

Abstracties bij vaststelling van schade

S.D. Lindenbergh¹

1. Inleiding

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

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

En voorts:

Zoals reeds aangestipt, geeft de regel aan de rechter mede de vrijheid om tot een abstracte wijze van schadeberekening te komen. Op de vraag in welke gevallen deze op haar plaats is, is moeilijk een algemeen antwoord te geven. Dit antwoord is dan ook in beginsel aan de rechter overgelaten. Wel bevat het nieuwe wetboek voor een aantal belangrijke gevallen bijzondere regels op dit punt, met name in de artikelen 7.1.7.1-3 [art. 7:36-38, SDL], 8.5.2.14-15 [8:387-388, SDL] en 8.10.2.12 [8:903, SDL].⁵

Deze passages zijn – bewust – weinig richtinggevend.

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

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

³ Barendrecht 1985, p. 789.

⁴ MvA II, PG Boek 6, p. 339.

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

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

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

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

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

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

aan. Om de lezer niettemin enig houvast te bieden zullen de verschillende gevallen telkens aan de hand van de volgende vragen worden onderzocht:

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

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

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

2.1 Wanprestatie bij koop

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aan deze regeling valt op dat het verschil tussen de overeengekomen prijs en de marktprijs (dagprijs) slechts het vertrekpunt vormt (art. 36). Een redelijke feitelijk verrichte dekkingskoop (concrete maatregel van schadebeperking) die duurder uitvalt doet de schade verhogen (art. 37). Daarnaast kan meerschade voor vergoeding in aanmerking komen (art. 38). De benadeelde heeft bovendien een keuze tussen schadebegroting op de voet van art. 7:36 BW dan wel 7:37 BW.¹¹ De regeling laat in elk geval ook ruimte voor vergoeding van andere schade dan 'transactieschade', zoals schade die het gevolg is van levering van een ondeugdelijke partij waarbij het gebrek zich pas later manifesteert.¹² Zij laat, zo leert de rechtspraak, ook ruimte voor begroting op het verschil in koopprijs en waarde ten tijde van de niet-nakoming in geval een onroerende zaak niet is geleverd of een geleverde onroerende zaak behept is met een gebrek.¹³

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

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

¹¹ Aldus uitdrukkelijk HR 6 maart 1998, *NJ* 1998, 422, m.nt. A.R. Bloembergen (Interfood/Lycklama). Vgl. over het arrest ook D. Dokter, *NTBR* 1998/9, p. 345 e.v., die ook voor de aansprakelijke een keuzemogelijkheid bepleit, in die zin dat deze tegen vergoeding op basis van de marktprijs kan aanvoeren dat de benadeelde in feite een goedkopere dekkingskoop heeft gesloten. Los van het veelal waarschijnlijk onoverkomelijke bewijsprobleem lijkt me deze gedachte niet juist. Een eventueel voordeel op dit punt moet immers aan de inspanningen of het vernuft van de benadeelde worden toegeschreven.

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

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

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

2.2 Beschadiging van roerende zaken

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

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

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

Evenals bij de hiervoor geschetste gevallen van koop wordt de blik gericht naar het niveau van het vermogen van de benadeelde. Op dit niveau wordt vervolgens geabstraheerd van het antwoord op de vraag of daadwerkelijk herstel heeft plaatsgevonden en van de concrete kosten van herstel, althans voor zover die lager zijn dan de objectieve herstelkosten.¹⁷ Voor toepassing van de regel wordt wel als voorwaarde geformuleerd dat het herstel mogelijk en verantwoord is. Voor wat

¹⁴ De bepalingen komen voort uit de LUVI.

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

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

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

betreft het eerste (onmogelijk) denke men aan dieren of planten, voor wat betreft het tweede (onverantwoord) geldt als vertrekpunt de economische maatstaf: is de waarde na herstel lager dan de waarde van de beschadigde zaak vermeerderd met de kosten van herstel, dan is herstel economisch niet verantwoord.

Naast deze objectieve herstelkosten heeft de benadeelde aanspraak op vergoeding van andere schadeposten. Men denke aan resterend waardeverlies na herstel, ook al 'realiseert' hij dat niet omdat hij niet verkoopt.¹⁸ Hier wordt geabstraheerd van de vraag of het verlies door de waardevermindering door verkoop wordt gerealiseerd en, doordat de schade naar het moment van beschadiging wordt begroot, ook van het feit dat deze schade door tijdverloop wegebt.¹⁹ Ten aanzien van autoschades, waar deze kwestie vooral speelde, is het probleem in de praktijk intussen verdwenen.²⁰ Voor wat betreft verdere schadeposten op vergoeding waarvan de benadeelde aanspraak kan maken valt te denken aan – verdere – bedrijfsschade, expertisekosten, kosten van verhaal en wettelijke rente.²¹

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

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

Vertrekpunt is dus in elk geval vergoeding van de marktwaarde.²⁵ In de literatuur wordt aangenomen dat deze laatste 'regel' (waardevergoeding in plaats van reparatiekosten) uitzondering kan lijden, bijvoorbeeld als de eigenaar de zaak al had doorverkocht voor een hogere prijs, in welk

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

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

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

²¹ Salomons 1993, nr. 22 e.v.

²² Bloembergen. diss. 1965, nr. 38.

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

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

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

geval die hogere prijs de maatstaf vormt.²⁶ Ook valt te denken aan het geval dat de marktwaarde van de zaak gering, maar de affectieve waarde die eraan wordt gehecht groot is (een huisdier) of de benadeelde een ander bijzonder belang heeft bij herstel.²⁷ In de meer recente rechtspraak ziet men als voorbeeld vergoeding van de aanschafwaarde van een nieuwe inboedel in het geval de oude door andermans fout verloren is gegaan.²⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

en met de keuze voor abstractie van herstel ligt het moment van ontstaan in beginsel vast). In geval van autoschades heeft de Hoge Raad recentelijk de motieven voor abstractie expliciet verwoord:

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

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

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

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

2.3 Beschadiging van onroerende zaken

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

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

³⁶ Zie over dit aspect nader onder 4.1.

Ten aanzien van de vergoeding bij beschadiging van onroerende zaken (brand, milieuverontreiniging, etc.) wordt door de Hoge Raad eenzelfde vertrekpunt gehanteerd als ten aanzien van roerende zaken, maar hij laat ook uitdrukkelijk ruimte voor een uitzondering. Hij stelt voorop:

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

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

De Hoge Raad voegt de volgende nuancering toe:

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

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

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

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

Een zuiver economische maatstaf (waardevermindering versus kosten van herstel) voldoet hier waarschijnlijk maar zelden. Dat zal samenhangen met het verschil tussen onroerende zaken en (althans bepaalde) roerende zaken.⁴⁰ Daarbij speelt ook een rol dat vervanging verplaatsing impliceert, met alle gevolgen (en kosten) van dien.⁴¹

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

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

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

2.4 Inspanningen tot verpleging en verzorging, huishoudelijke taken

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

De aanzet vormde het arrest inzake Johanna Kruidhof, dat betrekking had op vergoeding van de tijd die de ouders hadden besteed aan de verpleging en verzorging van hun met ernstige brandwonden verwonde elfjarige dochter. De Hoge Raad overwoog:

De redelijkheid brengt in een dergelijk geval mee dat het de rechter vrijstaat bij het beantwoorden van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door [professionele, betaalde] hulpverleners worden vervuld, dat de ouders jegens

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

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

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

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

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

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

het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen kunnen doen gelden, en dat zij – zoals hier – in staat zijn die taken te vervullen zonder daardoor inkomsten te derven.⁴⁶

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

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

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

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

Aldus wordt ten aanzien van de bepaling van de schade van de kinderen niet alleen geabstraheerd van de omstandigheid dat er geen kosten zijn gemaakt ter zake van vervangende hulp, maar ook van de omstandigheid dat er een nieuwe partner is opgekomen.⁵⁰ Heeft de overblijvende ouder als gevolg van extra inspanningen in het kader van de verzorging en opvoeding van de kinderen (wel) inkomsten gederfd, dan geldt het volgende:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Als motieven voor de abstracties noemt de Hoge Raad ‘de redelijkheid’ en ‘zowel op praktische gronden als om redenen van billijkheid’.⁵⁷ Ook in deze gevallen kan worden gezegd dat met de abstractie de financiering van een redelijke herstelmaatregel wordt veiliggesteld en dat het voor eigen rekening nemen van de lasten daarvan niet ten voordele van de aansprakelijke mag dienen.

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

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

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

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

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

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

6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn.⁵⁸

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

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

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

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

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

2.6 Wettelijke rente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die fixatie is bovendien hard:

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

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

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

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

2.7 Overige gevallen

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

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

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

Een (heel) ander voorbeeld vormt het arrest inzake Vos/TSN, dat schadevergoeding na wanprestatie in een duurovereenkomst betrof en waarin de aansprakelijke de benadeelde tegenwierp dat op de

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

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

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

te vergoeden schade wegens gederfde winst in mindering moest worden gebracht hetgeen de benadeelde nu uit alternatieve transacties aan winst kon genereren. Het hof oordeelde:

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

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

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

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

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

⁶⁸ NJ 2011, 43, oordeel hof, rov. 48.

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

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

aansprakelijke wordt een verweer ter zake van door vernuft of handelspositie van de benadeelde opgekomen voordelen ontzegd teneinde de vergoeding van het positief contractbelang te waarborgen.

3. Wanneer vindt (uitdrukkelijk) geen abstractie plaats?

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

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

Een illustratie vormt een geval van letselschade waarin ter zake van begroting van in de toekomst te maken kosten (van protheses e.d.) werd gekozen voor kapitalisatie tegen een moment in het verleden. Ontwikkelingen die zich sinds de gekozen kapitalisatiedatum en het moment van de begroting hadden gerealiseerd dienden volgens de Hoge Raad in de begroting te worden betrokken:

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

en:

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

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

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

⁷³ HR 30 november 2007, *LJN* BA4606, *NJ* 2012/613.

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

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

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

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

3.2 Overige gevallen

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

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

⁷⁵ Noot, *NJ* 1979, 482 sub 1.

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

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

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

Geen 'normering' of abstractie vond ook plaats ten aanzien van in aftrek te nemen vrijkomende arbeidskracht van oesterkwekers in verband met te berekenen bedrijfsschade bij toepassing van de Deltaschadedewet, 'omdat daarvoor in deze wet geen aanknopingspunt is te vinden'.⁷⁹ Evenmin vond abstractie plaats ten aanzien van geleden omzetverlies als gevolg van bedrijfsstagnatie door beschadiging van een krachtstroomkabel ('Geen rechtsregel brengt immers mee...').⁸⁰ Deze motiveringen zijn niet erg indrukwekkend. Zij illustreren hooguit dat abstractie uitzondering is.

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

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

Ten slotte werd geen abstractie van 'werkelijk geleden schade' toegelaten in een geval van overname van pensioenverzekeringen waarbij door de oorspronkelijke verzekeraar onvoldoende was gereserveerd. De schade van de verzekerde werd gesteld op het bedrag dat aan de opvolgend

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

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

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

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

⁸² Vgl. zijn noot onder het arrest.

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

verzekeraar moest worden bijbetaald en niet, zoals was bepleit, op de omvang van het tekort aan opgebouwde reserve.⁸⁴

4. Evaluatie

4.1 Wat is abstractie?

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

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

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

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

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

⁸⁶ Zie daarover Bloembergen 1965, nr. 29.

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

⁸⁸ *MvA* II, PG Boek 6, p. 339.

⁸⁹ Barendrecht 1985, p. 790.

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

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

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

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

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

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

Hier tekent zich het normatieve karakter af van het (juridische) begrip schade en van het abstraheren. Het lijkt een misverstand dat bij abstractie in het kader van vaststelling van schade telkens wordt geabstraheerd van het bestaan van 'werkelijke' schade. Dat is alleen het geval in uitzonderingsgevallen, zoals soms (veelal zal ook daar wel degelijk daadwerkelijk schade zijn geleden) bij de wettelijke rente, en tot op zekere – zij het geringere – hoogte bij de begroting op winst in de zin van art. 6:104 BW. Het is niet het geval bij de abstractie van daadwerkelijk herstel bij zaaksbeschadiging en evenmin bij de abstractie van het maken van kosten voor huishoudelijke hulp of verzorging bij verwonding. In die gevallen dient de abstractie er vooral toe om de aansprakelijke het verweer te ontzeggen dat geen schade is geleden, omdat deze niet 'zichtbaar'⁹⁶ is gemaakt of is 'gerealiseerd' door (hogere) uitgaven of verminderde inkomsten. De gedachte daarachter is dat het redelijker is de aansprakelijke te belasten met vergoeding van de marktwaarde van de in kwestie benodigde prestatie, dan het nemen van verlies of het verrichten van vervangende prestaties door de benadeelde voor diens rekening te laten door te zeggen dat er in werkelijkheid geen schade is.

⁹¹ MvA II, PG Boek 6, p. 339.

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

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

⁹⁴ Noot NJ 1988, 965.

⁹⁵ Royer 1969, p. 52.

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

Men kan het ook vanuit (rechts)economisch perspectief bekijken: de aansprakelijke moet opkomen voor de werkelijke lasten van zijn handelen en deze mogen niet 'bedekt' blijven als gevolg van eigen inspanningen van de benadeelde.

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

Iets anders is dat abstractie wel in verband kan worden gebracht met normering. Normering dient er doorgaans toe om voor een grote groep van gevallen een standaard te zetten om geschillen te voorkomen of beperken. Daarbij vormt doorgaans het gangbare, normale, de maat en, wil normering in die zin effectief zijn, veelal ook de uiteindelijke standaard.⁹⁹ In die zin wordt bij normering geabstraheerd van individuele omstandigheden van de benadeelde in kwestie.¹⁰⁰ Aldus kan met abstractie ook worden 'gestuurd': door vooraf kenbaar te maken wat – in ieder geval – als schade wordt aangemerkt, kunnen partijen hun onderhandelingen daar naar inrichten. Dat is een groot voordeel van de 'normerende' kant van abstractie. Het lijkt er bijvoorbeeld op dat abstractie eraan heeft bijgedragen dat over autoschades nagenoeg nooit meer wordt geprocedeerd. Meer in het algemeen valt te signaleren dat de praktijk aan richtlijnen op het punt van schadevaststelling behoefte heeft en er soms ook zelf in voorziet.¹⁰¹ Ook de wetgever kiest er soms voor, zo leert de recente regeling inzake geconvenieerde incassokosten.¹⁰² Nu de Hoge Raad zijn sturende taak in rechtsvorming steeds belangrijker gaat vinden, biedt dat voor het onderhavige terrein misschien perspectief. Bezien we evenwel de rechtspraak op het gebied van (door de Hoge Raad zelf uitdrukkelijk gekwalificeerd als schade)vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag,¹⁰³ een terrein waarop in de lagere rechtspraak een uitdrukkelijke behoefte aan normering was geuit, dan blijkt niettemin dat doelmatigheid op dit gebied niet heilig is.

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

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

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

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

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

¹⁰² Vgl. art. 6:96 lid 4 BW.

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

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

Het perspectief van de objectieve kosten van redelijke herstelmaatregelen lijkt dus een terugkerend element: het wordt als vertrekpunt gekozen bij wanprestatie bij koop, bij beschadiging van roerende en onroerende zaken, bij verzorgingsinspanningen en in essentie ook bij de wettelijke rente, die immers is gebaseerd op de kosten van lening van een vervangende geldsom.¹⁰⁶ Abstractie in de vorm van begroting op door de aansprakelijke genoten winst (art. 6:104 BW) vormt in dit opzicht een uitzondering, maar dat komt omdat deze vorm van begroting gewoon een volstrekt ander perspectief (dan geleden nadeel) kiest.

4.2 Consequenties van abstracties

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

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

Hiervoor is telkens gesteld dat de abstracties ertoe leiden dat de aansprakelijke verweren worden onthouden. Dat illustreert het normatieve karakter ervan: bij de vaststelling van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt worden telkens waarderende keuzes gemaakt die mede worden ingegeven door de aansprakelijkheid van de veroorzaker. Is de abstractie in de vorm van een fixatie

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

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

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

gegoten, dan bindt zij beide partijen. Is dat niet het geval, dan komt de vraag op of de benadeelde mag kiezen voor concretisering. Omdat hij niet zal willen concretiseren als dat leidt tot een lagere vergoeding dan bij abstractie ('ik heb in eigen bedrijf gerepareerd en dat was goedkoper dan de objectieve herstelkosten'), gaat het in feite bijvoorbeeld om de vraag of de benadeelde aanspraak kan maken op meer dan de objectieve herstelkosten of op meer dan de kosten van een professionele hulpverlener wanneer hij in werkelijkheid meer kosten heeft gemaakt. (In art. 6:104 BW ligt in feite een keuze van de benadeelde voor de desbetreffende abstractie besloten, voelt hij daar niet voor, dan vordert hij gewoon vergoeding op basis van zijn schade.) De rechtspraak laat mijns inziens telkens toe dat de benadeelde aanspraak maakt op meer. Hij zal dan wel hebben uit te leggen waarom dat meerdere redelijk is, omdat de objectieve herstelkosten in beginsel een redelijk vertrekpunt zullen vormen. De rechtvaardiging kan worden gevonden in de basisgedachte van het schadevergoedingsrecht: de aansprakelijke moet de benadeelde zoveel mogelijk feitelijk brengen in de situatie waarin deze zich zonder de normschending zou hebben bevonden, althans hij zal de benadeelde daartoe financieel in de gelegenheid moeten stellen. Kosten die de benadeelde in dat kader maakt kunnen worden gezien als kosten ter beperking van zijn (bijvoorbeeld gevolg)schade en die komen binnen het kader van de – dubbele – redelijkheidstoets volgens art. 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking. Gelet op het feit dat de benadeelde door de aansprakelijke in deze positie is gebracht, mogen aan de redelijkheid van de genomen beslissingen geen al te hoge eisen worden gesteld en zal het feit dat de daadwerkelijk gemaakte kosten de objectieve herstelkosten overstijgen niet meebrengen dat deze reeds daarom onredelijk zijn.¹⁰⁷

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

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

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

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

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

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

4.3 Ratio van abstractie

De eerder geïnventariseerde rechtspraak laat zien dat de keuze voor abstractie doorgaans bescheiden is gemotiveerd. Redelijkheid, billijkheid en doelmatigheid lijken de sleutelwoorden. In de literatuur zijn verschillende argumenten voor abstractie aangevoerd. De meeste schrijvers voeren doelmatigheid of efficiëntie aan: omdat het gaat om grote aantallen vergelijkbare gevallen, is het doelmatig het 'gangbare' tot uitgangspunt te nemen en te bezien hoe groot in het algemeen de schade is van een benadeelde in een met die van de schuldeiser vergelijkbare positie.¹¹¹ Bezien we de hiervoor vergeleken gevallen goed, dan lijkt het element van de grote aantallen niet zozeer, en zeker niet telkens, doorslaggevend. Bij autoschades zijn de aantallen ongetwijfeld relevant en hetzelfde geldt voor de wettelijke rente. Maar bij de meeste voorbeelden van abstractie moet worden bedacht dat de individuele omstandigheden van de benadeelde toch in belangrijke mate een rol spelen: ook bij autoschades gaat men niet uit van een gemiddelde beschadiging van een gemiddelde auto, maar telkens van de waardevermindering in de vorm van objectieve reparatiekosten van de in het specifieke geval in de specifieke mate beschadigde auto. Hooguit kan men zeggen dat door de gebruikelijkheid van reparaties de objectieve herstelkosten betrekkelijk eenvoudig zijn vast te stellen. In geval van abstractie bij huishoudelijke hulp zou men misschien kunnen zeggen dat de situatie geregeld voorkomt, maar de rechtvaardiging voor abstractie in deze gevallen lijkt toch vooral daarin te zijn gelegen dat de benadeelde in beginsel professionele hulp mag aantrekken en dat het daarom gerechtvaardigd is om de prijs daarvan tot vertrekpunt te nemen.

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

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

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

De gedachte dat de oriëntatie op objectieve kosten van herstel samenhangt met de herstelfunctie van het schadevergoedingsrecht, is met name gesignaleerd door Barendrecht.¹¹⁵ Hij benadrukt dat het bij schadevergoeding in essentie telkens gaat om de vraag welke herstelmaatregelen redelijk

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

¹¹² De Groot 1980, p. 49-58.

¹¹³ De Groot 1980, p. 53.

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

¹¹⁵ Barendrecht 1985, p. 789 e.v.,

zijn. Ik denk dat hij daarmee een belangrijk element blootlegt, maar nog niet direct verklaart waarom de herstelfunctie rechtvaardigt dat, zoals bij zaaksbeschadiging, mag worden geabstraheerd van daadwerkelijk herstel.

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Afronding

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

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

6. Vraagpunten voor het debat

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

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

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

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

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

Literatuur

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013

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

Barendrecht 1985

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

Barendrecht & Storm 1995

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

Bloembergen 1965

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

Brunner 1997

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

Deurvorst 1996

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

Van Duijvendijk-Brand 2010

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

Engelhard 2008

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

De Groot 1980

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

Hamaker 1980

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

Hartlief 2008

- T. Hartlief, 'Vergoeding van overlijdensschade: abstract of concreet', *AA* 2008, p. 896-901
- Klaassen 1997
- C.J.M. Klaassen & A.J. Akkermans, *Het moment van het ontstaan van schade*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 1997, p. 1-43
- Klaassen 2007
- C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Monografieën BW B35, Deventer 2007
- Krans 1999
- H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. leiden), Deventer 1999
- Rutten 1964
- L.E.H. Rutten, 'Het recht op schadeloosstelling van de eigenaar van een auto welke als gevolg van een aanrijding een waardevermindering heeft ondergaan', *VR* 1964, p. 73-81
- Salomons 1993
- R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade*, Monografieën Nieuw BW, Deventer 1993
- Van der Schans 2007
- E. van der Schans, 'Nadeelcompensatie en schadebegroting: de rekening en het recht', *O&A*, 2007/107
- Schut 1966
- G.H.A. Schut, 'Boekbespreking diss. Bloembergen', *RM Themis* 1966, p. 172-181
- Schut 1966a
- G.H.A. Schut, 'Abstraheren als methode van rechtsvinding', *AA* 1966, p. 250-260
- Spier 1995
- J. Spier, 'Ongerechtvaardigde consequenties van abstracte en concrete schadeberekening', *WPNR* 6199 (1995), p. 711-712
- Tolman 2005
- M.J. Tolman, 'Keuzevrijheid in het zaakschaderecht', *AV&S* 2005/16, p. 93 e.v.
- Vis 2011
- G.G.J. Vis, 'Wettelijke rente, tijd om het zwaard opnieuw te slijpen?', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake Remedies*, Den Haag 2011, p. 147-168
- Zwitser 1980

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

Zwitter 1999

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