

Abstracte schadeberekening

Preadviezen van de
Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)
staan onder redactie van

Prof. mr. C.J.M. Klaassen
Prof. mr. J. Spier

Prof. mr. S.D. Lindenberg

Hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

Mr. A.Ch.H. Franken

Advocaat te Amsterdam (NautaDutilh)

Abstracte schadeberekening

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Deventer – 2013

Omslagontwerp: H2R+ creatieve communicatie bv

ISBN 978-90-13-11960-2
Ebook 978-90-13-11961-9
NUR 822-206

© 2013 Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

INHOUDSOPGAVE

Abstracties bij vaststelling van schade / 1

Preadvies prof. mr. S.D. Lindenbergh

- 1 Inleiding / 1
- 2 Op welke terreinen vindt abstractie plaats en waarvan wordt geabstraheerd? / 3
 - 2.1 Wanprestatie bij koop / 3
 - 2.2 Beschadiging van roerende zaken / 5
 - 2.3 Beschadiging van onroerende zaken / 9
 - 2.4 Inspanningen tot verpleging en verzorging, huishoudelijke taken / 11
 - 2.5 Begroting op winst (art. 6:104 BW)? / 15
 - 2.6 Wettelijke rente / 16
 - 2.7 Overige gevallen / 17
- 3 Wanneer vindt (uitdrukkelijk) geen abstractie plaats? / 18
 - 3.1 Geen abstractie van 'externe' ontwikkelingen die na de schadetoebrengeende gebeurtenis, maar voor de schadevaststelling plaats hebben / 18
 - 3.2 Overige gevallen / 20
- 4 Evaluatie / 22
 - 4.1 Wat is abstractie? / 22
 - 4.2 Consequenties van abstracties / 26
 - 4.3 Ratio van abstractie / 27
- 5 Afronding / 30
- 6 Vraagpunten voor het debat / 30

Over de onwenselijkheid van abstracte schadeberekening / 33

Preadvies mr. A.Ch.H. Franken

- 1 Inleiding / 33
- 2 Drie *leading cases* / 37
- 3 Twee vormen van abstracte schadeberekening / 41

4	Abstracte schadeberekening als vorm van schatting (art. 6:97 BW, tweede zin) / 42
5	Abstracte schadeberekening als vorm van voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) / 50
6	Vier vragen, vier antwoorden / 61
	Literatuur / 65

Abstracties bij vaststelling van schade

Prof. mr. S.D. Lindenbergh¹

1 Inleiding

Abstraheren bij de vaststelling welke schade als gevolg van een normschending voor vergoeding in aanmerking komt is een juridisch verschijnsel dat zich in een zekere belangstelling mag verheugen.² Volgens sommigen speelt het zelfs een grote rol in het civiele schadevergoedingsrecht.³ Met de invoering van het huidige recht heeft de wetgever abstractie onderschreven, maar hij was voorzichtig ten aanzien van de toepassing ervan. In de parlementaire geschiedenis is de 'abstracte wijze van schadebegroting' aan de orde gekomen in het kader van art. 6:97 BW:

Aan dit artikel is een nieuwe eerste zin toegevoegd, die beoogt een wettelijke basis te geven aan abstracte en andere wijzen van schadebegroting. Het komt erop neer dat de rechter bij de begroting van schade en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaats vinden, een grote mate van vrijheid 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. Wel zal zijn beslissing, met name aan de hand van de eerste zin, in cassatie kunnen worden getoetst op een wijze die vergelijkbaar is met het huidige recht; men vergelijkte bijv. H.R. 16 juni 1961, N.J. 1961, 444 en 13 december 1963, N.J. 1964, 449.⁴

En voorts:

Zoals reeds aangestipt, geeft de regel aan de rechter mede de vrijheid om tot een abstracte wijze van schadeberekening te komen. Op de vraag in welke gevallen deze op haar plaats is, is moeilijk een algemeen antwoord te geven. Dit antwoord is dan ook in beginsel aan de rechter overgelaten. Wel bevat het nieuwe wetboek voor een aantal

1 Met dank aan Willem van Boom, Ton Hartlief, Martijn van Kogelenberg en Mop van Tiggele voor suggesties naar aanleiding van een eerdere versie en aan Jasmina Bjelic voor onderzoeksondersteuning.

2 Zonder aanspraak op volledigheid valt, naast handboeken en monografieën, te wijzen op de beschouwingen van Bloembergen 1965, Hoofdstuk II; Rutten 1964, p. 73-81; De Groot 1980, p. 49-58; Zwitser 1980, p. 322-331; Barendrecht 1985, p. 789-796; Salomons 1993; Spier 1995, p. 711-712; Deurvorst 1996, p. 37-41; Brunner 1997, p. 63-70; Krans 1999 en Klaassen 2007.

3 Barendrecht 1985, p. 789.

4 MvA II, PG Boek 6, p. 339.

belangrijke gevallen bijzondere regels op dit punt, met name in de artikelen 7.1.7.1-3 [art. 7:36-38, SDL], 8.5.2.14-15 [8:387-388, SDL] en 8.10.2.12 [8:903, SDL].⁵

Deze passages zijn – bewust – weinig richtinggevend.

Bezien we de rechtspraak, dan valt enige ontwikkeling waar te nemen. Stond aan het begin van de vorige eeuw vooral de abstractie van handelingen van de door wanprestatie teleurgestelde koper in de belangstelling, in de tweede helft van de vorige eeuw ging het met name om de vraag of bij zaaksbeschadiging mag worden geabstraheerd van het feit dat door herstel in eigen bedrijf geen 'kosten' zijn gemaakt. En in het begin van deze eeuw staat de vraag centraal in hoeverre in geval van letsel en overlijden bij vaststelling van een vergoeding voor redelijke verzorgingsinspanningen en huishoudelijke verrichtingen mag worden geabstraheerd van het maken van kosten van professionele hulp. Abstractie lijkt dus minder principieel gebonden aan een bepaald type schade dan lange tijd werd aangenomen ('personenschade wordt concreet, zaakschade abstract vastgesteld').⁶ Maar ook in andere gevallen vinden abstracties plaats: soms wordt bij de vaststelling van schadevergoeding de blik afgewend van het nadeel en gericht op door de aansprakelijke genoten winst (art. 6:104 BW) en bij schade door vertraging in de betaling van een geldsom wordt deze, ongeacht de feitelijke gevolgen voor de benadeelde, gefixeerd op de wettelijke rente (art. 6:119 e.v. BW).

De genoemde gevallen lopen in hun kenmerken sterk uiteen: het gaat om verschillende typen aansprakelijkheden, om heel verschillende schadeoorzaken ('beschadigingen'), om uiteenlopende schadeposten en om verschillende abstracties. Soms wordt geabstraheerd van feiten, zoals de persoon (niet de eiser, maar een ander heeft schade geleden) of ontwikkelingen die zich na de schadetoebrengeende gebeurtenis hebben voorgedaan (er heeft geen herstel plaatsgevonden), soms wordt geabstraheerd van kansen (bij duurschades worden bepaalde elementen wel en andere niet in de beoordeling betrokken). Soms is de abstractie (kei)hard, zoals de fixatie bij wettelijke rente en soms is zij zachter, zoals bij koop, waar de benadeelde uitdrukkelijk verschillende opties heeft. Bovendien lijken de motieven en rechtvaardigingen voor abstractie in verschillende gevallen, althans in accenten, uiteen te lopen: abstractie vereenvoudigt de afwikkeling (wettelijke rente, blikschades), abstractie moduleert het begrip schade (verzorgingskosten), abstractie bevredigt het rechtsgevoel (begroting op winst). Daarbij kunnen ook 'functionele' motieven een rol spelen: begroting op de marktprijs van herstel stelt de benadeelde in staat de positie zonder de schadetoebrengeende gebeurtenis daadwerkelijk te benaderen; begroting op winst draagt bij aan de handhaving van rechten.

5 Idem. De bepalingen uit Boek 8 betreffen overigens geen begroting van schade, maar beperking van aansprakelijkheid.

6 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 36.

Al deze invalshoeken maken de thematiek er niet eenvoudiger op. Gegeven de variatie in de verschillende aspecten heeft het niet veel zin om over abstractie bij schadevaststelling in abstracto te (blijven) spreken.⁷ Om te trachten enige vat op het thema te krijgen zal hierna eerst meer concreet worden gezien in welke gevallen in de rechtspraak al dan niet wordt gekozen voor abstractie bij de vaststelling van te vergoeden schade. Omdat het daarbij zal blijken te gaan om zeer uiteenlopende gevallen, doet die inventarisatie op het eerste gezicht wellicht wat ongestructureerd aan. Om de lezer niettemin enig houvast te bieden zullen de verschillende gevallen telkens aan de hand van de volgende vragen worden onderzocht:

- Waarvan wordt in het concrete geval geabstraheerd?
- Wat zijn consequenties van de abstractie?
- Worden er motieven voor abstractie aangereikt?

Vervolgens zal worden gezien wanneer en waarom soms uitdrukkelijk geen abstractie plaatsvindt. Ten slotte zal het gevondene worden geëvalueerd. De meer in de materie ingevoerde lezer kan zich natuurlijk beperken tot de evaluatie, maar hij loopt dan de kans aan deze materie eigen nuances te missen.

2 Op welke terreinen vindt abstractie plaats en waarvan wordt geabstraheerd?

2.1 Wanprestatie bij koop

De meest klassieke vorm van abstractie bij schadevaststelling is die bij wanprestatie door de verkoper.⁸ Hier aanvaardt de Hoge Raad sinds jaar en dag in geval van niet-levering als regel dat de koper aanspraak heeft op vergoeding van het verschil tussen de aankoopprijs en de waarde van de za(a)k(en) op het moment van wanprestatie. De zaak waarin dit pregnant naar voren komt is die van de Engelse Kolenstaking. Het betrof hier Cleeves die van Van Rompu een partij kolen had gekocht die niet op de afgesproken datum werd geleverd. Ten aanzien van de omvang van de door Cleeves geleden schade overweegt de Hoge Raad:

dat Cleeves op 20 October 1926, doordat haar toen de kolen, die op dien dag (...) tegen marktprijs verkrijgbaar waren, onthouden werden, terwijl deze zijn kolen tegen lager prijs dan de waarde op dien dag had gekocht, – afgezien van mogelijke andere schade – in haar vermogen een nadeel leed ten bedrage van het verschil tusschen koopprijs en toenmalige waarde;

⁷ Abstractie is bovendien op zichzelf al een complex begrip. Vgl. de verschillende betekenissen die het volgens Van Dale's Groot woordenboek der Nederlandse taal heeft: **abstract** (abstrakt) (< Latijn), 1 bn. (-er, -st), 1. afgetrokken; (...) het tegenovergestelde van concreet; (...) (van kunsten) geen verband houdend met de zichtbare werkelijkheid; (...) verstrooid; (...) ben. voor de smalle houten latten in een orgel, die aan de toetsen geschroefd zijn en naar het welbord en vandaar naar de windlade leiden. **abstraheren** (...) 1. aftrekken; – 2. ontdoen van het bepalende of toevallige, van het concrete, als begrip afleiden; – 3. in gedachte afzonderen (...).

⁸ Meijers (NJ 1938, 269) herleidt de abstractie bij koop tot de 'interesse commune' uit een glosse van Accursius.

dat de prijs, waarvoor Cleeves de kolen mocht hebben doorverkocht, geen invloed kan hebben op haar aanspraak op vergoeding van dit verschil, daar Cleeves aan haar eigen leveringsplicht kon voldoen door andere kolen tegen marktprijs te kopen;

dat ook niet in mindering van die aanspraak komt enig voordeel, dat de koper van Cleeves, omdat van Rompu tegenover haar in gebreke is gebleven, aan Cleeves mocht hebben toegekend, hetzij door vrijstelling van levering in een voor haar onvoordeelig geworden koopcontract, hetzij in anderen vorm;

dat zulk een voordeel voor Cleeves niet zou zijn rechtstreeks uitvloeisel van de tegenover haar door van Rompu gepleegde wanprestatie, doch van de handeling van haar afnemer en dit voordeel dan ook alleen haar en niet van Rompu aangaat;⁹

Bezien we deze overwegingen nader, dan vallen de volgende elementen op. Het gaat om een handelstransactie ten aanzien van zaken met een marktprijs. De Hoge Raad beziet de schade op het niveau van het vermogen als geheel en vindt daarin een rechtvaardiging voor vaststelling van de schade gerelateerd aan de marktprijs van de zaken ten dage van de niet nakoming. Voorts is de keuze voor de schadevaststelling op het verschil tussen koopprijs en marktprijs mede van betekenis voor de wijze waarop opgekomen voordelen worden beoordeeld. Zij leidt ertoe dat juist van dergelijke voordelen wordt geabstraheerd.¹⁰

De regel is inmiddels verwoord in de art. 7:36-38 BW:

Art. 7:36 lid 1: In geval van de koop is, wanneer de zaak een dagprijs heeft, de schadevergoeding gelijk aan het verschil tussen de in de overeenkomst bepaalde prijs en de dagprijs ten dage van de niet-nakoming.

Art. 7:37: Heeft de koper of de verkoper een dekkingskoop gesloten en is hij daarbij redelijk te werk gegaan, dan komt hem het verschil toe tussen de overeengekomen prijs en die van de dekkingskoop.

Art. 7:38: De bepalingen van de twee voorgaande artikelen sluiten het recht op een hogere schadevergoeding niet uit ingeval meer schade is geleden.

Aan deze regeling valt op dat het verschil tussen de overeengekomen prijs en de marktprijs (dagprijs) slechts het vertrekpunt vormt (art. 36). Een redelijke feitelijk verrichte dekkingskoop (concrete maatregel van schadebeperking) die duurder uitvalt doet de schade verhogen (art. 37). Daarnaast kan meerschade voor vergoeding in aanmerking komen (art. 38). De benadeelde heeft bovendien een keuze tussen schadebegroting op de voet van art. 7:36 BW dan wel 7:37 BW.¹¹ De regeling laat in elk geval ook ruimte voor vergoeding van andere schade dan 'transactieschade', zoals schade die het gevolg is van levering van een

9 Zie reeds HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269, m.nt. E.M. Meijers (Engelse Kolenstaking).

10 Vgl. voor de spiegelbeeldige situatie dat de koper wanpresteert en aan de zijde van de verkoper voordelen opkomen HR 15 januari 1965, *NJ* 1965, 197, m.nt. G.J. Scholten (Flint/Veldpaus).

11 Aldus uitdrukkelijk HR 6 maart 1998, *NJ* 1998, 422, m.nt. A.R. Bloembergen (Interfood/Lycklama). Vgl. over het arrest ook D. Dokter, *NTBR* 1998/9, p. 345 e.v., die ook voor de aansprakelijke een keuzemogelijkheid bepleit, in die zin dat deze tegen vergoeding op basis van de marktprijs kan

ondeugdelijke partij waarbij het gebrek zich pas later manifesteert.¹² Zij laat, zo leert de rechtspraak, ook ruimte voor begroting op het verschil in koopprijs en waarde ten tijde van de niet-nakoming in geval een onroerende zaak niet is geleverd of een geleverde onroerende zaak behept is met een gebrek.¹³

Per saldo heeft abstractie hier dus vooral in die zin betekenis dat als vertrekpunt de kosten van een redelijke herstelmaatregel (koop van andere zaken tegen de geldende marktprijs) worden gehanteerd en dat wordt geabstraheerd van voordelen die de eiser ten deel vallen en die in essentie het gevolg zijn van diens handelspositie of vernuft. Overigens vormt de schade in de vorm van het verschil tussen aankoopprijs en marktprijs slechts een vertrekpunt.

Motieven voor de abstractie expliciteren de wetgever en de Hoge Raad niet.¹⁴ Cruciaal lijkt de relatering van de vergoeding aan de redelijke kosten van een herstelmaatregel (koop van vervangende zaken tegen de dan geldende prijs) en de redelijkheid van het resultaat doordat de aansprakelijke verkoper niet profiteert van toevallige voordelen die de koper ten deel vallen. Op de achtergrond speelt waarschijnlijk een rol dat aldus het beste recht wordt gedaan aan de aanspraak op het positief contractbelang dat de gedupeerde crediteur toekomt.

2.2 Beschadiging van roerende zaken

Met betrekking tot schade aan roerende zaken is de kwestie van abstractie opgekomen in gevallen waarin zaakschades in eigen beheer werden gerepareerd. Ten aanzien van de kosten van personeel dat voor de reparatie is ingezet zou immers kunnen worden gezegd dat deze anders ook zouden zijn gemaakt, omdat dit personeel ook zonder de beschadiging zou zijn betaald. In zoverre is er een parallel met de gevallen waarin verhaal wordt gezocht van kosten van reserve-materieel dat gereed wordt gehouden voor het geval zich schades voordoen. Op dat punt had de Hoge Raad al eerder beslist dat het causaliteitsprobleem aan vergoeding niet in de weg stond, zij het dat dan wel vast moest staan dat het desbetreffende materieel specifiek voor schades als geleden gereed werd gehouden.¹⁵ Ten aanzien van zaaksbeschadiging waarvoor eigen personeel ter reparatie is ingezet kiest de Hoge Raad in 1961 principieel voor abstractie:

aanvoeren dat de benadeelde in feite een goedkopere dekkingskoop heeft gesloten. Los van het veelal waarschijnlijk onoverkomelijke bewijsprobleem lijkt me deze gedachte niet juist. Een eventueel voordeel op dit punt moet immers aan de inspanningen of het vernuft van de benadeelde worden toegeschreven.

12 Vgl. bijv. HR 28 januari 1977, *NJ* 1978, 174, m.nt. A.R. Bloembergen (Pootaardappelen).

13 Vgl. HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 201 m.nt. H.J. Snijders (Muijlaert/Moes) resp. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286, m.nt. C.J.H. Brunner (Steendijkpolder I).

14 De bepalingen komen voort uit de LUVI.

15 Vgl. HR 31 maart 1950, *NJ* 1950, 592, m.nt. Ph.A.N. Houwing (RTM) en HR 4 oktober 1957, *NJ* 1958, 12, HR 31 oktober 1958, *NJ* 1959, 29. Dit geldt ook voor ter zake intern gemaakte 'administratiekosten', aldus HR 19 december 1975, *NJ* 1976, 280, m.nt. G.J. Scholten (Rijksweg 12) en ook voor interne kosten van verhaal, aldus HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196, m.nt. A.R. Bloembergen (AMEV/Staat).

dat toch de Staat (P.T.T.) door de beschadiging van zijn kabels reeds voor en onafhankelijk van het herstel van die kabels in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke de desbetreffende vermogensbestanddelen door die beschadiging ondergingen, en de vergoeding verschuldigd voor een door een onrechtmatige daad veroorzaakte zaaksbeschadiging steeds tenminste zal belopen het geldsbedrag, waarin de daaruit voortvloeiende waardevermindering kan worden uitgedrukt;

dat het geldsbedrag, waarin de waardevermindering van een beschadigde zaak waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, in het algemeen gelijk zal zijn aan de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid;¹⁶

Evenals bij de hiervoor geschetste gevallen van koop wordt de blik gericht naar het niveau van het vermogen van de benadeelde. Op dit niveau wordt vervolgens geabstraheerd van het antwoord op de vraag of daadwerkelijk herstel heeft plaatsgevonden en van de concrete kosten van herstel, althans voor zover die lager zijn dan de objectieve herstelkosten.¹⁷ Voor toepassing van de regel wordt wel als voorwaarde geformuleerd dat het herstel mogelijk en verantwoord is. Voor wat betreft het eerste (onmogelijk) denke men aan dieren of planten, voor wat betreft het tweede (onverantwoord) geldt als vertrekpunt de economische maatstaf: is de waarde na herstel lager dan de waarde van de beschadigde zaak vermeerderd met de kosten van herstel, dan is herstel economisch niet verantwoord.

Naast deze objectieve herstelkosten heeft de benadeelde aanspraak op vergoeding van andere schadeposten. Men denke aan resterend waardeverlies na herstel, ook al 'realiseert' hij dat niet omdat hij niet verkoopt.¹⁸ Hier wordt geabstraheerd van de vraag of het verlies door de waardevermindering door verkoop wordt gerealiseerd en, doordat de schade naar het moment van beschadiging wordt begroot, ook van het feit dat deze schade door tijdverloop wegebt.¹⁹ Ten aanzien van autoschades, waar deze kwestie vooral speelde, is het probleem in de praktijk intussen verdwenen.²⁰ Voor wat betreft verdere schadeposten op vergoeding waarvan de benadeelde aanspraak kan maken valt

16 HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Staat/Knebel).

17 Vgl. voor een geval waarin door de eigenaar korting was bedongen bij de reparateur welke niet ten voordele van de aansprakelijke strekte HR 26 oktober 2012, *LJN* BX0357, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon), waarover nader hierna. Volgens Salomons (1993, nr. 19, p. 41) geldt de door de Hoge Raad geformuleerde regel tenzij de in eigen beheer gemaakte kosten hoger, maar niettemin gerechtvaardigd, zijn. Hij noemt als voorbeeld wanneer de overheid zelf herstelt tegen een hogere dan de marktprijs vanwege eisen van specialisatie of veiligheid die meebrengt dat derden niet kunnen worden toegelaten.

18 HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449, m.nt. G.J. Scholten (Schreuder/Van Driesten).

19 Langemeijer noemt als rechtvaardiging daarvoor het feit dat het risico daadwerkelijk is gelopen; Scholten ziet als belangrijkste rechtvaardiging het risico dat aansprakelijke partijen anders zouden wachten met schaderegeling.

20 Zie aldus reeds Salomons 1993, nr. 19, p. 38.

te denken aan – verdere – bedrijfsschade, expertisecosten, kosten van verhaal en wettelijke rente.²¹

Is herstel niet mogelijk of economisch niet verantwoord, dan geldt de zaak als verloren en wordt de schade vastgesteld op de waarde van de zaak minus de rest- of sloopwaarde. In de literatuur is debat gevoerd over de vraag of hier de vervangingswaarde moet worden gehanteerd²² of een wisselende maatstaf (soms vervangingswaarde, soms verkoopwaarde).²³ De Hoge Raad lijkt genuanceerd. In een geval dat door verduistering verloren gegane containers betrof overwoog hij:

Wanneer, zoals hier het geval is, door een onrechtmatige daad een zaak geheel en al verloren gaat voor de rechthebbende, lijdt deze door dit verlies een nadeel in zijn vermogen gelijk aan de waarde van de zaak. De vergoeding hiervoor zal steeds tenminste belopen het geldsbedrag waarin deze waarde kan worden uitgedrukt. De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies, door het hof ook aangeduid als marktwaarde, resp. waarde in het handelsverkeer. Nu door het hof geen bijzondere omstandigheden zijn vastgesteld die tot een ander oordeel nopen – de in het onderdeel genoemde omstandigheid dat de vraag naar containers als de onderhavige gering was, kan niet als zodanig worden aangemerkt – is 's hofs uitgangspunt derhalve juist.²⁴

Vertrekpunt is dus in elk geval vergoeding van de marktwaarde.²⁵ In de literatuur wordt aangenomen dat deze laatste 'regel' (waardevergoeding in plaats van reparatiekosten) uitzondering kan lijden, bijvoorbeeld als de eigenaar de zaak al had doorverkocht voor een hogere prijs, in welk geval die hogere prijs de maatstaf vormt.²⁶ Ook valt te denken aan het geval dat de marktwaarde van de zaak gering, maar de affectieve waarde die eraan wordt gehecht groot is (een huisdier) of de benadeelde een ander bijzonder belang heeft bij herstel.²⁷ In de meer recente

21 Salomons 1993, nr. 22 e.v.

22 Bloembergen. diss. 1965, nr. 38.

23 Hamaker, *BR* 1980, p. 97 e.v. en Salomons, nr. 20, p. 44, die hier 'in mindere mate abstracte berekening' gerechtvaardigd acht, omdat het gaat om veel minder grote aantallen gevallen.

24 HR 12 april 1991, *NJ* 1991, 434 (Unico/Harteman). Zie over het arrest uitvoerig A.T. Bolt, *Kwartalbericht NBW* 1991, p. 133 e.v.

25 Vgl. Salomons 1993, nr. 20, die erop wijst dat het Verbondsrapport Schaderegelingsbeleid in 1983 bij algeheel verlies van auto's heeft gekozen voor vergoeding van de vervangingswaarde als dagwaarde.

26 Bloembergen 1965, nr. 36 en De Groot 1980, p. 52 e.v. Anders Schut 1966, p. 174; Slagter, *TVVS* 1965, p. 191 en Rutten 1964, p. 73 e.v.

27 Vgl. voor het klassieke voorbeeld van de oude man die zijn beschadigde auto niet wilde inruilen, omdat hij het bezwaarlijk vond om aan een nieuwe te wennen Ktr. Heerlen 28 september 1973, *VR* 1975, 63. Een tussenvorm (affectieve waarde én ander belang) betreft het voorbeeld van de oldtimer die na een aanrijding werd vervangen. Vgl. Hof Arnhem 3 mei 2005, *NJF* 005/289 (vergoeding van kosten van vervanging).

rechtspraak ziet men als voorbeeld vergoeding van de aanschafwaarde van een nieuwe inboedel in het geval de oude door andermans fout verloren is gegaan.²⁸

Ten aanzien van schade door het tijdelijk missen van een zaak (als gevolg van beschadiging of verlies) bestaat in de literatuur verschil van mening of mag worden geabstraheerd van de omstandigheid dat ter zake niet daadwerkelijk kosten ter (tijdelijke) vervanging zijn gemaakt.²⁹ De rechtspraak lijkt in dergelijke gevallen niet te voelen voor vergoeding.³⁰ Beslissend wordt geacht of ter zake bij wijze van schadebeperking een redelijke maatregel is genomen.³¹ Opmerkelijk is dat er kennelijk weinig over wordt geprocedeerd.

Gevolg van de abstractie naar het vermogen als geheel is dat verweren van de aansprakelijke ten aanzien van herstel in eigen beheer of het uitblijven van herstel niet meer relevant zijn, maar ook dat een tijdstip voor het lijden van de schade wordt gefixeerd, althans voor het geval waarin de benadeelde inzet op vergoeding van de waardevermindering. De waardevermindering wordt immers geleden op het moment van beschadiging en de wettelijke rente daarover is vanaf dat moment verschuldigd.³²

De Hoge Raad heeft de hier geschetste abstracties aanvankelijk nauwelijks gemotiveerd.³³ De rechtvaardiging ervan moet waarschijnlijk worden gevonden in de redelijkheid van het bereikte resultaat (door de keuze voor objectieve herstelkosten wordt de mogelijkheid van feitelijk herstel zeker gesteld en door abstractie naar het vermogen als geheel verdwijnt de problematiek van herstel in eigen beheer als sneeuw voor de zon) en in de doelmatigheid (voor de afwikkeling hoeft geen onderzoek te worden gedaan naar omstandigheden van de benadeelde in het concrete geval en met de keuze voor abstractie van herstel ligt het moment van ontstaan in beginsel vast). In geval van autoschades heeft de Hoge Raad recentelijk de motieven voor abstractie expliciet verwoord:

28 Hof Arnhem 24 juli 2007, *RAV* 2007/37, *Prg.* 2007/118. Vgl. voor een geval van vernietigde beplantingen (omgehakte bomen) waarin de rechtbank geen schadevergoeding toewees omdat het perceel zonder verlies was verkocht en de koper ook de resterende bomen wenste te verwijderen Rb. Arnhem (vzr) 26 oktober 2007, *RAV* 2008/10.

29 Voor abstractie: Bloembergen 1965, nr. 51 e.v.; Hofmann-Drion 1959, p. 139 en Hofmann-Van Opstall I, p. 192. Tegen: De Groot 1980, p. 55 e.v.; Hamaker 1980, p. 118 e.v. en Salomons 1993, nr. 21, p. 47, die aanvoert dat abstractie een prikkel tot schadebeperking zou wegnemen. Dit lijkt mij de zaak omkeren: wanneer geen abstractie plaatsvindt zal de benadeelde doorgaans tekort komen, omdat hij in onzekerheid over de vraag of en zo ja, welke vergoeding hij zal krijgen, veelal geen maatregelen zal durven nemen.

30 Zie voor een uitzondering HR 4 maart 1955, *NJ* 1955, 302 (Steenfabriek), dat een geval van schadeloosstelling bij rechtmatige daad betrof.

31 HR 21 november 1940, *NJ* 1941, 425, m.nt. P. Scholten. Zie voor een overzicht van – voornamelijk oudere – rechtspraak *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 96, aant. 41 e.v. Zie voor een voorbeeld van toetsing Rb. Zwolle 24 januari 1996, *Prg.* 1996, 4624 (eigenaar van beschadigde Bentley huurt ter vervanging Roll Royce voor fl. 1.100 per dag, rechtbank wijst fl. 250 per dag toe.)

32 Zie voor mogelijke consequenties daarvan Spier 1995, p. 711-712 en Klaassen 1997, p. 6 e.v.

33 Hij suggereerde met het gebruik van het woord 'toch' een zekere vanzelfsprekendheid.

Het onderhavige geval betreft schade aan een auto. Dergelijke schade komt veelvuldig voor en vergt daarom bij uitstek een snelle afwikkeling naar uniforme maatstaven. Een zodanige afwikkeling wordt bevorderd door het hanteren van een forfaitair systeem waarover in de desbetreffende branche overeenstemming bestaat, zoals het geval is met het in dit geval gebruikte Audatex-systeem. In overeenstemming met het hiervoor (...) vermelde uitgangspunt [begroting op objectieve herstellkosten, SDL] houdt dit systeem geen rekening met omstandigheden van het concrete geval en is het in hoge mate gestandaardiseerd. Dat geldt ook voor de uurtarieven die bij reparatie worden gehanteerd, welke tarieven direct bij de schadecalculatie door het desbetreffende autoherstelbedrijf worden opgegeven en door een onafhankelijke deskundige worden getoetst. Aldus kan snel na het ontstaan van de schade, en ongeacht of de schade daadwerkelijk wordt hersteld, inzicht in de herstellkosten worden verkregen, waarmee in beginsel ook de naar objectieve maatstaven berekende waardevermindering van de beschadigde auto komt vast te staan.³⁴

De zaak betrof een geval waarin de leasemaatschappij door haar marktpositie en bedrijfsvoering in staat was bij reparaties kortingen te bedingen. De aansprakelijkheidsverzekeraar (Reaal) stelde zich op het standpunt dat deze (standaard)kortingen in mindering dienden te worden gebracht op de door haar te dekken schadevergoeding.

Het volgen van het standpunt van Reaal zou bij zaaksbeschadiging van auto's een onzeker element in de schadeberekening brengen. Indien korting is verkregen, of daartoe wellicht de mogelijkheid bestaat, zou dan immers – achteraf – in voorkomende gevallen ter discussie kunnen komen te staan of sprake is van de door Reaal bedoelde bijzondere situatie die verband houdt met marktpositie en bedrijfsvoering. Het toelaten van een dergelijke discussie bij individuele schadegevallen zou te zeer afbreuk doen aan de snelle, eenvoudige en uniforme afwikkeling die juist bij dit soort zaakschades wenselijk is en in de praktijk wordt gebezigd. Bovendien zou het volgen van dit standpunt tot problemen van afgrenzing met andere soortgelijke gevallen leiden, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de hanteerbaarheid van de schadeberekening bij zaaksbeschadiging. Daarom dient de door Reaal bepleite nuancering van de hand te worden gewezen. Het ligt veeleer op de weg van de betrokken marktpartijen om binnen de gehanteerde forfaitaire berekeningsstelsels eventueel aparte categorieën op te nemen.³⁵

In deze overwegingen valt vooral het belang van het normerende karakter van abstractie (standaardisering om ten behoeve van een vlotte afwikkeling debat te voorkomen) op. Ook is opmerkelijk de vingerwijzing naar de eigen verantwoordelijkheid van marktpartijen.³⁶

2.3 Beschadiging van onroerende zaken

Ten aanzien van de vergoeding bij beschadiging van onroerende zaken (brand, milieuverontreiniging, etc.) wordt door de Hoge Raad eenzelfde vertrekpunt

³⁴ HR 26 oktober 2012, *LJN* BX0357, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon), rov. 3.4.2.

³⁵ Rov. 3.7. Zie over het arrest onder meer M. Oudenaarden, *MvV* 2013/2, p. 37-45 en M.M. van Rossum, *TOR* 2013/2, p. 22-28.

³⁶ Zie over dit aspect nader onder 4.1.

gehanteerd als ten aanzien van roerende zaken, maar hij laat ook uitdrukkelijk ruimte voor een uitzondering. Hij stelt voorop:

dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldsbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten welke met het herstel zullen zijn gemoeid (...).³⁷

Ook dit betekent dat de waardevermindering niet hoeft te zijn ‘gerealiseerd’ door verkoop om toch voor vergoeding in aanmerking te komen.³⁸

De Hoge Raad voegt de volgende nuancering toe:

Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of zulks het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar – dient zij voor eigen gebruik (ter bewoning of uitoefening van een bedrijf of beroep) of ter belegging –, de mogelijkheid om – aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen (...) – elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak – in onbeschadigde toestand – kan worden beschouwd, alsmede de mate waarin de kosten van herstel in oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering.³⁹

Een zuiver economische maatstaf (waardevermindering versus kosten van herstel) voldoet hier waarschijnlijk maar zelden. Dat zal samenhangen met

37 HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 625, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Staat/Van Driel).

38 Aldus voor gevallen van bodemverontreiniging HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 (Steendijkpolder) en HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 690, m.nt. A.R. Bloembergen (Dordrecht/Stokvast) en voor schadevergoeding op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht HR 2 februari 1979, *NJ* 1979, 384, m.nt. F.H.J. Mijnsen (hoogspanningsleidingen). In Dordrecht/Stokvast werd overigens wel rekening gehouden met inmiddels plaatsgevonden hebbende sanering van de grond: ‘Indien en voor zover echter ten tijde van de vaststelling van de schade door de rechter, de aanvankelijk opgetreden waardevermindering van de woningen ongedaan blijkt te zijn gemaakt door een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering in het gebied waar de woningen zich bevinden, is dit waardeherstel een niet met de individuele situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid die redelijkerwijs in aanmerking behoort te worden genomen om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.’ Bloembergen wijst er in zijn noot op dat dit niet met abstracte berekening te maken heeft, maar met vergoeding (in de vorm van herstel) van de schade door een derde.

39 HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43, m.nt. C.J.H. Brunner (Den Haag/Van Schravendijk). De formule is herhaald in HR 7 mei 2004, *NJ* 2005, 76, m.nt. C.J.H. Brunner (Hiddema), een geval waarin een schuur door brand verloren ging. Hartlief, *NTBR* 2004/82, p. 470, wijst erop dat hier uiteindelijk ten onrechte de herstelkosten tot uitgangspunt zijn genomen, omdat herstel economisch niet verantwoord was, maar in feite ook helemaal niet had plaatsgevonden.

het verschil tussen onroerende zaken en (althans bepaalde) roerende zaken.⁴⁰ Daarbij speelt ook een rol dat vervanging verplaatsing impliceert, met alle gevolgen (en kosten) van dien.⁴¹

Zoals de overweging van de Hoge Raad laat zien, is voor de vraag op welke vergoeding de benadeelde aanspraak kan maken wel de functie van de zaak ten tijde van de beschadiging relevant.⁴² Daarin ligt een belangrijke concretisering besloten die van betekenis is voor de omvang van de vergoeding. Dat was bekend uit eerdere rechtspraak over gevallen waarin zaken hun oorspronkelijke functie hadden verloren en waarin herstel in die oorspronkelijke functie dan ook niet de leidraad vormde voor de vergoeding.⁴³

Uit de hiervoor genoemde rechtspraak blijkt overigens dat, na het bepalen van de maatstaf voor de omvang van de schade, het vaststellen van de relevante waarden nog wel problematisch kan zijn. Zo (b)lijkt in de praktijk 'waardevermindering' niet steeds eenvoudig vast te stellen en is de vraag wat in het concrete geval de 'objectieve herstelkosten' zijn ook niet altijd gemakkelijk, laat staan eenduidig, te beantwoorden.⁴⁴ Ook al mogen de contouren van het schadebegrip door de abstractie dan enigszins helder zijn, de invulling ervan vergt dus telkens nog wel concretisering.

De gevolgen van de abstracties zijn dezelfde als bij roerende zaken (verweer dat herstel in eigen beheer of in het geheel niet plaatsvindt gaat niet op, de schade valt op het moment van beschadiging) en de motieven zijn – vermoedelijk – ook dezelfde (redelijk resultaat, doelmatigheid).

2.4 *Inspanningen tot verpleging en verzorging, huishoudelijke taken*

Van meer recente datum is de rechtspraak van de Hoge Raad waarin, in gevallen waarin letsel is toegebracht en door derden inspanningen worden verricht ter verpleging en verzorging van de gekwetste of ter vervulling van diens huishoudelijke taken, wordt geabstraheerd van de omstandigheid dat hiervoor geen concrete kosten worden gemaakt of inkomsten worden gederfd.⁴⁵

De aanzet vormde het arrest inzake Johanna Kruidhof, dat betrekking had op vergoeding van de tijd die de ouders hadden besteed aan de verpleging en

40 Ook per type onroerende zaak kan dit overigens verschillen (een oude kerk is iets anders dan een modern kantoorgebouw). Vgl. in deze zin ook Brunner in zijn noot onder *NJ* 1995, 43.

41 Vgl. daarover Spier, *NTBR* 1994, p. 61 e.v.

42 Zie over de relevantie van de (gewijzigde) functie van een onroerende zaak, mede in verband met verzekeringstechnische aspecten, Tolman 2005, p. 93 e.v.

43 HR 20 september 1985, *NJ* 1986, 211 (Meerstoel I) en HR 27 september 1985, *NJ* 1986, 212, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Meerstoel II). Zie ook HR 6 juni 1997, *NJ* 1997, 612 (Ambassador/RIBW).

44 Vgl. de gang van zaken in HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43, m.nt. C.J.H. Brunner (Den Haag/Van Schravendijk) en HR 7 mei 2004, *NJ* 2005, 76, m.nt. C.J.H. Brunner (Hiddema).

45 Zie overigens voor een voorbeeld van abstracties bij de vaststelling van verlies aan arbeidsvermogen van een zelfstandige door letsel Rb. Breda 4 april 2012, *JA* 2012, 152 m.nt. M.C.J. Peters.

verzorging van hun met ernstige brandwonden verwonde elfjarige dochter. De Hoge Raad overwoog:

De redelijkheid brengt in een dergelijk geval mee dat het de rechter vrijstaat bij het beantwoorden van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door [professionele, betaalde] hulpverleners worden vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen kunnen doen gelden, en dat zij – zoals hier – in staat zijn die taken te vervullen zonder daardoor inkomsten te derven.⁴⁶

Deze driedubbele abstractie was nodig, niet alleen om in het geval waarin geen concrete kosten waren gemaakt tot een vergoeding te komen, maar ook om de schade bij het kind te laten vallen. Naar oud recht kwam de ouders immers geen eigen vorderingsrecht toe.⁴⁷

Vervolgens heeft de Hoge Raad met betrekking tot schade door overlijden overwogen dat voor de vraag of een nabestaande schade in de vorm van derving van levensonderhoud lijdt niet beslissend is of deze ten tijde van de beslissing van de rechter daadwerkelijk kosten heeft gemaakt ter zake van huishoudelijke hulp.⁴⁸ Daaraan heeft hij nog toegevoegd:

Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om huishoudelijke taken ten behoeve van kinderen, omdat van algemene bekendheid is dat in de leemte die ontstaat door het wegvallen van de huishoudelijke arbeid van de overleden ouder vaak wordt voorzien – naast extra inzet van de overblijvende ouder – door vrijwillige (kosteloze) hulp van familie, vrienden of bekenden, ook omdat in een gezinsbudget veelal niet direct ruimte gevonden kan worden voor het doen van structurele extra uitgaven voor professionele hulp; de vrijwillige hulpverlening zal echter meestal niet tot in lengte van jaren voortgezet kunnen worden.

Voorts zal de omstandigheid dat de overblijvende ouder met een nieuwe partner trouwt of gaat samenleven, niet in aanmerking mogen worden genomen bij de vaststelling van hetgeen de kinderen behoeven, omdat zulks tot het onredelijke resultaat zou leiden dat de onderhoudslast van de kinderen in zoverre wordt gelegd op die nieuwe partner in plaats van op de aansprakelijke persoon (vgl. HR 28 februari 1986, nr. 12610, NJ 1987, 100).⁴⁹

Aldus wordt ten aanzien van de bepaling van de schade van de kinderen niet alleen geabstraheerd van de omstandigheid dat er geen kosten zijn gemaakt ter zake van vervangende hulp, maar ook van de omstandigheid dat er een nieuwe partner is opgekomen.⁵⁰ Heeft de overblijvende ouder als gevolg van extra

46 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof).

47 Vgl. thans art. 6:107 BW, dat zowel het kind als de ouders een vorderingsrecht toekent, aldus uitdrukkelijk HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/Reuvers).

48 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (Pruiskens/Organice).

49 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (Bakkum/Achmea).

50 Dat roept vervolgens de vraag op waarom van allerlei andere na of door het overlijden opkomende financiële voordelen niet wordt geabstraheerd. Vgl. over deze spanning Hartlief 2008, p. 901.

inspanningen in het kader van de verzorging en opvoeding van de kinderen (wel) inkomsten gederfd, dan geldt het volgende:

Valt deze bijdrage van een van de echtelieden weg door diens overlijden, dan lijdt de achterblijvende echtgenoot daardoor schade. Is dat overlijden veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, en beperkt de achterblijvende echtgenoot deze schade door minder te gaan werken om zelf die zorgtaken te gaan verrichten, dan dient in beginsel de gehele inkomensschade die deze daardoor lijdt, te worden betrokken bij de berekening van de omvang van de in art. 6:108 bedoelde schadevergoedingsplicht.⁵¹

Daarmee is nog niet gezegd dat die inkomensschade telkens voor volledige vergoeding in aanmerking komt, maar wel dat dit inkomen en de vermeerdering daarvan die zonder het overlijden zou zijn opgetreden in elk geval moet worden meegenomen bij de berekening in het kader van art. 6:108 BW.⁵²

Ter zake van kosten van huishoudelijke hulp bij letsel heeft de Hoge Raad zijn visie nog eens uitdrukkelijk verwoord:

Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat zijn schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Dit geldt ook wanneer sprake is van letselschade.

Op dit uitgangspunt zijn in de rechtspraak echter, zowel op praktische gronden als om redenen van billijkheid, in bijzondere gevallen uitzonderingen aanvaard. Zo werd in een geval waarin de ouders van een ernstig gewond kind, die dit kind thuis hadden verzorgd en verpleegd in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde, hulpverleners toe te vertrouwen, de vordering van de ouders tot schadevergoeding toewijsbaar geacht, hoewel zij niet daadwerkelijk kosten hadden gemaakt of inkomsten hadden gederfd (HR 28 mei 1999, nr. C 97/329, NJ 1999, 564). In een geval waarin een vrouw haar man gedurende diens laatste ziekte had verzorgd, oordeelde de Hoge Raad echter dat voor vergoeding van deze kosten geen plaats is indien het inschakelen van professionele hulp niet normaal en gebruikelijk is (HR 6 juni 2003, nr. C02/062, NJ 2003, 504).

In de lijn van deze rechtspraak moet (...) worden aanvaard dat in geval van letselschade de kosten van huishoudelijke hulp door de aansprakelijke persoon aan de benadeelde moeten worden vergoed indien deze ten gevolge van het letsel niet langer in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten, voor zover het gaat om werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer verkeert normaal en gebruikelijk is dat zij worden verricht door professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners. Dit is niet anders indien die werkzaamheden in feite worden verricht door personen die daarvoor geen kosten in rekening (kunnen) brengen.⁵³

51 HR 10 april 2009, NJ 2009, 386, m.nt. J.B.M. Vranken (Phillip Morris/Bolink).

52 Vgl. Van Duijvendijk-Brand 2010, p. 81-82. Zie evenwel Rb. Breda, sector kanton, 10 april 2009, LJN BG8781, die de vergoeding in deze zaak uiteindelijk op de kosten van professionele hulp maximeert.

53 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/Reuvers).

Deze rechtspraak laat zien dat ook in geval van letsel en overlijden bepaalde abstracties op hun plaats zijn om ervoor te zorgen dat inspanningen of lasten die het gevolg zijn van het onrechtmatig veroorzaakte letsel of overlijden niet de facto voor rekening van de naasten of nabestaanden blijven.⁵⁴ Men zou zelfs kunnen zeggen dat abstractie bij huishoudelijke of verzorgingsinspanningen nog eerder redelijk is dan bij zaaksbeschadiging, omdat in het eerste type gevallen in elk geval daadwerkelijk opofferingen zijn gedaan, terwijl bij zaaksbeschadiging abstractie ook gerechtvaardigd wordt geacht wanneer in het geheel geen herstel plaatsvindt.

De rechtspraak inzake overlijden laat bovendien zien dat wanneer in het concrete geval door dezelfde omstandigheden wel inkomen is gederfd er – binnen de grenzen van de redelijkheidstoets in het kader van de schadebeperking – plaats is voor concretisering.⁵⁵ Hoewel dat laatste in het geval van inspanningen in verband met verzorging en verpleging van een naaste nog niet aan de orde is geweest, lijkt eenzelfde benadering ook daar alleszins redelijk.⁵⁶ Daarbij speelt een rol dat bij verzorging en verpleging door een naaste, evenals als bij opvoeding door de achterblijvende ouder na overlijden van de andere ouder, de persoonlijke verhouding tussen verzorger en verzorgde een kenmerkend element is.

Met het voorgaande is – uiteraard – niet gezegd dat 'letselschade nu abstract wordt berekend' (ten aanzien van zaakschade zou die stelling overigens ook veel te algemeen zijn). De hiervoor geschetste rechtspraak laat telkens zien dat de concrete omstandigheden van de benadeelde het vertrekpunt vormen, maar dat op beperkte schaal van specifieke omstandigheden wordt geabstraheerd.

Het gevolg van de abstracties op dit gebied is dat de benadeelde of derden (art. 6:107 BW) een aanspraak op vergoeding toekomt, ook wanneer zij geen out of pocket-kosten hebben gemaakt. De abstracties zijn in die zin niet dwingend dat de benadeelde (of derde) zich op het standpunt kan stellen dat in concreto meer schade is geleden, maar hij zal dan de redelijkheid van dat standpunt wel moeten adstrueren.

Als motieven voor de abstracties noemt de Hoge Raad 'de redelijkheid' en 'zowel op praktische gronden als om redenen van billijkheid'.⁵⁷ Ook in deze gevallen

54 Zie voor een pleidooi voor objectivering op dit punt reeds Bloembergen, diss. 1965, nr. 75, p. 106, noot 2.

55 Zie over aanknopingspunten voor het redelijkheidsoordeel de noot van Vranken onder *NJ* 2009, 386, sub 11 (duur en omvang van de werkzaamheden, toenemende leeftijd van de kinderen, maar alles met terughoudendheid).

56 De Hoge Raad zegt in het arrest *Losser/De Vries* (*NJ* 1999, 546, rov. 3.3.2) heel expliciet: 'Opmerking verdient nog dat de rechter bij *deze wijze van begroten* (mijn curs., SDL) geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten.' In die zin lijkt wetgeving op dit punt niet nodig. Zie over een wetsvoorstel ter zake van inkomensschade van derden bij verwonding Engelhard 2008, p. 1-6.

57 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Losser/De vries*) resp. 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

kan worden gezegd dat met de abstractie de financiering van een redelijke herstelmaatregel wordt veiliggesteld en dat het voor eigen rekening nemen van de lasten daarvan niet ten voordele van de aansprakelijke mag dienen.

2.5 Begroting op winst (art. 6:104 BW)?

Een figuur die door de Hoge Raad wel is aangeduid als vorm van 'abstracte schadeberekening' is de begroting van de schade op door de aansprakelijke genoten winst, neergelegd in art. 6:104 BW:

De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de eiser behoeft te worden aangetoond. Dit neemt echter niet weg dat, zo de rechter vaststelt dat in het gegeven geval in het geheel geen schade is geleden, daarmee de weg naar toepassing van art. 6:104 is afgesneden. In een en ander ligt tevens besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn.⁵⁸

De Hoge Raad is vermoedelijk geïnspireerd door de volgende opmerking in de parlementaire geschiedenis:

Dogmatisch zou men eraan kunnen twijfelen of hier nog sprake is van vergoeding van 'schade', nu van het door de eiser geleden nadeel geabstraheerd wordt.⁵⁹

Brunner aarzelt of het hier gaat om 'abstracte schadeberekening' omdat de zaak vooral als een kwestie van bewijsvermoedens ten aanzien van het bestaan van schade wordt gepresenteerd.⁶⁰ In latere arresten over art. 6:104 BW spreekt de Hoge Raad overigens niet meer van abstraheren.⁶¹

Het gaat hier wel in zoverre om een eigensoortig type abstractie dat niet alleen wordt geabstraheerd van een specifieke omstandigheid aan de zijde van de benadeelde die de schade betreft (er wordt bijvoorbeeld niet specifiek geabstraheerd van door de benadeelde gederfde winst), maar de blik in beginsel geheel van de omvang van nadeel wordt afgewend en wordt toegewend naar de bij de aansprakelijke opgekomen voordelen. Daarbij verdient opmerking dat voor de keuze voor begroting op winst de verhouding tussen de omvang van het geleden nadeel en de genoten winst weer wel relevant kan zijn.⁶²

58 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, m.nt. C.J.H. Brunner (Waeijen Scheers/Naus).

59 *MvA II Inv.*, PG Boek 6 Inv., p. 1267.

60 Noot onder *NJ* 1995, 421. Zie over de benadering van art. 6:104 BW als vorm van 'abstracte schadeberekening' ook Spier, *NTBR* 1994, p. 91-92.

61 Vgl. HR 18 juni 2010, *LJN* BM0893 (Ymere) en HR 18 juni 2010, *LJN* BL9662 (Setel), waar hij nog slechts zegt dat 'niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond' en 'de toegebrachte schade niet in concreto is vast te stellen'.

62 De omvang van het nadeel vormt immers een relevant gezichtspunt bij het oordeel of tot begroting op winst mag worden overgegaan en in welke mate dat gebeurt. Zie HR 18 juni 2010, *LJN* BM0893 (Ymere) en HR 18 juni 2010, *LJN* BL9662 (Setel).

Het gevolg van deze abstractie is dat het debat over de schadeomvang in de schaduw komt te staan van het debat over de door de aansprakelijke genoten winst. De rechtvaardiging daarvoor moet worden gezocht in bevrediging van het rechtsgevoel dat de aansprakelijke niet beter mag worden van zijn normschending doordat de benadeelde moeite heeft met het bewijs van zijn schade (omvang).

2.6 Wettelijke rente

Een krasse vorm van abstractie is uiteraard de vergoeding ter zake van vertraging in de betaling van een geldsom, die is gefixeerd op de wettelijke rente. Die wordt in de wetsgeschiedenis en de rechtspraak weliswaar nergens met zoveel woorden als voorbeeld van abstractie genoemd, maar zij is het natuurlijk wel bij uitstek.⁶³ De Hoge Raad zegt daarover:

Art. 6:119 strekt ertoe de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom te fixeren op de wettelijke rente, zulks ter wille van de rechtszekerheid en van de hanteerbaarheid van het recht op dit punt.⁶⁴

Die fixatie is bovendien hard:

De strekking van deze bepaling brengt mee dat het daarin aangewezen fixum niet door de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid kan worden opzijgezet op de grond dat de rechthebbende geen schade, dan wel meer of minder schade dan overeenkomt met de wettelijke rente, heeft geleden ten gevolge van de vertraging in de voldoening van de aan hem verschuldigde geldsom.⁶⁵

Vanwege dit bijzondere karakter werd de idee dat bij onrechtmatig beslag de schade zou moeten worden gesteld op de wettelijke rente over het beslagen bedrag door de Hoge Raad uitdrukkelijk verworpen:

Art. 6:119 strekt ertoe de schadevergoeding wegens vertraging in de voldoening van een geldsom te fixeren op de wettelijke rente, zulks ter wille van de rechtszekerheid en van de hanteerbaarheid van het recht op dit punt. Aldus behoeft de schuldeiser enerzijds niet te bewijzen enige schade te hebben geleden ten gevolge van de vertraging in de voldoening van de hem toekomende geldsom, maar kan hij anderzijds geen hogere vergoeding vorderen indien zijn schade meer dan het fixum zou belopen (HR 14 januari 2005, LJN AR0220, NJ 2007/481). In deze bepaling ligt dus in meer dan één opzicht een afwijking besloten van het uitgangspunt dat de schuldeiser zijn werkelijk geleden schade vergoed dient te krijgen. Daarom verzet haar in zoverre uitzonderlijke aard zich tegen een ruime uitleg (...).⁶⁶

Over het doel van deze abstractie (en fixatie) is de Hoge Raad in elk geval helder: zij vindt plaats 'ter wille van de rechtszekerheid en van de hanteerbaarheid van het recht op dit punt'.

63 In de literatuur is dit wel opgemerkt. Vgl. onder meer Barendrecht & Storm 1995, p. 307.

64 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275, m.nt. Jac. Hijma (De Preter/Van Uitert), rov. 3.5.

65 HR 14 januari 2005, NJ 2007, 482 (Van Rossum/Fortis), rov. 3.7.

66 HR 8 juli 2011, NJ 2011, 309 (Forward Business Parks/Lafranca).

2.7 Overige gevallen

Ook in heel andersoortige gevallen wordt door de rechter soms het woord abstraheren gebruikt in het kader van schadevergoeding. Zelfs ten aanzien van de ogenschijnlijk meest persoonsgebonden schade, ander nadeel dan vermogensschade, vindt een vorm van abstractie plaats:

De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal, kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is.⁶⁷

Hier wordt geabstraheerd van de concrete beleving van verlies aan levensvreugde door de gelaedeerde in kwestie en wordt aansluiting gezocht bij een beeld van in vergelijkbare gevallen doorgaans geleden nadeel. Het motief daarvoor lijkt te zijn gelegen in doelmatigheid: het uitmeten van persoonlijk leed zonder praktische waarderingsmaatstaf is ondoenlijk.

Een (heel) ander voorbeeld vormt het arrest inzake Vos/TSN, dat schadevergoeding na wanprestatie in een duurovereenkomst betrof en waarin de aansprakelijke de benadeelde tegenwierp dat op de te vergoeden schade wegens gederfde winst in mindering moest worden gebracht hetgeen de benadeelde nu uit alternatieve transacties aan winst kon genereren. Het hof oordeelde:

Voorts overweegt het hof dat de aard van de onderhavige schade, bestaande uit winstderving als gevolg van ontbinding van een duurovereenkomst, meebrengt dat deze wordt begroot op de per de datum van de ontbinding verwachte winst die TSN in geval van correcte nakoming door Vos tijdens de resterende looptijd van het contract zou hebben gerealiseerd, uitgaande van een minimum aantal opleggers van 500 per jaar en uitgaande van de gebruikelijke marges die zij behaalde op materialen en arbeid, en dat daarbij wordt geabstraheerd van vragen in hoeverre TSN na het wegvallen van het contract erin geslaagd is omzet te genereren en of zij die omzet geheel of ten dele ook zou hebben gerealiseerd indien het contract met Vos niet zou zijn ontbonden en of die omzet gepaard ging met hogere marges dan de omzet die met het contract van Vos zou zijn gemoeid. Wel kunnen dergelijke vragen van belang zijn in het kader van eventuele voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) waarbij evenwel als maatstaf om tot voordeelstoerekening te komen heeft te gelden dat tussen de eventuele aan de zijde van TSN opgekomen voordelen en de ontbinding wegens wanprestatie van Vos voldoende causaal verband moet bestaan (...).⁶⁸

De in het daartegen gerichte cassatiemiddel geformuleerde klacht dat het hof heeft miskend dat bij wanprestatie alleen de werkelijk geleden schade moet worden vergoed werd door de Hoge Raad verworpen:

Met zijn (...) oordeel dat moet worden geabstraheerd van het antwoord op de daarin opgesomde vragen, die alle de na ontbinding door TSN gerealiseerde winst uit

67 HR 20 september 2002, NJ 2004, 112, m.nt. J.B.M. Vranken (Coma), rov. 3.5.

68 NJ 2011, 43, oordeel hof, rov. 48.

vervangende omzet betreffen, heeft het hof niet bedoeld dat de op de voet van art. 6:277 lid 1 BW door Vos verschuldigde schadevergoeding abstract moet worden berekend (...), maar dat die winst, als na de ontbinding aan TSN opgekomen voordeel, niet van invloed is op de omvang van de door TSN als gevolg van de ontbinding geleden schade. (...)

Voor zover de klacht er mede toe strekt dat het hof heeft miskend dat de na de ontbinding in verhouding met derden gerealiseerde winst moet worden verdisconteerd in de vaststelling van de concreet geleden schade, en niet pas van belang is bij de beoordeling van het beroep van Vos op voordeelstoerekening, faalt zij omdat het hiervoor (...) weergegeven oordeel van het hof juist is.⁶⁹

Deze zaak illustreert dat de term 'abstraheren' eenvoudig tot verwarring kan leiden wanneer er een dogmatisch denkkader (de Hoge Raad zegt 'de ... verschuldigde schadevergoeding abstract moet worden berekend') mee in verband wordt gebracht. Gelukkig brengt de Hoge Raad de vraag terug naar de concrete inhoudelijke kwestie: moet de uit alternatieve transacties gegenereerde winst bij de vaststelling van de schade of in het kader van voordeeltorekening worden beoordeeld?⁷⁰ Niettemin zijn er ook wel parallellen met de thematiek van abstractie bij dekkingskoop: de aansprakelijke wordt een verweer ter zake van door vernuft of handelspositie van de benadeelde opgekomen voordelen ontzegd teneinde de vergoeding van het positief contractbelang te waarborgen.

3 Wanneer vindt (uitdrukkelijk) geen abstractie plaats?

3.1 Geen abstractie van 'externe' ontwikkelingen die na de schadetoebrengeende gebeurtenis, maar voor de schadevaststelling plaats hebben

Met name ten aanzien van duurschades die op een bedrag ineens worden begroot lijkt in feite tot op zekere hoogte een abstractie plaats te vinden ten aanzien van toekomstige ontwikkelingen: door uit te gaan van redelijke verwachtingen ten aanzien van toekomstige omstandigheden wordt noodgedwongen van de toekomstige werkelijkheid geabstraheerd.⁷¹ Hebben ontwikkelingen zich op het moment van begroting niettemin al gerealiseerd, dan worden deze in de begroting betrokken.⁷²

Een illustratie vormt een geval van letselschade waarin ter zake van begroting van in de toekomst te maken kosten (van protheses e.d.) werd gekozen voor

69 HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. Jac. Hijma (Vos/TSN).

70 Begripsverwarring ligt hier overigens op de loer: de Hoge Raad zegt 'de vergoeding abstract moet worden berekend' en art. 6:100 BW spreekt van 'bij de vaststelling van de te vergoeden schade', terwijl in elk van beide gevallen juist de andere term (bij de Hoge Raad: vaststelling van de schade en bij art. 6:100 BW vaststelling van de vergoeding) op zijn plaats zou zijn.

71 Zie over (meer) abstractie bij vaststelling van arbeidsvermogensschade door letsel T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', AV&S 2005/27.

72 Zie over de betekenis van de keuze voor een peildatum voor de relevantie van nadien intredende wijzigingen in het kader van nadeelcompensatie Van der Schans 2007.

kapitalisatie tegen een moment in het verleden. Ontwikkelingen die zich sinds de gekozen kapitalisatiedatum en het moment van de begroting hadden gerealiseerd dienden volgens de Hoge Raad in de begroting te worden betrokken:

Nu de rechter bij het bepalen van schadevergoeding zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te begroten, had het hof zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet mogen vasthouden aan een begroting van de belastingschade waarin wordt voorbijgegaan aan de ingrijpende wijziging van het belastingstelsel met ingang van 2001.

en:

Zoals uit het hiervoor overwogene blijkt, heeft de rechter bij het begroten van schade de vrijheid om de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft evenwel uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot. Daarbij past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve, anders dan het hof oordeelde, vrij om bij kapitalisatie van blijvende en periodieke letselschade naar een lang voor zijn uitspraak gelegen peildatum, rekening ermee te houden dat het op de peildatum bestaande overlijdensrisico van de benadeelde zich tot dusver niet heeft gerealiseerd en daarom het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet te verdisconteren.⁷³

De formulering dat het de rechter 'vrij staat' komt in dit verband merkwaardig voor, omdat het het hof kennelijk helemaal niet vrij stond om – zoals het had gedaan – voor het tegenovergestelde te kiezen.

Maar ook bij andere schades die eerst geruime tijd na hun ontstaan worden begroot kunnen opgekomen ontwikkelingen relevant zijn. Een illustratie daarvan vormt het arrest Dordrecht/Stokvast, waarin bij de vaststelling van waardevermindering als gevolg van milieuverontreiniging rekening werd gehouden met inmiddels plaatsgevonden hebbende sanering van de grond:

Indien en voor zover echter ten tijde van de vaststelling van de schade door de rechter, de aanvankelijk opgetreden waardevermindering van de woningen ongedaan blijkt te zijn gemaakt door een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering in het gebied waar de woningen zich bevinden, is dit waardeherstel een niet met de individuele situatie van de eigenaar samenhangende omstandigheid die redelijkerwijs in aanmerking behoort te worden genomen om te voorkomen dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.

Bloembergen wijst er in zijn noot op dat dit niet met abstracte berekening te maken heeft, maar met vergoeding (in de vorm van herstel) van de schade door een derde.

⁷³ HR 30 november 2007, L/JN BA4606, NJ 2012/613.

3.2 Overige gevallen

Het bij zaaksbeschadiging gehanteerde vertrekpunt dat de benadeelde op het moment van de beschadiging voor en onafhankelijk van herstel schade lijdt in de vorm van waardevermindering ter grootte van de objectieve kosten van herstel wordt uitdrukkelijk niet gevolgd in geval van tekortschieten door de huurder om het gehuurde terug te brengen in 'dezelfde staat' als bij aangaan van de huur (vgl. art. 7:224 lid 2 BW), in het bijzonder niet wanneer de verhuurder helemaal niet tot herstel overgaat.⁷⁴ De Hoge Raad zegt niet waarom niet, althans niet meer dan dat 'een dergelijke stelling in haar algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard'. Volgens Bloembergen is schade door zaaksbeschadiging veel minder aan de persoon van de eigenaar gebonden dan de schade waar het hier om gaat en wijzen ook doelmatigheids-overwegingen hier niet in de richting van abstractie.⁷⁵ Mij lijkt vooral relevant dat het hier niet gaat om een gebeurtenis waardoor de waarde van de zaak wordt aangetast (even aangenomen dat dat zo is) en dat referentie aan objectieve herstelkosten daarom niet nodig is.⁷⁶ De grondslag van de vergoeding ligt hier rechtens niet in aantasting van de zaak, maar in niet nakoming van een contractuele toezegging om de zaak in een bepaalde toestand (terug) te brengen. Een andere kwestie is of aan de verhuurder in dat licht vervangende schadevergoeding zou toekomen.⁷⁷

Ten aanzien van begroting van schade als gevolg van een door een beroepsfout veroorzaakt verstekvonnis heeft de Hoge Raad ook niet als regel willen aanvaarden dat deze schade steeds tenminste zal belopen het geldbedrag dat in het verstekvonnis is uitgedrukt. Deze stelling vindt, in haar algemeenheid, geen steun in het recht. Met name gaat zij niet op voor het geval er een reële kans bestaat dat aan het verstekvonnis niet of niet volledig zal worden voldaan, aldus de Hoge Raad.⁷⁸ Van deze mogelijke toekomstige ontwikkeling mag dus niet worden geabstraheerd, zij moet uitdrukkelijk in de schade worden verdisconpteerd.

Geen 'normering' of abstractie vond ook plaats ten aanzien van in aftrek te nemen vrijkomende arbeidskracht van oesterkwekers in verband met te berekenen bedrijfsschade bij toepassing van de Deltaschadedewet, 'omdat daarvoor in deze wet geen aanknopingspunt is te vinden'.⁷⁹ Evenmin vond abstractie plaats ten aanzien van geleden omzetverlies als gevolg van bedrijfsstagnatie door

74 Zie HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 482, m.nt. A.R. Bloembergen (FVH/Staat); HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 965, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Van Ulzen/Goolkate) en HR 6 juni 1997, *NJ* 1997, 612 (Ambassador/Beschermd Wonen).

75 Noot, *NJ* 1979, 482 sub 1.

76 Zie voor een andere parallel met objectivering bij de vaststelling van een vergoeding in verband met huur art. 7:225 BW en voor een analoge toepassing daarvan bij onderhuur HR 24 mei 2013, BZ1782 (Credit Suisse/Subway).

77 Vgl. HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210, m.nt. Jac. Hijma (Sparrow/Van Beukering).

78 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 255, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Veen/mr. X).

79 HR 19 december 1975, *NJ* 1976, 305.

beschadiging van een krachtstroomkabel ('Geen rechtsregel brengt immers mee...').⁸⁰ Deze motiveringen zijn niet erg indrukwekkend. Zij illustreren hooguit dat abstractie uitzondering is.

Ook in een arrest inzake hinder door op groentekassen poepende bijen is door de Hoge Raad niet gekozen voor de bij zaaksbeschadiging bekende formule dat voor en onafhankelijk van herstel een schade wordt geleden in de vorm van waardeverlies die, wanneer herstel mogelijk en verantwoord is, wordt begroot op de objectieve herstelkosten.⁸¹ Hier werd door de Hoge Raad gezegd dat de kosten van reiniging 'immers, onverschillig of zij moeten worden beschouwd als kosten van herstel van reeds geleden schade dan wel als kosten ter voorkoming van toekomstige schade, niet voor toewijzing vatbaar [zijn], voor zover zij het bedrag van de exploitatieschade overtreffen, een en ander behoudens bijzondere omstandigheden (...)'. Door Bloembergen is hier forse kritiek op geleverd, omdat ten onrechte niet zou zijn gekozen voor abstractie.⁸² Zie ik het goed, dan zegt de Hoge Raad hier niet meer dan dat herstel economisch in beginsel niet verantwoord is als de kosten ervan de 'waardevermindering' (exploitatie-schade) overtreffen.

Voorts weigerde de Hoge Raad uitdrukkelijk te abstraheren van concrete omstandigheden bij de vaststelling van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. In de lagere rechtspraak was geopteerd voor een soort 'tweede kantonrechtformule', maar de Hoge Raad wilde daar in verband met de aard van de wijze van beëindiging en de 'aard van de aansprakelijkheid' niet aan en koos uitdrukkelijk voor een oriëntatie op de omstandigheden van concrete het geval.⁸³

Ten slotte werd geen abstractie van 'werkelijk geleden schade' toegelaten in een geval van overname van pensioenverzekeringen waarbij door de oorspronkelijke verzekeraar onvoldoende was gereserveerd. De schade van de verzekerde werd gesteld op het bedrag dat aan de opvolgend verzekeraar moest worden bijbetaald en niet, zoals was bepleit, op de omvang van het tekort aan opgebouwde reserve.⁸⁴

80 HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Enci/Lindelauf): 'Geen rechtsregel brengt immers mee dat, zo de productiecapaciteit van een bedrijf tijdelijk uitvalt door het uitvallen van een bedrijfsmiddel – zoals hier de beschadigde krachtstroomkabel – de schade, ongeacht of door dit uitvallen werkelijk nadeel is geleden, zou dienen te worden gesteld op de waarde van de goederen die zonder dit uitvallen geproduceerd hadden kunnen worden, ook niet als (...) op die waarde de variabele produktiekosten in mindering werden gebracht. Dit geldt evenzeer indien deze goederen een marktprijs of naar objectieve maatstaven vast te stellen prijs hebben.'

81 HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 69, m.nt. A.R. Bloembergen (Luykx/Bastiaansen).

82 Vgl. zijn noot onder het arrest.

83 HR 12 februari 2010, *NJ* 2010, 494, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Rutten/Breed).

84 HR 23 april 2010, *LJN* BL6156 (Optas/ECT).

4 Evaluatie

4.1 Wat is abstractie?

Is er na deze tamelijk uitvoerige inventarisatie een beter beeld ontstaan op de kwestie wat abstractie in dit verband inhoudt? De variëteit aan typen gevallen waarin zij aan de orde is en de uiteenlopende gevolgen die abstractie in de geschetste gevallen heeft, maakt een antwoord op die vraag niet eenvoudig. Misschien moet dat ook wel een eerste conclusie zijn: abstractie bij vaststelling van schade die op grond van een normschending voor vergoeding in aanmerking komt is helemaal geen leerstuk dat wetmatigheden kent, en zij is bovendien maar van bescheiden betekenis. Het gaat niet om de vraag of 'schade concreet of abstract moet worden berekend', maar telkens om de vraag of bij de vaststelling van de schade in een concrete situatie ten aanzien van een specifieke schadepost van een bepaalde omstandigheid mag worden geabstraheerd. Dat gezegd hebbende, valt er natuurlijk wel iets meer op te merken.

Eerst iets over de terminologie.⁸⁵ In de literatuur, maar ook in de rechtspraak, is die wisselend. Meijers sprak in 1938 van een 'abstracte wijze van berekening der schadevergoeding'. Veelal wordt, waarschijnlijk in navolging van Duitse literatuur,⁸⁶ gesproken van 'abstracte schadeberekening'.⁸⁷ Soms wordt gesproken van een 'abstracte wijze van schadebegroting'.⁸⁸ Soms wordt zelfs – meer abstract – gesproken van 'de abstracte methode'.⁸⁹ Bezien we de geschetste gevallen goed, dan gaat het telkens om de vraag welke factoren bij de vaststelling van schade die voor vergoeding in aanmerking komt al dan niet in ogenschouw worden genomen. Het gaat dus om een selectie in het kader van het begrip schade.⁹⁰ Natuurlijk is er een grensgebied met andere leerstukken: bewijs, begroting, causaliteit, voordeeltorekening, maar in de kern gaat het meen ik toch om het begrip schade, een kwestie die aan de begroting voorafgaat. Verwevenheid met de andere leerstukken is er wel, omdat door abstractie bepaalde factoren niet meer hoeven te worden bewezen, elementen juist wel of niet in aanmerking moeten worden genomen bij de begroting, en met abstractie soms ook een oordeel wordt gegeven over de relevantie van voordelen.

Nu het bij abstractie gaat om het maken van keuzes in het kader van de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, is het oordeel van feitenrechters op dit punt vatbaar voor toetsing in cassatie. In de parlementaire geschiedenis is weliswaar benadrukt dat de rechter een grote mate van vrijheid toekomt bij de vaststelling van schade en dat het 'in beginsel' aan de rechtspraak is overgelaten om te bepalen in welke gevallen 'een abstracte wijze van

85 Zie meer in het algemeen over abstraheren als methode van rechtsvinding Schut 1966a.

86 Zie daarover Bloembergen 1965, nr. 29.

87 Bijv. HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. C.J.H. Brunner (Waeijen Scheers/Naus) en Klaassen 2007, nr. 10.

88 MvA II, PG Boek 6, p. 339.

89 Barendrecht 1985, p. 790.

90 Bloembergen 1965, nr. 26. Hij spreekt ook wel van een 'objectief begrip schade'.

schadeberekening' op haar plaats is, maar daarmee is niet gezegd dat de feitenrechter op dit punt geheel vrij is.⁹¹ De Hoge Raad heeft in dit verband wel eens gebruik gemaakt van de formulering dat 'het de rechter vrij staat' om te abstraheren,⁹² maar uit de rechtspraak waarin de Hoge Raad oordelen van feitenrechters over abstractie toetst blijkt dat de Hoge Raad deze kwestie wel degelijk tot zijn eigen domein rekent. Dat is in overeenstemming met de vaste formule dat in cassatie kan worden getoetst 'of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of ter zake van de wijze van begroting'.⁹³

In de literatuur, maar ook in de rechtspraak, zien we dat soms gebruik wordt gemaakt van de formulering dat bij abstractie wordt afgeweken van de vergoeding van de 'werkelijk geleden schade'. Illustratief is hier de waarschuwing van Van der Grinten:

Gezond verstand moet ons verhoeden om via abstractie vergoedingsaanspraken te construeren, terwijl in werkelijkheid er geen schade is.⁹⁴

Dat is stellig een wijze raad, maar de voorbeelden van gevallen waarin in de rechtspraak abstractie is aanvaard, laten juist zien dat met evenveel recht kan worden gezegd dat voor het omgekeerde moet worden gewaakt: zonder te abstraheren blijft de benadeelde in feite (in werkelijkheid dus) met een nadeel zitten, althans komt de aansprakelijke weg met het betalen van minder schadevergoeding door keuzes van de benadeelde waar hij geen voordeel van behoort te hebben. Naar mijn idee slaat Royer dan ook al in 1969 de spijker op zijn kop:

De term *werkelijk* geleden schade brengt ons met betrekking tot het vraagstuk concreet/abstract m.i. niet verder, daar wij onder deze term verschillende inhouden kunnen verstaan, al naar gelang hetgeen wij als werkelijkheid wensen te zien.⁹⁵

Hier tekent zich het normatieve karakter af van het (juridische) begrip schade en van het abstraheren. Het lijkt een misverstand dat bij abstractie in het kader van vaststelling van schade telkens wordt geabstraheerd van het bestaan van 'werkelijke' schade. Dat is alleen het geval in uitzonderingsgevallen, zoals soms (veelal zal ook daar wel degelijk daadwerkelijk schade zijn geleden) bij de wettelijke rente, en tot op zekere – zij het geringere – hoogte bij de begroting op winst in de zin van art. 6:104 BW. Het is niet het geval bij de abstractie van daadwerkelijk herstel bij zaaksbeschadiging en evenmin bij de abstractie van het maken van kosten voor huishoudelijke hulp of verzorging bij verwonding. In

91 MvA II, PG Boek 6, p. 339.

92 Vgl. HR 28 april 2000, NJ 2000, 690, m.nt. A.R. Bloembergen (Dordrecht/Stokvast) en HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof). Zie over dit aspect kritisch de noot van Bloembergen onder het laatste arrest onder 4. In latere rechtspraak zien we de tournure niet terug.

93 Vgl. bijv. HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Enci/Lindelauf).

94 Noot NJ 1988, 965.

95 Royer 1969, p. 52.

die gevallen dient de abstractie er vooral toe om de aansprakelijke het verweer te ontzeggen dat geen schade is geleden, omdat deze niet 'zichtbaar'⁹⁶ is gemaakt of is 'gerealiseerd' door (hogere) uitgaven of verminderde inkomsten. De gedachte daarachter is dat het redelijker is de aansprakelijke te belasten met vergoeding van de marktwaarde van de in kwestie benodigde prestatie, dan het nemen van verlies of het verrichten van vervangende prestaties door de benadeelde voor diens rekening te laten door te zeggen dat er in werkelijkheid geen schade is. Men kan het ook vanuit (rechts)economisch perspectief bekijken: de aansprakelijke moet opkomen voor de werkelijke lasten van zijn handelen en deze mogen niet 'bedekt' blijven als gevolg van eigen inspanningen van de benadeelde.

In de rechtspraak (en ook in de literatuur⁹⁷) is voorts de nadruk gelegd op abstractie van het individuele, de schuldenaar betreffende, maar in gevallen waarin 'abstractie' wordt aanvaard kan toch moeilijk worden gezegd dat de kern is dat wordt geabstraheerd van omstandigheden die het individu in kwestie betreffen. Bezien we de gevallen van abstractie bij letsel, dan moet immers telkens worden gezien of, gelet op het letsel van de benadeelde en de beperkingen die dat meebrengt, in het concrete geval het inroepen van professionele hulp redelijk zou zijn geweest, ten aanzien van welke concrete activiteiten dat op zijn plaats zou zijn geweest en dus ook in welke omvang. Het enige waarvan wordt 'geabstraheerd' is dat er in het concrete geval door de benadeelde geen out of pocket kosten worden gemaakt, maar dat is niet zozeer een omstandigheid die deze specifieke benadeelde betreft als wel een kenmerk van dit type gevallen.⁹⁸ Dat wordt geabstraheerd van omstandigheden die de concrete persoon van de benadeelde betreffen en wordt uitgegaan van schade die een vergelijkbare benadeelde doorgaans lijdt, lijkt dus niet steeds de kern van de kwestie.

Iets anders is dat abstractie wel in verband kan worden gebracht met normering. Normering dient er doorgaans toe om voor een grote groep van gevallen een standaard te zetten om geschillen te voorkomen of beperken. Daarbij vormt doorgaans het gangbare, normale, de maat en, wil normering in die zin effectief zijn, veelal ook de uiteindelijke standaard.⁹⁹ In die zin wordt bij normering geabstraheerd van individuele omstandigheden van de benadeelde in kwestie.¹⁰⁰ Aldus kan met abstractie ook worden 'gestuurd': door vooraf kenbaar te

96 In zoverre kan toch enige steun worden gevonden in Van Dale: 'geen verband houdend met de zichtbare werkelijkheid'.

97 Vgl. bijv. De Groot 1980, p. 50 l.k.

98 De Hoge Raad suggereert met de eis dat het inroepen van professionele hulp 'normaal en gebruikelijk' moet zijn weliswaar anders, maar die eis berust op een fictie. Zie Vranken (noot *NJ* 2003, 504, sub 5e).

99 Vgl. evenwel de normeringen die door de branche zijn opgesteld ten aanzien van verschillende schadeposten bij letsel of overlijden (www.deletselschaderaad.nl) en die doorgaans afwijking toestaan na bewijslevering van het bestaan van meer schade.

100 Een uitdrukkelijk voorbeeld daarvan vormen de autoschades. Vgl. HR 26 oktober 2012, *LJN* BX0357, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon).

maken wat – in ieder geval – als schade wordt aangemerkt, kunnen partijen hun onderhandelingen daar naar inrichten. Dat is een groot voordeel van de ‘normerende’ kant van abstractie. Het lijkt er bijvoorbeeld op dat abstractie eraan heeft bijgedragen dat over autoschades nagenoeg nooit meer wordt geprocedeerd. Meer in het algemeen valt te signaleren dat de praktijk aan richtlijnen op het punt van schadevaststelling behoefte heeft en er soms ook zelf in voorziet.¹⁰¹ Ook de wetgever kiest er soms voor, zo leert de recente regeling inzake geconvenieerde incassokosten.¹⁰² Nu de Hoge Raad zijn sturende taak in rechtsvorming steeds belangrijker gaat vinden, biedt dat voor het onderhavige terrein misschien perspectief. Bezien we evenwel de rechtspraak op het gebied van (door de Hoge Raad zelf uitdrukkelijk gekwalificeerd als schade)vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag,¹⁰³ een terrein waarop in de lagere rechtspraak een uitdrukkelijke behoefte aan normering was geuit, dan blijkt niettemin dat doelmatigheid op dit gebied niet heilig is.

In de hiervoor in de rechtspraak gesignaleerde gevallen van abstractie lijkt, afgezien van de figuur van de wettelijke rente, het aspect van normering evenwel niet steeds de boventoon te voeren. In het verleden is de kern van abstractie bij schadevaststelling wel gezocht in het vermogensbegrip: doordat vermogensbestanddelen worden onthouden of beschadigd wordt de benadeelde direct, ongeacht eventuele kosten van herstelmaatregelen, in zijn vermogen aangetast. Daarin zou dan ook de begrenzing van abstractie besloten liggen: geen abstractie bij tijdelijke ontneming van gebruiksmogelijkheden van een zaak en ook niet bij ‘verlies van tijd’, omdat dit geen vermogensbestanddelen zijn.¹⁰⁴ Voor abstractie bij koop is dit (op het niveau van het vermogen wordt direct schade geleden) inderdaad een bruikbare invalshoek. Juist de problematiek van letsel- en overlijdensschade laat evenwel zien dat het aanknopingspunt voor abstractie niet zozeer is gelegen in de stand van het vermogen van de benadeelde op het moment van ‘beschadiging’, maar dat de redelijkheid van het nemen van herstelmaatregelen de spil vormt voor abstractie: de objectieve waarde daarvan, los van werkelijk gemaakte of te maken kosten, is te zien als de schade die wordt geleden.¹⁰⁵

Het perspectief van de objectieve kosten van redelijke herstelmaatregelen lijkt dus een terugkerend element: het wordt als vertrekpunt gekozen bij wanprestatie bij koop, bij beschadiging van roerende en onroerende zaken, bij verzorgingsinspanningen en in essentie ook bij de wettelijke rente, die immers is gebaseerd op de kosten van lening van een vervangende geldsom.¹⁰⁶ Abstractie in de vorm van begroting op door de aansprakelijke genoten winst (art. 6:104

101 Men denke aan de steeds toenemende richtlijnen op het gebied van letsel- en overlijdensschade van de Letselschaderaad. Zie www.deletselschaderaad.nl.

102 Vgl. art. 6:96 lid 4 BW.

103 Vgl. HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Rutten/Breed).

104 Vgl. De Groot 1980, p. 55, resp. Zwitser 1999, p. 2058-2063.

105 Aldus heeft Barendrecht 1985, p. 789-796, die in dit kader de nadruk legt op de herstelfunctie van schadevergoeding, gelijk (gekregen).

106 Zie over de ratio en de gebrekkige uitwerking daarvan Vis 2011, p. 147 e.v.

BW) vormt in dit opzicht een uitzondering, maar dat komt omdat deze vorm van begroting gewoon een volstrekt ander perspectief (dan geleden nadeel) kiest.

4.2 *Consequenties van abstracties*

De eerder geschetste voorbeelden van abstracties laten zien dat zij in de eerste plaats van betekenis zijn voor het partijdebat over de vraag welke omstandigheden relevant zijn voor de vraag ter zake van welke schade-elementen de benadeelde aanspraak kan maken op vergoeding.

Dat betekent dat abstractie gevolgen heeft voor bewijs: de koper hoeft niet te bewijzen dat hij een claim van een derde heeft ontvangen, de eigenaar van een beschadigde zaak en de ouder die een gewond kind verzorgt hoeven geen rekening over te leggen, het slachtoffer van vertraging hoeft geen schade te bewijzen en wie begroting op winst vraagt, hoeft de omvang van zijn schade niet aan te tonen. Wel moeten zij bewijzen hoeveel respectievelijk de marktprijs, de objectieve kosten van herstel of de kosten van professionele hulpverlening en de genoten winst in het concrete geval bedragen.

Hiervoor is telkens gesteld dat de abstracties ertoe leiden dat de aansprakelijke verweren worden onthouden. Dat illustreert het normatieve karakter ervan: bij de vaststelling van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt worden telkens waarderende keuzes gemaakt die mede worden ingegeven door de aansprakelijkheid van de veroorzaker. Is de abstractie in de vorm van een fixatie gegoten, dan bindt zij beide partijen. Is dat niet het geval, dan komt de vraag op of de benadeelde mag kiezen voor concretisering. Omdat hij niet zal willen concretiseren als dat leidt tot een lagere vergoeding dan bij abstractie ('ik heb in eigen bedrijf gerepareerd en dat was goedkoper dan de objectieve herstelkosten'), gaat het in feite bijvoorbeeld om de vraag of de benadeelde aanspraak kan maken op meer dan de objectieve herstelkosten of op meer dan de kosten van een professionele hulpverlener wanneer hij in werkelijkheid meer kosten heeft gemaakt. (In art. 6:104 BW ligt in feite een keuze van de benadeelde voor de desbetreffende abstractie besloten, voelt hij daar niet voor, dan vordert hij gewoon vergoeding op basis van zijn schade.) De rechtspraak laat mijns inziens telkens toe dat de benadeelde aanspraak maakt op meer. Hij zal dan wel hebben uit te leggen waarom dat meerdere redelijk is, omdat de objectieve herstelkosten in beginsel een redelijk vertrekpunt zullen vormen. De rechtvaardiging kan worden gevonden in de basisgedachte van het schadevergoedingsrecht: de aansprakelijke moet de benadeelde zoveel mogelijk feitelijk brengen in de situatie waarin deze zich zonder de normschending zou hebben bevonden, althans hij zal de benadeelde daartoe financieel in de gelegenheid moeten stellen. Kosten die de benadeelde in dat kader maakt kunnen worden gezien als kosten ter beperking van zijn (bijvoorbeeld gevolg)schade en die komen binnen het kader van de – dubbele – redelijkheidstoets volgens art. 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking. Gelet op het feit dat de benadeelde door de

aansprakelijke in deze positie is gebracht, mogen aan de redelijkheid van de genomen beslissingen geen al te hoge eisen worden gesteld en zal het feit dat de daadwerkelijk gemaakte kosten de objectieve herstelkosten overstijgen niet meebrengen dat deze reeds daarom onredelijk zijn.¹⁰⁷

Hiervoor is al gezegd dat abstractie ertoe leidt dat de aansprakelijke verweren worden ontzegd: u hebt geen kosten gemaakt, dus u lijdt geen schade. De aansprakelijke heeft die 'keuze' dus niet. Dat is (niet on)rechtvaardig, omdat de normschending van de aansprakelijke nu juist de oorzaak is van de kwestie.

In de rechtspraak met betrekking tot zaaksbeschadiging is geoordeeld dat de benadeelde door de beschadiging 'reeds voor en onafhankelijk van het herstel' schade in zijn vermogen lijdt.¹⁰⁸ Daaruit is de conclusie getrokken dat de wettelijke rente over de verschuldigde schadevergoeding gaat lopen op het moment van de beschadiging, althans wanneer de benadeelde opteert voor waardevergoeding op basis van de objectieve herstelkosten.¹⁰⁹ Met name door Spier is hiertegen ingebracht dat dit leidt tot de ongerijmdheid dat de benadeelde die later tot herstel overgaat kan kiezen tussen vergoeding van de waardevermindering ten tijde van de beschadiging ('abstracte berekening') met wettelijke rente vanaf dat moment en vergoeding van de concreet gemaakte herstelkosten met wettelijke rente vanaf het moment waarop deze zijn gemaakt. Hij bepleit daarom bij de 'abstracte variant' voor de looptijd van de wettelijke rente uit te gaan van het moment waarop redelijkerwijs tot herstel zou zijn overgegaan.¹¹⁰ Gelet op het feit dat de kern van abstractie in dergelijke gevallen is gelegen in het voorzien in een redelijke mogelijkheid van herstel, is daarvoor inderdaad veel te zeggen.

4.3 *Ratio van abstractie*

De eerder geïnterpreteerde rechtspraak laat zien dat de keuze voor abstractie doorgaans bescheiden is gemotiveerd. Redelijkheid, billijkheid en doelmatigheid lijken de sleutelwoorden. In de literatuur zijn verschillende argumenten voor abstractie aangevoerd. De meeste schrijvers voeren doelmatigheid of efficiëntie aan: omdat het gaat om grote aantallen vergelijkbare gevallen, is het doelmatig het 'gangbare' tot uitgangspunt te nemen en te bezien hoe groot in het algemeen de schade is van een benadeelde in een met die van de schuldeiser vergelijkbare positie.¹¹¹ Bezien we de hiervoor vergeleken gevallen goed, dan lijkt het element van de grote aantallen niet zozeer, en zeker niet telkens, doorslaggevend. Bij autoschades zijn de aantallen ongetwijfeld relevant

107 Zie voor (clemente) rechtspraak over schadebeperking *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 101, aant. 40.

108 Vgl. HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Staat/Knebel).

109 HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 625, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Staat/Van Driel).

110 Spier 1995, p. 711-712. Hij krijgt bijval van Klaassen 1997, p. 12, zij het dat zij ook voor mogelijk lijkt te houden dat in een dergelijk geval in het geheel geen wettelijke rente is verschuldigd.

111 Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2013, nr. 37 en Bloembergen 1965, nr. 25.

en hetzelfde geldt voor de wettelijke rente. Maar bij de meeste voorbeelden van abstractie moet worden bedacht dat de individuele omstandigheden van de benadeelde toch in belangrijke mate een rol spelen: ook bij autoschades gaat men niet uit van een gemiddelde beschadiging van een gemiddelde auto, maar telkens van de waardevermindering in de vorm van objectieve reparatiekosten van de in het specifieke geval in de specifieke mate beschadigde auto. Hooguit kan men zeggen dat door de gebruikelijkheid van reparaties de objectieve herstellkosten betrekkelijk eenvoudig zijn vast te stellen. In geval van abstractie bij huishoudelijke hulp zou men misschien kunnen zeggen dat de situatie geregeld voorkomt, maar de rechtvaardiging voor abstractie in deze gevallen lijkt toch vooral daarin te zijn gelegen dat de benadeelde in beginsel professionele hulp mag aantrekken en dat het daarom gerechtvaardigd is om de prijs daarvan tot vertrekpunt te nemen.

De Groot relateert de thematiek aan de doeleinden van het schadevergoedingsrecht, noemt in dat verband de herstellfunctie als primaire functie en voert voorts als rechtvaardiging voor abstractie 'rechtshandhaving' aan.¹¹² In de kern betekent dat het volgende:

Kort gezegd: toepassing van de abstracte methode van schadeberekening komt erop neer, dat men de vergoedingsplichtige het beroep ontzegt op de omstandigheid, dat in het aan de orde zijnde geval door bijzondere omstandigheden aan de zijde van de benadeelde andere schade wordt geleden dan die welke doorgaans wordt geleden.¹¹³

Daarin schuilt m.i. de terechte signalering dat abstractie ertoe leidt (en er feitelijk in procedures ook vooral toe dient) dat de aansprakelijke een verweer wordt ontzegt: 'u hebt niks betaald, dus lijdt u geen schade'. De relatering aan de 'schade welke doorgaans wordt geleden' acht ik, zoals hiervoor is uiteengezet, minder wezenlijk: de rechtshandhavingsfunctie heeft vooral betekenis in de zin dat zij de noodzaak van de mogelijkheid van herstel (plaatsing van de benadeelde in de situatie die er zonder de rechtsschending zou zijn geweest) onderstreept.¹¹⁴

De gedachte dat de oriëntatie op objectieve kosten van herstel samenhangt met de herstellfunctie van het schadevergoedingsrecht, is met name gesignaleerd door Barendrecht.¹¹⁵ Hij benadrukt dat het bij schadevergoeding in essentie telkens gaat om de vraag welke herstelmaatregelen redelijk zijn. Ik denk dat hij daarmee een belangrijk element blootlegt, maar nog niet direct verklaart waarom de herstellfunctie rechtvaardigt dat, zoals bij zaaksbeschadiging, mag worden geabstraheerd van daadwerkelijk herstel.

112 De Groot 1980, p. 49-58.

113 De Groot 1980, p. 53.

114 De Groot keert de redenering m.i. ten onrechte om wanneer hij zegt (p. 53 l.k.): 'De erkenning van de mogelijkheid van een abstracte schadeberekening noopt dus tot aanvaarding van deze rechtshandhavingsfunctie.'

115 Barendrecht 1985, p. 789 e.v.,

Uiteindelijk denk ik dat een belangrijk onderdeel van de rechtvaardiging van abstractie is dat het resultaat ervan bevredigend is, althans bevredigender dan het resultaat van niet abstraheren. Dat is dogmatisch niet indrukwekkend, maar wel praktisch. Bezien we de gevallen waarin abstractie plaatsvindt, dan gaat het in de concrete gevallen telkens om het verwerpen van door de aansprakelijke opgeworpen verweren die niet redelijk zijn: u lijdt geen schade in de vorm van waardevermindering, want u hebt niet verkocht; u lijdt geen schade, want u hebt in eigen bedrijf gerepareerd; u lijdt geen schade, want u hebt geen kosten gemaakt voor professionele hulp. Zouden die verweren succesvol zijn, dan zou de benadeelde blijven zitten met een nadeel of risico dat er niet zou zijn geweest of met eigen inspanningen die niet zouden zijn verricht als de aansprakelijke persoon zijn rechtsschending achterwege had gelaten.¹¹⁶ Uiteindelijk is dus de redelijkheid van in een bepaald type gevallen doorgaans te nemen herstelmaatregelen beslissend.¹¹⁷ Dat is ook van belang in verband met de rechtszekerheid: de benadeelde moet zo snel mogelijk weten op vergoeding van welke herstelmaatregelen hij – in elk geval – aanspraak kan maken.¹¹⁸ De Hoge Raad heeft oog voor dit aspect, wanneer hij in verband met overlijdensschade overweegt:

Voor een deels objectieve benadering als zojuist bedoeld bestaat te meer aanleiding omdat het hier gaat om de begroting van (grotendeels) nog niet ingetreden schade (art. 6:105 BW). Gelet op deze aard van de schadepost, maar ook om mogelijk te maken dat zo spoedig mogelijk na het ongeval in overleg tussen de aansprakelijke partij en de benadeelden een passende vergoeding voor deze vorm van gederfd levensonderhoud kan worden vastgesteld, ligt het voor de hand om bij de vaststelling van de behoefte van de kinderen aan een voorziening voor vervangende huishoudelijke hulp uit te gaan van de na het ongeval bekende concrete omstandigheden waarin zij tot aan hun meerderjarigheid zullen verkeren, en daarbij geen rekening te houden met het antwoord op de vraag of reeds daadwerkelijk is voorzien in professionele huishoudelijke hulp dan wel of de mogelijkheid bestaat dat de overblijvende ouder in de toekomst gaat trouwen of samenwonen met een nieuwe partner die huishoudelijke taken in het gezin kan gaan verrichten.¹¹⁹

Deze overweging illustreert nog eens het samenspel tussen concretisering en abstractie. De keuze om ook bij verzorgingsinspanningen bij letsel en overlijden voor abstractie te kiezen laat bovendien zien dat deze methode kan worden aangewend om bepaalde schadeposten te laten ‘emanciperen’: wat vroeger niet als schade werd aangemerkt, wordt thans als schade bij de aansprakelijke persoon in rekening gebracht. Dat roept natuurlijk nieuwe grensgeschillen op:

116 Vgl. ook Bloembergen 1965, nr. 35, die stelt dat abstractie ‘reëel’, in overeenstemming met de werkelijkheid is, dat de benadeelde zich met de vergoeding herstel kan verschaffen, dat het aansluit op behoeften van de praktijk en dat het leidt tot redelijke en alleszins aanvaardbare resultaten.

117 Dat het overigens niet altijd redelijk hoeft te zijn om tot daadwerkelijk herstel over te gaan, i.c. omdat de door het onrechtmatig handelen veroorzaakte toestand geen achteruitgang inhield t.o.v. de oorspronkelijke, leert recentelijk HR 11 januari 2013, *LJN* BX9830, *NJ* 2013/48.

118 Ook professionele partijen zijn natuurlijk gebaat bij spoedige duidelijkheid. Zie uitdrukkelijk in deze zin HR 26 oktober 2012, *LJN* BX0357, *NJ* 2013/219 m.nt. M.M. Mendel (Reaal/Athlon).

119 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (Bakkum/Achmea), rov. 3.4.3, slot.

waarom hebben ouders wel recht op vergoeding van aan verzorging bestede tijd, maar niet op vergoeding van aan bezoek bestede tijd? Is het bestaan van een professionele equivalent werkelijk beslissend? En als dat zo is, (waarom) hebben ouders dan bijvoorbeeld ook aanspraak op aan 'incasso' bestede tijd?¹²⁰ Op dergelijke vragen is niet vanuit enig dogmatisch concept een consequent antwoord te geven. Maatschappelijke ontwikkelingen en rechterlijke erkenning daarvan zullen hier beslissend zijn.

5 Afronding

In het voorgaande is belicht dat wat pleegt te worden aangeduid als 'abstracte schadeberekening' eigenlijk helemaal geen leerstuk is dat wetmatigheden kent. Abstraheren bij de vaststelling welke schade als gevolg van een normschending voor vergoeding in aanmerking komt vindt in zeer uiteenlopende gevallen en op zeer uiteenlopende wijzen plaats, terwijl daarvoor ook uiteenlopende motieven worden genoemd. Het gaat niet om de vraag of een bepaald type schade 'abstract of concreet moet worden berekend', maar telkens om de vraag of in het concrete geval voor de invulling van het begrip schade van een of meer specifieke omstandigheden mag worden geabstraheerd.

Het gaat bij abstractie dan ook telkens om normatieve keuzes ten aanzien van de vraag welke elementen beslissend zijn voor de omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Een enkele dragende grond is voor dergelijke abstracties niet aan te wijzen, al lijkt het bieden van de mogelijkheid van daadwerkelijk herstel wel een leidende gedachte. Voorts speelt de redelijkheid van het met abstractie bereikte – althans de onredelijkheid van het door de laedens bepleite – resultaat een belangrijke rol.

6 Vraagpunten voor het debat

1. Wanneer het voor de benadeelde zekerstellen van de financiering van herstel de kern vormt voor het aanvaarden van abstracties, zou het dan niet redelijk(er) zijn om bij zaaksbeschadiging ook van het maken van kosten te abstraheren in geval van tijdelijke derving van gebruiksmogelijkheden?

Toelichting: in de literatuur heerst verschil van inzicht over abstractie bij tijdelijke derving van gebruiksmogelijkheden; de rechtspraak lijkt er niet voor te voelen (zie par. 2.2). In de praktijk zal onzekerheid over vergoeding ter zake veelal tot grote terughoudendheid leiden bij het maken van kosten ter vervanging. Dat betekent dat de benadeelde in feite tekort komt en nadeel voor zijn rekening neemt. Is het niet redelijk(er) dat nadeel op de aansprakelijke af te wentelen?

¹²⁰ Neen, aldus Rb. Breda 31 januari 2007, JA 2007, 74, NJF 2007, 156, VR 2008, 31 (Vader van 12-jarig letselschadeslachtoffer vordert vergoeding van tijd besteed aan bepaling van de schade. Rb.: deze, in de particuliere sfeer gemaakte 'kosten' vormen geen reële kostenpost die voor vergoeding in aanmerking komt.)

2. Zou abstractie niet meer functioneel moeten worden ingezet ter bevordering van een vlotte(re) afwikkeling van schades, zodat feitelijk herstel wordt bevorderd?

Toelichting: Veel te vaak biedt schadevergoeding pas na jaren een doekje voor het bloeden. In Bakkum/Achmea (zie par. 2.4 en 4.3) toont de Hoge Raad oog te hebben voor het feitelijke belang van de benadeelde om binnen afzienbare tijd een oplossing van zijn probleem te kunnen financieren. Pleit dit er niet voor om veel vaker in een vroeg stadium te abstraheren van mogelijke toekomstige ontwikkelingen en uit te gaan van het 'gangbare' (normering) of bijvoorbeeld een strengere sanctie te plaatsen op vertraging?

Over de onwenselijkheid van abstracte schadeberekening

Mr. A.Ch.H. Franken¹

1 Inleiding

Abstracte schadeberekening (of: abstracte schade²) is geen wettelijk begrip. Afdeling 6.1.10 BW dat over schadeberekening gaat, maakt geen melding van abstracte schadeberekening. Blijkens de wetgeschiedenis bij art. 6:97 BW heeft de wetgever de invulling en nadere ontwikkeling van het begrip overgelaten aan de rechtspraak.³ Daartoe geeft de eerste zin van art. 6:97 BW de rechter de mogelijkheid de schade te begroten:

'De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. (...)

Maar wat betekent *'op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is'*?

Zoals Lindenbergh in zijn preadvies schetst, heeft naar verluidt de Hoge Raad het begrip abstracte schadeberekening in zijn jurisprudentie ontwikkeld aan de hand van verschillende types schade: begin van de vorige eeuw ging het om de abstractie van handelingen van de door wanprestatie teleurgestelde koper (HR 18 november 1937, NJ 1938, 269, m.nt. Meijers; 'Engelse Kolenstaking'); in de tweede helft van de vorige eeuw ging het met name om de vraag of bij zaaksbeschadiging mag worden geabstraheerd van het feit dat herstel binnen het eigen bedrijf heeft plaatsgevonden (HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444, m.nt. Rutten; 'PTT-kabel'); en sinds het begin van deze eeuw gaat het om de vraag in hoeverre in geval van letsel of overlijden bij vaststelling van een vergoeding voor redelijke verzorgingsinspanningen en huishoudelijke verrichtingen mag worden geabstraheerd van het maken van kosten van professionele hulp (HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. Bloembergen; 'Johanna Kruidhof'). Opmerkelijk is evenwel dat de Hoge Raad in deze *leading cases* zelf niet van abstracte schadeberekening

1 Met dank aan mrs. M.A. Blom en S.D. Lindenbergh voor hun kritisch commentaar op de concept tekst.

2 Tussen beide begrippen zie ik geen wezenlijk verschil: abstracte schade is het resultaat van abstract berekende schade.

3 MvA II, PG Boek 6, p. 339.

spreekt.⁴ Dit begrip wordt door de Hoge Raad ook niet gedefinieerd of van een overkoepelende norm of rechtvaardiging voorzien.

Abstracte schadeberekening is met name een doctrinair begrip. Vanaf het begin heeft de literatuur getracht de uitspraken van de Hoge Raad nader te onderbouwen en met elkaar in lijn te brengen. Meijers meende in zijn noot onder het Engelse Kolenstakingsarrest (1937) dat het '*standpunt van den Hoogen Raad ongetwijfeld het juiste*' is: '*het is het recht op het interesse commune, zooals de glosse van Accursius, of op de zoogenaamd abstract berekende schadevergoeding, gelijk de modern Duitsche wetenschap het noemt.*' Rutten, in zijn noot onder het PTT-kabelarrest (1961), juichte de uitspraak toe '*uit een oogpunt van doelmatigheid en billijkheid*'. Bloembergen heeft in zijn dissertatie (1965) meer systematisch over abstracte schadeberekening nagedacht. Hij constateerde dat de Hoge Raad abstracte schadeberekening accepteert ingeval van algeheel verlies en beschadiging van een zaak en meende dat abstracte schadeberekening ook bij inbreuk op IE rechten⁵ en tijdelijke ontneming van gebruik van een zaak⁶ juist zou zijn. Bloembergen beval aan dit met zoveel woorden in het ontwerp BW op te nemen.⁷ De wetgever noch de Hoge Raad zijn hem hierin gevolgd. Uiteindelijk komt de keuze voor abstracte schadeberekening volgens Bloembergen – in zijn noot onder het arrest Johanna Kruidhof (1999) – neer op de vraag naar 'maatschappelijke opvattingen en rechtspolitieke wenselijkheden'.⁸ Maar wat 'doelmatig', 'billijk' of 'maatschappelijk wenselijk' is, geeft weinig houvast voor de rechtspraak.⁹

Zo blijven we achter met belangrijke vragen:

1. Onduidelijk is wat de rechtvaardiging is van abstracte schadeberekening. Die rechtvaardiging lijkt althans in hoge mate afhankelijk van de waardering van de specifieke feiten en omstandigheden in een bepaalde zaak. Debatten over het wel of niet toepassen van abstracte schadeberekening zijn tamelijk schimmig.
2. Onduidelijk is daarmee ook in hoeverre de casuïstische toepassing van abstracte schadeberekening zich voor toepassing in andere gevallen leent. Het arrest Johanna Kruidhof betrof, als aangegeven, een zaak rond hulpverlening door mantelzorgers waarbij kosten van professionele hulp werden bespaard. Maar hoe zit het met bespaarde kosten van vervangende zaken?

4 Alleen in het arrest Johanna Kruidhof, r.o. 3.3.2 spreekt de Hoge Raad van 'abstraheren'.

5 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. 1965, p. 98.

6 Bloembergen, a.w., p. 85.

7 Bloembergen, a.w., p. 112.

8 Zie zijn noot onder het arrest Johanna Kruidhof, nr. 9. Zie idem Spier in zijn Conclusie voor dit arrest.

9 Zie voorts o.a. G.H.A. Schut, *Abstraheren als methode van rechtsvinding*, AA 1966, p. 250-260; R. Zwitter, *Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid*, WPNR 5517 (1980), p. 322-331; G.R.J. de Groot, *Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?*, VR 1980, p. 49-58; T.E. Deurvorst, *Abstracte schadeberekening en de expansie van de aanspraak op schadevergoeding*, NTBR 1996/2, p. 37-41; C.J.H. Brunner, *Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht*, in: J.L.P. Cahenbündel, Arnhem 1997, p. 63-70.

Het gemis van bepaalde zaken kan minstens zo belangrijk zijn als het gemis van professionele hulp. Tijdelijk gemis van een zaak is al decennia een bron van debat: moeten we nu wel of niet abstraheren van de daadwerkelijk gemaakte kosten? Bloembergen meent, als gezegd, dat abstrahering mogelijk moet zijn en is bereid op de koop toe te nemen dat de benadeelde feitelijk toch geen profijt van de zaak zou hebben gehad.¹⁰

3. Onduidelijk is zelfs of de uitkomst van abstracte schadeberekening in alle gevallen wel redelijk is. Gezien het casuïstisch karakter zou op eerste gezicht gedacht kunnen worden dat het begrip de rechter voldoende flexibiliteit geeft om tot een redelijke uitkomst te komen. Maar Spier merkt in zijn conclusie voor het arrest Johanna Kruidhof op dat wenselijk zou zijn indien ook een deel van de bespaarde kosten kan worden toegewezen.¹¹ Hoe dit via abstrahering te realiseren? Feiten worden wel of niet in aanmerking genomen. Daar lijkt geen tussenweg in mogelijk.
4. Misschien nog wel het meest fundamenteel: onduidelijk is de positie die abstracte schadeberekening in het wettelijk systeem van schadeberekening inneemt (afdeling 6.1.10 BW). Zo tast men in het duister over hoe abstracte schade, voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en schadebeperking (art. 6:101 BW) zich tot elkaar verhouden.¹² Een ander voorbeeld vormt het arrest Krüter/Wilton Fijenoord, waarin de Hoge Raad in vervolg op het arrest Johanna Kruidhof oordeelde dat, kort gezegd, bespaarde kosten van verpleging door mantelzorgers voor vergoeding in aanmerking komen ('abstract berekend mogen worden'), indien professionele hulp '*normaal en gebruikelijk*' is.¹³ Du Perron en Vranken bepleiten deze maatstaf te vervangen door de redelijkheid.¹⁴ Maar aan welke redelijkheid denken zij? Die van art. 6:96 lid 2 sub a BW (schadebeperking) niet.¹⁵ Maar welke redelijkheid dan wel? De doctrine tast hierover in het duister. Het arrest Krüter/Wilton Fijenoord biedt overigens nog meer systematische onduidelijkheid. Uit het criterium '*normaal en gebruikelijk*' volgt dat de door mantelzorgers aan hulpverlening bestede tijd niet voor vergoeding in aanmerking komt (de kosten niet 'abstract berekend mogen worden'), indien professionele hulpverlening niet mogelijk is¹⁶ of voor zover de hulp door professionele krachten goedkoper kan worden uitgevoerd.¹⁷ Door verschillende schrijvers

10 Zie Bloembergen, a.w., nr. 51 e.v.

11 Par. 3.27 van zijn conclusie voor Johanna Kruidhof.

12 Vgl. Groene Serie Privaatrecht art. 6:100 BW (Lindenbergh), aant. 8.

13 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (Krüter/Wilton-Fijenoord).

14 Du Perron, preadvies NJV 2003-I, p. 136. Vranken in o.a. zijn noot onder HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krüter/Wilton-Fijenoord). Zie ook al Spier in par. 3.27 van zijn conclusie voor Johanna Kruidhof: HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB.

15 Vgl. Vranken in par. 13 van zijn noot onder HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385 (Bakkum/Achmea).

16 Zie ook de vakantiedagen van de ouders van Johanna Kruidhof, die besteed waren aan ziekenhuisbezoek: HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB.

17 Vgl. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB (Johanna Kruidhof), r.o. 3.3.2: '*Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.*'

wordt dit onredelijk bevonden.¹⁸ Maar op welke grond; en wat zijn de alternatieven?

In deze bijdrage doe ik een poging het begrip abstracte schadeberekening te doorgronden. De drie *leading cases* nader beschouwend en doordenkend over de kritische vragen die recent door de literatuur zijn opgeworpen, ben ik tot de overtuiging gekomen dat aan de toepassingen van abstracte schadeberekening wel degelijk specifieke normen ten grondslag liggen (vraag 1), die ook voor andere gevallen gelding kunnen hebben (vraag 2), die bovendien meer variëteit aan uitkomsten mogelijk maken (vraag 3); en verduidelijken welke positie hetgeen thans volgens de eerste zin van art. 6:97 BW met abstracte schadeberekening wordt samengevat, in ons schadevergoedingsrecht inneemt (vraag 4).

Om dit toe te lichten zal ik het onderwerp abstracte schadeberekening op een andere manier benaderen dan gewoonlijk, namelijk: niet per schadesoort (koop, zaakschade, personenschade), maar per abstractie. Daarmee geef ik invulling aan de kritiek die Schut indertijd al had op de benadering van Bloembergen in zijn dissertatie:

*'Ik vraag mij af of niet een andere wijze van behandeling van dit onderwerp de voorkeur had verdiend. Indien men met mij aanneemt dat het probleem niet is bij welke schade, maar van welke omstandigheid geabstraheerd moet worden, ligt het meer voor de hand de verschillende soorten **omstandigheden** die eventueel moeten worden weggedacht tot uitgangspunt te nemen dan de verschillende soorten **schaden** waarbij het probleem zich voordoet.'*¹⁹

In het navolgende inventariseer ik eerst de verschillende abstraheringen zoals die in de drie *leading cases* zijn toegepast (par. 2). Vervolgens zal blijken dat indien niet zozeer naar de schadesoort, maar naar de soort abstrahering wordt gekeken, twee vormen van abstracte schadeberekening kunnen worden onderscheiden (par. 3). In de eerste vorm gaat het eigenlijk om het schatten van de schade, zonder dat in de toepassing daarvan een wezenlijk voordeel voor de benadeelde besloten ligt (par. 4). Dit is anders in de tweede vorm, waarin het juist wel om toedeling gaat van een na het schadevooral opkomend voordeel (par. 5).

Het onderkennen van die twee grondvormen opent nieuwe perspectieven ten aanzien van ratio en reikwijdte van wat thans 'abstracte schadeberekening' wordt genoemd. Voor beide grondvormen zijn immers specifieke, wettelijke regels beschikbaar. Voor zover dit het schatten betreft: de *tweede* zin van art. 6:97 BW;²⁰ en voor zover het gaat om voordeelstoerekening: art. 6:100 BW.²¹ Toepassing van deze wettelijke regels verheldert het debat en laat zien

18 Zie o.a. Du Perron, preadvies NJV 2003-I, p. 136, die spreekt van de noodzaak tot heroverweging.

19 G.H.A. Schut, *Boekbespreking diss. Bloembergen*, RM Themis 1966, p. 250-260.

20 De tweede zin van art. 6:97 BW luidt: '(...) Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.'

21 Althans art. 6:212 BW (zie hierna).

dat aan een overkoepelend begrip 'abstracte schadeberekening' geen behoefte bestaat. Bovendien geven deze wettelijke regels de rechter de mogelijkheid tot een genuanceerder resultaat te komen. Daarmee komen ook de antwoorden op genoemde vier vragen in beeld (par. 6).

Het voorgaande betekent een breuk met hetgeen Bloembergen in zijn dissertatie (1965) verdedigde en – naar het lijkt – sindsdien in de doctrine school heeft gemaakt. Het is evenwel Bloembergen zelf geweest die over abstracte schadeberekening concludeerde:

*'Het betreft hier immers een onderwerp, waarover de discussie zich nog in het beginstadium bevindt en dat dus in de doctrine nader doordacht zal moeten worden.'*²²

2 Drie leading cases

Zoals aangegeven, is abstracte schadeberekening geen wettelijk begrip, maar heeft het zich ontwikkeld aan de hand van jurisprudentie. Drie uitspraken kunnen als *leading cases* worden beschouwd:

- HR 18 november 1937, NJ 1938, 269, m.nt. Meijers; Engelse Kolenstaking, waarin werd geabstraheerd van handelingen van een door wanprestatie teleurgestelde koper;
- HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444, m.nt. Rutten; PTT kabel, waarin bij zaaksbeschadiging werd geabstraheerd van het feit dat herstel binnen het eigen bedrijf had plaatsgevonden; en
- HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. Bloembergen; Johanna Kruidhof, waarin werd geabstraheerd van het maken van de kosten van professionele hulp in geval van letsel.

Omdat het mij, als gezegd, niet zozeer om de soort schade gaat waarvan in de betreffende uitspraak sprake was (koop, zaaksschade, letsel), maar om de specifieke omstandigheden waarvan werd geabstraheerd, zal ik per uitspraak deze omstandigheden nader inventariseren en omwille van het vervolg duiden met een letter (uitspraak) en een nummer (abstractie).

A. – Engelse Kolenstaking (HR 18 november 1937, NJ 1938, 269, m.nt. EMM)

Eén van de eerste zaken waarin de Hoge Raad naar verluidt abstracte schadeberekening toepaste, is in geval van wanprestatie bij koop: het Engelse Kolenstakingsarrest. Van Rompu verkoopt aan Cleeves 10.000 ton kolen voor 41 shilling per ton, f.o.b Ter Neuzen. Cleeves verkoopt de partij kolen door aan het *Government Department* voor een onbekende prijs. Wegens een kolenstaking in Engeland stijgt de kolenprijs nadien scherp. Op 20 oktober 1926 komt Van Rompu zijn leveringsverplichting niet na. Cleeves weet zijn overeenkomst met het *Government Department* geannuleerd te krijgen. De prijs kolen is dan gestegen naar 55 shilling per ton. Cleeves ontbindt de koopovereenkomst met Van Rompu en vordert schadevergoeding, o.a. een bedrag groot 7.000 pond sterling ter zake

²² Bloembergen, a.w., p. 112.

van het verschil tussen de overeengekomen koopprijs (41 shilling per ton) en de waarde van de kolen ten tijde van de tekortkoming (55 shilling per ton).

De rechtbank oordeelt het doorverkopen van de partij kolen door Cleeves aan het *Government Department*, alsmede het kunnen annuleren van die verkoop relevant voor de vraag of Cleeves de gestelde schade als gevolg van Van Rompu's wanprestatie heeft geleden. De rechtbank draagt Cleeves op hierover bewijs te verschaffen. Cleeves gaat in hoger beroep. Ten onrechte – meent hij – stelt de rechtbank de schade afhankelijk van hetgeen hij in zijn handelsbedrijf in verband met de gevolgen van de wanprestatie heeft verricht.

Hof en Hoge Raad geven Cleeves, anders dan de A-G, gelijk. Volgens de Hoge Raad moet de schade van Cleeves worden bepaald aan de hand van het verschil tussen de marktprijs op de dag der wanprestatie (55 shilling) en de (koop)prijs die Cleeves daarvoor eerder had afgesproken (41 shilling):

(A-1) dat Cleeves de kolen had *doorverkocht* (voor vermoedelijk een lagere prijs dan 55 shilling) en deze winst feitelijk dus nooit als opbrengst zou hebben genoten, is volgens de Hoge Raad niet van invloed. Volgens de Hoge Raad, omdat Cleeves alsnog aan haar leveringsplicht aan het *Government Department* kon voldoen door andere kolen tegen die marktprijs (55 shilling) te kopen.

(A-2) ook de eventuele *annulering* die Cleeves bij het *Government Department* mocht hebben verkregen, is volgens de Hoge Raad niet op de schade van invloed, omdat zo'n voordeel niet rechtstreeks voortvloeit uit de wanprestatie – zodat dit voordeel Van Rompu niet aangaat.

B. – PTT-kabel (HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444 m.nt. L.E.H.R.)

Het PTT-kabelarrest heeft voor de praktijk misschien wel de meeste betekenis, als het gaat om abstracte schadeberekening. Een tweetal PTT kabels te Abcoude resp. Vinkenveen raakt op of omstreeks 8 resp. 23 januari 1959 beschadigd door werkzaamheden van aannemer Knebel. De Staat (de PTT was toen nog een Staatsbedrijf) gaat over tot herstel en vordert van Knebel vergoeding van de kosten van dit herstel, waarbij de Staat zich primair op het standpunt stelt dat de 'geleden schade' abstract mag worden berekend. Knebel erkent gehouden te zijn tot vergoeding van het voor het herstel gebruikte materiaal. Knebel betwist echter ter zake van de loonkosten dat die abstract berekend mogen worden, daar waar – kort gezegd – niet aannemelijk is dat daadwerkelijk van extra loonkosten sprake is, nu die loonkosten van eigen personeel meest aannemelijk ook zouden zijn gemaakt als beide schadevoorvallen zich niet hadden voorgedaan.

De rechtbank meent dat voor een abstracte berekening van de 'geleden schade' geen plaats is en draagt de Staat het bewijs op van haar subsidiaire stelling: dat de PTT wel degelijk minder personeel in dienst zou hebben gehad als de PTT niet ook in staat wenste te zijn dergelijke schade te kunnen herstellen.

De Staat gaat van deze beslissing in cassatie en specificiert daarin haar primaire grondslag in die zin dat bij zaaksbeschadiging 'de schade door waardevermindering' abstract en objectief berekend mag worden. De Hoge Raad gaat hierin mee. Zijn beslissing verloopt in twee stappen:

(B-1) allereerst meent de Hoge Raad dat de beschadiging van de kabels *reeds voor en onafhankelijk van het herstel* tot een nadeel in het vermogen van de Staat leiden, gelijk aan de waardevermindering die deze vermogensbestanddelen door de beschadiging ondergaan en dat die waardevermindering in een geldsbedrag kan worden uitgedrukt.

(B-2) vervolgens beslist de Hoge Raad dat dit geldsbedrag waarin de waardevermindering kan worden uitgedrukt ingeval van een beschadigde zaak waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, in het algemeen kan worden gesteld op de *naar objectieve maatstaven berekende kosten van herstel*.

Dezelfde redenering is door de Hoge Raad vervolgens ook bij onroerend goed toegepast: HR 12 april 1985, NJ 1985, 625, m.nt. G (Staat/Van Driel). Bij onroerend goed heeft de Hoge Raad nadien ook nog een andere, vergelijkbare abstrahering toegepast, namelijk: dat na de tekortkoming geen verkoop plaatsvond: HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 (Steendijkpolder). Die abstrahering van verkoop had de Hoge Raad al eerder toegepast bij roerende zaken: HR 20 april 1923, NJ 1923, p. 694 (Straatsifons).²³

C. – *Johanna Kruidhof* (HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB)

Een derde, meer recente *leading case* betreft het arrest Johanna Kruidhof. Een trieste casus van een 11-jarig kind dat op school ernstige brandwonden oploopt als het thee of koffie wil zetten voor de leerkrachten. De Gemeente Losser is aansprakelijk. De discussie gaat over de schade. Johanna heeft na herhaalde opnamen in o.a. het brandwondencentrum Beverwijk en het ziekenhuis te Enschede ook thuis nog verzorging nodig. Haar ouders nemen dit op zich. Vervolgens vorderen zij vergoeding van o.a. (a) gederfde vakantiedagen en (b) de tijd die zij aan verpleging en begeleiding thuis hebben besteed. Twee vragen zijn van belang: (i) gaat het om vermogensschade, en (ii) indien ja: gaat het dan wel om schade van het kind?

De ouders vorderen namens het kind ter zake van de verpleging en begeleiding een bedrag van NLG 20.520,—, voor 1386 uren. Het Hof oordeelt deze schade-post in beginsel toewijsbaar voor zover moet worden aangenomen dat de begeleiding en verpleging anders door professionele hulpverleners waren verricht. Het Hof geeft zich er vervolgens rekenschap van dat de ouders geen werkelijk kosten, in de zin van uitgaven in geld, hebben gemaakt en begroot de vergoeding naar redelijkheid en billijkheid op NLG 15.000,—. De Gemeente Losser gaat hiertegen in cassatie, evenals de ouders. De Gemeente klaagt dat de

²³ Het ging in die zaak om het niet-leveren aan de gemeente Rotterdam van straatsifons, die voor eigen gebruik waren bestemd, maar wel een marktprijs hadden.

schadepost is toegewezen; de ouders klagen dat niet het volledige bedrag is toegewezen. Beide beroepen worden door de Hoge Raad verworpen.

De Hoge Raad beschrijft allereerst de bijzondere omstandigheden van de zaak. Het gaat om een ernstig letsel, waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergt, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis. Bovendien gaat het om een gewond kind, waarvan de ouders op redelijke gronden zelf de voor genezing en herstel van het kind noodzakelijke verpleging en verzorging op zich nemen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen.

De Hoge Raad constateert dat de aansprakelijke van de aanvang af verplicht is de gekwetste in staat te stellen zich van de noodzakelijk verpleging en verzorging te voorzien. Vervolgens komt de Hoge Raad ten aanzien van de gevorderde kosten inzake de aan verpleging en begeleiding bestede tijd tot een driedelige abstrahering:

(C-1) niet van belang is dat die taken in feite *niet door hulpverleners* zijn ingevuld;

(C-2) niet van belang is voorts dat de ouders *jegens het kind geen aanspraak* kunnen maken op een geldelijke beloning voor hun inspanningen;

(C-3) en ten slotte is niet van belang dat de ouders in staat zijn geweest hun taken te vervullen *zonder daardoor inkomsten te derven*.

De Hoge Raad voegt hier nog aan toe, dat aan deze abstraheringen niet af doet dat het kind jegens de ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging. En dat de rechter geen hogere vergoeding mag toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.

Ook de klacht van de ouders wordt afgewezen. De rechter in feitelijke instantie heeft op grond van art. 6:97 BW een grote vrijheid de schade te begroten. Dit brengt mee dat een oordeel dienaangaande zich slechts in beperkte mate leent voor toetsing in cassatie. En 's Hofs oordeel behoefde, volgens de Hoge Raad, geen nadere motivering.

In latere arresten heeft de Hoge Raad, zoals in de inleiding al vermeld, de norm samengevat in dat de bijstand '*normaal en gebruikelijk*' moet zijn²⁴ en de abstraheringen uitgebreid tot huishoudelijk hulp.²⁵ Minder nadruk is daarbij gelegd op de ernstige aard van het letsel of de relatie met de hulpverlener.²⁶

24 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (Krüter/Wilton-Fijenoord).

25 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. JBMV (Pruisken/Organice); HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. JBMV (Bakkum/Achmea); HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. JBMV (Rijnstate/R).

26 Zie Vranken in zijn noot onder HR 5 december 2008, NJ 2009, 387 (Rijnstate/R).

3 Twee vormen van abstracte schadeberekening

De eerste vraag die na lezing van deze arresten opkomt, is vermoedelijk: wat is abstracte schadeberekening; wat doet de rechter als hij de schade abstract berekent? De besproken uitspraken geven hierop een eerste antwoord. Bij het bepalen van de schade worden bepaalde omstandigheden niet in aanmerking genomen. Het kan dan gaan om het feit dat herstelkosten (B-1) of verplegingskosten (C-1) niet daadwerkelijk zijn gemaakt. Het kan ook gaan om het wegdenken van het feit dat de kolen waren doorverkocht, zodat de winst uiteindelijk niet bij Cleeves terecht zou zijn gekomen (A-1).

Maar waarom werden in iedere zaak meerdere omstandigheden weggedacht? Blijkbaar is met iedere abstrahering iets beoogd; betrof het een omstandigheid die aan aannemelijkheid van schade in de weg stond. Het wegdenken van omstandigheden gebeurt natuurlijk niet zonder reden. De verschillende abstraheringen in de drie *leading cases* nader beschouwd, meen ik dat twee soorten abstrahering kunnen worden onderscheiden: abstraheringen die beogen weg te denken dat van schade geen sprake is; en abstraheringen die wegdenken dat zich na het ontstaan van die schade een evenement voordoet die de schade weer wegneemt. In beide gevallen strekt abstracte schadeberekening dus tot voordeel van de benadeelde, niet de laedens.

Als voorbeeld van de eerste categorie abstraheringen, die beogen weg te denken dat van schade geen sprake is, valt te denken aan:

- zaakschade, waarbij geabstraheerd wordt van daadwerkelijk herstel (B-1) of verkoop.²⁷ De hypothese is dan dat bij gebreke van herstel of verkoop van vermogensschade geen sprake is;
- letselschade, waarbij Johanna zonder dat zij daadwerkelijke kosten van verpleging had gemaakt, door abstrahering toch een vergoeding ontvangt (C1). Ook hier zou zonder abstracte schadeberekening geen voor vergoeding in aanmerking komende schadepost bestaan.

Voorbeelden van de tweede categorie abstraheringen, die moeten wegdenken dat – zo al sprake is van schade – zich nadien een evenement heeft voorgedaan dat de schade weer wegneemt, zijn:

- de doorverkoop die in mindering strekt op de gederfde winst (A-1). Had Cleeves de kolen doorverkocht, dan was de winst uiteindelijk niet bij hem, maar bij zijn koper, het *Governmental Department*, terecht gekomen;
- de annulering van de doorverkoop die een dekkingskoop voorkomt (A-2). Door de doorverkoop te annuleren, voorkwam Cleeves kosten te moeten maken c.q. verlies te lijden;
- het zelfherstel dat in mindering strekt op de waardevermindering (B-2). Door het herstel van de kabels nam de waardevermindering af, maar nu de PTT dit zelf deed, stond daar geen (loon)kostenpost tegenover; en

²⁷ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 (Steedijkpolder I) met betrekking tot onroerend goed; en HR 20 april 1923, NJ 1923, p. 694 (Straatsifons) inzake roerende goederen.

- de (zelf)hulp door de ouders, waardoor geen professionele hulp meer nodig is (C-2). Daardoor bestond geen behoefte meer aan een vergoeding van de kosten voor professionele hulp. En ook hier geldt: omdat de ouders – volgens de Hoge Raad – geen aanspraak op vergoeding konden maken, stond daar geen kostenpost tegenover.

Bij beide functies van abstracte schadeberekening kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst. Immers:

1. was de schade in deze gevallen inderdaad niet aannemelijk (B-1, C-1, C-3)? Dit wordt wel gesuggereerd door te abstraheren van herstel of verkoop (B-1) of het feit dat geen professionele hulp heeft plaatsgevonden (C-1). Maar is die aanname wel juist?

en

2. voor zover de schade wel aannemelijk is, betekent het wegdenken van het nadien opkomend evenement (dat die schade weer wegneemt), eigenlijk een voordeel voor de benadeelde (A-1, A-2, B-2, C-2). Zou dit evenement niet zijn weggedacht, dan leed hij geen schade meer. Maar nu van het schade wegnemend evenement wordt geabstraheerd, blijft die schade in stand. Bestaat evenwel geen ander, beter instrument om te beoordelen of dit voordeel inderdaad de benadeelde toekomt?

Die vragen worden des te indringender, indien we ons realiseren dat voor beide vormen van abstracte schadeberekening alternatieve wettelijke regelingen bestaan. En de uiteindelijke vraag is dan of het toepassen van die wettelijke regelingen niet tot betere resultaten leidt dan het hanteren van een tamelijk ongedefinieerd instrument als abstracte schadeberekening.

4 Abstracte schadeberekening als vorm van schatting (art. 6:97 BW, tweede zin)

Abstracte schadeberekening wordt allereerst toegepast in omstandigheden waarin van schade geen sprake is. Die aanname is denk ik onjuist; en daarmee ook de greep naar abstracte schadeberekening niet terecht. Met *hindsight bias* lijkt de schade soms niet aannemelijk. Maar wordt de schade *ex tunc* bekeken, dan wordt de schade zo nodig duidelijker. De drie *leading cases* bieden een mooi overzicht.

Engelse Kolenstaking

In sommige gevallen is de schade onmiskenbaar wel aanwezig en staat die schade ook achteraf niet ter discussie. Aan abstracte schadeberekening bestaat dan geen behoefte.

Een voorbeeld hiervan vormt de gedeerde winst in het Engelse Kolenstakings-arrest. Meijers licht dit toe in zijn noot onder dat arrest, waarin hij de schade schetst aan de hand van twee balansen van de koper op de dag der wanprestatie:

een bij juiste nakoming en een bij wanprestatie. Was Cleeves voor doorlevering failliet gegaan, dan zou de boedel onmiskenbaar van de volle winst hebben kunnen profiteren. De Hoge Raad onderkent dit door als uitgangspunt te nemen dat de schade van Cleeves wordt bepaald aan de hand van het verschil tussen de marktprijs op de dag der wanprestatie (55 shilling) en de (koop)prijs die Cleeves daarvoor eerder had afgesproken (41 shilling). Daarmee heeft Cleeves recht op het zgn. positieve contractsbelang. Daarover is weinig debat mogelijk.

De Hoge Raad suggereert in zijn arrest ook nog een alternatieve schadepost (om van de doorverkoop te abstraheren): geleden verlies als gevolg van de dekkingskoop die Cleeves vanwege de wanprestatie en de doorverkoop zou hebben moeten doen.

PTT-kabel arrest

In andere gevallen oogt de schade misschien minder aannemelijk, mede door het gevoerde debat. Abstracte schadeberekening voorziet dan in een behoefte het bestaan van de schade te verduidelijken.

Een voorbeeld hiervan vormt het PTT-kabel arrest. Het debat ging aanvankelijk met name over de herstelkosten, niet de waardevermindering. Dat herstel vereist was, stond niet ter discussie.²⁸ Ook de materiaalkosten werden niet betwist. Knebel betwistte alleen de schadepost loonkosten en meende dat wegens het zelfherstel deze kosten nihil waren, althans die loonkosten ook zouden zijn gemaakt als het schadeveroorzakend voorval zich niet had voorgedaan. Pas in cassatie stelde de Staat primair nadrukkelijk dat sprake was van 'waardevermindering' en dat die schadepost 'abstract berekend' mocht worden.

De Hoge Raad beoordeelt vervolgens de primair gestelde schadepost waardevermindering en oordeelt deze schadepost aannemelijk. Volgens de doctrine abstraheert de Hoge Raad daartoe van de vraag of herstel heeft plaatsgevonden (B-1). Maar waarom zou hier sprake zijn van 'abstraheren' en niet eenvoudig van het (volgens de huidige wet) 'schatten' van de schade?

Waardevermindering leidt evident tot vermogensschade, ook los van herstel (art. 6:95 BW).²⁹ Hoewel de Hoge Raad het begrip 'waardevermindering' in het PTT-kabelarrest niet definieert (B-1), is aannemelijk dat hiermee de verminderde marktwaarde wordt bedoeld.³⁰ Zie het arrest HR 12 april 1991, NJ 1991,

28 De PTT had hersteld. Ook het cassatiemiddel van de Staat ging uit van daadwerkelijk herstel door de schuldeiser.

29 Vermogensschade is in ons recht niet beperkt tot daadwerkelijk gemaakte onkosten of gederfde inkomsten. Bijvoorbeeld een verminderde boekwaarde (in de regel niet hoger dan de marktwaarde) levert vermogensschade op.

30 Vgl. de situatie in Zwitserland, waar naar verluidt ingeval een beschadigde zaak geen marktwaarde heeft, de rechter de vrijheid heeft als referentiepunt te nemen de marktwaarde van zaken die wel een marktwaarde hebben en 'which come closest to the damaged object.', zie: Winiger, Koziol, Koch, Zimmerman (eds), *Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damages*, 2011, p. 125.

434 (Unico/Harteman), in welk geval het ging om algeheel verlies. De Hoge Raad oordeelde:

'De waarde moet in het algemeen worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies.'

Daarbij bepaalde de Hoge Raad ook dat de marktwaarde zo nodig geschat kan worden:

'Geen rechtsregel (verzet) zich tegen vaststelling van een waarde in het economisch verkeer door middel van een redelijke schatting indien die waarde niet nauwkeurig kan worden bepaald.'

Ook volgens de tweede zin van (inmiddels) art. 6:97 BW is de rechter tot dit schatten bevoegd. Daarvoor is abstrahering (of toepassing van de eerste zin van art. 6:97 BW) niet noodzakelijk.

Terecht en begrijpelijk geeft de Hoge Raad als maatstaf voor het schatten van de waardevermindering: de objectieve herstelkosten, niet de daadwerkelijke herstelkosten (vgl. B-2). Stel dat de PTT niet tot herstel was overgegaan, dan is aannemelijk dat de verminderde marktwaarde was bepaald door de totale kosten van herstel, inclusief de door Knebel betwiste loonkosten. In zijn noot wierp Rutten ook nog de vraag op naar de winst. Maar voor deze schadepost geldt hetzelfde. De loonkosten en de winst overstijgen in beginsel de waardevermindering niet, zodat het schatten van de waardevermindering aan de hand van ook deze geobjectiveerde herstelkosten de benadeelde feitelijk-economisch geen wezenlijk voordeel oplevert.³¹

Uit het PTT-kabelarrest en latere jurisprudentie blijkt dat met het begrip objectieve herstelkosten ook niet beoogd is wezenlijk af te wijken van de (markt)waardevermindering die een zaak door beschadiging daadwerkelijk ondergaat. Zo stelt de Hoge Raad in het PTT-kabelarrest dat herstel o.a. 'verantwoord' moet zijn. En overstijgen de kosten van herstel de waardevermindering, dan is herstel of niet verantwoord of treedt bij toepassing van de (objectief berekende) kosten van herstel een aftrek 'nieuw voor oud' op.^{32,33}

31 Vgl. de betwisting bij koop – in bijvoorbeeld het Steendijkpolderarrest of het straatsifonsarrest – dat de koper geen schade heeft geleden, omdat hij het geleverde niet heeft (door)verkocht.

32 Zie: Bloembergen, a.w., nr. 50; en Bolt, a.w., p. 29 e.v.

33 Als uitzondering wordt in bijzondere omstandigheden wel aanvaard dat herstelkosten of vervangingskosten worden vergoed die de waardevermindering overstijgen. Zie met betrekking tot onroerend goed: HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43, m.nt. CJHB (Den Haag/Schravendijk) en HR 7 mei 2004, NJ 2005, 76, m.nt. CJHB (Hiddema); en met betrekking tot roerende goederen: Ktr. Heerlen 28 september 1973, VR 1975, 63. Maar dan gaat het om daadwerkelijk herstel/vervanging c.q. gemaakte kosten. Men zou kunnen zeggen dat de rechter in bijzondere omstandigheden bereid is rekening te houden met de 'individuele (markt)waarde' of functie die een bepaalde zaak voor een benadeelde heeft. Vgl. de hierna te bespreken uitspraken inzake meerstoelen: HR 20 september 1985, NJ 1986, 211 m.nt. G, Meerstoel I en HR 27 september 1985, NJ 1986, 212 m.nt. G, Meerstoel II.

Dat met deze abstrahering eigenlijk sprake is van het schatten van de schade blijkt ook uit de begrenzing ervan, namelijk: of wel of geen sprake is van een vermogensvermindering. Daarbij kan gedacht worden aan zaken die enerzijds geen vermogenswaarde hebben, omdat zij ten tijde van het voorval geen marktwaarde of 'gebruikswaarde' (meer) bezitten (vgl. HR 20 september 1985, NJ 1986, 211 m.nt. G, Meerstoel I en HR 27 september 1985, NJ 1986, 212 m.nt. G, Meerstoel II³⁴), anderzijds wel vermogenswaarde hebben, maar waarbij niet aannemelijk is dat van enige vermogensvermindering sprake is (HR 10 juni 1988, NJ 1988, 965 m.nt. G, Van Ulzen/Goolkate³⁵).³⁶ Dit betreft feitelijke vragen, geen normatieve vragen.

Deze arresten illustreren dat het bij beschadiging van zaken met een marktwaarde, als het over de schade gaat, wel zinvol is de waardevermindering te betwisten, maar niet de specifieke herstelkosten. Een recent voorbeeld vormt het arrest HR 26 oktober 2012, NJ 2013, 219, m.nt. MMM (Reaal/Athlon). In die zaak vorderde de leasemaatschappij Athlon als eigenaar van een beschadigde auto de kosten van herstel van Reaal op basis van de standaardprijzen met behulp van het Audatex-systeem. Athlon had evenwel een korting bedongen bij autoherstelbedrijf CARE. In deze proefprocedure stelde Reaal dat Athlon alleen de daadwerkelijk in rekening gebrachte kosten van herstel kon vorderen, dus niet het bedrag van de korting. Athlon stelde evenwel dat het ging om een vergoeding van de waardevermindering en dat die schade abstract berekend mag worden. Rechtbank, hof en Hoge Raad gaven Athlon gelijk. Daarbij wees de Hoge Raad met name op de hanteerbaarheid van deze wijze van schadeberekening bij zaaksbeschadiging (r.o. 3.7).

Die hanteerbaarheid kan naar mijn mening evenwel niet verklaren waarom Athlon (in de ogen van Reaal) het voordeel van de korting zou toekomen. De clou van (ook) deze zaak zat hem er volgens mij veeleer in dat van zo'n voordeel helemaal geen sprake was. Evenals in het PTT-kabelarrest werd weliswaar een bepaalde kostenpost van herstel betwist (de korting), maar beslissend was uiteindelijk een andere schadepost: de waardevermindering. Die waardevermindering was in beginsel niet minder door de afgesproken kortingsregeling;

34 Niet in discussie was dat meerstoelen geen marktwaarde hebben. De Staat beriep zich echter op een boekwaarde, die werd berekend aan de hand van de bouwkosten en de afschrijvingen. Dit was acceptabel voor zover de meerstoel nog (enigermate) in gebruik was (Meerstoel I niet, Meerstoel II wel).

35 Waarin met betrekking tot de waardevermindering onvoldoende was gesteld. De verhuurder vorderde herstelkosten die feitelijk niet door hem waren gemaakt voor veranderingen van de huurder, maar verkocht kort daarna het verhuurde. Vgl. HR 6 juni 1997, NJ 1997, 612 (Ambassador BV), alsmede HR 23 maart 1979, NJ 1979, 482 m.nt. ARB (FVH/Staat). Zie voor een geval waarin de waardevermindering wel aannemelijk was: HR 26 april 2002, NJ 2004, 210 (Sparrow/Van Beukering). In zijn noot benadrukt Hijma overigens dat het in dit geval om vervangende schadevergoeding, niet aanvullende schadevergoeding, ging.

36 Zie ook als recent voorbeeld het arrest HR 11 januari 2013, LjN BX9830, 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 (r.o. 3.5).

die waardevermindering werd althans niet door Reaal betwist. E.e.a. zou anders hebben gelegen, indien aannemelijk was geworden dat dergelijke kortingen bij leasemaatschappijen als Athlon gebruikelijk zijn, zodat bijvoorbeeld een concurrent de auto tegen een vergelijkbare korting zou hebben kunnen laten herstellen en hebben kunnen overnemen. In dat geval was de korting ook van invloed geweest op de waardevermindering. Het niet meenemen van de korting c.q. toekennen van een bedrag boven de waardevermindering zou dan tot een voordeel hebben geleid dat zeker rechtvaardiging behoeft. En de enkele 'hanterbaarheid' lijkt mij daarvoor niet voldoende.

Voor zover de waardevermindering wel aannemelijk is, levert het schatten hiervan zonder acht te slaan op daadwerkelijk herstel of verkoop geen principieel debat op. Deze 'abstraheringen' worden Europees dan ook breed gedragen. In geval van zaaksschade pleegt de vermogensschade geobjectiveerd te worden berekend naar hetzij de marktwaarde, hetzij de kosten van herstel, ongeacht of verkoop resp. herstel heeft plaatsgevonden.³⁷ Deze regels hebben oude wortels. Al volgens de *Lex Aquilia* was het toegestaan de waarde van een gedode slaaf te stellen op de maximale marktwaarde van de slaaf in het voorafgaande jaar.³⁸ De achterliggende ratio hiervan was o.a. het bewijs van de waarde van de slaaf te verlichten. Een ratio die past bij het schatten van de schade en de vrijheid die een rechter daarin heeft.³⁹

Weliswaar wordt de waardevermindering gefixeerd op het tijdstip van tekortkoming c.q. beschadiging. Dit kan van invloed zijn op de omvang van de totale vermogensschade. Te denken valt met name aan de wettelijke rente die vanaf dat moment gaat lopen. Maar dan gaat het om een ander soort schadepost dan waardevermindering, namelijk: verdragingschade. En de normering van verdragingschade is niet aan de rechter overgelaten (art. 6:97 BW) maar bij wet geregeld: art. 6:119 BW.⁴⁰ Voor de waardevermindering zelf is niet aannemelijk dat het tijdstip van tekortkoming tot voordeel leidt.⁴¹

37 Winiger, Koziol, Koch, Zimmerman (eds), *Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damages*, 2011, p. 123. De *Principles of European Tort Law* en de *Draft Common Frame of Reference* gaan beide uit van de verminderde marktwaarde, ongeacht of is verkocht.

38 Winiger, Koziol, Koch, Zimmerman (eds), a.w., p. 69/70.

39 De ratio was aanvankelijk driedelig: om het slachtoffer te beschermen (let wel: de eigenaar, niet de slaaf) tegen seizoensinvloeden (op de marktprijs); om het bewijs van de waarde van de slaaf te verlichten; en – gezien het voordeel dat hierin duidelijk besloten ligt – ook vanwege het bestraffend element dat de *Lex Aquilia*, naast het element van compensatie, kende. Het bestraffend element is in de Middeleeuwen vervallen (*usus modernus*), waarmee bewijsverlichting als belangrijkste ratio overbleef. Zie Winiger, Koziol, Koch, Zimmerman (eds), a.w., p. 69/70.

40 Zie daarover: J. Spier, De ongerechtvaardigde consequenties van abstracte en concrete schadeberekening, WPNR 1995, nr. 6199, p. 711, met de reactie daarop van R. Zwitser in WPNR 1996, nr. 6213, p. 145. Zie ook: HR 12 april 1984, NJ 1984, nr. 625, m.nt. G, waarin zowel de wettelijke rente over de geabstraheerde kosten van herstel werd gevorderd als de wettelijke rente over de (voor zover hoger) concrete kosten van herstel. Anders dan rechtbank en hof, stond de Hoge Raad dit toe.

41 Bovendien vormt dit tijdstip slechts een uitgangspunt waarvan kan worden afgeweken. Dit blijkt uit het arrest HR 28 januari 1977, NJ 1978, 174, m.nt. ARB (pootaardappels), waarin de Hoge Raad

Kort en goed: bij zaaksbeschadiging van zaken met een marktwaarde is waardevermindering aannemelijk onafhankelijk van herstel of verkoop. Het stellen van de waardevermindering op de objectieve herstelkosten is in feite een vorm van schatten (art. 6:97 BW, tweede zin). De benadeelde verkrijgt hierdoor geen wezenlijk feitelijk-economisch voordeel. Om hierbij te spreken van 'abstracties' heeft geen toegevoegde waarde.

Johanna Kruidhof

In sommige gevallen oogt de schade evenwel daadwerkelijk niet aanwezig. Een voorbeeld hiervan vormt het arrest Johanna Kruidhof. Johanna Kruidhof maakte geen kosten van verpleging (C-1). Daarover bestond in de procedure geen debat. Die schade was dus niet aannemelijk en het abstraheren van die kosten moest dit compenseren.

Maar was die schade inderdaad niet aanwezig? Stel dat Johanna voordat zij het ziekenhuis had verlaten al een vordering tot schadevergoeding ter beoordeling bij de rechter had neergelegd. Mits haar stelling dat die – dan – toekomstige kosten '*normaal en gebruikelijk*' zijn, goed was onderbouwd, zou een rechter volgens de regels van art. 6:97, tweede zin, (schatting) resp. art. 105 BW (toekomstige schade) toch geen enkel probleem hebben die kosten op voorhand te schatten en toe te wijzen?

De Hoge Raad maakt dit ook met zoveel woorden duidelijk, daar waar hij in het arrest Johanna Kruidhof stelt dat de *aansprakelijke van aanvang af verplicht (is) de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien*;⁴² en in het arrest Bakkum/Achmea met betrekking tot 'normale en gebruikelijke' huishoudelijke hulp stelt, dat '*het hier gaat om de begroting van (grotendeels) nog niet ingetreden schade (art. 6:105 BW). Gelet op deze aard van de schadepost, maar ook om mogelijk te maken dat zo spoedig mogelijk na het ongeval in overleg tussen de aansprakelijke partij en de benadeelden en passende vergoeding voor deze vorm van gederfd levensonderhoud kan worden vastgesteld, ligt het voor de hand om bij de vaststelling van de behoefte van de kinderen aan een voorziening voor vervangende huishoudelijke hulp uit te gaan van de na het ongeval bekende concrete omstandigheden waarin zij tot aan hun meerderjarigheid zullen verkeren, en daarbij geen rekening te houden met het antwoord op de vraag of reeds daadwerkelijk is voorzien in professionele huishoudelijke hulp dan wel of de mogelijkheid bestaat dat de overblijvende ouder in de toekomst gaat trouwen of samenwonen met een nieuwe partner die huishoudelijke taken in het gezin kan gaan verrichten.*'⁴³

oordeelde dat de waarde van de geleverde zaken veelal zal zijn: '*te stellen op de marktwaarde op de dag van wanprestatie, of, wanneer de koper redelijkerwijze eerst later en tegen een hogere prijs eenzelfde hoeveelheid goederen kan kopen ter vervanging van de ondeugdelijke, op de dan te betalen prijs*'.

42 R.o. 3.3.2.

43 R.o. 3.4.3.

Deze zinsneden beslechten geen debat over een normatief schadebegrip. Dit debat gaat over de vraag wat direct na het voorval feitelijk-economisch, aannemelijkerwijs de schade is, waarbij de Hoge Raad nog eens nadrukkelijk wijst op de (schattings)vrijheid die de rechter daarbij op grond van art. 6:105 BW heeft.⁴⁴ De benadeelde heeft in beginsel recht op vergoeding van die schade. En het feit dat in de toekomst ouders, partners of anderen zich gratuite de belangen van de benadeelde kunnen aantrekken, betekent niet dat met toekenning van die schadevergoeding (min of meer) direct na het voorval sprake is van de toekenning van een feitelijk-economisch voordeel.⁴⁵

Uit het criterium '*normaal en gebruikelijk*' (Johanna Kruidhof, Krüter/Wilton Fijenoord) volgt wel dat de door mantelzorgers aan hulpverlening bestede tijd niet voor vergoeding in aanmerking komt (de kosten niet 'abstract berekend mogen worden'), indien hulpverlening niet mogelijk is⁴⁶ of voor zover de hulp door professionele krachten goedkoper kan worden uitgevoerd.⁴⁷ Door verschillende schrijvers wordt dit onredelijk bevonden.⁴⁸ Zo bepleit Du Perron dat een familielid op grond van het recht op *family life* het recht moet hebben zijn kind of partner te verzorgen, zelfs als dit 'kostbaarder' is dan indien de verzorging door professionele hulp was uitgevoerd.⁴⁹

Maar op welke grond? Waar zelfhulp weliswaar (aanzienlijke) inspanning vergt maar niet door derden kan worden uitgevoerd, is van kosten geen sprake. Het voorbeeld vormt het arrest Krüter/Wilton Fijenoord.⁵⁰ Hoewel over de feitelijke waardering in dat arrest zeker anders kan worden gedacht,⁵¹ acht men de geboden hulp niet '*normaal en gebruikelijk*' in professionele zin, dan is van kosten geen sprake. Aan het schatten van deze kosten volgens art. 6:97 BW komt men dan niet toe. Andere voorbeelden zijn de vakantiedagen van de ouders inzake

44 Vgl. ook de afwijzing van het cassatieberoep van de ouders van Johanna Kruidhof in verband met de hoogte van de door het hof toegekende vergoeding.

45 Soms is de schade daadwerkelijk niet aannemelijk en wordt abstracte schadeberekening ingeroepen om dit te camoufleren. Zie bijvoorbeeld eerdergenoemd arrest HR 28 januari 1977, NJ 1978, 174, m.nt. ARB (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. Zie ook: HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. G (ENCI/Lindelauf), inzake eveneens (beweerdelijk) gederfde winst. Het dus is van belang schade en voordeel goed uit elkaar te houden. Van voordeel kan pas sprake zijn als de daaraan voorafgaande schade aannemelijk is.

46 Zie ook de vakantiedagen van de ouders van Johanna Kruidhof, die besteed waren aan ziekenhuisbezoek: HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB.

47 Vgl. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB (Johanna Kruidhof), r.o. 3.3.2: '*Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.*'

48 Zie o.a. Du Perron, preadvies NJV 2003-I, p. 136, die spreekt van de noodzaak tot heroverweging.

49 Zie Du Perron, preadvies NJV 2003-I, p. 136.

50 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (Krüter/Wilton-Fijenoord).

51 Is immers tegenwoordig niet evenzeer 'normaal en gebruikelijk' terminale zorg uit te besteden aan zgn. hospices? Zie ook kritisch Vranken in zijn noot.

Johanna Kruidhof⁵² en de door Bloembergen in zijn noot onder het arrest Johanna Kruidhof genoemde vrije tijdsbesteders, zoals: de *wrongful birth* moeder die in haar vrije tijd haar ongewenste kind verzorgt; het verkeersslachtoffer dat de rest van zijn leven dagelijks een half uur van zijn vrije tijd kwijt is om zijn prothese af en aan te doen, de particulier die in zijn vrije tijd 'administratiekosten' maakt om zijn schadevergoeding binnen te krijgen en de gepensioneerde die dagelijks in plaats van zijn gewonde vrouw boodschappen doet.

Echter: het feit dat van kosten c.q. geleden verlies geen sprake is, laat onverlet dat de benadeelde mogelijk wel andere schadeposten lijdt waarvan hij vergoeding kan vragen, zoals: gederfde inkomsten of winst (art. 6:96 lid 1 BW). Daartoe abstraherde de Hoge Raad in het arrest Johanna Kruidhof ook expliciet van deze schadepost (C-3).⁵³ Zelfs als de gederfde inkomsten kostbaarder zijn dan de aannemelijke kosten van professionele hulp, kan – zoals Du Perron aangeeft – bijvoorbeeld het recht op *family life* maken dat vergoeding van de gederfde inkomsten toch redelijk is. Het gaat er dan niet om dat het derven van die inkomsten redelijk is in de zin van schadebeperkend (art. 6:96 lid 2 sub a BW), maar dat het derven van die inkomsten niet onredelijk is in de zin van art. 6:101 BW (eigen schuld).⁵⁴ Zo wordt in de jurisprudentie stevast geabstraheerd van de daadwerkelijk gemaakte *kosten*, maar niet van de daadwerkelijk gedane *inspanningen*.⁵⁵ Dit lijkt mij terecht. Die inspanningen zijn niet alleen relevant in het kader van aannemelijke kosten (zijn die kosten immers wel 'normaal en gebruikelijk?'), maar ook in het kader van eventueel gederfde inkomsten (is het derven daarvan 'redelijk?'). Van gederfde inkomsten kan geen vergoeding worden gevraagd indien verlies aan inkomsten niet redelijk is of niet aannemelijk. Als extreem voorbeeld valt te denken aan een monnik, die geen arbeidsvermogen heeft. In het algemeen wordt aangenomen dat die monnik geen compensatie voor verlies aan arbeidsvermogen kan vragen.⁵⁶

52 De heilzame invloed van de bezoeken door de ouders laat zich voor Johanna niet door derden vervangen. Hoezeer ook vermogensschade voor de ouders en redelijk in het licht van het genezingsproces, voor Johanna ontbreekt het voordeel wat zij met de schade kan verrekenen.

53 Mijns inziens onnodig, nu – als toegelicht – in die zaak de te maken kosten voldoende aannemelijk waren (C-1). Zie over de verhaalbaarheid van gederfde inkomsten door de ouders op Johanna hierna.

54 Voor gederfde winst hanteert de Hoge Raad, als ik het goed zie, wel een soort *de minimis*. Zie ook A-G Spier, die in zijn conclusie voor Johanna Kruidhof, stelt dat het om een 'wezenlijk schrijnende situatie' moet gaan, waarvoor in elk geval nodig is dat het gaat om een 'relevant tijdsbeslag'. In dit licht zie ik althans het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Bakkum/Achmea dat van de vader een (onvergoede) 'extra inspanning' mag worden gevraagd. HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. JBMV (Bakkum/Achmea).

55 In de zaak HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (Krüter/Wilton-Fijenoord) ging het om de (terminale) verzorging van een asbestslachtoffer door de echtgenote; in de zaak HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. JBMV (Pruisken/Organice) werd de overlevende partner in de huishouding bijgestaan door vrienden en familie; in HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. JBMV (Bakkum/Achmea) oordeelde de Hoge Raad die hulp 'van algemene bekendheid' (r.o. 3.4.3) en in HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. JBMV (Rijnstate/R) verrichtte de partner huishoudelijke werkzaamheden.

56 Hoewel hierover nog wel verschillend wordt gedacht: zie U. Magnus (Ed.), *Unification of tort law: damages*, 2001, p. 208.

Dit betekent dat de benadeelde die geen (aannemelijke) kosten inzake normale en gebruikelijke hulp heeft noch (redelijk) verlies aan inkomsten, van een vergoeding verstoken blijft, ook al levert hij (voor hem) reële (maar niet te objectiveren) inspanningen. Die persoon kan binnen het systeem van ons schadevergoedingsrecht alleen nog een beroep doen op immateriële schadevergoeding, indien sprake is van schending van persoonlijkheidsrechten.⁵⁷ In wezen gaat het hierbij om een vorm van hinder.⁵⁸

Zelfs waar schade achteraf niet aannemelijk oogt, is de schade *ex tunc* gezien wel degelijk aannemelijk. Met behulp van art. 6:97 BW, tweede zin, kan die schade daarom door de rechter ook *ex nunc* schattenderwijs worden vastgesteld. Wederom voegt abstracte schadeberekening hier niets aan toe. Integendeel: dergelijke abstracties maken de schadevaststelling onnodig complex.

5 Abstracte schadeberekening als vorm van voordeelstoerekening (art. 6:100 BW)

Die schattingsmogelijkheid volgens art. 6:97 BW, tweede zin, wil nog niet zeggen dat daarmee de vergoeding van de schade *ex nunc* als vanzelfsprekend toewijsbaar is. Ook *ex tunc* gezien, rijst de vraag wat te doen met nadien opkomend voordeel:

- had Cleeves de kolen doorverkocht, dan was de winst uiteindelijk niet bij hem, maar bij zijn koper, het *Governmental Department*, terecht gekomen (A-1);
- door de doorverkoop te annuleren, voorkwam Cleeves kosten te moeten maken van een dekkingskoop c.q. verlies te lijden (A-2);
- door het herstel van de kabels nam de waardevermindering af, maar nu de PTT dit zelf deed, stond daar geen (loon)kostenpost tegenover⁵⁹ (B-2); en
- door de (zelf)hulp van de ouders bestond geen behoefte meer aan een vergoeding van de kosten voor professionele hulp; en omdat de ouders –

57 Het abstraheren van de werkelijke kosten van arbeid is Europees gezien niet echt omstrepen (zowel de *Principles of European Tort Law* als de *Draft Common Frame of Reference* gaan beide uit van deze abstractie), maar de precieze reikwijdte en afbakening verschilt. Zo is er een grote groep landen die de *loss of working capacity* op zich al als schade beschouwd. In een tweede groep landen, waartoe ook Nederland behoort, wordt toch iets meer vereist, namelijk: dat 'de manier van leven' van de gelaedeerde, althans diens naasten door het voorval is aangetast. Alleen in Duitsland zou, heel principieel, *working capacity* als zodanig geen waarde hebben, maar daarop worden dan weer bepaalde uitzonderingen aanvaard. Zie Winiger, Koziol, Koch, Zimmerman (eds), a.w., p. 201-203.

58 Vgl. Groene Serie Privaatrecht, art. 6:106 BW (Lindenbergh), aant. 27.5 en 27.12

59 Een alternatief voor abstrahering of voordeelstoerekening zou zijn het bewijs dat wel extra loonkosten aannemelijk waren. Daartoe betwistte Knebel het causaal verband. Tot dit bewijs had de rechtbank de PTT toegelaten. Dit bewijs is echter moeilijk te leveren. De problematiek is vergelijkbaar met de vraag in hoeverre de kosten van reservematerieel als redelijke kosten van schadebeperking verhaalbaar zijn (vgl. HR 31 maart 1950, NJ 1950, 592, m.nt. Ph.A.N. Houwing; HR 4 oktober 1957, NJ 1958, 12; HR 31 oktober 1958, NJ 1959, 29).

volgens de Hoge Raad⁶⁰ – geen aanspraak op vergoeding konden maken, stond ook daar geen kostenpost tegenover (C-2).

Wie komen deze voordelen toe: de benadeelde of de laedens? En aan de hand van welke maatstaf moet dit worden beoordeeld? 4 Routes liggen open:

- abstracte schadeberekening: dit gaat er vanuit dat het nadien opkomend voordeel de schade automatisch wegneemt; en dat dit wegnemen weer ongedaan moet worden gemaakt door van het voordeel te abstraheren. De gevallen waarin wordt geabstraheerd zijn tamelijk casuïstisch. Abstracte schadeberekening komt daarmee ten gunste van de benadeelde. Hoewel genoemde *leading cases* hierover niet heel duidelijk zijn, suggereren ze – vanwege het uitzonderlijk karakter van abstracte schadeberekening – dat de stelplicht en bewijslast van het abstraheren bij de benadeelde ligt. Het resultaat is uiteindelijk een ‘alles of niets’: van het voordeel wordt wel of niet geabstraheerd;
- art. 6:100 BW, voordeelstoerekening: dit gaat er vanuit dat het voordeel de schade niet als vanzelfsprekend wegneemt, maar dat het aan de laedens is om te stellen en te bewijzen dat het voordeel op de schade in mindering moet worden gebracht. Daartoe is vereist dat het voordeel uit ‘*een zelfde gebeurtenis*’ als de schade voortvloeit. Voordeelstoerekening volgens art. 6:100 BW geschiedt derhalve ten gunste van de laedens en is ook partieel mogelijk (*‘voor zover dit redelijk is’*);
- art. 6:101 BW, schadebeperking: dit gaat er eveneens vanuit dat het voordeel niet automatisch de schade wegneemt, maar dat het aan de laedens is te stellen en te bewijzen dat het voordeel voortkomt uit een plicht van de benadeelde zijn schade te beperken, zodat dit voordeel daarom op die schade

⁶⁰ Ik waag dit overigens te betwijfelen. Zie ik het goed, dan berust die gedachte hierop dat in geval van een natuurlijke verbintenis geen aanspraak op vergoeding van kosten bestaat (zie Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:200, aant. 7). Schoordijk meent evenwel dat die aanspraak in geval van een natuurlijke verbintenis wel bestaat en vindt het ontzeggen van een vergoeding getuigen van een gebrek aan maatschappelijk voorstellingsvermogen (zie Schoordijk in Groene Serie). Geeft de behoefte tot abstraheren hem hierin geen gelijk?

Ook buiten het geval van een natuurlijke verbintenis zal in de regel wel een aanspraak op vergoeding bestaan; en kan dus betwijfeld worden of aan abstracte schadeberekening of voordeelstoerekening behoefte bestaat. Is sprake van zaakwaarneming, dan regelt de wet dit (art. 6:198 e.v. BW). En handelt de derde uit hoofde van een andere, in de wet geregelde rechtsverhouding, dan voorziet die wettelijke regeling daarin. Te denken valt aan de overeenkomst van opdracht (art. 7:406 BW) of de situatie die zich voordeed in het arrest Gemeente Dordrecht/Stokvast (HR 28 april 2000, NJ 2000, 690 m.nt. ARB), waarin de vraag rees of ter zake van een vordering tot schadevergoeding wegens waardevermindering in verband met verontreinigde grond moest worden geabstraheerd van de sanering die intussen door de Staat, als derde, was uitgevoerd. De Hoge Raad oordeelde van niet (geen abstrahering). Weliswaar had de Staat – volgens de Hoge Raad – voor de uitgevoerde sanering ‘*geen aanspraak op vergoeding*’ jegens de benadeelde, maar – volgens Bloembergen – wel jegens de Gemeente Dordrecht als vermoedelijke vervuiler resp. – door niet van de sanering te abstraheren – verrijkte laedens.

Ten slotte is denkbaar dat de derde de bedoeling heeft de schade van de benadeelde te vergoeden (zie Meijers in zijn noot onder het Engelse kolenstakingsarrest, alsmede Bloembergen, a.w., nr. 240.) Dan bestaat geen recht op vergoeding; maar vanwege die intentie van de derde ook geen reden tot abstrahering of voordeelstoerekening.

- in mindering komt. Ook de toerekening volgens art. 6:101 BW geschiedt ten gunste van de laedens en is partieel mogelijk (*'in evenredigheid met', 'billijkheid'*);
- art. 6:212 BW, ongerechtvaardigde verrijking: dit leerstuk geeft niet op voorhand een toedelingsnorm, maar een kader waarbinnen tot een nadere verdeling kan worden gekomen. En dit toedelingskader biedt bij uitstek de mogelijkheid tot een verdeling van het 'voordeel' (*'verrijkt', 'ten koste van een nader', 'ongerechtvaardigd', 'voor zover dit redelijk is'*).

Ik sta bij alle vier mogelijkheden nader stil.

Voordeelstoerekening via abstracte schadeberekening

Allereerst abstracte schadeberekening. Na de inleiding en het voorgaande, zal duidelijk zijn dat dit toedelingsinstrument mij het minste aanspreekt; en wel om een aantal redenen. De aanname dat het voordeel als vanzelfsprekend de schade wegneemt, rust volgens mij op een *hindsight bias*. Dit miskent dat in die aanname een toedeling besloten ligt, die nu juist rechtvaardiging en mogelijk ook nuancering behoeft. Gegeven de in beginsel aannemelijke schade is het voorts – in lijn met de uitgangspunten van de artt. 6:100 en 101 BW – zuiverder stelplicht en bewijslast op de laedens te leggen dat het nadien opkomend voordeel hem toekomt, en niet de benadeelde. Daarbij zou het ook mogelijk moeten zijn – eveneens in lijn met artt. 6:100 en 101 BW – tot een partiële verdeling van het voordeel te komen. Dit alles blijft bij abstracte schadeberekening tamelijk duister. De term 'abstraheren' geeft weinig toelichting en houvast. Ook de toelichting in de literatuur komt niet veel verder dan dat abstracte schadeberekening in bepaalde gevallen 'maatschappelijk wenselijk' zou zijn.⁶¹

Voordeelstoerekening via art. 6:100 BW

Dient voordeelstoerekening aan de hand van artikel 6:100 BW plaats te vinden? Vanuit het oogpunt van stelplicht en bewijslast valt hier zeker iets voor te zeggen. Bovendien biedt art. 6:100 BW de mogelijkheid van verdeling van het voordeel (*'voor zover dit redelijk is'*).

Probleem van art. 6:100 BW is evenwel, dat dit artikel slechts toepassing vindt ingeval het voordeel uit *'een zelfde gebeurtenis'* als de schade voortvloeit; en dat is in de gevallen waar het bij abstracte schadeberekening om gaat nu juist niet het geval althans niet direct, tezamen met de schade. Wil in die gevallen de laedens toch op grond van art. 6:100 BW kunnen betogen dat het voordeel hem (deels) toekomt, dan zal aan art. 6:100 BW – meer specifiek: *'een zelfde gebeurtenis'* – een ruimere uitleg moeten worden gegeven dan waartoe de Hoge Raad tot nu toe bereid is gebleken, zoals onder andere volgt uit het arrest

⁶¹ Zie Bloembergen (noot Johanna Kruidhof) en Spier (conclusie Johanna Kruidhof) die beiden de vraag naar de toepassing van abstracte schadeberekening herleiden tot de vraag naar wat maatschappelijk wenselijk is om onder het begrip schade wel of niet te verstaan.

HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. JH (Vos/TSN),⁶² Pleitbezorger van deze ruimere uitleg van art. 6:100 BW is niettemin o.a. Hijma in zijn noot onder het arrest HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. JH (Vos/TSN).

Een kort intermezzo: Vos/TSN: waar ging het om? TSN heeft met Vos een overeenkomst gesloten tot reparatie en onderhoud door TSN van aan Vos toebehorende opleggers. De overeenkomst was voor de duur van ten minste vijf jaar aangegaan. Vos beëindigde die overeenkomst echter binnen twee jaar, zonder dat die beëindiging gerechtvaardigd was. TSN vordert daarop o.a. schadevergoeding in de vorm van de door TSN gederfde winst. Vos betwist evenwel dat TSN schade heeft geleden: door het wegvallen van de overeenkomst met Vos kreeg TSN ruimte haar capaciteit verder in te vullen met opdrachten van derden, welke opdrachten voor TSN lucratiever waren dan het contract met Vos. Uit de gedeponeerde jaarverslagen van TSN blijkt dat haar resultaat na de beëindiging van het contract met Vos jaarlijks is toegenomen.

Rechtbank en hof wijzen de gevorderde gederfde winst toe. Daarbij 'abstraheert' het hof (in rov. 48) van o.a. het antwoord op de vraag in hoeverre TSN na het wegvallen van het contract met Vos erin was geslaagd vervangende omzet te realiseren. In cassatie beklaagt Vos zich erover dat de winstderving abstract, niet concreet berekend is; althans: dat geen voordeelstoerekening heeft plaatsgevonden (art. 6:100 BW), dan wel aan de zijde van TSN geen schadebeperkingsplicht is aangenomen (art. 6:101 BW).

De Hoge Raad meent – met A-G Spier – dat Vos ten onrechte 's hofs arrest als een toepassing van abstracte schadeberekening leest. Van voordeelstoerekening wil de Hoge Raad niet weten (art. 6:100 BW):

'In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de – op de tekortkoming van Vos gebaseerde – ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel vloeien dus in beginsel niet voort uit 'een zelfde gebeurtenis' in de zin van art. 6:100 BW.'

Ook de klacht over schadebeperking (art. 6:101 BW) faalt, op processuele gronden: de klacht vermeldt niet de vindplaatsen van de stukken in feitelijke instanties waar een beroep op art. 6:101 BW is gedaan. Aldus komt het voordeel van vervangende opdrachten volledig aan de benadeelde (TSN) toe.

In zijn noot beaamt Hijma dat van abstracte schadeberekening geen sprake is:

'Dat bij de vaststelling van de schade de externe winst buiten beschouwing wordt gelaten, levert geen abstracte schadeberekening op (rov. 3.4). Het bij de crediteur opgekomen voordeel wordt gewogen noch weggedacht; het wordt slechts doorgeschoven naar de tweede fase der gedachtevorming.'

⁶² Zie voorts: HR 15 januari 1965, NJ 1965, 197 (Flint/Veldpaus) en HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert)

Die 'tweede fase der gedachtevorming' ziet op de verminderingleerstukken als voordeelstoerekening en eigen schuld. Over de beoordelingen daarvan door de Hoge Raad is Hijma kritischer. Met name gezien de nog lange, resterende termijn van drie jaren, 'zwelt' volgens Hijma 'het gevoelen aan dat de teleurgestelde crediteur andere opdrachten moet nastreven.' Dit kan via de schadebeperringsplicht van art. 6:101 BW, maar ook – zo bepleit Hijma – via art. 6:100 BW:

'Gezien een en ander heb ik voorkeur voor een tussenoplossing. Nu de elders behaalde winst mede een gevolg is van het wegvallen van de overeenkomst met Vos, kan en mag worden gesproken van schade en voordeel door 'een zelfde gebeurtenis' (...). De poort naar art. 6:100 BW is daarmee gepasseerd. Binnen dat wetsartikel vindt vervolgens een redelijkheidstoetsing plaats. In dit soort gevallen zal het niet redelijk zijn om de externe winst volledig in mindering te brengen (woord gegeven, initiatief niet smoren), maar zal het evenmin redelijk zijn om die winst volledig te negeren (duimendraaien, dubbel incasseren) (...). Waar specifieke aanknopingspunten ontbreken, ligt m.i. een voordeelstoerekening ter grootte van 50% van de vervangende winst in de rede.'

Volgens Hijma lag voordeelstoerekening dus wel in de rede, hoewel het voordeel niet louter uit 'een zelfde gebeurtenis' voortvloeit zoals art. 6:100 BW vermeldt en door de Hoge Raad strikt pleegt te worden uitgelegd. Art. 6:100 BW bevat immers, volgens Hijma, een stevig filter: het reduceert de schadevergoeding slechts 'voor zover dit redelijk is'. Dit maakt het, aldus Hijma, nuttig noch nodig reeds aan de poort van het artikel zwaar te selecteren. Voordeelstoerekening is geen droge logica, maar veeleer een kwestie van 'materiele waardering, weging en wenselijkheid.' Daar waar de Hoge Raad het afwijzen van voordeelstoerekening gebruikt om het voordeel aan de benadeelde (TSN) te laten toekomen, bepleit Hijma voordeelstoerekening te gebruiken als instrument om het voordeel tussen benadeelde (TSN) en laedens (Vos) te verdelen.

Voordat ik stilsta bij de 'tweede fase der gedachtevorming' eerst nog de eerste fase: de beslissing van de Hoge Raad met betrekking tot abstracte schadeberekening acht ik niet erg consistent.

De schade was in dit geval aannemelijk, althans niet betwist. Abstracte schadeberekening kwam hier in beeld in verband met nadien opkomend voordeel. Vos betwistte onder verwijzing naar het nadien opkomend voordeel – evenals Van Rompu dit in het Engelse Kolenstakingsarrest deed – dat TSN schade had geleden: uit de jaarverslagen van TSN bleek dat het resultaat van TSN na de beëindiging van het contract met Vos zelfs jaarlijks was toegenomen, naar verluidt juist doordat TSN door het wegvallen van Vos' contract in staat was meer lucratieve contracten met derden aan te gaan. De Hoge Raad stelt evenwel ten aanzien van dit voordeel:

'Met zijn in rov. 48 gegeven oordeel dat moet worden geabstraheerd van het antwoord op de daarin opgesomde vragen, die alle de na de ontbinding door TSN gerealiseerde winst uit vervangende omzet betreffen, heeft het hof niet bedoeld dat de op de voet van art. 6:277 lid 1 BW door Vos verschuldigde schadevergoeding abstract moet worden berekend, zoals het onderdeel klaarblijkelijk veronderstelt, maar dat die winst, als na de ontbinding aan TSN

opgekomen voordeel, **niet van invloed is op** de omvang van de door TSN als gevolg van de ontbinding geleden schade.' (accent toegevoegd)

Wat is dit nu anders dan zeggen dat van dit voordeel wordt geabstraheerd? Zeker als men de casus vergelijkt met het Engelse Kolenstakingsarrest, waarin het eveneens ging over gedeelde winst en eigen maatregelen (A-2). In dat arrest maakte de Hoge Raad een nagenoeg identieke zinswending ('*geen invloed kan hebben op*'). Waarom werd die zinsnede in het Engelse Kolenstakingsarrest wel geacht een 'abstrahering' te zijn (noot Meijers); en wordt het dat nu niet in het arrest Vos/TSN (Hoge Raad, Hijma)?

De verklaring is vermoedelijk dat de Hoge Raad het tamelijk vage begrip abstracte schadeberekening niet onnodig van stal wil halen en zeker niet in gevallen waarin de schade op zich heel aannemelijk lijkt, zodat toedeling van het nadien opkomend voordeel aan de benadeelde eenvoudig via (afwijzing van een beroep op) art. 6:100 BW kan lopen. Door dit beroep van Vos af te wijzen verkreeg TSN inderdaad het volledige voordeel.

Vervolgens stelt Hijma terecht de vraag: waarom het gehele voordeel? Gaven de feiten in dit geval geen aanleiding het voordeel tussen TSN en Vos te verdelen? Rustte op TSN, gezien de nog lange resterende termijn, niet enige schadebeperkingsplicht? Ten behoeve van zo'n verdeling bepleit Hijma vervolgens een ruimere toepassing van art. 6:100 BW.⁶³ Einde intermezzo.

Voor Hijma's suggestie valt veel te zeggen. De tekst van art. 6:100 BW ('*een zelfde gebeurtenis*') sluit een ruimere uitleg niet noodzakelijk uit. En evenzeer als het niet altijd redelijk is dat het voordeel geheel de laedens ten goede komt, kan onredelijk zijn dat het voordeel geheel de benadeelde toekomt. Art. 6:100 BW biedt de mogelijkheid tot nuancering.

Maar wat is redelijk in dat verband? Voor de invulling van die redelijkheid is van belang te onderkennen dat op grond van de uitleg die de Hoge Raad thans aan art. 6:100 BW geeft het voordeel in beginsel aan de laedens toekomt in een bepaald gevalstype, namelijk: gebeurtenissen waaruit *direct* zowel schade als voordeel voortvloeit. Terwijl het in gevallen waarin abstracte schadevergoeding wordt toegepast, gaat om situaties waarin het voordeel (op z'n minst) juist *niet direct* uit '*een zelfde gebeurtenis*' voortkomt. Het betreft situaties waarin het voordeel (ten minste) *mede* veroorzaakt is door andere oorzaken, zodat sprake is van (min of meer) *toevallig voordeel*. En naar de huidige jurisprudentie komt het voordeel dan niet op de schade in mindering. *Toevallig voordeel* komt – zo blijkt uit de rechtspraak rond art. 6:100 BW en abstracte schadeberekening – nu

63 Zie in vergelijkbare zin: S.D. Lindenbergh, *Over wat schade is ... en waarom het in de praktijk bij de vaststelling daarvan zo dikwijls mis gaat*, WPNR 2010, 6867.

juist de benadeelde toe, niet de laedens.⁶⁴ Het voordeel dat in het Engelse Kolenstakingsarrest uit de doorverkoop ontstond (A-1), kwam niet direct voort uit de niet-levering door Van Rompu, maar uit eigen handelen van Cleeves. Dit voordeel kwam volgens de Hoge Raad – via abstrahering – Cleeves toe, niet Van Rompu.

Het is nuttig deze twee gevalstypen van elkaar te onderscheiden nu aannemelijk is dat voor een verdeling van het voordeel vervolgens heel verschillende (sub)normen zullen gelden. De feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat bij toevallig voordeel het voordeel toch deels ook aan de laedens toekomt, zullen in uitgangspunt verschillen van de feiten en omstandigheden die – indien het voordeel direct uit 'een zelfde gebeurtenis' voortvloeit – aannemelijk maken dat dit voordeel deels ook de benadeelde toekomt ('voor zover dit redelijk is').

Voordeelstoerekening via art. 6:101 BW

Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij art. 6:101 BW: schadebeperking c.q. eigen schuld. Op grond van dit artikel komt de laedens het voordeel toe, indien hij een beroep kan doen op schadebeperking. Is sprake van verplicht schadebeperkend handelen, dan is *communis opinio* dat bij gebreke daarvan de schade in beginsel voor rekening van de benadeelde blijft, maar bij voldoening aan die plicht het voordeel dus in beginsel de laedens toekomt.⁶⁵ Logisch geredeneerd betekent dit dat ingeval van *onverplicht* schadebeperkend handelen, enig gebrek daarin weliswaar onverlet laat dat de schade in beginsel voor rekening van de laedens komt, maar dat bij voldoening aan deze verplichting het voordeel in beginsel de benadeelde toekomt. En inderdaad lijkt de jurisprudentie met betrekking tot gevallen van *onverplicht schadebeperkend handelen* hier vanuit te gaan.⁶⁶ Met betrekking tot de annulering in het Engelse Kolenstaking (A-2) en de zelfhulp inzake het PTT-kabelarrest (B-2) resp. Johanna Kruidhof (C-2), ging het om een voordeel dat de benadeelde zelf, en onverplicht, ter beperking van zijn schade realiseerde. In beginsel bestond geen reden aan te nemen dat Cleeves gehouden was de gederfde winst (of te maken kosten met betrekking tot een dekkingskoop) te beperken door zijn overeenkomst met het *Governmental Department* te annuleren (A-2). Noch kan gezegd worden dat de PTT of Johanna Kruidhof gehouden waren de waardevermindering resp. de kosten van verpleging door zelfhulp te matigen, daar waar dit herstel door derden verantwoord was (B-1) resp. de verpleging door professionele partijen normaal en

64 Zie met betrekking tot art. 6:100 BW bijvoorbeeld: HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/ Van Uitert), in welk geval de schade van de verkoper voortvloeide uit de vertraging in de betaling van de koopprijs door de koper; en het voordeel voortkwam uit de niet-nakoming door de koper van zijn afnameverplichting.

65 Vgl. Groene Serie Schadevergoedingsrecht, art. 6:101 (Boonekamp), aant. 39.

66 Met Bloembergen en Keirse zou ik willen aannemen dat artt. 6:100 en 6:101 BW van elkaar kunnen worden onderscheiden in die zin dat van (onverplicht) schadebeperkend handelen pas sprake is als het handelen niet zonder de (mogelijkheid van) schade had plaatsgevonden. Vgl. Bloembergen, diss., nr. 277 alsmede Keirse, diss. p. 278.

gebruikelijk (C-1). De bestendige uitkomst van die zaken is dan ook dat dit voordeel de benadeelde toekomt, niet de laedens.

Ook in het geval Vos/TSN, waarin weliswaar niet is geabstraheerd maar dit – als toegelicht – volgens mij heel goed had gekund, was de uitkomst dat het voordeel van de schadebeperkende maatregelen die TSN nam haar en niet de laedens, Vos, toekwam. De klacht inzake schadebeperking voldeed weliswaar niet aan de eisen die daaraan in cassatie worden gesteld. Maar als de Hoge Raad echt had gemeend dat dit een typisch geval van verplichte schadebeperking betrof, dan had hij toch eenvoudig daaraan uiting kunnen geven door te oordelen dat het hof het in dit geval verkeerd had begrepen, althans onvoldoende had gemotiveerd waarom het voordeel niet 'van invloed is' op de schade.⁶⁷

Daarmee geldt uit hoofde van art. 6:101 BW een geheel ander uitgangspunt dan indien sprake is van *onverplicht schadebeperkend handelen*. Het is wederom nuttig beide gevalstypen van elkaar te onderscheiden. Niet alleen vanwege de verschillende uitgangspunten, maar ook omdat bij *onverplicht schadebeperkend handelen* goed voorstelbaar is dat het voordeel mede de laedens ten goede dient te komen, evenals bij *verplicht schadebeperkend handelen* het voordeel mede de benadeelde ten goede kan komen.⁶⁸ En de feiten en omstandigheden die rechtvaardigen dat bij *onverplicht schadebeperkend handelen* het voordeel deels ook aan de laedens toekomt, zullen in uitgangspunt verschillen van de feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat ingeval van een *verplichte schadebeperkingsplicht* het voordeel tevens de benadeelde toekomt.⁶⁹

De enige, andersluidende gedachte in dit opzicht komt van Bloembergen.⁷⁰ Volgens hem komt ook ingeval van *onverplicht schadebeperkend handelen* het voordeel niet de benadeelde, maar de laedens toe, omdat – zijns inziens – in dat geval geen sprake is van schade:

67 Zie voorts nog voor een geval waarin abstracte schadeberekening geen rol speelde maar schadebeperking wel, waardoor de laedens een beroep op voordeelstoerekening deed, omdat de benadeelde verkoper het goed na de dag van de wanprestatie wist te verkopen voor een boven de waarde van het goed gelegen prijs: HR 15 januari 1965, NJ 1965, 197 (Flint/Veldpaus). Volgens de Hoge Raad was bij gebreke van causaal verband tussen tekortkoming en voordeel geen plaats voor voordeelstoerekening. Het door (naar aan te nemen valt: *onverplichte*) schadebeperking verkregen voordeel kwam dus de benadeelde toe, niet de laedens.

68 Vgl. met betrekking tot schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW): de billijkheidscorrectie en de door Bloembergen, diss. 1965, nr. 276 bepleitte verdeling van de daaruit resulterende (door de benadeelde veroorzaakte) schade; inmiddels ook overgenomen door Keirse, diss. 2003, p. 261 e.v. en Hartkamp/Sieburgh, *Verbintenissenrecht*, 6-II, 2008, nr. 127.

69 Vermoedelijk juist omdat van de schadebeperkingsplicht als *Obliegenheit* geen nakoming kan worden gevorderd, maar deze plicht slechts repressief, door middel van een eigen schuld verweer kan worden afgedwongen, is de maatstaf voor *verplicht schadebeperkend handelen* tamelijk hoog. Ik kom daar nog over te spreken. Maar die relatief hoge maatstaf impliceert ook een ruim gebied van *onverplicht schadebeperkend handelen*, waarbinnen alle redenen bestaan dat de laedens mede daarvan profiteert.

70 Bloembergen, a.w., nr. 277. Keirse volgt hem daarin in haar dissertatie in 2003, p. 277/278.

*'Daaraan kan niet afdoen, dat de dader aldus profiteert van de extra-inspanningen van de benadeelde: niet het profijt van de dader, maar de schade van de benadeelde is in het schadevergoedingsrecht beslissend.'*⁷¹

Een krachtige uitspraak, waarbij evenwel vraagtekens kunnen worden geplaatst nu ons schadevergoedingsrecht in uitgangspunt toch wel degelijk rekening houdt met zowel schade als profijt. Dit is van belang, omdat – zoals hiervoor toegelicht – zonder dit onderscheid – terugkijkend – ten onrechte geen schade (meer) lijkt te (hebben) bestaan. Maar dat miskent dat de schade wel aannemelijk was en de zelfstandige betekenis van het voordeel dat door onverplicht schadebeperkend handelen ontstaat, met name: de vraag aan wie dit voordeel toekomt.

Bloembergen beroept zich ter staving van zijn stelling dat het voordeel uit onverplicht schadebeperkend handelen de laedens toekomt, als geciteerd, op het indemniteitsbeginsel: de benadeelde mag niet meer vergoed worden dan zijn schade daadwerkelijk is (geweest). Bronnen noemt Bloembergen evenwel niet,⁷² anders dan een verwijzing naar Köster, die o.a. over deze vraag in 1959 preadviseerde. Maar anders dan Bloembergen lijkt te suggereren, adviseerde Köster juist tegengesteld. Volgens hem is redelijk het voordeel uit onverplicht schadebeperkend handelen in beginsel niet aan de laedens, maar aan de benadeelde toe te kennen.⁷³

Voor Köster's uitgangspunt zijn ook zwaarwegende argumenten te geven. Allereerst stimuleert dit uitgangspunt het schadebeperkend handelen door de benadeelde. Daarnaast geldt dat daar waar volgens de rechtspraak 'toevallig voordeel' in de regel de benadeelde toekomt (zie hiervoor), dit *a fortiori* zou moeten gelden als het om voordeel gaat dat door eigen inspanningen van de benadeelde wordt verkregen. En als hiervoor toegelicht: dit is ook de jurisprudentiele lijn. Indien toedeling ook nog eens partieel zou kunnen geschieden, in plaats van via het 'alles of niets' van de abstracte schadeberekening (aan de benadeelde) of het indemniteitsargument (aan de laedens), bestaat voldoende ruimte om – indien gewenst – het voordeel deels alsnog aan de laedens toe te kennen. Juist bij onverplicht schadebeperkend handelen kan die verdelingsmogelijkheid heel relevant zijn; en wel om twee redenen.

Bloembergen signaleert in zijn dissertatie – en naar mijn mening terecht – dat de drempel met betrekking tot de verplichting tot schadebeperkend handelen in de zin van (thans) art. 6:101 BW tamelijk hoog ligt:

'Handelt de benadeelde pas redelijk als hij doet wat een voorzichtig mens, die de schade zelf moet dragen, in eigen belang zou doen of moet bij de beoordeling van zijn handelen

71 Bloembergen, a.w., nr. 277. Zie ook in gelijke zin Keirse, a.w., p. 2003 277/278.

72 Ook Keirse, in 2003, geeft geen aanvullende bronnen waaruit valt af te leiden dat het voordeel uit onverplicht schadebeperkend handelen in beginsel de laedens toekomt.

73 H.K. Köster, *Behoort de wet regelen te bevatten omtrent voordeelsaftrek bij schadevergoeding?*, Preadvies NJV 1959, p. 246.

*medegewogen worden, dat hij door een onrechtmatige daad, waarvoor een ander aansprakelijk is, in een situatie is gebracht waarin hij **moet** handelen. Ik zou zeggen: het laatste*⁷⁴

Dit betekent dat vermoedelijk in de meeste gevallen van schadebeperkend handelen geen sprake is van *verplicht* schadebeperkend handelen, maar van *onverplicht* schadebeperkend handelen. Dit roept de vraag op of in al die gevallen het voordeel inderdaad onverkort aan de benadeelde toekomt. Zie Hijma's pleidooi bij het arrest Vos/TSN om het voordeel deels ook aan de laedens, Vos, ten goede te laten komen. En mogelijk ligt eenzelfde gedachte (zij het wat mij betreft dan te categorisch) ten grondslag aan Bloembergens mening dat (ook) bij onverplicht schadebeperkend handelen het voordeel de laedens toekomt, niet te benadeelde.

Hiervoor is onder omstandigheden misschien temeer reden in verband met het volgende. Zoals hiervoor aangegeven, vormt (deel van) de rechtvaardiging dat ingeval van verplicht schadebeperkend handelen het daaruit voortvloeiend voordeel de laedens toekomt, het feit dat de laedens aan de benadeelde de redelijke kosten die daaraan verbonden zijn, vergoedt (art. 6:96 lid 2 sub a BW). De maatstaf voor vergoeding van die kosten (art. 6:96 lid 2 sub a BW) is evenwel lager dan de maatstaf voor de verplichting daartoe (art. 6:101 BW). De vergoedbaarheid van de kosten (art. 6:96 lid 2 sub a BW) staat daarmee niet op een lijn met het voor eigen rekening moeten nemen van de schade bij het nalaten van schadebeperkende maatregelen (art. 6:101 BW). Anders gezegd: in veel gevallen waarin redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade voor vergoeding in aanmerking komen, zal geen sprake zijn van een verplicht schadebeperkend handelen, maar van een onverplicht schadebeperkend handelen.⁷⁵ De benadeelde profiteert in dat geval dubbel: zowel een vergoeding van de redelijke kosten van schadebeperking (art. 6:96 lid 2 sub a BW) als het voordeel dat daaruit voortvloeit (als 'onverplicht'). Dit lijkt niet redelijk en pleit er voor of de maatstaf voor vergoeding van schadebeperkende kosten aan te scherpen, of de maatstaf voor de schadebeperkingsplicht te verlagen. Dit dogmatische debat kan praktisch worden opgelost indien wordt aangenomen dat ook bij onverplicht schadebeperkend handelen het voordeel mede de laedens kan toekomen, bijvoorbeeld omdat de laedens de kosten van de schadebeperkende maatregel en heeft gedragen of zou hebben moeten dragen.

74 Bloembergen, a.w., nr. 279. Deze relatief hoge maatstaf laat zich volgens mij deels verklaren door het feit dat de schadebeperkingsplicht, als *Obliegenheit*, slechts repressief via het eigen schuld verweer kan worden gehandhaafd.

75 Vgl. b.v. de reservematerieel uitspraken: HR 31 maart 1950, NJ 1950, 592, m.nt. Ph.A.N. Houwing; HR 4 oktober 1957, NJ 1958, 12; HR 31 oktober 1958, NJ 1959, 29; alsmede de interne administratiekosten volgens HR 19 december 1975, NJ 1976, 280, m.nt. GJS (Rijksweg 12) en de interne kosten van verhaal volgens HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196, m.nt. ARB (AMEV/Staat). Niet erg aannemelijk is dat ten opzichte van deze kosten(vergoedingen) ook een (schadebeperkings)verplichting jegens de laedens bestond.

Die toedeling zou ingeval van onverplichte schadebeperking niet via art. 6:101 BW kunnen, maar wel via art. 6:100 BW, mits de Hoge Raad bereid is aan art. 6:100 BW een ruimere werking te verlenen, als toegelicht.

Voordeelstoerekening via art. 6:212 BW

Is de Hoge Raad niet bereid tot uitbreiding van de reikwijdte van art. 6:100 BW, dan is een andere wettelijke bepaling nodig. En die bepaling kan art. 6:212 BW inzake ongerechtvaardigde verrijking zijn. Tegenover de schade, zoals die door de benadeelde aannemelijk is gemaakt, stelt de laedens een schadevergoedingsvordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking, welke vordering hij verrekent met de schadevergoedingsvordering die de benadeelde op hem heeft. Daartoe zal de laedens moeten stellen en zo nodig bewijzen dat – gegeven de aannemelijkheid van de schade – nadien een voordeel is opgekomen dat de schade voor de benadeelde vermindert; dat hij als laedens nadeelt lijdt en de benadeelde een navenant voordeel heeft indien hij desondanks de benadeelde de (gehele) schade moet vergoeden; en dat dit in de gegeven omstandigheden ongerechtvaardigd is.

Zo'n verrijkingssactie past op zich in het stelsel van de wet. De verrijkingssactie heeft dan ten opzichte van de artt. 6:100 en 101 BW in feite een aanvullende werking, bij gebreke van een andere grondslag om recht te doen.⁷⁶ Zo'n verrijkingssactie is voor het schadevergoedingsrecht ook niet uitzonderlijk. Een ander voorbeeld vormt art. 6:78 BW, waarin een schadevergoedingsvordering stukloopt op de overmacht van de debiteur. Als in zo'n geval de debiteur evenwel door diens eigen tekortkoming tevens een voordeel verkrijgt, bepaalt art. 6:78 lid 1 BW dat de benadeelde hierop aanspraak kan maken volgens de regels van art. 6:212 BW, derhalve: voor zover dit redelijk is.⁷⁷ Compenseerde in het arrest Quint/Te Poel de verrijkingssactie de (te) ongenueanceerde gevolgen van natrekking; in het schadevergoedingsrecht vult art. 6:212 BW in feite de artikelen 6:100 en 101 BW aan, die immers voor de laedens (te) stringente eisen stellen aan voordeelstoerekening.⁷⁸

De tegenvordering van de laedens is beperkt tot het *nadeel* voor de laedens (en het voordeel voor de benadeelde). In de hierboven geschetste casus van het Engelse Kolenstakingsarrest bleef onbekend voor welke prijs Cleeves de kolen

76 Zie over de aanvullende werking van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW): J.B.M. Vranken, *De strijd om het nieuwe verrijkingrecht*, NJB 1998, 1495-1503; alsmede A.S. Hartkamp, *Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad*, WPNR 2001, 311-318 en 327-334.

77 Zie meer uitgebreid over art. 6:78 BW: J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, diss. 2001, p. 433 e.v.

78 In zijn dissertatie onderkent Bloembergen wel de verrijkingssmogelijkheid, zoals die al door Bregstein was opgeworpen (*Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. 1927). Bloembergen behandelt deze o.a. in het kader van de door ouders gemaakte kosten (vgl. Johanna Kruidhof) (nr. 202) en door een verzekeraar gemaakte expertisecosten (nr. 268), maar stelt dat die actie niet past in het (toenmalig) stelsel van de wet (artt. 1407 BW resp. 1401 BW). Daarmee geeft hij de actie uit ongerechtvaardigde verrijking een bredere werking dan nu door mij wordt betoogd, namelijk: als aanvulling op de schadevergoedingsregeling in de (huidige) wettelijke artikelen 6:100 en 101 BW.

aan het *Government Department* had doorverkocht. Toch is die (doorverkoop) prijs van belang voor de nadere invulling van de voordeelstoerekening. Stel dat Cleeves door marktontwikkelingen een iets hogere prijs (b.v. 47 shilling per ton) heeft bedongen dan hijzelf had betaald (41 shilling per ton). De gedeerde winst c.q. de schade bedraagt dan nog steeds $(55 - 41 =) 14$ shilling per ton, niet $(55 - 47 =) 8$ shilling per ton.⁷⁹ Maar tot een bedrag van $(55 - 47 =) 8$ shilling per ton zal de laedens een beroep op ongerechtvaardigde verrijking kunnen doen.

De tegenvordering van de laedens is voorts beperkt tot het *onredelijk of ongerechtvaardigd* nadeel voor de laedens. Dit biedt de mogelijkheid tot verdeling en nuancering. Daarbij is zinvol, als toegelicht, 'toevallig voordeel' en 'onverplicht schadebeperkend handelen' van elkaar te onderscheiden. Hoewel voordeelstoerekening en schadebeperking in elkaars verlengde liggen,⁸⁰ is aannemelijk dat voor beide typologieën juist in die verdelingsfase verschillende subnormen (kunnen) gelden.

6 Vier vragen, vier antwoorden

Na het voorgaande komen de antwoorden in beeld op de vier, in de inleiding gestelde vragen. Abstracte schadeberekening is geen wettelijk begrip. We zouden er beter aan doen ervan afstand te nemen en de wet toe te passen.

Als de Hoge Raad bij zaakschade de waardevermindering vaststelt op de objectieve herstelkosten ongeacht of herstel of verkoop heeft plaatsgevonden; of bij letselschade kosten van verpleging toekent daar waar die verpleging normaal en gebruikelijk is, maakt hij in feite een schatting van de schade waartoe art. 6:97 BW, tweede zin, hem ook de bevoegdheid geeft. Om in dat verband te spreken van abstracte schadeberekening, heeft geen toegevoegde waarde.

Dient de rechter vervolgens de vraag te beantwoorden hoe om te gaan met het feit dat daarna het herstel in eigen beheer is uitgevoerd resp. de verpleging (via ouders) zelf ter hand is genomen, dan gaat het in feite om een vraag van voordeelstoerekening. De toekenning van voordeel verdient meer aandacht dan die nu krijgt in het kader van abstracte schadeberekening. Beter zou zijn indien de rechter, voor zover hij meent dat dit voordeel de laedens toekomt, die toekenning baseert op art. 6:100 BW (althans art. 6:212 BW). Het gaat dan om gevallen van toevallig voordeel of onverplicht schadebeperkend handelen. Ook in die gevallen kan redelijk zijn dat (een deel van) het voordeel de laedens ten goede komt. Toepassing van art. 6:100 BW (althans art. 6:212 BW) in plaats van het vage begrip abstracte schadebegroting geeft (i) een helder criterium voor

⁷⁹ 8 Shilling per ton zou het schadebedrag zijn geweest indien Cleeves geen gedeerde winst, maar vergoeding van de kosten van een dekkingskoop had gevorderd.

⁸⁰ C. Drion, 'Elk nadeel heeft z'n voordeel?', NJB 2009, p. 2337.

voordeelstoerekening; (ii) duidelijker handvatten voor het debat (de benadeelde moet zijn schade aannemelijk maken; de laedens dat hem het nadien opkomend voordeel toekomt); en (iii) een mogelijkheid tot verdelen. Daarmee kan eenzelfde nuance in toedeling van voordeel worden bereikt, als mogelijk is indien het voordeel op grond van artt. 6:100 resp. 101 BW in beginsel weliswaar de laedens toekomt maar vervolgens deels ook aan de benadeelde. Abstraheren is eigenlijk een te robuust middel ('alles of niets') dat niet (meer) past in ons rechtsstelsel en ook in dat opzicht beter vervangen kan worden door de redelijkheidstoets van art. 6:100 BW.

Het voorgaand is, ten slotte, ook van belang voor het debat inzake de tijdelijke ontneming van het gebruik van een zaak (vraag 2). Dit doctrinair debat over abstraheren verhuult eigenlijk waar het werkelijk over gaat, namelijk: of het *aannemelijk* of *redelijk* is dat in een dergelijk geval bijvoorbeeld bepaalde kosten verhaalbaar zijn. Het debat verschilt daarmee niet wezenlijk van het debat inzake zelfhulp bij verpleging of huishoudelijke hulp.

Daarmee verschilt ook niet de oplossing. Zoals bij zelfhulp de vergoeding gekoppeld is aan aannemelijke kosten, redelijke gedeerde inkomsten of compensatie voor hinder; zo kan bij tijdelijk gemis van een zaak eenzelfde vergoedingsstramien worden aangenomen. Dit betekent dat maximaal de aannemelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen, indien vervanging van de zaak in de gegeven omstandigheden '*normaal en gebruikelijk*' is. Zijn die kosten niet aannemelijk (bijvoorbeeld: omdat in de gegeven omstandigheden tijdelijke vervanging van de zaak niet mogelijk of gebruikelijk is), dan kan de benadeelde misschien de gedeerde inkomsten opvoeren.⁸¹ Is ook dit niet aannemelijk of redelijk, dan rest de benadeelde alleen nog een schadevergoeding voor de gedeerde gebruiksmogelijkheid. Daarvoor is wel vereist dat de hinder c.q. genotsderving ernstig genoeg is.⁸²

81 In het arrest HR 24 mei 2013 LJN BZ1782 (Credit Suisse/ Subway Rotterdam) past de Hoge Raad een verdergaande, abstracte schadeberekening toe bij de vraag of, kort gezegd, een verhuurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking een schadevergoedingsvordering toekomt, doordat de huurder zonder huurovereenkomst, en dus huur verschuldigd te zijn, van de bedrijfsruimte gebruik maakt (partijen waren hierover nog in onderhandelingen, maar die onderhandelingen mislukten). Anders dan het hof en A-G Wissink meende de Hoge Raad dat voor de vraag of de eigenaar schade lijdt ('verarming'), ook als hij niet elders vervangende bedrijfsruimte hoeft te huren en hij niet door dat gebruik is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren, deze schade naar objectieve maatstaven berekend mag worden. De Hoge Raad rechtvaardigt dit evenwel nadrukkelijk met verwijzing naar het stelsel van de wet: artt. 7:225 en 230a BW inzake huur, zodat aangenomen mag worden dat deze abstrahering niet meer algemeen voor tijdelijke ontneming van zaken geldt. Buiten deze gevallen van huur verdient naar mijn mening de door mij verdedigde benadering de voorkeur. De schattingsbevoegdheid van de rechter geeft hem voldoende ruimte kosten, indien normaal en gebruikelijk, dan wel gedeerde winst, indien aannemelijk en redelijk, toe te wijzen.

82 Zie HR 5 december 2008, JA 2009, 37 (motorjacht), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de genotsderving van het niet op volle snelheid kunnen varen te gering was voor vergoeding van schade wegens gemis van onstoffelijk voordeel.

Daarmee is ook het nadeel ondervangen dat Bloembergen onderkende maar bereid was voor lief te nemen in geval van abstracte schadeberekening bij tijdelijke ontneming van een zaak, namelijk: dat de benadeelde feitelijk toch geen profijt van de zaak had getrokken.⁸³ Volgens de hiervoor toegelichte toepassing van de wettelijke regels heeft zo'n benadeelde immers geen recht op enige vergoeding, hooguit indien het gebrek aan profijt de genotsderving in voldoende mate onverlet laat. Toepassing van de wettelijke regels leidt aldus (wederom) tot een billijker en een meer genuanceerde uitkomst dan abstracte schadeberekening.

83 Zie Bloembergen, a.w., nr. 51 e.v. Zie ook het hiervoor genoemde arrest HR 24 mei 2013 LJN BZ1782 (Credit Suisse/ Subway Rotterdam), waarin de verhuurder volgens de door de Hoge Raad geformuleerde abstrahering ook huurpenningen ontvangt indien voor de verhuurder kosten misschien niet normaal en gebruikelijk resp. gederfde inkomsten niet (in die mate) aannemelijk waren. De Hoge Raad rechtvaardigt dat in dit geval met verwijzing naar het wettelijk systeem (artt. 7:225 en 230a BW).

Literatuur

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht, Deel II, De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer 2013

Barendrecht 1985

J.M. Barendrecht, 'Schadeberekening en herstel', *WPNR* 5764 (1985), p. 790

Barendrecht & Storm 1995

J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle 1995

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer 1965

Brunner 1997

C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: *J.L.P. Cahenbundel*, Arnhem 1997, p. 63-70

Deurvorst 1996

T.E. Deurvorst, 'Abstracte schadeberekening en de expansie van de aanspraak op schadevergoeding', *NTBR* 1996/2, p. 37-41

Van Duijvendijk-Brand 2010

J. van Duijvendijk-Brand, 'Overlijdensschade, een hybride figuur', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag 2010, p. 81-82

Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard, 'Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp inkomensschade en het wetsvoorstel re-integratiekosten', *VR* 2008, p. 1-6

De Groot 1980

G.R.J. de Groot, 'Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?', *VR* 1980, p. 49-58

Hamaker 1980

G. Hamaker, 'Schadeloosstelling en schadevergoeding, Enige overeenkomsten en verschillen', *BR* 1980, p. 87-138

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Vergoeding van overlijdensschade: abstract of concreet', *AA* 2008, p. 896-901

Klaassen 1997

C.J.M. Klaassen & A.J. Akkermans, *Het moment van het ontstaan van schade*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 1997, p. 1-43

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2, Monografieën BW B35, Deventer 2007

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer 1999

Rutten 1964

L.E.H. Rutten, 'Het recht op schadeloosstelling van de eigenaar van een auto welke als gevolg van een aanrijding een waardevermindering heeft ondergaan', *VR* 1964, p. 73-81

Salomons 1993

R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade*, Monografieën Nieuw BW, Deventer 1993

Van der Schans 2007

E. van der Schans, 'Nadeelcompensatie en schadebegroting: de rekening en het recht', *O&A*, 2007/107

Schut 1966

G.H.A. Schut, 'Boekbespreking diss. Bloembergen', *RM Themis* 1966, p. 172-181

Schut 1966a

G.H.A. Schut, 'Abstraheren als methode van rechtsvinding', *AA* 1966, p. 250-260

Spier 1995

J. Spier, 'Ongerechtvaardigde consequenties van abstracte en concrete schadeberekening', *WPNR* 6199 (1995), p. 711-712

Tolman 2005

M.J. Tolman, 'Keuzevrijheid in het zaakschaderecht', *AV&S* 2005/16, p. 93 e.v.

Vis 2011

G.G.J. Vis, 'Wettelijke rente, tijd om het zwaard opnieuw te slijpen?', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake Remedies*, Den Haag 2011, p. 147-168

Zwitser 1980

R. Zwitser, 'Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid', *WPNR* 5517 (1980), p. 322-331

Zwitser 1999

R. Zwitser, 'Een plus een is billijkheidshalve soms drie', *NJB* 1999, p. 2058-2063

