Driesten terstond een (extra) waardevermindering, die verband houdt met het risico dat de auto ondanks herstel toch als gevolg van de aanrijding een gebrek zal hebben. Het feit dat Van Driesten niet tot verkoop overgaat noch het risico zich nadien verwezenlijkt, doet – volgens de Hoge Raad – aan het recht op vergoeding van die (extra) waardevermindering niet af. Volgens G.J. Scholten in zijn noot vormt het arrest een voorbeeld van *Normgerechtigheid* in plaats van *Einzelfallgerechtigheid*.

ontstaat (Flint/Veldpaus).¹⁰¹ In het arrest Schreuder/Van Driesten weigert de Hoge Raad verrekening met de vermelding: *'Overwegende dat de eigenaar recht heeft op vergoeding van deze vermogensvermindering (...) ook al verwezenlijkt het risico (...) zich niet'* (Schreuder/Van Driesten). In het arrest Flint/Veldpaus motiveert de Hoge Raad de niet-verrekening met als motivering: *'dat waardevermeerdering evenals waardevermindering van het goed na de dag van de wanprestatie voor zijn (benadeelde's) rekening is'*. Deze redengeving is niet erg verhelderend. Zo is de vergelijking met de waardevermindering in het arrest Flint/Veldpaus lastig te begrijpen. Was geen sprake geweest van een waardevermeerdering, maar van een waardevermindering, dan valt niet in te zien waarom de benadeelde die waardevermindering niet als gevolgschade bij de laedens had kunnen verhalen. Pas in het licht van het voorafgaande risico waarvoor Schreuder (beschadiging auto Van Driesten) resp. Flint (tekortkoming koper in een *dalende* markt) aansprakelijk waren, valt te begrijpen waarom de veel minder aannemelijke, en daarmee: toevallige, kans op het niet-beschadigd blijken resp. het alsnog realiseren van een waardevermeerdering, als voordeel niet verrekenbaar was.¹⁰² De vergoeding voor initieel aannemelijke, maar zich uiteindelijk toch niet realiserende schade is in gevallen als de beschadiging van een auto resp. een tekortkoming jegens een wederpartij, redelijk, omdat wie als laedens een *specifiek* risico van schade neemt dat zich realiseert, geen aanspraak kan maken op het meer *algemeen* voorzienbare voordeel dat de schade daarna blijkt mee te vallen.¹⁰³ Ook dit kan anders liggen wanneer de laedens slechts voor een meer algemeen voorzienbaar risico aansprakelijk is.

Toevallig
voordeel en
risicoaanspra-
kelijkheid

492. De verrekening van 'toevallig' voordeel kan redelijk zijn indien sprake is van een 'toevallige' schadevergoedingsplicht of een *risicoaansprakelijkheid* (par. 1.3): gezichtspunt f in het arrest *Verhaeg/Jenniskens*. Moet de laedens opkomen voor minder aannemelijke schade dan kan hij ook aanspraak maken op het minder aannemelijk of 'toevallig' voordeel. Zoals de parlementaire geschiedenis aangeeft, ligt ingeval van een risicoaansprakelijkheid de toerekening eerder in de rede dan bij een schuldaansprakelijkheid.¹⁰⁴

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

102. Dat Van Driesten een vergoeding voor achteraf niet ontstane schade kreeg, is niet redelijk vanwege het 'risico op schade' dat hij in de tussentijd liep, zoals Bloembergen meent. Zie Bloembergen 1965/49. Buiten een contractuele afspraak daartoe, geeft het lopen van risico geen aanspraak op schadevergoeding.

103. Dat erfgenamen geen recht hebben op een direct na het ongeval aannemelijk langdurig verlies van arbeidsvermogen als de benadeelde ten tijde van schadevaststelling tussentijds door een andere oorzaak overleden is, is te stellig en afhankelijk van het voorafgaande risico; Akkermans 1998, p. 61; Hebly 2019, p. 96.

104. *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1287 en 1292; Concl. A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2000:AA4719, bij HR 4 februari 2000, NJ 2000/600, m.nt. M.M. Mendel

Bij risicoaansprakelijkheid kan allereerst gedacht worden aan de klassieke risicoaansprakelijkheden of situaties van een verhoogde zorgplicht (par. 4.3.1). Te denken valt ook aan zuivere risicoaansprakelijkheden die voortvloeien uit onzeker causaal verband (par. 4.4.1). Bij beide vormen van risicoaansprakelijkheid is redelijk dat de laedens niet alleen de gevolgen van 'toevallige' schade draagt, maar in dezelfde mate ook het 'toevallig' voordeel geniet. Zo kan het verrekenen van een uitkering onder een door de benadeelde zelf afgesloten sommenverzekering eerder redelijk zijn ingeval sprake is van een zuivere risicoaansprakelijkheid dan indien sprake is van een schuldaansprakelijkheid. Hetzelfde geldt voor andere gevallen van 'zelfhulp' of situaties waarin de benadeelde een tijdelijke gebruiksmogelijkheid wordt ontnomen waarvan hij vervolgens onvoorzien of 'toevallig' geen gebruik maakt.¹⁰⁵

493. Een voorbeeld van verrekening ingeval van een zuivere risicoaansprakelijkheid biedt het arrest Griffioen/De Groot.¹⁰⁶ Partijen waren een ruilvereenkomst aangegaan met betrekking tot twee belendende percelen. Griffioen wilde op het door hem te verwerven perceel zijn boomkwekerij uitbreiden, maar was daarvoor afhankelijk van een wijziging van het bestemmingsplan. In de ruilvereenkomst was daarom een ontbindende voorwaarde opgenomen. Griffioen doet vervolgens een beroep op die ontbindende voorwaarde. Discussie ontstaat over de vraag of tijdig een beroep is gedaan op de ontbindende voorwaarde. De Groot legt beslag. In de daaropvolgende procedure wordt De Groot in eerste aanleg in het gelijk gesteld. Onder dreiging van tenuitvoerlegging moet Griffioen enkele werkzaamheden op zijn perceel uitvoeren, zoals in de ruilvereenkomst was overeengekomen. In hoger beroep wordt Griffioen in het gelijk gesteld. Als gevolg daarvan vordert Griffioen vergoeding van de schade in de vorm van o.a. de kosten van herstel van de achteraf zinloos gebleken werkzaamheden aan zijn perceel. Tot een daadwerkelijk herstel komt het niet, want Griffioen neemt nadien een verplichting op zich een deel van zijn perceel niet meer te gebruiken voor de landbouw, waarvoor Griffioen een subsidie ontvangt. Moet die subsidie nu als voordeel op de schade in mindering worden gebracht? Het hof meent van wel. In cassatie wordt betoogd dat de schade moet worden berekend naar het moment van ontstaan. Die algemene regel wijst de Hoge Raad af: *'De blijkbaar aan de klacht ten grondslag liggende opvatting dat omstandigheden die zich na het lijden van de schade voordoen, nimmer van*

Voorbeeld

(Kwidama/Raphael-Richardson), onder 3.23; Van Dijk 2015, p. 55; Scheltema en Scheltema 2003, p. 368.

105. Bloembergen 1965/55.

106. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (Griffioen/De Groot).

*belang kunnen zijn bij de schadebegroting is dus onjuist.*¹⁰⁷ Maar waarom in dit geval wél rekening moest worden gehouden met het voordeel van de subsidie, blijft onduidelijk. Mijns inziens: omdat bij De Groot sprake was van een zuivere risicoaansprakelijkheid. De schade in de vorm van de herstelkosten voor de ten onrechte uitgevoerde werkzaamheden, was ontstaan door de tenuitvoerlegging van het vonnis in eerste aanleg. Dit bleek in hoger beroep onterecht. De aard van die zuivere risicoaansprakelijkheid legitimeert dat ook rekening wordt gehouden met het inmiddels ontvangen ‘toevallig’ voordeel.

Aansprakelijk-
heidsverzeke-
ring

494. De gelijke toerekening van voordelen en nadelen maakt duidelijk dat de Hoge Raad in het arrest *Verhaeg/Jenniskens* ten onrechte als gezichtspunt e (*aansprakelijkheidsverzekering* laedens) opvoert, dat ingeval de aansprakelijkheid van de laedens gedekt is door een verzekering, de toerekening van een uitkering aan de benadeelde ingevolge een sommenverzekering niet snel redelijkheid is (par. 1.3).¹⁰⁸ Vrij algemeen wordt het verzekerd zijn van de laedens zelfs als een dominant gezichtspunt gezien binnen de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten.¹⁰⁹ Met Bolt meen ik dat deze dominante positie van de aansprakelijkheidsverzekering niet juist is.¹¹⁰ Voor zover het verzekerd zijn van de laedens tot meer aansprakelijkheid leidt dan voor een gemiddelde laedens aannemelijk is, ligt niet in de rede het verzekerd zijn als een beperking voor voordeelsverrekening te zien. Een gelijke toerekening van voordelen en nadelen suggereert eerder het omgekeerde. Waar het verzekerd zijn van de aansprakelijkheid van de laedens betekenis heeft in de toerekening van ‘toevallige’ schade, komt het verzekerd zijn eenzelfde betekenis toe in de toerekening van toevallig voordeel, zoals ingeval van een uitkering onder een zelf afgesloten sommenverzekering.

Wettelijke rente

495. Schade kan, omgekeerd, ook zo dwingend ‘aannemelijk’ zijn, dat verrekening van voorzienbaar voordeel juist niet redelijk is. Die dwingendheid kan voortvloeien uit een wettelijke regel, zoals ingeval van de *wettelijke rente* (art. 6:119 en art. 6:119a BW). Wordt aan de wettelijke eis van verzuim voldaan, dan heeft de benadeelde ten minste recht op de wettelijke rente,

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

108. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), ro. 3.5.3: ‘(e) Is de in het geding zijnde aansprakelijkheid gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn.’

109. Het feit dat de Hoge Raad het arrest van het hof heeft vernietigd (hoewel het hof wel rekening had gehouden met de premiebetaling door Jenniskens) doet vermoeden dat de Hoge Raad de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering bij Jenniskens inderdaad als een voor voordeelsverrekening dominante omstandigheid ziet.

110. Van Dijk 2015, p. 56.

ongeacht of vertragingsschade geleden is, maar niet op meer. De vertragingsschade wegens de vertraging in de voldoening van een geldsom is wettelijk gefixeerd. Voor voordeelsverrekening is bij wettelijke rente geen plaats.¹¹¹ Aan deze wettelijke regeling ligt een doelmatigheidsgedachte ten grondslag. Het gaat welbeschouwd om een verdeling van risico's. Omwille van de rechtszekerheid is de wettelijke rente in art. 6:119 BW gefixeerd, en omwille van het bespoedigen van tijdige nakoming in de handelspraktijk is de wettelijke rente iets hoger gefixeerd in art. 6:119a BW. Deze wettelijke regelingen zijn gebaseerd op distributieve overwegingen, los van het voorafgaande gedragsrisico. Voor voordeelsverrekening is dan geen plaats.

5.6 WANNEER VOORDEEL BIJZONDER IS

496. Het feit dat voordeelsverrekening wel of niet aannemelijk is, wil niet zeggen dat in individuele gevallen niet hiervan kan worden afgeweken. Soms is redelijk niet-verrekenbaar voordeel wél toe te rekenen, of verrekenbaar voordeel toch niet toe te rekenen. Afhankelijk van de *meer individuele omstandigheden* van een geval kan *redelijk* zijn ook 'toevallig' voordeel op een voorzienbare schade in mindering te brengen; of juist voorzienbaar voordeel niet te verrekenen. Een dergelijk redelijkheidsoordeel vergt een weging van die meer individuele omstandigheden, met geen andere begrenzing dan dat de uitkomst ook in gelijke gevallen toepasbaar is. Voordeelsverrekening gaat dan over in voordeelstoerekening.

497. Een voorbeeld van het niet toerekenen van verrekenbaar voordeel vormt het *doorberekeningsverweer* ('*passing-on defence*') zoals de Rechtbank Gelderland dit heeft beoordeeld in vervolg op het arrest ABB/Tennet.¹¹² Zoals hiervoor besproken (par. 5.3): het gaat bij het doorberekeningsverweer om situaties die zich bijvoorbeeld in mededingingskwesties voordoen.¹¹³ Wegens kartelvorming heeft een afnemer een te hoge prijs betaald. De afnemer wil het teveel betaalde als schade verhalen, maar krijgt tegen-
geworpen dat hij geen schade heeft, omdat hij de te hoge prijs heeft kunnen doorberekenen aan zijn afnemer, zodat de schade uiteindelijk bij de eindgebruiker ligt, niet bij de eerste afnemer of eventuele andere tussenschakels. In de schadestaatprocedure volgend op het arrest ABB/Tennet, verwierp

111. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (*De Preter/Van Uitert*); Zie par. 2.4.2.

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

113. Zie ook par. 3.6.2.

de Rechtbank Gelderland het doorberekeningsverweer.¹¹⁴ Weliswaar was denkbaar dat de eindgebruikers een vordering tot schadevergoeding jegens ABB hadden, en in zoverre als ‘derden’ aan wie de schade was doorberekend, een verhaalsrecht toekwam. Maar de rechtbank achtte niet aannemelijk dat gezien het karakter van strooischade, de eindgebruikers hun vorderingen tegen ABB zouden realiseren.¹¹⁵ Die uitkomst zou in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel niet verenigbaar zijn met Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht (r.o. 4.10 e.v.). Hoewel in beginsel de derde een verhaalsrecht had en verrekening om die reden dus in uitgangspunt aannemelijk was, werd op distributieve gronden het voordeel toch niet toegerekend.

Schadeafhandeling

498. Verrekenbaar voordeel kan ook niet toegerekend worden wanneer de schade de benadeelde onevenredig hard getroffen heeft, bijvoorbeeld vanwege de *schadeafhandeling* c.q. de wijze waarop de laedens aan zijn vergoedingsplicht invulling geeft. Magnus wijst er herhaaldelijk op dat voordeels-toerekening bedoeld is om een ‘*fair and just solution*’ te realiseren en daarom wordt gekenmerkt door ‘*single case policy considerations and value judgments*’. Dit kan er toe leiden dat voordeel juist wél wordt toegerekend of deels, ‘*voor zover redelijk*’ (art. 6:100 BW), omdat de laedens de benadeelde snel en genereus compenseert.¹¹⁶

Aard van de schade

499. Schade of schadeafhandeling werpt een ander licht op de *schuldaansprakelijkheid*, die de Hoge Raad, in navolging van de parlementaire geschiedenis¹¹⁷ en met instemming van de doctrine,¹¹⁸ noemt als gezichtspunt (sub f) van voordeelstoerekening in het arrest *Verhaeg/Jenniskens* (par. 1.3).¹¹⁹ Met

114. Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, JOR 2017/188, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté & T. Thuijs; Hebly 2019, p. 123.

115. De indirect afnemer wordt inmiddels tegemoetgekomen met een bewijsvermoeden: art. 6:193q BW.

116. Magnus 2015, p. 4 – 18.

117. *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1287 en 1292.

118. Van Dijk 2015, p. 44.

119. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, m.nt. T. Hartlief (*Verhaeg/Jenniskens*), ro. 3.5.3: ‘(f) Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Voorts kan de rechter betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid, in die zin dat voor verrekening eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schadebrengende feit kan worden gemaakt.’ Die gedachte sluit ook aan bij één van de gezichtspunten die de wetgever bij de redelijkheids-toets van art. 6:100 BW heeft meegegeven, namelijk: de aard van de aansprakelijkheid. Ingeval van aansprakelijkheid buiten schuld zal verrekening eerder redelijk zijn dan wanneer de laedens een verwijt kan worden gemaakt. MvT, *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1287; MvA II, *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1292.

Hartlief meen ik dat het bij voordeelstoerekening niet alleen gaat om de aard van de aansprakelijkheid, maar juist ook om de aard van de schade.¹²⁰ De aard van de schade speelt niet alleen een rol in de distributieve toerekening van schade. De aard van de schade speelt bij voordeelstoerekening ook een rol via billijkheidsredenen die zich kunnen voordoen tussen het moment van ontstaan van de schade en het moment van vaststellen van de schade, en die verband houden met het feit dat de rechter in beginsel rekening moet houden met alle feiten en omstandigheden die zich na de realisatie van het risico waarop de aansprakelijkheid berust, hebben voorgedaan.¹²¹

120. T. Hartlief, annotatie bij HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (*Verheag/Jenniskens*), par. 16. Ook dit sluit aan bij één van de gezichtspunten die de wetgever met betrekking tot de redelijkheidstoets van art. 6:100 BW meegeeft, namelijk: naarmate het voordeel meer in verband met de schade staat, zal verrekening eerder redelijk zijn; MvT, *Parl. Gesch. BW Inv. 3,5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1287.

121. Lindenberg, 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; Nadrukkelijk in verband met voordeelstoerekening, zie ook Magnus 2015, p. 5 en 20; Hebly 2015, p. 125.

