

60

Wettelijke rente over kansschade?

Rechtbank Den Haag
 19 januari 2022, nr. C/09/556424 / HA ZA
 18-780, ECLI:NL:RBDHA:2022:189
 (mr. Ritsema van Eck-Van Drempt)
 Noot mr. dr. M.R. Hebly

**Kansschade. Proportionele aansprakelijkheid.
 Wettelijke rente.**

[BW art. 6:119 lid 1, 6:162]

Deze schadestaatprocedure draait om de omvang van de schade die de benadeelde heeft geleden door het niet-nakomen door de gemeente van haar toezegging dat zij de voormalige dienstwoning bij een gemaal met de bestemming 'woondoeleinden' zou opnemen in een ontwerpbestemmingsplan. Die bestemming was nodig om het voormalig gemaal om te bouwen tot woning en daarmee uiteindelijk een waardestijging te realiseren. Omdat onzeker is of de Raad en Gedeputeerde Staten in 1992 wel hun medewerking zouden hebben verleend aan deze bestemming, maar de kans dat dit was gebeurd niet nihil en ook niet zeer klein was, komt hier de figuur van de kansschade in beeld. De rechtbank bepaalt de kans dat het bestemmingsplan met inbegrip van de benodigde woonbestemming tot stand zou zijn gekomen op 60%. Uitgaande van hypothetische verkoop in 2012 begroot de rechtbank het hypothetische voordeel van waardestijging op € 385.213, waarvan 60% voor vergoeding in aanmerking komt. Over dat bedrag (€ 231.127,80) is wettelijke rente verschuldigd vanaf 1 juli 2012 omdat, hoewel de schade is 'ingetreden' op 1 juli 1997, deze zich in de hypothetische situatie 'verwezenlijkt' op 1 juli 2012.

[eiser],
 wonende te [woonplaats], [land],
 eiser,
 advocaat mr. F.P. van Galen te Leiden,
 tegen
 De Gemeente Zoeterwoude, te Zoeterwoude,
 gedaagde,

advocaat mr. J. van Weerden te Den Haag.
 Partijen zullen hierna [eiser] en de Gemeente genoemd worden.

1. De procedure
 (...)

2. De verdere beoordeling

2.1. De rechtbank wijst eindvonnis in deze schadestaatprocedure over de omvang van de schade die [eiser] heeft geleden als gevolg van het niet-nakomen door de Gemeente van haar toezegging dat zij de voormalige dienstwoning bij het gemaal met de bestemming 'woondoeleinden' zou opnemen in het ontwerp bestemmingsplan Landelijk Gebied 1989.

Het rapport van Geleijns

2.2. De rechtbank heeft met het oog op het bepalen van de omvang van de schade een deskundigenbericht bevolen en als deskundige de heer mr. G.E. Geleijns RT RM (hierna ook: de deskundige) benoemd. De deskundige zijn de volgende vragen voorgelegd:

1) Wat is de marktwaarde van het perceel zonder bouwbestemming in de huidige staat per 1 juli 2012 minus de marktwaarde van het perceel zonder bouwbestemming in de huidige staat per 1 juli 1997 (wat is de waardestijging in de feitelijke situatie)?

2) Wat zou de marktwaarde van het perceel met bouwbestemming en bebouwing, uitgaande van oplevering van bebouwing conform het bouwplan uit 1998 op 1 juli 1997, per 1 juli 2012 minus de marktwaarde van het perceel met bouwbestemming en bebouwing, uitgaande van oplevering van bebouwing conform het bouwplan uit 1998 op 1 juli 1997, per 1 juli 1997 zijn geweest (wat zou de waardestijging zijn geweest in de hypothetische situatie)?

3) Wat zijn de (ontwikkel)kosten van het perceel met bouwbestemming en bebouwing, uitgaande van oplevering van bebouwing conform het bouwplan uit 1998 op 1 juli 1997, per 1 juli 2012 minus de (ontwikkel)kosten van het perceel zonder bouwbestemming in de huidige staat per 1 juli 2012?

4) Wat is op basis van de beantwoording van de vragen 1) – 3) de schade van [eiser] bestaande uit vermogensverlies doordat de waardestijging tussen 1 juli 1997 en 1 juli 2012 niet is gerealiseerd (gemiste baten) en minder ontwikkelkosten zijn

gemaakt (opkomend voordeel) als gevolg van het niet nakomen van de toezegging van de Gemeente in 1992?

5) Heeft u nog overige opmerkingen die voor de beoordeling van de zaak van belang kunnen zijn?

2.3. Tijdens de mondelinge behandeling van 13 september 2021 heeft de deskundige zijn rapport nader toegelicht. De vragen van de rechtbank waren voor de deskundige niet geheel duidelijk. Hij heeft de vragen van de rechtbank zo opgevat dat is bedoeld om een berekening te maken van de residuele grondwaarde van het perceel en op basis van de waardeontwikkeling volgens die methode de schade te berekenen. Hij komt uit op een schade van € 200.000.

2.4. De rechtbank heeft ter zitting haar bedoeling met de gestelde vragen nader toegelicht. Hierover vermeldt het proces-verbaal het volgende:

“Ik [lees: De deskundige, rechtbank] hoor u uitleggen dat de rechtbank met haar vragen beoogd heeft te kunnen komen tot een berekening van de schade van [eiser] als gevolg van het onrechtmatig handelen van de Gemeente. U schetst dat in het tussenvonnis is uitgegaan van één moment waarop de schade is ontstaan, de peildatum 1 juli 1997 en dat vervolgens rekening wordt gehouden met een aantal omstandigheden die in het tussenvonnis zijn verwoord, waaronder, in de hypothetische situatie dat de Gemeente géén fout zou hebben gemaakt, verkoop van de grond met bebouwing per 1 juli 2012. U zegt dat in de hypothetische situatie in 1997 derhalve sprake van grond met bebouwing met een bepaalde waarde en dat vervolgens de waarde van die grond met bebouwing is gestegen, waarbij u voor de schadeberekening een punt zet per 1 juli 2012. Daarnaast geeft u aan dat volgens de rechtbank in de hypothetische situatie rekening gehouden moet worden met ontwikkelkosten die [eiser] gemaakt zou hebben om de bebouwing te realiseren en die hij nu in de feitelijke situatie niet heeft hoeven maken.”

2.5. De deskundige heeft daarna ter zitting opgemerkt dat, ook als hij de vragen niet goed heeft begrepen, de rechtbank mogelijk wel kan beslissen over de schadeomvang aan de hand van de gegevens uit het rapport. De rechtbank deelt die opvatting. Het rapport bevat voldoende feitelijke gegevens om te komen tot een berekening van de schade van [eiser].

2.6. Partijen zijn het ermee eens dat het rapport van de deskundige de bouwstenen bevat om te komen tot een schadeberekening. Wel bestrijden

zij de inhoud van die bouwstenen, oftewel de juistheid van de door de deskundige gebruikte feitelijke gegevens.

2.7. Nadat [eiser] op het concept-rapport heeft gereageerd en de deskundige het rapport op onderdelen heeft aangepast, heeft [eiser] een aantal bezwaren in zijn conclusie na deskundigenbericht gehandhaafd. Tijdens de Skypezitting heeft [eiser] in reactie op de aan de deskundige ter zitting gestelde vragen die bezwaren nog nader toegelicht. Zijn bezwaren zien, kort gezegd, op de vaststelling in het rapport van de gebruiksoppervlakte en de ontwikkelkosten van de woning.

2.8. Nadat de Gemeente zich over het concept-rapport heeft uitgelaten en de deskundige daarop een reactie heeft gegeven in zijn rapport, heeft de Gemeente bij conclusie na deskundigenbericht nog enkele opmerkingen gemaakt.

2.9. De rechtbank neemt, bij de beantwoording van de vraag of zij de deskundige op de door partijen opgeworpen bezwaarpunten in haar beslissing zal volgen, alle ter zake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking en toetst op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang of er aanleiding bestaat om van het rapport af te wijken. Hierbij acht zij van belang of de bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van de zienswijze van de deskundige¹. De rechtbank neemt ook in aanmerking dat sprake is van een in hoge mate (taxatie)technische kwestie, waarbij de deskundige bij uitstek degene is die zich daarover kan uitlaten en ter zake ook taxatiekundige beoordelingsvrijheid heeft.

2.10. [eiser] stelt zich op het standpunt dat de deskundige is uitgegaan van een te kleine gebruiksoppervlakte van de woning. De rechtbank overweegt dat de deskundige de gebruiksoppervlakte van de woning heeft vastgesteld die [eiser] in de hypothetische situatie zou hebben gebouwd. Hij is hierbij uitgegaan van een “gebruiksoppervlakte wonen” van 195 m², terwijl dat volgens [eiser] 241 m² had moeten zijn. De enkele omstandigheid dat de deskundige is uitgegaan van 46 m² minder gebruiksoppervlakte wonen dan [eiser] meent dat had moeten gebeuren, brengt niet zonder meer mee dat de uitkomst van de waardering anders had moeten zijn. De gebruiksoppervlakte is weliswaar een element dat van belang is voor de

1 Vgl. HR 17 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:279

waardebepaling van een woning, maar ook andere elementen spelen een belangrijke rol zoals ligging, bouwaard, bouwkwaliteit en ontsluiting van de woning. Ter zitting heeft de deskundige meegedeeld dat de waardebepaling een kwestie is van een balans tussen alle relevante aspecten. Tot welk eindresultaat die waardering leidt, behoort tot de expertise van de deskundige, waarin de rechtbank in beginsel niet treedt. Gelet hierop volgt de rechtbank de deskundige in de door hem bepaalde marktwaarde van het perceel met bouwbestemming en bebouwing in de hypothetische situatie per 1 juli 2012 van € 658.125 (blz. 51 rapport).

2.11. [eiser] maakt ook bezwaar tegen de hoogte van de ontwikkelkosten waarvan de deskundige uitgaat. Volgens [eiser] heeft de deskundige de ontwikkelkosten per 1 juli 1997 te hoog vastgesteld, omdat hij – in de hypothetische situatie – kosten zou hebben bespaard door in eigen beheer te bouwen. Daarnaast voert [eiser] aan dat de deskundige een veel te hoog bedrag aan bouwkosten van € 225 per m³ gehanteerd, dat hij de kosten van de aanleg van nutsvoorzieningen te hoog heeft ingeschat en dat hij teveel bijkomende kosten heeft berekend.

2.12. De deskundige is op deze bezwaren ingegaan in zijn rapport. Zijn reactie houdt – op hoofdlijnen – in dat hij de ontwikkelkosten heeft bepaald aan de hand van marktgegevens, dat hij is uitgegaan van een gemiddeld bouwbedrijf met de daarbij behorende kostenstructuur en dat voor werkzaamheden in eigen beheer geldt dat de daaraan bestede tijd ook in geld waardeerbaar is. De bouwkosten per m³ heeft de deskundige bepaald aan de hand van publicaties van Misset en Cobouw.

2.13. De rechtbank kan zich vinden in het uitgangspunt van de deskundige om marktgegevens te hanteren en is van oordeel dat hij in zijn rapport voldoende heeft verantwoord hoe hij is gekomen tot de door hem vastgestelde ontwikkelkosten per 1 juli 1997 van € 272.912 (blz. 51 rapport). In hetgeen [eiser] heeft aangevoerd, ziet de rechtbank geen aanleiding om op dit punt van het rapport af te wijken.

2.14. De opmerkingen van de Gemeente sluiten voor wat betreft de gebruiksoppervlakte van de woning gedeeltelijk aan op wat [eiser] heeft aangevoerd. In zoverre zijn deze opmerkingen hiervoor al besproken. Voor het overige ziet de rechtbank geen concrete bezwaren van de Gemeente tegen het rapport.

2.15. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de rechtbank de feitelijke gegevens uit het rapport kan gebruiken voor de berekening van de schade van [eiser].

Schade bestaande uit gemiste waardeverstijging

2.16. Voor de schadeberekening dient allereerst een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds de waardeontwikkeling van het perceel zonder bouwbestemming in de huidige staat in de periode 1 juli 1997 tot 1 juli 2012 (de feitelijke situatie) en anderzijds de waardeontwikkeling van het perceel met bouwbestemming en bebouwing in de periode 1 juli 1997 tot 1 juli 2012 (de hypothetische situatie). Uit het rapport volgt dat de waardeontwikkeling in de feitelijke situatie nihil is en in de hypothetische situatie € 658.125. Op dit bedrag komen vervolgens in mindering de door [eiser] in de feitelijke situatie bespaarde ontwikkelkosten van € 272.912.

Met de deskundige is de rechtbank van oordeel dat de door hem berekende ontwikkelkosten van € 10.666 van het perceel in de feitelijke situatie buiten beschouwing moeten blijven – wat partijen ook niet hebben bestreden – nu het perceel in deze situatie niet in waarde is gestegen. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de schade door de gemiste waardeverstijging wordt begroot op (€ 658.125 -/- € 272.912 =) € 385.213.

2.17. Hiervan komt, zoals in het tussenvonnissen van 12 februari 2020 (r.o. 4.16) is beslist, 60% voor vergoeding in aanmerking, dat is (0,6 x € 385.213 =) € 231.127,80.

2.18. Over dit bedrag van € 231.127,80 is wettelijke rente verschuldigd. Hoewel de schade is ingetreden op 1 juli 1997, heeft de schade zich in de hypothetische situatie verwezenlijkt op 1 juli 2012, bij de verkoop van de woning. Dit betekent dat de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is vanaf 1 juli 2012. Bij een verbintenis tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad loopt de wettelijke rente vanaf de opeisbaarheid van de verbintenis (artikel 6:83 onderdeel b, BW). De wettelijke rente zal dus worden toegewezen vanaf 1 juli 2012.

Kosten juridische bijstand en deskundigen in de diverse procedures

2.19. [eiser] vordert, op grond van artikel 6:96 lid 2 BW, vergoeding van kosten van juridische bijstand en deskundigen. Hij voert hiertoe, samengevat, aan dat hij kosten heeft gemaakt ter beper-

king van de schade, ter vaststelling van de schade en ter vaststelling van de aansprakelijkheid, en dat hij deze kosten heeft gemaakt in de bestuursrechtelijke procedures, de procedure tot vaststelling van de aansprakelijkheid en de onderhavige schadestaatprocedure. Het betreft de volgende posten: i. de kosten van rapporten van Panteia (€ 37.510), Mondico (€ 17.545) en DTZ Zadelhoff (€ 6.116); ii. de kosten van vier bestuursrechtelijke procedures (van 1998 tot en met 2010) en van vier civielrechtelijke procedures tot vaststelling van de aansprakelijkheid tot een beloop van € 82.575 (volgens Panteia), althans de kosten in de bestuursrechtelijke procedures van € 15.054 (volgens Mondico); iii. de advocaatkosten in de schadestaatprocedure van € 13.222,68.

2.20. Ingevolge artikel 6:96 lid 2 aanhef en onder a en b BW komen als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking:

a. redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht. Vereist en ook voldoende is dat de kosten op het voorkomen of beperken van de schade gericht waren en dat zij 'redelijk' waren. De redelijkheidseis ziet zowel op het nemen van de maatregel op zichzelf als op de daaraan verbonden kosten. Het moet gaan om maatregelen die, in het licht van alle omstandigheden, verantwoord waren. De hiermee samenhangende kosten moeten naar hun omvang redelijk zijn;²

b. redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Hieronder vallen onder meer expertisecosten en kosten van juridisch advies. Volgens vaste rechtspraak is voor vergoeding van zodanige kosten vereist dat (a) *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis en de kosten; (b) de kosten in zodanig verband staan met die gebeurtenis dat zij, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, aan de aansprakelijke persoon kunnen worden toegerekend; (c) het redelijk was om in verband met een onderzoek naar de mogelijke gevolgen van die gebeurtenis deskundi-

ge bijstand in te roepen; en (d) de daartoe gemaakte kosten naar hun omvang redelijk zijn.³

Ad i) rapporten Panteia, Mondico en DTZ Zadelhoff

2.21. De Gemeente heeft niet (voldoende gemotiveerd) bestreden dat [eiser] de gestelde kosten heeft gemaakt. De kosten van Panteia en Mondico blijken uit de door [eiser] overgelegde facturen (productie 10, 12 en 13) De kosten van DTZ Zadelhoff (€ 6.116) zijn onder meer vermeld in productie 9 van [eiser]. Deze kosten staan in verband met de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis en kunnen aan de Gemeente worden toegerekend. De rechtbank acht het redelijk dat [eiser] in deze complexe zaak deskundigen heeft ingeschakeld om de schade te begroten. De Gemeente heeft dat op zichzelf ook niet bestreden.

2.22. Panteia heeft de schade begroot op basis van het rendementsverlies dat het bedrijf van [eiser] zou hebben geleden door de ontnomen mogelijkheid om de huuropbrengst en de overwaarde van de woning te gebruiken voor nieuwe investeringen. Mondico heeft de schade begroot op basis van de derving door [eiser] van de huurinkomsten minus de lasten vanaf het moment dat de woning zou zijn verhuurd tot het moment dat de woning zou zijn verkocht. Panteia en Mondico hebben de schade dus via twee verschillende methoden begroot. Dat hiervoor in dit geval redelijkerwijs aanleiding was, heeft [eiser] niet, althans onvoldoende toegelicht. Bij gebreke daarvan houdt de rechtbank bij de schadebegroting rekening met de eerst door [eiser] ingeschakelde deskundige, taxateur DTZ Zadelhoff, en met de kosten van de vervolgens ingeschakelde deskundige Panteia, die de bevindingen van DTZ Zadelhoff heeft gebruikt. Niet bestreden is dat deze deskundigenkosten naar hun omvang redelijk zijn.

2.23. Deze schadepost komt – tot 60% – voor vergoeding in aanmerking, dat is $(0,6 \times (\text{€ } 37.510 + \text{€ } 6.116)) = \text{€ } 26.175,60$, te vermeerderen met de daarover gevorderde wettelijke rente.

Ad ii) de kosten van de bestuursrechtelijke procedures en de aansprakelijkheidsprocedure

2.24. Met betrekking tot post ii) is in het rapport van Panteia vermeld dat [eiser] in de periode 1998

2 Vgl. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2102, M/UWV.

3 Vgl. HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:586, Mark Four/Apotex.

– 2017 kosten heeft gemaakt ten behoeve van acht gerechtelijke procedures.

Hierop is echter geen toelichting gegeven, waardoor niet kan worden beoordeeld of is voldaan aan de vereisten van artikel 6:96 BW.

2.25. Hierbij komt nog dat in de aansprakelijkheidsprocedure al is beslist over de voor vergoeding in aanmerking komende kosten op basis van de daarvoor geldende regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit brengt mee dat [eiser] niet alsnog op grond van onrechtmatige daad vergoeding kan krijgen van deze proceskosten in de schadestaatprocedure.

2.26. Op het voorgaande strandt de primaire vordering van € 82.575.

2.27. In het rapport van Mondico is het door [eiser] subsidiair gevorderde bedrag van € 15.054 opgenomen als “schadepost 1: Deel 3: Kosten externe adviseur”. Dit bedrag heeft volgens bijlage 9 van het rapport betrekking op “Extra kosten advocaten art. 19 en bezwaar tegen bestemmingsplan 2010”. Het bedrag van € 15.054 is opgebouwd uit een viertal posten met betrekking tot “A.R.M. Van der Pluijm (advocaat)” met een beloop van € 8.938 en de hiervoor al besproken kosten van DTZ Zadelhoff van € 6.116. De rechtbank maakt uit het voorgaande op dat de schadepost van € 8.938 ziet op de kosten van bijstand van mr. Van der Pluijm in de bestuursrechtelijke procedures die – nadat de Gemeente haar toezegging niet gestand had gedaan – zijn gevoerd om de beoogde bouwbestemming toch te verkrijgen, wat uiteindelijk niet is gelukt. Deze kosten van bijstand zou [eiser] niet hebben hoeven maken als de Gemeente haar toezegging gestand zou hebben gedaan. Hiermee staan deze kosten in causaal verband met de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis en deze kosten staan in zodanig verband dat zij aan de Gemeente kunnen worden toegerekend. Niet is gebleken dat niet is voldaan aan de dubbele redelijkheidstoets. Dit leidt ertoe dat de schadepost – tot 60% – voor vergoeding in aanmerking komt, dat is $(0,6 \times € 8.938 =) € 5.389,80$, met de daarover gevorderde wettelijke rente.

Ad iii) advocaatkosten in de onderhavige procedure

2.28. Naar de rechtbank begrijpt vordert [eiser] vergoeding van advocaatkosten in deze schadestaatprocedure, in afwijking van de regeling voor proceskosten in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Hiervan kan slechts worden afgeweken onder bijzondere omstandigheden, als

een partij misbruik maakt van procesrecht of onrechtmatig handelt door het voeren van een procedure. Daarvan is in dit geval geen sprake aan de zijde van de Gemeente. Over de proceskosten wordt hierna verder beslist.

Conclusie

2.29. Uit het voorgaande volgt dat de door [eiser] geleden schade als volgt wordt begroot:

- een bedrag van € 231.127,80, te vermeerderen met de wettelijke rente van 1 juli 2012;
- een bedrag van $(€ 26.175,60 + € 5.389,80 =) € 31.565,40$, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juli 2018.

Proceskosten

2.30. De Gemeente zal als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure. Dit brengt mee dat de Gemeente de door haar voorgeschoten kosten van het deskundigenonderzoek zal moeten dragen. De rechtbank begroot de proceskosten aan de zijde van [eiser] op € 12.774,50, namelijk € 1.565 aan griffierecht en € 11.209,50 aan salaris advocaat ($4\frac{1}{2}$ punten à € 2.491 per punt, volgens tarief VI), te vermeerderen met de volgens het liquidatietarief te begroten nakosten en wettelijke rente zoals door [eiser] is gevorderd.

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. veroordeelt de Gemeente tot betaling aan [eiser] van een bedrag van € 231.127,80, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juli 2012 tot de dag van algehele voldoening;

3.2. veroordeelt de Gemeente tot betaling aan [eiser] van een bedrag van € 31.565,40, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juli 2018 tot de dag van algehele voldoening;

3.3. veroordeelt de Gemeente in de kosten van de procedure, aan de zijde van [eiser] begroot op € 12.774,50 aan tot op heden gemaakte proceskosten, en op € 163 aan nog te maken nakosten, te vermeerderen met € 85 in het geval van betekening, alle kosten te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na dagtekening van dit vonnis, indien de Gemeente voormelde kosten niet voordien heeft vergoed, tot de dag van algehele voldoening;

3.4. verklaart de veroordelingen onder 3.1, 3.2. en 3.3 uitvoerbaar bij voorraad;

3.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT*1. Inleiding*

Dit is de schadestaatprocedure volgens op HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Gemeente Zoeterwoude*). Het gaat om de omvang van de schade die Overzee heeft geleden door het niet-nakomen door de Gemeente Zoeterwoude van haar toezegging dat zij de voormalige dienstwoning bij een gemaal met de bestemming 'woondoeleinden' zou opnemen in een ontwerpbestemmingsplan. Ik zie in het eindvonnis aanleiding om iets te zeggen over kansschade (par. 3), meer in het bijzonder over het tijdsaspect daarvan (par. 4). Voor een goed begrip volgt eerst een schets van de zaak, mede op basis van de gepubliceerde uitspraken die aan dit eindvonnis voorafgingen (par. 2).

2. Casus en oordeel

In 1987 kocht Overzee een voormalig gemaal om te verbouwen tot woning. Voor een bouwvergunning moest het bestemmingsplan worden gewijzigd. Het college van B&W zegde medewerking toe maar kwam niet na; een poging om dit recht te zetten via een vrijstellingsprocedure mislukte. Het hof Den Haag oordeelde dat de nalatigheid van de Gemeente niet leidt tot schadeplechtigheid, omdat haar medewerking geen garantie was geweest voor doorgang van de plannen van Overzee: onzeker is immers of de Raad en Gedeputeerde Staten in 1992 wel hun medewerking zouden hebben verleend aan de bestemming 'woondoeleinden' (hof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4556, r.o. 5). Dat oordeel hield in cassatie geen stand, omdat de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd bestaat in een *gemiste kans* op planverwezenlijking en 'onmiskenaar' sprake is van *condicio-sine-quantum*-verband tussen de niet-nakoming en die gemiste kans (HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Gemeente Zoeterwoude*), r.o. 3.7.2). Na verwijzing oordeelt het hof Amsterdam dat de gemiste kans niet als nihil of zeer klein is aan te merken en wordt de zaak verwezen naar de schadestaatprocedure.

In de schadestaatprocedure draait het dus om toepassing van het kansschade-leerstuk op de situatie van Overzee, die de kans is ontnomen

zijn plannen met de voormalige dienstwoning te verwezenlijken en daarmee waardeestijging te realiseren. De rechtbank bepaalt de kans dat het bestemmingsplan met inbegrip van de benodigde woonbestemming tot stand zou zijn gekomen op 60%. Vervolgens neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat Overzee inderdaad de woning op het perceel had gerealiseerd als het perceel de bestemming 'woondoeleinden' zou hebben gekregen (rb. Den Haag 12 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1224). De rechtbank beveelt een deskundigenbericht om te beoordelen wat de waardeestijging was van het betreffende perceel tussen 1997 en 2012, wat die waardeestijging over die periode zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder de fout en met welke ontwikkelkosten in de beide situaties rekening moet worden gehouden. De rechtbank kiest het jaar 2012 als peilmoment op basis van wat algemeen bekend is over de gemiddelde woonduur in de koopsector van vijftien jaar (zie rb. Den Haag 12 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1224, r.o. 4.41): de aanname is dus dat Overzee in de hypothetische situatie zonder de fout van de Gemeente in 2012 de waardeestijging van het perceel zou hebben verzilverd door verkoop. Uit het deskundigenrapport volgt dat de waardeontwikkeling in de feitelijke situatie nihil is, en dat deze € 658.125 zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder de normschending. Op dit bedrag komen de bespaarde ontwikkelkosten van € 272.912 in mindering, waarmee het voordeel van de waardeestijging neerkomt op € 385.213. Voor vergoeding komt in aanmerking 60% van dit bedrag, dat is € 231.127,80. Over dit bedrag is wettelijke rente verschuldigd, in welk verband de rechtbank oordeelt dat hoewel 'de schade is ingetreden op 1 juli 1997' (dat is het moment waarop de woning zou zijn gerealiseerd), de schade zich 'in de hypothetische situatie verwezenlijkt op 1 juli 2012', dus bij de (gemiste) *verkoop* van de woning. Dat leidt tot de conclusie dat de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is vanaf 1 juli 2012, want in dit geval 'loopt de wettelijke rente vanaf de opeisbaarheid van de verbintenis' (r.o. 2.18).

3. Kansschade of schadekans?

Het draait in deze procedure om wat bekend staat als 'kansschade', een leerstuk dat fungeert als oplossing voor situaties waarin de onzekerheid over wat zou zijn gebeurd zonder de normschending zozeer knelt dat een verdelende uit-

komst wenselijker is dan een alles-of-niets-resultaat. De figuur is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzeker is of een normschending schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de normschending achterwege zou zijn gebleven, de kans op een betere uitkomst zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, r.o. 3.5.3). Door het verlies van de kans op een betere uitkomst als zodanig aan te merken als vergoedbare (vermogens)schade lost de (causaliteits)onzekerheid zich op in het schadebegrip. Causaal verband tussen fout en verloren kans is dan geen probleem; de onzekerheid over wat zou zijn gebeurd zonder fout uit zich in de waardering van de verloren gegane kans.

Ons hoogste rechtscollege onderscheidt kansschade van proportionele aansprakelijkheid. De laatste figuur kan een uitkomst bieden in situaties waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door de normschending van de aangesprokene dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is. De aansprakelijk gestelde persoon mag dan worden veroordeeld tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Proportionele aansprakelijkheid is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het condicio-sine-qua-non-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, r.o. 3.5.2). Dan wordt de onzekerheid over wat zou zijn gebeurd in de situatie zonder normschending dus niet benaderd als een schadekwestie (zoals bij kansschade) maar als probleem van causaliteit.

Met name over de logica en de zin van het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid en over het al dan niet uiteenlopende toepassingsbereik van beide figuren is veel geschreven. Het voert te ver om hier op die meer fundamentele kwesties in te gaan; velen hebben daar al veel dieps over gezegd en men lijkt er ook nog niet over uitgesproken. Niettemin veroorloof ik mij hier de inschatting dat de onderhavige zaak evengoed zou kunnen worden opgelost aan de hand van de proportionele aansprakelijkheid. Men neemt dan het door Overzee gemiste voordeel uit waardestijging als geleden schade aan, maar lokaliseert de causaliteitsonzekerheid in de ('eerdere') vraag of het uitblijven van de planrealisatie wel is veroorzaakt door de nalatigheid van de gemeente, of dat dit uitblijven het gevolg is van een voor risico van Overzee komende omstandigheid. Zie ik het goed, dan maakt de gekozen benadering hier niet uit voor de hoofdsom, maar zou het verschil wel van betekenis kunnen zijn als het gaat om de wettelijke rente. Daar kom ik aan het eind van deze annotatie nog op terug.

Eerst is het goed te bezien hoe de rechtbank hier de kansschadeleer concreet toepast. Het gaat hier namelijk, anders dan de doorgaans gebruikte bewoording suggereert, niet in het algemeen om verlies van een kans op *een beter resultaat*, maar om de verloren gegane kans dat *dit specifieke verloop* zich zou hebben ontvouwd. Dat lijkt ook voor de hand te liggen in situaties waarin twee hypothetische hoofdsenario's op tafel liggen en niet een (te) brede waaier van mogelijke uitkomsten (vergelijk Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, nr. 4). Dan onderscheidt de aanpak zich dus ook niet wezenlijk van de gebruikelijke schadevaststelling, zij het dat aan het eind nog een onzekerheidscorrectie plaatsvindt omdat de onzekerheid in een causale voorschakel – hier: de aanname dat de Raad en Gedeputeerde Staten in 1992 hun medewerking zouden hebben verleend aan de gewenste bestemming – te hoog was om daar zonder meer op voort te borduren. Zo bezien houdt toepassing van het kansschadeleerstuk niet veel meer in dan dat het resultaat van de gebruikelijke schadevaststelling, dus waarin wordt gerekend op basis van het verschil tussen twee eenduidige scenario's, wordt vermenigvuldigd met een onzekerheidsfactor (in casu 60%). Wat hier eigenlijk wordt vergoed is dus niet *kans-*

schade maar de *schadekans*: de kans dat de benadeelde inderdaad de concreet gestelde schade heeft geleden als gevolg van de normschending.

4. Wanneer wordt 'kansschade' geleden?

De benadering die de rechtbank hier volgt, laat zien dat kansschade vanuit temporeel perspectief een hybride figuur is. Strikt genomen verliest men een kans immers altijd *vooraf*, althans als men een 'kans' eenvoudigweg opvat als de mogelijkheid dat iets gaat gebeuren (in de toekomst dus). Dat veronderstelt een *ex ante* benadering van de feitelijke werkelijkheid: iemand verliest immers een kans op het moment waarop die *mogelijkheid* wordt afgesneden (vgl. J.S. Kortmann, 'Causaliteitsperikelen', in: C.J.M. Claassen & J. Spier (red.), *Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 45). Wie hoger beroep misloopt doordat zijn advocaat foutief een termijn laat verstrijken, wordt *op dat moment* afgesneden van de mogelijkheid dat de procedure voor hem gunstiger eindigt, en verliest dan dus zijn kans. Overzee verloor zijn kans op de betreffende waardestijging van het perceel op het moment waarop de fout van de Gemeente hem de verwezenlijking van zijn plannen onmogelijk maakte. Dat impliceert een waardering naar het moment waarop de kans verloren gaat. Tegengestelde aanvliegroute is dat de schade *ex post* wordt vastgesteld, om over het resultaat een onzekerheidscorrectie te rekenen, die eveneens *ex post* kan zijn bepaald: het kanspercentage waarmee wordt gerekend is dan niet vastgesteld op basis van de inschatting op het moment waarop de mogelijkheid verloren ging (*ex ante* dus), maar weerspiegelt de mate van *onzekerheid* die heerst ten tijde van de schadevaststelling (of wellicht beter: ten tijde van de beoordeling van het causaal verband). Het lijkt alsof dat de aanpak is in de onderhavige zaak, maar de rechtbank is hier klaarblijkelijk zoekende, getuige de dubbelzinnige overweging dat enerzijds de schade is 'ingetreden' in 1997 (het moment waarop de woning zou zijn gerealiseerd), maar dat de schade zich in de hypothetische situatie zonder de fout 'verwezenlijkt' in 2012 (bij verkoop van de woning).

Met een dergelijk tijdverloop kan een aanzienlijke som wettelijke rente op het spel komen te staan. De wettelijke rente begint immers te lopen als de schuldenaar in verzuim is geraakt met de ver-

plichting tot betaling van een geldsom (art. 6:119 lid 1 BW). Voor verzuim is in beginsel een ingebrekestelling nodig, maar krachtens art. 6:83 onder b BW treedt, indien het gaat om een verbintenis uit onrechtmatige daad of wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, verzuim reeds in als de verbintenis niet terstond wordt nagekomen, oftewel zodra sprake is van opeisbaarheid. Wanneer de schadevergoedingsvordering opeisbaar is, wordt in de regel bepaald door de vraag wanneer de schade 'geacht moet worden te zijn geleden' (MvA II, *Parl. Gesch.*, p. 475). Dat suggereert enige speelruimte om met het oog op de wettelijke rente het passende ontstaansmoment van de schade aan te wijzen, in welk verband vaak wordt gewezen op het verschil tussen de zogenoemde 'abstracte' en 'concrete' wijze waarop de schade wegens zaaksbeschadiging kan worden benaderd. Kort gezegd gaat het dan in het eerste geval om een *onmiddellijke* waardevermindering van de zaak en in het tweede geval om *daadwerkelijke*, nog te maken kosten van herstel of vervanging, een keuze waarmee het ingangsmoment voor de wettelijke rente samenhangt (zie bijv. Asser/Sieburgh *6-II* 2021/35, en over de samenhang tussen schademoment en omlijning van de inhoud van het begrip schade uitvoerig mijn proefschrift, M.R. Hebbly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019). De parallel met kansschade zoals deze in de onderhavige zaak is vastgesteld is vanaf hier relatief eenvoudig getrokken. Het gaat weliswaar niet om de keuze tussen 'abstract' en 'concreet', maar wel om een keuzemoment: worden de gevolgen van de fout benaderd als gemiste kans of als gemist resultaat? En in het verlengde daarvan: wat zijn de consequenties van deze keuze voor de wettelijke rente?

Vat men de benadering van de Hoge Raad strikt op, dan worden de ter discussie staande nadelige gevolgen geherkwalificeerd als kansschade, en moet ook het schademoment worden 'teruggeschoven' naar het moment waarop de kans voor de benadeelde verloren ging. Daarvoor pleit dat de Hoge Raad zelf de verloren kans aanmerkt als schade, en deze benadering bovendien uitdrukkelijk onderscheidt van proportionele aansprakelijkheid. Wie a zegt, moet ook b zeggen. Deze benadering zou er steeds toe leiden dat, zodra wordt 'overgeschakeld' op kansschade, de aansprakelijke partij met terugwerkende kracht

wettelijke rente verschuldigd is over de periode waarin hij (achteraf bezien) in verzuim is geweest. In het geval van Overzee zou dat een aanzienlijke rentesom betreffen. Mij lijkt die benadering evenwel niet wenselijk, kort gezegd omdat het bij kansschade zoals in zijn geval aan de orde niet om een wezenlijk andere benadering gaat van wat nu precies de vermogensschade is: zijn nadeel (het misgelopen voordeel uit de waardestijging) is immers eenduidig vastgesteld, op basis van twee eenduidige scenario's (met en zonder fout). Kansschade fungeert hier evident slechts als hulpmiddel om tot een verdelende oplossing te komen voor de significante causaliteitsonzekerheid. Ik ben daarom geneigd de rechtbank hier te volgen in de tegengestelde benadering dat bij kansschade de wettelijke rente pas loopt vanaf het moment waarop de gemiste kans(en) zich zou(den) hebben verwezenlijkt (in het geval van Overzee dus in 2012, wanneer hij, zoals hier wordt ingeschat, de waardestijging zou hebben gerealiseerd door verkoop). Zie ik het goed, dan leidt deze zienswijze er bovendien toe dat het verschil tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid wat betreft de wettelijke rente minimaal blijft. Wordt de aansprakelijk gestelde persoon veroordeeld tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt (proportionele aansprakelijkheid dus), dan zou die kans immers óók de wettelijke rente moeten treffen, die loopt vanaf het moment dat de schade is geleden.

mr. dr. M.R. Hebly
 universitair docent privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam

61

Staat niet aansprakelijk voor gedwongen afstand van kinderen

Rechtbank Den Haag
 26 januari 2022, nr. C/09/598248 / HA ZA 20-825, ECLI:NL:RBDHA:2022:432
 (mr. Ritsema van Eck-van Drempt, mr. Brandt, mr. Harmsen)

Afstandsmoeders. Onrechtmatig handelen Staat.

[BW art. 6:162]

In de periode tussen 1956 en 1984 hebben naar schatting tussen de dertien- en veertienduizend vrouwen in Nederland (de zogenoemde afstandsmoeders) één of meerdere kinderen afgestaan ter adoptie. Ongehuwde zwangere vrouwen werden destijds gestigmatiseerd als 'gevallen vrouwen' omdat zij buiten het huwelijk om seksuele gemeenschap hadden gehad

Eiseressen, vertegenwoordigd door de Clara Wichmannstichting, starten een procedure tegen de Staat. De Staat, in dit geval vertegenwoordigd door de Raad voor de Kinderbescherming zou onrechtmatig gehandeld hebben. De Raad voor de Kinderbescherming heeft volgens eiseressen actief eraan bijgedragen dat de betrokken moeders tegen hun wil afstand hebben gedaan van hun kind en heeft in ieder geval niets gedaan om dat te voorkomen. De moeders zouden door toedoen of nalaten van de Raad niet (goed) zijn geïnformeerd over hun rechten en de praktische mogelijkheden om hun kind op te voeden.

De Staat beroept zich op verjaring. De rechtbank is van oordeel dat er goede gronden zijn om te bepalen dat de vorderingen van eiseressen zijn verjaard. Maar omdat niet is komen vast te staan dat de Raad destijds fouten heeft gemaakt die juridisch verwijtbaar zijn, wijst de rechtbank de vordering af.

De rechtbank baseert dit oordeel in belangrijke mate op een wetenschappelijk rapport uit 2017. Uit dit rapport blijkt dat de betrokken afstandsmoeders zich destijds gedwongen voelden om hun kind af te staan. Die dwang is mede het ge-