

Wat is vermogensschade? Een overzicht van tien verschillende soorten nadeel

Mr. D.A. van der Kooij*

1. Inleiding

Sinds ruim een decennium is vaste rechtspraak van de Hoge Raad, dat bij de ‘berekening’ van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding de schade in beginsel dient te worden ‘berekend’ met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval en dat in bijzondere gevallen, op praktische gronden en om redenen van billijkheid, van een of meer omstandigheden van het geval kan worden geabstraheerd.¹ Deze overwegingen suggereren dat schade vooral een feitelijk gegeven is en het bij de vaststelling daarvan aankomt op het goed naar de feiten kijken en het daaraan rekenen. Wanneer schade bestaat uit ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte uitgaven of gederfde inkomsten, springt dit feitelijke karakter inderdaad in het oog. In de rechtspraak worden echter ook allerlei andere soorten nadeel erkend als voor vergoeding in aanmerking komende vermogensschade in de zin van art. 6:95 BW. In deze situaties treedt het normatieve karakter van het schadebegrip op de voorgrond. Voorop staan dan de in het objectieve recht besloten liggende keuzes over welke typen nadeel wel en welke typen nadeel niet als vermogensschade worden erkend, binnen welke grenzen dat het geval is, en aan de hand van welke regel het nadeel in een geldbedrag dient te worden uitgedrukt. Met dit artikel beoog ik een systematisch overzicht te geven van de verschillende typen nadeel die in ons recht als vermogensschade worden erkend en nader inzicht te geven in de keuzes die op dit gebied in ons recht besloten liggen. Ik vang aan met een korte beschrijving van de hier relevante uitgangspunten bij schadevaststelling (par. 2). De hoofdmoot van dit artikel wordt vervolgens gevormd door een bespreking van een tiental verschillende typen nadeel en de betekenis daarvan bij schadevaststelling. Achtereenvolgens bespreek ik gemaakte kosten en gederfde inkomsten (par. 3), een verloren gegane of beschadigde zaak (par. 4), een gemiste prestatie (par. 5), een verschuldigd geworden bedrag (par. 6), een gemist vordering (par. 7), een gemist onstoffelijk voordeel waarvoor kosten

zijn gemaakt (par. 8), het niet kunnen beschikken over of gebruiken van vermogensbestanddelen (par. 9), inspanningen en de inzet van middelen (par. 10), het missen van een kans (par. 11) en het blootgesteld zijn aan een risico (par. 12). Ik sluit af met een conclusie (par. 13).

2. Uitgangspunten

In afdeling 6.1.10 BW zijn drie algemene² bepalingen over voor vergoeding in aanmerking komende schade en de begroting daarvan opgenomen. Art. 6:95 BW bepaalt dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, en dat laatste voor zover de wet op vergoeding daarvan recht geeft. Het precieze onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel is gelet op deze bepaling niet zonder belang, maar hoeft hier nauwelijks nadere bespreking. Ik neem aan dat het bij vermogensschade gaat om nadelen die het vermogen van iemand in feitelijk-economische zin raken en die zich in geld laten uitdrukken.³ Art. 6:96 lid 1 BW bepaalt vervolgens, en kennelijk niet limitatief, dat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst omvat. Winst dient hier overigens te worden opgevat in de zin van inkomsten, en niet in de zin van inkomsten minus kosten.⁴ Lid 2 voegt daaraan toe dat als vermogensschade mede in aanmerking komen redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade (sub a), redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (sub b) en redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.⁵ Art. 6:97 BW gaat vervolgens over de begroting van schade en bepaalt dat dit dient plaats te vinden op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat, zo bepaalt dit artikel daarbij. Deze bepalingen geven betrekkelijk weinig richting en daarmee aanmerkelijke ruimte voor de nadere bepaling van wat vermogensschade is en hoe deze dient te worden begroot.

* Diederik van der Kooij is (cassatie)advocaat bij Houthoff. De auteur dankt prof. mr. S.D. Lindenberg voor zijn waardevolle opmerkingen op een concept van dit artikel.

1. Zie HR 5 december 2008, r.o. 3.3 en 3.4, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Rewvers*); HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, r.o. 3.3.3, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenberg (*Donata/New India Assurance*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.11.3 (*X/NAM*) en HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.1, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenberg (*Liander/Aon*).
2. Naast de te bespreken algemene bepalingen geeft art. 6:104 BW een bijzondere regel voor de begroting van schade op de winst van de aansprakelijke persoon en art. 6:105 BW enkele regels voor de begroting van toekomstige schade.
3. Vgl. S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW, nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 41.
4. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 20 sub c voetnoot 6; C.J.H. Brunner, ‘Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht’, in: A.L. Mohr, F.H.J. Mijnsen & R.H. Stutterheim (red.), *J.L.P. Caben bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 65.
5. In art. 6:96 lid 3-7 BW worden nog nadere regels gegeven die ik hier buiten beschouwing laat.

In de doctrine is het begrip ‘schade’, in de context van het schadevergoedingsrecht, langs een andere, complementaire weg nader ingevuld.⁶ Schade is een causaal begrip; men spreekt steeds over schade in relatie tot een oorzaak. Schade is een negatief gevolg van een bepaalde gebeurtenis. Zicht op de negatieve gevolgen van een bepaalde gebeurtenis voor iemand krijgt men door de feitelijke situatie te vergelijken met de situatie waarin diegene zich zou hebben bevonden als men deze gebeurtenis wegdenkt.⁷ Het verschil tussen deze feitelijke en hypothetische situatie is de schade. Schade is in zoverre dus een feitelijk gegeven; een verschil tussen twee situaties. Het objectieve recht bepaalt echter wanneer zo’n verschil tussen deze feitelijke en hypothetische situatie rechtens als schade geldt en dus voor vergoeding in aanmerking komt. Eveneens bepaalt het objectieve recht door middel van welke regel dit feitelijke verschil in een geldsom wordt vertaald.⁸ In het navolgende bespreek ik nader welke nadelige verschillen tussen een feitelijke en een hypothetische situatie door ons objectieve recht als vermogensschade worden aangemerkt en aan de hand van welke regel dat verschil in een geldsom wordt uitgedrukt.

3. Gemaakte kosten en gederfde inkomsten

Vaak ligt bij de vaststelling van vermogensschade de focus op de ‘geldstromen’ van de benadeelde: heeft de benadeelde ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis hogere kosten gemaakt en/of lagere inkomsten gehad? Heeft de benadeelde, met andere woorden, in de feitelijke situatie méér kosten of minder inkomsten dan in de hypothetische situatie? Voorbeelden van dit schade-type laten zich eenvoudig geven. Doordat een leverancier niet het gekochte product levert, worden hogere kosten gemaakt om het product elders te betrekken. Door een ongeval ontstaat letsel en worden kosten gemaakt voor behandeling en inkomsten misgelopen omdat het slachtoffer tijdelijk niet kan werken. Een gemeente verleent een vergunning te laat, waardoor een restaurant niet kan worden geëxploiteerd en dus inkomsten worden misgelopen.

Dit type schade dat bestaat uit gemaakte kosten of gederfde inkomsten is naar mijn mening het meest basale type vermogensschade: ook als er bijvoorbeeld een zaak beschadigd is geraakt en is hersteld of wanneer letsel is toegebracht en inspanningen zijn verricht voor verpleging en verzorging, vraagt men bij de vaststelling van schade eerst of er kosten zijn gemaakt of inkomsten zijn gederfd.⁹

Wanneer sprake is van door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte kosten of gederfde inkomsten spreekt het ook voor zich dat het vermogen van de benadeelde wordt geraakt. De benadeelde voelt deze schade als het ware direct in zijn portemonnee of op zijn bankrekening. Ook spreekt voor zich dat deze schade als uitgangspunt voor vergoeding in aanmerking komt. Art. 6:96 lid 1 BW lijkt met de klassieke verwijzing naar ‘zowel geleden verlies als gederfde winst’ in de eerste plaats op dergelijke schade betrekking te hebben.

Omdat dit type schade van zichzelf al in een geldbedrag is uitgedrukt, is de begroting ervan (in theorie) eenvoudig: de omvang van de schade is gelijk aan de omvang van de gemaakte kosten of de gederfde inkomsten. In de praktijk is niet altijd eenvoudig en soms zelfs buitengewoon moeilijk om precies te zeggen wat zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou zijn gebeurd en welke geldstromen er dan zouden zijn geweest. Dat is echter vooral een probleem van feitenvaststelling en bewijs en niet een moeilijkheid met de bepaling van de inhoud van het objectieve recht. Een van de weinige complicaties die bij de begroting speelt, doet zich voor wanneer pas in de toekomst hogere kosten worden gemaakt of inkomsten worden gederfd. Geld heeft een zekere tijdswaarde: het is beter om nu honderd euro te krijgen dan pas over tien jaar. Als men nu honderd euro zou krijgen, dan zou men namelijk dat bedrag tien jaar kunnen laten renderen zodat over tien jaar meer vermogen bestaat. Tegelijkertijd treedt er doorgaans inflatie op waardoor de reële waarde van honderd euro over tien jaar minder is dan nu. In allerlei gevallen zijn juist toekomstige geldstromen van de benadeelde veranderd. Indien bijvoorbeeld door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ernstig blijvend letsel is veroorzaakt, kan het zijn dat de benadeelde over een periode van tientallen jaren kosten maakt en inkomsten derft. Ook valt te denken aan een situatie waarin een belastingadviseur een fout maakt met als gevolg dat een bepaalde belasting nu in plaats van over dertig jaar betaald dient te worden. Met de tijdswaarde van geld kan rekening worden gehouden door van kosten die in de toekomst worden gemaakt en van inkomsten die in de toekomst zouden zijn verkregen, aan de hand van een disconteringsvoet de huidige contante waarde te berekenen.¹⁰

6. Vooral Bloembergen heeft met zijn heldere beschouwingen hierover een belangrijke bijdrage aan de ontwikkeling van het recht geleverd, zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 12, 13 en 14. Zie verder S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW, nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 33; M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 45-57 en J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12 e.v.

7. Met dien verstande dat de strekking van de geschonden norm er soms toe kan nopen om de feitelijke situatie met een andere situatie te vergelijken, zie bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*) en HR 24 november 2000, *ECLI:NL:HR:2000:AA8453*, *NJ* 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*Zwarte neveninkomsten*).

8. Zie nader over de kwestie of schade (vooral) een feitelijk of normatief begrip is S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW, nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 32.

9. Wanneer schade ‘concreet’ wordt vastgesteld zal het doorgaans gaan om dit type schade. Vgl. R. Zwitter, ‘Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid’, *WPNR* 1980, afl. 5517, p. 329 en 330 die terecht signaleerde dat bij concrete schadevaststelling in het algemeen sprake is van een vermogensvermindering of een uitgebleven vermogensvermeerdering die in geld tot uitdrukking komt.

10. Art. 6:105 BW biedt hiervoor ruimte. Op grond van dit artikel kan de begroting van nog niet ingetreden schade door de rechter geheel of gedeeltelijk worden uitgesteld of na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden. Zie over het kapitaliseren van schade

Gemaakte kosten of gederfde inkomsten kunnen vrijwel altijd als schade worden aangemerkt.¹¹ Een grens hieraan is niettemin aanwezig in het geval van door de benadeelde gemaakte kosten. Het kan vanzelfsprekend niet zo zijn dat een benadeelde na een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis willekeurige kosten gaat maken en hij dan steeds zou kunnen volstaan met het stellen dat hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis deze kosten niet zou hebben gemaakt en zij dus vergoed dienen te worden. Ergens dient een grens te worden aangebracht. In theorie kan deze grens worden vormgegeven in het schadebegrip zelf of in de eigenschuldregeling van art. 6:101 BW.¹² Onze wetgever heeft voor diverse soorten kosten voor de eerste mogelijkheid gekozen. Op grond van art. 6:96 lid 2 BW gelden kosten ter voorkoming of beperking van schade, ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, en ter verkrijging van voldoening buiten rechte slechts als schade voor zover wordt voldaan aan een dubbele redelijkheidstoets (zowel het maken van de kosten als de hoogte ervan dient redelijk te zijn).¹³ Dezelfde maatstaf lijkt ook voor andersoortige gemaakte kosten te gelden.¹⁴

Hoewel het schadetype dat bestaat uit in ongunstige zin veranderde geldstromen van de benadeelde in de praktijk het belangrijkste is, is het vanwege de grote mate van vanzelfsprekendheid en eenvoudige begroting theoretisch het minst interessant. Om deze reden kan men gemakkelijker uit het oog verliezen dat het hier gaat om een zelfstandige categorie vermogensschade.¹⁵ Het is niettemin goed om dit schadetype scherp in beeld te hebben, zodat we vervolgens kunnen onderzoeken in welke situaties waarin niet ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kosten zijn gemaakt of inkomsten zijn gederfd, toch sprake is van vermogensschade. Verschillende gevallen van deze andersoortige vermogensschade bespreek ik nu verder in par. 4-12.

4. Verloren gegane of beschadigde zaak

Soms gaat ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een zaak verloren of raakt een zaak bescha-

digd. In de hypothetische situatie waarin de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis wordt weggedacht, heeft de eigenaar een zaak en in de feitelijke situatie geen of een beschadigde zaak. Het kan dat de benadeelde hierdoor kosten maakt voor de aankoop van een vervangende zaak of voor reparatie of dat hij inkomsten derft, omdat de zaak niet (optimaal) kan worden gebruikt. In dat geval is er schade van het in par. 3 hiervoor besproken type. Is er ook zonder het maken van kosten of het derven van inkomsten een nadeel dat geldt als vermogensschade? Over de situatie van een *verloren gegane zaak* heeft de Hoge Raad geoordeeld:

‘Wanneer (...) 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 geldbedrag 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.’¹⁶

Volgens latere rechtspraak is de waarde van de zaak in het algemeen gelijk aan de naar objectieve maatstaven berekende kosten die met het vervangen of herbouwen zullen zijn gemoeid.¹⁷ Parallel aan deze regels is vaste rechtspraak van de Hoge Raad voor de situatie van *zaaksbeschadiging*:

‘In gevallen van zaaksbeschadiging is uitgangspunt dat de eigenaar van de beschadigde zaak door die beschadiging een nadeel in zijn vermogen lijdt dat gelijk is aan de waardevermindering die de zaak heeft ondergaan. Volgens vaste rechtspraak zal het geldbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zijn aan de – naar objectieve maatstaven berekende – kosten die met het herstel zijn gemoeid.’¹⁸

nader *GS Schadevergoeding*, art. 6:105 BW, aant. 7.1 (Bolt). Zie voor de problemen die ontstaan als de peildatum voor de bepaling van het schadebedrag in het verleden wordt gekozen: M.R. Hebly & A.C.W. Pijls, ‘Schadevaststelling bij aantasting van de winstcapaciteit van een vennootschap als gevolg van wanprestatie’, *AV&S* 2020, afl. 3, p. 113-119.

11. Onder omstandigheden kunnen gemaakte kosten en gederfde inkomsten gelden als schade in een niet-rechtmatig belang. Dat geen aansprakelijkheid voor dergelijke schade bestaat, laat zich goed uitdrukken in het relativiteitsvereiste en het toerekeningsvereiste (art. 6:98 BW), zie nader D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 14. Omdat het hier gaat om een meer algemene grens aan aansprakelijkheid, laat ik dit hier verder buiten beschouwing.

12. Die vormgeving is niet geheel zonder praktische betekenis, omdat in het kader van art. 6:101 BW bepaalde kosten voor het gewenste deel voor rekening van de benadeelde gelaten kunnen worden, terwijl de vormgeving via het schadebegrip in beginsel maakt dat bepaalde kosten geheel van vergoeding worden uitgesloten.

13. Zie Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 337 (MvA II); HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, r.o. 3.6, *NJ* 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (*Amev/Staat*) en HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2102, r.o. 3.3.2, *NJ* 2014/35 (buitengerechtelijke kosten).

14. Vgl. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW, nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 41A.

15. Vgl. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, die in zijn fraaie en uitvoerige bespreking van verschillende soorten schadesituaties (nr. 25-81) dit type schade als kennelijk te zeer vanzelfsprekend niet aan de orde laat komen.

16. HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, r.o. 3.2, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman*). Zie verder HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, r.o. 3.6, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A./Hiddema*).

17. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, r.o. 3.6, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A./Hiddema*).

18. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.2, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon*). Zie verder HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*PTT-kabel*); HR 23 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6897, *NJ* 1980/466 (*Oranje Nassau Mijnen/Van den Broeck*); HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, *NJ* 1985/625, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Staat/Van Driel*); HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman Vastgoed*); HR 9 oktober 1992,

Naar ik meen is met deze rechtspraak erkend dat het verliezen van een zaak of de beschadiging van een zaak op zichzelf maakt dat de eigenaar rechtens vermogensschade lijdt. Deze schade wordt dadelijk geleden op het moment waarop de zaak verloren gaat of beschadigd raakt. Dit sluit aan bij de economische realiteit:¹⁹ de waarde van de zaak gaat geheel of ten dele verloren. Het als vermogensschade aanmerken van dergelijk nadeel laat zich vrij eenvoudig rechtvaardigen: waarom zou wel sprake zijn van schade als iemand door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis duizend euro verliest, maar niet als diegene door een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis een zaak met een waarde van duizend euro verliest of een zaak duizend euro minder waard wordt? Op deze manier bezien, is het ook begrijpelijk dat niet pas vermogensschade ontstaat op het moment dat kosten worden gemaakt voor het vervangen of herstel van de zaak. Geschreven wordt wel dat zolang een beschadigde zaak niet is verkocht voor de lagere waarde en geen kosten voor herstel zijn gemaakt, de schade zich niet heeft 'gerealiseerd' en dat bij de schadevaststelling van dit niet realiseren van de schade wordt geabstraheerd.²⁰ Naar mijn mening wordt in een dergelijke redenering impliciet tot uitgangspunt genomen dat alleen gemaakte kosten en gedeelde inkomsten als 'echte' schade zijn aan te merken. Mijns inziens is dat uitgangspunt niet juist en is het beter om te zeggen dat wanneer een zaak verloren gaat of beschadigd raakt, schade is ontstaan van de omvang van de daardoor verloren gegane waarde van de zaak. Van het abstraheren van bepaalde omstandigheden bij de schadevaststelling, is dan geen sprake.²¹

Het door de Hoge Raad begroten van de waardevermindering van de zaak op de naar objectieve maatstaven be-

rekende herstellkosten, spreekt minder voor zich. De waardevermindering en de herstellkosten behoeven niet steeds gelijk te zijn. Problematisch is vooral de situatie waarin de herstellkosten de waardevermindering sterk overstijgen. Ter rechtvaardiging van het begroten van de schade op de naar objectieve maatstaven berekende herstellkosten, kan misschien het beste worden gezegd dat het objectieve recht niet alleen wil dat het vermogen van de benadeelde in economische zin wordt gecompenseerd, maar ook dat de benadeelde in feitelijke zin in staat wordt gesteld om in de positie te komen waarin deze zou hebben verkeerd zonder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis.²² Uitgaande van deze rechtvaardiging dient de objectivering zodanig gekozen te worden dat de eigenaar daadwerkelijk in staat wordt gesteld om met de naar objectieve maatstaven berekende herstellkosten de zaak te doen herstellen, en dient dus niet geabstraheerd te worden van bijzondere omstandigheden die maken dat herstellkosten van de eigenaar hoger zijn dan die van een bepaalde maatman.²³

De erkenning van een verloren gegane of beschadigde zaak als vermogensschade kent wel zekere grenzen. Allereerst heeft de Hoge Raad in verschillende arresten voor het bestaan van de aanspraak op vergoeding van de naar objectieve maatstaven berekende herstellkosten uitdrukkelijk de voorwaarde gesteld dat het herstel 'mogelijk en verantwoord'²⁴ dient te zijn. Herstellen in de oude toestand kan onder meer onverantwoord zijn wanneer de zaak van zichzelf geen marktwaarde heeft en vóór de beschadiging al niet meer werd gebruikt,²⁵ of wanneer herstel in oude toestand niet leidt tot een grotere economische waarde van de zaak en de herstellkosten het gebruiksvoordeel bij herstel overstijgen.²⁶ Of het herstel

ECLI:NL:HR:1992:ZC0707, *NJ* 1994/286, m.nt. C.J.H. Brunner (*Maassluis/Van Bergen e.a.*); HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, *NJ* 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Den Haag/Van Schravendijk*); HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*); HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*).

19. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 35 schrijft dat het reëel is, in overeenstemming met de maatschappelijke werkelijkheid.
20. Zie bijvoorbeeld A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 33 en S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: *Abstracte schadebegroting* (preadvies VASR), Deventer: Kluwer 2013, p. 6.
21. Zo betoogde ik reeds in D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 458. In deze zin mijns inziens terecht ook M.R. Hebly, 'Over vaststelling van zaakschade', *NTBR* 2020/2, par. 2.1.
22. Algemeen wordt aangenomen dat schadevergoedingsrecht tot doel heeft de benadeelde zoveel als mogelijk is in de positie te plaatsen waarin deze zou hebben verkeerd zonder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis, zie recent HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.1, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon*) en S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW, nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 6. Zie verder J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 28 en 29 over de opvatting dat schadevergoeding de benadeelde de gelegenheid dient te geven tot *feitelijk* herstel.
23. Vgl. over deze problematiek HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon*). De Hoge Raad oordeelde dat bij het begroten van de leidingschade van Liander en het daartoe vaststellen van de naar objectieve maatstaven berekende herstellkosten, het hof ten onrechte had geabstraheerd van het feit dat de aard van de werkzaamheden die voor Liander als netbeheerder met storingsherstel zijn gemoeid, meebrengt dat deze werkzaamheden feitelijk alleen door medewerkers van Liander kunnen worden uitgevoerd. Liander had betoogd dat zij vanwege deze omstandigheid, waarvan het hof wilde abstraheren, aanspraak had op een hoger bedrag aan schadevergoeding dan wanneer, zoals door Aon bepleit, zou worden aangesloten bij het gemiddelde bedrag dat een representatieve groep aannemersbedrijven in soortgelijke gevallen in rekening brengt.
24. Zie HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*PTT-kabel*); HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, r.o. 3.7, *NJ* 1986/212, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool II*); HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, r.o. 4.2, *NJ* 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Den Haag/Van Schravendijk*); HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, r.o. 3.6, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A./Hiddema*).
25. HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9029, *NJ* 1986/211, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool I*); zie echter ook HR 27 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9030, *NJ* 1986/212, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Meerstool II*).
26. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*); HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2704, *NJ* 1999/69, m.nt. A.R. Bloembergen (*Luykx/Bastiaansen*), zie over deze interpretatie S.D. Lindenbergh, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: *Abstracte schadebegroting* (preadvies VASR), Deventer: Kluwer 2013, p. 21.

van een beschadigd gebouw verantwoord is, dient aan de hand van diverse gezichtspunten beoordeeld te worden, waarbij geldt dat herstel ook verantwoord kan zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen.²⁷ Een andere grens aan de erkenning van een verloren gegane of beschadigde zaak als schade, doet zich voor wanneer de zaak wordt vervangen of hersteld. In beginsel²⁸ geldt de verloren gegane of beschadigde zaak dan niet langer als schade. Naar ik meen bestaat dan in beginsel geen aanspraak meer op vergoeding van de aanvankelijke waardevermindering of op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten.²⁹ De schade is doorgaans dan wel geconverteerd in een ander type schade:³⁰ zoals daadwerkelijk gemaakte herstelkosten³¹ of voor het herstel verrichte inspanningen die op geld waardeerbaar zijn³². Ik zie in zijn algemeenheid niet in hoe zich zou laten rechtvaardigen om de benadeelde aanspraak te laten houden op vergoeding van een grotere waardevermindering of hogere naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten wanneer de zaak inmiddels is hersteld en de daadwerkelijke kosten daarvoor lager zijn. Dit is alleen anders wanneer de praktische hanteerbaarheid van het recht daartoe noopt, bijvoorbeeld vanwege zeer grote aantallen schadegevallen van een bepaald type.³³ Hoe werkt dit uit als het herstel in eigen bedrijf heeft plaatsgevonden door in dienst zijnde werknemers en voor het herstel geen kosten zijn gemaakt? In het oude arrest *PTT-kabel*³⁴ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ook na het herstel van een beschadigde zaak in het eigen bedrijf van de benadeelde schade aanwezig is die begroot dient te worden op de aanvankelijke waardevermindering van de zaak en deze schade in het algemeen gelijk zal zijn aan de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten. Daarbij gold naar het oordeel van de Hoge Raad dat ‘de arbeid welke met het herstel zal zijn gemoeid, moet worden gewaardeerd naar zijn normale geldswaarde dat wil zeggen naar de normaal daaraan verbonden loonkosten’. In plaats van, zoals de Hoge Raad doet, de beschadigde zaak ondanks het herstel aan te merken als vermogensschade, is het naar mijn mening beter de met het

herstel van deze zaak gemoeide inspanningen als vermogensschade aan te merken en de waarde van die inspanningen te begroten op de daarmee verband houdende loonkosten. Het is namelijk enigszins gekunsteld om de beschadigde zaak ondanks het herstel, als schade te blijven aanmerken. Kennelijk heeft de Hoge Raad dat in *PTT-kabel* gedaan omdat toentertijd de jurisprudentie waarin inspanningen van werknemers kunnen worden begroot op de hoe dan ook daarvoor gemaakte kosten, nog niet door hem ontwikkeld was. Inmiddels is dat anders, en kan beter deze benadering worden gevolgd.³⁵ De benadering waarin als schade de inspanningen van de werknemers worden aangemerkt, sluit bovendien beter aan bij de begroting van de schade: ook in *PPT-kabel* wil de Hoge Raad, zoals hiervoor weergegeven, de schade begroten op de loonkosten. Achteraf moet naar mijn mening geconstateerd worden dat de Hoge Raad in deze zaak een minder gelukkige constructie heeft gekozen.³⁶ Mogelijk is voorts dat het een derde is die de zaak vervangt of herstelt. Ook dat kan meebrengen dat de benadeelde zijn aanspraak op vergoeding van de waardevermindering of de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten verliest.³⁷ Tot slot vermeld ik dat wanneer de verwachting is dat de verminderde waarde van een zaak zich in de loop van de tijd vanzelf weer herstelt, de schade nog niet kan worden begroot op de waardevermindering.³⁸

5. Gemiste prestatie

5.1. Inleiding

Soms levert de schuldenaar niet de prestatie waarop de schuldeiser recht had. In de hypothetische situatie zou de schuldeiser de prestatie hebben verkregen, maar in de feitelijke situatie is dat niet of niet goed gebeurd. Het kan dat de schuldeiser dan kosten maakt voor een vervangende prestatie of inkomsten derft: dan is er schade van het in par. 3 hiervoor besproken type. Geldt echter ook het enkele niet hebben verkregen van een prestatie op zichzelf als vermogensschade van de schuldeiser? Zolang de schuldeiser nog aanspraak kan maken op nakoming, ligt het niet voor de hand om het enkele missen van de pres-

27. Zie nader over deze gezichtspunten HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, r.o. 3.6, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A./Hiddema*).

28. Indien overigens de zaak ondanks het herstel nog steeds een lagere waarde heeft, dan is om die reden nog steeds sprake van schade, zie daarover met nadere verwijzingen M.R. Hebly, ‘Over vaststelling van zaakschade’, *NTBR* 2020/2, par. 2.2.

29. Zie nader over de discussie over keuzevrijheid S.D. Lindenbergh, ‘Abstracties bij vaststelling van schade’, in: *Abstracte schadebegroting* (preadvies VASR), Deventer: Kluwer 2013, nr. 39; C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW, nr. B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 11 en M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 147 e.v.

30. Aldus ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 15.

31. Dit schadetype besprak ik in par. 3 hiervoor.

32. Dit schadetype bespreek ik in par. 10 hierna.

33. Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*).

34. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*PTT-kabel*).

35. Deze jurisprudentie en de mogelijkheid om werkzaamheden van werknemers te begroten op hoe dan ook gemaakte loonkosten, bespreek ik in par. 10 hierna.

36. Deze constructie geeft overigens ook gemakkelijk aanleiding tot misverstand. Om deze constructie te kunnen hanteren, moest de Hoge Raad wel oordelen dat de schade, die kan worden begroot op de waardevermindering van de zaak of op de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten, blijft bestaan ook wanneer de zaak (in eigen bedrijf) is hersteld. Daarvan uitgaande kan men zeggen dat de benadeelde steeds mag kiezen tussen vergoeding van ofwel de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten ofwel de daadwerkelijk gemaakte herstelkosten. Naar ik in de hoofdttekst heb betoogd, laat deze keuzemogelijkheid zich niet rechtvaardigen. Ook hierom is de constructie minder gelukkig.

37. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5651, *NJ* 2000/690, m.nt. A.R. Bloembergen (*Dordrecht/Stokvast*).

38. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.11.5, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*X/NAM*). Wel is mogelijk dat de rechter een voorschot toekent indien voldoende aannemelijk is dat door de benadeelde uiteindelijk schade zal worden geleden. Zie ook HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Llander/Heiloo*).

tatie als schade aan te merken: het recht op nakoming bevindt zich immers nog in het vermogen van de schuldeiser.³⁹ Anders wordt dat (i) wanneer de schuldeiser de overeenkomst ontbindt vanwege het tekortschieten van de schuldenaar, en zo dus niet langer aanspraak heeft op de prestatie, maar wel op schadevergoeding op grond van art. 6:277 BW,⁴⁰ of (ii) wanneer de schuldeiser de verbintenis op grond van art. 6:87 BW omzet in een tot vervangende schadevergoeding, of (iii) wanneer nakoming voor de schuldenaar inmiddels blijvend onmogelijk is en de schuldeiser enkel aanspraak houdt op schadevergoeding op grond van art. 6:74 BW. In deze drie gevallen rijst de vraag of het enkele missen van een prestatie op zichzelf geldt als vermogensschade en hoe deze schade begroot dient te worden. Ik bespreek hierna eerst de specifieke situatie van niet- of non-conforme levering van een zaak (par. 5.2) en vervolgens de figuur van de vervangende schadevergoeding (par. 5.3).

5.2. Ontbinding en niet- of non-conforme levering van een zaak

Het hier eerst te bespreken gevaltype is de situatie waarin een koopovereenkomst verplicht tot de levering van een zaak, de verkoper de zaak niet levert en zo toerekenbaar tekortschiet en de koper daarom de overeenkomst ontbindt. Sinds lange tijd is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de koper dan aanspraak heeft op schadevergoeding van de omvang van het verschil tussen enerzijds de overeengekomen koopprijs en anderzijds de waarde van de zaak op het moment van de wanprestatie.⁴¹ Niet relevant werd daarbij door de Hoge Raad geoordeeld dat de koper geen andere zaken heeft gekocht ter vervanging van de niet geleverde zaken en dus geen kosten had gemaakt ten gevolge van de wanprestatie.⁴² Evenmin was naar het oordeel van de Hoge Raad relevant of de koper de zaken had doorverkocht en de opvolgende koper afzag van zijn aanspraak op nakoming en levering tegenover de eerste koper.⁴³ Voor zover het gaat om zaken met een dagprijs is deze rechtspraak inmiddels gecodificeerd in art. 7:36 BW. Naast de situaties waarin de verkoper de verkochte zaak niet levert, staan de situaties waarin sprake is van een non-conforme levering. In deze situaties heeft de koper, om te beginnen, schade die kan worden begroot op het verschil tussen de waarde van de te leveren zaak en de geleverde zaak op de dag van levering.⁴⁴

Uit het voorgaande volgt dat het niet op het afgesproken moment verkrijgen van een bepaalde zaak die een zekere marktwaarde heeft, geldt als vermogensschade.⁴⁵ Dit laat zich relatief eenvoudig rechtvaardigen: wanneer het verliezen of beschadigd raken van een zaak maakt dat er vermogensschade is van de omvang van de daarmee verloren gegane waarde van de zaak, dan sluit daarbij nauw aan om ook het niet of niet-conform geleverd krijgen van een zaak als vermogensschade te laten gelden en bij de begroting daarvan aan te knopen bij de waarde van de zaak.

5.3. Vervangende schadevergoeding: kosten van de prestatie of betekenis van de prestatie?

Wanneer het niet gaat om een te leveren zaak maar om een prestatie in het algemeen, rijst de vraag hoe de schade vanwege het missen van de prestatie begroot dient te worden. In theorie kan de focus worden gelegd op de kosten voor het leveren van de prestatie of juist op de betekenis van de prestatie voor de schuldeiser. In *Sparrow/Van Beukering*⁴⁶ heeft de Hoge Raad, in de context van art. 6:87 BW, voor de tweede benadering gekozen. De volgende casus lag voor. Van Beukering verkocht enkele panden aan Sparrow en verbond zich daarbij tot het uitvoeren van bepaalde restauratiewerkzaamheden aan die panden. Die restauratiewerkzaamheden voerde Van Beukering echter niet uit. Sparrow stelde Van Beukering in gebreke en zette vervolgens de verbintenis tot het uitvoeren van die werkzaamheden om in een tot vervangende schadevergoeding. Enige jaren later verkocht Sparrow de panden voor een hoger bedrag dan waarvoor hij de panden van Van Beukering had gekocht. Sparrow vorderde vervolgens van Van Beukering betaling van vervangende schadevergoeding van de omvang van de *kosten* om de werkzaamheden alsnog naar behoren uit te voeren. Het hof wees deze vordering af op de grond dat Van Beukering geen schade had geleden, nu hij de panden inmiddels met een aanzienlijke winst had kunnen verkopen. In het door Sparrow ingestelde cassatieberoep betoogde advocaat-generaal Keus in zijn conclusie (par. 2.10) dat de schade van Sparrow bestaat in het gemis van een hem toekomende, op geld waardeerbare prestatie. Keus zag 'geen enkele reden waarom de aard van *die* schade zich ertegen zou verzetten dat zij op de waarde van de betrokken prestatie in het maatschappelijk verkeer

39. Het gedurende enige tijd niet hebben kunnen beschikken over de prestatie kan op zichzelf ook maken dat van vermogensschade sprake is. In par. 9 bespreek ik wanneer het niet kunnen beschikken over of gebruiken van vermogensbestanddelen als vermogensschade geldt.

40. Of althans duidelijk is dat partijen de overeenkomst niet meer zullen nakomen, zie daarover: HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, r.o. 3.4, *NJ* 2012/684, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4/Hanzevast I*); HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, r.o. 3.4.3, *NJ* 2017/149 (*G4/Hanzevast II*).

41. HR 1 maart 1912, W 9333, m.nt. E.M. Meijers (*Wigleven/Schaap*); HR 22 november 1918, ECLI:NL:HR:1918:174, *NJ* 1919/33 (*Ostermann/Behrendt en Bodenheimer*); HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, *NJ* 1938/269, m.nt. E.M. Meijers (*Engelse Kolenstaking*); HR 20 april 1923, ECLI:NL:HR:1923:139, *NJ* 1923/694 (*Van Duyl/Rotterdam*).

42. HR 20 april 1923, ECLI:NL:HR:1923:139, *NJ* 1923/694 (*Van Duyl/Rotterdam*).

43. HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, *NJ* 1938/269, m.nt. E.M. Meijers (*Engelse Kolenstaking*). Omgekeerd is er de situatie waarin de koper tekortschiet in de betaling waarop de verkoper ontbindt en aanspraak maakt op schadevergoeding. Waar de verkoper ontbindt kan zijn schade worden begroot op het verschil tussen de koopprijs en de waarde van de verkochte zaak op de dag van de wanprestatie; waarbij niet relevant is of de verkoper de zaak voor een hoger bedrag aan een ander verkoopt, zie HR 15 januari 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC3943, *NJ* 1965/197, m.nt. G.J. Scholten (*Flint/Veldpaus*).

44. HR 28 januari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5889, *NJ* 1978/174, m.nt. A.R. Bloembergen (*Pootaardappelen*).

45. In de besproken gevallen dient wel ermee rekening te worden gehouden dat ofwel na ontbinding ook de koopsom niet meer betaald hoeft te worden ofwel dat een non-conforme zaak is geleverd die ook een zekere marktwaarde had.

46. HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210, m.nt. J. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*).

wordt vastgesteld'. De Hoge Raad oordeelde enigszins anders:

'Sparrow c.s. vorderen in de onderhavige procedure vervangende schadevergoeding als bedoeld in art. 6:87 BW, wegens gedeeltelijke niet-nakoming door Van Beukering van haar verbintenis en zij stellen de door hen geleden schade op het bedrag van de herstellkosten, hoewel zij de gebreken niet hebben doen herstellen en enige jaren later het betrokken huis hebben verkocht. In een dergelijk geval moet de schade worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis.'

De gevorderde vervangende schadevergoeding heeft 'in een dergelijk geval' dus de omvang van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis. Het gaat aldus niet om de waarde van de prestatie op zichzelf, maar meer om de betekenis van de prestatie voor het vermogen van de schuldeiser ten tijde van de niet-nakoming. De vervangende schadevergoeding krijgt zo een element van aanvullende schadevergoeding, met dien verstande dat de begroting dient plaats te vinden naar het moment van de niet-nakoming.⁴⁷ Hijma heeft in zijn annotatie bij dit arrest geschreven dat een sterker op de waarde van de gemiste prestatie toegespitste verwoording aantrekkelijker was geweest. De Hoge Raad lijkt voor zijn benadering gekozen te hebben, vanwege de nadelen die kleven aan het begroten van de schade op de waarde van de prestatie op zichzelf in het maatschappelijk verkeer. De problemen met deze alternatieve benadering kwamen in een tweetal oudere arresten naar voren. Zo moest in *Van Hogenboucklaan*⁴⁸ de huurder op grond van de huurovereenkomst bij het einde van de huur ervoor zorgen dat het als kantoorgebouw gebruikte gehuurde weer als woonflatgebouw gebruikt zou kunnen worden. Omdat de huurder dit niet had gedaan, was de verhuurder in staat geweest om het gehuurde aanmerkelijk profijtlijker opnieuw als kantoorgebouw te verhuren. Niettemin maakte de verhuurder tegenover de huurder aanspraak op vergoeding van de kosten om het gehuurde tot woonflatgebouw te laten ombouwen. De Hoge Raad oordeelde dat de enkele niet-nakoming door de huurder van zijn verplichting om het gehuurde als woonflatgebouw op te leveren, niet reeds meebrengt dat de verhuurder schade heeft geleden ten bedrage van de kosten van herstel tot woonflatgebouw. In *Ambassador*⁴⁹ had de huurder het gehuurde kantoorgebouw niet in goede staat opgeleverd, maar stond al voor de oplevering door de huurder vast dat het gehuurde ingrijpend verbouwd zou worden waardoor herstel door de huurder zinloos zou zijn. De Hoge Raad beoordeelde

als juist het oordeel van het hof dat de verhuurder geen schade leed en evenmin zou lijden, omdat in verband met de voorgenomen verbouwing herstel van de zaak zinloos zou zijn. Door de focus in *Sparrow/Van Beukering* op de betekenis van de prestatie voor het vermogen van de schuldeiser, laat dit arrest zich goed rijmen met *Van Hogenboucklaan* en *Ambassador*. De focus op de betekenis van de prestatie voor het vermogen van de schuldeiser pakt naar mijn mening echter niet steeds goed uit. Mogelijk is dat de betekenis van de prestatie voor het vermogen van de schuldeiser op het moment waarop de schuldenaar dient te presteren, aanmerkelijk groter is dan de waarde van de prestatie in het maatschappelijk verkeer. Het arrest *Goekoop/Terwogt*⁵⁰ illustreert dit. Goekoop kwam met Terwogt overeen dat deze toezicht zou houden op de bouw van een schip. Nadat het schip gereed was gekomen, bracht Goekoop het schip in een naamloze vennootschap in. Terwogt bleek vervolgens bij het houden van toezicht tekort te zijn geschoten waardoor het schip diverse gebreken had. Goekoop vorderde vergoeding van hierdoor geleden schade van Terwogt. Het hof, gesanctioneerd door de Hoge Raad, wees onder het oude recht deze vordering af omdat Goekoop deze schade niet had geleden nu het schip door hem in een naamloze vennootschap was ingebracht. Zou men in deze zaak met de begrotingsregel uit *Sparrow/Van Beukering* werken, dan zou men moeten kijken wat op het moment van de door Terwogt te verrichten prestatie de betekenis zou zijn geweest voor het vermogen van Goekoop. Die betekenis is dat Goekoop zou hebben beschikt over een deugdelijk schip in plaats van over het schip met gebreken. Naar mijn mening begroot men zo niet meer de waarde van de prestatie, maar ook een deel van de gevolgschade die door het tekortschieten is veroorzaakt. In het jongere *Van Laar/Bowwconsulting*⁵¹ heeft de Hoge Raad kennelijk om te voorkomen dat de vervangende schadevergoeding ook een vergoeding voor gevolgschade gaat omvatten geoordeeld dat 'ingeval een verkoper door een hem toe te rekenen oorzaak de verkochte zaak niet kan leveren, de koper wat betreft vervangende schadevergoeding niet op meer dan de marktwaarde van de zaak aanspraak kan maken' (r.o. 3.4). Op grond van het voorgaande ben ik het met Hijma eens dat een benadering sterker gericht op de waarde van de gemiste prestatie aantrekkelijker was geweest. Wel is het dan noodzakelijk om met de begrenzing te werken – net zoals bij de herstellkosten bij zaakbeschadiging – dat als het economisch onverantwoord is om de prestatie te leveren, de waarde van de prestatie niet als vervangende schadevergoeding kan worden gevorderd. Op die manier kan worden voorkomen dat in casus zoals in *Van Hogenboucklaan* en *Ambassador* de schuldeiser verdient aan een prestatie die hij niet had willen hebben.

47. Overigens zou men zich kunnen afvragen of de Hoge Raad inderdaad het moment van niet-nakoming bedoelt, of dat het gaat om het moment waarop de prestatie geleverd had moeten worden of waarop de schuldenaar in verzuim raakte.

48. HR 23 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6527, NJ 1979/482, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hogenboucklaan*).

49. HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2387, NJ 1997/612 (*Ambassador*).

50. HR 6 december 1957, ECLI:NL:HR:1957:5, NJ 1958/40 (*Goekoop/Terwogt*).

51. HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7821, NJ 2004/586 (*Van Laar/Bowwconsulting*).

6. Verschuldigd geworden bedrag

Soms wordt iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een bedrag aan een ander verschuldigd. In de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou de benadeelde deze schuld niet hebben gehad, maar in de feitelijke situatie wel. Een dergelijk nadeel kan met name ontstaan als gevolg van een fout van een advocaat of een adviseur. Als de benadeelde de schuld voldoet en dus kosten maakt, is er zonder meer vermogensschade.⁵² Geldt echter de schuld op zichzelf ook al als vermogensschade? De Hoge Raad heeft op dit terrein geen heldere lijn. In het in 1981 gewezen arrest *X/Van Veen*⁵³ lag een beroepsaansprakelijkheidskwestie voor waarin een advocaat had nagelaten namens zijn cliënt tijdig verzet in te stellen tegen een veroordeling bij verstek van zijn cliënt om aan een ander een geldbedrag te betalen. Vast kwam te staan dat bij het instellen van verzet de veroordeling van tafel zou zijn gegaan. Het bestaan van de schuld was dus het gevolg van de beroepsfout. Was met het bestaan van de schuld ook al de schade van de cliënt gegeven, of was daarvoor nodig dat de schuld ook door de cliënt zou worden voldaan? De Hoge Raad oordeelde:

‘Onderdeel A berust op de onder 3 geformuleerde stelling dat de vergoeding verschuldigd voor een door een beroepsfout veroorzaakt verstekvonnis steeds tenminste zal belopen het geldbedrag dat in dat verstekvonnis is uitgedrukt, vermeerderd met rente en kosten. 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. Dat deze laatste situatie zich hier voordoet, heeft het Hof kennelijk aangenomen op grond van de – in appel op zichzelf niet aangevochten – overweging van de Rb. dat omtrent de vraag of [de cliënt] enige betaling op grond van het tegen hem gewezen verstekvonnis zal verrichten, geen enkele zekerheid bestaat.’

Het oordeel van de Hoge Raad dat de enkele schuld nog niet maakt dat er schade is, met name niet indien er een reële kans bestaat dat niet of niet volledig zal worden voldaan, beoordeelde Brunner in zijn annotatie dadelijk als onjuist:

‘Indien de cliënt een schuld krijgt die hij niet zou hebben gehad zonder de fout van de advocaat, wordt zijn vermogen verminderd met het bedrag van de schuld. Op dat moment lijdt hij schade door de fout van de advocaat tot het bedrag van de schuld. De voldoening van de schuld vermindert het vermogen niet. Of zij wordt voldaan gaat de aansprakelijke persoon niet aan.’

Zegt men inderdaad dat iemand niet armer wordt door een schuld te voldoen, dan moet de schade wel zijn ontstaan op het moment dat de schuld ontstond. In latere arresten lijkt de Hoge Raad in lijn met Brunners kritiek niet meer van de in *X/Van Veen* neergelegde opvatting uit te gaan. Zo lijkt hij in *Snouckaert/Reinders*⁵⁴ te oordelen dat het enkele krijgen van een schuld schade is en de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot het verhaal van die schade op grond van art. 3:310 BW gaat lopen op het moment waarop de schuldeiser de benadeelde ter zake van die schuld in rechte betrok. In het recentere arrest *X/Carigna* lag vrijwel dezelfde situatie voor als in *X/Van Veen*. Ook in deze zaak had een advocaat nagelaten tijdig verzet in te stellen tegen een verstekvonnis waarin zijn cliënt, Carigna, werd veroordeeld een geldbedrag aan SAC te betalen. Ook hier was uitgangspunt dat na het verzet de veroordeling tot betaling niet in stand zou zijn gebleven. De Haarlemse rechtbank wees de vordering tot schadevergoeding van Carigna op de advocaat af, op de grond dat zich de situatie voordeed dat een reële kans bestond dat het verstekvonnis niet of niet volledig door Carigna zal worden voldaan en dat gesteld noch gebleken is dat Carigna enige betaling zal (kunnen) verrichten.⁵⁵ Het Amsterdamse hof oordeelde echter:⁵⁶

‘Uit de door Carigna – onbetwist – gestelde gang van zaken volgt dat SAC sinds het verstekvonnis steeds aanspraak is blijven maken op betaling door Carigna. Carigna is rechtens ook gehouden aan het onherroepelijk vonnis te voldoen. Dat Carigna schade lijdt staat dan ook vast. Daaraan doet niet af dat zij mogelijk op dit moment niet tot betaling in staat zou zijn.’

De advocaat klaagde in cassatie dat het hof ofwel de regel van *X/Van Veen* heeft miskend ofwel niet op begrijpelijke wijze is ingegaan op het verweer dat Carigna als lege spookvennootschap nimmer aan SAC zou kunnen betalen en er dus geen sprake was van schade. Nadat advocaat-generaal Hartlief leek in te stemmen met de benadering waarin de omstandigheid dat sprake was van een reële schuld die voldaan moest worden maakt dat er dus schade is ontstaan voor Carigna,⁵⁷ verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep zonder inhoudelijke motivering.⁵⁸ Aldus lijkt ervan uit te moeten worden gegaan dat het door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis krijgen van een schuld aan een ander op zichzelf in beginsel geldt als vermogensschade van de omvang van die schuld.

7. Gemiste vordering

De omgekeerde situatie doet zich ook wel voor: de benadeelde loopt ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende

52. Van het in par. 3 besproken type.

53. HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4233, r.o. 7, *NJ* 1982/255, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Veen/X*).

54. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, r.o. 3.4.5 (*Snouckaert/Reinders*).

55. Zie conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:1059, par. 2.10, voor HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2109.

56. Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4164, r.o. 3.20 (*Carigna/X*).

57. ECLI:NL:PHR:2018:1059, zie met name par. 3.21 van de conclusie.

58. HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2109 (*X/Carigna*). Overigens had Carigna na het eindvonnis van de rechtbank haar aanspraak op schadevergoeding op de advocaat gecedeerd aan SAC ter voldoening van haar schuld aan SAC. Omdat zo de schuld van Carigna aan SAC teniet was gegaan zonder ‘out-of-pocket expenses’ van Carigna, kwam klemmend de vraag naar voren of het enkele verkrijgen van een schuld al vermogensschade is.

pende gebeurtenis een vordering op een ander mis. Te denken valt bijvoorbeeld aan het door een advocaat niet tijdig instellen van hoger beroep tegen een vonnis waarin een vordering van zijn cliënt op een wederpartij is afgewezen. Als de benadeelde kan aantonen dat hij zonder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis een vordering op een ander zou hebben gehad én de ander deze vordering ook zou hebben voldaan, dan heeft de benadeelde inkomsten gederfd en is er vermogensschade van het in par. 3 besproken type. Geldt echter het enkele mislopen van een vordering op een ander ook als vermogensschade? Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde in een zaak waarin door een fout van een advocaat de cliënt geen schadevergoedingsvordering op een wederpartij had gekregen (r.o. 6.8.1):⁵⁹

‘Dit betekent dat [de wederpartij] in een door [de advocaat] deugdelijk gevoerde procedure (van [de cliënt] tegen hem) naar alle waarschijnlijkheid wel degelijk aansprakelijk zou zijn gehouden voor de door [de cliënt] ten gevolge van de brand geleden schade. De omissie van [de advocaat] om de procedure tegen [wederpartij] door te zetten en op deugdelijke wijze af te ronden, heeft dus tot gevolg dat [de cliënt] daardoor schade heeft geleden, ter hoogte van het bedrag dat aan haar zou zijn toegewezen in die procedure.’

Het hof lijkt hier dus voor de benadering te kiezen waarin het enkele missen van een aanspraak al maakt dat er schade is. Het hof oordeelde daarbij overigens wel dat de advocaat het verweer kon voeren dat de wederpartij de vordering nimmer zou hebben voldaan en merkte dat verweer aan als zelfstandig bevrijdend verweer. De Hoge Raad oordeelde in het door de advocaat ingestelde cassatieberoep dat het verweer dat de wederpartij nimmer zou hebben voldaan slechts een betwisting is van het causale verband tussen de tekortkoming en de schade.⁶⁰ De Hoge Raad nam daarbij, anders dan het hof, impliciet tot uitgangspunt dat de enkele gemiste vordering niet op zichzelf maakt dat er schade is en dat voor het bestaan van schade ook nodig is dat de cliënt stelt, en zo nodig bewijst, dat de vordering zou zijn nagekomen. Wanneer immers het enkele missen van de vordering als schade wordt aangemerkt, dan is het betoog dat de vordering niet zou zijn nagekomen geen betwisting van het causale verband tussen de tekortkoming en de schade. Deze benadering van de Hoge Raad kan worden afgezet tegen de benadering die wordt gehanteerd in het geval een benadeelde ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis een schuld krijgt aan een ander en tegen de benadering in het geval de benadeelde recht heeft op een zaak maar deze niet geleverd krijgt. Opvallend is dat waar bij het missen van een vordering op een ander het bestaan van vermogensschade pas lijkt te worden aangenomen als de benadeelde aantoont dat die ander de vordering ook zou hebben voldaan, de Hoge Raad het door de benadeelde schuldig worden van een bedrag aan een ander op zichzelf wel als schade lijkt aan

te merken, los van de vraag of de benadeelde die schuld zal voldoen. Verder valt op dat waar het niet door de benadeelde geleverd krijgen van een zaak als schade wordt aangemerkt van de waarde van die zaak op het moment dat geleverd had moeten worden, het niet door de benadeelde verkrijgen van een vordering pas als schade lijkt te kunnen gelden als vaststaat dat de schuldenaar aan de benadeelde zou hebben voldaan. Men kan zich afvragen of het schadevaststellingsrecht hier voldoende consistent is.

8. Gemist onstoffelijk voordeel waarvoor kosten zijn gemaakt

Soms heeft de benadeelde uitgaven gedaan gericht op het verkrijgen van een bepaald onstoffelijk voordeel en missen deze uitgaven hun doel ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis. De aansprakelijkheidschepende gebeurtenis maakt met andere woorden dat de benadeelde het met de uitgaven beoogde onstoffelijk voordeel niet verkrijgt. Er zijn in zo'n situatie wel kosten gemaakt, maar die kosten zijn niet het gevolg van de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis: zij zouden hoe dan ook zijn gemaakt. Het voordeel dat ten gevolge van deze gebeurtenis wel is misgelopen, is onstoffelijk van aard waardoor niet vanzelf spreekt om dit als vermogensschade aan te merken. In zo'n geval kan niettemin sprake zijn van vermogensschade en kan de waarde van het gemiste onstoffelijk voordeel onder omstandigheden begroot worden op de daarvoor gemaakte kosten. In *Burger/Brouwer*⁶¹ heeft de Hoge Raad het volgende principiële oordeel gegeven (r.o. 3.3.1):

‘Indien iemand uitgaven heeft gedaan te verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardebaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen.’

In deze zaak had Burger een rallymotor van Brouwer gehuurd om ‘Dakar 1999’ te rijden. De motor liep aan het begin van de rally vanwege gebreken vast, waardoor Burger zijn deelname moest staken. Brouwer was aansprakelijk voor de gebreken. Burger vorderde vergoeding van de kosten van inschrijving, vluchten, visa, overnachting, uitrusting, monteur, huur en verzekering. Het hof oordeelde dienaangaande dat het merendeel van deze posten niet kon worden toegewezen, omdat de kosten geen gevolg zijn van het gebrek aan de motor noch een direct gevolg zijn van het vroegtijdig uitvallen in de rally. Dat oordeel hield in cassatie geen stand: de waarde van het gemiste onstoffelijk voordeel, het deelnemen aan de rally, kon in beginsel worden gesteld op de daarvoor gedane uitgaven. Een interessante toepassing van deze leer laat

59. Hof 's-Hertogenbosch 9 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1337.

60. HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1308, r.o. 3.2.

61. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55, m.nt. J. Hijma (*Burger/Brouwer*). En herhaald in HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, r.o. 3.5, NJ 2010/579, m.nt. J. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*).

zich lezen in *Staat/Neerijnen*.⁶² In deze zaak was de Staat aansprakelijk voor het door een Apache gevechtshelikopter (kennelijk door grove fouten van de piloten) aanvliegen tegen een hoogspanningsmast. Ten gevolge van dit ongeval waren diverse dorpen in de omgeving geheel zonder stroom komen te zitten. Naar het oordeel van het Haagse hof gold, onder meer, als schade ten gevolge van het ongeval de uren die de ambtenaren van de gemeenten als gevolg van het ongeval niet hadden kunnen werken en diende deze schade te worden begroot door de uren te vermenigvuldigen met de loonkosten per uur van de desbetreffende ambtenaren. Naar het oordeel van het hof liet zich niet rechtvaardigen om alleen werkzaamheden die met overwerk ingehaald zouden moeten worden of die aan derden uitbesteed zouden worden, als schade aan te merken. De Hoge Raad beoordeelde deze benadering als noch onjuist noch onbegrijpelijk (r.o. 3.6.2). Dit laat zich zonder veel moeite zien als toepassing van de *Burger/Brouwer*-leer. De gemeenteambtenaren voeren werkzaamheden uit in het algemene belang van hun gemeente en de gemeente betaalt daarvoor in de vorm van loon. Wanneer deze ambtenaren door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis deze werkzaamheden gedurende enige tijd niet kunnen verrichten, dan kan de gemeente niet wijzen op ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte kosten of gederfd inkomsten: de gemeente heeft immers niet méér kosten gemaakt dan zij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben gemaakt en ook geen inkomsten gederfd omdat de werkzaamheden van de ambtenaren niet gericht zijn op het verwerven van inkomsten. Wel is sprake van een gemist onstoffelijk voordeel waarvan het redelijk is om het op de daarvoor gemaakte kosten te begroten.⁶³

Onder welke omstandigheden kan een gemist voordeel, waarvoor kosten zijn gemaakt, als vermogensschade gelden? Ten eerste is de vraag of van vermogensschade sprake is, indien het onstoffelijk voordeel waarvoor de kosten zijn gemaakt, slechts ten dele wordt gemist. In theorie is mogelijk om in zo'n geval de schade steeds te begroten op het deel van de kosten dat met het gemiste voordeel samenhangt. In *Pollen/Linssen Yachts*⁶⁴ heeft de Hoge Raad echter ervoor gekozen een zekere drempel

aan te brengen.⁶⁵ In deze zaak ondervond de koper van een motorjacht gedurende ruim een jaar allerlei problemen: het motorjacht functioneerde niet volledig en moest herhaaldelijk gerepareerd worden. De Hoge Raad oordeelde dat ook een gering gemis van het door de koper verwachte genot van een voor privégebruik aangeschafte zaak bij de koper veel ergernis teweeg kan brengen. Die ergernis is echter, volgens de Hoge Raad, geen vermogensschade. De Hoge Raad stelde als voorwaarde dat de uitgaven hun doel in 'rechtens relevante mate' hebben gemist.⁶⁶ Hijma heeft in zijn annotatie bij dit arrest betoogd dat het onstoffelijk voordeel 'in overwegende mate' zal moeten zijn gemist.⁶⁷ Ik vraag mij af of deze conclusie uit het arrest kan worden getrokken en of de lat zo niet te hoog wordt gelegd. Naar mijn mening is het beter om te zeggen dat een substantieel deel van het voordeel, of een substantieel voordeel, moet zijn gemist alvorens sprake is van vermogensschade. Ten tweede is de vraag of ook nog sprake is van vermogensschade wanneer de beoogde onstoffelijke voordelen om een andere reden niet zouden zijn verkregen. Mijns inziens ligt voor de hand hier aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie over hypothetische causaliteit,⁶⁸ waardoor het mij in beginsel niet nodig lijkt dat komt vast te staan dat het onstoffelijke voordeel daadwerkelijk zou zijn verkregen. Ten derde is er in de omvangssfeer nog een begrenzing aan deze schade. In *Burger/Brouwer* oordeelde de Hoge Raad dat de volledige schade niet behoeft te worden vergoed indien dit 'alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn'.⁶⁹ Hier lijkt de Hoge Raad een soort ontsnapingsmogelijkheid te creëren voor het geval dat de kosten niet in verhouding staan tot het voordeel.⁷⁰ Ten slotte rijst de vraag of ook bij een gemist stoffelijk voordeel de schade zou kunnen worden begroot op de voor het verkrijgen van dat voordeel gemaakte kosten. Lindenbergh heeft in zijn annotatie bij *Staat/Neerijnen* betoogd dat er geen reden is om deze begrotingswijze alleen toe te passen bij gemiste onstoffelijke voordelen en dat, integendeel, wanneer uitgaven zijn gedaan ter verkrijging van 'stoffelijke' voordelen, althans voordelen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen, er 'reden te meer' is om deze uitgaven voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Ik vraag mij af of dat in

62. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/139, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/Neerijnen*).

63. In deze zaak speelde verder dat gemeenteambtenaren zich hadden ingespannen ter beperking van de schade. Ook de daarmee samenhangende loonkosten komen voor vergoeding in aanmerking. Dit bespreek ik in par. 10.1.

64. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, r.o. 3.7, NJ 2010/579, m.nt. J. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*).

65. Zie ook conclusie A-G J.B.M.M. Wuisman, ECLI:NL:PHR:2008:BF1042, par. 2.6, voor het arrest waarin m.i. terecht werd betoogd dat dit onhanteerbaar is en een drempel nodig is.

66. Ook in het geval van een beschadigde publieke boom achtte de Hoge Raad het nadeel te gering om kosten voor vergoeding in aanmerking te laten komen, zie HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, r.o. 3.4.2, NJ 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

67. J. Hijma, annotatie, par. 8, bij HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*).

68. HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7897, NJ 1991/292, m.nt. C.J.H. Brunner (*Vermaat/Staat*); HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Leeuwarden/Los*) en HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*V & P/DNB & AFM*).

69. Zie r.o. 3.3.1. De Hoge Raad plaatst dit met een wat merkwaardige formulering in de sleutel van art. 6:98 BW en oordeelt dat als de schade kan worden toegerekend, deze schade in het geheel dient te worden vergoed tenzij dat niet redelijk is. Denkbaar is overigens dat het missen van het voordeel niet (geheel) aan de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kan worden toegerekend en dus de gemaakte kosten niet (volledig) vergoed behoeven te worden, zie hierover nader S.D. Lindenbergh, 'Schadenfreude over "Freudenschaden"', in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluistijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 145 en conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:940, par. 3.16, voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

70. Ook de Toelichting Meijers lijkt op grond van art. 6:1.9.1 lid 2 O.M. alleen 'normale kosten' in aanmerking te willen laten komen, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 332 (T.M.).

zijn algemeenheid juist is. Als uitgangspunt lijkt mij te gelden dat wanneer uitgaven worden gedaan die gericht zijn op stoffelijke voordelen, althans voordelen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen, de benadeelde pas vermogensschade lijdt indien hij aantoonbaar dat hij deze (of andere) voordelen daadwerkelijk zou hebben verkregen, zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. De schade heeft dan de omvang van de waarde van de gemiste stoffelijke voordelen. Als slechts een reële kans op die voordelen wordt gemist, dan kan de schade worden begroot op de waarde van die kans (dus op de omvang van die kans vermenigvuldigd met de omvang van het voordeel).⁷¹ Ik zie niet in waarom verder ruimte zou bestaan om de schade te begroten op de gemaakte kosten.⁷² Hierna zullen wij overigens nog zien dat iets vergelijkbaars geldt bij schade die bestaat in het door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet kunnen gebruiken van een zaak. Als bedoeld is met de zaak inkomsten te verwerven, dan dient de benadeelde in beginsel aan te tonen dat hij daadwerkelijk inkomsten heeft gederfd. Is echter de zaak bedoeld om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen (zoals woongenot), dan kan de schade soms begroot worden op een deel van de gemaakte kosten om dat onstoffelijk voordeel te verkrijgen.⁷³

9. Het niet kunnen beschikken over of gebruiken van vermogensbestanddelen

9.1. Een te laat verkregen geldsom

Soms kan iemand ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gedurende enige tijd niet beschikken over bepaalde vermogensbestanddelen, zoals een geldsom of een zaak. Brengt dat mee dat diegene schade lijdt, ook als hij geen kosten maakt of inkomsten derft? Ik bespreek eerst het enige tijd missen van een geldsom en vervolgens het niet kunnen gebruiken van een zaak. De situatie dat de benadeelde door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet over een bepaalde geldsom kan beschikken laat zich onderverdelen in twee gevaltypen. In de eerste situatie betaalt de schuldenaar later dan hij verplicht was te doen. Art. 6:119 en 6:119a BW fixeert voor die situatie de schade ten gevolge van die te late betaling op een rentebedrag over de te betalen hoofdsom over de tijd waarin de schuldenaar in verzuim was met betaling.⁷⁴ Volgens de wetgever en naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de ratio van deze fixatie de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht.⁷⁵ Het gaat hier naar ik meen niet *alleen* om de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht. Ook van belang

zal zijn dat geld economisch een zekere tijdswaarde heeft die zich laat uitdrukken met behulp van een rentepercentage.⁷⁶ In de tweede situatie verkrijgt de benadeelde ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis later de beschikking over een bepaalde geldsom. Te denken valt bijvoorbeeld aan een (achteraf) onrechtmatig beslag op een verkocht goed waardoor de rechthebbende het goed niet kan overdragen en daardoor pas later van de koper de koopprijs ontvangt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in dergelijke gevallen voor (analoge) toepassing van art. 6:119 BW geen plaats is. De benadeelde dient aan te tonen dat hij door het eerder verkrijgen van het bedrag bepaalde inkomsten zou hebben gehad of minder kosten zou hebben gemaakt.⁷⁷ De Hoge Raad lijkt hier niet voldoende te achten dat vanuit economisch oogpunt geld een zekere tijdswaarde heeft. Dit oordeel laat zich niet eenvoudig verenigen met het feit dat bij de begroting van toekomstige schade doorgaans juist wel met die tijdswaarde rekening wordt gehouden door van in de toekomst gelegen kosten of gederfde inkomsten de contante waarde te berekenen aan de hand van een disconteringsvoet.⁷⁸

9.2. Een zaak die men niet heeft kunnen gebruiken

Soms kan men ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis een of meer zaken enige tijd niet of in mindere mate gebruiken. Dat kan ertoe leiden dat de benadeelde kosten maakt voor een vervangende zaak of inkomsten derft. Maakt het enkele feit dat een zaak niet of in mindere mate gebruikt kan worden op zichzelf al dat sprake is van vermogensschade? Dat hangt ervan af. Als de zaak bestemd is om daarmee een voordeel in de economische sfeer te behalen, dan is in beginsel pas van schade sprake indien wordt aangetoond dat kosten zijn gemaakt of inkomsten zijn gederfd. Is echter de zaak bestemd om immateriële voordelen te verkrijgen, dan kan wel sprake zijn van schade. Ik bespreek beide situaties nader. Dat het door de eigenaar niet kunnen gebruiken van zijn zaak die bestemd is om voordelen in de economische sfeer te genereren, niet op zichzelf meebrengt dat er vermogensschade is, heeft de Hoge Raad diverse keren geoordeeld. Zo oordeelde de Hoge Raad dat degene die door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis te laat de beschikking krijgt over een perceel landbouwgrond niet schade heeft vanwege het enkele missen van de mogelijkheid om het perceel te verpachten.⁷⁹ Toen de productiecapaciteit van een bedrijf door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis tijdelijk stil kwam te vallen, oordeelde de Hoge Raad:

71. Kansschade bespreek ik in par. 11 hierna.

72. Vgl. ook het Ontwerp Meijers waarin een bepaling (art. 6.1.9.1 lid 2) was opgenomen om tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Blijkens de toelichting had men daarbij het oog op kosten 'om zich een zeker genot te verschaffen', zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 332 (T.M.).

73. Dit bespreek ik in par. 9.2 hierna.

74. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1520, r.o. 3.5.2, NJ 2015/352, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*AIS Vliegopleidingen/K.*).

75. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, r.o. 3.5, NJ 2000/275 (*De Preter/Van Uiterd*); HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR0220, r.o. 3.5.4, NJ 2007/481, m.nt. J. Hijma (*Abold/Staat*).

76. Dit kwam aan de orde in par. 3.

77. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1823, r.o. 3.3, NJ 2011/309 (*STAK Forward Business Parks/Huber c.s.*).

78. Zie par. 5.1 hiervoor. A-G J.L.R.A. Huydecoper heeft echter in par. 12 en 13 van zijn conclusie voor het arrest uiteengezet welke complicaties het gevolg zouden zijn van de benadering waarbij deze tijdswaarde wel als vermogensschade wordt aangemerkt.

79. HR 17 februari 1956, ECLI:NL:HR:1956:10, NJ 1956/127 (*Hoorebeke/Van Daele*). Zie echter anders, maar dan niet in het kader van de onrechtmatige daad, HR 4 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:54, NJ 1955/302 (*Mijnlieff/Staat*).

‘geen rechtsregel brengt (...) mee dat, zo de productiecapaciteit van een bedrijf tijdelijk uitvalt door het uitvallen van een bedrijfsmiddel, 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 productiekosten in mindering werden gebracht en ook niet indien deze goederen een marktprijs of een naar objectieve maatstaven vast te stellen prijs hebben.’⁸⁰

Wanneer een of meer zaken bestemd zijn om voordelen in de economische sfeer te behalen, brengt aldus het enkele niet kunnen gebruiken van de zaak of de zaken in beginsel nog niet mee dat vermogensschade geleden is, maar dient de rechthebbende aan te tonen dat hij hierdoor hogere kosten heeft gemaakt of inkomsten heeft gederfd⁸¹ of een reële kans op voordelen⁸² is misgelopen. In bijzondere omstandigheden kan dit echter anders liggen. Een aardige illustratie daarvan biedt *Credit Suisse/Subway*.⁸³ Subway was onderhuurder van een bedrijfsruimte. Dege- ne die de bedrijfsruimte aan Subway verhuurde, huurde op haar buurt van Credit Suisse. Nadat de onderverhuurder de overeenkomsten met Subway en Credit Suisse beëindigde, bleef Subway in het gehuurde zitten en onderhandelde zij ongeveer een halfjaar met Credit Suisse over een te sluiten huurovereenkomst. Uiteindelijk kwam die huurovereenkomst niet tot stand. Credit Suisse maakte daarom tegenover Subway aanspraak op schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Het hof wees die vordering af, omdat geen sprake zou zijn van schade nu Credit Suisse niet had gesteld dat zij als gevolg van dat gebruik van de bedrijfsruimte, zelf huurkosten heeft moeten maken, dan wel dat zij het door Subway gebruikte gedeelte van de bedrijfsruimte aan een ander had kunnen verhuren. De Hoge Raad vernietigde en oordeelde dat Credit Suisse schade had geleden door het voortgezet gebruik, ook als zij niet elders vervangende bedrijfsruimte hoeft te huren en zij niet door dat gebruik is verhinderd de ruimte aan een derde te verhuren. Gelet op de analogie met de gevallen die zijn geregeld in art. 7:225 en 7:230a BW,⁸⁴ paste het naar het oordeel van de Hoge Raad in het stelsel van de wet de schade van de eigenaar in het onderhavige geval naar objectieve maatstaven te berekenen. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan echter uit deze bepalingen niet eenzelfde conclusie worden getrokken als iemand een roerende zaak in de sfeer van een te sluiten leaseovereenkomst onder zich is gaan houden, maar achteraf komt vast te staan dat een dergelijke leaseovereenkomst niet tot stand is komen.⁸⁵

Indien het gebruik van de zaak gericht is op het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel (zoals gebruiksge- not) kunnen de kaarten anders komen te liggen. In de prejudiciële procedure inzake *Groningen*⁸⁶ oordeelde de Hoge Raad (r.o. 2.12.3):

‘Indien door (het risico op) bodembeweging het woongenot wordt aangetast, is het daardoor gederfde woongenot vermogensschade op vergoeding waarvan aanspraak kan bestaan.’

Omdat veel bewoners boven het Groningenveld door (het risico op) bodembeweging woongenot zullen hebben gederfd, zag de Hoge Raad aanleiding om ten behoeve van een eenvoudige en eenvormige afhandeling van deze schade, richtlijnen te geven aan de hand waarvan de schatting in beginsel moet worden verricht (r.o. 2.12.4):

‘De door het derven van woongenot geleden vermogensschade van de bewoner die eigenaar van de woning is, bestaat in beginsel in het over de maanden waarin het woongenot is gederfd, berekende verschil tussen i) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien hij de woning zou hebben gehuurd in de huidige situatie waarin bodembewegingen hebben plaatsgevonden en nog kunnen plaatsvinden, hetgeen betekent dat die huur is afgestemd op de omstandigheid dat zich bodembewegingen hebben voorgedaan en nog kunnen voordoen, en ii) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien van bodembewegingen geen sprake zou zijn.’

Door deze regel komt tot uitdrukking dat het missen van substantieel woongenot een nadeel is dat als vermogensschade aangemerkt kan worden. Het is ook reëel omdat een bepaald woongenot doorgaans in het maatschappelijk verkeer een zekere waarde vertegenwoordigt. De hier gegeven regel ligt dicht aan tegen de hiervoor besproken regel voor de situatie waarin een onstoffelijk voordeel waarvoor kosten zijn gemaakt wordt gemist.⁸⁷ Het verschil is echter dat in de begroting niet wordt terugges- grepen op de daadwerkelijk voor het woongenot gemaakte kosten (die ook in een tamelijk los en verwijderd verband tot het woongenot kunnen staan), maar op de waarde van het gemiste woongenot in het maatschappelijk verkeer.

10. Inspanningen en inzet van middelen

10.1. Ingezette werknemers en ingezette vermogensbestanddelen

Soms zet de benadeelde zijn werknemers of vermogensbestanddelen in ter voorkoming of beperking van schade,

80. HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, NJ 1986/567 (*ENCI/Lindelauf*).

81. Dit type schade besprak ik in par. 3 hiervoor.

82. Dit type schade bespreek ik in par. 11 hierna.

83. HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*).

84. Art. 7:225 BW bepaalt dat indien de huurder na het einde van de huur het gehuurde onrechtmatig onder zich houdt, de verhuurder over de tijd dat hij het gehuurde mist, een vergoeding kan vorderen gelijk aan de huurprijs, onverminderd, indien zijn schade meer dan deze vordering bedraagt, zijn recht op dit meerdere. Art. 7:230a lid 5 BW regelt een soortgelijke gebruiksvergoeding indien de termijn waarbinnen ontruiming moet plaatsvinden wordt verruimd.

85. HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, r.o. 3.4.3, NJ 2017/312, m.nt. J. Hijma (*Van de Booren/Grenkefinance*).

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

87. Dit schadetype besprak ik in par. 8 hiervoor.

ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter verkrijging van voldoening buiten rechte, zoals bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub a, b en c BW. Wanneer de benadeelde het loon voor deze werknemers hoe dan ook zou hebben betaald en de benadeelde over de vermogensbestanddelen beschikte zonder dat deze zijn verbruikt, rijst de vraag of de benadeelde vermogensschade lijdt. Dat is vanzelfsprekend het geval wanneer de benadeelde kan aantonen dat hij door het inzetten van zijn werknemers of vermogensbestanddelen ofwel extra kosten heeft gemaakt ofwel inkomsten heeft gederfd. De Hoge Raad heeft in diverse zaken geoordeeld dat als werknemers of vermogensbestanddelen zijn ingezet voor maatregelen als bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub a, b of c BW, zonder dat dit heeft geleid tot extra kosten of gederfde inkomsten, sprake is van vermogensschade die zich laat begroten op vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte loonkosten of kosten voor het beschikbaar hebben van de vermogensbestanddelen: de Hoge Raad oordeelde dit in de oude *RTM*-arresten,⁸⁸ in *Rijksweg 12*,⁸⁹ in *Staat/NCB*,⁹⁰ in *Amev/Staat*⁹¹ en in *Staat/Neerijen*.⁹² Opmerkelijk is dat in de meeste van deze arresten als tamelijk vanzelfsprekend zonder meer wordt aanvaard dat reeds vóór de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte loonkosten gelden als vermogensschade. Dit is opmerkelijk, omdat deze kosten onmiskenbaar niet zijn gemaakt ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en dus niet aan het causaliteitsvereiste is voldaan. De loonkosten of de kosten voor het beschikbaar hebben van de vermogensbestanddelen zouden immers zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis evengoed zijn gemaakt. Het maken van deze kosten is geen gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar het inzetten van werknemers of vermogensbestanddelen wel. Naar mijn mening is het beter om te zeggen dat de schade die in deze gevallen ten gevolge van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis is ontstaan, bestaat in het inzetten van werknemers of van vermogensbestanddelen en dat vervolgens deze schade wordt begroot op de daarvoor gemaakte kosten. Op die manier behoeft het causaliteitsvereiste geen geweld aan te worden gedaan. Naar ik meen is het ook reëel te onderkennen dat tijdsbesteding door in dienst zijnde personen of het gebruik van een vermogensbestanddeel een zekere waarde vertegenwoordigt, en deze waarde kan worden begroot op de daarvoor gemaakte kosten.

102 *Inspanningen en tijdsbesteding van particulieren*
Opvallend anders ligt de waardering van tijdsbesteding van particulieren.⁹³ Ook hier geldt weer dat wanneer een particulier aantoont dat hij door zijn tijdsbesteding kosten heeft gemaakt of inkomsten heeft gederfd, sprake is van vermogensschade.⁹⁴ Kan de enkele tijdsbesteding van een particulier op zichzelf ook als vermogensschade gelden? Het probleem dat hierbij dadelijk naar voren komt is dat er in het algemeen niet zomaar een verband te leggen valt tussen tijdsbesteding van een particulier en een bepaald geldbedrag. Onder omstandigheden kan dat anders zijn en kan deze tijdsbesteding wel gelden als vermogensschade. De belangrijkste situaties waarin zich dit voordoet, zijn die waar door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis letsel ontstaat en het slachtoffer verpleging, verzorging en/of huishoudelijke hulp behoeft. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat wanneer het inschakelen van professionele hulp voor verpleging, verzorging en/of huishoudelijke hulp normaal en gebruikelijk is, de inspanningen van naasten voor deze verpleging, verzorging en/of huishoudelijke hulp kunnen worden begroot op ten hoogste de kosten van deze professionele hulp.⁹⁵ Het criterium 'normaal en gebruikelijk' is in de literatuur vrij algemeen als te beperkend bekritiseerd.⁹⁶ Centraal in deze kritiek staat dat naasten in het algemeen niet de hulp verlenen waarvan het normaal en gebruikelijk is om daarvoor professionele hulp in te schakelen. De hulp die naasten verlenen is veelal de hulp die na de professionele hulp wordt verleend. Het is welhaast per definitie hulp waarvan het niet normaal en gebruikelijk is om deze door professionele hulpverleners te laten verrichten, terwijl het toch redelijk wordt geacht dat deze tijdsbesteding en inspanningen worden vergoed. Naast de situatie van inspanningen voor verpleging, verzorging of huishoudelijke hulp in het geval van letsel, kan gedacht worden aan inspanningen van een particulier voor het herstel van een beschadigde zaak. Mij lijkt goed denkbaar dat deze inspanningen doorgaans – analoog – kunnen worden begroot op ten hoogste de naar objectieve maatstaven bere-

88. HR 31 maart 1950, ECLI:NL:HR:1950:135, *NJ* 1950/592, m.nt. P.A.N. Houwing (*RTM I*); HR 4 oktober 1957, ECLI:NL:HR:1957:8, *NJ* 1958/12, m.nt. J.H. Beekhuis (*RTM II*) en HR 31 oktober 1958, ECLI:NL:HR:1958:138, *NJ* 1959/29, m.nt. L.E.H. Rutten (*RTM III*).

89. HR 19 december 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5664, *NJ* 1976/280, m.nt. G.J. Scholten (*Rijksweg 12*).

90. HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1036, *NJ* 1995/150, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/NCB*).

91. HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, *NJ* 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (*Amev/Staat*).

92. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, *NJ* 2017/139, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/Neerijen*).

93. Zie kritisch over dit onderscheid B. Katan, 'Over verspilde vrije tijd en geschonden vertrouwen', *NTBR* 2019/23.

94. Dit schadetypen besprak ik in par. 3 hiervoor.

95. HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, r.o. 3.3.2, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*); HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5891, r.o. 3.4, *NJ* 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter-van de Pol/Wilton-Fijenoord*); HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, r.o. 3.5.1, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Rewvers*).

96. Vranken schreef in zijn annotatie bij *Krüter-van de Pol/Wilton-Fijenoord* dat dit criterium 'feitelijk vrijwel nooit vervuld [kan] worden' en 'daarmee niet reëel [is]'. Vranken bepleitte in plaats daarvan een redelijkheidstoets te hanteren. Een vergelijkbare opvatting treft men aan bij C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijdeveld e.a., *Het opstandige slachtoffer* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2003, p. 136; T. Hartlief, 'Keuzevrijheid in het personenschaderecht', *NJB* 2004, afl. 35, p. 1835; S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, afl. 4, p. 107 e.v. en R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 101 e.v.

kende herstelkosten.⁹⁷ Te noemen valt hier verder nog de wat oudere zaak waarin voorlag of inspanningen van een man voor de verbetering van de woning van zijn vrouw op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor vergoeding in aanmerking kwamen. De Hoge Raad achtte niet onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat geen sprake was van een verarming van de man nu niet was gebleken dat de man de werkkraft die hij had aangewend ten behoeve van dat onroerend goed elders tegen betaling had willen en kunnen aanwenden.⁹⁸ Redengevend daarvoor was mede dat de man werkloos was en een uitkering krachtens de sociale wetgeving ontving. Dit resultaat is mijns inziens niet geheel bevredigend wanneer komt vast te staan dat de vrouw is verrijkt: dan hadden de werkzaamheden duidelijk een bepaalde waarde. Goed verdedigbaar lijkt mij in deze situatie een benadering waarin de inspanningen worden begroot op ten hoogste de verrijking. Tot slot kan worden genoemd de specifieke casus waarover de rechtbank Noord-Holland oordeelde. De benadeelde zou naast zijn werkzaamheden in dienstverband aan Nyenrode een zogenoemde E-MBA-opleiding volgen. Achteraf bleek deze opleiding, anders dan was toegezegd, niet geaccrediteerd te zijn. De rechtbank begrootte de schade van de benadeelde door het aantal door eiser 'opgeofferde' uren te vermenigvuldigen met een uurtarief dat volgens de rechtbank kon worden beschouwd als een redelijke vergoeding van vrije tijd.⁹⁹ Naar mijn mening doet dat recht aan het door de wanprestatie veroorzaakte nadeel.

11. Gemiste kans

Soms wordt ten gevolge van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis een kans op een voordeel of op het achterwege blijven van een nadeel gemist. In de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis zou er dus een dergelijke kans zijn geweest, maar in de feitelijke situatie niet. Soms kan men aantonen dat in de hypothetische situatie de kans zich zou hebben verwezenlijkt, en er in de hypothetische situatie bijvoorbeeld lagere kosten of grotere inkomsten zouden zijn geweest.¹⁰⁰ Wanneer dat echter niet kan worden aangetoond, rijst de vraag of het enkele missen van een kans op een voordeel of op het achterwege blijven van een nadeel op zichzelf als vermogensschade kan gelden. Inmiddels heeft de Hoge Raad in een breed scala van zaken

onderkend of gesanctioneerd dat het missen van een kans als vermogensschade geldt. Als schade is aangemerkt het missen van de kans op een gunstige(r) uitkomst van een tijdig door een advocaat ingestelde vordering of rechtsmiddel,¹⁰¹ de kans op een gunstiger fiscale behandeling door de belastingdienst,¹⁰² de kans op een beter behandelingsresultaat van een medische ingreep,¹⁰³ de kans op het opnemen van de bestemming 'woondoeleinden' in een bestemmingsplan,¹⁰⁴ de kans om als vluchteling op de compound van Dutchbat uit handen van de Bosnische Serviërs te blijven,¹⁰⁵ en – het meest recent – de kans op het niet doen van een bepaalde verlieslatende investering.¹⁰⁶

De omvang van de schade die bestaat uit het missen van een kans wordt doorgaans begroot op wat in de kansrekening de verwachtingswaarde van de kans wordt genoemd. Wanneer de kans zich maar op één manier kan verwezenlijken met dan een bepaald voordeel tot gevolg, is de waarde van de kans gelijk aan de omvang van de kans vermenigvuldigd met de omvang van dat voordeel. Omdat het missen van de kans op zichzelf geldt als schade, dient – net zoals bij de in par. 4-10 besproken situaties van vermogensschade die niet bestaat uit gemaakte kosten of gederfde inkomsten – causaal verband tussen de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis en deze schade te bestaan.¹⁰⁷

Zijn er omstandigheden waaronder het missen van een kans niet meer als schade geldt? In de eerste plaats is de vraag of de bruikbaarheid van dit schadetype beperkt is tot bepaalde typen zaken of bepaalde soorten kansen. Gelet op de huidige jurisprudentie zie ik niet waarom hier een beperking aanwezig zou zijn. Een principiële reden daarvoor zie ik evenmin. In de tweede plaats rijst de vraag of de omvang van de kans die gemist is een minimale grootte dient te hebben. Sieburgh heeft betoogd dat met het leerstuk van de kansschade het vereiste van causaal verband wordt gerelativeerd en daarom als voorwaarde geldt dat:

‘voldoende aannemelijk was dat, bij afwezigheid van de aansprakelijkheidschepende gedraging, de concreet geleden nadelen (zoals het mislopen van winst, de complicatie, het tot betaling veroordeeld worden) waren uitgebleven.’¹⁰⁸

97. Zie nader par. 4 waarin ik betoog dat wanneer de benadeelde de beschadigde zaak herstelt of doet herstellen, in beginsel nog slechts aanspraak bestaat op vergoeding van de daadwerkelijk daarvoor gemaakte kosten of de daarmee gemoeide inspanningen als zij op geld waardeerbaar zijn.

98. HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1957, r.o. 3.2, NJ 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Baartman/Huijbers*). Kritisch hierover is T. van der Linden, *Aanvullend Verrijktingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 186.

99. Rb. Noord-Holland 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5752, NJF 2018/530 (*A./Nyenrode*).

100. Dan is er schade van het in par. 3 besproken type.

101. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Bebeer*); HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk Holding*) en HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, NJ 2010/3 (*Velic/Lemmen*).

102. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H*).

103. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*netvoliesloslating*).

104. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*).

105. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier (*Val Srebrenica*).

106. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, NJ 2021/127 (*ISG/Natwest Markets*).

107. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H*).

108. Asser/Sieburgh 6-II 2017/80a.

De toepassing van het leerstuk van de kansschade bij een geringe kans leidt mijns inziens inderdaad tot enige spanning. Als bijvoorbeeld een advocaat ten onrechte nalaat een vordering in te stellen en de kans op toewijzing van de vordering slechts 10% zou zijn geweest, dan was de kans op afwijzing van de vordering 90%. Het is dan dus vrij zeker dat de fout niet heeft geleid tot, wat Sieburgh noemt, 'concrete nadelen'. Een vordering tot vergoeding van die concrete nadelen bestaat daarom niet. Toch is het naar mijn mening moeilijk te ontkennen dat het missen van de kans, die zich had kunnen verwezenlijken, een nadeel is. De kans, ook al is deze klein, op het toegewezen krijgen van een vordering, kan zelfs een zekere marktwaarde hebben.¹⁰⁹ De omvang van het nadeel of van deze marktwaarde wordt overigens ook kleiner naarmate de kans kleiner is. De Hoge Raad verlangt een reële, wat volgens hem wil zeggen een niet zeer kleine, kans op succes.¹¹⁰ Verder kan worden bedacht dat de Hoge Raad ten aanzien van het aanpalende leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid heeft geoordeeld dat het met terughoudendheid moet worden toegepast,¹¹¹ omdat aan deze figuur het nadeel kleefte dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit heeft de Hoge Raad niet geoordeeld over het leerstuk van de kansschade.¹¹² In *Val Srebrenica* heeft de Hoge Raad zelf geoordeeld dat een kans van 10%, die hij als klein maar niet verwaarloosbaar aanmerkte, volstond.¹¹³ Niet uitgesloten is dat de aard van deze zaak heeft gemaakt dat de Hoge Raad een geringe kans nog als schade wilde kwalificeren, maar deze benadering past bij het feit dat hij bij het aannemen van kansschade niet tot terughoudendheid heeft gemaand. In de derde plaats is de vraag of ook sprake kan zijn van kansschade in een geval waarin (vooral of uitsluitend) van het gedrag van de benadeelde partij afhankelijk was geweest of in de hypothetische situatie de kans op een beter resultaat zich zou hebben verwezenlijkt. Inmiddels heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het ook in dergelijke situaties mogelijk is om kansschade vast te stellen.¹¹⁴

12. Blootstelling aan een risico

Soms loopt iemand niet een kans mis op een voordeel of op het achterwege blijven van een nadeel maar wordt – omgekeerd – iemand blootgesteld aan een risico met als gevolg dat diegene kans heeft op een nadeel. In de feitelijke situatie is de benadeelde blootgesteld aan een

risico, terwijl die blootstelling er niet zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Kan zo'n blootstelling op zichzelf gelden als schade?

Voorop kan worden gesteld dat een wezenlijk verschil bestaat met de situatie van kansschade. Wanneer een kans op een voordeel of het achterwege blijven van een nadeel wordt gemist, zou deze kans in de hypothetische situatie hebben bestaan, maar niet in de feitelijke situatie. Om die reden blijft altijd onduidelijk of de kans zich zou hebben verwezenlijkt. De kans zou immers slechts in de hypothetische situatie hebben bestaan. Waar het gaat om de blootstelling aan een risico, is sprake van een risico dat in de feitelijke situatie heeft bestaan, maar er in de hypothetische situatie niet zou zijn geweest. Omdat het risico in de feitelijke situatie daadwerkelijk heeft bestaan, valt doorgaans meer te zeggen over de verwezenlijking van dat risico. Het is naar mijn mening zinvol om te onderscheiden, enerzijds, de situatie waarin het risico zich niet heeft verwezenlijkt en zich ook niet meer kan verwezenlijken en, anderzijds, de situatie waarin het risico zich nog steeds kan verwezenlijken. Als duidelijk is dat het risico zich niet heeft verwezenlijkt en het zich ook niet meer kan verwezenlijken, dan valt naar mijn mening in beginsel niet in te zien waarom een aanspraak op schadevergoeding zou bestaan. Het risico is immers inmiddels niet meer aanwezig en het risico heeft geen enkele concrete verandering voor de benadeelde bewerkstelligd.¹¹⁵ Lastiger ligt de situatie waar het risico zich nog wel zou kunnen verwezenlijken en het mogelijk zeer lange tijd zal duren voordat duidelijk wordt of het risico zich zal verwezenlijken. Hoewel ik hier geen voorbeelden van heb gezien in de rechtspraak,¹¹⁶ acht ik denkbaar dat dan de blootstelling aan het risico kan gelden als vermogensschade. Wanneer het risico zich later daadwerkelijk verwezenlijkt, zou de aanspraak op schadevergoeding groter worden.

13. Conclusie

Uit het voorgaande bleek dat vermogensschade in de complexe maatschappelijke realiteit allerlei vormen kan aannemen. Onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds vermogensschade bestaande uit ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte kosten en gederfde inkomsten en anderzijds andersoortige vermogensschade. Vermogensschade bestaande uit ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis

109. Zie hierover nader A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 172 en 173; D.A. van der Kooij, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en abstracte schadebegroting', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 173.

110. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.8, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H*).

111. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.8, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*) en HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.2, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H*).

112. Dit terwijl hij in HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H*) de beide benaderingen tegen elkaar afzet.

113. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, *NJ* 2019/356, r.o. 4.7.9, m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier (*Val Srebrenica*).

114. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, r.o. 4.2, *NJ* 2021/127 (*ISG/Natwest Markets*).

115. Opmerking verdient dat met name risico's in de financiële sfeer wel een zekere marktwaarde kunnen hebben.

116. In HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.11.5, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*X/NAM*) was de vraag aan de orde of de door het risico op aardbevingen veroorzaakte waardevermindering van een woning kon gelden als schade reeds vóórdat die woning werd verkocht. Wel is mogelijk dat de rechter een voorschot toekent indien voldoende aannemelijk is dat door de benadeelde uiteindelijk schade zal worden geleden.

gemaakte kosten of gederfde inkomsten is de meest basale vorm van vermogensschade. Wanneer een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet leidt tot het maken van kosten of het derven van inkomsten, bestaat in de rechtspraak de neiging om te zeggen dat dus geen werkelijke schade geleden is. Duidelijk is echter dat allerlei andere nadelen in ons recht ook als vermogensschade gelden *zonder* dat ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis kosten zijn gemaakt of inkomsten zijn gederfd. Dit is het geval bij een beschadigde of verloren gegane zaak, bij een gemiste prestatie, bij de gekregen schuld, bij een gemist onstoffelijk voordeel, bij het niet kunnen beschikken over of gebruiken van vermogensbestanddelen, bij inspanningen en de inzet van middelen en bij het missen van een kans. Juist wanneer geen sprake is van ten gevolge van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis gemaakte kosten of gederfde inkomsten, is het bij het vaststellen van de schade van belang om te weten welke typen nadeel in ons recht als vermogensschade worden aangemerkt, binnen welke grenzen dat het geval is en aan de hand van welke regel deze schade dient te worden begroot. In deze bijdrage heb ik gepoogd dit nader uit te werken en zo tot een systematisch overzicht te komen van wat vermogensschade is. In onze literatuur is het aan de hand van deze rechtsvragen bestuderen en systematiseren van ons schadevaststellingsrecht geen gemeengoed. De reden daarvoor is wellicht dat wordt verondersteld dat schade vooral een feitelijk karakter heeft zodat de in het objectieve recht besloten liggende keuzes over welke typen nadeel als vermogensschade gelden, als het ware buiten het blikveld blijven. Ook mogelijk lijkt mij dat deze rechtsvragen zijn weggedrukt door het discours over concrete en abstracte schadevaststelling. De bestudering van het schadevaststellingsrecht aan de hand van deze rechtsvragen en het blootleggen van de op dit gebied in ons recht besloten liggende keuzes is naar mijn mening van belang. Op die manier kan beter worden beoordeeld of in een concreet geval sprake is van vermogensschade en kan worden voorkomen dat in de rechtspraak tegenstrijdige keuzes hierover worden gemaakt.