

## **Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht**

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

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

Prof. Dr. U. Magnus

Mr. Chr. van Dijk

# Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht



Deventer – 2015

Omslagontwerp: Hans Roenhorst, [www.h2rplus.nl](http://www.h2rplus.nl)

ISBN 978-90-13-13072-0

ISBN 978-90-13-13073-7 (E-book)

NUR 822-206

© 2015 Wolters 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.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst.

De gegevens kunnen door Wolters 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 Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op [www.wolterskluwer.nl](http://www.wolterskluwer.nl) of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

## INHOUDSOPGAVE

### **“Vorteilsausgleichung” – a typical German institute of the law of damages? / 1**

*Prof. Dr. Ulrich Magnus*

|     |  |
|-----|--|
| 1   | Introduction / 1   |
| 2   | The problem and its environment / 1  |
| 2.1 | Vorteilsausgleichung and calculation of damages / 2  |
| 2.2 | Advantages / 4   |
| 2.3 | Function of the Vorteilsausgleichung / 4   |
| 2.4 | Vorteilsausgleichung and time of calculation of damages as well as possibilities of adaptation of damages awards / 4 |
| 2.5 | Vorteilsausgleichung and contributory negligence / 5   |
| 2.6 | Vorteilsausgleichung and set-off / 5   |
| 2.7 | Vorteilsausgleichung and other than damages claims / 6   |
| 2.8 | Vorteilsausgleichung and third parties / 6   |
| 2.9 | Economic analysis of law / 7   |
| 3   | The development of the Vorteilsausgleichung in Germany / 7   |
| 3.1 | The position of the fathers of the BGB on Vorteilsausgleichung / 7   |
| 3.2 | The development of case law / 8  |
| 3.3 | The doctrine / 9   |
| 4   | The groups of cases / 10   |
| 4.1 | General remark / 10  |
| 4.2 | Advantages without activities of the victim or other persons / 10  |
| 4.3 | Advantages through own activity of the victim / 14   |
| 4.4 | Advantages through activities of other persons / 15  |
| 5   | General preconditions / 17   |
| 5.1 | Accountable kinds of advantages / 17   |
| 5.2 | Causation / 18   |
| 5.3 | Congruence / 18  |
| 5.4 | Conscionable for the victim / 19   |
| 5.5 | No unreasonable relief for the wrongdoer / 19  |
| 5.6 | Exclusion of Vorteilsausgleichung / 20   |

|     |   |
|-----|---|
| 5.7 | Application of Vorteilsausgleichung ex officio / 20 |
| 5.8 | Burden of proof / 20                                |
| 6   | Conclusions / 20                                    |

### **Voordeelstoerekening / 23**

*Mr. Chris van Dijk*

|       |  |
|-------|--|
| 1     | Inleiding / 23   |
| 2     | Voordeelstoerekening zoals deze uit rechtspraak en literatuur naar voren komt en de gezichtspunten die daarbij komen kijken / 28 |
| 2.1   | Inleiding / 28   |
| 2.2   | De causale toegangstoets, 'een zelfde gebeurtenis' / 29  |
| 2.3   | De normatieve toets: toerekening voor zover dit redelijk is / 42   |
| 2.3.1 | Inleiding / 42   |
| 2.3.2 | Gezichtspunten in de parlementaire geschiedenis en de literatuur voor de redelijkheidstoets / 42                                 |
| 2.3.3 | Enige rechtspraak / 45   |
| 2.3.4 | Conclusie / 56   |
| 3     | Interne rechtsvergelijking met samenhangende leerstukken / 56  |
| 3.1   | Inleiding / 56   |
| 3.2   | Het begroten van schade / 58   |
| 3.3   | Toerekening naar redelijkheid / 65   |
| 3.4   | Schadebeperking / 68   |
| 4     | Conclusies / 72  |

# “Vorteilsausgleichung” – a typical German institute of the law of damages?

*Prof. Dr. Ulrich Magnus*

## **1 Introduction**

If you seek a good English expression for the German legal term “Vorteilsausgleichung”, the Google translator offers you a confusing “to favourable”. You have slightly better luck if you take the Dutch term “Voordeelstoerekening”; the Google translator invites you to use “benefit allocation”. Other translations that you can find on the Internet are “adjustment of profits”, “balancing of advantages” or “set-off of benefits”. And if you consult English books on tort, contract or damages for the problem that the terms *Vorteilsausgleichung* or *Voordeelstoerekening* try to describe then you find expressions such as “deduction or deductibility of benefits”. Helpful seems still the Latin expression “*compensatio lucri cum damno*”. All this may already indicate that our subject is not the easiest. It deals with the situation that an event for which a wrongdoer is liable has caused damage to a victim but at the same time the event has brought about also some advantage or benefit for the victim. The most macabre example is the following: a wrongdoer is liable for the death of the nourisher of a family; under German law the wrongdoer is then also obliged to maintain the dependants of the killed person to the same extent the deceased was legally obliged to.<sup>1</sup> The wrongdoer rejects however any claim with the argument that the dependants suffered no damage because they inherited the – indeed considerable – estate of the deceased and were now better off than before. Can he really claim that he did them a favour by killing their nourisher?

I will discuss the German development of the legal institute *Vorteilsausgleichung*. But before that, I try to analyse the localisation and the environment of the legal problem for which this expression stands. Finally I will draw some conclusions.

## **2 The problem and its environment**

Whether advantages may or may not reduce a victim’s claim for compensation appears to be a problem of the general law of damages and is so treated in

---

<sup>1</sup> See § 844 (2) BGB.

Germany.<sup>2</sup> It can encounter wherever a damages claim is admissible, in particular in contract and tort law. Therefore, when I use the terms victim and wrongdoer they include contractual and tortious victims as well as contract-breakers and tortfeasors. However, I will not pursue our subject in other fields than damages claims where the question of set-off of negative and positive effects of one single act can also arise. Even in the field of unjust enrichment the reverse problem can occur that the enrichment has been diminished by disadvantages.

### 2.1 *Vorteilsausgleichung and calculation of damages*

Even if *Vorteilsausgleichung* is an institute of the law of damages, it is common ground in German case law<sup>3</sup> and doctrine<sup>4</sup> that it has to be distinguished from the mere calculation of the amount of damages. *Vorteilsausgleichung* is a separate legal institute. The reason for the distinction is the following: The primary aim of the German law of damages is to compensate the victim for its loss (where the conditions for a damages claim have been fulfilled). The compensation shall restore – or provide means for that purpose – as far as possible the situation which would have existed without the damage. § 249 (1) BGB expresses this aim and obligation in the following way:

“Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.”

In the half-official and not fully matching<sup>5</sup> translation which the German Ministry of Justice recommends:<sup>6</sup>

“A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.”

2 See for instance Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen vol. 3/2 (13<sup>th</sup> ed. 2014) Vor § 249 para. 279 ss.; Grüneberg, in: Palandt, BGB (74<sup>th</sup> ed. 2015) Vorbem vor § 249 para. 67 ss.; Lange/Schiemann, Schadensersatz (3<sup>rd</sup> ed. 2003) § 9; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil (11<sup>th</sup> ed. 2013) para. 929 ss.; Magnus, in: Nomos Kommentar zum BGB vol. 2/1 (2<sup>nd</sup> ed. 2012) Vorbemerkung zu §§ 249-255 para. 116 ss.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil (20<sup>th</sup> ed. 2012) para. 646 ss.; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB vol. 2 (6<sup>th</sup> ed. 2012) § 249 para. 228 ss.; Schiemann, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Bearbeitung 2004) § 249 para. 132 ss.; Schubert, in: Bamberger/Roth (eds.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (ed. 33, 1 March 2011) § 249 para. 102 ss.; Schulze, in: Schulze et al. (eds.), BGB Handkommentar (7<sup>th</sup> ed. 2012) § 249 para. 31 ss.; Teichmann, in: Jauernig (ed.), Kommentar zum BGB (15<sup>th</sup> ed. 2014) Vor §§ 249-253 para. 35 ff.; in particular Thüsing, Wertende Schadensberechnung (2001) passim.

3 E.g., BGHZ 55, 329 (333); BGH NJW 1982, 984.

4 See for instance Lange/Schiemann § 9, I.1.; Looschelders, Schuldrecht AT Rn. 929; already Esser, Schuldrecht (2<sup>nd</sup> ed. 1960) § 63,1; on the other hand, e.g., Jauernig/Teichmann Vor §§ 249-253 para. 35 ss. regard the *Vorteilsausgleichung* as a factor that merely reduces the damage.

5 The German text does not contain an equivalent of the formulation “to pay damages”.

6 See [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch-bgb.html#p0743](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch-bgb.html#p0743).



Under this provision the whole loss has to be made good, no less and no more. Therefore, damages shall also not enrich the victim.<sup>7</sup> To achieve this aim, § 249 BGB requires a comparison of the overall real situation of the victim after the damaging event with the overall hypothetical situation which would have existed without that event. The difference is in principle the recoverable damage (the so-called Differenzhypothese).<sup>8</sup> However, if § 249 BGB would be strictly understood and applied, all advantages caused by the damaging event had automatically to be deducted from the damages amount. They would always reduce the amount of damages. As a consequence, for instance, the mentioned heritage of an estate could fully extinguish the claim of dependants of the person whom the wrongdoer killed. This solution is uniformly regarded as evidently unjust. In order to avoid such results advantages are separately dealt with and some specific rules have been developed for their recognition or non-recognition when calculating the amount of damages.

Yet, the distinction between separate advantages and positions which are part of the normal assessment of damages is still vague.<sup>9</sup> Is it a kind of Vorteilsausgleichung or a mere damages calculation when an accident has destroyed the old tyres and the victim gets new ones and must perhaps accept a certain deduction because the new tyres will last longer than the old ones?<sup>10</sup> Probably, it may suffice that there is a positive modification of the victim's circumstances in connection with a damage to raise the question whether or not this positive momentum should reduce the amount of damages. Furthermore, the advantage is generally a separate circumstance which is linked with the damage but is not the damaging event itself.<sup>11</sup> A further and more precise borderline between Vorteilsausgleichung and damages calculation may be of theoretical interest but appears to be practically unnecessary. Even under the aspect of burden of proof there probably is – and should be – no difference (I will deal with that aspect a little later).

Thus, Vorteilsausgleichung and compensation of damages both require that a damage exists. But while the law of damages generally deals with losses, their assessment and compensation Vorteilsausgleichung is exclusively concerned with a specific aspect of the law of damages, namely, the possible reduction of damages through advantages which the victim acquired through the damaging event.

7 For instance BGHZ 118, 312 (338); Staudinger/Schiemann Vor §§ 249 ss. Para. 2 s.

8 See thereto for instance BGH NJW 1994, 2357; BGH NJW 2009, 1870; BGH NJW 2011, 1962; Lange/Schiemann § 6 I.; MünchKomm/Oetker § 249 para. 19 ss.; NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 para. 20; Palandt/Grüneberg Vorbem vor § 249 para. 10 and already Mommsen, Lehre vom Interesse (1855) whose concept was the basis for the BGB provisions on damages (§§ 249 ss. BGB).

9 Also Lange/Schiemann § 9 I. 1: "Eine Zäsur kann nicht mit rein logischen Erwägungen gefunden werden..." ("A distinction cannot be found based on purely logical considerations...").

10 Lange/Schiemann § 9 I.3. advocate that this case category ("new for old") does not constitute a real case of Vorteilsausgleichung although the court and most writers qualify it so. Lange/Schiemann argue that it is not the damage but the form of its compensation that causes the advantage. However, the original damage caused at least the necessity to renew the tires.

11 Similarly Lange/Schiemann § 9 I.2 ("Der Schadensberechnung ist danach alles zuzuordnen, was den Schaden als von vornherein nicht oder nur in bestimmter Höhe entstanden erscheinen lässt.").

## **2.2 Advantages**

In principle, every kind of advantage (Vorteil) has to be taken into consideration for a possible Vorteilsausgleichung. Advantage means primarily that the victim receives something that increases his or her fortune, for instance a payment by third persons or the like. But not only positive extra-payments etc. are relevant advantages. Also the saving of otherwise necessary expenditures is an advantage that can count.<sup>12</sup> Even if the damaging act bewares the victim of an otherwise probable loss this is an advantage and it has to be decided whether or not it should reduce the victim's damages claim. Applying this rule a reduction has been granted in the following case: the victim had a damages claim against the community which had wrongfully prohibited the erection of a building. However, the court held that the damages sum had to be reduced because the building could have been leased only at a probable loss.<sup>13</sup>

## **2.3 Function of the Vorteilsausgleichung**

It is the evident function of the institute of Vorteilsausgleichung to support the general aim of German law of damages namely to fully compensate the aggrieved person but also not to enrich him or her. If the aggrieved person could generally keep all advantages which the damaging event caused the compensation aim could be endangered and overcompensation could be the consequence. If on the other hand every advantage had to be deducted without exception, the contrary would occur and undercompensation could be the consequence. The function of Vorteilsausgleichung is therefore to adjust the result of compensation in order to achieve a fair and just solution. It is accepted that for this end in each single case policy considerations and value judgments are necessary.<sup>14</sup>

## **2.4 Vorteilsausgleichung and time of calculation of damages as well as possibilities of adaptation of damages awards**

Also a side-look at the further embedding of the Vorteilsausgleichung is useful: It is rather obvious that the relevance of, and the need for, a legal institute such as the Vorteilsausgleichung is also influenced by the point of time at which

---

12 BGH NJW 1989, 2117 (2118); Bamberger/Roth/Schubert § 249 para. 105; MünchKomm/Oetker § 249 para. 229; Schulze/Schulze § 249 para. 32.

13 BGH NJW 1998, 2117 s.

14 See the most recent decision: BGH MDR 2015, 13 (Vorteilsausgleichung with respect to price reduction: the claimant had booked for herself and her husband a ship cruise from and to Dubai including flights from Düsseldorf to Dubai and back. The return flight was delayed by 25 hours and the airline paid for the delay € 600 each. The claimant then sued the travel agency for a reduction of the travel price because of the delay and claimed a sum of € 426,30. The BGH held that the payments by the airline had to be set off against the price reduction and rejected the claim. The Court based its judgment on the argument that the reduction of the price and the payment for delay both aim at the same objective, namely to compensate for the inconveniences of the delayed flight; to allow both claims would overcompensate the claimant).

damages are to be calculated and by the possibilities to adapt damages awards at later stages.

Where the decisive point of time for the assessment of damages is the time when the damage occurred it is evident that later positive events cannot be part of the calculation of the amount of damages. Vice versa, where as in German law generally the time of the last hearing in court is decisive positive events up to that date can count for the assessment of damages.<sup>15</sup>

In a similar vein, where a legal system allows for damages in form of rent payments and for their later adjustment to negative but also to positive developments<sup>16</sup> the need for an immediate *Vorteilsausgleichung* is less urgent. However, generally the final decision on the damages claim is the point after which positive developments caused by the damaging event regularly do no longer matter.<sup>17</sup>

### 2.5 *Vorteilsausgleichung and contributory negligence*

There is a certain link between *Vorteilsausgleichung* and contributory negligence. Not only can both lead to a reduction of a damages claim. The principles of contributory negligence can oblige a victim to strive for an advantage in order to reduce the damage. If the victim does not take the necessary steps contributory negligence has the consequence that the victim's claim is reduced by the virtual advantage.<sup>18</sup> By contrast, where the victim does more than the principles of contributory negligence require, the rules on *Vorteilsausgleichung* regularly provide that additional advantages gained or secured by these steps do not reduce the victim's damages claim.<sup>19</sup> Thus, *Vorteilsausgleichung* deals with real advantages while contributory negligence can take into account mere hypothetical advantages.

### 2.6 *Vorteilsausgleichung and set-off*

*Vorteilsausgleichung* could appear as a special form of set-off since a certain amount is deducted from the damages claim. Yet, German court practice and doctrine rightly distinguish both institutes.<sup>20</sup> Set-off requires two contrary claims, one of the claimant and one of the defendant which stand against each other. *Vorteilsausgleichung* also requires that the claimant – the victim –

15 For the material claim it is actually the time of performance which is relevant for the calculation of damages; see BGH NJW 1981, 2065; BGH NJW 2007, 67 (para. 16). However, in procedural and practical perspective it is the date of the last hearing; see BGH NJW 1953, 977; BGH NJW 1996, 2654; BGH NJW 2004, 445; MünchKomm/Oetker § 249 para. 305; NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249 para. 175 ss.; Palandt/Grüneberg Vor § 249 para. 127.

16 This is the case in German law, see § 323 Civil Procedure Code (ZPO).

17 Also Lange/Schiemann § 9 III. 9.

18 This is provided for by § 254 BGB.

19 BGHZ 4, 170 (177); BGHZ 55, 329; already Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil (14<sup>th</sup> ed. 1987) § 30 II.b); further Looschelders, Schuldrecht AT n. 933; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT n. 646.

20 BGH NJW 1962, 1909; BGH NJW 2013, 450; Palandt/Grüneberg Vor § 249 para. 71.

has a damages claim but at the same time has already received or will receive an advantage which by definition can be no claim of the defendant (the wrong-doer) because this is no advantage for the victim. Thus, though the effect of Vorteilsausgleichung and set-off is rather similar, the preconditions are not. Rules on set-off are therefore not applicable to Vorteilsausgleichung and vice versa. For example, a contractual or statutory prohibition of set-off does not hinder Vorteilsausgleichung.<sup>21</sup> It is further of great practical importance that Vorteilsausgleichung is taken into account by the court *suo motu* while set-off must be applied for by the defendant.<sup>22</sup> Thus, in the case of Vorteilsausgleichung the court must *ex officio* deduct any deductible advantage and can grant only the reduced amount of damages. In case of set-off the defendant decides whether or not to raise this defence.

### 2.7 Vorteilsausgleichung and other than damages claims

Although the Vorteilsausgleichung has its primary domain in the law of damages, also other remedies may give rise to the principle of *compensatio lucri cum damno*. This has been so held for instance with respect to the remedy of price reduction<sup>23</sup> (though not for the primary performance claim)<sup>24</sup> but also for restitution claims or claims for expenditures.<sup>25</sup>

### 2.8 Vorteilsausgleichung and third parties

Advantages which a damaging event causes for third parties are regularly irrelevant for the damages claim of the victim. The victim him- or herself must have had an advantage.<sup>26</sup> In certain situations this may lead to perplexing results: If a lawyer gives wrong advice so that a person (the victim) does not become heir of another but instead his children become the heirs, then the victim has a damages claim against the lawyer, actually in the amount of the full heritage. The children would however inherit again after the death of the father, possibly the full amount he claimed from the lawyer which he may have saved for his heirs, too. In this case of the so-called "laughing double heirs" the courts finally granted the victim only half of his damage because the family fortune as such had been increased.<sup>27</sup> They further obliged the father to transfer any damages payments of the lawyer (who was not insured) to equal parts on bank accounts of the children. This result is almost exclusively based on policy and equity considerations, among them in particular the financial protection of the children's future.

21 See BGH NJW 1962, 1909.

22 BGH NJW 2013, 450; Palandt/Grüneberg Vor § 249 para. 71.

23 BGH MDR 2015, 13.

24 See BGH BB 1992, 1162.

25 BGH NJW 2007, 2401 (deduction of tax benefits from restitution claim under a withdrawn credit contract).

26 OLG Schleswig NJW 2005, 439 (440); MünchKomm/Oetker § 249 para. 232; NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 para. 125; Thüsing, Wertende Schadensberechnung (2000) 109 s., 483 s.

27 See BGH NJW 1979, 2033 which confirmed the lower court decisions in that case.

## 2.9 *Economic analysis of law*

There are not many fields where the private lawyer has to deal with figures and calculations as much as in the field of the *Vorteilsausgleichung*. Yet, it appears that this institute has thus far found little interest among followers of the economic analysis of law.<sup>28</sup>

## 3 **The development of the *Vorteilsausgleichung* in Germany**

To report on the development of the institute of *Vorteilsausgleichung* in Germany is also a short ride through German legal history of the last century. When the BGB entered into force in 1900, this was the entry into a new era of private law and a radical breach with the juristic past. The former common law (*Gemeines Recht*) and the many different laws existing on the territory of Germany were altogether abandoned. Under the lead of the *Reichsgericht* (Imperial Court) which had to interpret and apply the new law as last instance this meant an almost entirely fresh start. The BGB and the *Reichsgericht* continued to exist even during the Nazi time although the interpretation of the BGB was adapted to the criminal Nazi ideology. After the Second World War it lasted until 1950 when the *Bundesgerichtshof* (Federal Court, BGH) was established in West Germany while already in 1949 the *Oberstes Gericht* was instituted as Supreme Court for East Germany. The *Bundesgerichtshof* regarded and regards itself as the legitimate successor of the *Reichsgericht* and often followed and sometimes follows still today the decisions of the *Reichsgericht* except those during the Nazi time. Since 1989 the BGH is the Supreme Court for private and criminal law for the re-united Germany.

### 3.1 *The position of the fathers of the BGB on *Vorteilsausgleichung**

Until today the BGB does not contain a general rule on *Vorteilsausgleichung*. Some of the BGB's provisions prescribe the deduction of advantages, others forbid their taking into account. An example of the former kind is, for instance, § 642 (2) BGB: where the creditor of a works contract is in default with his contribution to the work the supplier is entitled to compensation but minus what he has saved or could have gained due to the default. Here, savings or gain has to be deducted from the damages amount. On the other hand, § 843 (4) and § 844 (2) BGB provide that damages for injury or death remain unaffected by the fact that another person than the wrongdoer is obliged to maintain the injured or the dependants of the deceased. Here, *Vorteilsausgleichung* is not effected.

The fathers of the BGB thus acknowledged the problem of *Vorteilsausgleichung*. They provided differing solutions for some specific cases but avoided a general regulation. Insofar they left the problem to be solved by the courts and

<sup>28</sup> For instance, the standard work of Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5<sup>th</sup> ed. 2013) does not mention the subject. But as an exception see Thüsing, *Wertende Schadensberechnung* (2001) 334 ss. who extensively pursues this aspect.

legal doctrine though there is a hint in the legislative Motives that they probably regarded *Vorteilsausgleichung* as the rule:

"Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Abrechnung zu bringen sei (*compensatio lucri et damni*), muß der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden. ... Es versteht sich wohl von selbst ... , daß, wenn aus einer und derselben Maßregel oder aus einem Komplex von Maßregeln, für welche dieselbe Person einzustehen hat, schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht voneinander getrennt werden dürfen, sondern auf das Gesamtergebn gesehen werden muß. Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. Ihre Lösung hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffes zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann. ... Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden."<sup>29</sup>

### 3.2 The development of case law

The decisions of the Reichsgericht on *Vorteilsausgleichung* merely required that there existed a causal link between the damage and the advantage.<sup>30</sup> Insofar the concept of adequate causation was applied. The advantage must have been the adequate consequence of the damage. Under this concept adequate causation is established if without the wrongdoer's conduct the consequence would not have happened (*condicio sine qua non*) and that the consequence was not caused by extraordinary events that an objective observer would not have foreseen. Today the general causation concept is further refined by normative considerations, in particular the protective purpose of the norm that has been infringed.<sup>31</sup>

For the *Vorteilsausgleichung* the Bundesgerichtshof still requests that the advantage must be the adequate consequence of the damaging event.<sup>32</sup> But the Court does no longer regard the *Vorteilsausgleichung* as a mere problem of adequate causation between damage and advantage.<sup>33</sup> Further conditions must be met: The deduction of advantages must be conscionable for the victim; the deduction must conform to the purpose of compensation and of the advantage and the deduction must not unreasonably relieve the wrongdoer; finally, the damage and the advantage must be congruent, "quasi bound to one single calculation unit" ("gewissermaßen zu einer Rechnungseinheit verbunden sein").<sup>34</sup> These are mainly equity and policy considerations which now govern

29 See Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, vol. II (1888) 18 s.

30 See in particular RGZ 80, 155 (160); RGZ 84, 386 (388).

31 See in recent years: BGH NJW 2013, 1679; BGH NJW 2014, 2190.

32 See BGH MDR 2015, 13 (para. 14: "Nach den von der Rechtsprechung im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätzen sind dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind.")

33 BGH NJW 1989, 2117 ("Maßgeblich ist eine wertende Betrachtung, nicht eine rein kausale Sicht.")

34 BGH VersR 1989, 592 (593); BGH NJW 1997, 2378; BGH NJW 2004, 3557.

the outcome of the *Vorteilsausgleichung*. The Federal Supreme Court expressed it in the following way:

“Es soll ein gerechter Interessenausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden, indem der Geschädigte einerseits nicht besser gestellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis stünde, ihm aber andererseits auch nur solche Vorteile auf den Schadensersatzanspruch angerechnet werden, deren Anrechnung mit dem Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.”<sup>35</sup>

The final basis of the institute of *Vorteilsausgleichung* is the rule of good faith (*Treu und Glauben*) in § 242 BGB.<sup>36</sup> Moreover, the courts apply here an extremely case-oriented flexible standard:

“Die Rechtsprechung hat daher die Anrechnung eines Vorteils davon abhängig gemacht, ob sie im Einzelfall nach Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach *Treu und Glauben* dem Geschädigten zugemutet werden kann. Dieses wertende Merkmal ist für die Frage, ob ein Vorteil anzurechnen ist oder dem Schädiger zugute kommen soll, das entscheidende Kriterium.”<sup>37</sup>

These rules grant the courts a rather wide amount of discretion. Some legal certainty can be and has been achieved by forming groups of cases which are dealt with in a rather uniform way.

### 3.3 The doctrine

German legal doctrine mainly followed and follows the court practice but partly also criticised it and requested rather early that the *Vorteilsausgleichung* should take account of the purpose of the advantage as well as of the norm that the damaging event violated.<sup>38</sup> It was requested the results should conform to equity considerations and to the standard of the famous § 242 BGB, the provision on good faith or *Treu und Glauben*.<sup>39</sup> At present, the unanimous view in legal doctrine requires a causal link between the damaging event and the advantage (in the sense of *condicio sine qua non*) as one of the prerequisites of *Vorteilsausgleichung*.<sup>40</sup> But legal doctrine is split whether causation should also be adequate: partly, the prerequisite of adequacy is entirely rejected,<sup>41</sup>

35 BGH MDR 2015, 13 (para. 14); also BGHZ 173, 83 (para. 18).

36 For instance BGHZ 91, 206 (209 s.); BGHZ 91, 357 (363 s.); BGH NJW 1989, 2117; BGH NJW 2004, 3557.

37 BGH NJW 2004, 3557.

38 See in particular Cantzler, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, AcP 156 (1957) 29 (51 ss., 59); Esser, *Schuldrecht*<sup>2</sup> (1960) § 63, 6a.

39 E.g. Esser, *Schuldrecht*<sup>2</sup> (1960) § 63, 6a.

40 Compare Lange/Schiemann § 9 III.1.; Palandt/Grüneberg Vor § 249 para. 69;

41 So Esser/Schmidt, *Schuldrecht I/2* § 33 V.3.; Lange/Schiemann § 9 III.2.; MünchKomm/Oetker § 249 para. 237; Staudinger/Schiemann § 249 para. 139.

partly it is still accepted.<sup>42</sup> Since the adequacy filter is a rather rough one the difference between both views is relatively small. Moreover, it is common ground that adequate causation alone can no longer be the decisive precondition. Therefore, the further conditions which the BGH has developed are regarded as relevant, in particular the purpose of the advantage.<sup>43</sup> However, it is often stressed that they are rather imprecise and too general (so-called *Leerformeln*).<sup>44</sup> They therefore require further specification by typical groups of cases.<sup>45</sup>

## 4 The groups of cases

### 4.1 General remark

Speaking abstractly, there are three main categories of cases which can be distinguished according to the cause that led to the advantage. A first category is the case where neither the victim nor the wrongdoer nor a third person has directly caused the advantage. Instead, the advantage was the natural consequence of the damage. A second category comprises cases where the advantage is due to the activities of the victim. In the third category fall those cases where the advantage stems either from the wrongdoer or from a third person. We could even add a fourth category where the advantage is the product of a mixture of these different causes. However, due to a lack of respective cases I leave that special category aside. Within the first three categories we find further sub-divisions which give more concrete guidance.

### 4.2 Advantages without activities of the victim or other persons

#### a) Dependants' claims

The first sub-group of so to speak automatic advantages comprises our inheritance cases where a dependant has a claim for maintenance against the wrongdoer but at the same time inherits the estate of the deceased nourisher. The courts have developed a rather refined and complex net of rules and exceptions for these cases with not always consistent solutions. Generally, the courts examine what would have happened without the death of the nourisher. In most cases the dependant would have inherited the estate anyway; then the courts do not deduct the value of the estate as such.<sup>46</sup> Where it is likely that the

42 So Bamberger/Roth/Schubert § 249 para. 103; Palandt/Grüneberg Vor § 249 para. 69; Schulze/Schulze § 249 para. 31; see also Wendehorst, *Anspruch und Ausgleich* (1999) 121.

43 See, e.g., Looschelders, *Schuldrecht AT* para. 931; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I* para. 646; MünchKommBGB/Oetker § 249 n. 239; NomosKommentar/Magnus § 249 n. 120; Palandt/Grüneberg § 249 n. 68.

44 See for instance: Esser/Schmidt, *Schuldrecht vol. I/2* (8<sup>th</sup> ed. 2000) § 33 V. 3.; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I* para. 646; Staudinger/Schiemann § 249 para. 139 s.

45 Bamberger/Roth/Schubert § 249 para. 104; Jauernig/Teichmann Vor §§ 249-253 para. 37; MünchKommBGB/Oetker § 249 n. 238; NomosKommentar/Magnus § 249 n. 124; Palandt/Grüneberg § 249 n. 77 ss; Staudinger/Schiemann § 249 para. 140.

46 BGH NJW 1953, 618; BGH NJW 1957, 905.



estate would have been reduced to nothing at the probable inheritance date, then even the estate as such has been held to be a deductible advantage.<sup>47</sup> On the other hand, in a case where the mother inherited from the killed son, a deduction was denied although the son would probably have lived longer than his mother so that in all probability she would never have become his heir and the heritage could be regarded as an unexpected 'advantage'.<sup>48</sup> Most likely because of this unacceptable (though unexpressed) perspective the Court denied the deduction.

In essence, the estate as such is in most cases not taken into account for a Vorteilsanrechnung. Just the contrary is true for the income gained from the estate. It is regularly deducted if the deceased would have spent it for own needs.<sup>49</sup> The reason is that the dependant would not have received it at this time and probably not at all. Nonetheless, there is a number of exceptions: no deduction where the deceased would have used the income for further accumulation of his or her fortune so that the estate would have had a greater value at the time of the prospective death;<sup>50</sup> no full deduction also where the dependant must invest own work for the running of the estate (for instance a farm or a business).<sup>51</sup>

In sum, the rules for this sub-group are complex and differentiated and require a good deal of speculation concerning hypothetical developments. The precision that the rules seem to promise is in fact rather vague. It has therefore been suggested that neither the inherited estate as such nor the income from it should be taken into account.<sup>52</sup> It is not the purpose of a damages claim to relieve the wrongdoer from liability because the – primary – victim, the deceased, leaves behind an estate from which the secondary victims, the dependants, should regularly profit anyway. It is a further argument that, if the estate goes – in particular by will – to other persons than the dependants, the latter's maintenance claims could not be reduced either. Although the inheriting dependants numerically may suffer no pecuniary loss and may be no longer in need of maintenance if they inherit earlier than without the damaging event the purpose of their damages claim and of their 'advantage' militate strongly against a reduction or extinction of their claim.<sup>53</sup>

#### **b) Saved expenditure**

A rather uncontroversial sub-group is that where the victim saves expenses because of the damaging event. The saved expenditure must be regularly deducted from the victim's claim. Indeed it appears justified and is required

47 BGHZ 8, 325 (328 ss.).

48 BGH VersR 1967, 1154.

49 BGH NJW 1974, 1236; BGH NJW 1979, 760. Jauernig/Teichmann Vor §§ 249-253 para. 41 plead for a deduction as far as the estate would have been used for maintenance purposes; in this sense also OLG Frankfurt VersR 1992, 595.

50 BGH NJW 1974, 1236.

51 BGH NJW 1972, 574.

52 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I n. 707; NomosKommentar/Magnus § 249 n. 155; partly also Staudinger/Schiemann § 249 n. 167.

53 In the same sense Soergel/Ekkenga/Kuntz Vor § 249 para. 312.

by the compensation principle that the victim does not make a gain by the damages amount and receive more than it would have had without the damaging event. A standard case of that kind is the saving of the own daily expenses for food if the victim is cared for in hospital. € 5-10 per day must be deducted from the costs which the victim can claim for medical treatment in hospital.<sup>54</sup>

The most common case is however the saving for wear and tear when a car has been damaged and must be repaired for several days. If the victim takes a rental car the courts deduct a regular 10% from the rental sum for saved expenses for the own car;<sup>55</sup> and even a deduction of 25% for commercially used cars has been justified.<sup>56</sup> But, if the victim rents a car of a lower class than the own, whose rent is at least 10 or 25% cheaper than the rent for the own class, no such deduction is made because the victim already saves costs in the interest of the wrongdoer.<sup>57</sup>

### **c) Saved taxes**

Where the victim saves tax due to the damaging event this saving in principle reduces the amount of damages unless this would contradict the purpose of the respective tax.<sup>58</sup> However, since taxation depends on the individual circumstances of each tax-payer and often requires considerable efforts of calculation, the BGH has decided that where the victim must pay taxes for the damages amount, only extraordinarily high tax advantages which the wrongdoer can prove must be deducted.<sup>59</sup> Therefore, a victim, that invested capital in a fund and can claim the return of the money because of fraudulent misrepresentation, must not accept a deduction for the 'normal' tax advantages the investment brought about.<sup>60</sup> Further, individual tax benefits, for instance for handicapped persons etc., can also not reduce the damages amount because it is not their purpose to relieve wrongdoers.<sup>61</sup> A similar argument applies where property of the Federal Republic is damaged and the damages amount comprises the concretely paid value added tax (VAT) for repair or replacement. The wrongdoer cannot be heard that it is the Federal Republic that finally receives the VAT and that this amount (presently 19%) therefore should be deducted from the damages amount.<sup>62</sup> The Court argued that different administrative bodies of the Federal Republic were involved and that statutory law entitles the State to levy VAT irrespective of the ground for its levying. One could add that the wrongdoer should not be allowed to reduce by its wrong the general tax income.

54 LG Saarbrücken NJW 2011, 933; Palandt/Grüneberg Vor § 249 n. 93.

55 BGH NJW 2010, 1445 (1446).

56 LG Saarbrücken NJW 2012, 2978; Palandt/Grüneberg § 249 para. 36.

57 See, e.g., OLG Celle NJW-RR 1993, 1052; OLG Celle NJW-RR 2012, 802 (805); OLG Nürnberg NZV 1994, 479; OLG Hamm NJW-RR 1999, 1119; accepted in BGH NJW 2013, 1870.

58 BGH NJW 1980, 1788; BGH NJW 2014, 994.

59 BGH NZG 2010, 1029 (1031); BGH NJW 2014, 994 (995).

60 BGH NJW 2014, 994.

61 BGH NJW 1986, 245.

62 BGH NJW 2004, 3557.

**d) 'New for old'**

Another type of quasi automatic advantage is the case that the restoration or repair provides the victim with a good that will live longer than the damaged good would have lived.<sup>63</sup> It does not matter that the advantage is not directly caused by the damaging event but only by the form of compensation, namely the restoration or repair. The advantage must be measurable on the one hand and favourable for the victim on the other. In addition, the deduction must be conscionable. Therefore, if an old building that has been destroyed is replaced by a new one, a sum for the longer life span of the new building must be deducted from the damages amount.<sup>64</sup> Recently, even the sum for the reconstruction of a wrongfully destroyed website (through loss of data) was reduced because the new website could be used longer than the old one would have been used – the Landgericht Duisburg estimated an average lifetime of websites of eight years.<sup>65</sup>

The courts assess the amount of the deduction generally in the way that the increased value of the property – in comparison to its value without the damaging event – must be deducted from the damages amount.<sup>66</sup> If necessary the probable life span of the old and the new good must be compared and their relation transposed on the original value of the good without the damage.<sup>67</sup> If for instance a 30 years old house has been destroyed and could be rebuilt ca. 30% of the costs of the materials for the new house had to be deducted under the premise that both the old and the new house had a probable lifetime of 100 years (so that the new house would probably exist 30 years longer than the old one).<sup>68</sup>

However, where personal clothes, prostheses, glasses etc. are destroyed it is regularly unscionable to deduct a certain amount for the fact that new objects will last longer because otherwise the damages amount would allow the victim to purchase only used clothes, prostheses, glasses etc.<sup>69</sup> This is rightly held to be unacceptable for the victim. In addition, in most cases the compensation sums will be small and thus certainly not overburden the wrongdoer.

**e) Other 'automatic' advantages**

The theoretical example for other automatic advantages which no-one caused is the case that a wrongdoer has damaged a tree which must be removed and

---

63 Where restoration or repair is impossible or unproportionally costly the debtor owes only the sum that represents the loss in value (§ 251 BGB). Then, any deduction "new for old" is excluded and irrelevant because in that case the creditor does not get more than his loss; see also BGHZ 102, 322.

64 BGH NJW 1959, 1078; BGH NJW 1997, 520.

65 LG Duisburg 25 July 2014, file no. 22 O 102/12.

66 See BGHZ 102, 322 (331).

67 MünchKommBGB/Oetker § 249 n. 355; NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 n. 157.

68 See the similar case BGHZ 102, 322.

69 OLG Schleswig MDR 1952, 747 (no deduction where the necessary clothes were damaged and replaced by new ones; however, for a deduction of 10% in case of rarely worn clothes BGH VersR 1964, 257); AG Landshut NJW 1990, 1537 (teeth prosthesis); AG Weinheim NJW-RR 2003, 307 (glasses).

under the tree a treasure is found. It is common ground that this advantage is an inadequate, unconnected consequence and cannot be deducted.<sup>70</sup> In reality such good luck does not appear to happen. In a real case which however did not come before the courts a football goalkeeper suffered a severe concussion through a player’s gravely negligent kick against his head when he was lying on the ground. In the hospital a beginning brain tumour in its very early stage was discovered and could easily be removed which would not have been detected so early and might have become inoperable without the football injury. Again, if brought before courts the advantage of the early and probably life-saving treatment of the tumour would not have diminished the possible damages claim for the bodily injury.<sup>71</sup> Indeed, although the injury probably saved the life of the injured goalie policy considerations would ask why should the wrongdoer go free for this reason? The injury, its pain, its costs remained and it was not the wrongdoer’s act but the doctors’ treatment that saved the person. In an only distantly related constellation the BGH has also – in my view rightly – denied an automatic and deductible advantage: there, a thief had stolen money from a casino and had lost it all when afterwards playing in the same casino.<sup>72</sup> The casino sued him for the full stolen amount. The Federal Court held the thief liable in full. His argument that the casino got the money back was rejected. Indeed, the casino got the money back but it had sold the chance to make a gain. The money was the price for this chance which the thief had indeed got and lost.

### 4.3 *Advantages through own activity of the victim*

#### **a) Income from own labour**

As far as a victim is obliged under the principle of contributory negligence (§ 254 BGB) to reduce the damage by own efforts the gains or advantages from these efforts must be deducted from the damages amount even if the victim in reality does not but could have achieved the advantage.<sup>73</sup> This is the consequence of the application not of the rules on *Vorteilsausgleichung* but on contributory negligence. However, where the victim does more than required by the principle of contributory negligence, advantages gained through these so-called “überobligationsmäßige Anstrengungen” (“more than obliged efforts”) must not be deducted. For instance, due to an accident for which the defendant was liable a self-employed driving teacher could not work because the car had to be repaired; after repair he taught extra lessons which fully equalised his loss. The BGH held that the *Vorteilsausgleichung* did not require any deduction from the full damages amount because and as far as the extra-work could not be expected.<sup>74</sup> Thus, through own extra-efforts the victim extinguished the

70 See representatively Palandt/Grüneberg Vor § 249 n. 101.

71 Injuries in sports can trigger damages claims if the rules of sport are gravely neglected (intent or gross negligence): BGH NJW 2008, 1591; OLG Saarbrücken NJW-RR 2011, 109; OLG Karlsruhe NJW-RR 2013, 596.

72 BGH NJW 1980, 2183.

73 NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 n. 133; Palandt/Grüneberg Vor § 249 n. 77.

74 BGH NJW 1971, 836.

pecuniary damage but could nonetheless recover it from the wrongdoer. Indeed, the value of the extra-work can be regarded as the remaining and recoverable damage. In this perspective the case is no real situation of Vorteilsausgleichung but a case of mere calculation of the damage.

#### **b) Favourable contracts**

Where a victim has reduced the damage by a favourable contract, for instance by a cover transaction, this advantage generally remains with the victim and must not be deducted from the damages amount.<sup>75</sup> It is indirectly assumed that the victim's ability and cleverness was the primary source for the advantage. Thus, a car dealer can claim the lost gain if the buyer does not take the bought car even if the dealer sells this car at the same price to another buyer. Where the victim is allowed to calculate the damage in such an abstract manner, as a professional dealer is allowed to do, then the concrete Vorteilsausgleichung is excluded.<sup>76</sup> The dealer can claim the lost profit (because he has lost another sale) if it is likely that he had, or could provide, another car of about the same identity also to the next buyer.<sup>77</sup> However, where a dealer in the cover transaction makes a gain he cannot at the same time and in addition claim the expenditure he had in regard of the cover transaction.<sup>78</sup>

#### **c) Antitrust damages**

In antitrust cases the Vorteilsausgleichung also plays a role. Where a victim of a cartel paid too high prices but could pass on that price to the own clients (buyers etc.) this regularly reduces or excludes a damages claim. However, it is the wrongdoer's burden to prove that the price could be passed on and that no other causes influenced the passed on price.<sup>79</sup>

### **4.4 Advantages through activities of other persons**

#### **a) Payments by private insurance**

Generally, payments by private insurance which the victim has taken (life insurance, health insurance, damage insurance) do not have the purpose to relieve the wrongdoer but shall protect the victim. These payments are therefore not deducted from the damages amount. Moreover, in most cases the victim's claim passes to the insurer by legal cession as far as the insurer compensated the damage.<sup>80</sup> The insurer may then enforce the claim against the wrongdoer and must bear the risk of the wrongdoer's insolvency.

Where vice versa the wrongdoer is insured against damage he or she causes, payments of the insurer to the victim are to be deducted from the victim's

75 NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 n. 134; Palandt/Grüneberg Vor § 249 n. 78.

76 See BGH NJW 1994, 2478.

77 BGH *ibid.*

78 BGH NJW 1997, 2378.

79 BGH NJW 2012, 928 (933 ss.).

80 See § 86 Versicherungsvertragsgesetz (Insurance Contract Act, VVG).

damages claim.<sup>81</sup> Otherwise the victim would get unjustified double compensation.

#### **b) Payments by social security agencies**

Where social security agencies compensate damage for which a wrongdoer is liable the victim's damages claim passes to them by *cessio legis*.<sup>82</sup> If exceptionally no *cessio legis* is provided for, benefits granted by such agencies are not to be deducted because their purpose is also not to relieve the wrongdoer but to assist the victim.

#### **c) Payments by employer**

The situation is similar where a private or public employer is statutorily or otherwise obliged to continue the payment of wages if an employee has been injured by a third person and is unable to work. Again, the victim's damages claim against the wrongdoer passes by legal cession to the employer as far as he has made payments.<sup>83</sup> The wrongdoer is not relieved but the employer instead of the victim bears the risk of the wrongdoer's insolvency.

#### **d) Maintenance payments**

Maintenance claims which a victim has against another person also do not relieve the wrongdoer (explicitly prescribed by § 843 (4) BGB). Their purpose is the protection of the maintained person. An exception is made where the damaging event enabled the (new) maintenance claim: If the husband is killed and the widow remarries, the maintenance claim against the new husband is deducted from the damages amount the widow can claim from the wrongdoer who killed her first husband.<sup>84</sup> On the contrary, factual payments by a non-married new partner are not to be deducted. The reason is formalistic: the widow in such a situation has no legal right of maintenance.<sup>85</sup>

#### **e) Payments by guarantors etc.**

The victim may have a claim not only against the wrongdoer but also against a guarantor, surety or the like. Generally, the payment by the latter does not reduce the victim's damages claim against the wrongdoer.<sup>86</sup> Again, the purpose is not relief of the wrongdoer but security for the victim. However, the victim's damages claim regularly passes to the guarantor etc. by *cessio legis* where the latter has satisfied the victim.

81 BGH NJW 1979, 760.

82 § 116 Sozialgesetzbuch X (Social Security Code, SGB).

83 § 6 Entgeltfortzahlungsgesetz (Act on Continued Payment of Wages, EFZG); § 76 Bundesbeamten-gesetz (Act on Federal Civil Servants, BBG).

84 BGH NJW 1970, 1127.

85 BGH NJW 1984, 2520.

86 See NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 n. 149; Palandt/Grüneberg Vor § 249 n. 90.

### **f) Voluntary payments of third persons**

Whether voluntary payments or other benefits rendered by third persons reduce a damages claim also depends on the purpose of these advantages. In most cases they shall support the victim and do not influence the damages amount. Therefore, as mentioned, factual maintenance by a non-marital partner must not be deducted from a damages claim. Also, if a tenant has not performed the owed end-restoration when leaving a flat the landlord can claim full damages for that restoration even if the next tenant voluntarily bears these costs.<sup>87</sup> To a certain extent the compensatory function of damages is neglected here and double compensation accepted mainly in order to uphold contract discipline (that the tenant performs its restoration duties).

Only, where it is the purpose of the voluntary payment to satisfy the wrongdoer's obligation the payment must be deducted from the victim's claim.

## **5 General preconditions**

### **5.1 Accountable kinds of advantages**

In German legal doctrine it is disputed whether only advantages which have an economic value can be taken into consideration for a deduction or whether *Vorteilsausgleichung* extends also to immaterial values.<sup>88</sup> In favour of the latter position it is argued that for instance the compensation for pain and suffering ("Schmerzensgeld") must be different if the victim meets in hospital his "woman for life" whom he later marries as compared to a victim who does not enjoy such a happy circumstance.<sup>89</sup> It is clear that for the calculation of the "Schmerzensgeld" all circumstances must be taken into account which influence the pain and suffering of the victim.<sup>90</sup> Whether such overall assessment of all relevant factors can be called *Vorteilsausgleichung* or whether this is just the calculation of the "Schmerzensgeld" amount is a dispute merely over words<sup>91</sup> as long as it is clear that both negative and positive effects have to be taken into account. And indeed, with respect to the "Schmerzensgeld" the courts do take account of negative and positive – immaterial – effects.<sup>92</sup> In a famous case where a doctor in prenatal screenings had negligently overlooked the embryo's handicap the Federal Court held that the mother could claim "Schmerzensgeld" for the extra-pain of a Caesarean section as compared to a normal birth if (that was still open) the section became necessary because of the child's handicap. But for the assessment of the "Schmerzensgeld" also the fact had to be taken into account that an otherwise executed abortion would also have caused some

87 BGH NJW 1968, 491.

88 Against *Vorteilsausgleichung* for immaterial values: Lange/Schiemann § 9, III.5.; in favour: MünchKommBGB/Oetker § 249 n. 239; see generally Erm, *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld* (2013).

89 See MünchKommBGB/Oetker § 249 n. 239.

90 BGHZ 86, 240 (248 s.); MünchKomm/Oetker § 249 para. 239; Soergel/Ekkenga/Kuntz Vor § 249 para. 292; Staudinger/Schiemann § 249 para. 1411.

91 In the same sense Staudinger/Schiemann § 249 n. 141.

92 See BGH NJW 1983, 1371 (1373).

pain and suffering which was “saved” by the section. The Court thus set off the real pain against the otherwise probable pain.

With respect to the assessment of the “Schmerzensgeld” I would like to add in parentheses: Among the relevant circumstances for the assessment of the “Schmerzensgeld” the stay in hospital may play a certain role, but primarily it is the length of the stay that counts. How I am cared there and whom I meet there is in the absence of very extraordinary circumstances of little or no relevance for the amount of the “Schmerzensgeld”. The gravity of the injury, the pain it makes, its endurance and its consequences are the decisive factors.

Back to *Vorteilsausgleichung* and immaterial advantages: It is common ground in German law that there can be no *Vorteilsausgleichung* between immaterial and material positions.<sup>93</sup> For instance, the “Schmerzensgeld” cannot be reduced for the reason that the injured victim still gets its income,<sup>94</sup> except in very special circumstances, for example if the wrongdoer compensates the victim immediately in a very generous way.<sup>95</sup>

## 5.2 Causation

I already mentioned that there must be causation between the damaging event and the advantage. The *condicio sine qua non*-requirement must be met. Where a hypothetical causal connection must be determined it must have been likely – in the perspective of an optimal observer – that the damaging event also led to the advantage in question. Furthermore, the violation that makes liable needs to be the cause of the advantage. Thus, a surgeon who forgets some stuff in the patient during an operation cannot be heard with the argument that the patient would have died without the operation because it is not the operation that makes liable but the surgeon’s fault.<sup>96</sup> The necessary causal link is also lacking where the wrongdoer who has injured the victim in a car accident argues that the victim suffered no damage because he inherited the estate of the victim’s brother who was killed by the very same accident. Again, the injury of the victim makes liable (towards the victim) not the killing of the victim’s brother.<sup>97</sup>

## 5.3 Congruence

It is not strictly a specific form of causation but rather close to it that the courts require congruence between the damage and the advantage.<sup>98</sup> As already mentioned congruence means here an inner relationship (“innerer Zusammenhang”) between the two elements which must form a “single calculation unit”.

93 Bamberger/Roth/Schubert § 249 para. 106; MünchKomm/Oetker § 249 para. 233; Staudinger/Schiemann § 249 para. 141.

94 BGH VersR 1967, 1080; Lange/Schiemann § 9, III.5.; NomosKommentar/Magnus Vor §§ 249-255 n. 126; Soergel/Ekkenga/Kuntz Vor § 249 n. 292.

95 BGH VersR 1962, 622 (the wrongdoer bears the costs of a recovery stay in a particularly nice surrounding).

96 See RG JW 1934, 869.

97 BGH NJW 1976, 747.

98 In particular, BGH NJW 1997, 2378.



According to the BGH this relationship is lacking, for example, if a victim, due to the injury, must be trained for another job; then, the costs for the training cannot be reduced because the victim will earn more than before in the new job.<sup>99</sup> The Federal Supreme Court denied here the inner connection between the damage, a car accident, and the higher income in the new job because the higher income would be and indeed was the result of the victim's own efforts to perform more valuable labour; it was not the consequence of the damaging event. The congruence requirement means for example that the saved expenditure for food during a hospital stay (€ 5-10 per day)<sup>100</sup> can only be deducted from the damages amount for medical treatment but not from the loss of income the damaging event has also caused.<sup>101</sup> If only the latter is claimed no *Vorteilsausgleichung* applies. Thus, the congruence-requirement has the effect that a deductible advantage can only be deducted from the closely related position not from other positions or from the overall damages amount as such. It is however not really clear in which cases such inner relationship between an advantage and its correlative position exists and where the advantage and the position from which the advantage can be deducted form a "single calculation unit".<sup>102</sup> It is evident that the courts attempt to limit by this criterion the deductibility of too far related advantages.

#### 5.4 *Conscionable for the victim*

The deduction of an advantage must be conscionable for the victim. Equity considerations play, as indicated, a great role in particular where the advantage is due to special efforts ("überobligationsmäßige Anstrengungen") of the victim. The victim shall earn the gain of such own efforts. Similar considerations influence the outcome where clothes or prostheses which the victim must wear are damaged or destroyed and the repair or replacement provides a greater value than before. Here, it would be unconscionable to reduce the damages amount by that extra-value. Although strictly speaking, this is a case of over-compensation compelling reasons support that no deduction should be allowed. Otherwise the damages amount would only suffice to provide goods of lower quality or second hand character although the victim is dependent on them and has personally to wear them.

#### 5.5 *No unreasonable relief for the wrongdoer*

The wrongdoer should also not unreasonably profit from a deduction of the advantage which the victim receives through the damaging event. Here, it is primarily the purpose that is decisive. In the first line, it is the purpose of the advantage, in particular whether the advantage shall mainly support the victim

99 BGH NJW 1987, 2741.

100 See supra under IV. 2. b).

101 See BGH NJW 1980, 1787.

102 See the critique by Thüsing 39 ss., 437 ss.; Wendehorst 123; further Jauernig/Teichmann Vor §§ 249-253 para. 36; Soergel/Ekkenga/Kuntz Vor § 249 para. 297.

or relieve the wrongdoer. But also the purpose of the violated norm may play a role.<sup>103</sup> For instance, the directors of a company who were liable for delaying the institution of bankruptcy proceedings can, when they are personally sued, not invoke *Vorteilsausgleichung* with the argument that they had paid the victim partially and illegally, shortly before the bankruptcy. A *Vorteilsausgleichung* would run counter the purpose of the provisions on delayed bankruptcy.<sup>104</sup>

### 5.6 Exclusion of *Vorteilsausgleichung*

*Vorteilsausgleichung* is not admissible if the damage is calculated in an abstract way or where the objective minimum damage has to be compensated.<sup>105</sup> In these cases the calculation of damages explicitly aims at disregarding the concrete damage which on the other hand is the objective of the *Vorteilsausgleichung*. An abstract assessment is the exception which few specific provisions allow. The most important example is the calculation of lost profits which may be calculated abstractly according to the ordinary course of events.<sup>106</sup>

### 5.7 Application of *Vorteilsausgleichung ex officio*

The courts have to take account of any deductible advantage *ex officio*.<sup>107</sup> Neither party must plead that the principles of *Vorteilsausgleichung* apply or declare that certain advantages shall be deducted from the damages amount.

### 5.8 Burden of proof

Generally the victim has the burden to prove the amount of damages and the wrongdoer must prove any reduction of that amount which he claims. However, with respect to *Vorteilsausgleichung* it is the wrongdoer who must prove the facts that allow *Vorteilsausgleichung*.<sup>108</sup>

## 6 Conclusions

1. In German law there is not one single rule but a number of rules which govern those cases where the damaging event has also caused advantages for the victim.
2. It is common ground that adequate causation between the damaging event and the advantage is no sufficient basis for the deduction or non-deduction of advantages.

<sup>103</sup> The BGH generally refers to the purpose of the compensation claim ("Zweck des Ersatzanspruches"); see most recently BGH MDR 2015, 13 (para. 14); BGHZ 173, 83 (para. 18).

<sup>104</sup> BGH NJW 2007, 3130.

<sup>105</sup> Lange/Schiemann § 9, III.6; Soergel/Ekkenga/Kuntz Vor § 249 n. 293.

<sup>106</sup> See § 252 sent. 2 BGB.

<sup>107</sup> BGHZ 158, 188 (200); BGH NJW-RR 2009, 603 (604).

<sup>108</sup> BGH NJW 1985, 1539; BGH NJW-RR 1992, 1397.

3. The general concept of *Vorteilsausgleichung* is essentially based on equity and policy considerations.
4. The primary of these considerations is the purpose which the advantage is intended to serve. Where the purpose is the support of the victim a deduction is not admitted.
5. A further important consideration is that a wrongdoer should not unjustly profit from advantages which are linked to the damaging event.
6. Also, a deduction must be conscionable for the victim.
7. German law also shows that the aim to find a precise and just calculation of the recoverable damage when advantages are involved leads to many and often rather complicated subrules. Insofar, *Vorteilsausgleichung* is a typical institute of the German law of damages.



# Voordeelstoerekening<sup>1</sup>

Mr. Chris van Dijk

## 1 Inleiding

Het leerstuk van de voordeelstoerekening van artikel 6:100 BW kan slechts worden begrepen tegen de achtergrond van het begrip schade, haar begroting van artikel 6:97 BW en de bepalingen van titel 6.1.10 BW in het algemeen. Het begrip schade is in ons Burgerlijk wetboek en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis niet gedefinieerd.<sup>2</sup> Ons hoogste rechtscollege waagt zich evenmin aan een definitie. In de literatuur wordt voor definiëring van het begrip schade vaak verwezen naar en aangesloten bij de klassieke definitie van Mommsen.<sup>3</sup> Volgens Mommsen is schade<sup>4</sup>

'die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschadigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.'

Het gaat in deze definitie om een *vermogensvermindering* die veroorzaakt is door een bepaalde gebeurtenis. Bloembergen heeft er daarbij op gewezen dat het begrip schade een *causaal*, een *vergelijkings*- en een *hypothetisch* element heeft. Een *causaal* en *vergelijkings*element, omdat schade '*altijd het gevolg is van een zekere gebeurtenis; het is een – nadelige – verandering, die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest.*'<sup>5</sup> Een *hypothetisch* element, omdat voor het bepalen van de schade de situatie zoals die met de onrechtmatige daad of wanprestatie is vergeleken moet worden met die zoals die zonder onrechtmatige daad of wanprestatie zou zijn geweest. Die laatste situatie is niet statisch en had zich zonder schadetoebrengende gebeurtenis in positieve- of negatieve zin nog verder kunnen ontwikkelen.<sup>6</sup> Voor het bepalen van toekomstschade moet rekening worden gehouden met mogelijke toekomstige ontwikkelingen in de situatie met schadetoebrengende gebeurtenis.

1 Ik ben veel dank verschuldigd aan Arno Akkermans en Siewert Lindenberg voor hun meelesen en vele nuttige suggesties.

2 Vgl. Mon BW B34 (Lindenberg), Kluwer 2014, nr. 31 e.v.

3 Lindenberg a.w. p. 50 en A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. 1965, Kluwer, nr. 11 e.v.

4 F. Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht II, Zur Lehre von dem Interesse, Brunswijk 1855, p. 3.

5 Bloembergen a.w. nr. 12.

6 Bloembergen a.w. nr. 14.

Wat betreft de omvang van de schadevergoeding onderkent de Hoge Raad deze elementen. Dat blijkt uit zijn uitspraak van 18 januari 2002 waarin hij overweegt dat *'voor bepaling van de omvang van de schadevergoeding (...) moet worden uitgegaan van een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert, met de situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd.'*<sup>7</sup> Iets soortgelijks heeft hij voor wanprestatie bepaald<sup>8</sup> en op 10 juli 2009 nog eens voor de schade die ontstaat bij een met recht ontbonden overeenkomst.<sup>9</sup>

Met het vorenstaande staat nog niet vast welke elementen al dan niet moeten worden meegenomen om de schade en de schadevergoeding te bepalen. In de literatuur is uitvoerig gedebatteerd over de vraag of schade een feitelijk of een normatief begrip is. Asser/Hartkamp & Sieburgh neemt als uitgangspunt dat met het begrip schade wordt bedoeld op vergoeding van het feitelijke nadeel dat iemand heeft geleden.<sup>10</sup> Blijkens zijn uitspraak van 1 februari 2002 lijkt ook de Hoge Raad dat tot uitgangspunt te nemen:<sup>11</sup> *'(...) een en ander is in overeenstemming met de strekking van de wet, erop neerkomende dat aan benadeelde het feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit, wordt vergoed.'* Daarmee is niet gezegd dat het schadebegrip geen interpretatie behoeft en evenmin dat het steeds voor een ieder duidelijk is wat onder de gegeven omstandigheden onder schade moet worden verstaan en hoe die schade in dat geval moet worden berekend. Het antwoord op die vraag hangt in ieder geval deels af van het antwoord op normatieve rechtsvragen. Daarbij signaleert Asser/Hartkamp & Sieburgh een onmiskenbare tendens in de richting van een versterking van het normatieve element in het schadevergoedingsrecht. Lindenbergh formuleert het aldus dat het begrip schade in zoverre feitelijke trekken vertoont dat het veelal gaat om een feitelijke beschadiging, om kosten van herstel of om vermindering van vermogen op een andere wijze, maar dat het ook normatieve trekken vertoont doordat de vraag wat schade inhoudt vrijwel steeds in het juridische kader van de vraag naar een recht op schadevergoeding aan de orde komt.<sup>12</sup> Daarbij spelen maatschappelijke waarderingen en veranderingen een grote rol.

Dat het normatieve element belangrijk is voor het bepalen van wat schade is en de beantwoording van de vraag in hoeverre die vergoedbaar is lijkt in ieder geval onomstreden. Dat normatieve element wordt in binnen- en buitenland de ene keer als een schadevraag gezien en de andere keer als een schadevergoedingsvraag. Dat komt goed naar voren als ingezoomd wordt op het al dan niet toerekenen van voordelen.<sup>13</sup> Het niet toerekenen van bepaalde voordelen

7 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168.

8 HR 26 april 2002, NJ 2004, 210, m.nt. JH, zie ook Lindenbergh a.w. p. 50-51.

9 HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. JH.

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II-2013, nr. 14.

11 HR 1 februari 2002, NJ 2002, 122, rov. 4.5.

12 Zie ook Lindenbergh a.w. p. 48.

13 In navolging van Bloembergen spreek ik van toerekenen i.p.v. verrekenen, om het leerstuk te onderscheiden van verrekening van schulden vgl. Bloembergen a.w. nr. 218.

wordt soms gebracht onder het abstract berekenen van schade, waarvoor als kapstok art. 6:97 BW dient (*'De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is.'*)<sup>14</sup> Zo kreeg de Hoge Raad in 2012 een geval te beoordelen waarbij onrechtmatig schade aan een leaseauto was toegebracht. Door haar marktpositie en bedrijfsvoering kon de leasemaatschappij bij reparaties van haar auto's kortingen bedingen. Dit voordeel ging de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij volgens de Hoge Raad echter niet aan: *'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.'*<sup>15</sup> In het kader van deze abstracte schadeberekening kon de aansprakelijke partij er dus op normatieve gronden geen aanspraak op maken dat het voordeel van de korting de schade verminderde.

Ingevolge art. 6:95 en 96 BW is schade *nadeel*. *Voordeel* valt wetssystematisch niet onder schade maar onder art. 6:100 BW welk artikel gaat over voordeelstoerekening. Daarvan is sprake als een gebeurtenis naast schade ook *voordeel* oplevert en dit voordeel in mindering moet worden gebracht op de schadevergoeding. Het gaat bij voordeel om een verbetering in de (vermogens)positie van de benadeelde als gevolg van een schadeveroorzakende gebeurtenis.<sup>16</sup> De benadeelde heeft weliswaar recht op volledige schadevergoeding maar op niet meer dan dat.<sup>17</sup> De grondslag van art. 6:100 BW lijkt mij te zijn dat het onredelijk zou zijn alleen de nadelige en niet ook de voordelige gevolgen in aanmerking te nemen. Oftewel, in de woorden van Bloembergen: *'Wie een ander de rekening van zijn daad presenteert, zal hem de gehele rekening moeten presenteren en niet een rekening, waarin bepaalde gevolgen buiten beschouwing zijn gelaten.'*<sup>18</sup> Andere grondslagen die wel worden genoemd zijn (a) dat de aanwezigheid van voordeel meebrengt dat er tot het bedrag van dat voordeel geen schade is geleden en (b) dat de benadeelde ongerechtvaardigd wordt verrijkt, als hij zijn schade volledig krijgt vergoed en ook het verkregen voordeel mag behouden.<sup>19</sup> De onder a genoemde grondslag valt voor Nederland af omdat

14 Zie over dit onderwerp de preadviezen voor de VASR van S.D. Lindenbergh en A.Ch.H. Franken, *Abstracte Schadeberekening*, Kluwer 2013.

15 HR 26 oktober 2012, NJ 2013, 219, m.nt. M.M. Mendel, rov. 3.4.2.

16 zie S.D. Lindenbergh, *Groene Serie* aant. 3. bij art. 6:100 BW; Bloembergen a.w. nr. 218.

17 Een van de belangrijkste doelen van schadevergoeding is om de benadeelde zoveel mogelijk te plaatsen in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de aansprakelijke partij zijn (primaire) rechtsplichten zou zijn nagekomen (Lindenbergh a.w. p. 8). Overigens kent titel 6.1.10 diverse uitzonderingen op het beginsel van volledige schadevergoeding. Denk bijvoorbeeld aan art. 6:101 BW.

18 In lijn hiermee is dat de Hoge Raad op 1 februari 2002, NJ 2002, 122 oordeelde dat van voordeelstoerekening slechts sprake kan zijn indien een voordeel werkelijk is genoten, of naar redelijke verwachtingen daadwerkelijk zal worden genoten. Een en ander is, aldus de Hoge Raad, in overeenstemming met de strekking van de wet dat de benadeelde feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit wordt vergoed. Spier (randnummer 4.14 in zijn conclusie bij dit arrest) merkt hierover op dat dit ook past bij de gedachte dat een benadeelde niet beter mag worden van een gebeurtenis die hem schade berokkent.

19 Lindenbergh, *Groene Serie* aant. 3. bij art. 6:100 BW.

voordeelstoerekening in de wet buiten het schadebegrip wordt gehouden. De onder b genoemde spreekt mij minder aan omdat er in het algemeen geen sprake zal zijn van een voldoende verband tussen de verrijking en de verarming.<sup>20</sup>

Uit de tekst van art. 6:100 BW volgt dat normatieve overwegingen een belangrijke rol spelen bij het antwoord op de vraag of voordelen al of niet mogen worden toegerekend: *'Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.'* Van belang is dat Nederland weliswaar gekozen heeft voor een apart artikel voor voordeelstoerekening, maar dat een groot aantal landen meent dat een apart artikel niet nodig is.<sup>21</sup>

Volgens de gangbare opvatting in literatuur en rechtspraak betekent dit dat schade en omvang afzonderlijk moeten worden gezien.<sup>22</sup> Voordelen kunnen een rol spelen, maar – anders dan in verschillende andere landen – uitsluitend in het kader van de vraag welke schadevergoeding de benadeelde toekomt.<sup>23</sup> In het arrest VOS/TSN van 10 juli 2009 sluit de Hoge Raad zich bij deze opvatting aan.<sup>24</sup>

Er is veel voor te zeggen om voordeelstoerekening niet onder het begrip schade te brengen,<sup>25</sup> zolang maar voor ogen wordt gehouden dat een dergelijke keuze, de wetssystematiek even daargelaten, ook goed anders gemaakt had kunnen worden en in andere landen daadwerkelijk ook wel anders wordt gemaakt. Illustratief is dat de Hoge Raad in 1937 in een wanprestatiezaak de methodiek van abstracte schadeberekening toepaste om te abstraheren van handelingen van een teleurgestelde koper waardoor een voordeel ontstond en hij in 2009 dat dus bij wanprestatie en ontbinding van een duurovereenkomst op de voet van art. 6:100 BW over voordeelstoerekening wenste te beoordelen.<sup>26</sup>

20 Vgl. T&C (Hijma) art. 6:212 aant. 2.

21 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 348.

22 Ook in de Principles of European Tort Law wordt toerekening van voordeel systematisch geschaard onder 'Damages' (schadevergoeding) en niet onder 'Damage' (Schade), zie art. 10:103.

23 Vgl. A-G Spier conclusie randnummer 4.9.1. bij HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. JH.

24 HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. JH., rov. 3.5.

25 Zie Bloembergen a.w. nr. 218. Bloembergen kantte zich tegen de opvatting dat het voordeel in het schadebegrip zou moeten worden ingekapseld. De vraag of een voordeel moet worden toegerekend zou naar zijn mening moeten plaatsvinden in het kader van de schadevergoeding en dient los te staan van de vraag of er schade is. *'Schade en voordeel vormen elkaars tegendeel: bij het eerste vermindert iets – een vermogen – als gevolg van een bepaalde gebeurtenis, bij het laatste vermeerdert iets'*, aldus Bloembergen.

26 HR 18 november 1937, NJ 1938, 269, m.nt. Meijers en HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. JH; zie ook HR 26 oktober 2012, NJ 2013, m.nt. M.M. Mendel waarin het voordeelsprobleem via abstractie wordt afgedaan.



Uiteindelijk is het niet zo relevant of men voordelen nu wel of niet buiten het begrip schade plaatst. Bloembergen heeft terecht aangegeven dat dit slechts de vraag naar het al dan niet toerekenen van voordelen opschuift, maar niet de vraag oplost.<sup>27</sup> Spier schrijft:<sup>28</sup> '(...) *In het schadevergoedingsrecht is het er om te doen na te gaan of een vorderingsrecht bestaat en zo ja voor welk bedrag. Bestaat dit recht niet, dan mist goede zin om te spreken van schade. Het recht heeft dan niet veel belangstelling meer voor dergelijke zaken.*' Met Spier meen ik dat alleen vergoedbare schade rechtens relevant is. Daarom dient de blik gericht te zijn op het antwoord op de vraag hoe bepaald moet worden welke schadevergoeding moet worden betaald. Een vraag waarbij normatieve keuzes een rol spelen. Deels heeft de wetgever deze keuzes expliciet gemaakt in afdeling 6.1.10 BW die gaat over de '*Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding*', of elders – 6.1.10 BW regelt het schadevergoedingsrecht niet uitputtend –, deels vindt de normatieve afweging door de rechter plaats. Een voorbeeld van een normatieve afweging door de wetgever is dat immateriële schade ingevolge art. 6:106 lid 1 BW niet volledig maar 'slechts' naar billijkheid voor vergoeding in aanmerking komt. Een normatieve afweging van de rechter is onder meer de beslissing van de Hoge Raad in de 'Wrongful life' zaak. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de ouders geen schade hebben geleden door het enkele feit dat hun gehandicapte kind werd geboren, maar dat de schade die zij lijden als gevolg van de geboorte van hun kind toch voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>29</sup>

Aangezien in titel 6.1.10 BW en vooral bij de art. 6:95, 6:97, 6:98, 6:100 en 6:101 BW sprake is van samenhangende leerstukken en de keuze van de wetgever om een bepaald probleem in het ene artikel of het andere te plaatsen soms enigermate arbitrair is, meen ik dat de uitkomst in materieel dezelfde gevallen hetzelfde behoort uit te vallen, ongeacht in de sleutel van welk artikel de afweging wordt geplaatst. In dat licht wil ik het leerstuk van de voordeelstoerekening van 6:100 BW behandelen en bezien of er met inachtneming van de bijzondere aard van genoemde leerstukken niet meer algemeen geldende gezichtspunten voor haar toepassing gelden. Vervolgens zal ik het leerstuk van de voordeelstoerekening in de verf zetten aan de hand van literatuur en rechtspraak. De criteria die bij voordeelstoerekening een rol spelen zal ik daarna vergelijken met de samenhangende leerstukken van abstracte schadeberekening, schadebeperking en redelijke toerekening en aldus enige interne rechtsvergelijking plegen. Van rechtsvergelijking met het buitenland heb ik afgezien, omdat dit het bestek van het preadvies te buiten zou gaan. Voorts beschrijft mijn mede-preadviseur de situatie in Duitsland. Tot slot volgt een paragraaf waarin ik probeer meer algemene gezichtspunten te geven voor de toepasselijkheid van voordeelstoerekening en zal ik afsluiten met een conclusie.

27 Bloembergen a.s. p. 316.

28 J. Spier '*Schade en loss occurrence-verzekeringen*', Kluwer, 1998, p. 6.

29 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. JBMV, vgl. Lindenbergh a.w. p. 49.

## 2 Voordeelstoerekening zoals deze uit rechtspraak en literatuur naar voren komt en de gezichtspunten die daarbij komen kijken

### 2.1 Inleiding

Artikel 6:100 BW kent twee toetsen. Allereerst de toets of sprake is van ‘*een zelfde gebeurtenis*’ die voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd. Als daaraan wordt voldaan moet dit voordeel bij de vaststelling van de schade in aanmerking worden genomen ‘*voor zover dit redelijk is.*’ Het gaat dus om een causale ingangstoets waarna, na toegang, een redelijkheidstoets volgt. Op beide toetsen zal ik in de volgende paragrafen ingaan. Voor de invulling van beide toetsen brengt de wetsgeschiedenis ons niet veel verder dan dat de wetenschap hierover geen klaarheid heeft gebracht en de rechtspraak de nodige vrijheid krijgt voor invulling van art. 6:100 BW.<sup>30</sup> De discussie in de parlementaire geschiedenis gaat met name over de – nog aan de orde komende – vraag of voordelen vanwege sommenverzekeringen bij letsel of overlijden toegerekend moeten worden. Tevens is met de invoering van art. 6:100 BW geen breuk beoogd met het voor 1992 geldende recht en blijft de voor 1992 gewezen rechtspraak dus relevant.<sup>31</sup> Voor 1992 zou de rechtspraak bij het antwoord op de vraag of een voordeel bij de vaststelling van de schade in rekening wordt gebracht een soortgelijke maatstaf hebben aangelegd als in art. 6:100 BW is vastgelegd.<sup>32</sup>

Asser/Hartkamp & Sieburgh merken over de toepasselijkheid van art. 6:100 BW op:<sup>33</sup>

‘Hier doet zich de behoefte gevoelen aan een scherp omljnd criterium, aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt welke voordelen wél en welke niet voor verrekening in aanmerking komen. Een scherp omljnd criterium ontbreekt echter.

Een mogelijke oplossing is deze, dat het voordeel alleen dán voor verrekening in aanmerking komt, indien het voordeel het naar ervaringsregelen te verwachten, voorzienbare, gevolg van het schadebrengende feit is. Bijvoorbeeld het achterwege blijven van de levering bespaart de koper afhaal- of opslagkosten; de vrijgezel die door de schuld van zijn vervoerder is gewond en een tijdlang in een ziekenhuis moet verblijven, kan de ziekenhuiskosten als schade terugvorderen, maar hij moet de uitgespaarde kosten van levensonderhoud in mindering brengen. Dit komt er dus op neer dat de leer der adequate veroorzaking, die – in de vóór 1970 aangehangen opvatting – de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de door zijn wanprestatie veroorzaakte schade beperkte (zie hierover nr. 55 e.v.), ook wordt toegepast bij de verrekening van voordeel. Vergelijk o.a. Langemeijer in zijn conclusie vóór, en Kingma Boltjes in zijn annotatie van HR 25 november 1955, NJ 1958/29 alsmede HR 18 november 1937, NJ 1938/269; 17 februari 1939, NJ 1939/932 en 15 januari 1965, NJ 1965/197.’

<sup>30</sup> Zie Eindverslag I, Parl. Gesch. 6, p. 348.

<sup>31</sup> Zie Eindverslag I, Parl. Gesch. 6, p. 350.

<sup>32</sup> Uit HR 17 december 1976, NJ 1977, 351, m.nt. ARB leidt Bolt diss. 1989, p. 19 af dat de Hoge Raad daarin het criterium van toerekening naar redelijkheid van art. 6:1.9.5. BW (het huidige art. 6:100 BW) aanvaardt.

<sup>33</sup> Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-II, 101 (2013).

De gesuggereerde oplossing lijkt achterhaald. Adequate veroorzaking als toepassingsnorm bij art. 6:100 BW ligt alleen daarom al niet voor de hand ligt omdat dit leerstuk voor schade al lang is vervangen door de toerekening naar redelijkheid.<sup>34</sup> Bloembergen merkt onder het oude recht in zijn proefschrift uit 1965 al op: ‘*Evenals bij de nadelen zullen wij bij de voordelen de toerekening naar redelijkheid (...) als uitgangspunt moeten nemen.*’<sup>35</sup> Voorts spreekt art. 6:100 BW zelf over ‘de redelijkheid’ als tweede toets, na de causale. Zoals ik nader uit zal werken spreekt mij veeleer aan om te bezien of artikel 6:98 BW waarin de leer van de redelijke toerekening is verankerd en de daarop van toepassing zijnde rechtspraak, goede diensten kan bewijzen bij invulling van de criteria van art. 6:100 BW. Men kan de vraag naar voordeelstoerekening behalve als een schade(vergoedings)probleem vanwege het causale karakter van het begrip schade immers evenzogoed zien als een causaliteitsprobleem. In dat geval lijkt er veel voor te zeggen om bij toepasselijkheid van art. 6:100 BW waar mogelijk aan te sluiten bij de criteria die worden gehanteerd bij art. 6:98 BW, uiteraard voor zover de eigen aard van het leerstuk zich daar niet tegen verzet.

Onderstaand zal ik eerst ingaan op de wijze waarop de woorden ‘een zelfde gebeurtenis’ in de rechtspraak en literatuur met onuitgesproken normatieve elementen worden ingevuld, waarom dit onwenselijk is en waarom het beter is voor deze toegangstoets slechts *condicio sine qua non* (c.s.q.n.)-verband te eisen. In de redelijkheidstoets die daarna volgt, moeten vervolgens de geëxpliciteerde normatieve overwegingen over het al dan niet toerekenen van een voordeel worden opgenomen. Tot deze zelfde conclusie kwam Rijsterborgh in 2012 in AV&S.<sup>36</sup>

## 2.2 De causale toegangstoets, ‘een zelfde gebeurtenis’

Niet betwist lijkt dat als minimumvereiste voor toepasselijkheid van art. 6:100 BW geldt dat er csqn-verband moet bestaan tussen het schadegebeuren en het voordeel.<sup>37</sup> Lindenbergh wijst er in de Groene Serie op dat volgens de wetstekst eenzelfde gebeurtenis voordeel moet hebben ‘opgeleverd’, hetgeen een csqn-verband impliceert.<sup>38</sup>

De rechtspraak vult het criterium ‘een zelfde gebeurtenis’ met name in contractuele relaties streng in: niet snel wordt aangenomen dat schade en voordeel voortvloeien uit ‘een zelfde gebeurtenis’. De Hoge Raad zegt hier zelf over: ‘(...) in de rechtspraak van de Hoge Raad ligt besloten dat aan dit vereiste strikt de hand moet worden gehouden, doch opmerking verdient dat de wetgever aan de rechter bij zijn oordeel wanneer plaats is voor voordeelstoerekening, de

34 Zie o.a. HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251 en HR 19 december 1975, NJ 1976, 280.

35 Bloembergen a.w. nr. 222, zie ook Koster, Preadvies NJV 1959, p. 196.

36 A.J. Rijsterborgh, ‘Een zelfde gebeurtenis’ in art. 6:100 BW, AV&S 2012/6, p. 59-65.

37 Vgl. Mon. B35 (C.J.M. Klaassen) (2007), p. 90.

38 Lindenbergh, Groene Serie aant. 4.1. bij art. 6:100 BW.; zie ook Bolt diss. p. 189 en Bloembergen diss. nr. 222.

*nodige vrijheid heeft toegekend (Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 348).<sup>39</sup> De ratio daarvan blijft ongewis. In zijn monografie over ontbinding van overeenkomsten schrijft Bakels in de paragraaf 'Aanvullende schadevergoeding en voordeelstoerekening': (...) is van belang dat de Hoge Raad in contractuele context een strenge uitleg geeft aan de in deze bepaling [art. 6:100 BW] gestelde voorwaarde dat schade en voordeel voortvloeien uit "een zelfde gebeurtenis". Aan te nemen valt dat de reden daarvan is dat de ontvangen zaak uitsluitend de schuldeiser aangaat tot aan het moment waarop hij redelijkerwijs met ontbinding rekening moet houden. Voordelen die hem tot dat moment zijn toegefallen in verband met het bezit van de geleverde zaak of de verrichtte prestatie, gaan daarom in beginsel alleen hem aan; alleen onder bijzondere omstandigheden is aanleiding hierop een uitzondering te aanvaarden.<sup>40</sup> Volgens deze interpretatie is 'een zelfde gebeurtenis' dus meer dan een zuivere condicio sine qua non toets. Strikte invulling impliceert immers dat csqn-verband kennelijk onvoldoende is voor voldoening aan het criterium van 'een zelfde gebeurtenis.'*

Beziet men de rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1992 dan komt een beeld naar voren waarbij in de causaliteitsvraag van 'een zelfde gebeurtenis' normatieve oordelen worden meegenomen, die niet of nauwelijks worden geëxpliciteerd. Met de uitkomst van de zaak kan vrijwel steeds worden ingestemd, maar de weg ernaartoe geeft blijkt van onwenselijk 'verhullend motiveren', een onderwerp waaraan Vranken in zijn Algemeen Deel van de Asser-serie belangrijke overwegingen heeft gewijd.<sup>41</sup> Hij betoogt dat de jurist en rechter van met name de civil law landen oplossingen van casus en problemen veelal presenteren als het resultaat van uitleg van rechtsregels, precedenten en overeenkomsten, 'ook in gevallen waarin (over)duidelijk andersoortige overwegingen doorslaggevend of belangrijker zijn.' 'Hij denkt en argumenteert meteen in juridische termen in plaats van als uitgangspunt te nemen de vraag: waar gaat het eigenlijk om', aldus Vranken.<sup>42</sup> Vaak is daar geen bezwaar tegen omdat niets bijzonders aan de hand is en het teruggrijpen op algemeen voor de jurist herkenbare begrippen het debat vereenvoudigt. Soms leidt dit echter tot ingewikkelde of nietszeggende redeneringen.

Dat laatste, die nietszeggende redeneringen, ziet men in veel uitspraken die gaan over de eis van 'een zelfde gebeurtenis' ex artikel 6:100 BW. De motivering van de Hoge Raad of lagere rechters gaat dan niet verder dan het oordeel dat van 'een zelfde gebeurtenis' wel of geen sprake is. Dat is meer een machtswoord dan een motivering die voor partijen, zeker de verliezende, minder bevredigend is en de praktijk weinig handvatten voor toekomstige zaken geeft. Waar 'verhullend motiveren' in een wetenschappelijk artikel tot weinig of geen overtuigingskracht leidt, krijgt zo'n motivering wel 'gewoon' gezag als de Hoge Raad haar bezigt. Zoals Vranken schrijft: 'gegeven de in de nieuwe norm

<sup>39</sup> HR 20 april 2011, NJ 2013, 40, m.nt. J.B.M. Vranken.

<sup>40</sup> Mon. BW B58 (F.B. Bakels) (2011), p. 114.

<sup>41</sup> Asser-Vranken, Vervolg (2005), Kluwer, p. hoofdstuk III.

<sup>42</sup> Vranken, a.w. p. 28.

ingebouwde beperkingen en grenzen, bepalen deze het debat in toekomstige gevallen', waardoor over de uitleg en reikwijdte van het arrest wordt gediscussieerd en niet over de problematiek ten gronde.<sup>43</sup>

Dat is uiteraard onwenselijk. Ik pleit er daarom voor om normatieve oordelen bij de beoordeling van een casus over voordeelstoerekening niet 'verhullend' te verstoppen in de toets van 'een zelfde gebeurtenis' maar te expliciteren in de tweede toets van art. 6:100 BW, de redelijkheidstoets. De toets van 'een zelfde gebeurtenis' kan dan beperkt blijven tot de csqn-toets. Ik zal dat aan de hand van een aantal Hoge Raadzaken over dit onderwerp nader onderbouwen.

Op 11 februari 2000 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak (De Preter/Van Uitert) waarin een koper van een verhuurd appartementencomplex zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst niet nakwam en niet wilde meewerken aan overdracht.<sup>44</sup> De verkoper vorderde in rechte dat koper moest meewerken aan de (economische) eigendomsoverdracht en betaling van de wettelijke rente over de koopsom over de periode dat hij in verzuim verkeerde. De rechter veroordeelde koper mee te werken aan de overdracht. De koper voerde als verweer tegen de vordering van wettelijke rente aan dat de verkoper als gevolg van de tekortkoming van koper zelf de huurinkomsten was blijven incasseren en dus dubbel zou profiteren als ook de wettelijke rente zou worden toegevoegd. Het hof honoreerde dit verweer, waarbij het art. 6:100 BW toepaste. De Hoge Raad casseerde, omdat art. 6:119 BW ertoe strekt de schadevergoeding wegens vertraging in de koopsom te fixeren op de wettelijke rente, dit ter wille van de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht. Hij voegde daar nog aan toe dat art. 6:100 BW niet kán leiden tot het resultaat waartoe het hof was gekomen. *'De gebeurtenis waaruit voor De Preter [verkoper] het voordeel van voortgezette ontvangst van huurpenningen voortvloeide – te weten de niet-nakoming door Van Uitert [koper] van haar afnameverplichting is immers niet dezelfde gebeurtenis als die welke de oorzaak is van de schade waarvan De Preter vergoeding vordert, namelijk de vertraging in de betaling van de koopprijs'*, aldus de Hoge Raad.

De eerste reden voor het casseren van de uitspraak van het hof lijkt mij zonder meer juist. Bij een op een bepaald bedrag gefixeerde schade, zoals bij wettelijke rente, is toerekening in beginsel uitgesloten, omdat die fixatie als doel heeft schade op een eenvoudige en praktische wijze af te wikkelen.<sup>45</sup> De tweede reden die de Hoge Raad aanvoert is nogal apodictisch. Zonder dat uit te spreken lijkt zij gestoeld te zijn op de gedachte dat er geen c.s.q.n.-verband bestaat tussen het voordeel, het blijven ontvangen van de huurpenningen, en het niet betalen van de koopprijs. De A-G Hartkamp meent dat er wel sprake

43 Vranken a.w. 42.

44 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275.

45 Vgl. Ook de door de A-G Hartkamp in zijn conclusie bij deze zaak genoemde literatuur, o.a. Bloembergen, diss. nr. 224 en Bolt, diss. p. 197, die opmerkt dat het niet in de lijn ligt om op abstracte schade voordelen van subjectieve aard, die sterk verbonden zijn met het concrete geval toe te rekenen.

was geweest van eenzelfde gebeurtenis als de schade zou zijn gevorderd ter zake van de niet-nakoming van de verplichting van koopster mee te werken aan de eigendomsoverdracht.<sup>46</sup> Bakels vindt dat het bijkomende argument van de Hoge Raad weliswaar niet kan worden ontkend, maar dat de overtuigingskracht ervan niet groot is.<sup>47</sup> Ik denk dat hij meer dan gelijk heeft dat de overtuigingskracht van dit deel van de redenering niet groot is, omdat de beide verwijtbare gedragingen – niet meewerken aan overdracht en niet betalen – niet los van elkaar kunnen worden gezien. De oorzaak van de niet tijdige betaling door koper (en verschuldigdheid door hem van wettelijke rente), was dat hij – naar later bleek ten onrechte – meende zijn afnameverplichting niet na te hoeven komen. Het een ligt dus in het verlengde van het ander en is daarvoor csqn. In een zodanig samenhangend complex van feiten gaat mij de strikte benadering van de Hoge Raad en de A-G waarbij naar hun mening niet meer gesproken kan worden van ‘een zelfde gebeurtenis’ te ver. Ik voel meer voor een interpretatie van (eenzelfde) gebeurtenis die ook wordt gehanteerd in art. 3:310 BW, dat handelt over verjaring van een rechtsvordering tot schade door (onder meer) verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. In het derde lid van 3:310 BW wordt ‘gebeurtenis’ (in de zin van het tweede lid) gedefinieerd als: ‘een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak’.

Voorts meen ik dat als de Hoge Raad, zoals ik veronderstel, inderdaad meent dat er geen sprake was van een csqn-verband dit expliciet had moeten benoemen.

Door te blijven spreken van het niet aanwezig zijn van ‘een zelfde gebeurtenis’ blijft minst genomen onzeker welke toets de Hoge Raad precies aanlegt en of ook (onuitgesproken) normatieve overwegingen aan zijn oordeel ten grondslag liggen. De feiten bieden daar wel aanknopingspunten voor. Men zou bijvoorbeeld kunnen zeggen dat het onredelijk is als de wanpresterende koper in deze zaak profiteert van de huurpenningen, die hij ten gevolge zijn eigen wanprestatie niet rechtstreeks krijgt. Aangezien het door de verkoper aan huur ontvangen bedrag volgens het hof hoger was dan de verschuldigde wettelijke rente door de koper, resteerde er in de visie van het hof niets van de vordering wegens de verschuldigde wettelijke rente en stond er dus geen sanctie op het jaren te laat presteren.<sup>48</sup> Dat spreekt niet onmiddellijk aan, al helemaal niet omdat de koper kennelijk dezelfde dag dat zij het appartementencomplex uiteindelijk voor f 350.000 kreeg geleverd heeft doorverkocht voor veel meer, namelijk f 495.000.

Gezien de feiten van de zaak kan ik mij goed vinden in de uitkomst van de zaak. Ik meen echter dat de Hoge Raad niet had moeten volstaan met een apodic-

46 Conclusie onder 9.

47 Bakels a.w., p. 114.

48 Als iemand als gevolg van een aan een ander toe te rekenen gebeurtenis een voordeel behaalt dat groter is dan zijn schade, behoeft hij dit niet af te geven, vgl. Lindenberg, Groene Serie aant. 3. bij art. 6:100 BW.

tische uitspraak over 'een zelfde gebeurtenis' maar dat hij zijn normatieve overwegingen bij de tweede toets, de redelijkheidstoets, van art. 6:100 BW expliciet had moeten maken.<sup>49</sup> Door dat niet te doen is het nauwelijks voor de praktijk mogelijk om algemene regels af te leiden uit de uitspraak, waaraan zij uiteraard wel behoefte heeft.

In hetzelfde jaar als waarin de vorige uitspraak is gewezen kreeg de Hoge Raad nogmaals een casus over voordeelstoerekening en de betekenis van 'een zelfde gebeurtenis' voorgelegd. Aan die uitspraak van 29 september 2000 (Paulissen/de Staat) lag de volgende casus ten grondslag.<sup>50</sup> Onderaannemer Paulissen heeft in 1979 ernstig vervuilde grond afgegraven van een aan de gemeente Tilburg toebehorend terrein. Zij heeft deze grond afgevoerd naar en gedeponeerd op een terrein in de gemeente Alphen en Riel, welk terrein destijds aan haar toebehoorde en naderhand eigendom is geworden van de gemeente Alphen en Riel. Bij het aanvaarden van de opdracht door Paulissen was niet bekend dat de grond vervuilde was. De bodem van het terrein in Alphen en Riel is in 1986 gesaneerd. De Staat heeft zich in de procedure op het standpunt gesteld dat Paulissen de grond in Alphen en Riel heeft gestort hoewel voor haar kenbaar was dat die grond verontreinigd was zodat de bodemverontreiniging in Alphen en Riel is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van Paulissen en dat de Staat daarom een verhaalsvordering ex artikel 21 Interimwet Bodemsanering (IBS) toekwam.

Paulissen stelde dat door de schade in de gemeente Alphen en Riel voor de Staat een besparing is bereikt in de gemeente Tilburg (waar immers niet meer behoefte te worden gesaneerd) en dat deze besparing van belang was voor de voordeelstoerekening bij de vaststelling van het op de hem te verhalen bedrag. De advocaat-generaal en de Hoge Raad verwierpen beiden deze stelling vanwege het ontbreken van csqn-verband. Waar in de zaak van 11 februari 2000 de verschuldigde rente toch moeilijk helemaal los gezien kon worden van de verweten gedragingen (niet meewerken aan overdracht door koper *en* diens gevolg ook niet betalen door hem) staat in deze zaak het geclaimde voordeel in de zin van het csqn-verband los van de onrechtmatige daad, omdat het verwijt aan Paulissen is dat hij bij het afgraven van de grond in Tilburg of kort erna en in ieder geval voor het storten ervan in Alphen en Riel het vermoeden kreeg dat de grond verontreinigd was en desalniettemin de grond heeft gestort. Oftewel: het cruciale feit van de wetenschap/aanwijzingen die pas ontstond na het afgraven snijdt het afgraven en het storten als twee te onderscheiden gebeurtenissen van elkaar los. Dit lijkt mij juist.

49 Het kan zijn dat de Hoge Raad zich daartoe niet vrij achtte omdat de discussie in cassatie zich toespitste op het antwoord op de vraag of van 'eenzelfde oorzaak' sprake was en het cassatiemiddel toepasselijkheid van de redelijkheidstoets niet aan de orde stelde. Ook dan had hij wellicht kunnen beslissen dat het oordeel van het hof onvoldoende was gemotiveerd.

50 HR 29 september 2000, NJ 2001, 105, m.nt. ARB.

De volgende uitspraak van de Hoge Raad die ging over 'een zelfde betekenis' in art. 6:100 BW is van 10 juli 2009 (Vos/TSN).<sup>51</sup> De uitspraak heeft vele pennen in beweging gebracht.<sup>52</sup> TSN en Vos kwamen in 1999 overeen dat eerstgenoemde voor een periode van vijf jaren het onderhoud en de reparatie van de opleggers van vervoerder Vos zou doen tegen een marktconforme prijs. Vos zou daarvoor minimaal 500 opleggers per jaar aanbieden. Het ging hierbij om een meeromvattende transactie, waarbij de betreffende onderhoudsafdeling van Vos, en dus ook het personeel, werd overgenomen door TSN. Veel minder opleggers werden door Vos aangeboden dan afgesproken. Na twee jaren beëindigde Vos de overeenkomst omdat TSN geen marktconforme prijzen zou rekenen. Ten onrechte, meende TSN, die zelf gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst vanaf 27 augustus 2001 vroeg bij de rechter. Deze honoreerde de vordering van TSN. TSN vorderde tevens vergoeding van de gederfde winst (marge over arbeid en materiaal) over de periode na ontbinding tot de afgesproken einddatum. De oorspronkelijke overeenkomst zou nog drie jaar lopen. Vos brengt tegen deze vordering in dat TSN vanaf 27 augustus 2001 haar capaciteit (volledig) ten gunste van derden heeft kunnen inzetten en daarbij ook winst zou hebben gemaakt. Dit zou bij het doorlopen van de overeenkomst niet mogelijk zijn geweest. Vos deed daarom een beroep op voordeelstoerekening. Het hof en de Hoge Raad verwierpen dit beroep. De Hoge Raad overwoog over het beroep op voordeelstoerekening:

'3.2.5 Het hof verwierp ten slotte het beroep van [eiseres] op voordeelstoerekening. TSN heeft betwist dat – zoals door [eiseres] was gesteld – haar capaciteit door de overeenkomst met [eiseres] volledig was gevuld, dat er geen ruimte was voor uitbreiding, en dat voor uitbreiding nieuwbouw noodzakelijk zou zijn geweest. Nu de stellingen van [eiseres] onvoldoende aannemelijk zijn geworden en [eiseres] daarvan evenmin specifiek bewijs heeft aangeboden, kunnen deze stellingen niet als vaststaand worden aangenomen. Bovendien heeft te gelden dat, als het al zo is dat TSN na het wegvallen van het contract met [eiseres] ander werk heeft weten aan te trekken waarvoor bij continuering van het contract met [eiseres] geen ruimte was geweest, dit primair het gevolg is van de daarop door TSN gerichte inspanningen, zodat de ontbinding wegens tekortkoming niet geacht kan worden causaal te zijn voor de uit dat andere werk voortvloeiende baten (rov. 49).

<sup>51</sup> HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43, m.nt. Hijma.

<sup>52</sup> (Zeer) kritisch o.a. C.E. Drion, 'Elk nadeel heeft z'n voordeel?', NJB 2009, 1779, E. Tjong Tjin Tai en F. Verstijlen, NJB 2009, p. 2170, B.A.X. Van Asten, 'Voordeelstoerekening bij ontbinding van een duurovereenkomst', MvV 2009, p. 319 e.v., N. Broeren, Bb 2009, 48, 'Voordeelstoerekening en schadebegroting: voordeel en nadeel voortkomend uit een zelfde gebeurtenis ex art. 6:100 BW', A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', Contracteren 2009, p. 108, T. Hartlief, 'Vos/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht', WPNR 6 februari 2010/6829, p.92-96, R-J Tjittes en E. van Wechem, NJB 2010, p. 918, S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is...en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', WPNR 11 december 2010/6867, p. 901-909, J. Hijma in zijn noot in de NJ onder het arrest, A.J. Rijsterborgh, 'Een zelfde gebeurtenis', AV&S 2012/6; (min of meer) instemmend o.a. J.R. Beversluis, 'Winstdervingsschade als winstverdriedubbelaar?', WPNR 24 september 2011/6899, p. 737-743, D.A. van der Kooij, 'Schadevergoeding bij ontbinding van een (duur)overeenkomst en Vos/TSN', MvV 2011, 10, p. 249-256, en J.H.M. Van Swaaij, 'De structuur van de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW)', WPNR 7 april 2012/6925, p. 275-284.



(...)

3.6 De klacht (...) houdt in dat bij de beoordeling van het door [eiseres] gedane beroep op voordeelstoerekening van belang is of TSN na de ontbinding (winst uit) vervangende omzet heeft behaald, ook als de capaciteit van TSN door de tussen partijen gesloten – inmiddels ontbonden – overeenkomst niet volledig was gevuld.

3.7 Voor voordeelstoerekening is aanleiding als een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel heeft opgeleverd (art. 6:100 BW). In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de – op de tekortkoming van [eiseres] 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 (...).

3.9 Onder 2.5 voert het onderdeel ten slotte aan dat, voor zover moet worden aangenomen dat TSN na de ontbinding onvoldoende vervangende omzet heeft gerealiseerd, het hof heeft verzuimd te beoordelen of TSN aan haar schadebeperkingsplicht heeft voldaan (art. 6:101 BW). Indien het oordeel van het hof erop neerkomt dat voor vermindering van deze schadevergoedingsplicht geen plaats is vanwege art. 6:100, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

3.10 De klacht faalt reeds omdat daarin niet de vindplaats van de stukken in feitelijke instanties wordt vermeld waar een beroep op art. 6:101 is gedaan; zij voldoet dus niet aan de daaraan ingevolge art. 407 lid 2 Rv. te stellen eisen.<sup>53</sup>

De kritiek op de uitspraak in de literatuur richt zich met name op de overweging van de Hoge Raad in rov. 3.7. dat niet voldaan is aan het criterium van ‘een zelfde gebeurtenis’, omdat de schade geleden is door de ontbinding, maar het voordeel, de behaalde winst, door de eigen inspanningen van TSN. Het gaat hier typisch om ‘verhullend motiveren’. Waarom geen sprake is van ‘een zelfde gebeurtenis’ wordt niet uitgelegd. Vast staat in ieder geval dat er wel csqn-verband bestaat tussen enerzijds de schade *en* het genoten voordeel en anderzijds de ontbinding.

Hijma analyseert in zijn noot onder het arrest in de NJ dat de Hoge Raad twee causale relaties onderscheidt: enerzijds tekortkoming – ontbinding – schade, anderzijds inspanningen – voordeel. Daar pleit tegen, aldus Hijma, dat de onderscheiden oorzaken niet (alleen) naast elkaar staan, maar ook ‘achter’ elkaar. TSN ontplooidde haar inspanningen in reactie op het wegvallen van het contract met Vos. Die actie is ingegeven en in zoverre ook veroorzaakt door de tekortkoming en ontbinding. Doordat de Hoge Raad de inspanningen van TSN als enige (relevante) oorzaak van het opgekomen voordeel aanmerkt richt hij zijn blikveld tot de *causa proxima* (en dus niet op het csqn-verband). Hijma is van mening dat deze restrictieve koers geenszins voor zich spreekt: *‘Bedacht zij dat art. 6:100 BW de schadevergoeding slechts reduceert ‘voor zover dit redelijk’ is. De aanwezigheid van dat stevige filter maakt het nodig noch nuttig om reeds aan de*

53 Zie voor dezelfde redenering t.a.v. art. 6:100 BW Rechtbank Amsterdam 11 december 2013, ECLI: NL:RBAMS:2013:7885.

poort van het artikel zwaar te selecteren.' En: *'Of voordeelstoerekening tot de mogelijkheden behoort is dan ook geen kwestie van droge logica, maar veeleer van materiële waardering, weging en wenselijkheid'*<sup>54</sup>

Hijma wijst vervolgens op de suggestie van Asser/Hartkamp & Sieburgh om voor die toegangspoort ('een zelfde gebeurtenis') het aloude criterium der adequatie van stal te halen en dat voor die benadering veel valt te zeggen. Zelf zie ik geen enkele reden om de voor schade allang verlaten adequate veroorzaking voor voordeelstoerekening van stal te halen, integendeel. De terechte kritiek op dit criterium was dat het te vaag was en werd gehanteerd om een resultaat te bereiken dat op grond van andere overwegingen redelijk werd geacht. Met andere woorden: het lokte uit tot verhullend motiveren. Waarom zou dit criterium bij de beoordeling van het al dan niet toerekenen van voordeel wel bruikbaar zijn, terwijl het dat bij causale toerekening van schade niet is? Het zou slechts uitlokken tot het verhullen van normatieve oordelen in dit criterium.

Ten behoeve van de zuiverheid en begrijpelijkheid van het leerstuk van de voordeelstoerekening ware het beter als 'een zelfde gebeurtenis' slechts zou dienen als een heldere toegangspoort, waarin geen normatieve oordelen verscholen zitten. Vanwege de redelijkheidsfilter in art. 6:100 BW is het csqn-vereiste als toegangstoets voldoende. Indien dergelijke oordelen ertoe moeten leiden dat van voordeelstoerekening geen sprake kan zijn, horen deze in het kader van de tweede (redelijkheids)toets te worden geëxpliciteerd en niet verhuld of onuitgesproken te blijven. Het maakt dat de rechter helder(der) zal moeten motiveren waarom hij in een bepaald geval een voordeel wel of niet wenst toe te rekenen, omdat hij zich niet kan verstoppen achter de, zonder invulling, voor veel interpretatie vatbare term 'een zelfde gebeurtenis'.

Veel is in de literatuur gegist wat de (normatieve) achtergrond van de Hoge Raad in *Vos/TSN* was.<sup>55</sup> In de literatuur zijn daar diverse mogelijkheden voor aangedragen. Zo meent Keirse dat het niet toerekenen van de winst heeft te maken met de eigenheid van een contract: *'Het zou immers meebrengen dat een debiteur die toerekenbaar tekortschiet eenvoudigweg onder zijn schadevergoedingsplicht zou kunnen uitkomen door erop te wijzen dat er nog meer vis in de zee zit en de schuldeiser elders zijn heil heeft gevonden of zou moeten zoeken. Daarmee wordt uit het oog verloren dat men contracteert om bepaalde doelen te realiseren, risico's af te kopen of scenario's af te sluiten. Do ut des.'*<sup>56</sup> Een tweede argument tegen voordeelstoerekening werd gezocht in de omstandigheid dat

54 Randnummer 8 en 9 van zijn noot.

55 Ook Lindenbergh wijst erop dat hoewel hof en Hoge Raad 'enkel' een feitelijk causaliteitsoordeel lijken te vellen, daarin wel degelijk een normatieve toerekening ligt besloten, WPNR a.w. p. 909 en Van Asten a.w. 319 e.v.

56 Met Hartlief a.w. WPNR p. 95 vind ik dit argument niet sterk. De crediteur heeft uiteraard recht op nakoming en als dat niet gebeurt ontbinding met alle rechtsgevolgen van dien. De vraag is alleen of hij tevens recht heeft op schadevergoeding specifiek bestaande in de vergoeding van de gederfde winst over de resterende contractsduur van, in dit geval 3 jaar, in de situatie waarin de crediteur zijn capaciteit opnieuw heeft benut dan wel zal benutten.

het zoeken van andere orders een zinnige activiteit is die gestimuleerd moet worden. Dat de crediteur zich slechts ten gunste van de wanpresterende debiteur inspant is maatschappelijk en economisch niet aanvaardbaar.<sup>57</sup>

Zoals Hartlief aangeeft zijn er in *Vos/TSN* echter krachtige argumenten te noemen voor voordeelstoerekening:

'Deze benadering [van het niet toerekenen van het voordeel door de Hoge Raad] heeft daarmee [...] meteen ook gevolgen voor de schadebeperkingsplicht. Wanneer winst uit vervangende omzet immers geen invloed heeft op de hoogte van de schade doch hooguit een 'voordeel' vormt, wordt de schade ook niet beperkt door het genereren van vervangende omzet. Een plicht daartoe kan dan niet uit art. 6:101 BW worden afgeleid, nu deze bepaling immers alleen ziet op het geval waarin de gelaedeerde zelf heeft bijgedragen aan de schade. (...) Ongestraft stilzitten en schadevergoeding incasseren is een optie. In plaats daarvan kan de crediteur er echter ook voor kiezen, zoals in de zaak *Vos/TSN* zijn best te doen en "dubbel te incasseren".<sup>58</sup>

Juist deze verschillende gezichtspunten maken dat er behoefte kan bestaan aan een genuanceerde (tussen)oplossing – gedeeltelijk toerekenen van voordeel – die mogelijk is in de tweede toets van art. 6:100 BW. De tweede toets laat immers een glijdende schaal toe, terwijl 'een zelfde gebeurtenis' een dichotoom criterium is dat leidt tot alles of niets. Als men bijvoorbeeld enerzijds zou vinden dat het niet redelijk zou zijn om de door de eigen inspanningen van TSN na de ontbinding van de overeenkomst verkregen winst volledig in mindering te brengen op de schadevergoeding, maar het anderzijds evenmin redelijk is om deze winst in het geheel niet in mindering te brengen, is in het kader van de normatieve toets een tussenoplossing mogelijk, waarbij recht wordt gedaan aan alle omstandigheden van het geval.<sup>59</sup> Zo kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de kosten die TSN heeft moeten maken om nieuwe klanten te acquireren. Deze lijken mij hoe dan ook voor rekening van Vos te moeten komen.<sup>60</sup>

Vast staat in ieder geval dat in vervolg op de uitspraak van de Hoge Raad is geschied wat Vranken bij verhullend motiveren door de rechter voorspelde:<sup>61</sup> vele schrijvers hebben zich geworpen op de uitleg en reikwijdte van het arrest, waarbij de problematiek ten gronde soms naar de achtergrond verdween.

Dat is onbevredigend omdat er vermoedelijk een veel simpeler (onuitgesproken) reden is waarom de Hoge Raad niet aan voordeelstoerekening in deze zaak wilde. In rov. 3.2.5. overwoog het hof dat de stelling van Vos dat de capaciteit van TSN door de overeenkomst met Vos geheel was gevuld en geen uitbreiding toeliet niet als vaststaand kon worden aangenomen en daarvan door Vos

57 Hijma a.w. nr. 9; zie voor andere argumenten nog Van der Kooij a.w. en Beversluis a.w.

58 Vgl. Drion a.w. en Hijma a.w.; overigens brengt Van der Kooij tegen de mogelijkheid van stilzitten denk ik terecht in dat stilzitten in de onderhavige zaak geen optie voor TSN was omdat de vaste kosten voor onder meer personeel zouden doorlopen en zij alleen de winst vorderde van Vos.

59 Vgl. Hijma randnummer 10 en Franken a.w. p. 55 die zich bij de gedachtegang van Hijma aansluit.

60 Franken a.w. p. 56 en 57.

61 Vranken a.w. p. 42.

evenmin bewijs was aangeboden. Dit oordeel werd in cassatie niet aangevallen en stond daarmee vast. Aangezien dit de cruciale stelling van Vos voor een beroep op voordeelstoerekening was, en op een partij die zich beroept op voordeelstoerekening in beginsel de stelplicht en bewijslast daarvan rust, kon een beroep daarop alleen daarom al niet meer slagen. Indien TSN zijn capaciteit ook had kunnen uitbreiden als de overeenkomst met Vos met de daarmee gemoeide capaciteit in stand was gebleven, was er immers evident geen sprake van een te verrekenen voordeel.

Dit vermoeden krijgt meer kracht doordat Bakels, een van de raadsheren die het arrest heeft meegewezen, de kritiek dat de Hoge Raad zijn oordeel mede baseerde op een enge uitleg van de eis van 'een zelfde gebeurtenis', terecht noemt. Hij schrijft:

'Met deze overweging [rov. 3.7.] lijkt de verplichting van [schadebeperking] TSN te worden ontkend, hetgeen onmogelijk de bedoeling kan zijn. Het oordeel van de Hoge Raad is klaarblijkelijk bepaald door de in rov. 3.5.2. en 3.6 vermelde omstandigheid dat in cassatie moest worden aangenomen dat de reparatiecapaciteit van TSN door de – inmiddels ontbonden – overeenkomst niet volledig was gevuld, in die zin dat TSN deze contracten ook voor de opzegging of ontbinding had kunnen sluiten. Heel veel meer moet er mijns inziens niet in worden gelezen.'<sup>62</sup>

Uiteraard moet waarde worden gehecht aan het oordeel van een auteur die zo dicht bij, ja zelfs in het vuur zat. Het oordeel van het hof, dat als het al zo is dat TSN na het wegvallen van het contract met Vos ander werk heeft weten aan te trekken waarvoor bij continuering van het contract met Vos geen ruimte was geweest, toch geen aanleiding geeft tot voordeelstoerekening, is ten overvloede gegeven (rov. 3.2.5. slot). Het lijkt er dan ook op dat de Hoge Raad zich door de cassatieklacht, zoals weergegeven in rov. 3.6. van zijn arrest, ten onrechte heeft laten verleiden op deze laatste situatie – die niet aan de orde was – in te gaan.<sup>63</sup>

Deze uitleg is ook bevredigend, omdat dan aan Vos/TSN geen geheel andere gedachte ten grondslag ligt dan aan het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2013, waar het ging over een in een aantal opzichten materieel vergelijkbaar geval.<sup>64</sup> A en B hadden in die zaak een overeenkomst tot aanneming van werk in de zin van art. 7:750 BW gesloten, waarbij A zich had verplicht tot het verrichten van diverse werkzaamheden aan de woning van B. Op 8 oktober 2009 hadden B c.s. de overeenkomst met onmiddellijke ingang beëindigd. Dat mocht B ingevolge art. 7:764 BW lid 1: *'De opdrachtgever is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.'* Over de gevolgen bepaalt het tweede lid: *'In geval van zulke opzegging zal hij de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de*

<sup>62</sup> Bakels a.w. p. 115.

<sup>63</sup> Zie ook de A-G Spier in zijn conclusie 5.8.1.

<sup>64</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8728.

*opzegging voortvloeien, tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooide werk (...)*. In beginsel heeft de opdrachtnemer bij opzegging door de opdrachtgever op de voet van art. 7:764 lid 1 BW aanspraak op: a. de misgelopen winst; b. de gemaakte kosten, bijvoorbeeld voor reeds aangeschafte of bestelde materialen en c. andere kosten die onvermijdelijk zijn geworden, zoals de lonen van personeel.<sup>65</sup> B stelt echter dat A haar werknemers op andere klussen heeft kunnen inzetten, zodat zij op de voor B gereserveerde manuren heeft kunnen besparen.<sup>66</sup> Het hof honoreert deze stelling en verrekent dit voordeel. In cassatie blijft dit oordeel in stand. Hoewel deze zaak formeel niet ging over een schadevergoeding maar over opzegging, en bij aanneming van werk de gevolgen van tussentijdse opzegging wettelijk zijn geregeld, zou het vanuit een oogpunt van rechtseenheid onbevredigend zijn als de oplossing bij opzegging van een aannemingsovereenkomst, veelal een duurovereenkomst, afwijkt van die bij ontbinding en schadevergoeding bij (andere) duurovereenkomsten.

Bakels vraag zich af of de uitleg die de jurisprudentie geeft aan de eis van 'een zelfde gebeurtenis' niet te streng is.<sup>67</sup> Het tot slot te bespreken arrest van 29 april 2011 van de Hoge Raad lijkt een zekere kentering teweeg te brengen.<sup>68</sup> Kort gezegd had de eiser in deze zaak in de periode 1997-2001 verschillende effectenleaseproducten gekocht en daartoe vijf verschillende overeenkomsten gesloten, waarna hij met een restschuld bleef zitten. Hij vorderde terugbetaling van het grootste deel van wat hij op grond van deze overeenkomsten aan Dexia had betaald. Voorafgaand aan die vijf overeenkomsten had eiser echter nog drie andere effectenleaseovereenkomsten gekocht bij Dexia. Deze waren met een positief resultaat voor hem geëindigd. Die drie overeenkomsten waren nog niet geëindigd op het moment dat de vijf latere overeenkomsten werden gesloten. Bij alle acht overeenkomsten had Dexia haar precontractuele zorgplichten geschonden. Het hof oordeelde dat het voordeel van de eerste drie overeenkomsten met het nadeel van de laatste vijf moest worden verrekend op de voet van art. 6:100 BW. Sprake was naar zijn oordeel van 'een zelfde gebeurtenis', namelijk het voortdurend onbeschermd blijven van de afnemer tegen de gevaren van lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht door de voortdurende schending door de bank van haar zorgplicht. De Hoge Raad sauveert dit oordeel. Na te hebben overwogen dat aan het vereiste 'een zelfde gebeurtenis' volgens zijn rechtspraak strikt de hand moet worden gehouden en dat de parlementaire geschiedenis de rechter de nodige vrijheid heeft gegeven wanneer plaats is voor voordeelstoerekening overweegt de Hoge Raad:

4.3.5. (...) Behoudens omstandigheden die op het tegendeel wijzen, moet worden aangenomen dat de bijzondere zorgplichten van de aanbieder voor alle hier bedoelde transacties op dezelfde wijze hebben gegolden. Zij hebben een algemeen karakter, dat in belangrijke mate is verbonden met de risicovolle aard van het effectenleaseproduct

65 Zie A-G Spier in zijn conclusie onder randnummer 3.20.

66 Zij heeft de stelplicht en bewijslast van deze besparing.

67 Bakels a.w. p. 115.

68 HR 29 april 2011, NJ 2013, 40, m.nt. J.B.M. Vranken; ook Bakels signaleert een zekere kentering n.a.v. dit arrest, a.w. 116.

dat aan een breed publiek is aangeboden, en zijn niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer (...).

4.3.6. (...) Tussen partijen staat vast dat Dexia structureel heeft nagelaten deze verplichtingen jegens haar afnemers na te komen. Indien zij deze verplichtingen wel zou hebben nageleefd, is aannemelijk dat zulks betrokkene in voorkomend geval niet alleen het verlies zou hebben bespaard, doch ook van het maken van winst op deze vorm van belegging zou hebben weerhouden. Ook het uit winstgevende transacties genoten voordeel is dus mede behaald als gevolg van het tekortschieten van Dexia in de nakoming van haar zorgplichten, waarbij te bedenken valt dat het realiseren van winst of verlies op de belegging niet beïnvloed wordt door de nakoming van deze verplichtingen doch (zoals het hof in rov. 4.29 heeft overwogen) enkel afhankelijk is van de toevallige waardeontwikkeling van de geleasete effecten. Er is geen goede reden te aanvaarden dat degene die als gevolg van dit telkenmale tekortschieten van Dexia ervoor kiest achtereenvolgens een aantal soortgelijke effectenleasetransacties aan te gaan, moet worden gecompenseerd voor daarbij geleden verlies zonder dat daarbij acht wordt geslagen op de door hem bij een deel van die transacties behaalde winst, zulks op de enkele grond dat sprake is van afzonderlijke transacties. Dit klemmt temeer nu dit geval niet wezenlijk verschilt van het geval dat een afnemer – als gevolg van het hier aan de orde zijnde tekortschieten van Dexia – een enkele overeenkomst sluit die een aantal effectenleasetransacties omvat waarvan sommige met verlies en andere met winst worden afgesloten, in welk geval zonder meer voldaan zou zijn aan het vereiste van “een zelfde gebeurtenis” van art. 6:100. (...).’

Dat sprake is van afzonderlijke transacties maakt volgens de Hoge Raad niet dat geen sprake is van ‘een zelfde gebeurtenis’, omdat

- Dexia bij alle overeenkomsten structureel heeft nagelaten haar zorgverplichtingen na te komen;
- de verliezen *en* de winsten alle mede zijn behaald door het tekortschieten van Dexia;
- het om soortgelijke achtereenvolgende effectentransacties gaat;
- er geen goede reden is om alleen op de winsten acht te slaan en niet op de verliezen; en
- als sprake zou zijn geweest van één overeenkomst met meerdere effectentransacties zonder meer zou zijn voldaan aan het criterium van ‘een zelfde gebeurtenis’.<sup>69</sup>

Vranken merkt hierover in zijn noot onder NJ 2013, 41 op:

‘Ik heb dit onderwerp zelf nog niet eerder in verband gebracht met samenhangende rechtsverhoudingen. In de literatuur heb ik het ook nog niet aangetroffen en de eerdere rechtspraak laat evenmin voorbeelden hiervan zien, maar het is in gevallen als hier aan de orde misschien een mogelijk beoordelingskader of -grond. Een samenhangende rechtsverhouding is meer dan de optelsom van afzonderlijke overeenkomsten. De samenhang creëert juist rechten en verplichtingen die niet aan een individuele overeenkomst zijn toe te schrijven, maar voortvloeien uit het overkoepelende verband. In deze zaken is het overkoepelende verband dat er binnen een korte tijd meer dan één gelijksoortige overeenkomst is gesloten, die vanwege de hoge financiële risico's geen van alle op deze manier hadden gesloten mogen worden. Ze

<sup>69</sup> Anders A-G De Vries-Lentsch-Kostense 5.11 e.v. die van mening is dat van een voortdurende zorgplichtschending niet gesproken kan worden.

zijn echter niet allemaal slecht afgelopen. Op sommige is winst behaald. (...) Ik beseft dat het een doelredenering is om in deze situatie de gemaakte winst als voordeelverrekening in aanmerking te nemen'.<sup>70</sup>

Ik kan mij geheel vinden in de uitspraak van de Hoge Raad en haar expliciete motivering. In de omstandigheden van het geval is er geen goede reden om alleen op de verliezen acht te slaan en niet op de winsten. Ook hier valt weer de parallel te maken met het begrip gebeurtenis in het derde lid van art. 3:310 BW waaronder onder meer valt een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak.

Mijn conclusie uit het vorenstaande is als volgt: de wijze waarop de Hoge Raad de toets 'een zelfde gebeurtenis' aanlegt is vaak verwarrend en verhult de normatieve overwegingen die aan zijn oordeel ten grondslag liggen. De uitkomst in de concrete zaak is meestal te billijken maar de uitspraak geeft door dit verhullend motiveren de praktijk geen goede handvatten.<sup>71</sup> Daarom moet de toets 'een zelfde gebeurtenis' voorbehouden blijven voor het antwoord op de vraag of er csqn-verband bestaat tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het voordeel. Vervolgens dient op basis van de redelijkheidstoets van art. 6:100 BW beoordeeld te worden of het voordeel moet worden toegerekend. Deze beslissing dient deugdelijk en niet marginaal te worden beargumenteerd. Deze visie wordt op enkele plaatsen in de literatuur gedeeld. Zo schrijft Rijsterborgh: *'Wanneer men naar de opzet van art. 6:100 BW kijkt, is een condicio sine qua non-verband tussen schade en voordeel de eerste stap en komt pas daarna de redelijkheidstoets.'*<sup>72</sup>

Invulling van 'een zelfde gebeurtenis' met het csqn-verband sluit ook aan bij de andere artikelen in titel 6.1.10 BW. Kijkt men bijvoorbeeld naar art. 6:98 en 6:101 BW dan is ook daar de eerste toets in beginsel feitelijk. Hierna volgt een normatieve toets (en bij 101 nog een billijkheidstoets). Bij art. 6:98 blijkt dit uit de wetstekst waarin is bepaald dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt die schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Om dit te kunnen beoordelen zal de rechter de relevante gezichtspunten moeten wegen. Bij art. 6:101 BW gaat aan de normatieve afweging die is vastgelegd in de slotwoorden van lid 1 (*'met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'*) nog een

70 Zie over dit arrest ook E.A.J. Nederhof, *'Het verrekenen van voordeel bij effectenleaseovereenkomsten'*, MvV 2011, nr. 10, p. 268-273.

71 Iets soortgelijks gebeurde tot begin 2000 met de omkeringsregel. Vgl. hiervoor A.J. Akkermans in zijn oratie *'De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband'*, BJU, Den Haag 2002.

72 Rijsterborgh a.w., p. 62.

gewogen causaliteitstoets vooraf nadat is vastgesteld dat de schade een (csqn-) gevolg is van de fout.<sup>73</sup>

### 2.3 De normatieve toets: toerekening voor zover dit redelijk is

#### 2.3.1 Inleiding

Als sprake is van 'een zelfde gebeurtenis' dan wordt dit voordeel bij de vaststelling van schade in rekening gebracht 'voor zover dit redelijk' is, aldus art. 6:100 BW. Het gaat hier om een normatieve toets die nader moet worden ingevuld. Uit de Parlementaire Geschiedenis volgt dat in art. 6:100 BW de rechter een ruime beoordelingsvrijheid wordt gelaten om te beslissen of verrekening van voordeel in een concreet geval redelijk is.<sup>74</sup> Vooraf merk ik op dat aangezien het bij de tweede toets om een redelijkheidsoordeel gaat, dit oordeel altijd zeer zal samenhangen met de specifieke omstandigheden van het geval en dat het dan ook geen sinecure is om voor dit oordeel algemene gezichtspunten te geven.

Dit gezegd hebbende zal ik onderstaand allereerst ingaan op de algemene gezichtspunten die in de Parlementaire Geschiedenis en de literatuur naar voren komen voor het redelijkheidsoordeel. Waar deze gezichtspunten in de rechtspraak terugkomen zal ik dat aangeven. Daarna ga ik in op een aantal representatieve uitspraken van de Hoge Raad die gaan over de redelijkheidstoets in art. 6:100 BW. Vervolgens zal ik bezien of het mogelijk is om aan de hand van interne rechtsvergelijking met andere artikelen in titel 6.1.10 te komen tot meer algemene criteria die beter aansluiten bij de andere artikelen van deze titel.<sup>75</sup>

#### 2.3.2 Gezichtspunten in de parlementaire geschiedenis en de literatuur voor de redelijkheidstoets

Voor de invulling van de redelijkheidstoets zijn uit de Parlementaire Geschiedenis (met enige moeite) gezichtspunten te destilleren, die echter vooral zien op het antwoord op de vraag of een schade- of sommenverzekering bij letsel- en overlijdensschade moet worden toegerekend.<sup>76</sup> Aangevuld met een aantal

<sup>73</sup> Wat het door het artikel vereiste verband tussen de schade en de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid precies inhoudt is niet geheel duidelijk. Volgens Asser/Hartkamp & Sieburgh, 2013, nr. 108 en 114, J. Spier, *Mon BW, Schadevergoeding, algemeen deel 3*, B-36 1992, nr. 6 en A.L.M. Keirse, 'Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade', diss. 2003, *Recht en Praktijk* nr. 127 Kluwer, p. 86 e.v., geldt hier het algemene criterium van art. 6:98 BW, anderen eisen een csqn-verband met een eigensoortige toerekening (Hijma/Olthof, *Compendium* 2008, nr. 399); vgl. HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547.

<sup>74</sup> Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1287, 1308 en 1309.

<sup>75</sup> Rechtsvergelijking buiten deze titel en zelfs buiten het BW, bijvoorbeeld met het bestuursrecht, gaat de reikwijdte van dit preadvies te buiten.

<sup>76</sup> Het verschil tussen een schade- en sommenverzekering is dat de strekking van de schadeverzekering is om de eventuele schade van een verzekerde te vergoeden, terwijl bij een sommenverzekering niet relevant is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Of sprake is van een schade- of een sommenverzekering hangt onder meer af van de omschrijving



gezichtspunten die uit de literatuur naar voren komen, kom ik op het volgende (niet limitatieve) lijstje:<sup>77</sup>

- a. Een belangrijk gezichtspunt is dat naarmate de benadeelde meer geacht kan worden zelf vrijwillig een bepaalde prestatie te hebben verricht, waardoor hem bij schade een zeker voordeel toevalt, verrekening minder snel redelijk zal zijn.<sup>78</sup> Dit argument komt in de rechtspraak regelmatig terug in de hoedanigheid dat het voordeel de aansprakelijke persoon niet 'aangaat' of niet 'raakt'.<sup>79</sup> Zoals al aan de orde gekomen wordt dit argument in de rechtspraak nogal eens binnen de 'een zelfde gebeurtenis'-toets getrokken.
- b. Ten aanzien van de niet-toerekening van sommenverzekeringen bij letsel werkt de Parlementaire Geschiedenis dit uit door erop te wijzen dat van oudsher het argument wordt gebezigd dat deze verzekeringen (vaak) zijn gefinancierd door de benadeelde zelf, wellicht ten dele als aanvulling van de schade die hij op derden zou kunnen verhalen en in elk geval niet mede ten gunste van derden die tegenover hem onrechtmatig handelen.<sup>80</sup> *'Dat argument boet evenwel aan kracht in als de derde alleen aansprakelijk is omdat de wetgever op hem een bepaald risico te dier zake heeft gelegd (...). Dat een zodanige aansprakelijkheid uit een oogpunt van risicospreiding redelijk is, kan moeilijk worden volgehouden, voor zover het gaat om schade terzake waarvan het slachtoffer zelf zijn risico reeds door een verzekering heeft gespreid en die hem te dier zake is vergoed'*, aldus de Parlementaire Geschiedenis.<sup>81</sup>
- c. Niet-toerekening van uitkeringen in verband met letsel uit een sommenverzekering pleegt in verband te worden gebracht met de omstandigheid dat bij deze verzekering regres door de sommenverzekeraar niet mogelijk is, waardoor de schadevergoedingsplichtige bij voordeelstoerekening zou profiteren van de uitkering.<sup>82</sup> Bij een schadeverzekering subrogeert de verzekeraar na uitkering tot de hoogte van die uitkering in beginsel op de voet van art. 7:962 BW in de rechten van de verzekerde. De schadevergoedingsplichtige profiteert daar niet van.

Het argument dat subrogatie bij een sommenuitkering niet mogelijk is gebruikt de Hoge Raad in zijn uitspraak van 1 oktober 2010 als argument om bij dit type verzekering in het algemeen geen voordeelstoerekening toe te laten.<sup>83</sup>

---

van het verzekerd risico in de polisvoorwaarden, van wat partijen bij het sluiten ervan hebben besproken en wat zij over en weer mochten verwachten. Relevant is voorts dat een verzekering deels een sommen- en deels een schadeverzekering kan zijn (vgl. Asser-Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX-2012, nr. 44.)

77 zie Oosterveen en Frenk, T&C, art. 6:100 BW, aant. 6 en voor de gezichtspunten uit de literatuur vooral Bloembergen a.w. 223 en 224; Bolt a.w. hfdst. 4.5 (Regels waaraan het al dan niet toerekenen van voordelen kan worden getoetst) en AV&S 2011/8, p. 72 e.v.; zie ook Lindenbergh, Groene Serie aant. 4.2. bij art. 6:100 BW.

78 Zie Eindverslag I, Parl. Gesch. 6, p. 350 en Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1291.

79 Zie bijvoorbeeld HR 9 november 1973, NJ 1974, 351 en 352, m.nt. Bloembergen.

80 Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1287.

81 Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1287 en 1292.

82 Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1287.

83 HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81.

- d. Dat de aard van het voordeel, evenals de aard van de aansprakelijkheid voor beantwoording van de toerekeningsvraag van belang is wordt algemeen als juist beschouwd.<sup>84</sup> Bij risicoaansprakelijkheid zal voordeelstoerekening eerder redelijk zijn dan bij schuldaansprakelijkheid. Dit argument is onder meer terug te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 1 oktober 2010.<sup>85</sup>
- e. Bloembergen heeft de – later ook door Bolt overgenomen – spiegelbeeldgedachte als gezichtspunt ontwikkeld.<sup>86</sup> Hij omschrijft deze als volgt:<sup>87</sup> *‘Tegenover belastingschade en ideële schade staan belastingvoordelen en ideële voordelen; tegenover zuiver toevallige nadelen staan zuiver toevallige voordelen; tegenover gemaakte kosten staan bespaarde kosten. Nu schijnt het mij in het algemeen redelijk, dat dergelijke nadelen en voordelen, die elkaars spiegelbeeld vormen, op dezelfde voet worden behandeld; komt een bepaald voordeel of nadeel niet voor vergoeding in aanmerking dan moet een daartegenover staand voordeel wel of niet worden toegerekend.’* De Hoge Raad lijkt de spiegelbeeldgedachte bruikbaar te vinden. Zo oordeelde hij op 21 februari 1997 dat er (veeleer) van moet worden uitgegaan dat immateriële voordelen slechts in rekening behoren te worden gebracht bij de vaststelling van eventuele immateriële schade.<sup>88</sup> Uit deze uitspraak en de uitspraak van 1 oktober 2010 van de Hoge Raad volgt ook dat bij voordeelstoerekening gedifferentieerd moet worden naar de diverse schadeposten en geen saldomethode mag worden toegepast.<sup>89</sup> In de uitspraak van 1 oktober 2010 overwoog de Hoge Raad: *‘Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op voordeelstoerekening beroept aansprakelijk is.’*<sup>90</sup>
- f. Asser/Hartkamp & Sieburgh noemt nog dat er binnen het redelijkheids-criterium van art. 6:100 BW ruimte is om betekenis toe te kennen aan hetgeen redelijkerwijs was te voorzien c.q. naar ervaringsregels te verwachten.<sup>91</sup> Toepassingen van deze adequatie-leer tref ik in de rechtspraak niet aan. In paragraaf 2.2. heb ik uiteengezet dat het opnieuw van stal halen daarvan mij ook niet wenselijk lijkt. Voorzienbaarheid speelt een prominente rol bij de vraag of bepaald gedrag onrechtmatig is/wanprestatie met zich brengt en dus bij de toets van de aard van de aansprakelijkheid/de verwijtbaarheid, almede bij de toerekening naar redelijkheid die in art. 6:98 BW is vastgelegd. Het ligt daarom voor de hand dat voorzienbaarheid ook een rol speelt bij art. 6:100 BW.

84 Lindenbergh, Groene Serie aant. 4.2. bij art. 6:100 BW; zie voor verzekeringen bijv. A-G Spier 3.21 van zijn conclusie bij HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600, zie ook HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81.

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

86 Bloembergen a.w. nr. 223, Bolt a.w. p. 204, 205.

87 Bloembergen a.w. nr. 223.

88 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, m.nt. Brunner.

89 Vgl. Bolt a.w. p. 194.

90 HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81.

91 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, 101 (2013).

- g. Als voor de aansprakelijkheid een wettelijk maximum geldt, dan geldt dat maximum *na* aftrek van de voordelen. Het doel van dit maximum is immers om de aansprakelijkheid niet te veel te laten oplopen.<sup>92</sup>

Tot slot wijs ik op de Principles of European Tort Law ('PETL') die groot gewicht toekennen aan de 'purpose of the benefit'. Art. 10:103 bepaalt:

'Benefits Gained Through the Damaging Event: When determining the amount of damages, benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account, unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.'

Artikel 10:103 PETL lijkt een streng regiem voor te staan waar toerekening van voordelen de hoofdregel is, tenzij '*this cannot be reconciled with the purpose of the benefit*'. Dit strenge uitgangspunt wordt in de toelichting aanzienlijk genuanceerd.<sup>93</sup> '*The contrary is rather the rule*', aldus deze toelichting.<sup>94</sup> Meestal zal het de bedoeling van voordeel zijn om de benadeelde te bevoordelen en niet om de aansprakelijke te ontlasten. Dit betekent dat uitkeringen uit verzekeringen, sociale voorzieningen, doorbetaald loon en vrijgevigheid, op de voet van dit artikel doorgaans niet als voordeel toegerekend moeten worden.<sup>95</sup>

Naast vorenstaande gezichtspunten gaan diverse schrijvers in op specifieke toepassingen van de toerekeningsregels bij onder meer bespaarde kosten en bespaarde tijd, belastingvoordelen, nieuw voor oud, uitkeringen uit schadeverzekering, uitkeringen uit sommenverzekeringen, uitkeringen uit sociale verzekeringen, giften e.d.<sup>96</sup> Dat is zonder meer nuttig. De bespreking daarvan gaat de omvang van dit preadvies echter te buiten.

Na deze exercitie op basis van de Parlementaire Geschiedenis en literatuur heeft het zin om de blik nog wat meer op de rechtspraak te richten.

### 2.3.3 Enige rechtspraak

Bezieet men de rechtspraak dan valt op dat de redelijkheidstoets vooral bij personenschadezaken aan de orde komt, terwijl bij zaakschade de problematiek van voordeelstoerekening veel vaker wordt benaderd als een antwoord op de vraag of sprake is van 'een zelfde gebeurtenis'. Ik vermoed dat dit te maken heeft met de aard van de schade. Bij personenschade, de ernstigste vorm van schade die wij kennen, zal verullend argumenteren wellicht als nog knellender worden gevoeld. Voorts wordt toerekening van voordelen bij personenschade minder snel dan bij zaakschade redelijk gevonden. In paragraaf 2.2. heb ik betoogd dat ook bij voordeelstoerekeningsvragen bij zaakschade de rechter niet

92 Bloembergen a.w. nr. 224; Lindenbergh, Groene Serie aant. 8 bij art. 6:100 BW.

93 Zie S.D. Lindenbergh, AV&S 2008, 31 (PETL: Remedies, Damages), p. 223-224.

94 Toelichting p. 157, randnummer 8.

95 Lindenbergh, AV&S 2008, 223.

96 Zie Bloembergen a.w. nr. 228-243 en 258-262; Bolt a.w. p. 205-244; Lindenbergh, Groene Serie aant. 10 e.v. bij art. 6:100 BW en Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-II, 103-106 (2013).

verhullend moet motiveren en zijn normatieve oordeel expliciet in de tweede toets moet geven.

Wat daar ook van zij, dit verschil betekent dat ik mij in deze paragraaf, anders dan in de vorige waar vooral zaakschades aan de orde kwamen, na enige inleidende opmerkingen vooral wil richten op een aantal letselschadezaken en dan vooral op degene die zien op het antwoord op de vraag of sommenverzekeringen bij letsel en overlijden als voordeel toegerekend moeten worden. Daarin komen een aantal gezichtspunten naar voren waarvan het de moeite waard is te bezien of zij een algemenere strekking hebben.

De rechtspraak is tot op heden weinig gul met het formuleren van algemene gezichtspunten voor invulling van de redelijkheidstoets bij voordeelstoerekening. Zoals ik in paragraaf 2.3.2. heb laten zien, hanteert zij de daar genoemde gezichtspunten met enige regelmaat weliswaar (impliciet), maar van een wat meer systematisch bouwwerk, zoals bijvoorbeeld Bloembergen en Bolt hebben geprobeerd te construeren, is geen sprake. De motivering is steeds toegespitst op de omstandigheden van het geval en sterk casuïstisch van aard, waardoor het moeilijk is er algemene lijnen uit te halen. In feite als conclusie van een door de rechter bedachte redenering waarom een bepaald voordeel niet moet worden toegerekend overweegt hij regelmatig dat een bepaald voordeel de aansprakelijke partij niet 'aangaat' of 'raakt'. Daarbij zij opgemerkt dat deze woorden zonder motivering uiteraard niet meer zijn dan een machtswoord. Buiten letselschade zijn goede voorbeelden van deze gedachte te vinden in een tweetal uitspraken van 9 november 1973. In de ene zaak vorderde de Staat kosten die zij had gemaakt voor het opruimen van door een aanvaring gezonken vaartuig.<sup>97</sup> In de andere zaak vorderde de Staat de herstelkosten van een door een aanvaring beschadigd kunstwerk.<sup>98</sup> De kosten werden in beide zaken gevorderd van de eigenaar van de schepen (respectievelijk Romulus en Nordström) die de aanvaringen hadden veroorzaakt. In beide zaken werd door de eigenaren aangevoerd dat de omzetbelasting die in de gevorderde kosten begrepen was en die weer aan de Staat ten goede kwam, als voordeelstoerekening in mindering moest worden gebracht op de te betalen schadevergoeding. De Hoge Raad verwerpt in beide zaken dit beroep, omdat het een Romulus niet rakende omstandigheid was dat de Staat de beheerder was van het vaarwater waaruit het wrak moest worden opgeruimd, respectievelijk een Nordström niet rakende omstandigheid dat het door de Staat aan de aannemer voor het herstel van het kunstwerk betaalde bedrag aan omzetbelasting in het vermogen van de Staat terugkeerde langs de omweg van de belastingdienst.

Ten aanzien van het antwoord op de vraag of een uitkering die de benadeelde wegens een sommenverzekering door het ongeval ontving, als voordeel op de door de schadeveroorzaker te betalen schadevergoeding in mindering moet worden gebracht, oordeelde de Hoge Raad in 1969 dat de uitkering niet bij wege van voordeelstoerekening op de schadevergoeding in mindering mocht worden

97 HR 9 november 1973, NJ 1974, 351.

98 HR 9 november 1973, NJ 1974, 351 en 352, m.nt. Bloembergen.

gebracht, omdat het bestaan van een dergelijke verzekering de aansprakelijke persoon niet aanging.<sup>99</sup> Het is volgens de Hoge Raad een zuiver individuele en persoonlijke beslissing om een dergelijke verzekering al dan niet af te sluiten. Dit gaat de schadeveroorzaker niets aan. De gedachte daarachter is evident dat bij toerekening sprake zou zijn van een onredelijke bevoordeling van de schadevergoedingsplichtige, omdat regres bij een sommenverzekering niet mogelijk is.<sup>100</sup> Op de idee dat een uitkering uit sommenverzekering de schadeveroorzaker niet aangaat omdat dan sprake zou zijn van een onredelijke bevoordeling, is van diverse zijden kritiek uitgeoefend. Ten aanzien van een ongevallenverzekering, ook een sommenverzekering, verwoordt Bloembergen dit als volgt:<sup>101</sup>

'Deze benadering vind ik niet gelukkig. Aldus worden direct al de accenten verkeerd gelegd: het gaat in het schadevergoedingsrecht in de eerste plaats om de positie van de benadeelde en niet (...) om een door de schadeplichtige verkregen profijt. Voorts miskent het spreken over een onredelijke bevoordeling van de schadeplichtige de maatschappelijke realiteit waarin niet of vrijwel niet schadeplichtigen, maar aansprakelijkheidsverzekeraars de schade vergoeden (...). En ook afgezien van dit laatste betwijfel ik of in het algemeen de toerekening van uitkeringen uit ongevallenverzekeringen de schadeplichtige bevoordeelt. De 'wongdoer', pleegt men in Engeland te zeggen, 'must take his victim as he finds him', jong of oud, gebrekkig of gezond, man of vrouw, hoog of laag gesalarieerd, met alle consequenties vandien voor de omvang van de schade. Waarom mag bij de min of meer toevallige aanwezigheid van een ongevallenverzekering de schadeplichtige niet nemen zoals hij is, namelijk als een slachtoffer met een ongevallenverzekering?'

Ik voel veel voor dit argument, dat overigens niet in recente rechtspraak is overgenomen. Ik kom daarop terug bij mijn bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2010, waar de Hoge Raad zijn arrest uit 1969 overigens wel nuanceert.<sup>102</sup> Hier volsta ik met te constateren dat, zoals wij in paragraaf 2.2. gezien hebben, het 'niet aangaan'-argument bij niet-letselschadezaken vaak wordt verstopt in de overweging van de Hoge Raad dat geen sprake zou zijn van 'een zelfde gebeurtenis'. Een voorbeeld daarvan is *Vos/TSN* waarin hij oordeelde dat de door eigen inspanningen van TSN met derden gesloten overeenkomsten Vos niet aangingen. Dit waren inspanningen verricht *na* de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis. Dat was ook zo bij de hiervoor aangehaalde zaken van *Romulus en Nordström* tegen de Staat, waarin de redelijkheidsargumenten terecht wél geëxpliciteerd werden. Bij sommenverzekeringen wordt dit niet-aangaan element plotseling in de normatieve toets getrokken. Bij discussie over sommenverzekeringen is in feite een soortgelijke discussie aan de orde als in *Vos/TSN*, alleen is bij sommenverzekeringen sprake van handelingen van de benadeelde *vóór* de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis. Systematisch lijkt mij het verschil in 'aanvliegroute' van het probleem niet te rechtvaardigen. Naar mijn mening is dit nog een argument om een en ander gelijk te trekken, en

99 HR 28 november 1969, NJ 1970, 172 (IBC-Derckx).

100 Vgl. HR 28 april 1989, NJ 1990, 703; zie ook S.D. Lindenberg, *AV&S* 2010/27, p. 216.

101 Bloembergen, *RMThemis* a.w. p. 222 en 223.

102 HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81.

het begrip 'een zelfde gebeurtenis' gewoon te beperken tot een csqn-toets, en in de redelijkheidstoets de normatieve redenen tot uitdrukking te laten komen.

De beslissing pakte in 1970 anders uit voor sommenverzekeringen die tot uitkering komen bij overlijden. In zijn arrest van 19 juni 1970 oordeelde de Hoge Raad dat bij de schadevergoeding van nabestaanden *wel* rekening moest worden gehouden met een uitkering uit sommenverzekering.<sup>103</sup> Dit hangt samen met de behoeftigheidseis bij overlijden, die maakt dat door nabestaanden als uitgangspunt alleen aanspraak op schadevergoeding kan worden gemaakt, als zij aan onderhoud *behoefte* hebben.

Bij de invoering van het NBW in 1992 is heftig gedebatteerd of dit onderscheid bij letsel- en overlijdensschade gerechtvaardigd is. De regering meende van niet en stelde voor een bepaling op te nemen dat uitkeringen uit hoofde van een verzekering, die geacht moesten worden een door benadeelde geleden schade te verminderen, bij vaststelling van de schade toegerekend moest worden. Het voorstel zou dus maken dat sommenverzekeringen, voor zover zij geacht worden de schade te verminderen, ook bij letselschade zouden leiden tot toerekening van dit voordeel. Dit voorstel heeft het niet gehaald en de rechtsontwikkeling is verder aan de rechter overgelaten.<sup>104</sup> Deze heeft de handschoen in onder meer de uitspraken van HR 12 februari 2000 en HR 1 oktober 2010 opgepakt.<sup>105</sup>

In zijn conclusie voor eerstgenoemde uitspraak van de Hoge Raad die handelende over de uitkering van een sommenverzekering bij overlijden pleitte A-G Spier voor een genuanceerd systeem waarbij met de omstandigheden van het geval rekening zou worden gehouden:

'3.11 Ik kom aldus op een van de bezwaren tegen het huidige stelsel: het hinkt op twee gedachten. Er is, los van starre dogmatiek – die niet meer past in de huidige tijd – geen overtuigende reden waarom gevallen van dood en letselschade zo fundamenteel verschillend zouden moeten worden behandeld. Uit het voorafgaande moge volgen dat ik deze opvatting onderschrijf. Daarmee is intussen nog niet gezegd welke keuze moet worden gemaakt: het stelsel van art. 1406 of dat van art. 1407 (oud) BW.

3.12 Naar de kern genomen komen alle opvattingen die strekken tot het niet in aanmerking nemen van sommenverzekeringen er op neer dat de laedens niets met dergelijke verzekeringen te maken heeft. Ze zijn niet in zijn belang afgesloten; het ligt niet in de rede dat hij zou profiteren van opofferingen die de benadeelde (of zijn nabestaanden) zich hebben getroost. Een redenering die opmerkelijke overeenkomst vertoont met hetgeen de Hoge Raad overwoog in het hiervoor geciteerde arrest IBC/Derx.  
(...)

103 HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380 (NBM/Eagle Star) m.nt. G.J. Scholten.

104 Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6), p. 1308.

105 HR 12 februari 2000, NJ 2000, 600 (Kwidama/Raphael-Richardson) en HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81.

3.21 Bij een op het concrete geval toegesneden benadering kan m.i. worden gelet op de navolgende factoren:

- 1) de vraag wie de premie heeft betaald;
- 2) de omvang van de behoefte en van de verzekeringsuitkering in relatie tot de betaalde premie;
- 3) de aard van de aansprakelijkheid en de mate van schuld van de laedens;
- 4) doel en strekking van de verzekering.

3.22 Ik werk dit kort nader uit. Is de premie bijvoorbeeld betaald door een derde, dan zal de "oude regel" zelden tot onbillijke uitkomsten leiden. Is de behoefte zéér groot (omdat de overledene en de nabestaanden op zeer ruime voet leefden), dan kan daarin een reden worden gevonden om acht te slaan op een sommenverzekering. Gaat het om een beperkte premie (hetzij omdat deze op zich beperkt is, dan wel omdat het ongeval korte tijd na het afsluiten van de verzekering plaatsvond) dan is eveneens twijfelachtig of er klemmende gronden van billijkheid bestaan om een nieuwe koers te gaan varen.

3.23 De aard van de aansprakelijkheid lijkt mij evenzeer van belang. Hij speelt op allerlei terreinen (zoals de omvang van de toerekening krachtens art. 6:98 BW, de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW en de rechterlijke matiging van art. 6:109 BW) een rol. Bij een risico-aansprakelijkheid kan m.i. goed worden verdedigd dat voor benadeelden voldoende is gedaan door aansprakelijkheid in het leven te roepen. Voor een verdergaande bescherming (het oprekken van de toerekening, het voorbijzien aan sommenverzekeringen e.d.m.) is dan niet aanstonds plaats. Deze opvatting is, zoals hiervoor onder 3.3 en 3.6 bleek, in overeenstemming met die van de ontwerpers van het huidig BW. Aan de andere kant van het spectrum (de laedens valt een ernstig verwijt te maken) geldt het tegenovergestelde. Dan is er alle reden voor bijzondere compassie met en bescherming van de benadeelden.

3.24 Het verdisconteren van doel en strekking van de verzekeringsovereenkomst is eveneens in overeenstemming met de gedachten die aan het huidig BW ten grondslag liggen en die in de doctrine worden voorgestaan (...).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 februari 2000 zijn uitspraak uit 1970 gehandhaafd:

'Het recht op schadevergoeding krachtens dit artikel is in zoverre beperkt dat geen recht op schadevergoeding bestaat, voor zover de nabestaande, gezien zijn financiële omstandigheden en de stand waarin hij leeft, ondanks deze schade als niet-behoefstig kan worden aangemerkt (vgl. HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380). Bij het bepalen van de behoefte van de nabestaande behoort in beginsel zijn gehele financiële positie in aanmerking te worden genomen. Hieruit vloeit voort dat alle gunstige financiële omstandigheden de behoefte van de nabestaande kunnen beperken en dat daarmee uit dien hoofde – derhalve anders dan bij wege van voordeels-toerekening – ook bij de hem verschuldigde schadevergoeding rekening moet worden gehouden. Dit geldt ook voor een uitkering uit hoofde van een verzekering als de onderhavige levensverzekering.'

De Hoge Raad heeft dit oordeel herhaald in zijn uitspraak van 1 oktober 2010:<sup>106</sup>

<sup>106</sup> HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81, rov. 3.5.2. slot.

'Opgemerkt wordt nog dat in geval van schadevergoeding bij overlijden (art. 6:108 BW) een genoten voordeel als regel steeds in aanmerking zal moeten worden genomen, gelet op de in dat voorschrift besloten liggende behoeftigheidsmaatstaf.'

De sommenverzekering wordt bij overlijdensschade dus in beginsel toegerekend. Formeel is de grondslag hiervoor het behoeftigheids criterium van art. 6:108 BW. Dat is echter in hoge mate een cirkelredenering. Materieel is vrijwel het enige verschil tussen het berekenen van schade bij letsel en overlijden nog de wijze waarop daarbij omgegaan wordt met opkomende voordelen. De praktische betekenis van het behoeftigheids criterium is dus eigenlijk enkel nog de ruimere voordeelstoerekening dan bij de volledige schadevergoeding bij letsel, waardoor men weliswaar een traditie verwoordt als men die ruimere voordeelstoerekening baseert op het behoeftigheids criterium, maar in werkelijkheid geen inhoudelijk argument meer articuleert. Een dergelijke argumentatie bijt zich immers in de staart.

Vanwege de woorden 'in beginsel' of 'als regel' lijkt de Hoge Raad enige, beperkte ruimte te laten om in bepaalde gevallen bij overlijden toch geen rekening te houden met de uitkering uit sommenverzekering. Beperkte, omdat dit voordeel alleen buiten beschouwing kan worden gelaten indien het niet kan worden geacht de behoefte van de nabestaanden te verminderen.<sup>107</sup>

Een enkele maal laat de (lagere) rechter zo'n voordeel daadwerkelijk geheel of ten dele buiten beschouwing omdat hij meent dat de uitkering dient ter dekking van uitgaven van bijzondere aard die door het overlijden zijn veroorzaakt. Te denken valt daarbij aan verhuis- en inrichtingskosten, kosten van advies, of ter compensatie van het leed van de nabestaanden.<sup>108</sup>

Op 11 juli 2008 deed de Hoge Raad een uitspraak die zag op letselschade en een door een derde (de werkgever) voor de benadeelde afgesloten ongefallen-, dus sommenverzekering.<sup>109</sup> Volgens de Hoge Raad kon niet zonder meer worden uitgegaan tot voordeelstoerekening. Over welke omstandigheden voor de beoordeling precies een rol zouden moeten spelen liet de Hoge Raad zich niet uit. In zijn uitspraak van 1 oktober 2010 (Verhaeg/Jenniskens) doet de Hoge Raad dat wel.<sup>110</sup> Weliswaar gaat hij geheel voorbij aan de vraag of sprake is van 'een zelfde gebeurtenis' in de zin van art. 6:100 BW, maar hij geeft wel een uitgebreid beoordelingskader voor het redelijkheidsoordeel. Daarbij maakt de Hoge Raad een splitsing tussen toerekening van voordeel bij a) letselschade en een verzekeringsuitkering in het algemeen, b) bij een schadeverzekering en bij c) een sommenverzekering.

107 Zie ook Bolt AV&S 2011, a.w., p. 74.

108 Zie Bolt, Verkeersrecht 2008, p. 299 e.v.; o.a. Hof Amsterdam 3 februari 2000, VR 2000, 86, m.nt. Kremer en Rb. Rotterdam 18 april 2012, JA 2012, 153.

109 HR 11 juli 2008, NJ 2008, 401.

110 HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 81.



Voor toerekening van een verzekeringsuitkering bij letselschade geldt volgens de Hoge Raad in het algemeen het volgende:

‘3.5.3. (...)

a) Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoerekening beroept, aansprakelijk is. Daarbij valt te bedenken dat de verzekering kan zijn aangegaan ter dekking van schadevormen die rechtens of in de praktijk niet voor (volledige) vergoeding in aanmerking komen, of ter aanvulling van bedragen die in voorkomend geval als schadevergoeding, bijvoorbeeld ter zake van smartengeld, aan de betrokkene kunnen worden toegekend. Mede om die reden dient de rechter terughoudend te zijn met (volledige) verrekening, indien bij de benadeelde (mede) sprake is van immateriële schade. De rechter dient voor iedere schadepost afzonderlijk te beoordelen of verrekening redelijk is (vgl. HR 17 december 1976, nr. 11000, NJ 1977/351).’

Bij een schadeverzekering die bij letselschade tot uitkering komt zijn de volgende gezichtspunten van belang:

‘b) Geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal – indien voldaan is aan de eis onder (a) dat het om vergoeding van dezelfde schade gaat – verrekening in beginsel op haar plaats zijn, nu de verzekeraar tot het beloop van het door hem betaalde in de rechten van de benadeelde wordt gesubrogeerd en de aansprakelijke partij voor dat bedrag dus door de verzekeraar kan worden aangesproken.’

En bij een uitkering uit sommenverzekering bij letsel:

‘c) Geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering – in welk geval de uitkering niet ervan afhankelijk is of schade is geleden (art. 7:964 BW) en geen subrogatie plaatsvindt – die door de benadeelde zelf (of door een ander, buiten de sfeer van de aansprakelijke persoon) is gesloten en betaald, dan komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking, nu het bestaan van een zodanige verzekering een aangelegenheid is die de schadeplichtige niet aangaat, waar het afsluiten van een dergelijke verzekering een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen (vgl. HR 28 november 1969, NJ 1970/172). Indien de rechter van oordeel is dat verrekening niettemin redelijk is, dan dient hij onder ogen te zien of de redelijkheid dan niet ook meebrengt dat die verrekening wordt beperkt met het oog op de premies die in de loop der tijd voor de verzekering zijn betaald.

d) Is de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden wel tot verrekening over te gaan, met name indien jegens de benadeelde geen verplichting bestond tot het sluiten van de verzekering of tot betaling van de premie. Mede in verband met het onder (a) overwogene, komt daarbij mede betekenis toe aan het antwoord op de vraag met welk oogmerk de aansprakelijke persoon de premie voor zijn rekening heeft genomen.

e) Is de in het geding zijnde aansprakelijkheid gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn.

f) Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Voorts kan de rechter betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid, in die zin dat voor verrekening eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schadebrengende feit kan worden gemaakt.'

Dit wat moeilijk leesbare arrest heeft veel reacties uitgelokt.<sup>111</sup> De formulering laat aan alle kanten (enige) beoordelingsvrijheid aan de lagere rechter om een andere beslissing te nemen. Vele malen worden de woorden 'in beginsel', 'in het algemeen' en 'kan' gebruikt. Ik volsta hier met enkele opmerkingen en verwijs verder graag naar de uitstekende commentaren die op dit arrest zijn verschenen.

Uit de hiervoor weergegeven rechtsoverweging 3.5.3. onder a volgt dat de Hoge Raad het al eerder genoemde 'postenstelsel' aanvaardt. Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden en de rechter dient bij iedere schadepost te beoordelen of toerekening mogelijk is. De Hoge Raad wijst er verder op dat de uitkering ook kan zijn aangegaan voor schadevormen die niet volledig voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>112</sup> Als ook smartengeld aan de orde is terughoudendheid van (volledige) verrekening het parool.

Ten aanzien van 3.5.3 dat handelt over de schadeverzekering hebben Bolt en Hartlief zich afgevraagd waarom de schadeverzekering door de Hoge Raad onder art. 6:100 BW is gebracht, waar dat voorheen geen usance was. Waarom volstond de visie niet dat de schadeverzekeringsuitkering de schade vermindert en dus een *schadebepalende* factor is waardoor niet aan voordeelstoerekening wordt toegekomen?<sup>113</sup> Zoals ik in de inleiding van dit preadvies heb aangegeven is het enigermate arbitrair of een bepaalde post wordt gezien als een schadebepalende factor of als een te verrekenen voordeel. Beide lijkt mij bij de schadeverzekering wel verdedigbaar. Erg belangrijk vind ik het hokje waar men het in plaatst niet. Het gaat om het uiteindelijke resultaat. Wat daar ook van zij, gezien de woorden 'in beginsel' laat de Hoge Raad een smalle kier open voor niet-toerekening bij een schadeverzekering.

Wat betreft de sommenverzekering overweegt de Hoge Raad onder punt 3.5.3. e dat indien de in het geding zijnde aansprakelijkheid is gedekt door een verzekering, verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid is. Ten aanzien

111 Bolt AV&S 2011 a.w., Hartlief in zijn noot onder het arrest in de NJ, N.J. Margetson, NTHR 2010, p. 277 e.v. en E.J. Wervelman, p. 117 e.v.; zie verder Wervelman over de problematiek van voordeelstoerekening bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (voor het wijzen van het arrest) *'Voordeelstoerekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen'*, TvP 2010, p. 7-16.

112 Vgl. P.A. Kottenhagen-Edzes in *'In volle verzekerdheid'*, Zwolle 1003, p. 312 e.v.

113 Zie ook Bolt, AV&S 2011/8; niet ten onrechte wordt door Hartlief verwezen naar HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212 m.nt. Mendel, waaruit blijkt dat subrogatie beoogt ongerechtvaardigde verrijking van de aansprakelijke persoon te voorkomen.

van dit gezichtspunt heeft Hartlief er nog op gewezen dat de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering de dominante factor is en beter voorop had kunnen worden gezet. In zijn noot in de NJ onder het arrest geeft Hartlief mooi en simpeler de gezichtspunten weer van het arrest:

'Met inachtneming van het voorgaande komt het beslisschema bij letselschade en sommenverzekering op het volgende neer:

- (1) is de aansprakelijkheid van de aangesproken persoon door verzekering gedekt?
  - a. zo ja, dan vindt er in principe geen toerekening plaats van de uitkering uit sommenverzekering.  
De meest reële uitzondering vormt de sommenverzekering die aanleiding geeft tot periodieke uitkeringen die in feite strekken tot vergoeding van inkomensschade;
  - b. zo nee, dan is de tweede vraag:
- (2) wie heeft de verzekering afgesloten?
  - a. is dat de benadeelde zelf of een ander buiten de sfeer van de aansprakelijke persoon, dan geldt in beginsel dat er geen toerekening plaatsvindt.  
Slechts bij uitzondering is dat anders. Daarbij spelen factoren als aard van de aansprakelijkheid, maar wat mij betreft vooral mate van verwijtbaarheid en ernst van de gevolgen een rol.
  - b. is dat de aansprakelijke persoon (of iemand in zijn sfeer) dan is de vraag naar de redelijkheid van voordeelstoerekening afhankelijk van diverse factoren als de vraag met welk oogmerk de verzekering is afgesloten, de mate van verwijtbaarheid en de ernst van de gevolgen en, wat mij betreft in mindere mate, de vraag of de verzekering verplicht of onverplicht is afgesloten en de aard van de aansprakelijkheid.'

Daarnaast merkt Hartlief op dat dit besliskader van de Hoge Raad een afgerond beoordelingskader suggereert maar dat nog andere factoren een rol kunnen spelen. Hij noemt daarbij de ernst van de gevolgen en de ernst van het letsel die ook in het kader van art. 6:101 BW een rol spelen.<sup>114</sup> Deze constatering lijkt mij terecht.

In het algemeen wordt het onredelijk gevonden als een schadevergoedingsplichtige zou profiteren van een door of namens een benadeelde afgesloten sommenverzekering. Met enige mitsen en maren lijkt de Hoge Raad dat ook zo te zien. De uitspraak van de Hoge Raad laat voorts ruimte voor de door Hartlief geventileerde gedachte dat de '*meest reële uitzondering*' vormt de sommenverzekering die aanleiding geeft tot periodieke uitkeringen die in feite strekken tot vergoeding van inkomensschade, wel als voordeel wordt toegerekend.<sup>115</sup> Of de Hoge Raad ook zelf in dat geval wil toerekenen blijkt niet uit de uitspraak en is dus onzeker. Bij ongevalverzekeringen die vaak meer bedoeld zijn om

114 Zie bijv. HR 24 september 2004, NJ 2005, 466, m.nt. Asser.

115 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II-2013, nr. 158.; zie over de problemen bij premieverzekering Bolt AV&S 2011/8, p. 79-80 en Wevelman, TvP 2010, p. 14 e.v. en TvP 2010, p. 117.

niet-vergoedbare schade te compenseren ligt voordeelstoerekening veel minder voor de hand.<sup>116</sup>

Met de vanzelfsprekendheid waarmee het onrechtvaardig wordt geacht als de schadevergoedingsplichtige zou profiteren van een door of namens een benadeelde afgesloten sommenverzekering heb ik enige moeite. Zelf spreekt mij de eerder geciteerde redenering van Bloembergen aan. Waarom is het logisch om de benadeelde in alle opzichten te nemen zoals hij is, met al zijn goede en slechte kansen en zijn omstandigheden en mogelijkheden ten tijde van het ongeval, maar niet met de door of namens hem voor het ongeval afgesloten sommenverzekering? De argumentatie dat dit een aangelegenheid is die de schadevergoedingsplichtige niet aangaat, omdat het afsluiten van een dergelijke verzekering een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, vind ik niet zonder meer sterk. Dat geldt toch in het algemeen voor al het handelen van de benadeelde zowel voor als (tenzij sprake is van handelen in strijd met de schadebeperkingsplicht) na het ongeval. Als de schade door de benadeelde door diens voorzorgsmaatregelen voor het ongeval – dat is in feite bij het afsluiten van een sommenverzekering ook het geval – veel lager uitpakt, dan worden deze omstandigheden en de gevolgen daarvan toch ook meegenomen bij het bepalen van de schadevergoeding? Hoogstens kunnen de kosten van deze voorzorgsmaatregelen (reservematerieel) onder omstandigheden worden verhaald.<sup>117</sup> Voorts dient te worden bedacht dat in de praktijk de aansprakelijkheid voor letselschade vrijwel altijd een gegeven is, veelal vanuit de (terechte) gedachte dat een benadeelde bescherming verdient en vaak veel minder omdat de schadeveroorzaker een fout heeft gemaakt. Ook veel schuldaansprakelijkheden in ons Burgerlijk Wetboek hebben sterke trekken van een risicoaansprakelijkheid. Anders gezegd: achter veel moderne aansprakelijkheden zit geen 'strafgedachte' van de aansprakelijke partij maar een 'beschermingsgedachte' van de benadeelde partij.<sup>118</sup> Pregnant komt dit bijvoorbeeld naar voren bij verkeersaansprakelijkheid en de door de Hoge Raad geformuleerde 100 en 50% regels die respectievelijk gelden bij letsel van kwetsbare verkeersdeelnemers van jonger dan 14 jaar en van 14 jaar en ouder, waarbij voor eerstgenoemde categorie zelfs een beroep op overmacht geheel is uitgesloten.<sup>119</sup> De gedachte achter deze regels is het zoveel mogelijk beschermen van fietsers en voetgangers tegen de gevaren van het gemotoriseerde verkeer, waarbij tevens de verzekeringsplicht van het gemotoriseerde verkeer meeweegt.

Deze zelfde beschermingsgedachte ligt ten grondslag aan de lijn die de Hoge Raad volgt bij werkgeversaansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 BW of bij

116 Zie E.W. Bosch die in zijn artikel *Voordeelverrekening na het Verhaeg/Jenniskens-arrest* naar mijn mening terecht signaleert dat de lagere rechtspraak op basis van dit arrest vrij unaniem oordeelt dat uitkeringen uit een sommenverzekering, ook bij een AOV, in beginsel niet voor verrekening in aanmerking komen, tenzij de gezichtspunten a e f voldoende tegenwicht geven.

117 Zie HR 31 maart 1950, NJ 1950, 592, m.nt. Ph.A.N. Houwing, HR 4 oktober 1957, NJ 1958, 12 en HR 31 oktober 1958, NJ 1959, 29.

118 T. Hartlief wees hier al op in zijn oratie *Ieder draagt zijn eigen schade*, Leiden 1997.

119 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. C.J.H. Brunner en HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, m.nt. C.J.H. Brunner.

art. 7:611 BW in het verkeer.<sup>120</sup> Een moreel verwijt kan de aansprakelijke werkgever in veel casus niet of nauwelijks worden gemaakt.<sup>121</sup> Nog een ander voorbeeld waarbij de beschermingsgedachte en de bestaande verzekering een grote rol spelen bij het aannemen van aansprakelijkheid op de voet van in dit geval art. 6:174 BW is de door de Hoge Raad besliste 'Hangmat-zaak'.<sup>122</sup> Terecht signaleert Hartlief in zijn noot onder dit arrest in de NJ: *'De onderhavige zaak wordt sterk gekleurd door een tweetal factoren: de ernst van het letsel (dwarvlaesie bij een jonge vrouw die voor de rest van haar leven rolstoelgebonden is) en het gegeven dat de concrete aansprakelijkheidsverzekering dekking zou bieden.'*

Als die beschermingsgedachte in een bepaalde zaak inderdaad overheersend is en niet zozeer sprake is van een verwijt, pleit dat voor ruimere toerekening van voordelen. Het doel is dan immers vooral de afdoende bescherming van de benadeelde. Is er een sommenverzekering, dan is voor het beloop van de uitkering daarvan de bescherming door de aansprakelijkheid niet meer nodig. Een parallel zou getrokken kunnen worden met het indemniteitsbeginsel uit art. 7:960 BW van het verzekeringsrecht: *'De verzekerde zal krachtens de verzekering geen vergoeding ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zou geraken (...).'*

Toerekenen is zo gezien een vorm van maatvoering bij aansprakelijkheden die zijn opgerekt vanuit het doel van slachtofferbescherming.

Bosch meent dat de rechtvaardiging voor het feit dat een benadeelde (mogelijk) door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis in een betere positie komt (ook) te rechtvaardigen is omdat de meeste aansprakelijkheidsverzekeraars ook arbeidsongeschiktheidsverzekeringen aanbieden en het aldus zelf in de hand hebben om beide verzekeringen op elkaar af te stemmen.<sup>123</sup> Bijvoorbeeld kunnen zij een AOV ontwikkelen op basis van een schadeverzekering met een subrogatierecht.<sup>124</sup> *'Als verzekeraars dat doen, kan in de premiestelling rekening worden gehouden met het verhalen van de gedane uitkeringen, waardoor de premie van de AOV naar beneden kan. Door de situatie te laten zoals deze nu is, wordt er in de AOV-premiestelling geen rekening gehouden met het regresrecht en wordt er bij de premiestelling van de AVP/AVB (aansprakelijkheidsverzekering particulieren/aansprakelijkheidsverzekering bedrijven) geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat de benadeelde al een AOV heeft', aldus Bosch.*

120 Zie hierover uitvoerig T. Hartlief, AV&S 2009, 29 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: het dossier werkgeversaansprakelijkheid', AV&S 2012, 1, 'Rust aan het front van de werkgeversaansprakelijkheid?', AV&S 2013, 5, 'Vergoeding van arbeidsgerelateerde schade anno 2013.'

121 Zie onder meer het zeer vergaande arrest PTT/Baas, HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663.

122 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief; zie voor het belang van de verzekering voor de beslissing over aansprakelijkheidsrecht ook T. Hartlief, AV&S 2011, 18, 'Een wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?'

123 Bosch a.w. p. 37.

124 Vgl. Hof Arnhem 10 februari 1998, VR 1998, 174 en E.J. Wervelman, annotatie onder HR 1 oktober 2010, LjN BM7808, TvP 2010, p. 117.

Mij spreekt dit argument minder aan. Niet alleen omdat niet alle aansprakelijkheidsverzekeraars ook een AOV-verzekering verkopen. Bij optimaal voorstelbaar recht en optimale afstemming van premies door verzekeraars op de te verwachten schadelast zou dit een beperkend effect hebben op de premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen, zodat ook niet sprake is van 'dubbele premie-inkomsten'. Het gezichtspunt van de Hoge Raad in *Verhaeg/Jenniskens* dat voor het antwoord op de vraag of een voordeel moet worden toegerekend van belang zou zijn of de aansprakelijke partij is verzekerd spreekt mij daarom evenmin aan.

#### 2.3.4 Conclusie

Al met al levert deze gang langs parlementaire geschiedenis, literatuur en rechtspraak niet veel algemener geldende gezichtspunten op. Daarvoor hangt het normatieve oordeel te zeer samen met de specifieke omstandigheden van het geval. In feite is alleen bij de toerekeningsvraag van uitkeringen bij letsel sprake van een echt besliskader. Veel redeneringen over het al dan niet toerekenen van voordelen cirkelen rond de gedachte dat het voordeel de aansprakelijke persoon vanwege de specifieke omstandigheden van het geval niet 'aangaat of niet raakt'. Dat daarbij de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade/het voordeel en de voorzienbaarheid een rol speelt verwondert nauwelijks. Zoals in de volgende paragraaf aan de orde komt zijn deze elementen ook belangrijk bij de invulling van diverse andere artikelen in titel 6.1.10 BW. Ook zal worden ingegaan op de belangrijke rol van de aard van de aansprakelijkheid in de zin van de mate van verwijtbaarheid van de aansprakelijke partij en van het gegeven dat achter moderne aansprakelijkheden en schadevergoedingsregels geen 'strafgedachte' van de aansprakelijke partij zit maar een 'beschermingsgedachte' van de benadeelde partij. Iets wat naar mijn mening centraler zou moeten staan bij de vraag of voordelen al dan niet toegerekend moeten worden.

### 3 Interne rechtsvergelijking met samenhangende leerstukken

#### 3.1 Inleiding

In de inleiding van dit preadvies heb ik beargumenteerd dat bij de artikelen in titel 6.1.10 BW en met name bij de artikelen 6:97, 6:98, 6:100 en 6:101 BW sprake is van samenhangende leerstukken om te kunnen bepalen op welke schadevergoeding een benadeelde recht heeft. Met de in deze titel door de wetgever gemaakte indeling van leerstukken is op zich niets mis. Met de, aan de hand van de structuur van deze titel, gemaakte keuzes van de rechter om een bepaalde schadeverminderende factor in het ene of het andere leerstuk te plaatsen, evenmin. Wel is het daarbij van belang dat de rechter zich blijft realiseren dat de keuze voor een bepaald leerstuk om de vraag die voorligt op te lossen regelmatig enigszins arbitrair is, en zeker in grensgevallen evenzogoed

anders gemaakt had kunnen worden, en in andere landen ook wel anders wordt gemaakt.

Als voorbeeld noemde ik al dat voordeelstoerekening in Nederland, anders dan in diverse andere landen, niet onder het begrip schade wordt ondergebracht maar wordt gezien als een vraag van schadevergoeding. Desalniettemin blijft ook in Nederland het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen schade en voordeelstoerekening voor discussie zorgen. Zo brengt de Hoge Raad in *Verhaeg/Jenniskens* uitkeringen van schadeverzekeringen bij letsel onder bij art. 6:100 BW, terwijl in ieder geval tot dan toe gebruikelijk was om een dergelijke uitkering te zien als een *schadebepalende* factor met als consequentie van het Nederlandse systeem dat niet aan voordeelstoerekening werd toegekomen. Een ander al aan de orde gekomen voorbeeld is dat het antwoord op de vraag of een sommenverzekering bij letsel als voordeel toegerekend moet worden, in Nederland wordt beantwoord als een normatieve vraag van voordeelstoerekening. Hoewel mij dat geheel juist lijkt, heb ik in paragraaf 2.2. laten zien dat soortgelijke vragen naar voordeelstoerekening bij zaakschade door de rechter vaak zuiver langs de band van een onduidelijk causaal verband begrip ('een zelfde gebeurtenis') worden opgelost (vgl. *VOS/TSN*). Deze vaak onvermijdelijk wat arbitraire keuzes doen zich ook voor bij proportionele aansprakelijkheid/verlies van een kans en de verhouding tussen art. 6:98 en 6:163 BW.

In een mooi artikel in NTBR laat Verheij zien dat art. 6:163 BW en de uitwerking daarvan in de rechtspraak van de Hoge Raad, onvoldoende houvast bieden voor beantwoording van de relativiteitstoets en dat heldere gezichtspunten ontbreken.<sup>125</sup> Voorts is de verhouding met artikel 6:98 BW onduidelijk. Zoals Verheij schrijft: *'Het verschil tussen beide artikelen is dat een verschillend vertrekpunt wordt gekozen. De relativiteit kijkt vanuit de norm vooruit of deze de strekking heeft te beschermen tegen de schade zoals deze is geleden, terwijl de juridische causaliteit terugkijkt vanuit de schade en de vraag stelt of deze nog in redelijkheid valt toe te rekenen aan de onrechtmatige gedraging.'* In een aantal casus laat hij zien dat een zaak vaak met evenveel recht kan worden aangevlogen als een relativiteitsvraag of als een causale toerekeningsvraag.<sup>126</sup>

Voorts constateert Verheij dat art. 6:98 BW meer uitgewerkte gezichtspunten kent en dat het eigenlijk vreemd is dat daar bij de beantwoording van de relativiteitsvraag niet naar wordt gekeken. Hij stelt gezichtspunten voor de beantwoording van de relativiteitsvraag voor die rekening houden met de gezichtspunten die gelden voor art. 6:98 BW. Tot slot concludeert Verheij naar mijn mening met recht:

'Beide leerstukken hebben derhalve afhankelijk van het feitencomplex hun functie. In dat opzicht valt een vergelijking te maken met de leerstukken proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans. Het is mogelijk om de schade waarvan

<sup>125</sup> A.J. Verheij, *'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel van een hanteerbare toets.'*, NTBR 2014/12.

<sup>126</sup> Dat is natuurlijk niet altijd zo. Artikel 6:163 BW ziet ook op een verbod en bevel, waar art. 6:98 BW geen functie heeft.

vergoeding werd gevorderd in Nefalit/Karamus in termen van verlies van een kans te formuleren, maar dat ligt niet voor hand. Dat zegt iets over wat wij ervaren als een logische beschrijving van de werkelijkheid, maar duidt geen principiële verschil aan tussen beide leerstukken. Om die reden is dan ook terecht betoogd dat de toets die in het kader van beide leerstukken wordt uitgevoerd dezelfde moet zijn en dat de beslissing van de Hoge Raad om terughoudend te zijn bij het aannemen van proportionele aansprakelijkheid, maar niet bij het verlies van een kans, onjuist is. Datzelfde wordt hier betoogd: beide leerstukken (relativiteit en juridische causaliteit) dienen te blijven bestaan, maar de toets moet hetzelfde zijn.<sup>127</sup>

Lindenbergh wijst er in zijn oratie *'Alles is betrekkelijk'* op dat de relatie tussen de grondslag van aansprakelijkheid en de sanctie, de betrekking tussen norm en aansprakelijkheid, in het aansprakelijkheidsrecht op veel verschillende momenten en volgens verschillende denklijnen vorm krijgt.<sup>128</sup> Hij noemt naast art. 6:162, onder meer relativiteit, bewijsrecht, causaal verband en schadevergoedingsrecht. Op al deze en andere gebieden werkt de aard en ernst van de normschending door in de omvang van de aansprakelijkheid. Naar mijn mening brengt deze terechte constatering met zich dat de diverse leerstukken niet geïsoleerd maar in samenhang moeten worden gezien.

Dat geldt ook voor de discussie die plaatsvindt bij de leerstukken van schade, (abstracte) schadebegroting, causale toerekening, voordeelstoerekening e.d. Grensgevallen kunnen veelal onder meerdere leerstukken worden gebracht. Daarom is het van belang om de gezichtspunten van de diverse artikelen/leerstukken zoveel mogelijk op elkaar af te stemmen, uiteraard met inachtneming van de eigen aard van deze leerstukken.

Als eerste wil ik kort – een uitvoerige beschouwing gaat de reikwijdte van dit preadvies te buiten – kijken naar art. 6:97 BW en de gezichtspunten die daarbij worden gehanteerd.<sup>129</sup> Daarna komen de gezichtspunten bij art. 6:98 en 6:101 BW aan de orde.

### 3.2 *Het begroten van schade*

Uitgangspunt is dat bij de begroting van schade moet worden uitgegaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert. De benadeelde moet zo veel mogelijk financieel in de toestand worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn

<sup>127</sup> Zie over de verhouding tussen proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans o.a. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 445; A.J. Akkermans en Chr.H. Van Dijk, *Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken*, AV&S 2012, 17 en TVP 2013/03 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', p. 61-84.

<sup>128</sup> S.D. Lindenbergh, *'Alles is betrekkelijk'*, BJU Den Haag 2007.

<sup>129</sup> Voor uitvoerige beschouwingen over abstracte schadevergoeding verwijs ik naar S.D. Lindenbergh en A.Ch.H. Franken, *'Abstracte schadeberekening'*, preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Kluwer 2103.



uitgebleven.<sup>130</sup> Zowel om praktische redenen als om redenen van billijkheid worden op het uitgangspunt van concrete schadevergoeding volgens de Hoge Raad in bijzondere gevallen uitzonderingen aanvaard.<sup>131</sup> Daarover nadenkende moet de conclusie zijn dat deze uitzonderingen zich veel vaker voordoen dan het woord 'bijzonder' suggereert. Bijvoorbeeld zal het bij personenschade eigenlijk nooit mogelijk zijn om de benadeelde weer geheel in de situatie van vóór het ongeval te plaatsen. Ook toekomstige schade zal vrijwel altijd geschat moeten worden. Artikel 6:97 BW biedt wat dat betreft uitkomst en bepaalt: 'De rechter begroot de schade die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.' Het artikel geeft de rechter een grote mate van vrijheid bij de begroting van de schade, de keuze op welke wijze deze begroting moet plaatsvinden, bij de beantwoording van de vraag of de schade nauwkeurig kan worden geschat en de schatting indien dat laatste niet het geval is.<sup>132</sup> Wel kan deze vrijheid worden beperkt door de wet. Voorbeelden daarvan zijn de specifieke regels voor de schadeberekening bij wanprestatie bij koop van zaken met een dagprijs (art. 7:37-38 BW) en de gefixeerde wettelijke rente van art. 6:119 BW.

De enige vingervijzing die art. 6:97 BW voor de begroting van de schade geeft is dat zij het meest met de aard van de schade in overeenstemming moet zijn. Een gezichtspunt dat in iets andere gedaante ook een gezichtspunt is bij voordeelstoerekening: de aard of strekking van het voordeel kan een rol spelen bij beantwoording van de vraag of een bepaald voordeel al dan niet toegerekend moet worden.

Het is evident dat art. 6:97 BW allerlei normatieve afwegingen door de rechter mogelijk maakt. Zo overwoog de Hoge Raad in de letselschadezaak *Verhoff/Helvetia* dat<sup>133</sup>

'3.5.2. (...) aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.'

Ook bij uitgaven die hun doel hebben gemist neemt de Hoge Raad een sterk door de redelijkheid gekleurde beslissing. In zijn arrest van 28 januari 2005 oordeelt hij dat indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt zal hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld

130 Vgl. HR 26 maart 2010, LJN BL0539.

131 Vgl. HR 5 december 2008, NJ 2009, 387.

132 Parl. Gesch. MvA II 6, p. 339.

133 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen. Indien deze schade op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.<sup>134</sup> Door de blik naar de verwervingskosten te verleggen stapt de Hoge Raad niet alleen over een schadekwestie, maar tegelijk over een causaliteitsprobleem heen (*condicio sine qua non*: als de prestatie deugdelijk was geweest, waren deze kosten ook gemaakt) die door de specifieke omstandigheden van het geval gerechtvaardigd waren. Naar mijn idee is hier sprake van een – zeer begrijpelijke – rechtspolitieke keuze van de Hoge Raad die in hoge mate gedragen zal zijn door de gedachte dat een andere beslissing maatschappelijk niet goed is uit te leggen.

Het arrest van 5 december 2008 van de Hoge Raad handelde over een gekocht pleziervaarttuig dat geruime tijd niet aan de specificaties voldeed. In navolging van het hof vond de Hoge Raad kennelijk dat het vergoeden van de schade onredelijk zou zijn.<sup>135</sup> De redenering was als volgt. Bij koop van een zaak bestaat de kans dat deze niet dadelijk in alle opzichten onberispelijk zal functioneren, zodat reparatie nodig is. Indien dat het geval is staat daarmee volgens de Hoge Raad nog niet vast dat de uitgaven van een koper hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval, en met name van de omvang van de genotvermindering. Een vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel kan naar het oordeel van de Hoge Raad misplaatst zijn als de vermindering maar kort duurt, en als het functieverlies maar beperkt is. De Hoge Raad vond het gemis in de door hem te behandelen zaak inderdaad te gering.

Zoals hieronder aan de orde zal komen worden onder de noemer van abstracte schadebegroting in de rechtspraak beslissingen genomen om bepaalde voordelen al dan niet toe te rekenen. Franken vindt dat geen goed idee, onder meer omdat dit leerstuk te weinig houvast geeft. Hij wijst erop dat de plaatsing van voordelen binnen of buiten het begrip schade, althans in beginsel, een verschillende bewijslast met zich brengt. De stelplicht en bewijslast van schade rust op de eiser. Door Franken geanalyseerde *leading cases* suggereren naar zijn mening dat dit voor het abstraheren van voordelen vanwege het uitzonderlijke karakter van abstracte schadeberekening ook geldt.<sup>136</sup> Anderzijds rust bij het buiten het begrip schade plaatsen van voordelen in beginsel op de gedaagde de stelplicht en bewijslast dat sprake is van een voordeel waarmee rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de schadevergoeding. Hij betoogt dat het daarom beter zou zijn om de discussie van al dan niet toerekenen van voordelen die nu deels plaats vindt bij abstracte schade, over te hevelen naar art. 6:100

134 HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 m.nt. Jac. Hijma.

135 HR 5 december 2008, NJ 2010, 579 m.nt. Jac. Hijma; zie over dit arrest C.E. Drion en E. Van Wechem in 'Kroniek vermogensrecht', NJB 2009, 686.

136 Franken a.w. p. 5.

BW, art. 6:101 BW (schadebeperking/eigen schuld) of (aanvullend) art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking). Naast het voordeel dat de stelplicht en bewijslast dan op de schadeveroorzaker zou rusten noemt hij dat het dan ook mogelijk is om tot een partiële verdeling van het voordeel te komen.<sup>137</sup>

Hoewel het verschil in stelplicht en bewijslast bij de verschillende artikelen theoretisch wel te maken is meen ik dat dit onderscheid in de praktijk vervaagt en meestal tot dezelfde uitkomsten zal leiden. Het gaat hier in wezen om een soortgelijke problematiek als bij bewijs van schade en bewijs van csqn-verband tussen een schadeveroorzakende gebeurtenis en schade. In de inleiding van dit preadvies is al aangestipt dat de perspectieven van schadevaststelling en causaal verband tot op grote hoogte uitwisselbaar zijn: de meeste casus zijn vrijwel altijd in het ene of het andere perspectief te plaatsen. Zo stond de letselschadezaak *Verhof/Helvetia* bijvoorbeeld in de sleutel van het bewijs van (toekomstige) arbeidsvermogensschade.<sup>138</sup> De heersende leer is altijd geweest dat de rechter niet gebonden was aan de regels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling.<sup>139</sup> Evenzogoed had de procedure in de sleutel van causaal verband – waarbij deze regels wel gelden – kunnen staan. Het verweer was dan geweest dat er geen causaal verband bestond met *deze* schade. Dit betekent dat de uitkomst van de zaak ongeacht het gekozen perspectief in beginsel ook hetzelfde moet zijn, omdat daar geen normatief argument voor is.<sup>140</sup> Een door Akkermans uitgevoerde analyse van de rechtspraak laat zien dat dit meestal ook het geval is:

‘Formeel gaat het hier om verschillende criteria maar ik poneerde reeds eerder de stelling dat zij in de praktijk op hetzelfde neerkomen. In het verlengde hiervan komt de rechter de benadeelde zeer regelmatig tegemoet door op grond van feitelijke vermoedens het bestaan van *condicio sine qua non*-verband of schade aan te nemen, al dan niet met expliciete toelating van gedaagde tot het bewijs van het tegendeel.’<sup>141</sup>

Van deze en andere instrumenten kan de rechter gebruik maken om in zaken die theoretisch onder art. 6:97 BW of onder art. 6:100 BW te plaatsen zijn, ondanks het formeel verschillende kader, eenzelfde uitkomst te laten krijgen. Ook hier geldt weer dat er in beginsel geen normatief argument is te vinden om in zo'n geval het verschil in aanvliegroute beslissend te laten zijn voor de uitkomst van de zaak. Inmiddels lijkt in zoverre een kentering te hebben plaats

137 Franken VASR a.w. p. 50-61.

138 HR 15 mei 1998, NJ 1998.

139 Zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Kluwer 2004 en vooral ook G. de Groot en A.J. Akkermans, *Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht*, NTBR 2007, p. 501-509 en A.J. Akkermans *Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit*, p. 87-105 in: *Tien pennenstreken over personenschade* (red. T. Hartlief en S.D. Lindenbergh), SDU 2009, Den Haag waaruit blijkt dat de Hoge Raad wel degelijk bij de schadevaststelling vanwege de aard van de schade regelmatig gebruik maakt van hoofdregels van stelplicht en bewijslast.

140 Zie hierover uitvoerig A.J. Akkermans *Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit*, p. 87-105 in: *Tien pennenstreken over personenschade* (red. T. Hartlief en S.D. Lindenbergh), SDU 2009, Den Haag.

141 Akkermans in: *Tien pennenstreken over personenschade* a.w. p. 98.

gevonden in de rechtspraak van de Hoge Raad dat niet langer de regel geldt dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de schade niet gebonden is aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast, maar dat het feit dat het gaat om begroting van schade de rechter de nodige vrijheid geeft bij de door hem te maken keuzes. Dat de rechter bij de schadebegroting op de voet van art. 6:97 BW niet zonder meer gebonden is aan de regels van stelplicht en bewijslast en bij art. 6:100 BW het bewijs op de gedaagde rust, maakt dit niet anders. Zo bezien is het door Franken gesignaleerde verschil tussen art. 6:97 en 6:100 BW naar mijn mening dan ook minder pregnant.

Het vorengaande illustreert voor mij dat het noodzakelijk is om de diverse leerstukken niet geïsoleerd te bekijken, maar steeds te bezien of het niet mogelijk is om aan aanpalende leerstukken gezichtspunten voor voordeelstoerekening te ontleen. De soms arbitraire keuze om het leerstuk onder het ene of het ander artikel te laten vallen mag bij een gelijkblijvend feitencomplex niet tot een andere uitkomst leiden.

Bij een korte analyse van de gezichtspunten bij abstracte schadebegroting ontstaat het volgende beeld.<sup>142</sup> De basis van abstracte schadebegroting is art. 6:97 BW.<sup>143</sup> Weinig verbazingwekkend is dan ook dat het antwoord op de vraag of een abstractie moet plaats vinden afhangt van alle omstandigheden van het geval, en het antwoord op de vraag of dit het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Normatieve oordelen spelen bij de beslissing een belangrijke rol. Heel duidelijk blijkt dit uit de zaak *Johanna/Kruithof*,<sup>144</sup> waarin de Hoge Raad met betrekking tot vergoeding van tijd die ouders hadden besteed aan de verpleging en verzorging van hun ernstig gewonde elfjarige dochter overwoog:

'3.3.2. (...) 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 dergelijke 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. (...) 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.'<sup>145</sup>

142 Voor uitvoerige beschouwingen over abstracte schadevergoeding verwijs ik naar S.D. Lindenbergh en A.Ch.H. Franken, *'Abstracte schadeberekening'*, preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR), Kluwer 2103.

143 Parl. Gesch. MvA II Boek 6, p. 339.

144 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen.

145 Voor de invoering van het NBW kwam de ouders geen eigen vorderingsrecht toe; zie voor de bespreking van deze en andere letselschadezaken Lindenbergh, VASR, p. 11 e.v. en Franken VASR, p. 39 e.v.

Vranken heeft er terecht op gewezen dat de argumentatie van de Hoge Raad, de enkele stelling dat de redelijkheid dit met zich brengt, voor deze drievoudige abstractie tekort schiet.<sup>146</sup> Hij meent dat de werkelijke motivering zich bevond op het niveau van de wenselijkheid van het resultaat. Een andere beslissing zou in de huidige tijd niet meer uit te leggen zijn. Ik ben het met Vranken eens en meen eveneens dat de Hoge Raad dit soort (verhulde) redenen moet durven expliciteren, waarbij dan uiteraard wel uitgelegd moet worden waarom een bepaald resultaat wenselijk is/in de huidige tijd niet meer uit te leggen is.

Naast dit soort normatieve oordelen – die bij een abstracte schadeberekening uiteraard niet alleen bij letselschade spelen – lijkt de ratio van een dergelijke wijze van berekenen vooral te moeten worden gevonden in doelmatigheid en efficiëntie.<sup>147</sup> Heel duidelijk komt dit naar voren in de in de inleiding al genoemde uitspraak uit 2012 van de Hoge Raad ten aanzien van autoschades:

'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.'<sup>148</sup>

Kijk, dat is bepaald geen verhullend motiveren! Naar mijn idee een heldere en goede motivering waarom in die casus niet bij elke autoschade rekening kan worden gehouden met door de leasemaatschappij bij reparaties van haar auto's bedongen kortingen. Dergelijke policy-overwegingen liggen ook ten grondslag aan arresten van de Hoge Raad waarin hij besliste dat het geldbedrag waarin de waardevermindering kan worden uitgedrukt in geval 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.<sup>149</sup>

Een volgend arrest dat de vermelding waard is, is de al heel wat oudere zaak van de Engelse Kolenstaking die de Hoge Raad in 1937 ter beoordeling kreeg.<sup>150</sup> Koper Cleeves koopt een partij kolen van Van Rompu die hij doorverkoopt aan een derde partij. Na de verkoop, maar vóór de levering, stijgt de kolenprijs sterk door een Engelse kolenstaking. Van Rompu komt zijn leveringsverplichting vervolgens niet na. Cleeves annuleert de overeenkomst met de derde, ontbindt de koopovereenkomst met Van Rompu en vordert van hem schadevergoeding. Deze bestaat volgens hem uit het verschil tussen de koopprijs en de sterk gestegen prijs ten tijde van de tekortkoming. De Hoge Raad is het hiermee eens. Dat Cleeves de kolen vermoedelijk voor een lagere prijs had doorverkocht aan de derde dan de ten tijde van tekortkoming geldende marktprijs, acht de Hoge Raad niet relevant omdat Cleeves alsnog aan zijn leveringsplicht kon voldoen

146 Asser/Vranken, *Vervolg* (2005) Kluwer. p. 30-36; A-G Spier geeft in zijn conclusie wel een uitvoerige motivering hiervoor.

147 Zie Lindenbergh VASR a.w. p. 27 e.v. en de daar genoemde schrijvers.

148 HR 26 oktober 2012, NJ 2013, m.nt. M.M. Mendel, rov. 3.4.2.

149 Vgl. o.a. HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444, m.nt. Rutten en HR 12 april 1985, NJ 1985, 625, m.nt. G.

150 HR 18 november 1937, NJ 1937, 269, m.nt. E.M. Meijer, zie over deze zaak uitvoerig Lindenbergh VASR a.w. 3-5 en Franken VASR a.w.

door andere kolen tegen die marktprijs te kopen. Ook het feit dat Cleeves deze doorverkoop na de wanprestatie van Van Rompu had kunnen annuleren is volgens de Hoge Raad niet relevant,

‘omdat 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.’

Interessant is dat de Hoge Raad abstraheert van een mogelijk voordeel, omdat dat Van Rompu ‘niet aangaat’ en voortkomt uit de handelwijze van de benadeelde Cleeves. Deze argumenten gebruikt de Hoge Raad ook regelmatig om niet toe te rekenen op de voet van art. 6:100 BW. Een goed voorbeeld is het hiervoor al aan de orde gekomen arrest *Vos/TSN*. Op het eerste gezicht deden zich in het arrest van de Engelse kolenstaking en *Vos/TSN* vergelijkbare situaties voor. In beide zaken is de schade verminderd door toedoen van de benadeelde partij, in beide zaken mocht dit voordeel van de Hoge Raad niet toegerekend worden aan de wanpresterende partij. Zoals hiervoor al aangegeven heeft Bakels, één van de raadsheren die *Vos/TSN* heeft gewezen, geschreven dat in cassatie moest worden aangenomen dat TSN nieuwe contracten ook zonder de opzegging of ontbinding van de overeenkomst met Vos had kunnen sluiten, dat dit de reden voor de uitkomst is en dat er dus niet veel meer in het arrest moet worden gelezen. Ik leid daaruit af dat als dit in cassatie niet vast zou hebben gestaan en mogelijk was dat de capaciteit van TSN door de overeenkomst met Vos wel volledige opgeslokt zou zijn de uitkomst in *Vos/TSN* heel wel anders zou kunnen zijn geweest en dat voordeelstoerekening dan (vermoedelijk) wel (deels) zou hebben moeten plaatsvinden. Daarbij zijn er argumenten te bedenken waarom in *Vos/TSN* in dat laatste geval wel voordeel toegerekend moet worden en in de zaak van de *Engelse Kolenstaking* niet. Een essentieel verschil tussen beide zaken lijkt mij te zijn dat het in laatstgenoemde zaak om een handelstransactie ging ten aanzien van koop van zaken met een marktprijs. Daarvoor zijn inmiddels wettelijke regels in de artikelen 7:36-38 BW opgenomen, waaronder in artikel 7:36 BW de door de Hoge Raad in de *Engelse kolenstaking* gegeven regel.<sup>151</sup> Hoewel de wetgever niet aangeeft waarom in deze artikelen abstracties zijn opgenomen, lijkt dat toch veel te maken te hebben met het belang van een vlot handelsverkeer bij koop van zaken met een dagprijs. Doelmatigheid en efficiëntie dus. Het voorkomt bovendien de noodzaak van bewijsvoering met betrekking tot moeilijk te bewijzen feiten, zoals wat de koper voor andere transacties is aangegaan of had kunnen aangaan. Dat belang lijkt veel minder te spelen in *Vos/TSN* waarin sprake is van een onderhouds- en reparatieovereenkomst en de vraag of het voor de voordeelstoerekening relevant is dat de benadeelde partij zijn vrijgevallen capaciteit om onderhouds- en reparatiewerkzaamheden te verrichten weer heeft kunnen opvullen.

<sup>151</sup> Lindenbergh VASR a.w. 4-5; zie de art. 7:36-38 BW.

Terzijde merk ik nog op dat een ander argument dat Franken maakt in het kader van abstracte schadevergoeding is dat toepasselijkheid van art. 6:97 BW bij voordelen leidt tot een 'alles of niets' systeem, omdat van een voordeel wel of niet wordt geabstraheerd en dat als men abstracte schadevergoeding onder zou brengen bij art. 6:100 BW dit vanwege 'de redelijkheidstoets' niet het geval is.<sup>152</sup> Ik geef hem toe dat de Nederlandse rechter bij abstracte schadeberekening tot op heden niet (expliciet) tot een partiële deling komt. Gezien de grote vrijheid die art. 6:97 BW aan de rechter geeft en de redelijkheidsoordelen die hij in het kader van de begroting van de schade moet vellen is het toedelen van een partieel deel van de schade naar mijn idee best mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan een situatie als bij Kruithof maar waarbij één van ouders minder gaat werken en daardoor veel minder verdient. Deze krijgt geen hogere vergoeding dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp. Als hij meer inkomen verliest dan deze bespaarde kosten wordt hij niet volledig gecompenseerd, waardoor een zeker deling plaats vindt. Dus ook dat zie ik niet als een springend onderscheid bij toepasselijkheid van art. 6:97 of 6:100 BW.

Concluderend kan worden gezegd dat de gezichtspunten die bij toepassing art. 6:97 BW naar voren komen, naast uiteraard alle omstandigheden van het geval, de volgende zijn: begroting die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is, de redelijkheid, de (rechtspolitieke) wenselijkheid van een bepaalde uitkomst en het niet kunnen profiteren door de schadeveroorzaker/niet aangaan van voordelige handelingen van de benadeelde. Al deze gezichtspunten komen min of meer ook naar voren bij art. 6:100 BW. Een gezichtspunt waarvan dat niet gezegd kan worden is dat van doelmatigheid/efficiëntie dat vooral bij de abstracte schadebegroting speelt. Bij dit alles geldt dat csqn-verband als (impliciete) toegangspoort geldt.

In de volgende paragraaf zal ik kijken naar de gezichtspunten van art. 6:98.

### 3.3 Toerekening naar redelijkheid

Rijsterborgh merkt over art. 6:98 BW en de bepaling van wat redelijk is in het kader van voordeelstoerekening op: *'Om beter te kunnen bepalen of voordeelstoerekening ook redelijk is, zou ik daarom aansluiting willen zoeken bij de manier waarop de "toerekeningsleer" uit artikel 6:98 BW wordt toegepast. De eerste fase is die van het condicio sine qua non-criterium. De tweede fase is het vereiste dat de schade redelijkerwijs moet kunnen worden toegerekend aan het (schadeveroorzakend) handelen van de schadetoebrengende'*<sup>153</sup> Ik kan mij daarin vinden.

Voorop staat dat voor vestiging van aansprakelijkheid, en voordat aan de omvang van de aansprakelijkheid wordt toegekomen, vastgesteld moet worden of er sprake is van een c.s.q.n.-verband.<sup>154</sup> Er is dus sprake van een twee-

<sup>152</sup> Franken a.w. p. 51.

<sup>153</sup> Rijsterborgh a.w., p. 63.

<sup>154</sup> HR 9 april 2004, NJ 2004, 308.

trapsraket, waarvan de eerste een csqn-toets is en de tweede een redelijkheids-toets aan de hand van gezichtspunten.<sup>155</sup> Er is geen sprake van één causaliteitscriterium. Welke criteria relevant zijn hangt af van de omstandigheden van het geval. De rechter heeft de nodige vrijheid om aan de hand van deze omstandigheden de verschillende gezichtspunten te wegen en het gewicht toe te kennen dat hen toekomt.<sup>156</sup>

Uit de tekst van artikel 6:98 BW komen bij vaststaande aansprakelijkheid voor de toerekeningsvraag een aantal (niet-limitatieve) gezichtspunten naar voren:<sup>157</sup> *‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.’*

Bij deze leer van de redelijke toerekening zijn alle omstandigheden van het geval relevant en dus in ieder geval de in art. 6:98 BW genoemde aard van de aansprakelijkheid en van de schade. In 1981 heeft Brunner een aantal deelregels geformuleerd voor de toerekening naar redelijkheid:<sup>158</sup>

1. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is en derhalve beter voorzienbaar, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Toerekening is minder aanvaardbaar naarmate het gevolg uitzonderlijker, abnormaler, minder waarschijnlijk is.
2. Naarmate het schadelijk gevolg minder ver verwijderd is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Een ver verwijderde schade kan zeer wel voorzienbaar zijn. Wordt toerekening van een dergelijke schade onwenselijk geacht, dan kan zij worden beperkt door toetsing aan het “nabijheidsverband”.
3. De aard van de aansprakelijkheid kan meebrengen dat de schade ruim of juist beperkt moet worden toegerekend. In dat verband zijn van belang:
  - a. Het doel waarmee de beschermingsnorm in het leven is geroepen; dit bepaalt de beschermingsomvang van deze norm en daarmee of toerekening van de in concreto geleden schade gerechtvaardigd is. Schending van verkeers- en veiligheidsnormen rechtvaardigt een ruime toerekening van dood- en letselschade.
  - b. Naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, is ruimere toerekening gerechtvaardigd.
  - c. De aard van de activiteit, waarbij de schade is toegebracht, kan invloed hebben op de omvang van de toerekening, zulks in die mate dat schade

<sup>155</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/50.

<sup>156</sup> Parl. Gesch. MvA II 6, p. 344.

<sup>157</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/63.

<sup>158</sup> C.J.H. Brunner, ‘Causaliteit en toerekening van schade (I)’, VR 1981, p. 210 e.v. en ‘Causaliteit en toerekening van Schade (II)’, VR 1981, p. 233 e.v.; instemmend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/64 e.v., losbladige Schadevergoeding (R.J.B. Boonekamp) art. 6:98, aant. 26 en Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (T. Hartlief, 2012) nr. 218 en C.J.M. Klaassen, Mon. BW B35, hfdst. III B; zie ook Spier in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2014:704) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895.



toegebracht tijdens bedrijfsuitoefening wellicht eerder gerechtvaardigd is dan wanneer de aansprakelijke persoon een beroepsbeoefenaar of een particulier is.

4. De aard van de geleden schade heeft invloed op de omvang van de toerekening in die zin dat schade door dood of verwonding eerder wordt toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies eerder dan de derving van winst.

Hartlief geeft aan de hand van de arresten die mede verschenen zijn sinds 1998 een nog wat gemoderniseerd beslisschema:<sup>159</sup>

- is het gevolg normaal, typisch, in de lijn der verwachtingen liggend? Zo ja, dan vindt toerekening plaats;
- is het gevolg abnormaal of buiten de lijn der verwachtingen liggend (denk aan gevolgen van geestelijke of lichamelijke kwetsbaarheid, medische fout bij behandeling van het primaire letsel, tweede ongeval) dan vraagt toerekening om een nadere rechtvaardiging;
- deze kan gevonden worden in de aard van de aansprakelijkheid (schending van verkeers- of veiligheidsnorm, risicoaansprakelijkheid met ruime beschermende strekking), de aard van de schade (letselschade bijvoorbeeld), een hoge mate van schuld of een combinatie van dergelijke factoren.

Nadat art. 3:101 PETL csqn-verband als eerste causaliteitsvereiste stelt, bepaalt art. 3:201 PETL:<sup>160</sup>

'Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

- a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;
- b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);
- c) the basis of liability (Article 1:101);
- d) the extent of the ordinary risks of life; and
- e) the protective purpose of the rule that has been violated.'

Ten aanzien van wanprestatie speelt de voorzienbaarheid naar algemeen wordt aangenomen een overwegender rol dan de andere gezichtspunten van art. 6:98 BW en pleegt te worden aangenomen dat de debiteur behoudens opzet slechts aansprakelijk is voor die schade die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voorzienbaar was.<sup>161</sup> Dit komt ook naar voren in de European Principles of Contract Law (PECL) waarin artikel 9:503 bepaalt:

<sup>159</sup> T. Hartlief, 'Een vak apart', NJB 2014/2108, afl. 41, p. 2917.

<sup>160</sup> Zie hierover G.H. Lankhorst, AV&S 2007, 32, 'Principles of European Tort Law: art. 3:201 – scope of liability'.

<sup>161</sup> Vgl. Mon. BW B34 (S.D. Lindenbergh) p. 36.

'The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.'

De hiervoor genoemde gezichtspunten spelen eveneens geheel of ten dele in de discussie over voordeelstoerekening bij art. 6:100 BW. Zoals aangegeven is bij dit artikel naar mijn mening weggelegd voor de aard van de aansprakelijkheid, met name het beschermings- en risico-gehalte van de betreffende aansprakelijkheid. Bij het bepalen van de mate van verwijtbaarheid van het gedrag speelt de voorzienbaarheid een belangrijke rol. Dat bepaalde schade voorzienbaar is, maakt dat bepaald gedrag onzorgvuldig is of een wanprestatie oplevert, anders gezegd: geeft invulling aan de inhoud van de geschonden norm. Naarmate een bepaalde schade meer voorzienbaar is, verhoogt dat het 'verwijtgehalte' van schending van een zorgvuldigheidsnorm die juist vanwege die voorzienbaarheid wordt aangenomen.

Voorts speelt bij art. 6:98 BW de aard van de schade een rol, zoals ook de aard van het nadeel en het voordeel een gezichtspunt is bij voordeelstoerekening.

### 3.4 Schadebeperking

Ook bij het toekennen van rechtsgevolgen aan de schending van de schadebeperkingsplicht kan men theoretisch denken aan verschillende grondslagen. Enerzijds zou men kunnen stellen dat bij schending van deze plicht het causaal verband tussen de gevorderde schade en de fout van de dader is doorbroken. De grondslag hiervan zou dan gevonden worden in artikel 6:98 BW. Anderzijds kan deze plicht ook worden benaderd vanuit artikel 6:101 BW en dus het eigen schuld leerstuk.<sup>162</sup> In die laatste visie gaat het dan om een omstandigheid die tot de schade heeft bijgedragen en die aan de benadeelde kan worden toegerekend en die daarom de vergoedingsplicht van de dader vermindert.<sup>163</sup> Evenals bij de in de inleiding van dit preadvies aan de orde gekomen keuze om voordeelstoerekening binnen of buiten het begrip schade te brengen, maakt de keuze van de benaderingswijze in beginsel dat sprake is van een andere stelplicht en bewijslast. Kiest men voor 'doorbreking van causaal verband' dan rust op de benadeelde in beginsel de bewijslast dat de door haar gestelde schade wél in causaal verband staat met de fout.<sup>164</sup> Ook hier zal dit verschil in de praktijk vaak veel minder groot zijn dan in de theorie. Het is goed om voor ogen te houden dat de bewijslast van de benadeelde van het causaal verband in

162 A-G Vranken schrijft in zijn conclusie, respectievelijk randnummers 19 en 21, vóór HR 31 december 1993, NJ 1994, 275: 'Nog schemeriger is de grens tussen causaliteit en doorbreking van causaliteit enerzijds en eigen schuld (schadebeperking inbegrepen: o.m. Parl. Gesch. Boek 6, p. 351) en medeschuld anderzijds.' En: 'In abstracto zijn nauwelijks criteria te geven voor het bepalen van de grens tussen eigen schuld en doorbreking van causaliteit.'

163 Ik schreef hier in de dezelfde zin over in 'Een nieuwe aanpak!' (red. S.D. Lindenberg), SDU Den Haag 2011, 'De menselijke maat bij de schadebeperkingsplicht', p. 89-126.

164 Vgl. HR 20 september 1996, NJ 1969, 747 en HR 13 december 2002, NJ 2003, 212.

het bijzonder ziet op het *condicio-sine-qua-non-verband*.<sup>165</sup> Ook indien men de schadebeperkingsplicht aanvliegt langs artikel 6:98 BW kan de rechter heel wel de dader opzadelen met de argumentatieve last dat de schade in zodanig ver verwijderd verband tot de gestelde schade staat, dat het causale verband daardoor is verbroken.<sup>166</sup> Ingevolge de uitspraak van de Hoge Raad van 5 juni 2009 heeft de rechter op de voet van art. 6:97 BW de vrijheid bij begroting van de schade van de gewone regels van stelplicht en bewijslast af te wijken. Dit belet hem echter niet om bij een geschil over de feiten die in het debat over de schadeomvang worden gesteld en die hij relevant acht voor de schadebegroting, de gewone regels van stelplicht en bewijslast toe te passen.<sup>167</sup> Verder zal ook indien de rechter de benadeelde belast met het bewijs van causaal verband tussen de extra schade en de fout van de dader de aard van de schade, bijv. personenschade, kunnen maken dat aan deze stelplicht en bewijslast minder zware eisen worden gesteld.<sup>168</sup>

Bij voordeelstoerekening heeft de wetgever de keuze gemaakt om dit leerstuk buiten het begrip schade te houden. Bij schadebeperking viel de keuze van wetgever en rechter uit in het voordeel van art. 6:101 BW.<sup>169</sup> Beide keuzen zijn prima en uitstekend te verdedigen, zolang maar voor ogen wordt gehouden dat het ook anders had gekund.

Voorts is het evident dat er een relatie is tussen de leerstukken van voordeelstoerekening en van schadebeperking. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat bij het schenden van een verplichting tot schadebeperkend handelen de daaruit voortkomende schade in beginsel (deels) voor rekening van de benadeelde blijft en dat bij het voldoen aan deze verplichting het voordeel in beginsel voor de aansprakelijke partij is.<sup>170</sup>

Dit maakt dat het al dan niet toerekenen van voordeel dan ook gevolgen heeft voor de schadebeperkingsplicht. Zoals Drion naar aanleiding van de besproken *Vos/TSN* zaak opmerkt: *'Het komt mij voor, althans met betrekking tot de inspanningen in kwestie, dat de schadebeperkingsplicht en de voordeelstoerekening moeilijk anders gezien kunnen worden dan als twee kanten van dezelfde medaille'*.<sup>171</sup> Anders gezegd: wanneer een voordeel geen invloed heeft op de schade en evenmin op de voet van art. 6:100 BW wordt toegerekend aan de aansprakelijke partij, kan een plicht tot schadebeperking ook niet worden

165 Zie bijv. PG Boek 6, p. 346.

166 Zie voor een zaak waarbij zowel de route van art. 6:98 als art. 6:101 BW werd beproefd HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935.

167 HR 5 juni 2009, LJN BH5410.

168 Vgl. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

169 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 350; HR 7 november 1997, LJN BB8658; een warm pleitbezorger voor de keuze van art. 6:101 BW is Keirse, diss. 2003, p. 50.

170 Vgl. Groene Serie Schadevergoedingsrecht, art. 6:101 BW (Boonekamp), aant. 39 en Franken a.w. p. 56 e.v. welke laatste ook nog ingaat op de interessante vraag hoe dit is bij onverplicht schadebeperkend handelen; in zoverre is nog een nuance mogelijk dat de extra schade niet alleen is ontstaan door de schending van de schadebeperkingsplicht, maar tevens dat de initiële fout van de dader. Dit is een argument om de dader toch nog een deel van de extra schade te laten dragen, zie Keirse, diss. a.w. p. 249 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II-2013, nr. 127 over de discussie of schending van de schadebeperkingsplicht door de benadeelde de vergoedingsplicht van de daardoor ontstane schade geheel of gedeeltelijk doet vervallen.

171 C.E. Drion, *'Elk nadeel heeft z'n voordeel?'*, NJB 2009, 1779.

aangenomen. Een plicht tot schadebeperking ziet alleen op het geval waarin de benadeelde zelf heeft bijgedragen aan de schade.<sup>172</sup>

Dit alles illustreert weer dat bij de uitleg van de artikelen in titel 6.1.10 niet geïsoleerd naar (de tekst van) één artikel moet worden gekeken, maar dit in het verband van de overige artikelen van deze titel moet worden gezien.

Evenals bij art. 6:100 BW is – naast de aanwezigheid van csqn-verband tussen de extra schade en het niet nemen van de schadebeperkende maatregel – de toetssteen bij het antwoord op vragen van schadebeperking de redelijkheid.<sup>173</sup> Het niet nemen van schadebeperkende maatregelen is volgens de Hoge Raad alleen dan aan de benadeelde toe te rekenen, indien op grond van alle omstandigheden van het geval zou moeten worden geoordeeld dat het nemen van zodanige maatregelen in redelijkheid van hem kon worden gevraagd.<sup>174</sup> Het gaat om een weging van alle concrete omstandigheden van het geval.<sup>175</sup> Hierbij is van groot belang dat de aansprakelijke partij de benadeelde door een fout in de nadelige positie heeft gebracht.<sup>176</sup> Dan past terughoudendheid bij de eisen die deze dader kan stellen aan de benadeelde om de initieel en ook mede door hem veroorzaakte schade te beperken. Hij heeft de benadeelde door zijn fout immers in een slechtere positie gebracht waardoor de vraag aan de orde kan komen of hij moet handelen om zijn schade te beperken.<sup>177</sup> Terughoudendheid past ook vanwege het uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, tenzij deze door een toerekenbare fout van een ander wordt veroorzaakt. De reden daarvan is simpel: de dader mocht deze schade niet aan de benadeelde toebrengen. Een gevolg daarvan is dat hij de schade van de benadeelde, die (behoudens eigen schuld) aan het ontstaan ervan part noch deel had, vergoedt. De benadeelde moet zoveel mogelijk in de positie worden geplaatst alsof de normschending (op het uitblijven waarvan hij recht had) niet heeft plaatsgevonden.<sup>178</sup> Om deze redenen zal een rechter niet te snel moeten oordelen dat de benadeelde op straffe van verlies van schadevergoeding moet handelen.

Gezien het voorgaande speelt de aard van de aansprakelijkheid in de zin van verwijtbaarheid bij schadebeperking zeker een rol. Aan te nemen valt dat naarmate de aansprakelijke partij verwijtbaarder heeft gehandeld, minder geëist kan worden van de benadeelde partij in het kader van zijn schadebeperkingsplicht. Ook schending van een verkeers- en veiligheidsnorm zal in beginsel leiden tot terughoudendheid bij de eisen die aan de benadeelde ten aanzien van die plicht kan worden gesteld. Voorts is bij het antwoord op de vraag of een

172 Vgl. Hartlief WPNR a.w. p. 93.

173 Zie voor een uitvoeriger uitwerking hiervan, toegesneden op letselschade Chr.H. van Dijk, *'De menselijke maat bij de schadebeperkingsplicht'*, a.w. 94-100; zie ook *'Schadebeperkingsplicht'* (red. F.T. Oldenhuis), BJU Den Haag, 2010.

174 O.a. HR 29 mei 1998, NJ 1998, 641.

175 Vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, rov. 3.8.2.

176 Vgl. de noot van A-G Wuisman bij HR 14 december 2007, LJN BB8658 (81 RO).

177 Bloembergen a.w. nr. 279.

178 S.D. Lindenbergh, Mon. BW *'Schadevergoeding algemeen, deel 1'* (Kluwer 2008), par. 6 e.v.

schadebeperkende maatregel moet worden genomen de aard van de schade enerzijds en de schadebeperkende maatregel anderzijds van groot belang. Op het vlak van personenschade komt dit goed naar voren. Extra terughoudendheid geldt bij dit type schade vanwege het fundamentele zelfbeschikkingsrecht van ieder mens. Binnen de grenzen van de wet heeft ieder mens het recht zijn leven zo in te richten zoals hem dat goeddunkt. Daar heeft een ander niets mee te maken. Een ongeval met blijvende letselschade is uit de aard der zaak een ernstige inbreuk op dit zelfbeschikkingsrecht. De daaruit voortvloeiende beperkingen beperken een benadeelde immers in meer of mindere mate in zijn keuzes. Het ligt dan niet zonder meer voor de hand dat de dader snel een benadeelde, op straffe van verlies van het recht op schadevergoeding, kan 'dwingen' zijn leven op een bepaalde wijze in te richten. Dat het zelfbeschikkingsrecht een grote rol speelt bij de vraag of schadebeperking een gerechtvaardigde eis is volgt ook uit het 'wrongful birth' arrest uit 1997. De casus is bekend. Een vrouw was ongewenst zwanger geraakt doordat een arts had verzuimd een spiraaltje te herplaatsen, dat tijdens een operatie tijdelijk was verwijderd. Uiteraard past niet bij de door de dader te betrachten terughoudendheid om van de vrouw in het kader van de schadebeperkingsplicht te verlangen dat zij abortus pleegt. De vraag die tevens aan de orde kwam was echter of de vrouw er gerechtvaardigd voor kon kiezen om tot tien jaar na de geboorte van het kind buiten het arbeidsproces te blijven, omdat zij het kind gedurende de eerste levensjaren zelf wilde opvoeden en wel de daardoor te lijden arbeidsvermogensschade kon vorderen. Het hof meende dat deze keuze voor rekening van de vrouw zelf kwam mede omdat

'in het algemeen aan het opvoeden van een kind niet in de weg staat dat de moeder een (volledige) werkkring vervult' en 'dat niet alleen de moeder maar ook de vader is belast met de verzorging en opvoeding van het kind, en dat O. niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vader daartoe in het geheel niet in staat is dan wel zal zijn.'

Relevant in deze zaak was dat de ouders bij de geboorte van het kind al twee kinderen van (6 en 11) hadden, de vader thuis was en leed aan een chronische ziekte en de moeder vóór de geboorte evenmin werkte. De Hoge Raad casseert het oordeel van het hof en overweegt in rov. 3.13.2:

'Ter beantwoording van de vraag of de vrouw aanspraak kan maken op vergoeding van inkomensderving als gevolg van haar zwangerschap en de geboorte van het kind zal moeten worden beoordeeld of haar keuze om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Daarbij zal enerzijds gewicht moeten worden toegekend aan de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar met het oog daarop goeddunkt, terwijl anderzijds in het oog moet worden gehouden dat de vrouw haar schade voor zover haar dit mogelijk is en redelijkerwijze van haar kan worden gevergd dient te beperken.'

Het zelfbeschikkingsrecht van de benadeelde kleurt sterk het antwoord op de vraag of een beroep op de schadebeperkingsplicht in het licht van alle omstan-

digheden van het geval redelijk is. Zij noopt tot een stevige terughoudendheid.<sup>179</sup>

Uit deze korte interne rechtsvergelijking volgt dat de gezichtspunten die relevant zijn bij art. 6:100 BW ook spelen bij in ieder geval art. 6:97, 6:98 en 6:101 BW en bij die artikelen soms verder zijn uitgewerkt. Ook bij deze artikelen onderling is het soms tamelijk willekeurig dat een bepaald vergelijkbaar probleem wordt aangevlogen via het ene artikelen en niet het andere. Ook dit pleit ervoor om deze artikelen bij vergelijkbare vragen en gevallen meer in zijn geheel te bezien.

In de volgende paragraaf zet ik de conclusie van op basis van dit preadvies uiteen.

#### 4 Conclusies

Artikel 6:100 BW dat handelt over voordeelstoerekening kent een tweetal toetsen, allereerst de toegangspoort van 'een zelfde gebeurtenis' en vervolgens de toets dat toerekening alleen mag 'voor zover dit redelijk is'. Diverse andere artikelen in titel 6.1.10 BW kennen impliciet of expliciet ook een dubbele toets, waarbij de eerste toets verlangt dat er csqn-verband bestaat tussen schade en aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis en de tweede een redelijkheidsoordeel inhoudt. Ik noem de artikelen 6:97, 6:98 en 6:101 BW.

Er lijkt veel voor te zeggen om de wijze van toerekenen van schade en het toerekenen van voordeel zoveel mogelijk op eenzelfde wijze te laten plaatsvinden, waarbij uiteraard de eigen aard van de problematiek in acht moet worden genomen. Dat laatste sluit aan bij het gegeven dat bij een concrete beslissing steeds alle omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen.

Allereerst stel ik voor de invulling van de woorden 'een zelfde gebeurtenis' in art. 6:100 BW te beperken tot een csqn-toets, evenals de hiervoor genoemde artikelen doen. De wijze die de Hoge Raad tot op heden hanteert voor deze toets is ruimer. Met de uitkomst van de arresten van de Hoge Raad over het al dan niet toerekenen in een voorliggende casus kan meestal wel worden ingestemd, maar de betekenis die hij geeft aan 'een zelfde gebeurtenis' is onduidelijk. De Hoge Raad laat zich bij de uitleg regelmatig leiden door onuitgesproken normatieve oordelen. Sprake is van verhullend motiveren, hetgeen bij de uitleg van zijn arresten voor de wetenschap en praktijk problematisch is. Naar mijn idee horen deze normatieve oordelen thuis in de tweede (redelijkheids)toets en dienen zij te worden geëxpliciteerd en gemotiveerd.

---

<sup>179</sup> Ik schreef dit ook al in *'De menselijke maat bij de schadebeperkingsplicht'* a.w. p. 99-100.

Dit leidt mij tot de eerste stelling: 'een zelfde gebeurtenis' dient slechts ingevuld te worden met een csqn-toets; normatieve beweegredenen horen thuis bij het redelijkheidsoordeel van de tweede toets en dienen benoemd te worden.

Het probleem van voordeelstoerekening kan zeker in grensgevallen onder verschillende artikelen van titel 6.1.10 BW worden ondergebracht. Zo zouden voordelen die niet toegerekend worden in het kader art. 6:97 BW en de abstracte schadeberekening – soms met enige moeite – ook wel in het leerstuk van 6:100 BW in te passen zijn. Ook indien dat niet het geval is, kan niet ontkend worden dat er een zekere samenhang bestaat tussen art. 6:100 BW en de andere artikelen van titel 6.1.10. Art. 6:100 en de schadebeperking van 6:101 BW vormen min of meer elkaars spiegelbeeld. Art. 6:100 BW en 6:98 BW vertonen ook samenhang. Indien bijvoorbeeld een schade gezien de aard ervan in een te ver verwijderd verband staat met de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, zeggen wij dat causale toerekening niet redelijk is. Een voordeel in de zin van art. 6:100 BW niet toerekenen aan de aansprakelijk partij, bijvoorbeeld een gift van een derde aan een gekwetste, omdat het hem 'niet aangaat' is een vergelijkbare toets.

Het gevolg van de soms wat arbitraire keuzes van wetgever en rechter om een bepaalde casus in het ene of het andere artikel te plaatsen en van het gegeven dat van deels overlappende leerstukken sprake is, is dat interne rechtsvergelijking broodnodig is voor een consistent systeem, waarbij (soort)gelijke gevallen dezelfde uitkomst kennen. Om met Lindenbergh in zijn oratie te spreken: '*Alles is betrekkelijk*'.

Mijn tweede stelling is dan ook dat bij de invulling van art. 6:100 BW en met name de (volledige en niet marginale) redelijkheidstoets in ieder geval moet worden gekeken naar gezichtspunten bij samenhangende leerstukken zoals in de art. 6:97, 6:98 BW en het leerstuk van de schadebeperking.

De aard van de aansprakelijkheid in de zin van de mate van verwijtbaarheid van de aansprakelijke partij speelt een prominente rol in titel 6.1.10 BW. Ook bij de huidige invulling van art. 6:100 BW is zij van belang. De normatieve rechtvaardiging die veelal impliciet of expliciet speelt bij het niet toerekenen van voordeel is dat de partij die verwijtbaar heeft gehandeld niet mag profiteren van voordeel opleverende gedragingen van de benadeelde *omdat dan sprake zou zijn van een onredelijke bevoordeling van hem*. Deze rechtvaardiging geldt niet of in veel mindere mate indien deze aansprakelijke partij geen of nauwelijks een verwijt kan worden gemaakt en zijn aansprakelijkheid is gestoeld op de beschermingsgedachte van de benadeelde en de verzekering die de aansprakelijke partij zelf heeft afgesloten.

Dit maakt naar mijn mening dat de aard van de aansprakelijkheid in de zin van de mate van verwijtbaarheid van de aansprakelijke partij bij het redelijkheidsoordeel van art. 6:100 BW een centrale rol moet spelen. Hierbij is de vraag of

sprake is van schuld- of risicoaansprakelijkheid te grofmazig om te beoordelen of een voordeel moet worden toegerekend. Bij een risicoaansprakelijkheid kan ook sprake zijn van ernstig verwijtbaar gedrag, evenzo als bij een schuldaansprakelijkheid soms in het geheel geen sprake is van verwijtbaar gedrag (bijvoorbeeld letsel van kinderen onder 14 in het verkeer).<sup>180</sup>

Bij een hoge mate van verwijtbaarheid ligt in mijn visie voordeelstoerekening dus niet of in ieder geval veel minder voor de hand, bij niet of nauwelijks bestaande verwijtbaarheid wel. Het is zinvol bij beoordeling van de redelijkheid eerst te bezien wat de mate van verwijtbaarheid van het gedrag van de benadeelde is. Dat is dan ook mijn derde stelling.

Daarnaast lijken in ieder geval de volgende in de literatuur en rechtspraak voorkomende gezichtspunten relevant:

- a. Naarmate de benadeelde meer geacht kan worden zelf vrijwillig een bepaalde prestatie te hebben verricht, waardoor hem bij schade een zeker voordeel toevalt zal toerekening minder snel redelijk zal zijn ('het gaat de aansprakelijke partij niet aan').
- b. De aard van de schade/aard van het nadeel. Bij letsel zal toerekening van voordelen minder snel redelijk worden gevonden dan bij zaakschade. Bij letsel en de vraag of een uitkering moet worden toegerekend wijst de Hoge Raad er voorts op dat een verzekering kan zijn aangegaan ter dekking van schadevormen die rechtens of in de praktijk niet voor volledige vergoeding in aanmerking komen.
- c. De voorzienbaarheid van de schade en het voordeel.
- d. De spiegelbeeldgedachte: nadelen en voordelen, die elkaars spiegelbeeld vormen, moeten op dezelfde voet worden behandeld; komt een bepaald gemist voordeel of nadeel niet voor vergoeding in aanmerking dan moet een daartegenover staand voordeel wel of niet worden toegerekend.
- e. Het postenstel: van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden.

---

<sup>180</sup> In theorie zou men dan kunnen betogen dat schuld dan grond van de aansprakelijkheid zal zijn. In de praktijk wordt deze discussie bij een risicoaansprakelijkheid niet gevoerd.