

Wel fout, geen schade, of toch? Wat nu? De verklaring voor recht als uitkomst?

*Prof. mr. A.L.M. Keirse**

1 Ter inleiding

In veel aansprakelijkheidszaken is de vraag naar de omvang van de te vergoeden schade geen eenvoudige. Sterker nog, meer dan eens stranden – in potentie soms ook succesvolle – aansprakelijkheidszaken op deze schadevraag. Als een beroepsfout is begaan, of een andere wanprestatie dan wel onrechtmatige daad is gepleegd, is er reden het aansprakelijkheidsrecht in stelling te brengen. Maar wat nu als er (nog) geen schade lijkt te zijn of de schade lastig te concretiseren en hard te maken is? Wat doen we als rechtsbeoefenaar met zo'n zaak? Hoe kan de advocaat of rechtshulpverlener de zaak het beste aanvliegen of zich ertegen verweren? Welke speelruimte heeft de rechter? Dit zijn de vragen die deze bijdrage wil beantwoorden.

Ten bewijze van de relevantie hiervan passeren eerst praktijkvoorbeelden de revue waaruit de worstelingen van zowel advocaten als rechters met deze kwestie blijken. Het betreft illustraties van hoe het niet moet, maar in de praktijk wel gebeurt. Dezelfde illustraties – die alle tot jurisprudentie van de Hoge Raad hebben geleid – bieden vervolgens een leidraad bij de beantwoording van bovengenoemde vragen. Er kunnen handvatten voor praktijkbeoefenaars uit worden gedestilleerd om de aan- of afwezigheid van rechtens relevante schade vast te (doen) stellen. Paragraaf 2 belicht het belang van het vooraf stellen en concretiseren van de schadevraag en duidt de aan te leggen toets. Paragraaf 3 bespreekt de (on)mogelijkheden van het omgaan met onzekerheid over het bestaan of de omvang van de schade in een lopende gerechtelijke procedure, voor zowel partijen en hun procesvertegenwoordigers als rechters. Paragraaf 4 geeft inzicht in hoe de toevlucht kan worden gezocht in het instrument van de verklaring voor recht. Tot slot worden in paragraaf 5 de lijnen samengebracht en volgt een afsluiting met een duiding van de 'aanspraak' van de benadeelde als sleutelwoord in het schadevergoedingsrecht. Als wij helder kunnen verwoorden wat het is waarop de benadeelde recht had, maar nu tekortkomt, ligt de weg naar redres allerbest open.

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is raadsheer bij het gerechtshof Amsterdam en hoogleraar burgerlijk recht bij het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht.

2 Wat als geen schade? Stel deze vraag vooraf!

2.1 Langlopende procedures die als een nachtkaars uitgaan: een illustratie

Het verzuim van een advocatenkantoor om een opvolgend advocaat te informeren over een met een adviesbureau gemaakte no-cure-no-payafpraak vormt de wanprestatie in een procedure van ruim tien jaar, die na een reeks (tussen)vonnissen en arresten, waarvan twee van de Hoge Raad, op niets uitloopt omdat de schadevaststelling op nul uitkomt.¹ Het begint allemaal met de legionellaramp tijdens de Westfriese Flora in Bovenkarspel in februari 1999. Een driehonderdtal bezoekers van deze bloemententoonstelling is besmet geraakt via verneveld water uit een bubbelbad dat was gevuld met water uit een brandslang die lange tijd niet was gebruikt en waarin zich een zeer agressieve variant van de *Legionella pneumophila*-bacterie had ontwikkeld. Van hen raken 206 mensen ernstig ziek en overlijden 32 mensen. De zaken van enkele slachtoffers worden behandeld door advocatenkantoor (A), dat voor een bedrag van € 15.520 op no-cure-no-paybasis werkzaamheden laat verrichten door een adviesbureau voor milieu- en volksgezondheidsvraagstukken.² Het plan is om deze buitengerechtelijke kosten op de verzekeraar van de aansprakelijke partij te verhalen. De cliënten zijn niet op de hoogte en worden buiten deze afspraak gehouden.³ Op enig moment draagt advocatenkantoor (A) de zaken over aan een ander advocatenkantoor (B), maar laat daarbij na de no-cure-no-payafpraak onder de

1 Het tussenvonnissen en eindvonnis in eerste aanleg alsook de tussenarresten in hoger beroep zijn voor zover ik weet niet gepubliceerd. Daarop volgde: Hof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:136; HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1098; Hof 's-Hertogenbosch 24 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4670; HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1647.

2 Althans, zo wordt feitelijk vastgesteld in de loop van de procedure. Aanvankelijk is het debat ook gegaan over de stellingen dat er geen financiële verplichting was overeengekomen en dat de onderzoeker uit ideële motieven wilde helpen. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:136 en de conclusie van A-G T. Hartlief voor het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak (HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1842), ECLI:NL:PHR:2018:150.

3 Ook dit was aanvankelijk onderdeel van debat. In de eerste cassatieprocedure speelde de vraag of advocatenkantoor (A) bij het maken van de afspraak met het onderzoeksbureau tevens de cliënt(en) ten behoeve van wie de afspraak was gemaakt, had gebonden.

aandacht te brengen. Jaren later slaagt in ieder geval één van de aanvankelijk door advocatenkantoor (A) bijgestane slachtoffers erin om in rechte een veroordeling tot betaling van schadevergoeding te krijgen en een gedeeltelijke schadevergoeding te ontvangen in het kader van een door de Stichting Tegemeetkoming Legionellaslachtoffers uitgevoerde regeling die is getroffen met de verzekeraar van de aansprakelijke partij die het bubbelbad had gedemonstreerd. Als dan het adviesbureau desondanks niet betaald wordt, betreft de adviseur in 2011 advocatenkantoor (A) in rechte en vordert betaling van de kostenopgave van € 15.520, vermeerderd met kantoorkosten en btw. Het in cassatie onbestreden oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden luidt dat advocatenkantoor (A) wanprestatie jegens de adviseur heeft gepleegd, omdat het de kostenopgave van de adviseur niet aan de opvolgend advocaat (B) heeft overgedragen, althans niet op zodanige wijze dat laatstgenoemde ervan op de hoogte was dat hij zou moeten proberen deze kosten vergoed te krijgen bij toewijzing van een vordering van een van de door hem overgenomen cliënten of bij een minnelijke regeling. De daarop gevolgde toewijzing van de vordering van de adviseur door het hof wordt bestreden in een eerste cassatieprocedure. En dit blijkt succesvol voor advocatenkantoor (A). Hier zoomen wij in.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft overwogen dat de schade die het onderzoeksbureau door de wanprestatie van advocatenkantoor (A) heeft geleden aan hem dient te worden vergoed. Het hof vervolgt met de overweging dat het antwoord op de vraag of het onderzoeksbureau daadwerkelijk schade heeft geleden, wordt bepaald door de kans dat – in het geval advocatenkantoor (A) de kostenopgave met voldoende toelichting zou hebben overgedragen aan de opvolgend advocaat (B) – er een vergoeding aan het onderzoeksbureau zou zijn toegekend. Het hof houdt partijen voor dat de schade zal worden begroot op basis van een afweging van de goede en kwade kansen dat na het overdragen van de kostenopgave aan de opvolgend advocaat (B) (een deel van) de onkosten van het adviesbureau zouden zijn vergoed, en geeft hun gelegenheid zich daarover bij akte uit te laten. Advocatenkantoor (A) bevoogt dat het onderzoeksbureau geen schade door de wanprestatie heeft geleden, onder meer omdat op de voormalig cliënt die schadevergoeding heeft ontvangen, anders dan op advocatenkantoor (A) zelf, geen verplichtingen tegenover het onderzoeksbureau rustten ter zake van de door de onderzoeker verrichte werkzaamheden.⁴

De verwerping van dit causaliteitsverweer door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wordt door de Hoge Raad vernietigd. Na verwijzing moet het gerechtshof 's-Hertogenbosch opnieuw beslissen over het causaliteitsverweer. In geschil is dan dus de vraag of het verweer van advocatenkantoor (A) opgaat dat de adviseur geen schade heeft geleden als gevolg van de vastgestelde wanprestatie, en dat de vordering daarop

⁴ Dit is een van de causaliteitsverweren van advocatenkantoor (A) en het enige dat in de latere fase van de procedure nog relevant is.

strandt. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch beantwoordt deze vraag bevestigend. Daartoe oordeelt dit hof dat in het hypothetische geval dat advocatenkantoor (A) de kostenopgave wél op de juiste wijze aan de opvolgend advocaat had overgedragen, het slachtoffer dan wel diens opvolgend advocaat deze kostenveroordeling niet zou hebben betrokken in zijn procedure tegen de aansprakelijke partij. Hierbij is in ogenschouwen genomen dat de opvolgend advocaat heeft verklaard dat het hem onwaarschijnlijk lijkt dat zijn cliënt de vordering van de onderzoeker zou hebben meegenomen als hij ermee bekend zou zijn geweest. Want waarom zou hij? Het onderzoeksrapport is in zijn procedure niet van enige relevantie geweest. Aan moeilijke discussies was al geen gebrek en een extra discussie over deze kosten en de hoogte daarvan zou hij liever hebben willen vermijden. Het hof overweegt geen aanleiding te hebben om te twifelen aan de toegelichte conclusie van de opvolgend advocaat dat niet aannemelijk is dat de wanprestatie van advocatenkantoor (A) tot enige schade aan de zijde van het onderzoeksbureau heeft geleid. De slotsom is een volledige afwijzing van de vorderingen. In de tweede cassatieprocedure laat de Hoge Raad dit oordeel in stand met toepassing van art. 81 Wet RO. Dit is in lijn met de conclusie van A-G Hartlief.

Met deze uitkomst 22 jaar na het verrichten van de werkzaamheden en ondanks tien jaar procederen staat de onderzoeker dus definitief met lege handen. Erger nog, de gevraagde vergoeding van de kostenopgave van ruim € 15.000 komt hem niet toe, en intussen is hem ongetwijfeld een (veel) hoger bedrag aan proceskosten in rekening gebracht.⁵ Dit terwijl ook vooraf had kunnen worden uitgedacht dat het gewraakte nalaten de gestelde schade niet heeft veroorzaakt. Bezien had moeten worden wat de situatie zou zijn geweest indien advocatenkantoor (A) de opvolgend advocaat (B) wel van de no-cure-no-payafpraak op de hoogte had gesteld. Dan had tijdig bedacht kunnen worden dat ook zonder de wanprestatie van advocatenkantoor (A) de factuur van de onderzoeker onbetaald was gebleven. Immers, niet alleen in de feitelijke situatie na de normschending, maar ook in de hypothetische situatie zonder normschending zouden de kosten niet zijn ingediend in de procedure tegen de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij, aangezien het slachtoffer zelf (noch diens nieuwe advocaat) geen partij was in de no-cure-no-payafpraak. Zonder indiening van de kosten zou in geen geval uitkering hebben plaatsgevonden, onafhankelijk van de vraag of de aansprakelijke partij of haar verzekeraar verhaal had geboden.

⁵ Alleen al de proceskostenveroordelingen bedragen ruim € 20.000, zo blijkt uit Hof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:136; HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1098; Hof 's-Hertogenbosch 24 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4670; HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1647. Hier komen de eigen kosten voor rechtsbijstand dan nog bij. Met dien verstande dat het uiteraard ook mogelijk is dat een rechtsbijstandsverzekeraar deze kosten (deels) voor zijn rekening heeft moeten nemen.

2.2 Een tweestapstoets van causaal verband en schade

Tezamen met vele andere zaken illustreert de zojuist besproken langlopende zaak dat het bij schadevergoedingsvorderingen geboden is om niet alleen de eerste stap van vaststelling van een aansprakelijkheidschepende gebeurtenis te zetten, maar vervolgens ook twee vervolgvragen te stellen en te beantwoorden. Ik doel op de aan te leggen vraag naar de aan- of afwezigheid van een *condicio sine qua non* en de vraag of de veroorzaakte toestand schade vertegenwoordigt. Het *condicio sine qua non* is een zuiver causaal, niet normatief, feitelijk gegeven.⁶ Het gaat hierbij om het feitelijk verband tussen de normschending en een bepaalde toestand. In het kader van de vervolgens te stellen vraag of de veroorzaakte feitelijke toestand schade vertegenwoordigt, moet de vermogenspositie waarin de benadeelde zich daadwerkelijk bevindt, worden vergeleken met de vermogenspositie waarin de benadeelde zou zijn geweest als de normschending niet had plaatsgehad. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Als een leerling onrechtmatig geschorst wordt en als schade opvoert dat hij zijn diploma niet heeft gehaald, moet hij om voor vergoeding van die schade in aanmerking te komen aannemelijk maken dat hij in de hypothetische situatie dat de onrechtmatige schorsing niet had plaatsgehad zijn diploma wel zou hebben gehaald. De leerling slaagt moeiteloos voor de *condicio sine qua non*-test. Tussen de schorsing en het niet kunnen deelnemen aan het examen bestaat een *condicio sine qua non*-verband, evenals tussen het niet deelnemen aan het examen en het niet behalen van het diploma. Toch is er geen aansprakelijkheid voor deze ‘schade’ bestaande uit het niet halen van het diploma als aannemelijk is dat de leerling voor het examen gezakt zou zijn als hij niet zou zijn geschorst en wel aan het examen zou hebben deelgenomen. Deze ‘schade’ heeft dan een hypothetische alternatieve oorzaak gelegen in de vaardigheden en/of de inzet van de leerling. Zowel bij het vaststellen van causaal verband als bij het vaststellen van (de omvang van) schade moet worden vergeleken tussen *wat is* en *wat zou zijn geweest*. De Hoge Raad verwoordt het voor wat betreft die eerste stap in een andere zaak als volgt:

‘Het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het *condicio sine qua non*-verband), waar het hier om gaat, moet immers worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.’⁷

In het kader van de schadevaststelling die hierop volgt, moet de rechter opnieuw een vergelijking maken tussen de feitelijke

situatie na de fout en de hypothetische situatie bij het wegdenken van die tekortkoming:

‘In beginsel dient de schadevergoeding de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, hetgeen meebrengt dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden.’⁸

In kaart moet derhalve worden gebracht niet alleen of zonder de normschending de nadelige toestand zou zijn uitgebleven, maar daarenboven welke schade met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten liggende maatstaf redelijkerwijs aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend. In de bewoording van de Hoge Raad:

‘(...) gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.’⁹

Het verschil is dat de toets van *condicio sine qua non* alleen beantwoordt of de werkelijke en hypothetische situatie verschillen, terwijl de centrale vraag bij de schadevaststelling en -begroting luidt *in hoeverre* deze situaties verschillen. De eerste toets heeft een binair karakter: het *condicio sine qua non*-verband is aanwezig of afwezig, *tertium non datur*, en de aangesproken partij is schadeplichtig of niet. Het resultaat van de tweede toets is niet binair, maar gradueel. De twee trappen betreffen dus kwalificering respectievelijk kwantificering van het verschil tussen *wat is* en *wat zou zijn geweest*. Een ander verschil is de normatieve lading. Het *condicio sine qua non*-verband is feitelijk; het betreft een zuiver causale link. De gebeurtenissen waartussen het verband al dan niet wordt aangelegd, zijn normatief gekleurd, maar het verband zelf is neutraal. Schade is evenwel een rechtsbegrip en veronderstelt dat het an-

6 Zie onder meer HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (Netvlietloslating); A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 207; P.A. Fruytier, De civielrechtelijke inbedding van het besluitenansprakelijkheidsrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 35 e.v.

7 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, r.o. 3.4.4.

8 HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, r.o. 3.5. Zie ook HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402 (Vos/TSN), r.o. 3.2.3: ‘Wat betreft de omvang van de door [eiseres] verschuldigde schadevergoeding stelde het hof – onder verwijzing naar de T-M bij art. 6:277, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1036, en HR 24 september 2004, nr. C03/098, NJ 2006, 201 – terecht voorop dat deze dient te worden vastgesteld door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin de wederpartij zou hebben verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin de wederpartij na ontbinding van de overeenkomst verkeert (in voorkomende gevallen: na afwikkeling van de uit art. 6:271 BW voortvloeiende verbintenissen tot teruggave, dan wel ongedaanmaking).’ Zie ook HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269 (Meetinstructie II), r.o. 3.4.2.

9 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT/ABB).

ders had moeten zijn. Rechtens relevante schade is een inherent normatief begrip. De twee vragen worden in de praktijk vaak tezamen genomen. Daartegen bestaat op zich geen bezwaar. In de woorden van de Hoge Raad in het arrest Netviesloslating:

‘Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient vervolgens ter beoordeling van het causaal verband tussen de normschending en de gestelde schade een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.’¹⁰

Om schade vast te stellen moet aldus een vergelijking worden gemaakt.¹¹ Schade is een relatief begrip en een causaal begrip.¹² Passen wij dit toe op de eerste illustratie, dan geldt het volgende. Doordat de opvolgend advocaat (en/of de cliënt) niet is geïnformeerd, zoals had moeten, is feitelijk niet de mogelijkheid gecreëerd om de onderzoekskosten als onderdeel van de buitengerechtelijke kostenpost in de procedure in te brengen. Het missen van deze mogelijkheid staat weliswaar in *condicio sine qua non*-verband met de normschending, maar vertegenwoordigt geen schade. Immers, als de normschending achterwege was gebleven, was deze mogelijkheid er weliswaar geweest, maar had de opvolgend advocaat geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Er is geen zogenaamde kansschade. De vraag of, en zo ja, hoeveel zou zijn vergoed, als de kostenpost was ingebracht, hoeft niet te worden beantwoord. Hier wordt vooruit geredeneerd vanaf de normschending naar wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder die normschending. Maar terugredeneren vanaf de vermeende schadepost kan ook. Dan luidt het oordeel als volgt. Tussen de door de onderzoeker gestelde schade, het mislopen van een vergoeding voor de uitgevoerde onderzoekswerkzaamheden en de vastgestelde normschending bestaat geen *condicio sine qua non*. Deze schade zou immers ook zijn ingetreden als de normschending niet had plaatsgevonden.

2.3 Vergoeding van vergeefs gemaakte buitengerechtelijke kosten

In het licht van het voorgaande verdient nuancering dat voor vergoeding van buitengerechtelijke kosten niet in alle gevallen vereist is dat uiteindelijk komt vast te staan dat schade is geleden. Als er in een aansprakelijkheidszaak wel een normschending is, maar uiteindelijk niet komt vast te staan dat schade is geleden en er aldus vergeefs is geprocedeerd, kan een vergoeding van buitengerechtelijke kosten toch op zijn plaats zijn. Dit is door de Hoge Raad bevestigd in een zaak die na lang procederen en met een hoge inzet (ook) als een nachtkaaarsuitgng. Daarin kwam eerst in de fase van de schadestaatprocedure in hoger beroep aan het licht dat de benadeelde geen schade had geleden als gevolg van een vastgestelde wanprestatie.¹³

In deze zaak beoogden twee partijen een samenwerking te einde een uit India afkomstig natuurlijk kruid (psyllium) te importeren en op de markt te brengen als generiek geneesmiddel (laxeermiddel). In feitelijke instantie is geoordeeld dat een basisovereenkomst tot stand is gekomen waaraan partijen zich niet eenzijdig konden onttrekken. Vervolgens is voor recht verklaard dat deze basisovereenkomst is ontbonden en dat de partij die zich ten onrechte eenzijdig heeft teruggetrokken, aansprakelijk is voor de door de wederpartij ten gevolge van deze wanprestatie geleden en nog te lijden schade. Daarbij is de wanprestant veroordeeld om de nader bij staat op te maken schade te vergoeden. De inzet in de schadestaatprocedure die daarop volgt, is een veroordeling tot betaling van een bedrag aan schadevergoeding in hoofdsom van ruim € 55 miljoen (het positief contractsbelang) en tot betaling van een aantal bedragen ter zake van buitengerechtelijke kosten voor deskundigen, bankgarantie en ‘eigen art. 6:96 lid 2, sub b BW-activiteiten’ ten belope van totaal ruim € 400.000. De eisende partij kan echter niet hardmaken dat de overeenkomst had kunnen worden uitgevoerd en zou zijn uitgevoerd. Niet aannemelijk is geworden dat de voor het geneesmiddel vereiste *site clearance* zou zijn gegeven en het laxeermiddel winstgevend had kunnen worden verkocht als de wanprestatie was uitgebleven. Daarom wordt bijna veertien jaar na het afbreken van de langdurige onderhandelingen en na zes jaar procederen de vordering tot schadevergoeding in de schadestaatprocedure in hoger beroep volledig afgewezen. De vordering tot vergoeding van de kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid ad ruim € 400.000 deelt dit lot. Dat is echter niet terecht, zo blijkt ook uit de cassatieprocedure die hierop volgt. Onder verwijzing naar het arrest Bravenboer/London¹⁴ herhaalt de Hoge Raad dat voor vergoeding van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2 aanhef en onder b BW niet vereist is dat uiteindelijk komt vast te staan dat schade is geleden. Volgens vaste rechtspraak is daarvoor wel

¹⁰ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (Netviesloslating).

¹¹ Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 6 e.v.; W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie; of de belofte van de norm* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 84.

¹² A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, p. 14.

¹³ HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:586 (MFE/KF). Zie ook HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423 (Bravenboer/London) en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590 (Negatieve verklaring voor recht).

¹⁴ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423 (Bravenboer/London), r.o. 3.5.

vereist dat (a) een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de kosten, (b) de kosten in zodanig verband staan met die gebeurtenis dat zij, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, aan de aansprakelijke persoon kunnen worden toegerekend, (c) het redelijk was om in verband met een onderzoek naar de mogelijke gevolgen van die gebeurtenis deskundige bijstand in te roepen, en (d) de daartoe gemaakte kosten redelijk zijn. Dat ze achteraf gezien vergeefs zijn gemaakt, staat aan vergoeding niet in de weg.

Uit het arrest Negatieve verklaring voor recht¹⁵ blijkt voorts dat er geen grond bestaat om anders te oordelen voor de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder c BW. Er zijn immers gevallen denkbaar waarin de benadeelde deze kosten als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis maakt in de redelijke veronderstelling dat hem in verband daarmee toewijzing van een bepaalde vordering toekomt. Ook als dit nadien niet of slechts tot een lager bedrag het geval blijkt te zijn, is het redelijk en past het in het stelsel van afdeling 6.1.10 BW dat hij deze kosten vergoed krijgt van de aansprakelijke persoon, mits is voldaan aan de hierboven genoemde eisen.¹⁶ Aldus kan een eiser ook aanspraak hebben op vergoeding van kosten van buitengerechtigde werkzaamheden, voor zover deze zijn verricht met het oog op verzilvering van een aanspraak die hem niet toekomt of het verkrijgen van een hogere vergoeding dan waarop hij recht blijkt te hebben.

2.4 *Tips & tricks*

Het bovenstaande vormt extra reden om de tip die uit de eerste illustratie volgt, op te volgen. Deze (in par. 2.2 verwoorde) tip houdt in vooraf helderheid te krijgen over de vragen naar causaal verband, of, en zo ja welke schadeposten er zijn, en wat hun omvang is. Dit hoeft (zo blijkt uit par. 2.3) niet steeds volledig op eigen rekening te zijn, terwijl het (zoals volgt uit par. 2.1) wel vergeefse proceskosten en vermijdbare proceskostenveroordelingen kan voorkomen. Breng dus bij schadevergoedingsvorderingen – na de eerste stap van vaststelling van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – ook de aanwezigheid van het *condicio sine qua non*-verband tussen daad en schade en de schade als zodanig of het gebrek daaraan in beeld. Het komt bij beide aan op een vergelijking van *wat is* – gezien de normschending – met *wat zou zijn geweest* – als de normschending achterwege was gebleven. De eerste toets van causaal verband behelst een vergelijking inzake de causale keten van feitelijke gebeurtenissen en het tweede vereiste van schade vergt een vergelijking inzake de vermogenssituatie van de benadeelde. Beoordeel vervolgens of de in dit verband gemaakte kosten kwalificeren als kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter verkrijging van voldoening buiten rechte, zoals bedoeld in art. 6:96 lid 2 BW, en zowel naar

aard als naar omvang redelijk zijn. In dat geval komen deze kosten in beginsel als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking, mits zij veroorzaakt zijn door een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en zij in zodanig verband staan met die gebeurtenis dat zij aan de aansprakelijke persoon kunnen worden toegerekend.

3 Schade onzeker: schatten of doorvragen, maar niet afwijzen

3.1 *Gevaltypen waarin begroting van schade lastig blijkt: een illustratie*

De vraag hoe om te gaan met onzekerheid omtrent het bestaan of de omvang van de schade vergt niet alleen de aandacht van advocaten en rechtshulpverleners, maar is ook van belang bij de invulling van de rol van de rechter die de taak heeft om de schade te begroten, zo nodig schattenderwijs, en zich daar niet licht van af mag maken. Bij een volgende illustratie van hoe het niet moet, maar in de praktijk wel gebeurt, gaat het om de vraag of de koper van een woning schade heeft geleden doordat de makelaar van de verkoper de woonoppervlakte verkeerd heeft opgegeven.¹⁷ Vertrekpunt is de veronderstelling dat de makelaar van de verkoper tegenover de koper toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld door in de verkoopbrochure en op Funda in strijd met de meetinstructie van branchevereniging NVM een te omvangrijke woonoppervlakte op te nemen, van 125 m² in plaats van 117,3 m².¹⁸ Voor het vaststellen van het bestaan en de omvang van de schade die de makelaar op deze grond verplicht zou zijn te vergoeden, komt het aan op een vergelijking van de situatie waarin de koper feitelijk verkeert met de hypothetische situatie waarin zij zou hebben verkeerd wanneer de veronderstelde onrechtmatige en aansprakelijkheidscheppende gedraging van de makelaar achterwege zou zijn gebleven, dus de situatie waarin de makelaar in de verkoopinformatie een woonoppervlakte van 117 m² in plaats van 125 m² zou hebben vermeld.¹⁹ In eerste aanleg en in hoger beroep wordt de schadevergoedingsvordering van de koper integraal afgewezen, omdat zij onvoldoende gesteld zou hebben aangaande de door haar geleden schade. De Hoge Raad oordeelt dat de feitenrechtters te hoge eisen hebben gesteld aan het bewijs van de (omvang van de) schade van de koper wegens de meetfout van de verkoopmakelaar.

De situatie is als volgt. De koper vordert een schadevergoeding van € 25.000, opgebouwd door eerst de gemiste vierkante meters te vermenigvuldigen met de vierkantemeterprijs van de woning, om vervolgens de vordering te matigen tot € 25.000 met het oog op de kantongrens. In lijn met de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad oordeelt het hof terecht dat deze door de koper voorgestelde schadebegroting niet correspondeert met de wijze waarop de schade dient te worden be-

15 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590 (Negatieve verklaring voor recht), r.o. 4.4.4.

16 Vgl. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086 (Multiquest/Fricorp).

17 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1842 (Meetinstructie III).

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:296. Vgl. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176 (Meetinstructie I).

19 Zie HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269 (Meetinstructie II).

paald.²⁰ Daartoe moet immers een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de koper werkelijk verkeert en de hypothetische situatie waarin zij zou hebben verkeerd wanneer de onrechtmatige daad wordt weggedacht. Wanneer de makelaar de koper juist zou hebben geïnformeerd over de woonoppervlakte van de woning, zou dat niet hebben geleid tot enige wijziging van de woonoppervlakte of de waarde van de woning. Immers, in de hypothetische situatie zonder normschending zou de woning evenmin een woonoppervlakte van 125 m² hebben gehad. De schade kan dan ook niet worden bepaald op de waardevermindering als gevolg van het feit dat de woning slechts een woonoppervlakte heeft van 117,3 m² in plaats van de door de makelaar genoemde 125 m². De koper stelt dat zij de woning niet zou hebben gekocht als haar tevoren de juiste woonoppervlakte zou zijn meegedeeld. Dat is dus de hypothetische situatie waarmee de feitelijke situatie waarin de koper werkelijk verkeert, moet worden vergeleken. Dit betekent dat de rechter de omvang van de schade moet bepalen op basis van een vergelijking met de hypothetische situatie dat de koper deze woning niet zou hebben gekocht. Als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wordt deze geschat. Daarbij heeft de rechter een grote mate van vrijheid.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft zich echter in deze zaak niet in staat gesteld geacht om de schadeomvang te schatten.²¹ Ondanks de afwijzing in eerste aanleg is de koper haar betoog namelijk consequent en uitsluitend blijven baseren op de gemiste vierkante meters. Hoewel daartoe alle aanleiding bestond, heeft zij nagelaten om zelfs maar een minimum van factoren te stellen waaruit een schadebedrag dan wel de mogelijkheid van schade zou voortvloeien. Aangezien denkbare sleutels, aanwijzingen en aanknopingspunten ontbreken, valt in de ogen van het hof niet te bepalen of ook maar enigermate betrouwbaar te schatten of, en zo ja, in welke omvang de koper schade heeft geleden. Het voorstel een deskundigenonderzoek te gelasten heeft het hof niet gevolgd, omdat de koper onvoldoende heeft aangevoerd voor zo'n schadebepaling.

De Hoge Raad vernietigt dit arrest, omdat het hof zich onvoldoende van de opgave van schadevaststelling heeft gekweten. De Hoge Raad oordeelt dat voor zover het hof heeft aangenomen dat de koper niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden, dat oordeel in het licht van hetgeen de koper heeft aangevoerd, zonder nadere motivering niet begrijpelijk is. Voor zover het hof van oordeel is dat wel aannemelijk is dat schade is geleden, maar dat de vordering desondanks moet worden afgewezen omdat het hof onvoldoende gegevens had om de schade te bepalen, kan dat oordeel evenmin in stand blijven. Het hof heeft dan – naar het oordeel van de Hoge Raad – miskend dat het, al dan niet na nadere instructie, de schade op de voet van art. 6:97 BW had moeten schatten in-

dien het van oordeel was dat de omvang van de schade niet nauwkeurig kon worden vastgesteld, dan wel partijen naar de schadestaatprocedure had moeten verwijzen, ook zonder dat dit uitdrukkelijk was gevorderd.

Een vergelijkbaar oordeel heeft de Hoge Raad in het arrest X/AZM gegeven.²² In die zaak vordert een patiënte schadevergoeding van het Academisch Ziekenhuis in Maastricht wegens het niet tijdig onderkennen van het zogeheten caudasyndroom en schending van de professionele standaard. De patiënte was op de spoedeisende hulp gezien door een arts-assistent neurologie en vervolgens na het krijgen van pijnstilling met een ambulance naar huis gebracht. Toen zij de volgende dag wederom naar het ziekenhuis is gebracht en door een andere arts-assistent neurologie werd onderzocht, is zij nog diezelfde avond aan de acute hernia geopereerd. Na deze operatie zijn bij de patiënte restverschijnselen, in de vorm van gevoelsstoornissen, blijven bestaan. De schadevergoedingsvordering die daarop is ingesteld, is door het gerechtshof 's-Hertogenbosch afgewezen. De eerste arts-assistent was weliswaar toerekenbaar tekortgeschoten doordat zij de patiënte onvoldoende had onderzocht en bevraagd, en een causaal verband tussen de beroepsfout en de vertraging van de operatie (*delay*) kan worden aangenomen, maar het hof oordeelt na deskundigenberichten dat onvoldoende duidelijk is dat zonder *delay* een beter behandelingsresultaat zou zijn bereikt. De zaak is aldus (terecht) beoordeeld vanuit de benadering van de kansschade (het hof onderscheidt het oorzakelijk verband tussen de fout en de *delay* en het verband tussen de *delay* en de schade), maar het hof heeft het niet aannemelijk geacht dat de patiënte als gevolg van de *delay* dergelijke schade heeft geleden. Dit is gebaseerd op een deskundigenbericht waarin de deskundige de grootte van de kans niet kon duiden, omdat vanwege een gebrek aan onderzoek onbekend is welk verschil een spoedige operatie maakt ten opzichte van een latere operatie. Dit heeft het hof ertoe gebracht te overwegen dat er onvoldoende objectieve aanwijzingen voorhanden zijn om aan te nemen dat er niet slechts een zeer kleine kans bestond dat door de vertraging aan patiënte een reële kans op een beter behandelingsresultaat is onthouden.

De Hoge Raad acht dit onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken, omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek is gedaan, volgt niet dat die kans niet in een rechtens

²⁰ Zie HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269 (Meetinstructie II).

²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:296.

²² HR 27 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786 (X/AZM). Gewezen zij ook op HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211. Ook daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het hof zijn uit art. 6:97 BW voortvloeiende taak heeft miskend door te hoge eisen te stellen aan de stelplicht van eiseres omtrent haar schade. Het hof had de zaak naar de rol moeten verwijzen voor uitlating over de omvang van de schade, hetzij partijen naar de schadestaat moeten verwijzen, ook zonder dat dit uitdrukkelijk was gevorderd, nu de mogelijkheid van schade zonder meer aannemelijk was, hetzij de omvang van de schade moeten schatten, indien het van oordeel was dat de omvang van de schade niet nauwkeurig kon worden vastgesteld. Zie ook HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435.

relevante omvang bestaat. Nu de antwoorden van de deskundige niet uitsluiten dat van het verlies van een reële kans sprake kan zijn geweest, had het hof nader moeten onderzoeken of door de vertraging een reële kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan. Bij bevestigende beantwoording van die vraag had het vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans moeten komen. Daartoe had het hof bijvoorbeeld de deskundige op een zitting nader kunnen bevragen, aldus de Hoge Raad.

Uit deze arresten volgt dat de rechter de schade, zo nodig door schatting, zal moeten begroten, niettegenstaande de onzekerheden die gepaard gaan met het vaststellen van de hypothetische situatie dat wel normconform was gehandeld. Dit is slechts anders als niet aannemelijk is dat door de in het geding zijnde fout schade is geleden. Deze les volgt ook uit het arrest *Overzee/Zoeterwoude*.²³ Dit betreft een geval waarin het *condicio sine qua non*-verband tussen een niet-nakoming van een toezegging van een gemeente om medewerking te verlenen aan een beoogde wijziging van een bestemmingsplan enerzijds en de gemiste kans op de gunstige wijziging anderzijds onmiskenbaar aanwezig is. Of de toegezegde inspanning, ware deze nagekomen, ook als resultaat zou hebben gehad dat de beoogde wijziging gerealiseerd zou zijn, is evenwel onzeker. De schade kan daarom niet zonder meer op het achterwege blijven van de wijziging worden vastgesteld, maar dient door afweging van goede en kwade kansen te worden bepaald, zo nodig bij wijze van schatting. Dit is slechts anders indien grond bestaat om op voorhand ervan uit te gaan dat die kans nihil of zeer klein is. Aangezien het gebrek aan duidelijkheid een onzekerheid is die aan een kans eigen is, kan dit naar het oordeel van de Hoge Raad voor de rechter geen grond opleveren om zich te onttrekken aan een vaststelling van de grootte van die kans, zo nodig bij wijze van schatting.

3.2 Niet een-twee-drie klaar

Evenals in de praktijkvoorbeelden die in paragraaf 2 de revue passeerden, is ook in deze illustraties (van par. 3.1) met de vaststelling van de fout nog niet gegeven dat daardoor enige schade is geleden. In laatstgenoemde zaak was inspanning toegezegd, maar was het resultaat daarvan onzeker. In de behandelde *delay*-zaken is de uitkomst van de hypothetische tijdsbehandeling niet zeker. En ook met de onjuiste en tegenover de koper onrechtmatige opgave van de woonoppervlakte is nog slechts de *mogelijkheid van schade* gegeven, geen zekerheid. De gegeven schending van de zorgvuldigheidnorm in deze zaken kwalificeert niet als een fout die rechtstreeks schade oplevert, zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij beschadiging van een zaak of het toebrengen van letsel. Of daadwerkelijk schade is geleden als gevolg van de fout, is afhankelijk van de scenario's waarin moet worden gedacht. Mogelijk heeft de fout van de makelaar de aankoopbeslissing van de koper beïnvloed, maar mogelijk ook niet. Het kan zijn dat de koper geen belangstelling meer zou hebben gehad voor de woning, als zij de werke-

lijke grootte daarvan had gekend. Mogelijk is ook dat zij in dat geval slechts tot het betalen van een lagere prijs bereid zou zijn geweest. Maar goed denkbaar is ook dat zij bij een juiste kennis van zaken de woning onder dezelfde voorwaarden had gekocht.

Het is aan partijen en hun advocaten om de situaties die met elkaar moeten worden vergeleken te concretiseren en de feiten te stellen waaruit kan worden afgeleid dat schade is geleden. In casu heeft de koper gesteld dat een nettowoonoppervlakte van 125 m² een uiterst belangrijke eigenschap voor de aan te kopen woning was, omdat zij haar kinderen met aanhang daarin moest accommoderen, dat zij specifiek heeft gezocht naar een woning met een nettowoonoppervlakte van 125 m² of meer, dat zij de woning niet zou hebben gekocht indien zij zou hebben geweten dat de woning kleiner is dan de makelaar heeft vermeld, en dat zij dan niet de overeengekomen prijs zou hebben willen betalen.²⁴ Voorts heeft zij aangevoerd dat zij anders een andere woning, die destijds te koop stond, zou hebben gekocht, dat de prijs gerelateerd aan de vierkante meters voor haar doorslaggevend was bij de aankoop, dat de woning te klein bleek, en dat zij daarom, na een verbouwing van ruim € 10.000, haar huis weer heeft verkocht.

In het licht van deze stellingen is het vervolgens aan de rechter om de schade te begroten. Aan de stelplicht van de benadeelde mogen wat betreft de omvang van de schade geen hoge eisen worden gesteld.²⁵ Concludeert een rechter dat het bestaan van schade weliswaar aannemelijk is, maar op basis van het partijdebat niet goed kan worden vastgesteld, dan staat het hem niet vrij de vordering op die grond af te wijzen. Als het dossier te weinig aanknopingspunten biedt voor een adequate schadebegroting, terwijl de mogelijkheid van schade wel zonder meer aannemelijk is, dient de rechter de zaak naar de schadestaat te verwijzen, ook als dit niet met zoveel woorden is gevorderd.²⁶ In plaats daarvan kan de rechter ook instructiemaatregelen nemen en partijen in de gelegenheid stellen aktes of bewijsstukken te overleggen of een comparitie van partijen dan wel een deskundigenbericht gelasten, om aldus nader te worden ingelicht. Blijft de mogelijkheid van een enigszins nauwkeurige vaststelling van de omvang van de schade uit, dan is een schatting geboden, die desnoods geheel *ex aequo et bono* moet plaatsvinden.²⁷

In meetinstructiezaken is het naar de aard lastig om de omvang van de schade vast te stellen. In de recente praktijk wordt de schade begroot op het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde koopprijs en een schatting van de koopprijs bij een juis-

²⁴ HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1842 (Meetinstructie III).

²⁵ Zie onder meer HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211; HR 1 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273; Lindenberg, in: GS Schadevergoeding, art. 6:96 BW, aant. 2.5 en 2.6.

²⁶ Zie onder meer HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211.

²⁷ Zie de conclusie van A-G W.L. Valk voor HR 10 december 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1842) (Meetinstructie III), ECLI:NL:PHR:2021:533, onder 3.46.

²³ HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (*Overzee/Zoeterwoude*).

te vermelding van de woonoppervlakte.²⁸ Dat bedrag kan ook op nihil uitkomen.²⁹ Deze schatting moet idealiter niet op algemeenheden worden gebaseerd, maar op feitelijkheden die het desbetreffende geval kenmerken (waaronder mogelijk de marktconforme prijs en de gewildheid van de woning ten tijde van de koop), opdat zo veel mogelijk tegemoet wordt gekomen aan het uitgangspunt dat de werkelijke concrete schade van de benadeelde volledig moet worden vergoed – en de benadeelde dus zo veel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzaken-gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Laat de benadeelde evenwel na concrete gegevens te verschaffen, zoals in de zaak *Meetinstructie III* (bijvoorbeeld over de prijs die de koper zou hebben betaald voor de andere woning, die zij zo gesteld zou hebben gekocht als zij juist zou zijn ingelicht),³⁰ dan kunnen algemeenheden en ervaringsregels de rechter wel sturing bieden.³¹ In een zaak waarin werd getwist over materiële en immateriële schade door een epileptisch insult van een door de politie ingesloten persoon heeft de Hoge Raad dit als volgt geformuleerd:

‘Het is voldoende voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding dat feiten worden gesteld en komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. Alsdan staat het de rechter vrij om, mede in aanmerking genomen de aard van de schade, zonder nader bewijs aannemelijk te achten dat schade is geleden en de omvang hiervan vervolgens te schatten.’³²

Afwijzing van een vordering omdat het schadebedrag onvoldoende is gespecificeerd, is in strijd met ons rechtssysteem, zoals uit art. 612 Rv kan worden afgeleid.³³ Anderzijds moet wel in ogenschouw worden genomen dat bij individuele schadeclaims er niet aan kan worden ontkomen om steeds in zekere mate te concretiseren, ook afhankelijk van de aard van de schade.³⁴ Als in zijn algemeenheid kan worden aangenomen dat bepaald gewraakt handelen nadelige consequenties heeft, betekent dit nog niet dat in een concreet geval op basis van dat ervaringsfeit een voor vergoeding in aanmerking komende schade kan worden vastgesteld. Zo is het een feit van algemene bekendheid dat bij de koop van een woning de woonoppervlakte een factor is die in het algemeen van belang is bij de aankoopbeslissing. Onrechtmatige opgave daarvan heeft daarom in het algemeen gesteld voor kopers nadelige gevolgen. Kopers hebben er belang bij op de juistheid van de voor hun aankoopbeslissingen relevante informatie te kunnen vertrouwen. Dit betekent evenwel nog niet dat een toerekenbaar onrechtmatige informatieverstreking in elk concreet geval daadwerkelijk voor vergoeding in aanmerking komende schade impliceert en dus tot schadevergoeding dient te leiden. Dat hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.

Illustratief is een recent arrest van de Hoge Raad over misleidende mededelingen van Staatsloterij.³⁵ Een consument vordert een verklaring voor recht dat Staatsloterij door het doen van – eerder in een collectieve actie vastgestelde – misleidende mededelingen onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, alsook veroordeling van Staatsloterij tot vergoeding van de daardoor door hem geleden schade, bestaande uit de kosten van de door hem gekochte loten verminderd met de door hem gewonnen prijzen. De kantonrechter te Roermond oordeelt dat het vereiste causaal verband tussen de misleiding en het kopen van de loten (de schade) niet aannemelijk is geworden.³⁶ Gezien dit gebrek aan gebleken causale schade wijst de kantonrechter de vorderingen af. In hoger beroep oordeelt het gerechtshof ’s-Hertogenbosch anders.³⁷ Het hof wijst erop dat in een eerdere collectieve actie waarin is geoordeeld dat Staatsloterij in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW door in de periode 2000-2008 misleidende mededelingen te doen, is overwogen dat redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.³⁸ Op grond van deze overweging vermoedt het hof dat ook de consument in deze zaak behoort tot het aanzienlijke deel van de consumenten dat zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, als Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Volgens het hof zijn er niet zodanige feiten en omstandigheden gesteld die tot een voldoende ontzenuwing kunnen leiden van het vermoeden van de aanwezigheid van het causaal verband tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de aankoop van loten door de individuele consument in de periode 2000-2008. De hiertegen gerichte cassatieklachten treffen doel. De aangehaalde overweging in de collectieve actie valt binnen het kader van de beoordeling van de vraag of sprake is geweest van misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW en houdt in dat de mededelingen

35 HR 15 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:1109.
36 Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295.
37 Hof ’s-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199.
38 Het betreft een oordeel van het gerechtshof Den Haag (28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587). De daartegen gerichte cassatieklachten zijn door de Hoge Raad verworpen (HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178). In de periode 2000-2007 zagen de misleidende mededelingen op het gegarandeerd zijn van prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen, en in 2008 op de hoogte van prijzen.

28 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1843; HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1844.

29 Zie bijv. Rb. Rotterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4167; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3015.

30 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1842 (*Meetinstructie III*).

31 Zie ook het hierna te bespreken arrest HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2372 (*X/Coop*).

32 HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0304, r.o. 3.3.

33 HR 21 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4926; HR 30 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2762.

34 Bij collectieve schadevergoedingsacties geldt dit uiteraard in mindere mate. In de spiegelbeeldige situatie geldt het overigens ook. Zo moet het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot na-deel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis herleidbaar zijn tot concrete aanwijzingen. Zie onder meer HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273; HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590.

van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om het economisch gedrag van de maatman (de gemiddelde consument) te beïnvloeden. Deze beoordeling behelst weliswaar een element van causaliteit – de mededelingen moeten het gedrag van de maatman immers kunnen beïnvloeden –, maar moet worden onderscheiden van de vraag of causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de aankoop van staatsloten door individuele deelnemers, zoals de onderhavige eiser. Er bestaat onvoldoende grond om voor een geval als hier aan de orde, waarin het gaat om een abonnementsspeler, een vermoeden van causaal verband te aanvaarden in de hiervoor bedoelde zin. Volgens de Hoge Raad kan niet worden gezegd dat sprake is van een zodanige bewijsproblematiek ter zake van het causaal verband dat de bescherming die abonnementsspelers aan art. 6:194 (oud) BW kunnen ontleen met betrekking tot de misleidende mededelingen waarom het in deze zaak gaat, zonder zodanig vermoeden in de praktijk illusoir kan worden. Voor abonnementsspelers geldt immers dat hun speelgeschiedenis beschikbaar is en op verzoek ter beschikking wordt gesteld, zoals ook in deze zaak is gebeurd. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing. De vraag is of de speelgeschiedenis een correlatie laat zien tussen de deelname en de periode waarin de misleidende mededelingen zijn gedaan (2000-2008). Als dat niet het geval is, is dat een aanwijzing dat de misleidende mededelingen van Staatsloterij op die deelname géén invloed hebben gehad en dus géén schade hebben veroorzaakt.

3.3 Rechterlijke vrijheid en haar keerzijde

De vraag die bij schadevergoedingsvorderingen ter beantwoording voorligt, is hoe de situatie waar de benadeelde zich nu in bevindt, verschilt van de situatie waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden zonder de normschending. Dit verschil moet zo goed mogelijk worden opgeheven. Het scenario waarin normconform zou zijn gehandeld, moet worden afgezet tegen het werkelijke scenario. De beide scenario's moeten in beginsel zo feitelijk mogelijk in beeld worden gebracht, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.³⁹ Het werkelijke scenario kan door de benadeelde worden verhelderd door inzicht te geven in het feitencomplex van hoe hij eraan toe is. Het gaat hier om vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen.⁴⁰ Wat het normconforme scenario betreft gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Bij de beoordeling van deze hypothetische situatie komt het aan op hetgeen hieromtrent redelijkerwijs te verwachten valt. In dat verband dienen de goede en kwade kansen te worden afgewogen, bij welke afweging de rechter

een aanzienlijke mate van vrijheid heeft. Het resultaat van die afweging is sterk met de feiten verweven en is daarom in cassatie beperkt toetsbaar. Wel dient het oordeel van de rechter consistent en begrijpelijk te zijn.⁴¹ Voor ogen dient te worden gehouden dat schade een rechtsbegrip is en schadevaststelling een (rechts)oordeel. Dit betekent dat het niet zozeer draait om zekerheid over of bewijs van schade, maar om het stellen en bewijzen van feiten en omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat schade in de gestelde omvang is geleden.

Idealiter geven de onbetwiste of vastgestelde feiten rondom een schadeclaim een solide basis voor een bepaald bedrag aan schadevergoeding. Als evenwel de feiten ontoereikend zijn om tot een nauwkeurige schadevaststelling over te gaan, zal de rechter toch de schade moeten begroten, mits het geleden zijn van enige schade aannemelijk is. Dat doet de rechter op de voet van art. 6:97 BW op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is, zo nodig door te schatten. Werken met aannames en verwachtingen is bij de schadebegroting in meer of mindere mate een gegeven. Bij de schadebegroting wordt immers het verschil tussen een werkelijke situatie en een hypothetische situatie gewaardeerd. De werkelijke situatie kent meer dan eens een onzekere toekomst en de hypothetische situatie is naar haar aard onzeker. Centraal staat de vraag wat er waarschijnlijk zou zijn gebeurd als de normschending niet had plaatsgehad. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade liggen in beginsel op de benadeelde, maar aan de benadeelde mogen in dit verband geen strenge eisen worden gesteld.⁴² Het gaat hierbij om het schetsen van gebeurtenissen die zich per definitie nooit hebben voorgedaan. Dat die gebeurtenissen niet plaats zullen hebben en dat die daarom niet met zekerheid kunnen worden vastgesteld, is aan de aansprakelijke partij te wijten. Door haar toedoen is de benadeelde de mogelijkheid ontnomen daadwerkelijk te ervaren wat er zou zijn gebeurd zonder normschending en zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied. Dat gegeven kan bij de weging van de goede en kwade kansen een rol spelen. Bij de vaststelling van de schadevergoeding wordt immers rekening gehouden met wat redelijk is.⁴³ Bij de beoordeling van de hypothetische situatie komt het dan ook aan op hetgeen hieromtrent redelijkerwijs te verwachten valt.⁴⁴ Onduidelijkheid kan voorts niet alleen bestaan over de hypothetische situatie, maar ook over de werkelijke situatie. Weliswaar gaat het hier om feiten die niet virtueel maar reëel zijn, maar dat neemt niet weg dat zij incompleet kunnen zijn. Mogelijk zijn essentiële feiten niet komen vast te staan, omdat partijen tekortgeschoten zijn in het aanleveren van voldoende stellingen en bewijsmateriaal. Bovendien is het in sommige gevallen niet eenvoudig om aan te tonen hoe de benadeelde er echt aan toe is. Denk aan de lastige vragen waarvoor de praktijk zich gesteld ziet in het kader

39 Op praktische gronden en om redenen van billijkheid kan in bijzondere gevallen van een of meer omstandigheden van het geval worden geabstraheerd. Zie HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357 (Reaal Schadeverzekering/Athlon Car Lease), r.o. 3.6.1; HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208 (Donata/New India). Vgl. ook HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315 (Herstelkosten netbeheerder).

40 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (Netvlietloslating).

41 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, r.o. 3.3.2; HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590, r.o. 3.1.1.

42 HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590, r.o. 3.1.1.

43 Tjong Tjin Tai 2017, p. 4.

44 HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590, r.o. 3.1.1.

van bijvoorbeeld het vaststellen van de gezondheidstoestand van de benadeelde, de daaruit voortvloeiende beperkingen en de beoordeling of er een medische eindtoestand is bereikt. Een nare situatie kan voor de benadeelde voorts toch gunstiger uitpakken dan verwacht of andersom. Ook komt het voor dat relevante feiten eenvoudigweg niet of niet langer te achterhalen zijn, zonder dat dit aan (een van de) partijen te wijten is.

Om een beter beeld van het verschil tussen de werkelijke situatie en hypothetische situatie te verkrijgen kan de rechter in de eerste plaats gebruik maken van zijn bevoegdheid om partijen om nadere feiten te vragen. De rechter kan immers op grond van art. 22 Rv in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Bij ongerechtvaardigde weigering door (een van de) partijen kan de rechter daaraan de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht. In de tweede plaats kan de rechter de zaak naar de schadestaatprocedure verwijzen als hij zich niet in staat gesteld acht om de schade aanstonds te begroten, ook ambtshalve als geen van partijen daarom heeft verzocht.⁴⁵ In de derde plaats kan hij de schade schatten op basis van de gegevens die hem wel zijn aangereikt. De rechter heeft hier een grote mate van vrijheid. Ook als uitdrukkelijk en uitsluitend een vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat is ingesteld, kan de rechter de zaak desalniettemin aan zich houden en overgaan tot het begroten van de schade en een veroordeling tot een bepaald schadebedrag uitspreken.⁴⁶ Art. 612 Rv schrijft de rechter immers voor alleen een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat uit te spreken, indien begroting van de schade in de uitspraak hem niet mogelijk is. Dus als voldoende is gesteld en is komen vast te staan om te kunnen veroordelen tot een bepaald bedrag, gaat de rechter daartoe over. Ook kan de rechter gebruik maken van zijn bevoegdheid de schade te schatten in een geval dat essentiële feiten wel beschikbaar zijn, maar ontbreken omdat bepaalde stukken niet zijn overgelegd. Het kan partijen (en onder bijzondere omstandigheden wellicht ook hun advocaten) duur komen te staan als zij niet bedacht zijn op deze rechterlijke vrijheid.

Het arrest X/Coop kan hier als illustratie dienen.⁴⁷ De inzet van de zaak is een vordering tot vergoeding van gederfde winst na ontbinding van een franchiseovereenkomst door de franchisenemer als gevolg van een wanprestatie van de franchisegever. Van deze schadecategorie valt in het algemeen slechts op basis van inschattingen een indruk te verkrijgen. Gederfde winst betreft immers hypothetische voordelen die als gevolg van de normschending niet zijn verkregen. Vanwege de vele onzekerheden bij de bepaling welke inkomsten hypothetisch zouden zijn verworven, is het in de regel niet doenlijk om meer dan een onzekere schatting te verkrijgen. In deze zaak speelt

evenwel niet zozeer de onzekerheid over het hypothetische inkomen zonder wanprestatie de betrokkenen parten, maar de onduidelijkheid over het inkomen in de werkelijke situatie na wanprestatie. De franchisenemer heeft namelijk geen verifieerbare en met stukken onderbouwde opgave gedaan van zijn werkelijke inkomsten in de eerste jaren na de ontbinding, hoewel die inmiddels waren verstrekt en de rechter daar nadrukkelijk om had gevraagd. Dat de franchisenemer in die periode, zoals hij beweert, in het geheel geen inkomsten heeft genoten, acht het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zonder toelichting en onderbouwing met verifieerbare gegevens die ontbreken, niet aannemelijk. Op het moment dat het hof (na vier tussenarresten en een deskundigenbericht) een vergelijking wil maken tussen de financiële situatie waarin de franchisenemer feitelijk is komen te verkeren door de ontbinding en de hypothetische situatie bij onberispelijke voortzetting van de franchiseovereenkomst, dreigt het vast te lopen op een incompleet dossier, waarin beschikbare en verifieerbare inkomensgegevens ontbreken. Het redelijkerwijs te verwachten bedrijfsresultaat in de hypothetische situatie dat de franchise-exploitatie zou zijn doorgezet, is dankzij een uitgebreid deskundigenbericht goed in beeld gebracht. Maar het daadwerkelijke financiële plaatje in de situatie die zich nu na de wanprestatie feitelijk voordoet, waarmee de hypothetische situatie moet worden vergeleken, krijgt het hof niet goed voor ogen. Dit is voor het hof aanleiding om een schatting te maken van de financiële situatie waarin de franchisenemer feitelijk is komen te verkeren na de ontbinding, met inachtneming van het door de deskundige genoemde gemiddelde ondernemersloon van € 60.000 per jaar. De hiertegen gerichte cassatieklachten van de franchisenemer falen. Van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is volgens de Hoge Raad geen sprake.⁴⁸ Het hof mocht de schade schattenderwijs vaststellen en mocht deze schatting als consequentie verbinden aan het ontbreken van verifieerbare inkomensgegevens.

Dit arrest onderschrijft dat op de benadeelde die op schadevergoeding aanspraak maakt, de last rust om feiten en omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, die het oordeel kunnen dragen dat hij de gestelde schade heeft geleden. Nu een uitgangspunt van schadevaststelling is dat de rechter bij het bepalen van de schadevergoeding zo veel mogelijk de werkelijk geleden en te lijden schade begroot, is het wenselijk dat de rechter een zo goed mogelijk beeld krijgt en dat partijen daarbij behulpzaam zijn door de benodigde stukken aan te dragen. Dit hoeft echter niet steeds te worden afgewacht, terwijl een gebrek aan medewerking een partij kan worden tegengeworpen.

3.4 Tips & tricks

Laat het een les zijn voor enerzijds advocaten en rechtshulpverleners en anderzijds rechters dat de fase van vaststelling van de omvang van de schade niet een-twee-drie klaar is. De eiser dient om te beginnen aannemelijk te maken dat schade is gele-

⁴⁵ HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2229.

⁴⁶ HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611; HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7435.

⁴⁷ HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2372 (X/Coop).

⁴⁸ HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2372.

den. Op hem rusten immers stelplicht en bewijslast ter zake van de aanwezigheid van causaal verband en het bestaan van schade. Dit betekent dat de vermogenspositie waarin de benadeelde partij zich zonder normschending zou bevinden, moet worden ingekleurd. Een eisende partij kan hier niet volstaan met de algemeenheid dat de mogelijkheid van schade met de fout gegeven is. Hij zal moeten concretiseren dat en waarom in dit geval mogelijk of zeker sprake is van schade. Daarbij zal hij erop bedacht moeten zijn dat de rechter in lijn met art. 612 Rv in beginsel de schade in zijn uitspraak begroot voor zover dit mogelijk is, ook als slechts schadevergoeding op te maken bij staat is gevorderd, maar voldoende is gesteld en is komen vast te staan om te kunnen veroordelen tot een bepaald bedrag. Meer dan het stellen – en bij betwisting bewijzen – van de feiten waaruit kan worden afgeleid dat schade is geleden, kan van de eiser (of diens procesvertegenwoordiger) niet worden gevergd. Als een rechter te hoge eisen stelt aan de stelplicht omtrent de schade, miskent hij zijn uit art. 6:97 BW voortvloeiende taak.

Oordeelt de rechter vervolgens in het licht van de stellingen dat niet aannemelijk is dat enige schade is geleden als gevolg van de in het geding zijnde normschending, dan dient hij dit oordeel voldoende te motiveren. Het oordeel luidt dan dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de beweerde schade ontbreekt. Is het bestaan van schade wel aannemelijk, dan dient de schade te worden begroot. Heeft de rechter onvoldoende aanwijzingen, dan kan hij partijen in de gelegenheid stellen tot uitlating over de omvang van de schade, hetzij partijen naar de schadestaat verwijzen, ook zonder dat dit is gevorderd. Als er onvoldoende gegevens zijn om de schade nauwkeuring vast te stellen, is daar schattenderwijs een mouw aan te passen. Kortom, schadebegroting kan bij schatting geschieden, of worden uitgesteld, maar het mag niet worden afgesteld. De rechter mag niet afzien van een schatting van de schade of deze op nihil begroten omdat hij niet alle gegevens gepresenteerd heeft gekregen die hij zou wensen.

4 Schade nog niet duidelijk: vorder een verklaring voor recht

4.1 De speelruimte voor de verklaring voor recht

Wanneer de grondslag voor aansprakelijkheid duidelijk is, maar de omvang van de schade niet of nog niet, biedt het vorderen van een verklaring voor recht uitkomst. Alsdan kan het moment waarop de schade wel kan worden begroot, worden afgewacht. Gewapend met de verklaring voor recht dat de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld of wanprestatie heeft gepleegd, kan de vergoeding van de in beeld gekomen schade alsnog, buiten rechte of in een nieuwe procedure, worden vergoed.

In een recent arrest heeft de Hoge Raad het oordeel van het Amsterdamse hof dat een gevorderde verklaring voor recht niet kan worden toegewezen, omdat het bestaan en de omvang van de door eiser gestelde vermogensschade nog niet kunnen

worden begroot, vernietigd.⁴⁹ De aanleiding voor deze zaak waren investeringen in percelen grond (landbouwgrond, akkerbouwgrond, natuurgrond en grasland) die mogelijk op termijn van bestemming zullen wijzigen en daardoor substantieel in waarde zullen stijgen. Aangezien het gaat om koop met een speculatief karakter en het van toekomstige ontwikkelingen afhankelijk is of de percelen in waarde zullen stijgen of dalen, werd nog niet vastgesteld dat de koper nu al vergoedbare schade heeft geleden. Echter, omdat de koper primair – naast schadevergoeding – een verklaring voor recht vorderde dat de verkoper, de vastgoedbemiddelaar en de notaris onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld, althans toerekenbaar zijn tekortgeschoten, had ook op deze vordering moeten worden beslist, aldus de Hoge Raad. In dat verband had het standpunt van koper dat de gronden beleggingsobjecten in de zin van de Wft betreffen en dat daarom voor de verkoop een vergunning van de Autoriteit Financiële Markten vereist was, beoordeeld moeten worden.

Weliswaar moeten, zoals uit het bovenstaande volgt, bij schadevergoedingsvorderingen steeds de vragen worden beantwoord of door de normschending schade is veroorzaakt, en zo ja, in welke omvang. Maar dat neemt niet weg dat de beoordeling of een gedraging onrechtmatig is of als een toerekenbare tekortkoming kwalificeert, losstaat van die vragen. Bovendien kan beantwoording van die vragen worden uitgesteld, zo blijkt ook uit het voorgaande. Voor toewijzing van een verklaring voor recht is in beginsel in ieder geval niet meer vereist dan voor verwijzing naar de schadestaatprocedure, en dat betekent dat in beginsel voldoende is dat aannemelijk wordt gemaakt dat mogelijk schade is geleden.⁵⁰ Dat de schade nog niet kan worden begroot, kan op zich geen reden zijn om een gevorderde verklaring voor recht af te wijzen.

Eerder oordeelde de Hoge Raad reeds dat indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, de rechter ervan dient uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is.⁵¹ Dat geldt ook, zo vervolgt de Hoge Raad, als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd. In deze zaak was het bestaan van schade overigens niet te missen. Na een confrontatie en bedreiging tussen de ex-partner en de nieuwe partner van een vrouw is de nieuwe partner met zijn auto tegen de ex-partner aan gereden, waardoor de ex-partner op de motorkap terecht kwam, enkele tientallen meters werd meegesleurd en daarna op de grond is gevallen, waarna de nieuwe partner met het linker voorwiel van zijn auto over het bovenlichaam van de ex-partner heen is gereden. Na een strafrechtelijke veroordeling van beide mannen voor bedreiging, waarbij de

⁴⁹ HR 1 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1422 (Speculatieve koop van grond).

⁵⁰ Aldus ook T. Hartlief, in zijn conclusie voor HR 1 oktober 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1422), ECLI:NL:PHR:2021:130.

⁵¹ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (AIG Europe/M), r.o. 4.1.2.

ex-partner vanwege zijn aanzienlijk letsel geen straf of maatregel is opgelegd, vordert de ex-partner een verklaring voor recht dat de WAM-verzekeraar van de auto van de huidige partner aansprakelijk is voor de schade die hij ten gevolge van de aanrijding lijdt. Door het gerechtshof 's-Hertogenbosch wordt voor recht verklaard dat de WAM-verzekeraar voor 75% aansprakelijk is, welke beperking verklaring vindt in 25% eigen schuld van de ex-partner. De cassatieklacht dat het hof de ex-partner wegens onvoldoende belang ambtshalve niet-ontvankelijk had moeten verklaren in zijn vordering, aangezien er niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat de ex-partner heeft volstaan met het vorderen van een verklaring voor recht, strandt. Met dit arrest van de Hoge Raad is komen vast te staan dat bij een verklaring voor recht ten aanzien van aansprakelijkheid voor schade voldoende belang, zoals vereist in art. 3:303 BW, in beginsel gegeven is, mits de mogelijkheid van schade aannemelijk is.⁵² Onder omstandigheden kan het raadzaam zijn om het kruit droog te houden en nog geen schadevergoedingsvordering in te stellen, maar eerst toevlucht te zoeken in een declaratoire vordering. Daar waar een onrechtmatige daad een groot aantal slachtoffers treft, is het ook een gangbare weg. Het ligt dan voor de hand om eerst een rechtsoordeel over het gedrag te verkrijgen en daarna pas de discussie aan te gaan over de consequenties voor de individuele benadeelden.

Andersom geldt dat ook een negatieve verklaring voor recht kan worden gevorderd, inhoudende dat er geen (verdere) schadevergoedingsverplichtingen tegenover de wederpartij zijn. Dit kan voor een partij van belang zijn als haar wederpartij naar vermeend zonder goede grond beweert nog een vordering op haar te hebben. Een negatieve verklaring voor recht verschaft haar dan de zekerheid dat zij niet in de toekomst nog met een vordering wordt geconfronteerd. Het belang van een buiten rechte aangesproken partij om een einde te maken aan onzekerheid over de vraag of de wederpartij die deze aanspraak maakt jegens haar nog vorderingen geldend kan maken, acht de Hoge Raad in beginsel een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW voor een negatieve verklaring voor recht.⁵³

En zelfs als reeds vast is komen te staan dat als gevolg van een vastgestelde onrechtmatige daad of wanprestatie geen schade is geleden en daarmee dus de afwezigheid van het vereiste causaal verband een gegeven is, kan nog een voldoende belang bestaan bij de toewijzing van een gevorderde verklaring voor recht. Dit kan worden afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad waarin hij een hem voorgelegd verschil van inzicht over de vraag of een declaratoire vordering waarop geen condemnatoir vonnis meer kan volgen, daarmee zelfstandig nut verliest, omdat het een tadeloze uitspraak zou zijn, en op die grond van toewijzing verstoken dient te blijven, afdoet met art. 81

Wet RO.⁵⁴ De aanleiding daartoe is een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden waarin de primair gevorderde verklaring voor recht dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld, wel is toegewezen, maar de daarop voortbouwende veroordelende vorderingen tot vergoeding van schade zijn afgewezen, evenals de gevorderde verklaring voor recht dat de gedaagde aansprakelijk is, omdat door de onrechtmatige daad geen schade is geleden.⁵⁵ Het oordeel dat er geen schade is geleden als gevolg van de normschending, heeft gezag van gewijsde gekregen, terwijl de oorspronkelijk gedaagde ondertussen in cassatie is gekomen tegen de toewijzing van de verklaring voor recht dat onrechtmatig is gehandeld. In cassatie stelt de oorspronkelijk gedaagde dat eiser niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard in de declaratoire vordering, omdat hij geen belang meer zou hebben bij een verklaring voor recht dat onrechtmatig is gehandeld, aangezien diens overige vorderingen (tot schadevergoeding) zijn afgewezen. De Hoge Raad volgt dit betoog echter niet en doet de zaak af met toepassing van art. 81 Wet RO, derhalve zonder motivering. De rechter die in zijn overwegingen het oordeel van onrechtmatigheid heeft uitgesproken, maar aansprakelijkheid afwijst, is aldus niet gehouden de eisende partij een gevorderde verklaring voor recht te ontzeggen, uitsluitend omdat daarop geen veroordeling tot schadevergoeding meer kan worden gebaseerd. Zelfs zonder de mogelijkheid tot enige veroordeling tot een prestatie kan de verklaring voor recht een vorm van rechtsherstel uitmaken, een bron van genoegdoening voor de rechtsschending.⁵⁶ Tot de essentie van het recht behoren niet alleen de bestraffing van de dader en de veroordeling tot schadevergoeding, maar ook de erkenning van wat er is gebeurd en wie ervoor verantwoordelijk is.

Een volgende gevolgtrekking is dat een verklaring voor recht ook uitkomst kan bieden in een zaak waarin op voorhand duidelijk is dat de benadeelde – ook als het door hem gestelde onrechtmatig handelen komt vast te staan – geen rechtens relevante schade lijdt. Ter onderbouwing hiervan kan ook worden gewezen op de Chipshol-beschikking van de Hoge Raad.⁵⁷ Chipshol wenste opheldering omtrent de vervanging van de rechters die belast waren met de behandeling van de zaken die zij tegen de Luchthaven Schiphol N.V. en tegen Luchtverkeersleiding Nederland had opgestart. Volgens Chipshol was er een onrechtmatige beïnvloeding van de procedure door het gerechtsbestuur. Indien zou blijken dat de beweerde gang van zaken (een onrechtmatige vervanging van de rechters) ook daadwerkelijk had plaatsgehad, zou dat een ernstige schending inhouden van Chipshols fundamentele recht op een eerlijk proces, onder andere gegarandeerd door art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de funda-

52 Dit verdient mijns inziens instemming. Zie hierover meer uitgebreid A.L.M. Keirse, Een verklaring voor recht als mijlpaal. Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging, WPNR 2011, afl. 6903, p. 869-871.

53 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, r.o. 4.1.3.

54 HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:383.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7973.

56 Zie meer uitgebreid Keirse 2011; P. Gillaerts & A.L.M. Keirse, De verklaring voor recht, voldoende belang (rijk)? Over het belang bij declaratoire vordering na afwijzing condemnatoire vordering, MvV 2020, afl. 12, p. 409-419.

57 HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146 (Chipshol).

mentele vrijheden (EVRM). Aangenomen werd dat Chipshol geen rechtens relevante schade kon lijden als gevolg van het door haar beweerde onrechtmatig handelen van het gerechtshof, gelet op de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen tegen de eindbeslissing. Het belang kon dan ook niet voortvloeien uit (het recht op) het herstel van geleden schade. Dit neemt evenwel niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken een ernstige schending zou betekenen van haar fundamentele recht op een eerlijk proces. Volgens de Hoge Raad zou Chipshol in een op die schending gebaseerde procedure tegen de Nederlandse Staat in elk geval een verklaring voor recht kunnen vorderen ter genoegdoening voor deze schending. Daartoe beschikte Chipshol wel degelijk over voldoende belang. Het arrest erkent aldus de meerwaarde van een verklaring voor recht als genoegdoening voor een rechtsschending.⁵⁸ De civiele rechtsgang staat open – althans zou volgens mij open moeten staan – voor vaststellingen van civielrechtelijke normschendingen, onafhankelijk van de vraag of de motivatie van de rechtzoekende van financiële, ideële of emotionele aard is.⁵⁹ Wat telt voor de beoordeling van het processueel, rechtens relevant belang zoals door de wet in art. 3:303 BW voor elke rechtsvordering vereist, is de invloed op de rechtspositie van de eiser, zodat het moet gaan om de subjectieve rechten van de eiser.

4.2 *Tips & tricks*

Het is aanbevelenswaardig dat partijen en hun procesvertegenwoordigers zich bij de formulering en stapeling van vorderingen en rechters zich bij het toe- of afwijzen daarvan rekenenschap geven van wat op het spel staat. Bedenk of een voldoende belang bestaat bij het vorderen of toewijzen van een verklaring voor recht. Het enkele feit dat er (nog) geen schade is geleden, staat daaraan niet zonder meer in de weg. Desalniettemin kan het – juist als er geen rechtens relevante schade is en een veroordeling tot schadevergoeding daarom niet kan volgen – voor alle partijen opportuun zijn om de deelvraag naar de aanwezigheid van een onrechtmatige daad of wanprestatie te laten rusten. Immers, als dit nader onderzoek en debat vergt, terwijl het eiser niet om erkenning maar om geld te doen is, is het voordeliger de verklaring voor recht niet te vorderen. Stapel daarom vorderingen of veroordelingen niet onnodig of arbitrair, maar weloverwogen en met beleid.

5 Tot besluit

De belangrijkste les uit deze bijdrage is dat het erop aankomt de aanspraak van de benadeelde zo accuraat mogelijk in kaart te brengen: wat is het waarop de benadeelde recht had, maar wat hij nu tekortkomt? Daartoe moeten zo precies mogelijk de twee scenario's van feitelijk handelen en van het meest waarschijnlijke normconforme handelen worden ingekleurd. Kort samengevat dienen wij als beoefenaren van het schadevergoe-

dingsrecht het verschil tussen *wat is* en *wat zou zijn geweest* (1) te kwalificeren, (2) te kwantificeren en (3) op te heffen, zo goed en zo kwaad als het gaat. Rechtshulpverleners, advocaten en rechters mogen zich daar niet licht van afmaken. Hierboven is in beeld gebracht dat de Hoge Raad recentelijk nog de feitenrechter meerdere keren heeft moeten terugfluiten.

Aan de benadeelde mogen in verband met zijn stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade geen al te strenge eisen worden gesteld. Het is immers de aansprakelijke partij die de benadeelde in de schadelijke situatie heeft gebracht waarin deze nu feitelijk verkeert en haar de mogelijkheid heeft ontnomen om daadwerkelijk te ervaren wat er zou zijn gebeurd zonder normschending. Dat er onzekerheid bestaat omtrent hetgeen in die hypothetische situatie feitelijk zou zijn geschied, is derhalve niet aan de benadeelde maar aan de aansprakelijke partij te wijten. Een partij die in de 'prijzen' van het schadevergoedingsrecht valt, zou beter af zijn geweest als zij niet in botsing was gekomen met de aansprakelijke partij. Schade vermijden is beter dan schade vergoed te krijgen. De jurisprudentie die hierboven de revue passeerde, illustreert bovendien dat benadeelden in de praktijk er niet altijd in slagen de 'prijs' (lees: schadevergoeding) te krijgen die hun toekomt. Dan mist het ingezette schadevergoedingsrecht zijn doel. Het recht behoort immers de status quo te beschermen. Schadevergoeding dient alsnog zo veel mogelijk de status quo te bewerkstelligen dan wel de wijzigingen daarin waarop de benadeelde aanspraak had. De vraag luidt dus wat een adequate reactie van het recht is op de wijziging in de positie van de benadeelde die het gevolg is van de normschending door de aansprakelijke partij. Kan een verklaring voor recht de rechtspositie van benadeelde verbeteren of kan de benadeelde aanstonds zo veel mogelijk worden teruggebracht in de situatie waarin hij zonder de normschending vermoedelijk zou hebben verkeerd? Wat is een redelijke herstelmaatregel en wat resteert er dan nog dat compensatie verdient? Waar had de eiser in natura recht op, wat is zijn aanspraak? Dat precies in geld vergoeden is de opdracht van het schadevergoedingsrecht.

⁵⁸ Zie hierover verder Gillaerts & Keirse 2020 alsook P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020.

⁵⁹ Zie nader Keirse 2011, p. 871. Zie ook HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:757.