

Ontwikkelingen schadevergoeding: vaststelling van vermogensschade

1. Inleiding

Een belangrijk onderdeel van schadevergoedingsrecht betreft de vaststelling van het bestaan (kwalificatie) en de omvang (kwantificatie) van de schade op vergoeding waarvan degene die door een normschending is getroffen aanspraak heeft. Het uitgangspunt oogt helder en is ook weinig omstrede: wie door een normschending wordt benadeeld dient zoveel mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien deze gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Daaruit volgt dat de schade in beginsel moet worden 'berekend' met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Op praktische gronden en om redenen van billijkheid kan in bijzondere gevallen evenwel worden 'geabstraheerd' van een of meer omstandigheden aan de zijde van de benadeelde.¹ In het algemeen lijkt de vertaalslag van 'feitelijk nadeel' naar rechtens relevante vermogensschade niet problematisch en staat de wijze waarop dat dient te gebeuren niet ter discussie, omdat het nadeel zich eenduidig in financiële termen laat uitdrukken. Regelmatig loopt men echter aan tegen lastige puzzels, omdat zich situaties voordoen waarin vraag naar de 'impact' op het vermogen van de benadeelde zich op verschillende manieren laat beantwoorden. Soms bereiken deze vragen de Hoge Raad, die als cassatierechter controleert of de (feiten)-rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of ter zake van de wijze van begroting.² In deze bijdrage worden acht arresten van ons hoogste rechtscollege besproken die in de afgelopen paar jaar zijn gewezen en waarin het zich heeft gebogen over interessante vragen met betrekking tot de vaststelling van vermogensschade.

2. Verlies van een auto: welke waarde?

In *Donata/New India Assurance*³ draait het om een auto die door een verkeersongeval beschadigd raakt en *total loss* wordt verklaard. Zowel het Gerecht van Eerste Aanleg als het Gemeenschappelijk Hof van Justitie begroot de schade op de (tweedehands) waarde van de auto bij verkoop in het vrije verkeer onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval, ter bepaling waarvan een forfaitaire afschrijvingsmethode wordt gehanteerd. Donata voert aan dat zijn schade hiermee niet (volledig) wordt vergoed, omdat het aldus toegekende bedrag hem niet daadwerkelijk in staat stelt op Aruba een auto van hetzelfde merk, type en bouwjaar en met een vergelijkbaar kilometrage aan te schaffen. De Hoge Raad herhaalt



Mr. dr. M.R. Hebly*

de uitgangspunten die gelden bij verlies van een zaak: wanneer een zaak geheel en al verloren gaat in die zin dat herstel niet mogelijk is of economisch onverantwoord, lijdt de rechthebbende een nadeel in zijn vermogen gelijk aan de waarde van de zaak. Betreft de zaak een exemplaar zonder eigen, individueel bepaalde kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat, dan kan het vermogensnadeel worden gesteld op de *marktwaarde*.⁴ Behoudens bijzondere, door de rechthebbende te stellen omstandigheden, wordt hiermee volgens de Hoge Raad recht gedaan aan het uitgangspunt dat hij als benadeelde zoveel mogelijk in de positie moet worden gebracht waarin hij zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben

* Universitair docent privaatrecht, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Hier en daar bouwt de auteur voort op eerdere publicaties, waarnaar op de betreffende plaatsen wordt verwezen. (hebly@law.eur.nl)

1. Zie aldus bijv. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.3-3.4, HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.3.3 en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier, r.o. 2.11.3.
2. Zie o.m. HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCJ/Lindelauf*), HR 15 november 1998, ECLI:NL:HR:1996:ZC2195, NJ 1998/314 m.nt. F.W. Grosheide (*Hertzano c.s./Otto Simon c.s.*) en voor immateriële schade HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O*). De wijze van begroting is verder sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst.
3. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenberg.
4. Vgl. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, NJ 2005/76 m.nt. C.J.H. Brunner (*A. en N./Hiddema*).

verkeerd.⁵ De vraag is dus niet met welk bedrag Donata zich daadwerkelijk kan voorzien van een auto van hetzelfde merk, type en bouwjaar en met een vergelijkbaar kilometrage, maar wat de marktwaarde van de auto was ten tijde van het verkeersongeval. Met vergoeding daarvan wordt hij in principe in voldoende mate in staat gesteld zich een vergelijkbare zaak te verwerven als de zaak die verloren ging. Aanspraak op vergoeding van ‘concrete’ kosten voor vervangende aankoop (voor zover die de marktwaarde van de auto ten tijde van het verlies overstijgen) bestaat slechts indien het in redelijkheid noodzakelijk is dat de eigenaar zo veel mogelijk eenzelfde auto terugkrijgt, van hetzelfde merk en met hetzelfde bouwjaar. Omdat Donata hier betwistte dat de gehanteerde afschrijvingsmethode leidt tot vergoeding van de *marktwaarde*, en het hof deze betwisting op ontoereikende gronden had verworpen, vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof.

Het arrest roept de vraag op in hoeverre de benadeelde de keuzevrijheid heeft om te kiezen voor vergoeding van concrete herstel- of vervangingskosten in plaats van de vergoeding van de verloren gegane (markt)waarde. A-G Hartlief merkt in zijn conclusie voor het arrest op dat het – mijns inziens terecht, maar in weerwil van andersluidende literatuur en rechtspraak – niet voor de hand ligt uit te gaan van keuzeruimte of -vrijheid in die zin dat de benadeelde steeds zou kunnen kiezen tussen ‘concrete’ en ‘abstracte’ vaststelling van de schade.⁶ Het arrest *Donata/New India Assurance* onderstreept dat: deze eigenaar krijgt de marktwaarde vergoed en heeft het daar in principe mee te doen.⁷

3. Hersteltarief na beschadiging van gas- of elektriciteitsleiding

De zaakschaderegels waren voorts aan de orde in *Liander/Aon Meeüs Assurantiën*.⁸ In dit arrest ging het om de vraag hoe de schade moet worden vastgesteld na beschadiging van een gas- of elektriciteitsleiding, bijvoorbeeld door graafwerkzaamheden. Het geschil spitst zich toe op de te rekenen tarieven voor (storings)herstel in eigen beheer. Partijen zijn het erover eens dat het gaat om het bedrag dat ‘een bekwaam reparateur in rekening zou hebben gebracht’, of om de kosten die ‘normaal’ aan de reparatie zouden zijn besteed en hebben in zoverre een ‘abstracte’ schadebenadering voor ogen, maar verschillen van inzicht over de vraag van welk tarief vervolgens moet worden uitgegaan. Moeten als uitgangspunt dienen de tarieven die netbeheerders zelf hanteren, ook voor zover zij storingsherstelwerkzaamheden uitsluitend in eigen beheer (moeten) uitvoeren en er in zoverre geen ‘vrije markt’ bestaat voor deze specifieke werkzaamheden? Of is een hogere graad van objectivering

aangewezen, in die zin dat de vordering ten hoogste beloopt de kosten die gemiddeld op de vrije markt met dergelijke reparaties zijn gemoeid? Toepassing van het zaakschaderegime ligt hier ingewikkeld, omdat de herstelkosten zich niet zo eenvoudig ‘naar objectieve maatstaven’ laten berekenen: het storingsherstel waar het hier om gaat wordt immers verricht in de beperkte en zeer sterk gereguleerde markt van netbeheerders in Nederland, waardoor niet rechtstreeks kan worden gerefereerd aan wat men op een vrije markt in het algemeen aan dergelijk herstel kwijt is. Zonder vrij markt- of prijsmechanisme kunnen beheerders van elektriciteits- en gasnetten zelf de tarieven voor storingsherstel bepalen, en daarmee dus ook hetgeen aan hen zou moeten worden vergoed door degenen die voor beschadiging van de netten aansprakelijk zijn. De Hoge Raad overweegt:

“Als de aard van de werkzaamheden die voor Liander als netbeheerder met storingsherstel zijn gemoeid, meebrengt dat deze werkzaamheden feitelijk alleen door medewerkers van Liander kunnen worden uitgevoerd, of, tot 1 januari 2019, dat deze werkzaamheden wettelijk alleen door eigen medewerkers van Liander mochten worden uitgevoerd, dient niet van deze omstandigheden te worden geabstraheerd. Die abstractie zou te zeer in strijd komen met het (...) uitgangspunt dat de werkelijke schade van de benadeelde moet worden vergoed. De door een storing veroorzaakte schade dient in zo’n geval te worden begroot op de naar objectieve maatstaven vast te stellen kosten die een netbeheerder maakt om een dergelijke storing met inzet van eigen medewerkers te verhelpen.”⁹

5. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*), r.o. 3.3.4.
6. Conclusie A-G Hartlief voor HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*), nr. 4.12 en dezelfde in T. Hartlief, W.H. van Boom, A.L.M. Keirse & S.D. Lindenbergh, *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 208.
7. Zie over het arrest *Donata/New India* o.m. ook de annotaties van Lindenbergh (NJ 2017/134) en mijzelf (*JA* 2017/56). Zie ook de noot van M.V.R. Snel (*Caribisch Juristenblad* 2019-3, p. 228-233), die benadrukt dat anders dan in Nederland voor een groot aantal soorten zaken – zeker niet alleen (tweedehands) auto’s – geldt dat sprake is van een beperkte markt.
8. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, NJ 2020/247 m.nt. S.D. Lindenbergh.
9. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, NJ 2020/247 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon Meeüs Assurantiën*), r.o. 3.2.

Dat storingsherstel (uitsluitend) wordt verricht in een beperkte en sterk gereguleerde markt van netbeheerders staat er dus niet aan in de weg dat de schade wordt vastgesteld op de objectieve kosten die een netbeheerder maakt. Van de netbeheerder wordt wel verlangd dat hij voldoende inzicht verschaft in de opbouw van de door hem of andere netbeheerders gehanteerde tarieven.¹⁰ Zie ik het goed, dan gaat het er vooral om dat het te rekenen tarief de normale kosten voor een netbeheerder ‘dekt’ en niet daarenboven een winstcomponent omvat. Dat lijkt mij niet alleen redelijk, maar het strookt ook met de uitgangspunten van het zaakschaderegime. Het gaat in beginsel immers om vergoeding van vermogensschade die bestaat in de waardevermindering die de zaak¹¹ onderging door en op het moment van de beschadiging. De omvang van deze waardevermindering zal bij kabelbeschadiging voornamelijk afhangen van de wijze waarop de netbeheerdersmarkt op de noodzaak van storingsherstel reageert, oftewel van de kosten waartegen netbeheerders in het algemeen dit herstel (kunnen) uitvoeren. Als dat herstel feitelijk uitsluitend tegen interne kosten wordt verricht, is een winstmarge wat mij betreft uitgesloten.¹²

4. Vermogensschade door aantasting boom (wortel)?

Ook in de zaak *Liander/Gemeente Heiloo*¹³ draait het (aanvankelijk) om ‘abstracte’ schadevaststelling, maar dat verdient iets meer toelichting.¹⁴ In deze zaak gaat het om vaststelling van schade als gevolg van de beschadiging van een boom (in het openbaar groen) waarbij geen sprake is van noodzaak tot vervanging. Bij door Liander uitgevoerde graafwerkzaamheden raken wortels beschadigd van een zomereik die in eigendom toebehoort aan de gemeente Heiloo. In opdracht van de gemeente taxeert een boomdeskundige de schade aan de hand van het Rekenmodel Boomwaarde zoals opgenomen in de Richtlijnen NVTB 2013 van de Nederlandse Vereniging van Taxateurs van Bomen. Dat model gaat uit van de gedachte dat de waarde van een boom kan worden getaxeerd op basis van zogenoemde ‘stichtingskosten’ (die gemaakt moeten worden om een vergelijkbare boom op dezelfde locatie te krijgen) en afschrijving (vanaf het moment dat de ‘functievervulling’ van de boom aanvang neemt tot het einde van de (functionele) levensduur).¹⁵ Het ‘feitelijke nadeel’ van de eigenaar bestaat hier onder meer in de omstandigheid dat volledig herstel van de boom onzeker is en in elk geval tijd vergt, de boom eerder kan ‘uitvallen’ en deze mogelijk (tijdelijk of blijvend) minder toonbaar zal zijn. Kernvraag is of dit nadeel op zichzelf leidt tot een rechtens relevante waardevermindering en daarmee (reeds) vermogensschade oplevert voor de gemeente en

zo ja, of deze schade door het Rekenmodel op juiste wijze wordt vastgesteld, of dat (pas) vermogensschade wordt geleden op het moment dat concrete kosten worden gemaakt in verband met bevordering van genezing van de boom of voor vervanging wegens eerdere uitval. Omdat het rekenmodel in veel gevallen wordt toegepast wenst Liander een principiële uitspraak over de vraag of het boomwaardemodel in lijn is met het schadevergoedingsrecht.¹⁶ Het hof beantwoordt die vraag bevestigend, erop wijzende:

“(…) dat de waarde die de aanwezigheid van een gezonde boom ter plaatse vertegenwoordigt mede tot uitdrukking komt in de kosten die de gemeente – ten behoeve van het algemeen nut – bereid is te maken om die aanwezigheid te faciliteren. Indien een beschadiging ertoe leidt dat een boom voortijdig uitvalt of deze al dan niet tijdelijk zijn functie niet of minder goed kan vervullen – bijvoorbeeld in esthetisch opzicht, doordat hij minder fraai oogt of minder privacy of beschutting biedt, dan wel in ecologisch opzicht – kunnen deze kosten worden geacht hun doel in zoverre te hebben gemist. Die gedachte biedt, zo komt het hof voor, een valide, bij de aard van de boomschade passend uitgangspunt om het nadeel dat de gemeente door de beschadiging van de boom lijdt wanneer herstel niet meteen mogelijk is, op doelmatige en rechtvaardige wijze op te heffen.”¹⁷

10. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, NJ 2020/247 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon Meeüs Assurantiën*), r.o. 3.3.

11. Of in dit geval althans de daarop betrekking hebbende economische eigendom.

12. Zie ook mijn annotatie onder het arrest (*JA 2020/63*). Zie over het arrest *Liander/Aon Meeüs Assurantiën* ook M.T.M. Vijverberg, ‘Abstracte schadeberekening bij het herstellen van leidingschade in eigen beheer’, *MvV* 2020-9, p. 331-337.

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

14. Zie ook mijn annotatie onder het arrest (*JA 2018/29*), waarin ik dit punt nader uitwerk.

15. Zie <http://www.boomtaxateur.nl/pdf/Richtlijnen-NVTB2013v3.pdf>.

16. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3535, r.o. 4.1.

17. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3535, r.o. 4.10.

Volgens het hof strookt het met de doelstellingen van het schadevergoedingsrecht om een model op te stellen waarmee schades aan ‘gewone park-, laan- en straatbomen’, die regelmatig en op grote schaal zouden voorkomen, snel en doelmatig af te wikkelen. Het rekenmodel draagt daar in de ogen van het hof aan bij, doordat het ‘niets wezenlijk anders’ zou inhouden dan het direct begroten van de schade aan de hand van ‘het schatten van de goede en kwade kansen’. Het hof voelt er niet voor om in dit soort gevallen het herstelverloop af te wachten totdat vermogensnadelen zich meer concreet laten voelen, omdat tijdsverloop weer eigen complicaties met zich brengt (bewijsproblemen, vragen van causaal verband, etc.). Het risico dat Liander in een concreet geval op voorhand uitvalschade vergoedt, of althans compenseert voor het uitvalrisico, terwijl de boom zich later volledig blijkt te herstellen, kan volgens het hof bij een juiste vaststelling van de goede en kwade kansen worden gerechtvaardigd doordat in andere gevallen, waarin later wél uitval van de boom volgt, de schade slechts ten dele wordt vergoed; dossieroverstijgend vallen bevoordeling en benadeling tegen elkaar weg. In cassatie sneuvelt echter het arrest van het hof. De Hoge Raad overweegt dat indien een boom wordt beschadigd zonder dat dit noodzaakt tot vervanging, dit onverlet laat dat die boom tot het moment van de beschadiging de functie die hij voordien had steeds in volle omvang heeft vervuld en nadien ten dele nog vervult. Daarom kan de begroting van de schade volgens de Hoge Raad niet worden gestoeld op het uitgangspunt dat de kosten die in het verleden zijn gemaakt om het genot van de boom te verkrijgen en te behouden, geacht moeten worden hun doel te hebben gemist.¹⁸

Zie ik het goed, dan redeneerde het hof juist langs een andere lijn: het stelde voorop dat het gaat om toepassing van het zaakschaderegime – ‘abstracte’ schadevaststelling dus – en om de vraag of aantasting van de gezondheid van de boom reeds leidt tot een waardevermindering van de zaak. In dat licht overweegt het hof dat de waarde die de aanwezigheid van een gezonde boom ter plaatse vertegenwoordigt *mede tot uitdrukking komt* in de kosten die de gemeente bereid is te maken om die aanwezigheid te faciliteren. Het gaat dus niet om werkelijk gemaakte kosten die door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis hun doel missen, maar om een waardebeoordeling op basis van (onder meer) kostenbereidheid met het oog op vergoeding van het (vermogens) waardeverlies. Zo beschouwd heeft het hof dus ook niet bij voorbaat toekomstige schade begroot in de zin van art. 6:105 BW, hoewel het daar wel op lijkt omdat toekomstige risico’s het actuele waardeverlies mede bepalen.

Toch wordt het hofarrest daar wel op afgerekend: volgens de Hoge Raad zal veelal onzekerheid bestaan over enerzijds het zelfherstel van de boom na de beschadiging en anderzijds de ontwikkeling in het hypothetische geval zonder de beschadiging, en kan in zodanige gevallen een afweging van goede en kwade kansen op bezwaren stuiten die aan directe algehele begroting op basis van een schatting in de weg staan.¹⁹ De uitspraak illustreert hoe een ogenschijnlijk eenvoudige boomwortelbeschadiging aanleiding kan geven tot ingewikkeld juridisch gepuzzel. Wat mij betreft geeft dit arrest geen uitsluitel over de meer fundamentele vraag in hoeverre bomen als zodanig op geld waardeerbaar zijn in die zin dat de eigenaar van een beschadigde boom (die beperkt herstelbaar is en waarbij geen sprake is van noodzaak tot vervanging) aanspraak heeft op vergoeding van de *waardevermindering* die de boom heeft ondergaan. Dat is jammer, omdat de praktijk kennelijk uitkeek naar een principiële uitspraak.²⁰

5. Vergoefse loonkosten door beschadigde hoogspanningsleidingen

In *Staat/Neerijnen c.s.*²¹ ziet de Hoge Raad zich geconfronteerd met een iets andersoortige vraag van schadevaststelling. Een aantal gemeenten stelt de Staat aansprakelijk voor schade in verband met een twee dagen durende stroomstoring, veroorzaakt doordat een gevechtshelikopter tijdens een oefening tegen hoogspanningsleidingen aanvloog. In cassatie is onder meer aan de orde de vraag hoe de schade moet worden vastgesteld die de gemeenten lijden doordat en voor

18. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Gemeente Heiloo*), r.o. 3.4.2. Volgens de Hoge Raad verschilt het geval van boombeschadiging dan ook van HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Rally Dakar*).

19. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Gemeente Heiloo*), r.o. 3.5.3.

20. Zie over het boomschade-arrest onder meer ook de noot van Lindenbergh (NJ 2018/193) en E.H.P. Brans & H.J.S.M. Langbroek, ‘Schade aan bomen, begroting schade, abstracte of concrete schadeberekening, wel of geen vergoeding verlies belevingswaarde’, *Milieu en Recht* 2018/41.

21. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh.

zover hun ambtenaren als gevolg van het ongeval niet konden werken dan wel tijd hebben moeten besteden aan rampbestrijding. Kern van de kwestie is dat wanneer de vermogensschade wordt ‘gezocht’ in de gemaakte loonkosten, dit kan leiden tot compensatie van kosten die (hoe dan) ook zouden zijn gemaakt als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis wordt weggedacht. De Staat betoogt daarom dat van als schade vergoedbare (loon)kosten slechts sprake is indien de gemeenten door hun eigen ambtenaren gemaakte overuren hebben moeten betalen dan wel werkzaamheden hebben moeten uitbesteden. Daarin gaat het hof niet mee, omdat anders een niet te rechtvaardigen verschil zou ontstaan tussen werkzaamheden die binnen de normale werkuren worden verricht en werkzaamheden die daarbuiten plaatsvinden (voor zover deze in overwerk worden verricht of worden uitbesteed); een verdeling die in de praktijk min of meer willekeurig zou zijn.²² Het hof gaat daarom uit van uren die ambtenaren aan de met het ongeval samenhangende werkzaamheden hebben besteed, dan wel als gevolg van het ongeval niet hebben kunnen werken en dus hebben moeten inhalen, te vermenigvuldigen met de hen betreffende loonkosten per uur. Volgens de Hoge Raad:

“(…) is het hof van een concreet schadebegrip uitgegaan, waarbij de door de Gemeenten geleden schade niet zozeer bestaat in het feit dat zij meer loonkosten voor hun ambtenaren hebben moeten maken dan zonder het ongeval het geval zou zijn geweest, maar in het feit dat die ambtenaren – anders dan het geval zou zijn geweest als het ongeval was uitgebleven – gedurende een deel van de door de Gemeenten betaalde arbeidstijd niet hun reguliere werkzaamheden hebben kunnen verrichten en de Gemeenten tegenover de door hen betaalde loonkosten het resultaat van die reguliere werkzaamheden daarom hebben moeten missen. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk (...).”²³

De Hoge Raad acht dus van betekenis dat de gemeenten tegenover de (hoe dan ook) gemaakte loonkosten het *resultaat van de reguliere werkzaamheden* hebben moeten missen. Zoals wel vaker staat de redelijkheid van de uitkomst hier niet zozeer ter discussie, maar ligt vooral de dogmatische inpassing lastig. Niet zozeer ten aanzien van rampbestrijdingswerkzaamheden: redelijke (loon)kosten die worden gemaakt in het kader van herstel van schade komen volgens vaste rechtspraak, waarnaar het hof reeds verwees, als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking (art. 6:96 lid 2 BW).²⁴ Lastiger ligt dat voor loonkosten die vergeefs worden gemaakt doordat ambtenaren als gevolg van het

ongeval niet kunnen worden ingezet. Hoe dient dit gevolg met het oog op schadevergoeding te worden gerelateerd aan het vermogen van de gemeente? Hoewel niet met zoveel woorden, is in de overweging van de Hoge Raad de constructie uit het arrest *Burger/Brouwer Motors* te herkennen: *tegenover* de betaalde loonkosten wordt het *resultaat* van de reguliere werkzaamheden gemist, en in die zin hebben de betaalde loonkosten hun doel dus gemist. Lindenberg stelt naar mijn idee terecht dat er geen goede reden is om de vergoedbaarheid van vergeefs gemaakte kosten te beperken tot situaties waarin *onstoffelijke* voordelen worden misgelopen.²⁵ Ik zie althans (ook) geen goede reden waarom juist daar de afperking moet liggen, en daarmee zou ook nogal wat interpretatiedruk komen te staan op de afbakening van het vage begrip ‘(on)stoffelijkheid’. De ‘vergeefs gemaakte kostenroute’ zal denk ik vooral in beeld komen in gevallen waarin het *doel* van de geldelijke investering niet is gelegen in vermeerdering van vermogen maar juist in vermeerdering van iets dat op zichzelf buiten de vermogenssfeer ligt (zoals ‘genot’). Ligt het doel van een geldelijke investering in vermeerdering van het vermogen zelf, dan ligt het immers voor de hand dat de vermogensschade wordt ‘gevonden’ in het daadwerkelijke mislopen daarvan.²⁶ Een dergelijke koppeling van nadeel aan vermogen ligt in de casus *Staat/Neerijnen c.s.* evenwel lastig: het gemiste ‘resultaat’ met het oog waarop loonkosten zijn gemaakt laat zich niet goed uitdrukken in de vorm van misgelopen vermogensvermeerdering(en) door uitblijven van omzet of winst voor de gemeenten.

22. Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4215, *VR* 2015/85, r.o. 2.15.

23. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, *NJ* 2017/139 m.nt. S.D. Lindenberg (*Staat/Neerijnen c.s.*), r.o. 3.6.2.

24. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444 m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*), HR 19 december 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5664, *NJ* 1976/280 (*Oostenrijkse tankauto*), HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1036, *NJ* 1995/150 m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/NCB*) en HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, *NJ* 1999/196 m.nt. A.R. Bloembergen (*Amev/Staat*).

25. Zie Lindenberg in zijn noot bij *NJ* 2017/139. In HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55, m.nt. Jac. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*) en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 m.nt. Jac. Hijma (*Pollen/Linssen*) ging het om gemist ‘onstoffelijk’ voordeel waarvoor uitgaven waren gedaan.

26. Vgl. D.A. van der Kooij, ‘Wat is vermogensschade? Een overzicht van tien verschillende soorten nadeel’, *RMThemis* 2021-4, p. 169.

6. Onjuiste voorstelling van woonoppervlakte door meetfout

In het arrest *NVM-meetinstructie II*²⁷ draait het om aansprakelijkheid van de makelaar jegens de koper vanwege het onjuist meten van een woning (niet conform NVM-meetinstructie). Wat is de vermogensschade die de koper lijdt als gevolg van de onrechtmatige daad van de makelaar, en hoe moet deze worden begroot? In de casus heeft de woning een woonoppervlakte van 124 in plaats van de 150 m² die in de verkoopbrochure stond vermeld. Het betreft een woning waaraan na de aankoop nog vele verbouwingen zijn gedaan, maar waarvan de koper stelt dat hij deze niet zou hebben gekocht indien hij had geweten dat de woonoppervlakte een andere was dan in de verkoopbrochure werd voorgespiegeld. Het hof stelt voorop dat de omvang van de schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de situatie waarin de koper zou hebben verkeerd indien hij juist zou zijn voorgelicht en de situatie waarin hij 'thans verkeert', waarbij het hof 'abstraheert' van gebeurtenissen van na de aankoop. Omdat de koper op het verkeerde been is gezet en daardoor een overeenkomst heeft gesloten die hij anders niet zou zijn aangegaan, lokaliseert het hof zijn vermogensschade in het 'waardeverminderende aspect' als gevolg van het feit dat de woning slechts een woonoppervlakte heeft van 124 in plaats van 150 m², te beoordelen naar het moment van de aankoop van de woning. Dit waardeverminderende aspect kan volgens het hof naar analogie van het arrest *Burger/Brouwer* ook worden omschreven als het deel van de koopsom dat zijn doel heeft gemist, namelijk verkrijging van redelijkerwijs te verwachten woongenot.²⁸ Deze benadering vindt geen genade bij de Hoge Raad, die ons een evidentie voorschotelt:

"De omvang van de schade die [verweerders] hebben geleden, dient te worden bepaald door vergelijking van de situatie waarin zij verkeren, met de situatie waarin zij zouden hebben verkeerd wanneer de onrechtmatige gedraging van [eiseressen] achterwege zou zijn gebleven, de situatie dus waarin [eiseressen] zich wel aan de NVM-meetinstructie zouden hebben gehouden en de verkoopinformatie een woonoppervlakte van 124 m² zou hebben vermeld. Ook in die hypothetische situatie zou de woning niet een woonoppervlakte van 150 m² hebben gehad. Het oordeel van het hof dat "de schade dient te worden bepaald door het waardeverminderende aspect (...) als gevolg van het feit dat de woning slechts een woonoppervlakte heeft van 124 m² in plaats van de in de verkoopbrochure vermelde woonoppervlakte van 150 m²" getuigt om die reden van een onjuiste rechtsopvatting."²⁹

De Hoge Raad geeft de verwijzingsrechter mee dat de omvang van de schade moet worden vastgesteld uitgaande van de hypothetische situatie dat de koper de woning niet had gekocht bij vermelding van de juiste oppervlakte, gemeten op basis van de NVM-meetinstructie, omdat het hof als vaststaand had aangenomen dat de koop niet zou zijn gesloten indien de koper de juiste woonoppervlakte was meegedeeld, wat in cassatie niet is bestreden. Na verwijzing belandt de zaak bij het hof 's-Hertogenbosch. Dat stelt vast dat, gelet op het belang van de netto woonoppervlakte voor de aankoopbeslissing en het aanzienlijke verschil tussen de onjuiste 150 m² en de correcte woonoppervlakte van 124 m², aannemelijk is dat de kopers door de meetfout een te hoge koopprijs hebben betaald voor de woning. En om dezelfde reden is aannemelijk dat andere kopers niet bereid zouden zijn geweest om de woning te kopen tegen deze koopprijs als zij over de juiste informatie hadden beschikt. Door de fout van de makelaar oversteeg de koopprijs dus de marktwaarde:

"In dat geval is het vermogen (...) als gevolg van de koop afgenomen, namelijk met het verschil tussen de door hen betaalde koopprijs (het vermogensbestanddeel waarmee hun vermogen is afgenomen) en de marktwaarde van de woning (het vermogensbestanddeel waarmee hun vermogen is toegenomen). Deze afname van hun vermogen zou zich niet hebben voorgedaan in de hypothetische situatie die in deze zaak als vaststaand heeft te gelden, namelijk de situatie dat [geïntimeerden] de koop niet hadden gesloten als zij over de juiste informatie hadden beschikt."³⁰

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

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10397, r.o. 5.8.

29. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8 m.nt. J.L. Smeehuijzen, r.o. 3.4.2.

30. Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:690, r.o. 3.4.3.

Zie ik het goed, dan wijkt de schadebenadering van het hof 's-Hertogenbosch niet wezenlijk af van die van het hof Arnhem-Leeuwarden. Beide zienswijzen lijken er uiteindelijk op neer te komen dat reeds vermogensschade wordt geleden zodra en voor zover iemand op het verkeerde been is gezet en daardoor 'boven' marktwaarde koopt, en dat latere ontwikkelingen voor het vaststellen van *die* schade geen rol (kunnen) spelen. Volgens mij is dit ook het meest redelijk, realistisch en doelmatig.³¹ Theoretisch spreekt de benadering ook aan: eerst zal moeten worden bepaald waarin de te vergoeden vermogensschade bestaat (hier: de vermogensvermindering die intreedt zodra en voor zover een koop wordt gesloten waarvan de prijs de waarde van het goed overstijgt) om op basis daarvan de vergelijkingsmaatstaf voor de begroting te bepalen (namelijk: het verschil tussen de prijs en de marktwaarde van de woning ten tijde van de verkoop). De schadeberekening is vervolgens consistent en overzichtelijk: het hof 's-Hertogenbosch schatte de marktwaarde van de woning ten tijde van de koop op € 175.000 zodat het vermogen van de koper met € 14.500 afnam toen de woning werd aangeschaft voor een koopprijs van € 189.500.³² Zie de conclusie van A-G Valk over de haast eindeloze complexiteit waarmee men wordt geconfronteerd wanneer wordt overgegaan tot het vergelijken van posities en vermogens zonder eerst ijkpunten te zoeken in de omlijning van de inhoud van het begrip (vermogens)schade.³³ Een parallelle thematiek is die van de 'transactiecausaliteit' bij misleiding van beleggers (denk aan situaties waarin door misleiding op de beurs effecten worden gekocht die bij kennis van de 'werkelijke waarde' niet of tegen een gunstiger prijs zouden zijn gekocht), met dien verstande dat daarbij de marktwaarde geïnfleteerd is en zich dus niet de situatie voordoet waarin door een verkeerde voorstelling van zaken de aankoopprijs de marktwaarde overstijgt.³⁴ In mijn proefschrift verdedig ik dat (ook) in dat verband de focus eerst moet liggen op de inhoudsbepaling van het begrip (vermogens)schade, en dat eerst daaruit de te maken vergelijkingsmaatstaf en het daarvoor te hanteren 'peilmoment' voortvloeien.³⁵

7. Winstderving door gehinderde uitbreiding productiecapaciteit

In de (buitengewoon langdurige) zaak *Vianen/Gabo* draait het om de vraag hoe de schade moet worden vastgesteld wanneer een bedrijf in 1976 een voorgenomen bedrijfsuitbreiding niet kan uitvoeren door de fout van een ander (een gemeente die niet (tijdig) de voor de uitbreiding benodigde grond levert).³⁶ Meer specifiek draait het in de schadestaatprocedure om de vraag of bij de schadevaststelling mag worden uitgegaan van

een peildatum in het verleden en – daarmee verband houdend – om de te hanteren disconteringsvoet (voor contantmaking van de 'toekomstige' schadebedragen) en de te berekenen wettelijke rente (vanaf de peildatum). De door het hof ingestelde Commissie van Deskundigen is van oordeel dat de schade moet worden vastgesteld volgens de zogenaamde 'economische benadering' en aan de hand van een 'hybride methode'. Zeer kort gezegd komt de economische zienswijze erop neer dat de te vergoeden vermogensschade is gelegen in het verlies van *ondernemingswaarde* als gevolg van de gebeurtenis. Waarde in financieel-economische zin bestaat in (de omvang van) de verwachte geldstromen op een bepaald moment. Om verlies van ondernemingswaarde vast te stellen dient de omvang van de verwachte geldstromen te worden bepaald voor de situatie met en zonder normschending (hier 'IST-' respectievelijk 'SOLL-scenario' genoemd). Om de waarde van de verwachte geldstromen uit te drukken dienen deze te worden contantgemaakt (gedisconteerd) naar een bepaald moment (de 'peildatum'). Die berekening geschiedt aan de hand van een disconteringsvoet, waarin volgens de deskundigen in deze zaak ook de factor *ondernemingsrisico* zou moeten meewegen. De door de deskundigen voorgestelde benadering is 'hybride' in die zin dat de

31. Zie over de worsteling in de praktijk met dit soort schades bijv. J.J.A. Braspenning, 'Uit de praktijk', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2021-3, p. 174-179.
32. Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:690, r.o. 3.4.7. Mij is overigens niet duidelijk waarom wettelijke rente wordt toegewezen vanaf datum dagvaarding en niet vanaf het moment waarop de schade is geleden en (daarmee) de aanspraak op vergoeding daarvan is geboren, maar wellicht hangt dit juist samen met het feit dat tussen partijen onduidelijkheid was over de wijze waarop de schade moet worden vastgesteld.
33. Conclusie A-G Valk voor HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8 m.nt. J.L. Smeehuijzen, nr. 3.14.
34. Zie daarover uitvoerig B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010 en A.C.W. Pijls, *Misleidende beursberichten. Kwesties van causaal verband en schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer (nog te verschijnen).
35. M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 260-262.
36. HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, *NJ* 2020/120 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Vianen/Gabo*).

schade weliswaar wordt bepaald naar het moment van schadeveroorzaking in 1976 (*ex ante*), maar rekening wordt gehouden met ontwikkelingen die sindsdien hebben plaatsgevonden (*ex post*). Dat deugt volgens het hof niet: een risico-opslag in de disconteringsvoet strookt niet met het uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade moet worden begroot en vergoed. Bij het contant maken van de kasstromen is volgens het hof geen ruimte voor een risico-opslag voor markt-, branche- en bedrijfsspecifieke risico's, als feiten en omstandigheden van na de schadeveroorzakende gebeurtenis zijn meegewogen om de hypothetische situatie daarzonder vast te stellen: een dergelijke opslag maakt de disconteringsvoet te hoog en leidt tot 'onderschatting' van de schade.³⁷

In cassatie draait het niet alleen om de vraag met welke disconteringsvoet de schade contant moet worden gemaakt, maar ook om de (voor) vraag of wel kan worden gewerkt met een kapitalisatiepeildatum die in het verre verleden ligt (1976). Wat betreft die laatste vraag persisteert de Hoge Raad bij de – in de literatuur scherp bekritiseerde, want theoretisch inconsequente – peildatumjurisprudentie die hij wees in de sfeer van de personenschade: de rechter heeft de vrijheid om geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Uitgangspunt blijft dat zoveel mogelijk de 'werkelijk geleden en te lijden schade' wordt begroot. Dat betekent dat de rechter niet slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over wat de toekomst zou kunnen brengen, maar dat het hem 'vrij staat' rekening te houden met feiten en ontwikkelingen die zich nadien daadwerkelijk hebben voorgedaan.³⁸ Wat betreft het schrappen van de risico-opslag overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk is, en dat het hof voldoende heeft gemotiveerd waarom het bij de schadebegroting is afgeweken van het rapport van de door hem benoemde deskundigen.

In cassatie is ook geklaagd dat het hof bij de keuze voor een peildatum in het (verre) verleden onvoldoende oog had voor de consequenties voor de wettelijke rente. De ondernemer zou minder schade vergoed krijgen dan hij in werkelijkheid heeft geleden als de disconteringsvoet (waarmee de bedragen eerst contant zijn gemaakt per peildatum) hoger is dan de wettelijke rente (waarmee het per peildatum verschuldigde schadebedrag vervolgens wordt vermeerderd). Dat effect zou worden vergroot indien bij het contant maken van de kasstromen wordt gewerkt met een *samengestelde* disconteringsvoet

en bij het vergoeden van rente met de onder het oude BW geldende *enkelvoudige* wettelijke rente. De klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet leiden tot cassatie wegens gebrek aan belang: de 'toepasselijke wettelijke rente' zou blijken het arrest van het hof immers nog onderdeel uitmaken van het voort te zetten debat tussen partijen. Uiteindelijk is het inderdaad vanwege de onder het oud BW geldende enkelvoudige wettelijke rente, waarvan volgens het hof nu eenmaal niet kan worden afgeweken, dat in 2020 de schadeberekening wordt aangepast en de peildatum in 1976 (alsnog) wordt verlaten.³⁹

Over de zaak is veel (meer) te zeggen, en dat heb ik bij eerdere gelegenheden ook al gedaan, met name met betrekking tot het 'onderliggende' begrip schade.⁴⁰ De uitspraken leren ons niet alleen dat waar het gaat om vaststelling van 'ondernemings schade' (gederfde winst, verlies van ondernemingswaarde) in Nederland een

37. Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, JOR 2017/339, m.nt. J. Joling.

38. HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, NJ 2020/120 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Vianen/Gabo*), r.o. 3.2.

39. Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2366, JA 2021/26. Dit werd overigens al voorzien door A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, NJ 2020/120 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Vianen/Gabo*), nr. 5.21, waar hij erop wijst dat het hof niet anders *kan* dan de enkelvoudige wettelijke rente toepassen, nu samengestelde berekening van wettelijke rente naar het tot 1 januari 1992 geldende recht niet is toegestaan.

40. Ik verwijs naar mijn proefschrift *Schadevaststelling en tijd*, hoofdstuk 8 en naar M.R. Hebly & A.C.W. Pijs, 'Schadevaststelling bij aantasting van de winstcapaciteit van een vennootschap als gevolg van wanprestatie', HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, RvdW 2019/933 (*Gemeente Vianen/X B.V.*), AV&S 2020-3, p. 113-119. Zie over de kwestie voorts onder meer P.M. Vos, 'Back to the future: begroting van toekomstige schade aan de hand van een ijkpunt in het verleden', *MvV* 2019-12, p. 439-444 en P.M. van der Zanden, 'Wijze van schadeberekening in geval van niet-nakoming van een verplichting jegens een onderneming', *TvOB* 2020-3, p. 82-96 en de verschillende annotaties die onder het arrest verschenen.

zekere kennislacune bestaat, en dat de peildatumjurisprudentie van de Hoge Raad aanleiding blijft geven tot juridische hoofdbreken, maar ook dat meer inzicht, helderheid en consistentere regels zouden bijdragen aan het voorkomen van langdurige procedures.⁴¹

8. Doorberekening van kartelschade, en het bestaansrecht van art. 6:100 BW

Het arrest *TenneT/ABB* is in meerdere opzichten belangwekkend.⁴² De zaak draait om schadevergoeding wegens mededingingsinbreuk: TenneT vordert van ABB vergoeding van de schade die zij lijdt door inbreuk van ABB op het kartelverbod. ABB verweert zich evenwel met een beroep op het ‘*passing on-verweer*’: TenneT betaalde als gevolg van het kartel weliswaar te veel voor een GGS-installatie, maar heeft geen aanspraak op schadevergoeding voor zover zij die hogere prijs op haar beurt heeft doorberekend aan haar afnemers (via de elektriciteitsprijs). Aan de Hoge Raad wordt de vraag voorgelegd of dit doorberekeningsverweer, dat inmiddels overigens een wettelijke basis heeft gekregen in art. 6:193p BW,⁴³ in aanmerking moet worden genomen bij de schadevaststelling of dat het hier gaat om een kwestie van voordeelstoerekening. Met deze vraag lijkt nogal wat op het spel te staan, aangezien het om verschillende leerstukken gaat die elk hun eigen juridische dynamiek kennen. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van het doorberekeningsverweer evenwel relativerend:

“Die stelling kan in beginsel worden betrokken zowel op het schadebegrip waarin de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden (art. 6:95-6:97 BW), als op de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW). Voor de beoordeling van een doorberekeningsverweer zijn dus twee benaderingen denkbaar. (...) Het maken van een keuze tussen de beide benaderingen is in zoverre niet van belang, dat door de benadeelde in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis behaalde voordelen in beide benaderingen in de toe te kennen schadevergoeding moeten worden betrokken voor zover dat redelijk is.”⁴⁴

Vervolgens gaat de Hoge Raad meer specifiek in op de voordeelstoerekening en komt hij uitdrukkelijk terug van eerdere uitspraken⁴⁵ waarin hij een strengere causaliteitsmaatstaf hanteerde:

“Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden

genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade (...). Daarvoor is allereerst vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Voorts dient het met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan ‘eenzelfde gebeurtenis’ bij voordeelstoerekening met toepassing van art. 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.”

Een en ander betekent dat de rechter vrij is te kiezen welke benadering hij volgt. In beide benaderingen gaat het er volgens de Hoge Raad uiteindelijk om dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.⁴⁶

41. De zaak in kwestie staat bekend als de ‘langst lopende rechtszaak van Nederland’. Zie bijv. ‘Bedrijf wint na 44 jaar rechtszaak en int 90 miljoen’, *Trouw* 15 december 2020.

42. HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann.

43. Deze bepaling implementeert de eerste volzin van art. 13 Richtlijn 2014/104/EU, dat voorschrijft dat de lidstaten ervoor zorgen dat de verweerder in een schadevorderingsgeding als verweer tegen een schadevordering kan aanvoeren dat de eiser de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend.

44. HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*TenneT c.s./ABB c.s.*), r.o. 4.4.1-4.4.2.

45. In HR 29 april 2011, *NJ* 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken (*Van der Heijden/Dexia Bank Nederland*) leek hij overigens reeds te neigen naar een minder strikte benadering.

46. HR 8 juli 2016, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann (*TenneT c.s./ABB c.s.*), r.o. 4.4.5.

TenneT/ABB is niet alleen een belangrijk arrest voor de (sterk Europeesrechtelijk gekleurde) sfeer van de kartelschade, maar lijkt ook een meer algemene boodschap te bevatten over de verhouding tussen schadevaststelling en voordeelstoerekening: door in één en hetzelfde arrest de toepassing van art. 6:100 BW te ‘herverkavelen’ tot een ‘bloot’ causaliteitsoordeel en een expliciete redelijkheidstoets⁴⁷ en bovendien toerekening van schade en toerekening voordeel te ‘synchroniseren’⁴⁸, heeft het er immers alle schijn van dat de Hoge Raad een nieuwe weg inslaat. Die weg spreekt op het eerste gezicht ook aan: ‘linksom, schadebegroting, of rechtsom, voordeelstoerekening, dient het resultaat hetzelfde te zijn en het regime daarmee ook’, aldus Hartlief.⁴⁹ Als gunstige vermogensgevolgen van een normschending inderdaad evengoed kunnen worden meegewogen bij de schadevaststelling, het beoordelingskader daarvoor niet wezenlijk verschilt en de keuze tussen beide leerstukken vanuit oogpunt van bewijs evenmin uitmaakt,⁵⁰ rijst de vraag of aan art. 6:100 BW uiteindelijk nog zelfstandig bestaansrecht toekomt. Volgens Hartlief moeten we er niet van uitgaan dat art. 6:100 BW in onbruik zal raken doordat de praktijk ook steeds kan kiezen voor de weg van art. 6:97 BW, al was het maar omdat onder de noemer van art. 6:100 BW al de nodige rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen met betrekking tot kostenbesparing, belastingvoordelen, verzekeringsuitkeringen, etc.⁵¹ Ook Lindenbergh speculeert over de toegevoegde waarde van art. 6:100 BW. Hij wijst erop dat in sommige gevallen de weg van art. 6:100 BW, en in andere gevallen schadevaststelling ‘van nature’ meer voor de hand ligt.⁵²

Ik betwijfel of schadevaststelling en voordeels-toerekening zozeer kunnen worden gelijkgeschakeld dat het niet uitmaakt welke benadering wordt gevolgd, en betwijfel dan ook of de Hoge Raad hier een wenselijke richting is ingeslagen. Met (de ruime interpretatie van) het arrest *TenneT/ABB* lijkt men over te hellen naar de visie dat opkomend voordeel de schade *rechtstreeks* vermindert, via een soort ‘directe automatische compensatie’.⁵³ Mijns inziens werkt de in art. 6:100 BW besloten liggende gedachte dat een gebeurtenis ‘naast schade tevens voordeel’ kan opleveren verhelderend: schade en voordeel zijn immers aan elkaar tegengestelde begrippen. Kwalificatie als voordeel plaatst gunstige (vermogens)gevolgen in een andere, volgende gedachtefase, die pas wordt betreden nadat in de eerste gedachtefase de schade als zodanig wordt vastgesteld. Bezien vanuit de systematiek van het schadevergoedingsrecht is dat ook het meest zuiver: toe te rekenen voordeel beïnvloedt de verschuldigde *schadevergoeding*, maar vermin-

dert niet de *schade*.⁵⁴ Niet alleen het begrip schade, maar ook het begrip voordeel kent immers een tijdsaspect, wat onder meer van betekenis is voor de rentekwestie: niet alleen het ontstaansmoment van schade is relevant, maar ook het moment waarop voordeel wordt genoten doet ertoe. Het verschil tussen schadevaststelling en voordeelstoerekening zal naar mijn inschatting dus wel degelijk worden gevoeld in situaties waarin de toe te rekenen nadelen en voordelen niet op hetzelfde moment worden geleden respectievelijk genoten, maar juist sprake is van een significant tijdsverloop daartussen. Een en ander blijkt ook uit een schadestaatprocedure na het arrest *TenneT/ABB c.s.*, waarin ABB wordt veroordeeld tot vergoeding van schade bestaande in de prijsopslag (‘overcharge’), welke schade telkens per gedeelte is geleden op de momenten waarop de prijsopslag is betaald – in casu ging die betaling in zeven termijnen –

47. In die bewoordingen S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, nr. 8.

48. Aldus W.H. van Boom, ‘Doorgeschoven kartelschade: schadeberekening of voordeelstoerekening?’, *Ars Aequi* 2017-1, p. 46.

49. T. Hartlief, W.H. van Boom, A.L.M. Keirse & S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 225.

50. Zie voor een bewijsrechtelijke verkenning van de ‘gelijkschakeling’ van voordeeltorekening en schadebegroting buiten gevallen van kartelschade J.A. Mohlmann & M.R. Fidler, ‘Kartelschade en het algemene schadevergoedingsrecht’, *MvV* 2016, p. 267-268.

51. T. Hartlief, W.H. van Boom, A.L.M. Keirse & S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 225.

52. S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, nr. 12. Zie ook in deze zin T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 80.

53. Vgl. Jac. Hijma, annotatie bij HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 (Vos/TSN), nr. 4.

54. M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 100. Vgl. Jac. Hijma, annotatie bij HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 (Vos/TSN), nr. 4.

en ten aanzien van elk deel waarvan de wettelijke rente vanaf die momenten loopt. De meerkosten worden daartegenover niet rechtstreeks maar geleidelijk aan verdisconteerd in de afnemersprijzen: het gaat immers niet om een (half)-product dat doorgeleverd is, maar om meerkosten voor een investering in bedrijfsmiddelen c.q. onroerende zaken. Het doorberekeningsverweer is hier evenwel niet gehonoreerd.⁵⁵

Dat het moment waarop voordeel wordt genoten van betekenis is lijkt de Hoge Raad na *TenneT/ABB* overigens zelf ook te onderkennen in de prejudiciële beslissing *Dexia/De Vries*, waarin het draait om voordeelstoerekening in effectenleasezaken en waarin de Hoge Raad overweegt dat ‘bij de schadebegroting’ voordelen uit verschillende bronnen een rol spelen, die op verschillende momenten kunnen zijn genoten, en dat het voor de uitkomst verschil kan maken per welk moment voordeelstoerekening plaatsvindt. Met betrekking tot effectenleasezaken, waarin het gaat voorkomende vermogensschade die een voortvarende afwikkeling naar uniforme maatstaven wenselijk maakt, instrueert de Hoge Raad evenwel om de tijdstippen waarop voordelen worden genoten *niet* in aanmerking te nemen.⁵⁶

9. Vermogensschade door aardbevingsrisico Groningen

9.1. Waardedaling: wel of niet ‘duurzaam’?

In 2019 beantwoordt de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen over aansprakelijkheid en (de omvang van) schadevergoeding in verband met aardbevingen en aardbevingsrisico's als gevolg van gaswinning uit het Groningenveld.⁵⁷ NAM heeft als aangesproken exploitant in het betreffende geding bij de rechtbank erkend dat zij aansprakelijk is op grond van art. 6:177 lid 1, aanhef en onder b, BW indien de schade is veroorzaakt door aardbevingen, maar daarmee is men er nog (lang) niet. Vanwege de beperkte insteek van deze bijdrage (focus op vragen omtrent de vaststelling van vermogensschade) zal ik hier alleen stilstaan bij de vragen omtrent waardedaling van woningen als gevolg van het *risico* op aardbevingen (vraag 7) en gedeerd woongenot (vraag 8).

De zevende prejudiciële vraag ziet op waardedaling van een woning door het *risico* op bodembeweging: moet die waardevermindering als zodanig worden aangemerkt als vergoedbare vermogensschade, ook als de schade zich nog niet heeft ‘gemanifesteerd’ bij verkoop van die woning, en zo ja: wat is de peildatum voor de begroting van die waardevermindering? In een eerdere procedure, waarin een groot aantal eisers vergoeding van deze schade vorderden van de NAM, oordeelden zowel rechtbank als hof dat

de eigenaren in beginsel aanspraak hebben op vergoeding van de schade die bestaat in de – als *duurzaam* aan te merken – waardevermindering van onroerende zaken in het aardbevingsgebied.⁵⁸ De Hoge Raad kiest in de (andere) prejudiciële procedure evenwel voor een andere koers. Nadat hij vooropstelt dat schade in beginsel moet worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, overweegt hij ten aanzien van de waardeverminderingsschade dat een – min of meer – stabiele situatie (een ‘geofysisch voldoende stabiele toestand’) vereist is, omdat alleen dan voldoende zeker is dat significante schommelingen in de waarde van de woning die samenhangen met het risico op bodembeweging, zullen uitblijven. Van een dergelijke ‘geofysisch voldoende stabiele toestand’ is volgens de Hoge Raad geen sprake in het Groningenveld, waardoor de omvang van de waardeverminderingsschade afhankelijk is van ‘nog niet voldoende bepaalbare gebeurtenissen of omstandigheden in de toekomst’. De Hoge Raad wijst in dit verband onder meer op het afbouwen maar nog niet geheel staken van de gaswinning en op recente aardbevingen.⁵⁹

Deze overwegingen zijn dubbelzinnig ten aanzien van de vraag waarin nu precies de te vergoeden schade bestaat en dat leidt mogelijk nog tot praktische en theoretische lastigheden. Vermogensschade in de vorm van waardevermindering van een woning komt volgens de Hoge Raad pas voor vergoeding in aanmerking als sprake is van

55. Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, *JOR* 2017/188 m.nt. M.H.C. Sinnighe Damsté en T. Thuijs, r.o. 4.9.

56. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, *NJ* 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

57. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. J. Spier (*Groningen*).

58. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, *JA* 2016/25, m.nt. J.W. Silvijs, r.o. 4.4.18 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, *JA* 2018/60, r.o. 8.1 e.v.

59. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. J. Spier (*Groningen*), r.o. 2.11.3-2.11.5.

een min of meer stabiele situatie, omdat dan voldoende zeker is dat significante waarde-schommelingen zullen uitblijven. Ik zie vooralsnog evenwel niet in wanneer en op welke wijze dan precies die waardevermindering zou kunnen intreden of althans zodanig 'stabiliseren' dat een vergoeding in beeld komt. Zie ik het goed, dan waren zowel rechtbank als hof in de eerdergenoemde procedure over waardeverminderingsschade juist tot de conclusie gekomen dat de waardevermindering zich weliswaar 'glijdend manifesteert', maar niettemin een duurzaam karakter heeft, wat gezien de ontwikkelingen in de afgelopen jaren juist lijkt.⁶⁰ De suggestie van de Hoge Raad dat de rechter in zaken als de onderhavige aan de benadeelde een voorschot kan toekennen (eventueel onder voorwaarden) indien voldoende aannemelijk is dat *uiteindelijk* schade zal worden geleden, lijkt vanuit praktisch oogpunt niet aantrekkelijk, en doet dan ook denken aan het beeld van Verheij dat schadevergoeding verwordt tot 'een soort gezelschapsspel' rondom verdere waardedalingen of juist waarde-stijgingen.⁶¹ Het ligt wat mij betreft niet voor de hand om zich te wagen aan een voorschotconstructie ten opzichte van een schadepost die met zoveel onzekerheid en onduidelijkheid is omkleed.

Ook vanuit theoretisch oogpunt spreekt de oplossing van de Hoge Raad niet aan: is niet juist het probleem dat de woningen in het aardbevingsgebied al enige tijd op een lager waardeniveau liggen vanwege aardbevingsrisico's, de waardevermindering zich 'glijdend manifesteert' en in zoverre juist allang 'economische realiteit' is? Waar de Hoge Raad in zijn eerdere rechtspraak veelal impliciet maar toch vrij consequent het begrip economische waarde (marktwaarde) hanteerde – de *baseline* van zijn zaakschadejurisprudentie is immers dat een eigenaar vergoedbare vermogensschade lijdt indien en voor zover een tot het vermogen behorende zaak als zodanig in waarde daalt door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – laat hij dat hier deels los door nadere eisen te stellen aan de vergoedbaarheid van een nog niet gerealiseerd verlies van marktwaarde.⁶² Wil men schadevergoedingsrechtelijk de hand op de knip houden, dan ligt het wat mij betreft voor de hand om het hier aan de orde zijnde vermogensnadeel als zodanig te erkennen, maar op te vatten als *zuiver* vermogensnadeel: er is immers geen sprake van fysieke aantasting van de woning zelf. Dat kan van betekenis zijn voor vragen van relativiteit ex art. 6:163 BW (strekt de aansprakelijkheidsnorm wel tot bescherming tegen schade anders dan door aantasting van personen en zaken?) en van toerekening in de zin van art. 6:98 BW (staat de 'zuivere'

waardevermindering (door marktsentiment, stigma etc.) in zodanig verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust dat deze hem als een gevolg van de gebeurtenis kan worden toegerekend?).⁶³

9.2. Gederfd woongenot

Tot slot de kwestie van gederfd woongenot in het Groningenveld. Aan de Hoge Raad wordt de vraag voorgelegd onder welke omstandigheden het gemis van onstoffelijk voordeel (het ongestoorde woongenot) waarvoor onnodige uitgaven (bijv. hypotheekrente, huur) zijn gedaan, kwalificeert als schade die in aanmerking komt voor vergoeding. De Hoge Raad overweegt dat als door (het risico op) bodembeweging het woongenot wordt aangetast, het daardoor gederfde woongenot vermogensschade is, eventueel door schatting te begroten.⁶⁴ Hoewel men zich ook hier kan afvragen of niet wordt gefinancierd wat in essentie immateriële schade is voor zover genot van de woning als zodanig eerder tot de immateriële sfeer moet worden gerekend, ligt het

60. Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, JA 2016/25, m.nt. J.W. Silvius, r.o. 4.4.15: aardbevingsrisico en daarmee samenhangende waardevermindering zijn 'redelijkerwijs als blijvend of duurzaam aan te merken'; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, JA 2018/60, r.o. 8.68: er is 'een redelijk stabiele situatie ontstaan, zodat het beter mogelijk is dan voorheen om het aardbevingsrisico in te prijzen'.
61. A.J. Verheij, 'Geldt het Burgerlijk Wetboek nog in Groningen?', *NJB* 2015/1250, p. 1738. Ook Spier lijkt weinig heil te zien in de door de Hoge Raad gepropageerde benadering waaraan, 'hoe sympathiek ook ten opzichte van slachtoffers, nogal wat haken en ogen zitten'. Zie zijn noot onder HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 (*Groningen*), nr. 8.
62. Zeer kritisch op dit punt is ook J.M. van Dunné, 'Vergoeding van waardedaling van woningen in rechtspraak en wetgeving - een 'achterhoedegevecht' of een 'frontliniekwestie'?', *NJB* 2020/5.
63. M.R. Hebly, 'Over vaststelling van zaakschade', *NTBR* 2020-1, p. 14.
64. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar zijn onder het oud BW gewezen arresten HR 29 januari 1937, ECLI:NL:HR:1937:184, *NJ* 1937/570 m.nt. E.M. Meijers (*Voorste Stroom III*), HR 31 december 1937, ECLI:NL:HR:1937:257, *NJ* 1938/518 m.nt. E.M. Meijers (*Studentensociëteit Unitas*) en HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, *NJ* 1994/670 (*St. Joseph*), r.o. 3.5.

voor de hand derving van woongenot aan te merken als vermogensschade.⁶⁵ Dat vergt mijns inziens geen al te grote denksprong voor zover voor het genot van een woning *gerichte uitgaven* zijn gedaan (huur, koopprijs, hypotheek), en dat genot vervolgens wordt gefrustreerd door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. In die situatie is meer betaald dan het genot van de zaak rechtvaardigt⁶⁶ – de gebeurtenis ‘verstoot’ hier de verhouding tussen gedane uitgaven en beoogd genot – en dan lijkt het mij juist om het nadeel van degene die ervoor heeft betaald te kwalificeren als vermogensschade.

Vanwege de grootschaligheid van de Groningse problematiek geeft de Hoge Raad een richtlijn voor de schatting van de schade. Als de bewoner ook eigenaar is, kan daarbij worden uitgegaan van het verschil in huur dat de woning zou opbrengen met en zonder het risico op aardbevingen. Als de bewoner huurder is, kan worden uitgegaan van het verschil tussen de marktconforme huur die met het risico op aardbevingen voor de woning betaald zou moeten worden, en de daadwerkelijk betaalde huur. Die benadering spreekt aan vanuit oogpunt van hanteerbaarheid en geeft duidelijk richting voor de praktijk. Daarmee is dit strijdpunt echter nog niet geheel beslecht: relevante (voor)vraag is immers wanneer sprake is van een zodanige mate van overlast of hinder dat sprake is van onrechtmatigheid. Voor het aannemen daarvan moet de overlast of hinder wat hevigheid betreft boven een bepaald niveau uitkomen, dat afhangt van alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard, de ernst en de duur van de overlast of hinder.⁶⁷ De lastigheid is om (ook) die ‘drempel’ in zo een massale kwestie op een hanteerbare wijze vast te stellen. Op dat punt heeft de Hoge Raad inmiddels ook een arrest gewezen.⁶⁸

10. Slot

De bespreking van deze acht recente arresten leert dat allerminst steeds duidelijk is op welke manier het nadeel van degene die door een normschending wordt geraakt moet worden gerelateerd aan het vermogen, en dat op dit punt regelmatig voor de rechtspraak belangrijke en ook verstrekkende rechtsvragen rijzen waarop de Hoge Raad – begrijpelijkerwijs – niet steeds een sluitend antwoord heeft. Wanneer het lastig wordt, dreigen verschillende leerstukken door elkaar te lopen (‘abstracte’ schadevaststelling (waardeverlies), schademoment (ingetreden of toekomstig), uitgaven die hun doel missen, schadevaststelling en voordeelstoerekening etc.) en kan de inzichtelijkheid en consistentie van het schadevergoedingsrecht in het gedrang komen. Deze arresten overziend, lijkt dat zich in het bijzonder voor te doen in twee typen gevallen. Ten eerste wanneer het nadeel erin bestaat

dat de benadeelde (achteraf gezien) *ergens te veel voor heeft betaald*: voor een woning door een meetfout, voor een installatie vanwege een kartel, voor woongenot vanwege aardbevingsrisico’s, voor personeel vanwege stroomuitval. Ten tweede wanneer onduidelijkheid bestaat of het bij de schadevaststelling draait om de *waarde van het getroffen object* en zo ja, hoe deze moet worden begroot: moet een waardevergoeding de benadeelde in staat stellen tot aanschaf van min of meer dezelfde auto?, op basis van welke tarieven voor (storings)herstel in eigen beheer moet de waardevermindering door kabelbeschadiging worden vastgesteld?, in hoeverre biedt de verloren gegane ‘boomwaarde’ een aanknopingspunt in geval van boombeschadiging?, vormt de verloren ondernemingswaarde de vergoedbare schade als een bedrijf de mogelijkheid wordt onthouden om uit te breiden?, vormt de enkele waardedaling van Groningse woningen door aardbevingsrisico’s reeds vergoedbare vermogensschade?

65. Zie bijv. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 56 en S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 87-89. Zie over de thematiek ook S.D. Lindenbergh, ‘Schadenfreude over “Freudenschaden”’. Over schadevergoeding wegens vergeefs gedane uitgaven en gemist onstoffelijk voordeel’, in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiter-tijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 137-150. Zie anders A.J. Verheij, ‘Heeft het leerstuk van uitgaven die hun doel hebben gemist wel toegevoegde waarde?’ *Verkeersrecht* 2021/116, p. 267-268, die in het algemeen geneigd lijkt dergelijke nadelen allemaal in de sfeer van de immateriële schade te plaatsen.

66. Vgl. Spier in zijn noot onder HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 (*Groningen*), nr. 9.

67. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier (*Groningen*), r.o. 2.12.

68. HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJB 2021/2731. Het betreft eisers van wie vaststaat dat zij bewoner zijn van een huis waaraan fysieke schade is ontstaan die is veroorzaakt of verergerd door aardbevingen. De Hoge Raad laat het oordeel in stand dat de door gaswinning veroorzaakte aardbevingen onrechtmatige hinder en overlast opleveren jegens bewoners van een huis dat ten minste eenmaal fysieke schade heeft opgelopen.