

T.E. Deurvorst

## Abstracte schadeberekening en de expansie van de aanspraak op schadevergoeding<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

De huidige tijdsgeschiedenis kenmerkt zich door een toenemende assertiviteit. Voor bijna iedere zweem van schade wordt schadevergoeding gevorderd. Op sommige rechtsterreinen treedt de rechter deze vordering welwillend tegemoet.

Zo wees de Amsterdamse President nog onlangs een bedrag van f 2500 toe als smartegeld vanwege immateriële schade ten gevolge van het feit dat de oud-profvoetballer Van Hanegem was bestempeld met de kwalificatie 'zo onbetrouwbaar als de neten'.<sup>2</sup> Men kan een vraagteken plaatsen bij deze coulance van de rechter. Mag eigenlijk van een oud-international en coach uit hoofde van zijn beroep niet worden verwacht dat hij tegen een stootje bestand is?

Enige jaren geleden kende het Amsterdamse Hof een vergoeding van f 1000 toe als smartegeld wegens immateriële schade aangericht door de publicatie van een foto van een, haar toenmalige partner omarmende, blij verliefde vrouw, die toevallig in het Vondelpark liep.<sup>3</sup> Ook in dit geval bestaat aanleiding voor twijfel over de rechtvaardiging van deze veroordeling. Waren de 'gevoelens van onlust, schaamte en verdriet', waarvoor het Hof het smartegeld toeweest, niet veeleer het gevolg van het feit dat de relatie was sruggelopen en dus niet van de publicatie? Ook het vonnis van de Zutphense Rechtbank in de zaak Naakte Motorrijdster vormt een illustratie van de toenemende bereidheid van de rechter schadevergoeding toe te kennen. De Rechtbank kende een vergoeding toe van f 5000 als smartegeld wegens immateriële schade veroorzaakt door de publicatie van een foto van een naaktmodel tijdens haar optreden tezamen met een popgroep.<sup>4</sup> Moet de toekenning van een bedrag in deze orde van grootte gerechtvaardigd worden geacht, wanneer men weet dat het naaktmodel reeds eerder ten behoeve van een softpornoblad had geposeerd?

Niet alleen in het geval dat men een ander in de persoon schaadt, ook in het geval dat men de zaak van een ander beschadigt, lijkt de aanspraak op schadevergoeding nauwelijks te beteugelen. Bij de aansprakelijkheid wegens zaaksbeschadiging geldt de regel dat de schade wordt gesteld op de waardevermindering van de zaak. De waardevermindering wordt gesteld op de kosten van het herstel van die zaak, mits dat herstel redelijk en verantwoord is. Eventueel komt naast de herstelkosten een extra vergoeding voor waardevermindering in aanmerking, voor zover de marktwaarde ondanks het herstel van de zaak een vermindering heeft of zal ondergaan.<sup>5</sup> De toepassing van deze regel bracht mee dat de Hoge Raad in 1985 sanctioneerde dat een vergoeding van f 53 760 wegens vermogensschade werd toegekend als gevolg van de beschadiging van een oude in onbruik zijnde meerstoel in een haven.<sup>6</sup> Deze uitkomst gaat echter voorbij aan de vraag voor welke vermogensvermindering deze vergoeding nu eigenlijk in de plaats kwam. De meerstoel had immers geen gebruiksfunctie meer en dus waren kosten voor het herstel daarvan niet aan de orde. Aangezien een verkoop of andere exploitatie door de Staat van de meerstoel niet in het vooruitzicht lag, was er evenmin sprake van enige daling van marktwaarde.

De toepassing van deze regel kan ertoe leiden dat een auto die onhandig staat geparkeerd, een goudmijn blijkt te zijn; voor ieder deukje maakt de houder telkens opnieuw aanspraak op de herstelkosten, dit alles zonder de auto ooit te herstellen. Voorts bewerkstelligt deze regel in de praktijk dat een ongelukkig gemaakt krasje op een bumper van een 8 jaar oude auto voor de houder een schadevergoeding van f 600 als vergoeding

voor herstelkosten kan opleveren. Aldus wordt voorbijgegaan aan de vraag of het niet overdreven is een vergoeding toe te kennen, die ongeveer één tiende van de inruilwaarde vertegenwoordigt, zulks terwijl de gebruikswaarde van de auto niet wordt verminderd door deze kras en het evenmin aannemelijk is dat de inruilwaarde in deze orde van grootte is gedaald.

Mijn indruk is dat de hiervoor geïllustreerde expansie van de aanspraak op schadevergoeding deels toegeschreven kan worden aan het hanteren van een abstract begrip schade.<sup>7</sup>

Het hanteren van een abstract begrip schade houdt immers in dat het element 'schade', als ontstaansvoorwaarde voor aansprakelijkheid, wordt gefingeerd, in die zin dat er voor de toewijzing van een vergoeding voor een bepaald type schade geen sprake behoeft te zijn van het bestaan van het desbetreffende type schade c.q. van de veroorzaking daarvan door de laedens. Met andere woorden: ook zonder dat aannemelijk is dat een bepaalde schadepost bestaat c.q. deze door de laedens is veroorzaakt, kan men in aanmerking komen voor de vergoeding daarvan. In de hiervoor gegeven eerste drie voorbeelden zie ik de hantering van een abstract begrip schade, aangezien de rechter, zonder zich te vergewissen van het bestaan van leed, c.q. de oorzaak daarvan, een vergoeding daarvoor toekent, zulks enkel en alleen omdat de aansprakelijke partij de benadeelde in zijn persoon heeft aangetaast. In de daaropvolgend gegeven voorbeelden betreffende zaakschade bestaat het hanteren van een abstract begrip schade daarin dat de rechter, met de aanname dat er sprake is van waardevermindering van de zaak, een vergoeding toekent voor een geheel ander type schade – herstelkosten –, zulks ongeacht de vraag of die herstelkosten daadwerkelijk zijn of zullen worden gemaakt.

Overigens wordt het begrip 'hanteren van een abstract begrip schade' ten onrechte met de term 'abstracte schadeberekening' aangeduid (zie hierna sub 2.1.1).

Voor al het terrein van de zaaksbeschadiging speelt het hanteren van een abstract begrip schade een grote rol. In het navolgende heb ik dan ook een tweetal door de Hoge Raad op het terrein van de zaaksbeschadiging geformuleerde regels – die ruimte laten voor het hanteren van een abstract begrip schade – getoetst aan verschillende uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW. Ik zal tot de conclusie komen dat deze regels niet stroken met die uitgangspunten. In deze bijdrage zal ik de immateriële schade zijdelings betrekken.

### 2. Uitgangspunten van schadevergoedingsrecht

Het schadevergoedingsrecht, het rechtsgebied dat de gevolgen van de verplichting tot schadevergoeding beheerst (afd. 6.1.10 BW), is gebaseerd op een aantal uitgangspunten. Hiervan noem ik de volgende:

#### 2.1. Centrale doelstelling: compensatie van schade

De centrale doelstelling van het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW is de compensatie van schade, het goedmaken daar-

1. Deze bijdrage vormt een enigszins uitgebreide weergave van een op 18 mei 1995 te Utrecht gehouden voordracht ter gelegenheid van het 30-jarige bestaan van de dissertatie van A.R. Bloembergen.

2. Pres. Rb. Amsterdam 13 april 1995, Mediaforum 1995, B71.

3. Hof Amsterdam 27 april 1989, NJ 1990, 370, Informatierecht/AMI 1989, blz. 125 (H. Cohen Jehoram), vervolg van HR 1 juli 1988, 1000, Informatierecht/AMI 1988, blz. 125 (Vondelpark-foto).

4. Rb. Zutphen 31 oktober 1985, NJ 1986, 636.

5. HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444 (Telefoonkabel).

6. HR 12 april 1985, NJ 1985, 625 (Meerstoel II).

7. Zie voor andere verklaringen voor de toegenomen roep om schadevergoeding T. de Waard, *Schadevergoeding en maatschappelijke zorgvuldigheid*, alsmede de overige bijdragen in de congresbundel *Schademecum*, Zwolle 1995.

van.<sup>8</sup> Met onder meer Polak en Maeijer neem ik aan dat met het goedmaken van de schade wordt beoogd het evenwicht tussen de bij de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis betrokken partijen te herstellen c.q. een nieuw evenwicht te bereiken.<sup>9</sup> Wat betreft de vermogensschade betekent deze doelstelling dat het vermogen van de benadeelde door de schadevergoeding zo volledig mogelijk dient te worden aangevuld, zodanig dat het hetzelfde is als dat wat zou hebben bestaan indien de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgevonden. Noch ondercompensatie noch overcompensatie worden gewenst geacht.

Is immateriële schade in het geding, dan speelt naast de doelstelling om dit nadeel door middel van vreugde in de vorm van geld goed te maken, de genoegdoeningsgedachte een rol. Door van de wederpartij een opoffering te vragen – haar te verplichten iets tegen haar zin te doen – wordt het geschokte rechtsgevoel van de gelaedeerde bevredigd.<sup>10</sup> Uit het oogpunt van genoegdoening is een hoger bedrag aan smartegeld gerechtvaardigd, wanneer de laedens een ernstig verwijt treft, dan wanneer hem slechts onachtzaamheid te verwijten valt. Hoe verwijtbaarder de laakbare handeling, des te heviger is het rechtsgevoel van de gelaedeerde geschokt en des te groter moet de opoffering van de laedens zijn om de gelaedeerde genoegdoening te verschaffen.

### 2.1.1. Abstracte schadeberekening als middel

Teneinde een zo volledig mogelijke compensatie van schade te bewerkstelligen, bevat het schadevergoedingsrecht een aantal instrumenten om de omvang van de schade zo goed mogelijk vast te stellen.

Met het oog op dit resultaat is onder meer art. 6:97 BW opgenomen. Ook gaat het artikel tegen, dat de vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen omdat de vaststelling van de omvang van de schade zo moeilijk is. Deze bepaling stelt de rechter in staat de schade te schatten wanneer hij deze niet kan berekenen. Voorts wordt met art. 6:97 BW de rechter de vrijheid gegeven een abstracte schadeberekeningsmethode toe te passen.

De meest gangbare betekenis van abstracte schadeberekening is de methode die wordt gehanteerd ter verlichting bij de bewijssleivering van de omvang van de schade, dus nadat de aansprakelijkheid daartoe is komen vast te staan. Ter verlichting bij de bewijssleivering van een bepaalde schadepost begroot de rechter de desbetreffende schade op een bedrag dat de normaliter in vergelijkbare gevallen daadwerkelijk geleden schade benadert. Zo komt het nogal eens voor dat de rechter bij inbreuk op een auteursrecht – bestaande uit de afzet van een auteursrechtelijk beschermd artikel – de door de auteursrechthebbende gedeerde winst wegens gemist debiet begroot op het aantal door de inbreukmaker afgezette artikelen, zulks vermenigvuldigd met de winstmarge en de verkoopprijs van de benadeelde. Tegen de hantering van de abstracte schadeberekeningsmethode kan de aansprakelijke partij zich echter verweren door met succes aan te tonen dat de rechthebbende in het concrete geval geen of minder schade heeft geleden. Zo zou de inbreukmaker in het genoemde voorbeeld kunnen aanvoeren dat de auteursrechthebbende partij, in het hypothetische geval dat geen inbreuk was ge-

pleegd, vanwege prijs- of kwaliteitsverschillen of verschil in marktaandeel, nooit een dergelijke hoeveelheid van haar eigen produkten zou hebben afgezet. Nogal eens leidt een dergelijk verweer ertoe dat het bedrag van de schadevergoeding wordt verminderd.<sup>11</sup> Aldus biedt de abstracte schadeberekeningsmethode een manier om de onzekerheid omtrent de hoogte van de schade zo evenwichtig mogelijk over de partijen te verdelen.

Voorwaarde voor de toepassing van deze abstracte schadeberekeningsmethode is wel dat het bestaan van de schade als onderdeel van de voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid vaststaat. Ik verwijs in dit verband naar het arrest Waeyen/Naus, waarin de Hoge Raad deze regel heeft bevestigd voor wat betreft de specialis van art. 6:97 BW, te weten art. 6:104 BW.<sup>12</sup> Onder de term 'abstracte schadeberekening' gaat echter ook een ander begrip schuil. Het begrip 'hanteren van een abstract begrip schade' wordt in de regel eveneens met de term 'abstracte schadeberekening' aangeduid, zulks evenwel ten onrechte. Bij het hanteren van een abstract begrip schade kan het verweer dat de aanspraakgerechtigde minder dan de opgevoerde schade heeft geleden, de aansprakelijke partij namelijk niet baten: ongeacht de vraag naar het daadwerkelijk bestaan van die schade, kan bij de hantering van een abstract begrip schade de benadeelde aanspraak maken op een bepaalde vergoeding.<sup>13</sup> Zo stelt art. 6:119 BW de benadeelde partij bij verzuim van de schuldenaar in staat aanspraak te maken op de vergoeding van de wettelijke rente van 7%, ongeacht de vraag of bij gebreke van het verzuim zij daadwerkelijk rente c.q. dit percentage heeft moeten betalen (geleden verlies) respectievelijk zij deze rente c.q. dit percentage zou hebben ontvangen (gedeerde winst). Het element 'schade' als voorwaarde voor de vestiging van aansprakelijkheid voor de betreffende schadepost wordt dus in feite gefingeerd.

Deze fingering geldt, zoals aangegeven, niet wanneer een abstracte schadeberekeningsmethode wordt toegepast. Bij het hanteren van een abstract begrip schade is er dus sprake van een onweerlegbaar vermoeden van de opgevoerde schade; bij de toepassing van abstracte schadeberekening van een weerlegbaar vermoeden. Anders gezegd: eerstgenoemd begrip duidt op de toepassing van materieel (aansprakelijkheids)recht, het tweede om een schadebegrotingskwestie.<sup>14</sup> Als belangrijkste voordeel van het hanteren van een abstract begrip schade is zijn doelmatigheid genoemd; abstracte schade is vaak eenvoudiger en met meer zekerheid te begroten dan daadwerkelijk geleden schade. De hantering van een abstract begrip schade zou vele procedures overbodig maken.<sup>15</sup> Zoals gezegd, zal ik in het navolgende aangeven op welke punten het hanteren van een abstract begrip schade moeilijk in afd. 6.1.10 BW valt in te passen.

De vergoedbaarheid van de kosten ter voorkoming van schade wordt wel als derde vorm van abstracte schadeberekening bestempeld.<sup>16</sup> Immers, door de kosten voor reservemateriaal vergoedbaar te achten wordt geabstraheerd van de onverbreeklijk met schade verbonden eis van het *conditio sine qua non*-verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade. Dit vereiste houdt in dat alleen vergoedbaar is schade die bij gebreke van die gebeurtenis niet zou zijn ontstaan. Kosten ter voorkoming van schade waren al gemaakt voordat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zich voordeed. Meestal wordt de eis van het *conditio sine qua non*-verband los gezien van de eis van het bestaan van schade en is twijfel gerechtvaardigd over de juistheid van de kwalificatie van het abstraheren van dit verband als 'abstract begrip schade'. Inmiddels is de vergoedbaarheid van deze en vergelijkbare kosten ter voorkoming of beperking van schade verankerd in art. 6:96 lid 2 sub a BW.

### 2.2. Begrip 'schade'

Het tweede uitgangspunt betreft de inhoud van het begrip 'schade' van afd. 6.1.10. Over de inhoud van het begrip bestaan verschillende opvattingen. Sommigen menen dat schade vermindering van behoeftenbevrediging is. Anderen omschrijven schade

8. Mon Nieuw BW B-34 (Bloembergen), blz. 2-4.

9. R.J. Polak, *Aanspraak en Aansprakelijkheid uit Onrechtmatige Daad*, Zwolle 1949, blz. 8 e.v.; J.M.M. Maeijer, *Matiging van Schadevergoeding*, Breda 1962, blz. 77 e.v.

10. HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (LWH) (Natuuriste), Informatierecht/AMI 1988, blz. 58 (D.E. Bunschoten).

11. Zie *Schadevergoeding* (Deurvorst), art. 96, aant. 96.

12. HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (CJHB) (Waeyen/Naus).

13. *Schadevergoeding* (Hartliel/Tjittes), art. 97, aant. 31.

14. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht, Deventer 1965, nr 26.

15. Zie *Asser-Hartkamp 4-I*, blz. 360, en de conclusie bij HR 13 december 1963, NJ 1964, 449 (GJS) (Schreuder/Driesten).

16. Zie hierover G.J. de Groot, *Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening*, VR 1980, blz. 50.

als een feitelijk nadeel. Weer anderen menen dat schade een normatief begrip is.<sup>17</sup>

Wel lijkt er consensus te bestaan over de wijze waarop het bestaan van schade moet worden vastgesteld.<sup>18</sup> Herhaaldelijk wordt in de rechtspraak, literatuur en parlementaire geschiedenis bij de vaststelling van het bestaan van schade verwezen naar de door de Duitse schrijver F. Mommsen in de vorige eeuw gegeven definitie. Hij schreef:

'Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung [bedoeld is de vergoedbare schade] verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde'.<sup>19</sup>

Vermogensschade is dus het verschil van de hypothetische vermogenstoestand zoals die zonder de schadetoebrengende gebeurtenis zou zijn geweest en de vermogenstoestand na de schadetoebrengende gebeurtenis. In de visie van Mommsen vloeit uit deze definitie voort dat vermogensschade hetzij uit geleden verlies hetzij uit gederfde winst bestaat.<sup>20</sup> Klaarblijkelijk is afd. 6.1.10 ook op deze visie gestoeld. Ofschoon het begrip 'schade' niet expliciet in de wet wordt gedefinieerd, valt uit verschillende bepalingen van afd. 6.1.10 BW wel af te leiden welke typen nadeel dit begrip kan omvatten.

Blijkens art. 6:95 BW bestaat schade uit vermogensschade en ander nadeel (art. 6:95 BW). Uit art. 6:96 lid 1 BW volgt dat vermogensschade zowel uit geleden verlies als uit gederfde winst bestaat. Bij mijn weten wordt met 'geleden verlies' bedoeld op de vermeerdering van lasten en met de term 'gederfde winst' op de vermindering van baten. Om twijfels weg te nemen over de vraag of bepaalde kosten als schade kunnen worden beschouwd, is lid 2 aan art. 6:96 BW toegevoegd, teneinde zeker te stellen dat deze ook voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>21</sup> A contrario leid ik uit deze toevoeging af dat andere dan de in art. 6:96 lid 1 BW genoemde typen vermogensnadeel niet tot het wettelijk begrip 'vermogensschade' worden gerekend.

Over de betekenis van de begrippen 'ander nadeel' c.q. 'niet-vermogensschade' (art. 6:95 resp. 106 BW) hult de wet zich in stilzwijgen. Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat met deze term wordt bedoeld op ongenoegens als leed en gederfde levensvreugde.<sup>22</sup>

Tot slot blijkt uit art. 6:105 BW dat ook toekomstige schade vergoedbaar is. Toekomstige schade is schade die op het tijdstip van schadevaststelling nog niet is geleden, maar waarvan voldoende zeker is dat zij in de toekomst wordt geleden.<sup>23</sup> Bij zaakschade die zich in de toekomst zal manifesteren, spreken we meestal van waardevermindering. Bedoeld is de vermindering van toekomstige baten, met name verkoop- of exploitatieopbrengsten.

Kortom: uit de tekst en systematiek van afd. 6.1.10 BW valt af te leiden dat de aldaar genoemde typen schade (geleden verlies, gederfde winst, niet-vermogensschade dan wel een toekomstige vorm daarvan) een gesloten geheel vormen in die zin dat – wettelijke uitzonderingen zoals onder meer art. 6:119 en 7:36-38 BW daargelaten – bij gebreke van deze typen er geen sprake is van het begrip 'schade'.

### 2.3. Redelijkheid en billijkheid

Het laatste, voor deze bijdrage relevante, uitgangspunt is dat de benadeelde en de aansprakelijke persoon zich jegens elkaar overeenkomstig redelijkheid en billijkheid moeten gedragen (art. 6:2 BW).

Belangrijke uitwerking hiervan is onder meer het uitgangspunt dat de gelaedeerde de schade zo veel mogelijk moet beperken. Niet alleen het belang van het slachtoffer bij compensatie van zijn schade, maar ook dat van de laedens bij het minimaliseren van de omvang van zijn aansprakelijkheid moet worden be-

schermd. De gedachte dat de schade zo veel mogelijk moet worden beperkt, is belichaamd in onder meer art. 6:96 lid 2 sub a en 101 BW. Enerzijds mag de benadeelde partij ingevolge art. 6:96 lid 2 sub a BW de redelijke kosten van een schadebeperkende maatregel opvoeren. Anderzijds kan art. 6:101 BW meebrengen dat schade die het gevolg is van haar verzuim – het nodige te doen ter beperking van de schade –, te harer laste blijft.<sup>24</sup>

## 3. Telefoonkabel- en Van Schravendijk-arrest

Ik kom nu toe aan twee gevallen die de Hoge Raad hebben bereikt. Ik wil de door de Hoge Raad geformuleerde regels toetsen aan de eerder genoemde uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10.

### 3.1. Telefoonkabel-arrest

Tijdens graafwerkzaamheden beschadigt de aannemer Knebel een aantal telefoonkabels. De PTT laat de schade door eigen personeel herstellen. Naast de materiaalkosten voert zij de gewerkte uren, vermenigvuldigd met een evenredig deel van haar loonkosten op. Knebel wil alleen de materiaalkosten vergoeden, niet de loonkosten: de PTT heeft immers geen extra loonkosten hoeven betalen als gevolg van de beschadiging. Zij had die personen tóch al in dienst.

In het kort zegt de Hoge Raad:

- (a) dat de PTT door de zaaksbeschadiging reeds vóór en onafhankelijk van het herstel een nadeel in haar vermogen leed, gelijk aan de waardevermindering die de telefoonkabels ondergingen;
- (b) dat de waardevermindering van een beschadigde zaak in het algemeen gelijk zal zijn aan de naar objectieve maatstaven berekende kosten die met het herstel zijn gemoeid. Voorwaarde voor toewijzing van de herstelkosten is dan wel dat herstel mogelijk en verantwoord is.<sup>25</sup>

Toetsing aan de eerder genoemde uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht geeft aanleiding tot de volgende kanttekeningen:

1. Met de gegeven regels impliceert de Hoge Raad dat ook bij het uitblijven van herstel er toch sprake is van 'schade' die uit de objectieve herstelkosten (= kosten normaal reparateur) bestaat. De Hoge Raad hanteert dus een abstract begrip schade, omdat voor het ontstaan van aansprakelijkheid voor de herstelkosten niet nodig is dat er sprake is van gemaakte herstelkosten (geleden verlies), noch van met zekerheid te maken herstelkosten (toekomstige schade). De omstandigheid dat – naar valt aan te nemen – de kabel wel een waardevermindering heeft ondergaan, doet niet af aan het feit dat voor wat betreft de vergoedbaarheid van de objectieve herstelkosten een abstract begrip schade wordt gehanteerd, nu deze objectieve herstelkosten niet daadwerkelijk zijn gemaakt. Waardevermindering en kosten behoren namelijk tot twee verschillende typen schade, te weten toekomstige winstderving resp. geleden verlies (zie hierna sub 2).

Met enig wringen zijn deze regels met de wet te verenigen, wanneer men ervan uitgaat dat op het moment van beschadiging de objectieve herstelkosten als toekomstige schade zijn te beschou-

17. Zie *Asser-Hartkamp 4-I*, blz. 346-348, en J.M. Barendrecht c.s., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle 1995, blz. 12 e.v.

18. Zie bij voorbeeld J.M. Barendrecht, t.a.p., blz. 12 e.v.; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, t.a.p., blz. 13 e.v.; T-M, Parl. gesch. Boek 6, blz. 831.

19. F. Mommsen, *Lehre von dem Interesse*, blz. 3.

20. F. Mommsen, t.a.p., blz. 11.

21. Zie over de aan de toevoeging van lid 2 van art. 96 ten grondslag liggende gedachte Parl. gesch. Boek 6, blz. 335 en 337 (MvA II).

22. vv II (2846), Parl. gesch. Boek 6, blz. 372.

23. Schadevergoeding (Bolt), art. 105, aant. 1.

24. Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen), blz. 10; Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 36 e.v.

25. HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444.

wen. Door de verplaatsing van de peildatum voor het bestaan van de vermogensschade naar het moment van de feitelijke beschadiging van de zaak – in plaats van naar de invloed op de vermogenstoestand – is de vraag of de toekomstige herstelkosten daadwerkelijk zijn besteed, niet meer relevant.

Deze constructie neemt echter niet weg dat bij het stellen van onvoldoende eisen aan de zekerheid van het intreden van de toekomstige schade – dus dat de herstelkosten in de nabije toekomst zullen worden gemaakt – het gevaar bestaat dat het uitgangspunt dat schadevergoeding dient ter compensatie van geleden of toekomstige schade (uitgangspunten 2.1 en 2.2), door de mogelijkheid van overcompensatie van de PTT in het gedrang komt.

2. De Hoge Raad geeft een ongebruikelijke uitleg aan het begrip 'waardevermindering'.

Waarde is de kapitalisatie van toekomstige baten (winst). Waardevermindering is dus de vermindering van toekomstige baten (toekomstige winstderving). Herstelkosten vormen lasten. De schade bestaande uit toekomstige herstelkosten (toekomstig verlies) is dus niet hetzelfde als de vermindering van toekomstige baten.

3. De uitkomst van dit geschil is mijns inziens een redelijke, zij het dat zij door middel van een onjuiste argumentatie wordt bereikt.

In deze zaak was eigenlijk niet het begrip 'schade' aan de orde, maar de vraag of de loonkosten in rekening mochten worden gebracht, ondanks het feit dat een *conditio sine qua non*-verband tussen de beschadiging en de loonkosten ontbrak. Immers bij het wegdenken van de beschadiging door Knebel zou de PTT de loonkosten óók hebben gemaakt.

4. De Hoge Raad acht de objectieve herstelkosten representatief voor de waardevermindering (zie de hierboven sub *b* gegeven –rechtsregel). De PTT mag dus de kosten die een normaal reparateur in rekening zou brengen, bij Knebel declareren. Knebel mag dus niet profiteren van de omstandigheid dat de PTT de beschadigde kabel goedkoper weet te herstellen dan een normaal reparateur.

Deze regel is moeilijk te verenigen met het uitgangspunt dat schuldeiser jegens de schuldenaar gehouden is de schade zo veel mogelijk te beperken (uitgangspunt 2.3).

In de literatuur en rechtspraak is ter rechtvaardiging van deze zgn. 'Dispositionsfreihheit' van de schuldeiser aangevoerd dat het de schuldenaar niet aan zou gaan wat de schuldeiser in feite met het verschuldigde geldbedrag doet.<sup>26</sup> Mijns inziens gaat een dergelijke rechtvaardiging eraan voorbij dat met schadevergoeding niet meer wordt beoogd dan het herstellen c.q. bewerkstelligen van het evenwicht in de individuele rechtsbetrekking tussen de litigieuze partijen (uitgangspunt 2.1). Ook voordeelsverrekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW) zijn omstandigheden die in de sfeer van de schuldeiser liggen en desondanks een vermindering van de te vergoeden schade kunnen rechtvaardigen. Ik zie dan ook niet in waarom het vorenbedoelde voor de PTT overbodige voordeel Knebel niet zou regardereren.

### 3.2. Van Schravendijk-arrest

De Haagse advocaat Van Schravendijk heeft 4 panden nabij het Paleis van Justitie. Door de verlaging van het waterpeil ten behoeve van de aanleg van de Utrechtse Baan zijn de panden verzakt. Bij het wegdenken van de verzakking zou de waarde van die panden *grosso modo* f 1 100 000 hebben bedragen. De vermindering van de marktwaarde van die panden als gevolg van de verzakking is door een door de Rechtbank benoemde taxateur geschat op f 440 000.<sup>27</sup> Van Schravendijk heeft een begroting gevraagd van de herstelkosten, maar heeft de panden nog niet laten herstellen. De herstelkosten zijn door een aannemer begroot op *grofweg* f 920 000 (ex BTW). De vraag rijst of Van Schravendijk aanspraak mag maken op vergoeding van deze begrote herstelkosten, dan wel of hij genoegen moet nemen met een vergoeding van de getaxeerde vermindering van de marktwaarde.

De Hoge Raad bevestigt de regel van het Telefoonkabel-arrest en verwerpt het beroep tegen het oordeel van het Hof dat geen grond bestond de schadevergoeding niet te stellen op de door de aannemer begrote herstelkosten. Het Hof kwam tot dit oordeel, omdat Van Schravendijk zijn advocatenpraktijk in een van die panden hield. Bij de keuze van het Hof voor de vergoedbaarheid van de herstelkosten speelde tevens een rol dat de waarde van de taxatie te zeer aan twijfel onderhevig was. Volgens het Hof was herstel in de gegeven omstandigheden redelijk en verantwoord en kon aanspraak worden gemaakt op de vergoeding van de begrote herstelkosten, dus f 920 000 (ex BTW).<sup>28</sup>

Toetsing van de uitkomst van dit arrest aan de eerder genoemde uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW geeft aanleiding tot de volgende kanttekeningen:

1. Ofschoon het Haagse Hof had overwogen dat de overdracht van de panden geen redelijk alternatief vormde (r.o. 15), stelde de Hoge Raad daadwerkelijk herstel niet als voorwaarde voor de vergoedbaarheid van de door de aannemer begrote herstelkosten. Van Schravendijk hoefde de panden dus niet te herstellen. Met de uitkomst van dit arrest hadden de panden een gouden melkkoe kunnen zijn.<sup>29</sup> Van Schravendijk werd aldus in staat gesteld de gelden van de Gemeente Den Haag ad f 920 000 (ex BTW) te incasseren en vervolgens de verzakte panden in verzakte staat voor f 680 000 te verkopen. Wanneer Van Schravendijk de herstelkosten had getoucheerd zonder daadwerkelijk tot herstel over te gaan, had hij zich dus met f 500 000 ten koste van de Gemeente Den Haag kunnen verrijken. Maar ook in het geval dat Van Schravendijk zelf 'gouden handen' zou hebben, laat deze uitspraak ruimte voor een aanzienlijke verrijking ten koste van de Gemeente.

Door de daadwerkelijke besteding van de toegewezen vergoeding voor herstelkosten ter keuze van de schuldenaar te laten wordt het uitgangspunt dat niet meer dan de schade – geleden verlies, gederfde winst of toekomstige schade – gecompenseerd hoeft te worden, geweld aangedaan. De schadevergoeding schiet zijn centrale doelstelling voorbij (uitgangspunten 2.1, 2.2).

2. De Dispositionsfreihheit (zie hiervoor sub 4) frustreert de uit art. 6:101 BW voortvloeiende aanspraak van de schuldenaar jegens de schuldeiser dat hij de schade zo veel mogelijk beperkt (uitgangspunt 2.3).

3. Sterker nog, de Dispositionsfreihheit werkt misbruik in de hand. Het loslaten van de eis dat daadwerkelijk tot herstel wordt overgegaan, bewerkstelligt namelijk tevens dat het beschermingsbereik van de alleszins aanvaardbare regel dat de door zaakschade benadeelde partij op kosten van de aansprakelijke tot herstel van die zaak mag overgaan, mits dat herstel redelijk en verantwoord is, komt te ontvallen.

4. Het komt kunstmatig voor de waardevermindering van panden met een marktwaarde van f 1 100 000, waarvan slechts de gevel en fundamenten beschadigd zijn (gedeeltelijke beschadig-

26. Zie J.M. Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, Deel 2, Deventer 1993, blz. 56.

27. Dit leid ik af uit een in de procedure bij de Haagse Rechtbank overgelegd taxatierapport. Volgens de Rechtbank was de schatting van de waardevermindering aan de lage kant. Ook bij het Hof bestond twijfel over de getaxeerde waarde. Aangezien het mij in deze bijdrage slechts te doen is om een voorbeeld als het onderhavige, waarin een aanzienlijk verschil bestaat tussen herstelkosten en waardevermindering, houd ik mij aan de getaxeerde waarde.

28. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 43 (CJHB).

29. Ik heb begrepen dat Van Schravendijk de panden het afgelopen jaar inderdaad heeft laten herstellen en kan mij – ervan uitgaande dat de begrote kosten van f 920 000 (ex BTW) daadwerkelijk aan het herstel zijn besteed – daarom grotendeels (zie echter sub 5) met de uiteindelijke uitkomst van deze uitspraak verenigen.

30. HR 23 december 1993, NJ 1993, 421, (CJHB).

31. Zie HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (Natuuriste); HR 1 november 1991, RvdW 1991, 243 (K/Staat); HR 6 juli 1994, JAR 1994, 155, SR 1994, 9 (Ontslag).

ging), te stellen op nagenoeg hetzelfde bedrag van f 1 085 600 aan herstelkosten (f 920 000 + 18% BTW). Wat is nu eigenlijk de vermindering?

5. De maatstaf herstelkosten is in casu geen goede maatstaf waarmee de schade bestaande uit waardevermindering kan worden uitgedrukt. Herstel van de verzakte panden betekent in dit geval het aanbrengen van een nieuwe fundering en de renovatie van de gevels. Herstel bewerkstelligt in dit geval een waardevermeerdering en dus overcompensatie. Om overcompensatie tegen te gaan, zou de maatstaf moeten worden aangevuld in die zin dat de door het herstel teweeggebrachte waardevermeerdering in mindering op de herstelkosten gebracht moeten worden (uitgangspunt 2.1).

#### 4. Samenvatting en aanbevelingen

Het fingeren van het element 'geleden of toekomstige schade', zoals dat wordt gedaan bij het hanteren van een abstract begrip schade, sluit niet goed aan op de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht vervat in afd. 6.1.10 BW.

1. Het leidt tot overcompensatie van vermogensschade en overbodige verrijking wanneer een door zaaksbeschadiging gelaedeerde partij aanspraak mag maken op een vergoeding voor herstelkosten, terwijl haar vermogen niet door uitgaven voor herstelkosten is verminderd en evenmin zeker is dat haar vermogen door toekomstige uitgaven voor herstelkosten zal verminderen. Deze aanspraak is voorts moeilijk te verenigen met de schadebeperkingsplicht van de benadeelde jegens de aansprakelijke partij zoals belichaamd in art. 6:101 BW.

2. De maatstaf herstelkosten bij zaaksbeschadiging is niet representatief voor de schadepost waardevermindering van een zaak. Herstelkosten en waardevermindering zijn verschillende typen schade, te weten geleden verlies en (toekomstige) winstderving.

3. De maatstaf *objectieve* herstelkosten biedt onvoldoende nuances om recht te doen aan het uitgangspunt dat de schade zo veel mogelijk moet worden beperkt (art. 6:101 BW).

De bovenstaande knelpunten doen zich niet voor bij het toepassen van een abstracte schadeberekenningsmethode omdat, zoals onlangs door de Hoge Raad in het arrest Waeyen/Naus is bevestigd, de laedens het verweer wordt gelaten dat in concreto geen schade is of zal worden geleden.<sup>30</sup> Abstracte schadeberekening biedt een evenwichtige verdeling van het bewijsrisico van partijen.

4. Een vergelijkbaar bezwaar als het eerstgenoemde geldt op het terrein van de immateriële schade. Bij gebreke van een ernstig verwijt aan het adres van de aansprakelijke partij (opzet of grove schuld) en dus bij afwezigheid van de aan de aanspraak ten grondslag liggende wens de gelaedeerde een genoegdoening te verschaffen, leidt het buiten beschouwing laten van het bestaan van rechtens relevante smart of gederfde levensvreugde tot overcompensatie.

Teneinde aan deze bezwaren tegemoet te komen, verdient het aanbeveling de wettelijke omschrijving van 'schade' aan te houden. Tevens zou een duidelijker onderscheid gemaakt mogen worden tussen geleden en toekomstige schade.

Voor wat betreft de vermogensschade zou dit het volgende betekenen. Wanneer de benadeelde daadwerkelijk herstelkosten heeft gemaakt en het herstel als redelijk en verantwoord te beschouwen is, dan komen deze kosten als 'geleden schade' (geleden verlies) voor vergoeding in aanmerking. Eventueel kan deze vergoeding wegens geleden schade vermeerderd worden met een extra vergoeding wegens waardevermindering – bij voorbeeld vermindering van inruilwaarde –, omdat de marktwaarde ondanks het herstel is verminderd of zal verminderen.

Opteert de benadeelde ervoor geen herstelkosten te maken, dan kan hij in de regel aanspraak maken op toekomstige schade, zo als waardevermindering. Dit impliceert dat de in de toekomst lijden schade bij voorbaat wordt gekapitaliseerd. Alsdan moet rekening worden gehouden met alle factoren die de duur en de

omvang van die toekomstige schade bepalen. In de regel zal van het tijdsverloop een matigende werking uitgaan.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde ten aanzien van de immateriële schade. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen geleden en toekomstige immateriële schade. Tot geleden schade zijn te rekenen: ondergane smart of gederfde levensvreugde. Tot toekomstige schade behoort schade waarvan zeker is dat zij in de toekomst wordt geleden, toekomstige smart of in de toekomst te derven levensvreugde.

Wanneer de benadeelde daadwerkelijk smart heeft ondergaan of levensvreugde heeft gederfd, dan komt dit als 'geleden schade' voor vergoeding in aanmerking. Voorwaarde is wel dat dit nadeel als rechtens relevant wordt beschouwd. Niet ieder ongemak geldt als rechtens relevante schade. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt af te leiden dat er op het terrein van de persoonsaantasting sprake moet zijn van een ernstige persoonsaantasting.<sup>31</sup>

Is er sprake van toekomstig leed, dan kan de rechter de vergoeding voor deze nog te lijden schade bij voorbaat vaststellen.

Evenals ten aanzien van de vermogensschade, geldt ten aanzien van dit ander nadeel dat niet uit te sluiten valt dat het tijdsverloop een matigende invloed zal uitoefenen op de omvang van de schade.