

# Voordeelstoerekening: leuker kunnen wij het niet maken, wel inzichtelijker

*Mr. S.S.Y. Engelen en prof. mr. A.L.M. Keirse\**

## 1. Inleiding

In het op 8 juli 2016 gewezen arrest TenneT/ABB<sup>1</sup> formuleert de Hoge Raad een nieuwe maatstaf voor de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening, zoals neergelegd in artikel 6:100 Burgerlijk Wetboek (BW). Hierbij komt de Hoge Raad expliciet terug op zijn eerdere rechtspraak over artikel 6:100 BW.<sup>2</sup> Hoewel het arrest in de mededingingsrechtelijke sfeer is geweest, is het arrest ook daarbuiten van belang. Het leerstuk van voordeelstoerekening maakt immers deel uit van afdeling 6.1.10 BW, die een algemene regeling voor de wettelijke verplichting tot schadevergoeding geeft. Artikel 6:100 BW vindt daardoor toepassing in alle gevallen van schadevergoedingsverplichtingen zodra zich een vraag van voordeelstoerekening voordoet, zoals ook in personenschadezaken meer dan eens het geval is.

Zo heeft een letselschadeslachtoffer naast een aanspraak op schadevergoeding jegens de aansprakelijke partij vaak ook aanspraak op een verzekeringsuitkering (bijvoorbeeld een ziektekostenverzekering, arbeidsongeschiktheidsverzekering of ongevallenverzekering) dan wel een sociale voorziening (zoals de Wet langdurige zorg (Wlz) of de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (WMO)), of bespaart hij zich soms kosten of vallen hem andere voordelen toe, die zijn schade per saldo verminderen. In al deze gevallen kan de vraag worden gesteld of bij de vaststelling van de aan de benadeelde door de aansprakelijke partij te vergoeden schade rekening moet worden gehouden met dergelijke voordelen. Of met andere woorden een vermindering van de aan de benadeelde te vergoeden schade tot het beloop van de door de benadeelde genoten voordelen door toepassing van artikel 6:100 BW in de rede ligt.

Voor een geslaagd beroep op voordeelstoerekening liggen in artikel 6:100 BW twee voorwaarden besloten. Ten eerste spreekt de wet van eenzelfde gebeurtenis die naast schade tevens voordeel oplevert. Ten tweede wordt het voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade blijkens de wettekst

slechts in rekening gebracht voor zover dit redelijk is. Hoe echter bepaald moet worden of het voordeel en de schade uit eenzelfde gebeurtenis voortvloeien en onder welke omstandigheden voordeelstoerekening redelijk kan worden geacht, kan niet uit artikel 6:100 BW worden afgeleid. Parlementaire geschiedenis, literatuur noch jurisprudentie geven een eenduidig antwoord op de vraag aan de hand van welke criteria een beroep op voordeelstoerekening moet worden beoordeeld.<sup>3</sup> Dat het voordeel en de schade uit eenzelfde gebeurtenis voortvloeien, wordt in de rechtspraak niet snel aangenomen, zeker niet als de schade geleden wordt in een contractuele setting.<sup>4</sup> De moeilijkheid bij de beoordeling of voordeelstoerekening in een concreet geval redelijk is, is gelegen in het feit dat dit een sterk met de feiten verweven normatief oordeel impliceert dat zich daardoor nauwelijks in algemene termen laat formuleren aan de hand van algemeen geldende gezichtspunten of deelnormen. Door het aanreiken van een nieuwe maatstaf voor voordeelstoerekening in TenneT/ABB maakt de Hoge Raad de beoordeling die in het kader van artikel 6:100 BW voorligt, inzichtelijker.

De nieuwe maatstaf houdt in dat primair moet worden vastgesteld dat er een *condicio sine qua non* tussen de normschending en de gestelde voordelen bestaat en dat vervolgens aan de hand van de maatstaf van artikel 6:98 BW moet worden beoordeeld of het redelijk is om de voordelen te verrekenen.<sup>5</sup> Met deze nieuwe maatstaf creëert de Hoge Raad niet alleen meer hou-

\* Mr. S.S.Y. (Sara) Engelen is docent privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Prof. mr. A.L.M. (Anne) Keirse is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Daarnaast is zij parttime raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam.

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

2. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.3 (TenneT/ABB).

3. Parl. Gesch. Boek 6, p. 348; Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II (2013), nr. 100a; Chr. van Dijk, Voordeelstoerekening, in: U. Magnus & Chr. van Dijk, Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht, Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheid- en Schadevergoedingsrecht (VASR) 2015, p. 28-29; S.D. Lindenbergh, GS Schadevergoeding, art. 6:100 BW, aant. 3 en 4. Op het ontbreken van eenduidigheid wordt in par. 4 en 5 nader ingegaan.

4. Zie bijv.: HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert); HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43, m.nt. Hijma (Vos/TSN); HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia). In laatstgenoemd arrest is een zekere kentering te zien t.a.v. de strikte toepassing van de eenzelfde-gebeurtenis-toets. Zie hierover: Van Dijk 2015, p. 39; A.L.M. Keirse & M. van Kogelenberg, Schadebegroting bij een doorberekingsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening, *Contracteren* 2016, afl. 4, p. 106.

5. De Hoge Raad heeft deze maatstaf inmiddels herhaald in HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, r.o. 3.5 (Effectenlease Dexia). In de lagere rechtspraak is deze nieuwe maatstaf toegepast in Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9299; Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2170; Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

vast, maar zal de rechtspraak op het gebied van voordeelstoerekening bovendien beter controleerbaar worden voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter, omdat de rechter in zijn motivering dient aan te geven op welke wijze hij toepassing heeft gegeven aan de genoemde maatstaf. Daarnaast wil de Hoge Raad met de nieuwe maatstaf de invulling en toepassing van artikel 6:100 BW zo veel mogelijk op één lijn stellen met de invulling en toepassing van de overige in afdeling 6.1.10 BW opgenomen bepalingen die betrekking hebben op de vaststelling van de schadevergoeding.

Dit laatste wordt nog versterkt doordat de Hoge Raad naast het formuleren van een nieuwe maatstaf voor voordeelstoerekening ook een oordeel geeft over hoe het (mededingingsrechtelijke) doorberekeningsverweer – dat in de volgende paragraaf nader zal worden geduid – juridisch-technisch moet worden beoordeeld; als schadeverweer of als een vraag van voordeelstoerekening. In de ogen van de Hoge Raad verschillen beide benaderingswijzen niet wezenlijk van elkaar en staat het de rechter vrij om met inachtneming van het partijdebat een keuze te maken tussen inbedding van dit verweer via de directe schadebenadering op de voet van artikel 6:95 tot en met 6:97 BW dan wel via voordeelstoerekening zoals neergelegd in artikel 6:100 BW.

In deze bijdrage worden de inhoud en implicaties van de nieuwe maatstaf voor de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening in personenschadezaken onder de loep genomen. Na een bespreking van het arrest TenneT/ABB in paragraaf 2 en de nieuwe maatstaf in paragraaf 3, volgt in de paragrafen 4, 5 en 6 een bespreking van de betekenis van de nieuwe maatstaf voor het schadevergoedingsrecht in het algemeen en voor personenschadezaken in het bijzonder. Daarbij wordt ook kort ingegaan op de vraag of ook in personenschadezaken opkomende voordelen – afhankelijk van het partijdebat en de inslag van het voordeel – naar keuze kunnen worden beoordeeld als schadeverweer dan wel als een beroep op voordeelstoerekening. Tot slot worden in paragraaf 7 de uitgezette lijnen bij elkaar gebracht en onze conclusies samengevat.

## 2. Over het arrest TenneT/ABB

### 2.1 De casus

Het arrest TenneT/ABB gaat over de nasleep van een kartel dat zich vanaf eind jaren tachtig tot begin deze eeuw afspeelde. In 1993 sloten TenneT<sup>6</sup> als koper en ABB<sup>7</sup> als verkoper een overeenkomst tot verkoop en levering van een installatie met gasgeïsoleerd schakelmateriaal (GGS) voor de controle van de

energiestroom in elektriciteitsnetwerken.<sup>8</sup> Jaren later bleek sprake te zijn van een wereldwijd kartel, waar ABB deel van uitmaakte, dat onder meer de onderlinge gunning van GGS-projecten regelde alsook de uiteindelijk (hogere) prijs die aan de koper in rekening werd gebracht. Doordat de mededingingsinbreuk door de Europese Commissie bij beschikking is vastgesteld, is gegeven dat ABB door deelname aan het kartel jegens TenneT onrechtmatig heeft gehandeld. TenneT vordert dan ook vergoeding van de schade die zij als gevolg van de kartelafspraken heeft geleden, vooralsnog gesteld op een kleine 30 miljoen euro. Volgens TenneT is daarbij maatgevend het verschil tussen de koopprijs die zij onder normale concurrerende omstandigheden voor de GGS-installatie zou hebben betaald en de koopprijs die zij daadwerkelijk aan ABB heeft betaald (de meerprijs of *overcharge*). Tegen deze vordering verweert ABB zich – voor zover in cassatie van belang – door te stellen dat TenneT geen schade heeft geleden, althans veel minder dan gesteld, daar TenneT de hogere kosten aan derden heeft kunnen doorberekenen door het hanteren van hogere elektriciteitsstarieven. Of en zo ja, tot welk bedrag sprake is geweest van een meerprijs en of en zo ja, tot welke bedrag TenneT deze meerprijs aan haar afnemers heeft doorberekend, zijn vragen die partijen uitdrukkelijk in de schadestaatprocedure aan de orde wensen te laten komen.

### 2.2 Een follow-on kartelschadeprocedure met een passing-on defence

Het arrest TenneT/ABB gaat aldus in de kern over een in het mededingingsrecht regelmatig voorkomend verschijnsel, waarbij een slachtoffer van een kartelafpraak de hogere aan hem berekende prijs voor een bepaald product op zijn beurt doorberekent aan zijn afnemers. Na doorberekening van de meerprijs voelt niet dit slachtoffer als directe afnemer het nadeel van de kartelafpraak, maar diens afnemers. De schade (de meerprijs) wordt als het ware van de directe afnemer naar opvolgende afnemers verplaatst. Toekenning van volledige schadevergoeding aan het directe kartelslachtoffer brengt dan overcompensatie mee, terwijl de karteldeelnemers door meerdere afnemers in de keten meermaals tot vergoeding van dezelfde schade kunnen worden aangesproken.

Dit verdient enige nuancering. Aan de ene kant zal doorberekening van de meerprijs meer dan eens een drukkend effect hebben op de omzet en daarmee op de winst van de (directe) afnemer.<sup>9</sup> Het volume van de markt afzet zal immers in geval van een prijsstijging mogelijk verminderen. Aan de andere kant valt het in de praktijk sterk te betwijfelen dat meerdere

6. TenneT staat voor: TenneT TSO B.V. en Saranne B.V. In werkelijkheid werd de overeenkomst door de rechtsvoorganger van TenneT gesloten: N.V. Samenwerkingsbedrijven (Sep).

7. ABB staat voor: ABB B.V. en ABB Ltd. In werkelijkheid werd de overeenkomst door de rechtsvoorganger van ABB gesloten: ABB Transport en Distributie B.V.

8. A-G Keus in zijn conclusie voor HR 8 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:70, r.o. 1.2 (TenneT/ABB).

9. Zie ook J.A. Möhlmann & M.R. Fidler, TenneT/ABB: een mijlpaal voor kartelschade én het algemene schadevergoedingsrecht, MvV 2016-10, p. 268.

afnemers in de keten daadwerkelijk gaan claimen.<sup>10</sup> Door het doorberekenen van de – mogelijk aanvankelijk aanzienlijke – meerprijs wordt het nadeel immers over een groot aantal afnemers verdeeld, waardoor het nadeel per afnemer slechts beperkt blijft. Een bekend gevolg van het ontstaan van dergelijke ‘strooischade’ is, dat de aansprakelijke partij op die manier aan zijn schadevergoedingsplicht ontkomt, doordat het – door het geringe nadeel per afnemer – voor de afnemers afzonderlijk proces- en economisch-technisch niet opportuun zal zijn om de aansprakelijke partij tot schadevergoeding aan te spreken.<sup>11</sup>

Hoe dan ook, voor zogenoemde *follow-on* kartelschadeprocedures zoals TenneT/ABB is een bijzondere regeling opgenomen in de Europese Richtlijn 2014/104/EU betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken volgens nationaal recht (hierna: de Richtlijn),<sup>12</sup> die onlangs onder meer in afdeling 6.3.3B van ons BW is geïmplementeerd.<sup>13</sup> Enerzijds wil dit (Europese) recht waarborgen dat benadeelden van inbreuken op het mededingingsrecht een recht op volledige schadevergoeding kunnen realiseren.<sup>14</sup> Anderzijds mag dit uitdrukkelijk niet tot overcompensatie van kartelslachtoffers leiden. Zowel in de Richtlijn als in afdeling 6.3.3B wordt met zoveel woorden bepaald dat de karteldeelneer ter beperking van zijn schadevergoedingsplicht kan aanvoeren dat de eisende partij de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend aan volgende schakels.<sup>15</sup>

Temporeel wordt de zaak TenneT/ABB noch door de Richtlijn noch door de nieuwe Nederlandse wetgeving bestreken. Het GGS-kartel speelde zich immers af vóór de totstandko-

ming hiervan. Niettemin stelt de Hoge Raad begrijpelijkerwijs voorop dat het wenselijk is om het op deze zaak toepasselijke Nederlandse recht zo uit te leggen dat het leidt tot overeenkomsten die verenigbaar zijn met de Richtlijn en het op dat moment aanhangige wetsvoorstel tot implementatie daarvan.<sup>16</sup> In lijn hiermee wordt aangenomen dat het zogenoemde doorberekeningsverweer onder omstandigheden toekenning verdient.<sup>17</sup>

### 2.3 Kwalificatie van het doorberekeningsverweer

In cassatie staat de vraag centraal of het doorberekeningsverweer van ABB moet worden beoordeeld als een onderdeel van de vraag in hoeverre TenneT schade heeft geleden of als een vraag van voordeelstoerekening. Stel dat TenneT inderdaad door de onrechtmatige gedraging van ABB nadeel heeft geleden, bestaande uit een meerprijs voor de GGS-installatie, maar dat zij dit nadeel vervolgens heeft doorberekend in de aan haar afnemers berekende elektriciteitstarieven. Dan kan vervolgens verondersteld worden dat die afnemers, zijnde distributiebedrijven, op hun beurt de meerprijs in hun tarieven doorberekenen aan de bedrijven en particulieren die elektriciteit afnemen. Daarop berekenen die bedrijven gewoonlijk de energiekosten als bedrijfskosten door in hun prijzen. Het gevolg is dus dat de *overcharge* goeddeels voor rekening komt van het grote publiek.<sup>18</sup> Lijdt TenneT in dat geval – ondanks de doorberekening – schade die zij op ABB kan verhalen? Of moet juist vanwege die doorberekening worden aangenomen dat de schade door haar is verlegd naar haar afnemers, waardoor zij zelf geen schade meer lijdt? Het zijn met name deze vragen die partijen in de procedure verdeeld houden.

ABB stelt dat TenneT geen schade (meer) lijdt, voor zover TenneT de meerprijs aan haar afnemers heeft doorberekend. TenneT daarentegen stelt dat zij wel schade heeft geleden en lijdt, ongeacht de eventuele doorberekening daarvan. Een latere doorberekening staat, naar het oordeel van TenneT, in feite los van het ontstaan van de oorspronkelijke schade. De doorberekende meerprijs kan daarom niet betrokken worden bij de vaststelling van de omvang van de schade (via artikel 6:95-97 BW) – zoals ABB stelt – maar komt pas als ‘voordeel’ aan de orde bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding met toepassing van artikel 6:100 BW. Het doorberekeningsverweer moet volgens TenneT daarom niet worden gekwalificeerd als een schadeverweer, maar als een beroep op voordeelstoerekening.<sup>19</sup>

10. Dit is ook de conclusie van de Rechtbank Gelderland die na terugverwijzing door de Hoge Raad als volgt overweegt: ‘Dit betekent dat, indien in deze zaak het doorberekeningsverweer zou worden gehonoreerd, het grotendeels uitsluitend de eindgebruikers zijn die voor het reeds afgeschreven gedeelte van de meerkosten zich kunnen verhalen op ABB. De rechtbank is van oordeel dat de kans dat dat zal gebeuren nagenoeg verwaarloosbaar is. Nog afgezien van de verjaring en andere juridische obstakels, die ABB in de onderhavige rechtszaak heeft opgeworpen en die daarmee ook voorzienbaar zijn in eventuele vervolgzaken, moet immers onder ogen worden gezien dat het bij die eindgebruikers gaat om strooischade, die, voor zover die eindgebruikers al kunnen achterhalen en aantonen hoeveel elektriciteit zij in de afgelopen twintig jaren hebben afgenomen en betaald, heel moeilijk te berekenen is en zelden of nooit zal opwegen tegen de te verwachten kosten van gerechtelijke procedures.’ (Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, r.o. 4.19.)

11. Zie ook W.H. van Boom & F. Weber, Collectief procederen, WPNR 2017/7145, par. 3.2.4.

12. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PbEU 2014, L 349/1-19.

13. 25 januari 2017, Stb. 2017, 28 (uitgifte: 9 februari 2017, Kamerstukken: 34490), inwerkingtreding 10 februari 2017. Zie ook C.J.J.C. Van Nispen, GS Onrechtmatige daad, afd. 3B Boek 6 BW, nr. 4.

14. A.L.M. Keirse, In lijn met Europees schadevergoedingsrecht wendt de Hoge Raad overcompensatie af, blog.Ucall.nl, 4 augustus 2016.

15. Overweging 39 en art. 13 van de Richtlijn, resp. art. 6:193p BW. Zie uitgebreider Keirse & Van Kogelenberg 2016, p. 100.

16. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.3.4 (TenneT/ABB).

17. Zie voor een bespreking van relevante literatuur over het doorberekeningsverweer de conclusie van A-G Keus voor HR 8 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:70, r.o. 2.14-2.24 (TenneT/ABB). Zie ook: Asser/Hartkamp 3-I (2015), nr. 87-89. De Rechtbank Gelderland die na terugverwijzing door de Hoge Raad over deze zaak beslist (Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724), oordeelt dat het doorberekeningsverweer in casu moet worden verworpen, waarover meer in par. 5.3.

18. Aldus ook Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724 (TenneT/ABB, na wijziging arrest HR).

19. Zie de conclusie van A-G Keus voor HR 8 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:70, r.o. 3.29 (TenneT/ABB).

Volgens TenneT maakt het verschil uit welke benadering gekozen wordt. Voor de toepassing van het leerstuk van voordeelstoerekening zouden immers meer vereisten gelden met als gevolg dat de omvang van de schadevergoeding voor TenneT hoger zou kunnen uitvallen. In dit verband kan allereerst naar voren worden gebracht dat het voordeel uit dezelfde gebeurtenis dient voort te vloeien als het nadeel, zoals uit de tekst van artikel 6:100 BW wordt afgeleid. Gesteld kan worden dat het voordeel van de doorberekening niet direct of automatisch voortvloeit uit de onrechtmatige deelname van ABB aan het kartel ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, maar het directe gevolg is van de keuze van TenneT om de meerprijs al dan niet door te berekenen en haar prijsbeleid.<sup>20</sup> Zo bekeken, kan worden bepleit dat het voordeel en het nadeel niet uit dezelfde gebeurtenis voortvloeien. Daarenboven kan worden betoogd dat een beroep op het doorberekeningsverweer, mede gelet op het verwijtbare karakter van een kartelinbreuk, de redelijkheidstoets niet doorstaat.<sup>21</sup> Dat was de zienswijze van de Rechtbank Oost-Nederland in de procedure in eerste aanleg tussen TenneT en ABB, waarover in de volgende paragraaf meer.

#### 2.4 Het oordeel van de feitenrechters en de Hoge Raad

De rechtbank beoordeelt het doorberekeningsverweer als een beroep op voordeelstoerekening en laat het – vooruitlopend op de schadestaatprocedure – stranden op de redelijkheidstoets die in artikel 6:100 BW besloten ligt.<sup>22</sup> Daartoe overweegt de rechtbank dat het voordeel van TenneT c.s. als gevolg van het doorberekenen, niet ten koste van ABB c.s. is behaald, maar ten koste van haar afnemers van de elektriciteit. Deze afnemers zullen de schade die ABB c.s. hun indirect heeft berokkend niet verhalen, terwijl TenneT c.s. de te verkrijgen schadevergoeding aan hen ten goede kan laten komen door vermindering van de toekomstige energieprijzen.

Het hof daarentegen ziet dit anders en beoordeelt het doorberekeningsverweer als schadeverweer.<sup>23</sup> De omvang van de schade dient te worden 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. Weliswaar dient de schade in beginsel te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden, maar dat betekent niet dat gebeurtenissen van later datum, zoals de doorberekening, bij deze ver-

mogensvergelijking in alle gevallen buiten beschouwing moeten blijven.<sup>24</sup> Volgens het hof wordt bij doorberekening van de meerprijs het nadeel in feite verlegd naar de afnemers van TenneT, zodat TenneT in zoverre geen schade meer lijdt. Zou zij toch vergoeding van deze schade mogen vorderen, dan leidt dit tot overcompensatie, hetgeen niet wenselijk is. Bovendien wordt aldus ook tegengegaan dat ABB meermaals tot vergoeding van dezelfde schade wordt aangesproken, althans veroordeeld.<sup>25</sup> Aan de vraag of en zo ja, in hoeverre in dit geval aan de voorwaarden voor voordeelstoerekening is voldaan, komt het hof niet toe. Het bekrachtigt het eindvonnis van de rechtbank, dat een verwijzing naar de schadestaatprocedure inhoudt, onder verbetering van gronden.

De Hoge Raad verbetert op zijn beurt het hof, maar laat de verwijzing naar de schadestaatprocedure eveneens in stand. Naar zijn oordeel laat het hof aan de rechter in de schadestaatprocedure te weinig ruimte om in de omstandigheden van het geval te bepalen welke van beide benaderingen de voorkeur verdient. De Hoge Raad oordeelt dat beide benaderingen niet wezenlijk van elkaar verschillen, omdat de doorberekende meerprijs in beide benaderingen betrokken moet worden voor zover dat redelijk is:

‘Een doorberekeningsverweer komt in het algemeen neer op de stelling dat de omvang van het recht van een benadeelde op schadevergoeding als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht is verminderd naar gelang de benadeelde de schade aan derden heeft doorberekend.

Die stelling kan in beginsel worden betrokken zowel op het schadebegrip waarin 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 (art. 6:95-6:97 BW), als op de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW). Voor de beoordeling van een doorberekeningsverweer zijn dus twee benaderingen denkbaar. Zoals voortvloeit uit hetgeen hierna wordt overwogen, gaat het om twee benaderingwijzen die niet wezenlijk van elkaar verschillen.

Het maken van een keuze tussen de beide benaderingen is in zoverre niet van belang, dat door de benadeelde in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis behaalde voordelen in beide benaderingen in de toe te kennen schadevergoeding moeten worden betrokken voor zover dat redelijk is. (...)’<sup>26</sup>

Het doorberekeningsverweer kan derhalve zowel via de directe schadebenadering, als via de voordeelstoerekening worden ingebed. In beide benaderingen worden de door de benadeelde

20. Voor dit standpunt verwijst A-G Keus in zijn conclusie voor HR 8 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:70, r.o. 2.23 (TenneT/ABB) naar: E. Oude Elferink & B. Braat, De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels, NtER 2014/7, p. 216-231, i.h.b. p. 229.

21. Voor het standpunt dat het doorberekeningsverweer de redelijkheidstoets niet kan doorstaan verwijst A-G Keus in zijn conclusie voor HR 8 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:70, r.o. 2.22 (TenneT/ABB) naar: B.T.M. van der Wiel, Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht, NJB 2009, p. 724-731, i.h.b. p. 728 en in r.o. 2.24 naar: S.J. The, Passing-on, Mededingingsrecht in de Praktijk 2015/3, p. 125. Zie ook r.o. 2.27.

22. Rb. 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, JOR 2013/129.

23. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, JOR 2014/265.

24. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.31, JOR 2014/265. Het hof verwijst hierbij naar HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830.

25. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.33, JOR 2014/265.

26. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.1 en 4.4.2 (TenneT/ABB).

in verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis behaalde voordelen in de toe te kennen schadevergoeding betrokken voor zover dat redelijk is, in het ene geval in de fase van het vaststellen van de *schade*, in het andere geval in de fase van het vaststellen van de *schadevergoeding*. Naar het oordeel van de Hoge Raad is de rechter met inachtneming van het partijdebat vrij te bepalen welke van deze twee benaderingen hij volgt.

De Hoge Raad logenstrafte aldus de veronderstelling zoals in de vorige paragraaf verwoord, dat het voor de omvang van de schadevergoeding kan uitmaken welke benadering wordt gevolgd.<sup>27</sup> Een prijsopslag die aan anderen wordt doorberekend, is ofwel te benaderen als schade die is verlegd en waarvan in het vermogen van de benadeelde geen nadeel (meer) wordt ondervonden, ofwel als voordeel die bij de verplichting tot betaling van schadevergoeding moet worden verrekend met de eigenlijke prijsopslag (het nadeel). Welke benadering ook gekozen wordt, uiteindelijk gaat het erom dat 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. Het effect daarvan is dat de vergoeding voor feitelijk verlies in elk stadium van de toeleveringsketen niet meer bedraagt dan de schade die de prijsopslag in dat stadium heeft berokkend. Het komt daarmee aan op de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf, waarbij de Hoge Raad als vingerwijzing geeft dat controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter, hoe in een concreet geval aan deze maatstaf toepassing is gegeven.

De Hoge Raad stelt het leerstuk van de voordeelstoerekening aldus op dezelfde lijn als die van de directe schadebenadering. Het gaat om de lijn van het causaliteitsdenken zoals dat in het schadevergoedingsrecht centraal staat. Daarbij formuleert de Hoge Raad een nieuwe maatstaf voor de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening, waarin dit causaliteitsdenken tot uitdrukking komt. Deze maatstaf wordt in de volgende paragraaf besproken.

### 3. De nieuwe maatstaf

De Hoge Raad draagt in TenneT/ABB een nadrukkelijk bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening aan en legt bloot welke vereisten (nog) gelden voor een succesvol beroep daarop. In de wet valt te lezen dat voor zover *eenzelfde gebeurtenis* naast nadeel tevens voordeel oplevert, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening behoort te worden gebracht, voor zover dit *redelijk* is. Voorafgaand aan het oordeel van de Hoge Raad in TenneT/ABB werd het beoordelingskader van artikel 6:100 BW in rechtspraak en literatuur bepaald door de hiervoor gecursiveerde woorden, die ook wel worden aangeduid als de ‘eenzelfde-gebeurtenistoets’ en de ‘redelijkheidstoets’. De eenzelfde-gebeurtenistoets eist dat een oorzakelijk verband aanwezig is tussen de

schadeveroorzakende gebeurtenis en het voordeel, de tweede toets ziet op de redelijkheid van verrekening.

In het in 2011 gewezen arrest Van der Heijden/Dexia merkt de Hoge Raad op dat door opneming van de maatstaf van ‘eenzelfde gebeurtenis’ in de wet de eis wordt gesteld dat zowel het genoten voordeel als de geleden schade een zodanig verband hebben met de feiten waarop de aansprakelijkheid berust, dat het gerechtvaardigd is dat het genoten voordeel bij het begroten van de schade wordt verdisconteerd.<sup>28</sup> Daarbij vervolgt de Hoge Raad dat in zijn rechtspraak besloten ligt dat aan dit vereiste strikt de hand moet worden gehouden. Deze strenge hantering van het criterium dat voordelen en nadelen uit dezelfde gebeurtenis moeten voortkomen, die inderdaad in eerdere jurisprudentie terug te vinden is,<sup>29</sup> heeft de nodige kritiek ontlokt.<sup>30</sup> Bepleit is om als causaliteitscriterium de eis van een *condicio sine qua non* te hanteren en om op het aldus verkregen resultaat een redelijkheidstoets uit te voeren.<sup>31</sup> In TenneT/ABB verlaat de Hoge Raad de strikte interpretatie van de eis van eenzelfde gebeurtenis en oordeelt hij dat niet meer nodig is dan een *condicio sine qua non* en een toerekeningsverband in de zin van artikel 6:98 BW. Wij laten de Hoge Raad zelf aan het woord:

‘Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade (vgl. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40). Daarvoor is allereerst vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non* bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Voorts dient het met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade.

Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan “eenzelfde gebeurtenis” bij voordeelstoerekening met toepassing van art. 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.<sup>32</sup>

27. Zie ook Keirse & Van Kogelenberg 2016, p. 102.

28. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, r.o. 4.3.4, NJ 2013/40, m.nt. J.B.M. Vranken (Van der Heijden/Dexia).

29. Zie bijv. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4777, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert); HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43, m.nt. Hijma (Vos/TSN). In HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 (Van der Heijden/Dexia) is een zekere kentering te zien t.a.v. de strikte toepassing van de eenzelfde-gebeurtenistoets. Zie hierover: Van Dijk 2015, p. 39; Keirse & Van Kogelenberg 2016, p. 106.

30. Zie o.a. F.B. Bakels, Ontbinding van overeenkomsten (Monografieën BW, B58), Deventer: Kluwer 2011, nr. 88; Van Dijk 2015, p. 29 e.v.; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Schadebegroting, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 81.

31. S.D. Lindenberg & I. van der Zalm, Schadevergoeding: personenschade (Monografieën BW, B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 110; Van Dijk 2015, p. 72.

32. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.3 (TenneT/ABB).

Volgens de Hoge Raad zijn dus twee stappen nodig om te beoordelen of een beroep op voordeelstoerekening slaagt. Voor verrekening van voordelen en vermindering van de omvang van de schadevergoedingsplicht is in de eerste plaats vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een *condicio sine qua non* wordt vastgesteld, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Daarna volgt de tweede stap. Niet alle voordelen die in *sine qua non*-verband met de normschending staan, zijn toerekenbaar.<sup>33</sup> In de woorden van de Hoge Raad dient het naar de maatstaf van artikel 6:98 BW ook redelijk te zijn dat de desbetreffende voordelen in mindering worden gebracht op de te vergoeden schade. Dit brengt mee dat voordeelstoerekening slechts redelijk is, als het voordeel in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat dit voordeel mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de benadeelde kan worden toegerekend. Toerekening naar redelijkheid van voordelen is aldus de pendant van de toerekening naar redelijkheid van nadelen. Andersom geldt immers dat alleen die nadelen voor vergoeding in aanmerking komen, die in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van dezelfde gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend. Met de nadrukkelijke verwijzing naar artikel 6:98 BW geeft de Hoge Raad naar onze mening als aanwijzing dat de gezichtspunten die van belang zijn voor de vraag of bepaalde schadeposten wel of niet kunnen worden toegerekend aan de schadeveroorzaker (aard van de aansprakelijkheid, aard van de schade, voorzienbaarheid, mate van verwijtbaarheid, etc.) ook van belang kunnen zijn voor de vraag welke voordelen wel of niet moeten worden meegewogen in het kader van artikel 6:100 BW. Wij komen hierop in paragraaf 5 terug.

De Hoge Raad benadrukt dat de beoordeling rond is als beide stappen zijn gezet, en dat eventuele strengere eisen, voor zover die in zijn eerdere jurisprudentie zijn gesteld, komen te vervallen. In de overwegingen van de Hoge Raad valt immers expliciet te lezen dat waar in zijn eerdere uitspraken over voordeelstoerekening meer of andere eisen zijn gesteld aan eenzelfde gebeurtenis, de Hoge Raad daarvan terugkomt.<sup>34</sup>

Terwijl voorheen de eenzelfde-gebeurtenis-toets en de redelijkheidstoets als twee los van elkaar staande toetsen werden beschouwd, is de nieuwe maatstaf een tweeledige causaliteits-toets: een *condicio sine qua non* gevolgd door toerekening naar redelijkheid. Als die twee stappen met positief gevolg zijn gezet, staat vast dat het voordeel uit eenzelfde gebeurtenis voortvloeit en dat toerekening redelijk is, zoals verwoord in artikel 6:100 BW.

33. Keirse & Van Kogelenberg 2016, p. 103.

34. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.3 (TenneT/ABB).

#### 4. De strikte toepassing van eenzelfde-gebeurtenis-toets verlaten

Een strikte interpretatie van het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ laat de rechter veel ruimte om een beroep op voordeelstoerekening af te wijzen. Uit de rechtspraak over de eenzelfde-gebeurtenis-toets komt het beeld naar voren van zogenoemd verhullend motiveren.<sup>35</sup> Hiermee wordt bedoeld dat er een machtswoord wordt uitgesproken en dat er normatieve elementen in het hanteren van de eis van eenzelfde gebeurtenis sluipen, zonder dat deze worden geëxpliciteerd. Er wordt kortweg geoordeeld dat een bepaald voordeel nu eenmaal niet voortvloeit uit dezelfde gebeurtenis als waaruit de schade is voortgevloeid, waarbij niet gespecificeerd wordt welk criterium daarvoor wordt gehanteerd.

Zo bijvoorbeeld doorstaan eventuele voordelen uit nieuwe opdrachten die zijn verkregen nadat een opdracht ten onrechte is ontbonden, niet de eenzelfde-gebeurtenis-toets, omdat zij niet voortvloeien uit de onterechte ontbinding, maar uit de daarna gesloten overeenkomsten met derden die het gevolg zijn van eigen inspanningen.<sup>36</sup> Twee verschillende gebeurtenissen worden ook aangewezen in de situatie dat een verkoper van een verhuurd appartementencomplex geconfronteerd wordt met een koper die te laat afneemt, aanspraak maakt op betaling van wettelijke rente over de periode dat de koper in verzuim is en intussen huurinkomsten blijft incasseren. De oorzaak van de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd is de vertraging in de betaling van de koopprijs, terwijl het voordeel van voortgezette ontvangst van huurpenningen voortvloeit uit de niet-nakoming door de koper van zijn afnameverplichting.<sup>37</sup>

Problematisch is niet de uitkomst van zaken zoals deze – in het laatste geval verzet ook de strekking van artikel 6:119 BW waarin schadevergoeding wegens een vertraging in de voldoening van een geldsom wordt gefixeerd op de wettelijke rente, zich tegen voordeelstoerekening –,<sup>38</sup> maar de wijze waarop wordt geredeneerd om dit resultaat te bereiken. In de literatuur is naar voren gebracht dat het beter zou zijn het causaal verband tussen normschending en voordelen feitelijk op te vatten en normatieve correcties onder te brengen in de redelijkheidstoets.<sup>39</sup>

In personenschadezaken speelt de eenzelfde-gebeurtenis-toets een minder grote rol dan bij zaken waar het om zaakschade of zuivere vermogensschade draait.<sup>40</sup> Bij een strikte hantering van deze toets zou bijvoorbeeld betoogd kunnen worden dat een uitkering uit een door het slachtoffer afgesloten verzekering reeds daarom niet voor verrekening in aanmerking komt,

35. Van Dijk 2015, p. 30.

36. HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 (Vos/TSN).

37. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4777, r.o. 3.5, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert).

38. Zie uitgebreider Keirse & Van Kogelenberg 2016, p. 105 e.v.

39. Van Dijk 2015, p. 29 e.v.; Tjong Tjin Tai 2017, p. 81.

40. Van Dijk 2015, p. 45; P. Oskam & D.C.A. van Dungen, Voordeelstoerekening: de verhuller onthuld, PIV-Bulletin december 2016, p. 13.

omdat deze voortvloeit uit die verzekering en het afsluiten daarvan, terwijl dit niet dezelfde gebeurtenis is als de onrechtmatige gebeurtenis die het letsel veroorzaakt.<sup>41</sup> Deze redenering is evenwel in de rechtspraak niet terug te vinden. Meer dan eens wordt impliciet een causale link aangenomen tussen de normschending en het voordeel en wordt vervolgens ingezoomd op de vraag of verrekening onder de gegeven omstandigheden redelijk is.<sup>42</sup> Dit is niet onbegrijpelijk nu in veel gevallen eenvoudig kan worden vastgesteld dat een slachtoffer van letselschade zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis ook niet het voordeel uit de verzekeringsuitkering, kostenbesparing of sociale uitkering zou hebben genoten.

Hoe dan ook, met de tweeledige causaliteitstoets als maatstaf voor voordeelstoerekening maakt de Hoge Raad een einde aan de geschetste praktijk van verhullend motiveren. Immers, volgens deze maatstaf moet in de eerste plaats feitelijk worden vastgesteld of het desbetreffende voordeel zonder de normschending niet zou zijn opgetreden, of er met andere woorden sprake is van een *condicio sine qua non*. Deze toets is objectief, descriptief en dichotoom, het gaat om de vaststelling van de feitelijke causaliteit aan de hand van de niet-normatieve omstandigheden van het geval. Vervolgens wordt in de tweede plaats aan de hand van de objectief-normatieve maatstaf van artikel 6:98 BW beoordeeld of het ook redelijk is om de voordelen die in feitelijk causaal verband met de normschending staan, te verrekenen. Hierdoor vallen normatieve elementen automatisch onder de tweede stap, die door toepassing van de maatstaf van artikel 6:98 BW geëxpliciteerd worden, waarover in de volgende paragraaf meer.

## 5. Van redelijkheidstoets naar toerekening naar redelijkheid

### 5.1 Gezichtspunten

Voordelen komen slechts voor verrekening in aanmerking voor zover dat redelijk is. Een dergelijke toetsing is naar zijn aard normatief van karakter en leidt daardoor tot een voornamelijk op het concrete geval toegespitst oordeel, waarbij slechts sporadisch algemene gezichtspunten worden geformuleerd. Nadere factoren aan de hand waarvan de rechter moet beoordelen in hoeverre verrekening van een voordeel in een concreet geval redelijk is, worden in het wetsartikel niet gegeven.

Dat geen nadere factoren in het artikel worden genoemd, is opmerkelijk. Dergelijke factoren komen namelijk wel voor in andere artikelen die de omvang van de aan de benadeelde te vergoeden schade mede bepalen. Zo bepaalt artikel 6:98 BW dat (onder meer) rekening moet worden gehouden met de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade en ken-

nen artikel 6:101 BW (voor de billijkheidscorrectie in het kader van eigen schuld) en artikel 6:109 BW (matigingsbevoegdheid van de rechter) eveneens factoren aan de hand waarvan een beroep daarop kan worden getoetst.

De keuze om in artikel 6:100 BW geen nadere factoren te benoemen, vindt verklaring in het feit dat ten tijde van het opstellen van dit wetsartikel nog geen duidelijkheid bestond over hoe in concrete gevallen de voordeelstoerekening moest plaatsvinden. In de parlementaire geschiedenis staat met zoveel woorden dat de wetenschap daarover nog niet tot klaarheid was gekomen en dat daarom de redactie van de bepaling aan de rechtspraak de nodige vrijheid laat.<sup>43</sup>

De ruime beoordelingsvrijheid<sup>44</sup> brengt mee dat de invulling van de redelijkheidstoets in de jurisprudentie casuïstisch van aard is.<sup>45</sup> In het arrest Van Straaten/Brandts overwoog de Hoge Raad dat de rechter vrij is bepaalde voordelen niet in rekening te brengen indien hem dat niet redelijk voorkomt.<sup>46</sup> Hieruit spreekt dat slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld aan het oordeel van de feitenrechter en dat dit mede op intuïtieve inzichten mag berusten. Deze grote mate van beoordelingsvrijheid maakt dat dit oordeel in cassatie slechts beperkt toetsbaar is.

Voordeelstoerekening wordt in het algemeen niet redelijk geacht als het voordeel de aansprakelijke persoon 'niet aangaat' of 'niet raakt'.<sup>47</sup> In welke gevallen een voordeel de aansprakelijke persoon 'niet aangaat' of 'niet raakt', kan niet in zijn algemeenheid worden gezegd. Dit moet op basis van de concrete omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Het gaat er dan bijvoorbeeld om dat de benadeelde zelf vrijwillig een bepaalde prestatie heeft verricht, waardoor hem bij schade een zeker voordeel toevalt. Naarmate het element van eigen inspanning sterker aanwezig is, zal verrekening in de regel minder snel redelijk zijn.<sup>48</sup>

Een voorbeeld van een voordeel dat de aansprakelijke persoon niet aangaat, is de uitkering uit een sommenverzekering. Voor-

43. Parl. Gesch. Boek 6, T.M., p. 348. Zie ook HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT/ABB); Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief), 2015, nr. 225; Van Dijk 2015, p. 42.

44. Zie HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, NJ 2002/122 (Van Straaten/Brandts); HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, r.o. 3.5.2, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

45. Zie Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief), 2015, nr. 225; Bolt, GS Schadevergoeding, art. 6:107 BW, aant. 3.1-3.11; Van Dijk 2015, p. 42-56. Er zijn, zoals hieronder ook aan de orde komt, wel gezichtspunten uit de rechtspraak te destilleren. Zie ook A.J. Rijsterborgh, Eenzelfde gebeurtenis in art. 6:100 BW, AV&S 2012-2, p. 63; Lindenbergh, GS Schadevergoeding, art. 6:100 BW, aant. 4.3; Van Dijk 2015, p. 43-45.

46. HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, r.o. 4.5, NJ 2002/122 (Van Straaten/Brandts). Zie ook HR 17 december 1976, NJ 1977/351 (ARB); HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, r.o. 3.5.2, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

47. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nr. 102.

48. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 350; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1291. Zie ook Van Dijk 2015, p. 43.

41. Zie ook Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 110.

42. Zie bijv. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens) en Rb. 's-Gravenhage 24 maart 2015, JA 2015/100, m.nt. E.J. Wervelman (waarin het beroep op voordeelstoerekening werd gehonoreerd).

deelstoerekening wordt in een dergelijk geval in het algemeen niet redelijk geacht, omdat het bestaan van een sommenverzekering een aangelegenheid is die geacht wordt een zuiver individuele en persoonlijke beslissing van de benadeelde te zijn, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen.<sup>49</sup> In het hieronder nader aan de orde komende arrest Verhaeg/Jenniskens heeft de Hoge Raad dit gezichtspunt enigszins genuanceerd.<sup>50</sup>

Voordeelstoerekening wordt daarentegen in het algemeen redelijk geacht als een derde, die voor de schade van de benadeelde is opgekomen en aldus het voordeel voor de benadeelde heeft gegenereerd, regres kan nemen op de aansprakelijke partij, zoals doorgaans bij de schadeverzekering het geval is op grond van artikel 7:962 BW.<sup>51</sup> Wettelijk geregelde sociale voorzieningen geven vaak al een eigen verplichte voordeelstoerekening.<sup>52</sup> Verder wordt ook het postenstelsel als algemeen gezichtspunt aanvaard.<sup>53</sup> Dit stelsel komt erop neer dat een voordeel dat voor toerekening in aanmerking komt, niet zonder meer met de totale schade mag worden verrekend, maar dat voor iedere post afzonderlijk de vraag rijst of toerekening mag plaatsvinden.<sup>54</sup> Als zowel schade als voordeel van dezelfde aard zijn, ligt verrekening eerder voor de hand. Zo overwoog de Hoge Raad in het *Wrongful birth*-arrest dat ervan moet worden uitgegaan dat immateriële voordelen slechts in rekening behoren te worden gebracht bij de vaststelling van eventuele immateriële schade.<sup>55</sup> Dit hangt samen met het gezichtspunt dat naarmate het voordeel meer in verband staat met de schade, verrekening eerder redelijk zal zijn. Voor wat betreft de uitkering overwoog de Hoge Raad in Verhaeg/Jenniskens dat van verrekening in het algemeen alleen dan sprake zal kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op verrekening beroept aansprakelijk is.<sup>56</sup>

Niet alleen de aard van het voordeel, maar ook de aard van de aansprakelijkheid is een factor van belang. Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Voorts kan de rechter betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid, in die zin dat voor verrekening eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schadetoebrengende feit kan worden gemaakt, aldus de Hoge Raad, wederom in Verhaeg/Jenniskens.<sup>57</sup> Volgens dit arrest kan ook het feit dat de in het geding zijnde aansprakelijkheid door een verzekering is gedekt, in het redelijkheidsoordeel worden verdisconteerd.

Tot slot komen voor verrekening alleen in aanmerking voordelen die daadwerkelijk zijn genoten of naar redelijke verwachtingen werkelijk genoten zullen worden.<sup>58</sup> Dit is niet meer dan logisch. Uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht is immers dat aan de benadeelde het feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit, wordt vergoed. Evenals schade die niet geleden wordt en evenmin zal worden geleden, niet voor vergoeding in aanmerking komt, geldt dat voordelen die niet werkelijk worden genoten, buiten de verrekening blijven. Daar waar een benadeelde voordelen zou hebben kunnen verkrijgen, maar niet heeft verkregen, kan er onder omstandigheden eventueel wel aanleiding zijn om de schadevergoeding te verminderen op de voet van artikel 6:101 BW wegens een schending van de schadebeperkingsplicht.<sup>59</sup>

Het beperkte aantal algemene gezichtspunten geeft weinig sturing om in een concrete situatie te beoordelen of een beroep op voordeelstoerekening redelijk is, temeer daar het bij voordeelstoerekening om zeer uiteenlopende gevallen kan gaan. Alleen voor de vraag of in een concrete situatie redelijk is dat een uitkering uit een schade- of sommenverzekering met de schade wordt verrekend, heeft de Hoge Raad in Verhaeg/Jenniskens een meer algemeen geldend, doch niet zo eenvoudig, besliskader en gezichtspunten geformuleerd.<sup>60</sup> Het arrest ging – kort gezegd – over de vraag of een uitkering uit een collectieve ongevalverzekering (in de regel gekwalificeerd als sommenverzekering) verrekend diende te worden met een uitkering uit een aansprakelijkheidsverzekering. Blijkens het besliskader is de Hoge Raad van oordeel dat een uitkering uit een

49. HR 28 november 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4973, NJ 1970/172 (IBC/Derckx).

50. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

51. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81, r.o. 3.5.2 (Verhaeg/Jenniskens).

52. Voorbeelden zijn: art. 10.2.1 van de Wet langdurige zorg (Wlz); art. 2.4.3 van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning 2015 (WMO 2015); art. 2 van de Verhaalswet ongevallen ambtenaren (VOA). Zie hierover: Lindenbergh & Van der Zalm 2015, p. 113; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartliet), 2015, nr. 225.

53. Vergelijkbaar met de spiegelbeeldgedachte. Zie A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 223; A.T. Bolt, Voordeelstoerekening, bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie, Deventer: Kluwer 1989, p. 183 e.v.; Van Dijk 2015, p. 44.

54. Zie HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, r.o. 3.5.2 sub a, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

55. HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, r.o. 3.10, NJ 1999/145 (*Wrongful birth*).

56. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

57. HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, r.o. 3.5.2, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

58. HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, r.o. 4.5, NJ 2002/122 (Van Straaten/Brandts).

59. Zie over de schadebeperkingsplicht: A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

60. Van Dijk spreekt van een wat moeilijk leesbaar arrest in: Van Dijk 2015, p. 52. Hartliet heeft in zijn noot bij het arrest HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens) getracht tot een eenvoudiger besliskader te komen. Daarnaast heeft Silvius een preciezer beslisschema voorgesteld om het hoofd te bieden aan de te grote vrijheid die de gezichtspunten naar haar overtuiging hebben (J.W. Silvius, Voordeelstoerekening volgens het arrest Verhaeg/Jenniskens; duidelijkheid of debat?, in: S.D. Lindenbergh & H.N. Schelhaas (red.), Precies privaatrecht, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 64).



sommenverzekering in beginsel niet voor verrekening in aanmerking komt, mede gezien de vaak aanwezige aansprakelijkheidsverzekering in welk geval verrekening in het algemeen niet redelijk wordt geacht.<sup>61</sup> Maar dit kan onder omstandigheden anders zijn. Het besliskader in Verhaeg/Jenniskens heeft navolging gekregen in de daaropvolgende lagere rechtspraak,<sup>62</sup> die met name gaat over de arbeidsongeschiktheidsverzekering.<sup>63</sup> Het beeld dat daaruit naar voren komt, is dat de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten en vuistregels niet op uniforme wijze worden toegepast, waardoor soortgelijke gevallen niet steeds tot gelijke uitkomsten leiden.<sup>64</sup>

De tot op heden in de jurisprudentie ontwikkelde gezichtspunten noch het besliskader van Verhaeg/Jenniskens bieden voldoende houvast om in zijn algemeenheid te bepalen hoe en of in een concrete situatie moet worden be- en geoordeeld of verrekening van een voordeel redelijk is. Hiervoor is toetsing aan alleen de redelijkheid te nauw verweven met de concrete feiten en omstandigheden van het geval.<sup>65</sup> De nieuwe maatstaf brengt hier verandering in. Deze maatstaf – die bestaat uit een tweeledige causaliteitstoets: een *conditio sine qua non* gevolgd door toerekening naar redelijkheid – eist namelijk voor de tweede stap dat de maatstaf van artikel 6:98 BW wordt betrokken. Dit brengt mee dat de rechter zijn oordeel, of verrekening in een aan hem voorgelegde situatie redelijk is, binnen het kader van de causaliteitsvraag aan de hand van objectieve factoren dient te motiveren. Houvast zal derhalve gevonden worden in de reeds in artikel 6:98 BW genoemde factoren alsook de nog te ontwikkelen en al ontwikkelde factoren in het kader van voordeelstoerekening. Wij zullen dit toelichten door een bespreking in de volgende paragraaf van de redactie en toepassing van de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf bij de vaststelling van de omvang van de aan de bena-

deelde te vergoeden schade, waarna in paragraaf 5.3 deze maatstaf bij toepassing van artikel 6:100 BW wordt gezien.

### 5.2 De in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf

Het oorzakelijk verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade wordt eerst met toepassing van de *conditio sine qua non*-test vastgesteld, gevolgd door een toerekening naar redelijkheid. De leer van de redelijke toerekening zoals vervat in artikel 6:98 BW, houdt in dat alleen die schade aan de gebeurtenis wordt toegerekend die redelijkerwijs het gevolg daarvan is. Aan de hand van deze maatstaf wordt ter beantwoording van de voorliggende causaliteitsvraag niet één criterium gehanteerd, maar vindt een weging van relevante gezichtspunten in hun onderling verband plaats. Het gaat hier om een multifactoriële benadering. Meerdere factoren of omstandigheden spelen een rol,<sup>66</sup> waaronder de mate van voorzienbaarheid,<sup>67</sup> de aard van de aansprakelijkheid, het beschermings- en risicogehalte daarvan, de mate van verwijtbaarheid,<sup>68</sup> de aard van de schade en de verwijderdheid<sup>69</sup> van de schade tot de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

Opmerking verdient dat in artikel 6:98 BW het woord ‘redelijk’ ontbreekt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat bij het redigeren van artikel 6:98 BW, een verwijzing naar de redelijkheid bewust achterwege is gelaten, om te voorkomen dat daardoor aan geen andere maatstaf dan de redelijkheid zal worden getoetst. Een dergelijke verwijzing zou ten onrechte kunnen suggereren dat het hier om een discretionaire bevoegdheid van de rechter zou gaan.<sup>70</sup> De rechter kan er aldus niet mee volstaan zijn oordeel te motiveren met het argument dat hij toerekening van een bepaalde schadepost in het gegeven geval om welke reden dan ook niet redelijk acht. De rechter moet daarentegen bij zijn onderzoek op grond van artikel 6:98 BW alle omstandigheden van het geval betrekken, daaruit de relevante factoren filteren, deze vervolgens zorgvuldig afwegen en tot slot gemotiveerd aangeven welke factoren bij zijn oordeel een rol hebben gespeeld.<sup>71</sup> Het draait hierbij om argumentatie, veeleer dan om intuïtieve inzichten over (on)redelijkheid. Een dergelijke benadering biedt de mogelijkheid om tot de ontwikkeling van deelregels te komen,<sup>72</sup> die de rechter bij de beoordeling van het causaal verband houvast geven.<sup>73</sup> De uit artikel 6:98 BW voortvloeiende motiveringsplicht aan de hand van (objectieve) factoren en deelregels geeft

61. Vgl. A.T. Bolt, Uitkeringen uit verzekering, wat doen we ermee?, AV&S 2011/8, p. 81; T. Hartlief in zijn noot onder HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, NJ 2013/81 (Verhaeg/Jenniskens).

62. Rb. Rotterdam 15 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9636; Rb. Oost-Brabant 19 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1904, JA 2015/87, m.nt. T.R.A. Kerstholt & P. Oskam; VR 2015/121; Rb. Den Haag 24 maart 2015, JA 2015/100, m.nt. E.J. Werverman; Hof Den Haag 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU7534, VR 2012/107; Rb. Den Haag 27 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2018, JA 2012/182; Rb. Den Haag 6 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2021, JA 2012/183; Rb. Den Bosch (sector kanton) 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1145, NJF 2013/51; Hof Den Bosch 11 februari 2014, HD 200.125.641/01; Hof Den Bosch 2 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2726; Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193; Rb. Rotterdam 6 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:167; Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:421; Rb. Den Haag 12 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:4512.

63. Jurisprudentie besproken door: E.W. Bosch, Voordeelsverrekening na het Verhaeg/Jenniskens-arrest, TVP 2014/2, par. 12; E.J. Wervelman, Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2007-2013, AV&S 2013/16, par. 2.1; E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (Recht en Praktijk nr. VR5), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par.1.3.2.1.2; Bolt, GS Schadevergoeding, art. 6:107 BW, aant. 3.5.5.

64. Zie o.a. Silvius 2016, p. 65; Bosch 2014.

65. Van Dijk 2015, p. 56.

66. Zie voor meer factoren en jurisprudentie: Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 4.3.

67. Vgl. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429.

68. Vgl. HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (Renteneurose).

69. Vgl. HR 20 maart 1970, NJ 1970/251 (Waterwingebied).

70. Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

71. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nr. 61; W. Dijkshoorn, De leer van de redelijke toerekening: back tot the eighties, AV&S 2011/30, p. 255; Rijsterborgh 2012, p. 64-64.

72. De zogenaamde deelregels van Brunner voor de toerekening naar redelijkheid. Zie C.J.B. Brunner, VR 1981, p. 210 e.v.; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief), 2015, nr. 218; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nrs. 64-67.

73. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 4.1 en 4.3; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief), 2015, nr. 217.

de rechter niet alleen houvast voor de wijze waarop hij in een concreet geval moet beoordelen of toerekening van bepaalde schade in een gegeven geval redelijk is, maar maakt zijn oordeel bovendien in hogere instanties controleerbaar.<sup>74</sup>

Door deze concretisering van de maatstaf voor voordeelstoerekening kan in cassatie voor structuurfouten worden gewaakt. Cassatie is mogelijk en geboden wanneer de feitenrechter niet de juiste maatstaf heeft aangelegd of wanneer deze daarbij niet de juiste factoren relevant heeft geacht. De vraag of de feitenrechter de juiste maatstaf heeft toegepast, is immers een rechtsvraag die in cassatie kan worden getoetst. Daar staat wat betreft de eerste trede van de tweeledige maatstaf tegenover dat beslissingen omtrent de aan- of afwezigheid van voldoende causaal verband in cassatie slechts beperkt toetsbaar zijn.<sup>75</sup> Behoudens miskenning van het begrip, is een beslissing met betrekking tot de al dan niet aanwezigheid van *sine qua non*-verband feitelijk en daarom in principe onaantastbaar in cassatie, behalve door middel van motiveringsklachten. Ten aanzien van beslissingen omtrent de vraag of nadelen dan wel voordelen in zodanig verband staan met de normschending, dat toerekening op zijn plaats is, is het lastiger om de mogelijkheden van cassatiecontrole in algemene zin te bepalen.<sup>76</sup> Omdat het hier een normatief juridisch verband betreft, gaat het in beginsel om een rechtsvraag. Ook blijkens de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:98 BW zijn de vragen of er een voldoende causaal verband bestaat en welke schadesoorten in welke mate voor vergoeding in aanmerking komen, rechtsvragen die in cassatie kunnen worden getoetst.<sup>77</sup> De beslissingen hieromtrent zijn echter nauw verweven met waarderingen van feitelijke aard. Omdat de beoordeling van de omstandigheden die aan de beslissing van de feitenrechter ten grondslag ligt, zoals bijvoorbeeld beantwoording van de vraag of de schade dan wel het voordeel voor de betrokkene voorzienbaar was, feitelijk van aard is, kan van een volledige toetsing in cassatie veelal geen sprake zijn. Maar deze zal zonder meer voller kunnen zijn dan de toetsing van de oude redelijkheidstoets zoals die voorheen toepassing kreeg met alle beoordelingsruimte van dien. In de parlementaire geschiedenis valt daarover te lezen dat het redelijkheids criterium van artikel 6:100 BW tot een beslissing leidt die meer feitelijk van aard is, waardoor deze slechts in beperkte mate in cassatie toetsbaar is.<sup>78</sup> De vraag of de feitenrechter de juiste maatstaven ter beoordeling van het causale verband heeft aangelegd, is in ieder geval een rechtsvraag die in cassatie steeds volledig kan worden getoetst.<sup>79</sup> Ook het oordeel dat en in hoeverre een bepaalde factor of een

bepaald criterium een rol mag spelen bij de vraag of een bepaald nadeel of voordeel in redelijkheid toegerekend kan worden aan de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, is vatbaar voor cassatie.<sup>80</sup> Tot slot zij opgemerkt dat voor in de rechtspraak te ontwikkelen algemene causaliteitsregels voor bepaalde typen van gevallen geldt, dat in cassatie toetsbaar is of de feitenrechter de regel op juiste wijze heeft gehanteerd en of deze de juiste regel op het juiste geval heeft toegepast.<sup>81</sup>

### 5.3 Toepassing van de maatstaf van artikel 6:98 BW in het kader van artikel 6:100 BW

De nieuwe maatstaf brengt mee dat de rechter zijn oordeel over wel of niet toerekenen van voordelen met meer dan een enkele verwijzing naar de redelijkheid dient te onderbouwen. De gedachte dat het voordeel de aansprakelijke persoon gelet op de specifieke omstandigheden van het geval niet aangaat of niet raakt, volstaat daarvoor niet. Wat betekent dit nu voor de reeds op het gebied van personenschade met betrekking tot de redelijkheid ontwikkelde gezichtspunten? Naar onze mening schuift toepassing van de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf de gezichtspunten die in het kader van de redelijkheidstoets zijn ontwikkeld, niet terzijde, maar worden deze door de maatstaf van artikel 6:98 BW in een ander licht geplaatst, namelijk het licht van de normatieve causaliteitsstoets. Daarbij moet de rechter – evenals bij de beoordeling van de vraag welke schade redelijkerwijs aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend – mede aan de hand van objectieve factoren onderzoeken welk voordeel bij het bepalen van de schadevergoeding redelijkerwijs aan de benadeelde kan worden toegerekend. Voorts zullen de al ontwikkelde gezichtspunten en deelregels in het kader van de toerekening van schade op de voet van artikel 6:98 BW een inspiratiebron kunnen zijn voor de ontwikkeling van nieuwe gezichtspunten en deelregels in het kader van de toerekening van voordelen. Door de formulering en ordening van relevante gezichtspunten zullen de mogelijkheden tot cassatiecontrole groeien.<sup>82</sup> Dit geldt des te meer bij de formulering van vuistregels. Waar moet worden uitgegaan van de gelding van een algemene vuistregel voor de wijze van schadedeling voor een bepaald gevaltype, is in cassatie toetsbaar of de feitenrechter de juiste regel op het juiste geval heeft toegepast en of hij de regel juist heeft gehanteerd.

De voorzienbaarheid, de aard van de aansprakelijkheid, de aard van het voordeel alsook het verband tussen deze aard enerzijds en de aard van de schade anderzijds zullen een belangrijke rol spelen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een benadeelde als slachtoffer van letselschade waarvoor een ander rechtens aansprakelijk is, naast schade tevens voordeel geniet omdat hij gedurende een bepaalde periode in een revalidatiecentrum verblijft en zich daardoor de normale kosten van levensonderhoud bespaart. Enerzijds zal de benadeelde de kosten van levensonderhoud in het revalidatiecen-

74. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nr. 83.

75. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 4.16.2 en de daar genoemde jurisprudentie.

76. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 4.16.3 en de daar genoemde jurisprudentie.

77. Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

78. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1309. Zie ook HR 17 december 1976, NJ 1977/351 (ARB); HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, r.o. 4.5, NJ 2002/122 (Van Straaten/Brandts); Lindenbergh, GS Schadevergoeding, art. 6:100 BW, aant. 9.

79. Zie HR 29 januari 1932, NJ 1932/330 (Brennkmeijer/Van Hasselt II).

80. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nr. 83.

81. Vgl. HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, r.o. 3.4, NJ 1993/547 (Rep Tax).

82. Vgl. Veegens 1989, p. 202 e.v.

trum als schade van de aansprakelijke partij kunnen vorderen. Anderzijds zal de aansprakelijke partij een beroep kunnen doen op voordeelstoerekening in verband met door de benadeelde bespaarde kosten van levensonderhoud. Het in paragraaf 5.1 genoemde gezichtspunt dat voordeelstoerekening in het algemeen alleen dan redelijk kan zijn, wanneer het voordeel in mindering strekt op dezelfde schade als waarvoor de aansprakelijke partij kan worden aangesproken, krijgt met bovenstaand voorbeeld in het licht van artikel 6:100 BW jo. 6:98 BW de volgende betekenis. Voor de vraag of een bepaald voordeel moet worden verrekend, speelt de factor schade een belangrijke rol, in die zin dat als het voordeel (besparing van kosten voor levensonderhoud) gelet op de vastgestelde schade (kosten van levensonderhoud) dezelfde schade betreft, ook het voordeel in zodanig verband met de schadeveroorzakende gebeurtenis kan staan, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de benadeelde kan worden toegerekend.

De wijze waarop de maatstaf van artikel 6:98 BW toepassing krijgt bij het meewegen van voordelen, kan ook worden geïllustreerd door kort terug te keren naar de casus van TenneT/ABB en meer in het bijzonder naar het vonnis van de rechtbank dat inmiddels na het besproken arrest van de Hoge Raad is geweest.<sup>83</sup> Daarin beoordeelt de rechtbank het doorberekeningsverweer aan de hand van de door de Hoge Raad gegeven regels en vingerwijzingen en wijst de rechtbank dit verweer uiteindelijk af. Aldus blijkt de uitgebreide discussie over de inbedding van het doorberekeningsverweer, zoals die in de procedure bij de Hoge Raad centraal stond, vooralsnog met een sisser af te lopen.

Zoals volgt uit de bespreking van het arrest in paragraaf 2.4, luidt de slotsom van het arrest van de Hoge Raad dat de veroordeling van ABB tot vergoeding van de door TenneT geleden schade met verwijzing naar de schadestaatprocedure in stand blijft. De Rechtbank Gelderland heeft zich daarover inmiddels gebogen en heeft het doorberekeningsverweer gelet op de omstandigheden van het geval volledig verworpen en ABB veroordeeld om een bedrag van ruim 23 miljoen euro (te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de jaren negentig) te betalen aan TenneT.<sup>84</sup>

De rechtbank interpreteert het arrest van de Hoge Raad aldus dat bij de bespreking van een doorberekeningsverweer moet worden beoordeeld of de door een kartelslachtoffer betaalde meerkosten aantoonbaar zijn doorberekend aan afnemers verderop in de keten en of er een zodanig verband is tussen die meerkosten en de doorberekening daarvan dat het doorberekende gedeelte redelijkerwijs als schade van die afnemers moet worden aangemerkt en niet meer als schade van het directe kartelslachtoffer zelf kan worden toegerekend. In zijn algemeenheid gesteld en daar waar het om een willekeurige onderneming gaat, is het causaal verband tussen meerkosten op de vaste activa en de doorberekening van een afschrijving daarop

in de afnemersprijzen naar het oordeel van de rechtbank te ver verwijderd om te oordelen dat de verhoging van de afnemersprijzen redelijkerwijs moet worden afgetrokken van de aan de inbreukmaker toe te rekenen schade. Het is immers, in de woorden van de rechtbank, een keuze van de ondernemer om die lasten wel of niet, dan wel slechts ten dele, door te berekenen, waarbij in belangrijke mate bepalend zal zijn welke prijzen hij op zijn markt in rekening kan brengen zonder zijn concurrentiepositie te verliezen. In de onderhavige zaak gaat het evenwel om een gereguleerde afnemersmarkt, waarop de (transport)tarieven van elektriciteit, waarin begrepen de doorberekening van de installatiekosten, door de overheid worden vastgesteld – en dus niet om een vrije markt waarop de markt en de keuzes van de ondernemer bepalen welke tarieven TenneT aan afnemers in rekening kan brengen. Dit brengt volgens de rechtbank mee dat in deze zaak wel kan worden uitgegaan van een zodanig nauw causaal verband tussen de meerkosten en de doorberekening daarvan in de afnemersprijzen, dat nader moet worden beoordeeld of dit in redelijkheid meebrengt dat het doorberekende gedeelte moet worden afgetrokken van de door ABB aan TenneT te betalen schadevergoeding.

Het antwoord dat de rechtbank op deze vraag geeft, luidt uiteindelijk ontkennend, kort gezegd omdat deze uitkomst beter aansluit bij de strekking van het recht dat de te betalen schade-loosstelling toekomt aan de directe en indirecte afnemers in de keten aan wie de meerkosten in rekening zijn gebracht. Daartoe overweegt de rechtbank dat honorering van het doorberekeningsverweer in deze zaak zou meebrengen dat ABB gedeels onder haar schadeplichtigheid uit zou komen, terwijl haar destijds ook al aan een forse boete werd kwijtgescholden in ruil voor haar medewerking met de Europese Commissie. Het zijn immers de elektriciteitsgebruikers die geacht moeten worden het leeuwendeel van de doorberekende meerkosten te betalen, terwijl de kans dat zij deze schade zullen verhalen op ABB nagenoeg verwaarloosbaar is. Daar staat tegenover dat TenneT een honderd procent deelneming is van de Nederlandse Staat en dat de aan haar uit te keren schadevergoeding, hetzij door aanpassing van de transport- en elektriciteitstarieven hetzij door winstuitkering, uiteindelijk aan alle Nederlandse burgers ten goede zal komen en daarmee dus *grosso modo* aan de gedupeerde eindgebruikers.

Hoewel de bestaande gezichtspunten die in het kader van artikel 6:100 BW zijn ontwikkeld, goed in de nieuwe maatstaf ingepast kunnen worden, geeft de nieuwe maatstaf op zichzelf een andere invulling van de redelijkheid dan tot voor kort het geval was. Immers, de rechter kan een beroep op voordeelstoerekening niet (meer) aan niets anders dan de redelijkheid toetsen. Dit betekent niet dat de concrete omstandigheden van het geval geen rol meer spelen. Sterker nog, de uit de maatstaf van artikel 6:98 BW voortvloeiende objectieve factoren moeten voor hun beoordeling telkens met de feiten en omstandigheden van het geval worden ingevuld. De causaliteitstoets van artikel 6:98 BW vormt daardoor de normatieve tegenhanger

83. Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

84. Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

van het objectieve *condicio sine qua non*-verband als eerste stap in de tweeledige causaliteitstoets.

Tot slot zij nog opgemerkt dat daar waar een beroep op voordeelstoerekening en het in stelling brengen van eigen schuld in één casus samengaan, eerst het beroep op voordeelstoerekening beoordeeld dient te worden en pas daarna het beroep op eigen schuld.<sup>85</sup> Deze volgorde is logisch. Het ligt immers in de rede eerst de omvang van de aansprakelijkheid van de dader vast te stellen alvorens met toepassing van artikel 6:101 BW te onderzoeken of er reden is de schadevergoedingsplicht te verminderen op grond van eigen schuld.

### 6. Gelijkschakeling

Als teruggekeken wordt naar de wijze waarop het oorzakelijk verband tussen de normschending en de schade dient te worden beoordeeld voor de vaststelling van de aansprakelijkheid, namelijk in twee stappen (die van een *condicio sine qua non* gevolgd door toerekening naar redelijkheid), en dit vergeleken wordt met de in TenneT/ABB gegeven nieuwe maatstaf voor artikel 6:100 BW en het daarin vereiste oorzakelijk verband tussen de normschending en de voordelen, is de gelijkens evident. De Hoge Raad heeft bewust gekozen voor een gelijkenschakeling tussen de wijze waarop de omvang van de aansprakelijkheid dient te worden vastgesteld en de wijze waarop moet worden beoordeeld of een bepaald voordeel op de schadevergoeding in mindering moet worden gebracht, namelijk door toepassing van een tweeledige causaliteitstoets.

Deze gelijkenschakeling brengt mee dat de rechter vrij is te bepalen het doorberekingsverweer in TenneT/ABB – afhankelijk van het partijdebat – te betrekken op het schadebegrip en artikel 6:95-6:97 BW of op de voordeelstoerekening en artikel 6:100 BW. In beide benaderingen zal de rechter een vergelijking moeten maken tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, en daarbij moeten beoordelen 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.<sup>86</sup>

Hoewel de Hoge Raad de samenloop van de twee benaderingen en de daaruit voortvloeiende vrijheid om een keuze te maken tussen een van beide benaderingen alleen betreft op het doorberekingsverweer,<sup>87</sup> kan naar onze mening in personenschadezaken dezelfde redenering worden gevolgd wanneer het voordeel de inslag heeft de schade van de benadeelde rechtstreeks te verminderen. Daarvan is in ieder geval sprake als het voordeel dezelfde schade vergoedt als de schade waar-

voor de aansprakelijke partij kan worden aangesproken, zoals bijvoorbeeld bij de schadeverzekering het geval is. Hiervoor geldt evenals bij het doorberekingsverweer, dat als een uitkering uit een schadeverzekering direct wordt betrokken op het schadebegrip, dit tot dezelfde uitkomst dient te leiden als wanneer deze zou worden beoordeeld in het kader van voordeelstoerekening. Het verzekerd slachtoffer heeft eigenlijk eenvoudigweg geen schade geleden voor zover dit door de uitkering is gedekt. Op grond van subrogatie komt de verzekeraar wel schadevergoeding toe. Een uitkering krachtens een schadeverzekering kan men dus zien als een voordeel en bij artikel 6:100 BW onderbrengen, zoals de Hoge Raad in Verhaeg/Jenniskens doet, maar ook als een feit dat de omvang van de schade bepaalt, een schadebepalende factor dus.<sup>88</sup> Het uitgangspunt blijft in beide benaderingen hetzelfde, namelijk dat de benadeelde bij concrete schadevergoeding recht heeft op volledige schadevergoeding, maar niet meer dan dat.

Herhaald zij dat de Hoge Raad als vingerwijziging meegeeft dat het van belang is dat in beide benaderingen de wijze waarop de rechter toepassing geeft aan de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf, controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter. Dat betekent dat de rechter duidelijk zal moeten blijven maken of hij kiest voor de directe schadebenadering of voor voordeelstoerekening. Daar waar de voordelen duidelijk te scheiden zijn van de nadelen is het naar onze mening zuiverder om toepassing te geven aan artikel 6:100 BW en in ieder geval is het zaak het verrekenen van voordelen apart te blijven benoemen.<sup>89</sup>

### 7. Conclusie: drawing the lines together

Door toepassing van de nieuwe maatstaf van TenneT/ABB zijn de eenzelfde-gebeurtenis- en redelijkheidstoets opgegaan in een tweeledige causaliteitstoets, waarbij in twee stappen – *condicio sine qua non* en toerekening naar redelijkheid – beoordeeld moet worden of een voordeel verrekend moet worden. Toepassing van de in artikel 6:98 BW besloten liggende maatstaf voor de vraag of toerekening van een voordeel redelijk is, geeft de rechter niet alleen meer houvast, maar brengt bovendien mee dat de rechter zijn redelijkheidsoordeel dient te motiveren op basis van objectief vaststelbare gezichtspunten of factoren, die voortvloeien uit artikel 6:98 BW en die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld en nog zullen worden ontwikkeld. Anders dan voorheen kan de rechter niet volstaan zijn oordeel slechts met een enkele verwijzing naar de redelijkheid te onderbouwen. De genoemde gezichtspunten moeten telkens met feiten en omstandigheden van het geval worden ingevuld, zodat ook bij toepassing van de nieuwe maatstaf ruimte is voor de concrete omstandigheden van het geval en de toetsing in zoverre normatief van aard blijft. De op de rechter

85. Aldus HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, r.o. 3.6.9 (Effectenlease Dexia).

86. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.5 (TenneT/ABB).

87. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.1 (TenneT/ABB). Zie ook Keirse & Van Kogelenberg 2015, p. 104-105.

88. Vgl. Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief), 2015, nr. 225c; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II (2013), nrs. 104 en 158; Van Dijk 2015, p. 52; Bolt 2011, p. 75.

89. Zie uitgebreider Keirse & Van Kogelenberg, p. 104-105. Aldus ook Tjong Tjin Tai 2017, p. 80. Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9299.

rustende motiveringsplicht zal de rechtspraak over voordeels-toerekening voor partijen en derden, waaronder de hogere rechter, beter controleerbaar maken en dientengevolge bijdragen aan de rechtsontwikkeling van het leerstuk van voordeels-toerekening en bijgevolg de rechtszekerheid ten goede komen.

De nieuwe maatstaf brengt tot slot een gelijkschakeling mee van de beoordeling en toepassing van artikel 6:100 BW met de wijze waarop de schadevergoeding op grond van artikel 6:95 tot en met 6:98 BW dient te worden vastgesteld. Hierdoor zal, evenals bij het doorberekenningsverweer in TenneT/ABB, ook in personenschadezaken – afhankelijk van het partijdebat en de inslag van het voordeel – een keuze gemaakt kunnen worden tussen de benadering van een voordeel als onderdeel van de schadevaststelling of als een kwestie van voordeelstoerekening. Met de geboden consistentie tussen de verschillende leerstukken van afdeling 6.1.10 is het recht gediend.