

## Schadevergoeding in de schijnwerpers

### Voordrachten tijdens de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (9 april 2021)

NTBR 2021/35

#### 1. Inleiding

Op 9 april 2021 vond de voorjaarsvergadering plaats van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR). Zoals gebruikelijk werd de invulling verzorgd door een aantal jonge civilisten die met het bespreken van hun (promotie)onderzoek het 'Bastion van het Burgerlijk Recht bestormen'. Dit jaar was het centrale thema 'schadevergoedingsrecht in de schijnwerpers', en de bestormers waren Carlijne Manders (RUG), Thijmen Nuninga (UL), Marlou Overheul (UU) en Marnix Hebly (EUR). Deze bijdrage bevat een weergave van hetgeen de sprekers hun publiek hebben voorgehouden. Aan bod komen achtereenvolgens de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf (par. 2), winstafdracht als zelfstandige remedie (par. 3), alternatieve compensatiesystemen voor beroepsziekten (par. 4) en schadevaststelling bij aantasting van de winstcapaciteit van een onderneming (par. 5).

#### 2. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf

Carlijne Manders bijt het spits af. Zij schrijft een rechtsvergelijkend proefschrift over de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor zuivere vermogensschade.<sup>2</sup> Haar voordracht heeft als onderwerp de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf.<sup>3</sup> Ter inleiding geeft Manders drie voorbeelden:

- (i) In het eerste voorbeeld geeft rederij K aan V de opdracht een olietanker te bouwen. Op de scheepsromp brengt V verf aan van producent P. Een jaar na oplevering van de olietanker laat de verf los. De oorzaak blijkt een gebrekkige chemische samenstelling van de verf. K laat de verflaag vervangen voor € 200.000 en vordert vergoeding van deze kosten van P op grond van onrechtmatige daad.
- (ii) Een tweede voorbeeld betreft het geval waarin supermarktketen K vlees inkoop bij V. Het vlees is geproduceerd door P. Even later blijkt dat het vlees uit de fabriek van P besmet is met een voor mensen levensgevaarlijke

bacterie. K moet daarom al het vlees dat hij geleverd heeft gekregen, weggooien. K koopt nieuw vlees in bij derden voor € 15.000, omdat V tijdelijk geen vlees kan leveren, nu de vleesproductie bij P stilligt. K spreekt P aan uit onrechtmatige daad en vordert vergoeding van de kosten van het inkopen van het nieuwe vlees.

- (iii) Een derde casus is die waarin bouwbedrijf K een hijskraan koopt van V. De producent van de hijskraan is P. Enkele maanden na aankoop stort een vrijwel identieke, door P geproduceerde hijskraan in als gevolg van een constructiegebrek. K laat daarop zijn – nog intacte – hijskraan onderzoeken. Het blijkt dat de kraan van K eenzelfde constructiegebrek heeft. Herstel van de hijskraan van K is mogelijk voor € 45.000. K spreekt P aan uit onrechtmatige daad en vordert vergoeding van de herstelkosten.

In bovenstaande voorbeelden spreekt de koper (K) steeds de producent (P) aan uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf. De vraag kan opkomen waarom K ervoor kiest om P aan te spreken; K kan zijn schade toch ook verhalen op de verkoper (V) op grond van wanprestatie? Daartoe kunnen verschillende redenen bestaan. Zo is simpelweg mogelijk dat K op twee paarden wil wedden. Met andere woorden: K spreekt V aan op grond van wanprestatie én P aan uit onrechtmatige daad. Een andere reden kan zijn dat V inmiddels failliet is, waardoor V geen verhaal biedt.

#### 2.1 Grondslagen productaansprakelijkheid

Om de aansprakelijkheid van de producent jegens de koper in bovenstaande voorbeelden te kunnen beoordelen, is het belangrijk om eerst stil te staan bij de gronden waarop de koper de producent buitencontractueel kan aanspreken. De eerste grond betreft de afdeling over productaansprakelijkheid (zie art. 6:185 e.v. BW). De producent is op grond van deze afdeling alleen aansprakelijk voor schade die een gebrekkig product veroorzaakt aan personen of aan andere zaken die gewoonlijk voor gebruik in de privésfeer zijn bestemd. Schade aan het product zelf is op basis van deze afdeling dus niet vergoedbaar. De tweede grond betreft art. 6:162 BW. In het arrest *Du Pont/Hermans* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat schade aan *andere* bedrijfsmatig gebruikte zaken op grond van art. 6:162 BW vergoedbaar is.<sup>4</sup> Daarvoor is vereist dat het product schade veroorzaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het is bestemd. De vraag is nu of schade aan het product zelf ook op grond van art. 6:162 BW voor vergoeding in aanmerking komt.

1 Citeerwijze: C.F. Manders, W.Th. Nuninga, A.M. Overheul & M.R. Hebly, 'Schadevergoeding in de schijnwerpers', *NTBR* 2021/35, afl. 10.

2 Promotoren: prof. mr. A.J. (Albert) Verheij en prof. mr. drs. C.M.D.S. (Charlotte) Pavillon.

3 Een uitgebreidere versie van deze bijdrage is te vinden in: C.F. Manders, 'De buitencontractuele aansprakelijkheid naar Nederlands recht van de producent voor schade aan het product zelf', *VR* 2021/79, p. 168-176. In dit artikel komt – naast het Canadese recht – ook het Duitse recht aan de orde.

4 HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*).

## 2.2 *Het arrest Daf/Achmea*

Een vordering uit onrechtmatige daad tot vergoeding van schade aan het product zelf van de koper jegens de producent, is aan de Hoge Raad voorgelegd in het arrest *Daf/Achmea*.<sup>5</sup> Het gaat daarin om een vrachtwagen die in brand vliegt in de buurt van Maastricht. De oorzaak van de brand blijkt dat zich vuil onder de cabine heeft opgehoopt, dat door de hoge uitlaattemperatuur heeft vlamgevat. De vrachtauto was geproduceerd door Daf (P) en, na meermaals te zijn doorgeleverd, verkocht aan Bemo Bedrijfswagens (K). K ontvangt na de brand van haar cascoverzekeraar Achmea een vergoeding voor het totaalverlies van de vrachtauto. Achmea – gesubrogeerd in de rechten van K – spreekt vervolgens P aan op grond van art. 6:162 BW en vordert vergoeding van de waarde van de vrachtauto (€ 29.000).

Zowel het hof als de Hoge Raad wijst de vordering toe. Aangenomen wordt dat P onrechtmatig heeft gehandeld tegenover K, omdat P een product in het verkeer heeft gebracht dat schade veroorzaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het is bestemd. Deze maatstaf komt dus overeen met de maatstaf die de Hoge Raad eerder formuleerde in het arrest *Du Pont/Hermans*.

## 2.3 *Het begrip ‘schade’*

Uit het arrest *Daf/Achmea* lijkt te volgen dat een producent naar Nederlands recht aansprakelijk is uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf, als hij een product in het verkeer brengt dat schade veroorzaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het is bestemd. De vraag komt op welke soorten schade aan het product zelf onder schade in de zin van deze maatstaf vallen.

Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen hoe casus (i) (over de olietanker) uit de inleiding moet worden beoordeeld, gelet op het arrest *Daf/Achmea*. Kan K de kosten voor het aanbrengen van een nieuwe verflaag op de olietanker verhalen op P op grond van art. 6:162 BW met een beroep op *Daf/Achmea*? Anders dan in het arrest *Daf/Achmea*, levert het gebrek in het product in casus (i) géén gevaar op voor andere zaken en personen. De vraag rijst of deze omstandigheid van belang is.

Ook in het geval van casus (ii) (over het besmette vlees) blijft onzeker of P aansprakelijk is jegens K op grond van art. 6:162 BW voor de kosten van het opnieuw inkopen van het vlees. In *Daf/Achmea* had het gebrek in de vrachtauto tot verdere schade aan de vrachtauto geleid, nadat K de vrachtauto in eigendom had verkregen. In casus (ii) verkrijgt K een – vanaf het begin – waardeloos product. De vraag is of dit uitmaakt.

Tot slot is onzeker hoe casus (iii) (over de gebrekkige hijskraan) beslist moet worden, gelet op *Daf/Achmea*. In *Daf/Achmea* bestaat de schade uit het verlies van het product (de vrachtwagen). In casus (iii) bestaat de schade uit de kosten

van reparatie van het product (de hijskraan). Men kan zich afvragen of dit verschil relevant is.

Kortom: op basis van de maatstaf uit *Daf/Achmea* blijft onzeker welke schade aan het product zelf de koper op grond van art. 6:162 BW op de producent kan verhalen.

## 2.4 *De samenloop met het contractenrecht*

Naast de onbepaaldheid van het begrip schade, speelt nog een ander probleem: de samenloop met het contractenrecht. De schade van de koper bestaat steeds uit het niet ontvangen van een deugdelijk product voor de door hem betaalde koopprijs. Deze schade kan de koper in beginsel verhalen op de verkoper op grond van wanprestatie. De verkoper kan op zijn beurt de producent aanspreken op basis van de overeenkomst die hij met de producent heeft gesloten. Het dan toekennen van een vordering uit onrechtmatige daad van de koper jegens de producent is strijdig met het uitgangspunt dat een overeenkomst alleen partijen bindt; in beginsel kunnen derden daaraan geen rechten ontleen. De producent is tegenover de koper dus in beginsel niet contractueel verplicht een deugdelijk product te leveren. De producent heeft die verplichting alleen tegenover de verkoper.

Daarbij komt dat in de overeenkomst tussen de koper en de verkoper is vastgelegd onder welke voorwaarden de koper vergoeding van zijn schade kan vorderen van de verkoper. In de overeenkomst tussen de producent en de verkoper is vastgelegd onder welke omstandigheden de producent aansprakelijk is, als hij een ondeugdelijk product levert. Kan de koper – wanneer hij een ondeugdelijk product ontvangt – de producent aanspreken uit onrechtmatige daad tot vergoeding van deze schade, dan verliezen de contractuele aansprakelijkheidsvoorwaarden in de overeenkomsten hun betekenis. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht houdt met die voorwaarden namelijk geen rekening.

Zou de koper elke soort schade aan het product zelf op de producent kunnen verhalen, dan rijst de vraag wat het contractenrecht nog waard is. De koper heeft het contractenrecht dan immers niet meer nodig om zijn schade vergoed te krijgen.

## 2.5 *Het Canadese recht*

Het Canadese recht biedt mogelijk een oplossing voor het zojuist uiteengezette probleem.<sup>6</sup> Vertaald naar het Nederlandse recht, komt die oplossing op het volgende neer. Naar Canadees recht rust op de producent een buitencontractuele plicht om een product in het verkeer te brengen dat geen gevaar oplevert voor andere zaken en personen. De producent is daarentegen niet buitencontractueel verplicht om

<sup>5</sup> HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, NJ 2017/48 (*Daf/Achmea*).

<sup>6</sup> Zie voor relevante rechtspraak: SCC 26 januari 1995, *Winnipeg Condominiums Corp No. 36 v. Bird Construction Co.* [1995] SCR 85, r.o. 36; SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 43. Zie ook het minderheidsoordeel van Laskin en Hall in SCC 27 augustus 1973, *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* [1974] SCR 1189.

een deugdelijk product te leveren. Deugdelijk wil zeggen: een kwalitatief goed product. Zou de producent daartoe wel buitencontractueel verplicht zijn, dan zou het contractenrecht overbodig worden, zoals hiervoor is uitgelegd.

Schendt de producent zijn buitencontractuele plicht en verwezenlijkt het gevaar zich, dan is hij aansprakelijk voor schade die ontstaat aan andere zaken en personen. Schendt de producent deze buitencontractuele plicht en heeft het gevaar zich nog niet verwezenlijkt, dan is hij aansprakelijk voor de kosten van het wegnemen van een ernstig en onmiddellijk gevaar dat het gebrek in het product oplevert (vgl. art. 6:96 lid 2 sub a BW en art. 6:184 BW). Het argument hiervoor is dat deze laatste aansprakelijkheid ook strekt ter bescherming van andere zaken en personen. Het maakt in die zin weinig verschil of de eigenaar van zo'n gevaarlijk product vergoeding vordert van schade aan andere zaken of personen die daadwerkelijk is ontstaan of van kosten die hij maakt om zulke schade te voorkomen. De schade aan andere zaken en personen en de kosten ter voorkoming daarvan kunnen in zoverre aan elkaar worden gelijkgesteld.

Deze benadering leidt ertoe dat de producent alleen aansprakelijk is uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf, als (1) het gebrek in het product een ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor andere zaken of personen en als (2) reparatie van het gebrek een redelijke maatregel is om dit gevaar weg te nemen.

### 2.6 *Oplossing drie voorbeelden*

Wordt deze benadering toegepast op de drie voorbeelden uit de inleiding, dan leidt dit tot de volgende uitkomsten:

- (i) In de casus over de afbladderende bootverf levert de gebrekkige verflaag geen ernstig en onmiddellijk gevaar op voor schade aan andere zaken of personen. P is daarom niet aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad voor de kosten van K voor het opnieuw aanbrengen van de verflaag op de scheepsromp.
- (ii) In de casus over het vlees levert het vlees wel een ernstig en onmiddellijk gevaar op voor personen. Het vlees is namelijk besmet met een voor mensen levensgevaarlijke bacterie. K kan het gevaar echter wegnemen door het – waardeloze – vlees weg te doen. K maakt dan geen kosten en lijdt dus geen schade.<sup>7</sup> Hij kan P daarom niet aanspreken uit onrechtmatige daad. Daarbij moet worden benadrukt dat het inkopen van nieuw vlees bij een derde geen maatregel is met het oog op het wegnemen van het gevaar. De kosten voor het opnieuw inkopen van vlees, kan K daarom niet op grond van onrechtmatige daad bij P in rekening brengen.
- (iii) In de casus over de gebrekkige hijskraan is eveneens sprake van een ernstig en onmiddellijk gevaar. Aan de hijskraan kleeft namelijk een ernstig constructiegebrek,

waardoor deze kan instorten. Daarnaast lijkt reparatie van dit gebrek een redelijke maatregel om dit gevaar weg te nemen. Het ligt niet voor de hand dat K de kraan wegdoet. Reparatie is namelijk mogelijk en de reparatiekosten van € 45.000 zijn (kennelijk) lager dan de kosten van vervanging van de kraan. K zou de reparatiekosten van € 45.000 daarom wel op grond van onrechtmatige daad op P kunnen verhalen.

### 3. **Winstafdracht als zelfstandige remedie<sup>8</sup>**

Het stokje wordt vervolgens overgenomen door Thijmen Nuninga, PhD Fellow bij de Afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden, die een proefschrift voorbereidt over de structuur van het delictuele remedierecht.<sup>9</sup>

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht heeft met art. 6:104 BW een vreemde eend in de bijt. Het artikel bepaalt dat “[i]ndien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is [en] door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, [...] de rechter op vordering van die ander de schade [kan] begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.” Dit artikel hinkt daarmee op twee gedachten: enerzijds is het een begrotingsmaatstaf (waarmee het ‘gewoon’ een schadevergoedingsvordering blijft) terwijl het anderzijds de winst van de gedaagde centraal stelt (waarmee het meer weg heeft van een vordering tot winstafdracht). Nuninga betoogt dat het weinig zin heeft het artikel uitsluitend als begrotingsmaatstaf te duiden en dat het beter zou zijn hier een zelfstandige vordering tot winstafdracht in te lezen.

De eerste keer dat het artikel door de Hoge Raad werd toegepast was in *Waeyen-Scheers/Naus*,<sup>10</sup> waar het draaide om de schending van een non-concurrentiebeding door een werknemer van een maatschap. De werknemer had in strijd met het non-concurrentiebeding klanten van de maatschap voor eigen gewin bediend. De maatschap kwam erachter en vorderde een schadevergoeding ter grootte van de door de werknemer gemaakte winst. En met succes: de werknemer werd veroordeeld tot afdracht van de in strijd met het non-concurrentiebeding gemaakte winsten.

In dit geval zou de toepassing van art. 6:104 BW inderdaad kunnen worden geduid als een begrotingsmaatstaf: de schade van de maatschap bestaat immers uit de *gemiste* winsten en die zullen ongeveer gelijk zijn aan de door de werknemer *gemaakte* winsten. Brunner zag in art. 6:104 BW dan ook een dubbel vermoeden: (i) dát verlies is geleden en

<sup>7</sup> Zijn aan het wegwerpen van het vlees echter kosten verbonden, dan maakt K wel kosten ter wegneming van het gevaar. K kan die kosten dan wel op P verhalen als kosten ter voorkoming van schade.

<sup>8</sup> Deze bijdrage is een beknopte en weinig genuanceerde weergave van een uitgebreider betoog dat vorig jaar werd gepubliceerd in *RMThemis*, zie: W.Th. Nuninga, ‘De winst van een ander’, *RMThemis* 2020/4, p. 156-166.

<sup>9</sup> Promotoren: prof. mr. W.H. (Willem) van Boom en prof. mr. Jac. (Jaap) Hijma.

<sup>10</sup> HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).

(ii) dat het verlies gelijk is aan de gemaakte winsten.<sup>11</sup> Nu is het natuurlijk zo dat de rechter op grond van de in art. 6:97 BW vervatte schattingsbevoegdheid hetzelfde resultaat had kunnen bereiken, maar het is in ieder geval verdedigbaar dat art. 6:104 BW hier als begrotingsmaatstaf gebruikt werd.

Dat is echter minder goed vol te houden ten aanzien van het oordeel in *Doerga/Ymere*.<sup>12</sup> In dat arrest vorderde woningcorporatie Ymere een via art. 6:104 BW begrote schadevergoeding wegens verboden onderhuur door een van haar sociale huurders. De schade van Ymere bestond uit het maken van kosten ter opsporing van verboden onderhuur en de kosten van bouw van door overbezetting noodzakelijk geworden sociale huurwoningen. Voor beide posten geldt dat moeilijk is vol te houden dat die kosten het gevolg waren van *deze* onderhuur. En zelfs als daaroverheen gestapt zou worden, dan nog was het precieze bedrag dat aan deze onderverhuur moest worden toegerekend, lastig te berekenen. Het hof stapte uit deze impasse door op grond van art. 6:104 BW de onderverhuurder te veroordelen de gemaakte winsten af te dragen. De Hoge Raad ging daarin mee; de schade van Ymere was goed te begroten met behulp van de door de onderverhuurder gemaakte winst.

Die twee zaken stroken slecht met elkaar. Waar bij *Wayen-Scheers/Naus* nog kon worden volgehouden dat de winst van de gedaagde waarschijnlijk wel ongeveer gelijk was aan de schade van eiser, is dat in *Doerga/Ymere* nauwelijks mogelijk. De hoogte van de met onderhuur gemaakte winst heeft eigenlijk niets met de hoogte van de door Ymere gemaakte kosten te maken. Het argument dat het hier om een schadebegrotingsmaatstaf draait, is hier weinig overtuigend.

Nuninga meent niet dat *Doerga/Ymere* daarmee dan verkeerd beslist is. Sterker nog, omdat deze wijze van toepassing in de lagere rechtspraak veel gevolgd wordt, ziet hij alle redenen te denken dat met deze uitspraak het juiste resultaat bereikt is. Daartoe is alleen wel vereist dat art. 6:104 BW anders geïnterpreteerd wordt.

Door de jaren heen zijn verschillende andere verklaringen voor de toepassing van art. 6:104 BW gegeven. Een eerste verklaring voor het artikel zou kunnen zijn dat het een 'oplossing' voor moeilijke gevallen biedt. De Hoge Raad suggereert in *Ymere* namelijk dat de moeilijkheid van schadebegroting aanleiding kan geven tot het toepassen van art. 6:104 BW. Dat lijkt een weinig stevige fundering die de toepassing volledig afhankelijk maakt van het toeval. Betekent dat dat een werknemer die arbeidsongeschikt is geworden door een bedrijfsongeval, winstaftocht kan vorderen? Dat lijkt een heel vreemd voorstel, maar wie enkel de moeilijkheid van begroting tot uitgangspunt neemt, zou wel tot die conclusie moeten komen.

11 C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, NJ 1995/421 (*Waeyen-Scheers/Naus*).

12 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).

Een in de literatuur geopperde gedachte is dat deze bepaling zich erg goed zou lenen voor toepassing in gevallen waar een exclusief recht is geschonden.<sup>13</sup> Dat idee spreekt aan omdat de winstaftocht als zelfstandige remedie in het IE-recht helemaal niet zo ongebruikelijk is.<sup>14</sup> Bovendien zou *Ymere* zo goed verklaard kunnen worden: het is niet zozeer de wanprestatie die de winstaftocht van grondslag voorziet, maar de ongeoorloofde inbreuk op andermans exclusieve recht. Het probleem daarmee is evenwel dat art. 6:104 BW in de praktijk wordt toegepast op heel andere gevallen. De schending van het non-concurrentiebeding in *Waeyen-Scheers/Naus* is daar een eerste voorbeeld van, maar het artikel is bijvoorbeeld ook toegepast bij onrechtmatig gebruik van bedrijfsgeheimen,<sup>15</sup> de schending van vergunningsvoorwaarden,<sup>16</sup> en het onrechtmatig verkopen van melkquota.<sup>17</sup> Geen van deze onrechtmatige handelingen kwalificeert als inbreuk op een exclusief recht, terwijl de resultaten niet per definitie onverdedigbaar zijn.

Nuninga ziet in de gedachte dat het moet gaan om een inbreuk op een exclusief recht echter wel een aanwijzing. Toepassing van art. 6:104 BW past daar intuïtief goed omdat een exclusief recht de gerechtigde nu eenmaal niet alleen vrijheid van inmenging en vergoeding van eventuele schade biedt, maar ook recht geeft op de daarbij horende vruchten.<sup>18</sup> De winstaftocht dient dan niet ter handhaving van de eerste kant van het recht (vrijheid van inmenging), maar van die tweede (recht op vruchten). Die gedachte is een goede basis voor de winstaftocht in het algemeen.

Hoewel een dergelijk recht op 'vruchten' of 'winsten' zich namelijk meestal voordoet bij de inbreuk op een exclusief recht, is er geen reden aan te nemen dat het alleen de exclusieve rechten zijn die een eiser tegenover een gedaagde een recht op winsten geven. En in een privaatrechtelijk geschil is dat uiteindelijk waar het om draait: kan de eiser een aanspraak *jegens* de gedaagde hard maken? In de relatie tussen eiser en gedaagde is het dan niet de vraag of de eiser recht had op winsten *tegenover iedereen* (zoals bij exclusieve rechten) maar of hij dat had *tegenover de gedaagde*. Dat klinkt vreemd omdat het uitgangspunt van de vrije markt is dat niemand 'recht' heeft op winsten, maar als we de relatie tussen eiser en gedaagde nader bestuderen, zijn er wel gevallen aan te wijzen waarin die terminologie past. Daarbij is het handig de materie niet te benaderen vanuit het *recht* van de eiser, maar vanuit de tegenover dat recht staande *plicht* van de gedaagde. Kijken we naar de strekking van die *plicht*, dan wordt snel duidelijk dat het helemaal

13 Zie bijv. al: R. Hermann, 'Afgifte van winst uit onrechtmatig handelen in het bijzonder op het terrein van de intellectuele en industriële eigendom', *RMThemis* 1970, p. 5.

14 Zie bijv. art. 27a Aw, art. 70 ROW 1995, art. 2.21 lid 4 BVIE.

15 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.

16 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

17 Bijv. Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHRARL:2017:484; Rb. Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4740.

18 Vgl. art. 3:9 jo. 3:120 BW.



niet zo ongebruikelijk is dat iemand jegens een ander de plicht heeft niet zonder toestemming winst te maken. Het concurrentieverbod of de plicht bedrijfsgeheimen niet te gebruiken, zijn daar de duidelijkste voorbeelden van: de gedaagde is het *tegenover* de eiser verboden bepaalde winsten te behalen. Hoewel de eiser daarmee geen *exclusief* recht op vruchten of winsten verkrijgt, verkrijgt hij wel een *relatief* recht daarop.

Op die manier wordt het mogelijk een zelfstandige vordering tot winstafdracht van een theoretische grondslag *en* afbakening te voorzien. Door de vraag te stellen of de norm ertoe strekte de gedaagde jegens eiser te verbieden bepaalde winsten te behalen, wordt het toepassingsbereik van art. 6:104 BW op voorspelbare wijze stevig ingeperkt. Een vordering tot winstafdracht ingesteld door het slachtoffer in het *Kelderluik*-arrest zou bijvoorbeeld nooit voor toewijzing in aanmerking zijn gekomen: de op de bezorger rustende veiligheidsnorm strekte tot bescherming van de veiligheid van cafébezoekers, niet tot het voorkomen van winsten. Die norm heeft alles met schade en niets met winst te maken. De gevallen waarin art. 6:104 BW in de praktijk wel wordt toegepast, zijn evenwel wel zo te duiden.

Natuurlijk is daarmee de kous niet af. Vervolg vragen zijn bijvoorbeeld of de leerstukken van causaliteit en toerekening ook overgeheveld moeten worden naar deze remedie en hoe dat dan zal uitpakken,<sup>19</sup> maar het gebruiken van de strekking van de norm als startpunt maakt het voor partijen en rechters in ieder geval duidelijk wanneer ze die discussie kunnen voeren. Voordeel is in ieder geval dat de weinig overtuigende redenering dat art. 6:104 BW niet meer is dan een maatstaf om schade te begroten, kan worden losgelaten en dat langzaam kan worden gewerkt aan een systeem waarin winstafdracht een volwaardige, zelfstandige remedie kan zijn.

#### 4. Naar een alternatief compensatiesysteem voor beroepsziekten?

Als derde spreker treedt Marlou Overheul op, die als promovenda is verbonden aan de Universiteit Utrecht en werkt aan een juridisch-empirisch proefschrift over alternatieve compensatiesystemen voor beroepsziekten.<sup>20</sup> Overheul is op het moment van spreken een jaar bezig met haar promotieonderzoek en presenteert haar eerste bevindingen.

Al jaren is de schadeafhandeling van beroepsziekteclaims via het aansprakelijkheidsrecht complex. Een terugkerende discussie in de juridische literatuur is of ons aansprakelijkheidsrecht moet worden verlaten in dit type zaken. In haar presentatie gaat Overheul aan de hand van een eerste

verkennde analyse in op één alternatief voor het aansprakelijkheidsrecht, namelijk een alternatieve compensatieregeling voor beroepsziekten. Zij staat achtereenvolgens stil bij de juridische complexiteit van beroepsziekteclaims, het idee van een alternatief compensatiesysteem, verschillende concepties van rechtvaardigheid die ten grondslag liggen aan alternatieve compensatiesystemen, de vragen die een alternatief compensatiesysteem oproept en het belang van nader onderzoek.

‘20.000 euro voor slachtoffers van werk met gevaarlijke stoffen’, zo kopt *de Volkskrant* op 10 november 2020.<sup>21</sup> Uit een nieuw nationaal fonds dat door werkgevers wordt gevuld, kunnen slachtoffers van werk met gevaarlijke stoffen een tegemoetkoming krijgen van € 20.000. Deze ontwikkeling is een reactie op het gelijklopende advies van de commissie-Heerts<sup>22</sup> en staat niet op zichzelf. Al jaren is de schadeafhandeling van beroepsziekteclaims via het aansprakelijkheidsrecht complex. Benadeelden lopen tegen juridische obstakels aan. Zo is van belang dat de werkgever enig tekortschieten kan worden verweten en dat causaal verband kan worden aangetoond. Ondanks dat tegemoetkomingen zijdens de wetgever en de Hoge Raad groot zijn,<sup>23</sup> is de kans op het volledig vergoed krijgen van schade nog steeds klein. Hier komt bij dat lange procedures geen uitzondering zijn. Recent voorbeeld hiervan is de zaak *Lansink/Ritsma*, die twintig jaar heeft geduurd.<sup>24</sup> Eind vorig jaar heeft de Hoge Raad, met toepassing van art. 81 RO, voor de tweede keer arrest gewezen in deze zaak. Het oordeel van het hof dat het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker en te onbepaald is voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel blijft in stand, evenals het oordeel dat is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden voor het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid en de kans dat de normschending door Lansink als werkgever is veroorzaakt, 25% is.<sup>25</sup> Ritsma, de werknemer die de zaak aanvankelijk heeft aangespannen, is inmiddels al overleden.

Door de lengte van de procedure zijn beroepsziektezaken duur, niet alleen voor partijen, maar ook voor de maatschappij. Daarnaast blijkt uit onderzoek dat procedures geestelijk belastend zijn voor benadeelden.<sup>26</sup> Dit alles zorgt ervoor dat er belemmeringen ontstaan om een schadeclaim in te dienen, en dat het aansprakelijkheidsrecht niet adequaat functioneert in dit type zaken. Of beter gezegd: het aansprakelijkheidsrecht functioneert juist wél, maar is niet geschikt voor beroepsziektezaken, zo betoogt Overheul.

19 Nuninga meent van wel, zie W.Th. Nuninga, ‘De winst van een ander’, *RMThemis* 2020/4, p. 156-166.

20 Promotoren: prof. dr. K. van den Bos en prof. mr. R. Rijnhout. Wat tijdens de vergadering door Overheul is besproken en hier wordt weergegeven, is eerder ook verschenen als blog, zie <http://blog.ucall.nl/index.php/2021/05/naar-een-alternatief-compensatiesysteem-voor-beroepsziekten/>.

21 G. Herderscheë, ‘20.000 euro voor slachtoffers van werk met gevaarlijke stoffen’, *de Volkskrant* 10 november 2020.

22 Ook wel Commissie vergemakkelijkjng schadeafhandeling beroepsziekten. Zie ‘Stof tot nadenken’, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/05/14/rapport-commissie-vsab>.

23 Denk aan art. 7:658 lid 2 BW en de arbeidsrechtelijke omkeringsregel (onder meer HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 (*Lansink Ritsma I*)), m.nt. T. Hartlief, *JA* 2013/108, m.nt. J. den Hoed, *JAR* 2013/178, m.nt. E.M. Hoogeveen.

24 HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996 (*Lansink/Ritsma II*).

25 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, *JAR* 2019/91, m.nt. B. Barentsen, *JA* 2019/80, m.nt. E.R. de Jong.

26 Zie *Stcrt.* 2019, 35929, onder ‘Achtergrond’.

Zoals gezegd is een terugkerende discussie in de literatuur of ons systeem van het aansprakelijkheidsrecht in dit soort zaken verlaten moet worden.<sup>27</sup> De afgelopen jaren zijn er verschillende oplossingen voor de afhandeling van beroepsziekteclaims bedacht, zowel binnen als buiten het aansprakelijkheidsrecht. Ook zijn er verschillende onderzoeken geweest, zowel juridisch als empirisch. Zo is de mogelijkheid van een directe verzekering, een onafhankelijk instituut voor de afhandeling van beroepsziekten en een gedragscode voor beroepsziekteclaims onderzocht.<sup>28</sup> Een andere oplossing betreft een alternatief compensatiesysteem voor beroepsziekten. Kort gezegd houdt dit in dat benadeelden een gestandaardiseerde tegemoetkoming krijgen. Dit geeft de benadeelde partij de mogelijkheid om een vergoeding te krijgen door middel van een kortere juridische procedure, terwijl de vereisten van zorgplichtschending en causaliteit niet gelden. Een tegemoetkoming is natuurlijk wat anders dan een juridische schadevergoeding. Het is immers geen volledige schadevergoeding, terwijl dat wel een van de uitgangspunten van ons schadevergoedingsrecht is. Dat is ook logisch, aangezien er niemand aansprakelijk voor wordt gehouden. Het bieden van een snelle tegemoetkoming zonder (juridische) vereisten zou volgens oprichters van alternatieve compensatieregelingen een lange en stressvolle procedure voorkomen. De benadeelde staat dan immers niet meer tegenover zijn werkgever, zoals in het aansprakelijkheidsrecht, maar daarnaast. Ook zou een alternatieve compensatieregeling bijdragen aan het voorkomen van beroepsziekten en het herstel van vertrouwen in de werkgever. Wanneer er niemand aansprakelijk wordt gehouden, is er immers meer ruimte voor het erkennen van fouten en een open dialoog.

Een voorbeeld van zo'n compensatieregeling is de regeling van Defensie naar aanleiding van de chroom-6-affaire.<sup>29</sup> Voor werknemers die zijn blootgesteld aan chroom-6 kan het lastig zijn om hun werkgever succesvol aansprakelijk te stellen. Een van de grootste obstakels is het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade van de werknemer. Zo is het voor sommige vormen van kanker bijvoorbeeld niet bewezen dat deze ook

door chroom-6 worden veroorzaakt en kunnen er meerdere redenen zijn waarom iemand ziek wordt. Hier komt bij dat, los van het vorderen van eventuele angstschade,<sup>30</sup> heersende leer is dat men alleen schadevergoeding kan vorderen wanneer men ook daadwerkelijk ziek is en daarmee juridisch relevante schade heeft geleden. Gelet op deze juridische perikelen en de emotionele belasting voor benadeelden, heeft Defensie een compensatieregeling opgericht voor de (oud-)medewerkers van de POMS-locaties.

Longkanker, neus- en neusbijholtekanker, maagkanker, strottenhoofdskanker				
Bij blootstelling tot 10 jaar	Bij blootstelling van ten minste 10 jaar			
Groep 1, 2, 3	Groep 1, cat. A	Groep 1, cat. B	Groep 1, cat. C	Groepen 2 en 3
	€ 40.000	€ 28.000	€ 18.000	€ 22.000

In de regeling wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende groepen en categorieën. Bij een blootstelling van 10 jaar, maakt een lasser die in groep 1, categorie A valt (een functie met mogelijke directe blootstelling aan chroom-6) aanspraak op € 40.000 wanneer hij bijvoorbeeld aan longkanker lijdt. We zien dat er nog steeds een causaliteitelement in de regeling is verwerkt – de regeling geeft recht op een hogere tegemoetkoming bij een ernstiger ziektebeeld en bij een hogere mate aan blootstelling. Zo maakt iemand met chroom-6-gerelateerd contactcezeem aanspraak op een maximale tegemoetkoming van € 5.000 (zie bijlage 3 van de regeling). Tegen de toe- of afwijzing van een aanvraag staat een bestuursrechtelijke procedure open. En ook van belang is dat men nog steeds naar de civiele rechter kan (art. 2 van de regeling). Sommige werknemers hebben dat met succes gedaan.<sup>31</sup>

Deze regeling is geen uitzondering en staat niet op zichzelf. We zien dat er in Nederland verschillende initiatieven zijn voor de afwikkeling van beroepsziekteclaims. Zo is er een Instituut voor Asbestslachtoffers (IAS)<sup>32</sup> en een OPS-loket.<sup>33</sup> En kijken we over de grens, dan is Nederland zeker geen koploper met deze initiatieven. België kent een Federaal Agentschap voor Beroepsrisico's als alternatief voor het aansprakelijkheidsrecht. Schade die door een beroepsziekte is ontstaan, kan daar binnen een jaar worden afgewikkeld.<sup>34</sup> In Nieuw-Zeeland is het aansprakelijkheidsrecht in letselschadezaken zelfs helemaal verlaten door het Accident Compensation Scheme.<sup>35</sup>

27 Zie bijvoorbeeld T. Hartlief & S. Klosse, *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

28 Zie respectievelijk *Stelsel voor gezond en veilig werken. Uitgebracht aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, Sociaal-Economische Raad (SER) 2012; *Onafhankelijke medische beoordeling bij arbeidsongevallen en beroepsziekten*, PwC 2015; M. de Groot & S.D. Lindenberg, *Naar een Gedragscode Afhandeling Beroepsziekteclaims? Een inventarisatie bij afwikkeling van beroepsziekteclaims en van kansen voor een gedragscode als oplossingsrichting*, Rotterdam: EUR 2018; R. Knegt, W.A. Eshuis, J.M. Gaarhuis, A. Lunenburg, P. Mauser, J.R. Popma & M. Stekelenburg, *Verhaal van werkgerelateerde schade*, Hugo Sinzheimer instituut & UvA 2012. Andere onderzoeken die verband houden met het onderwerp zijn J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, Deventer: Wolters Kluwer 2016; E.F.D. Engelhard & R. Rijnhout, *Een regeling voor personenschade door rampen*, Den Haag: Bju 2015; S.D. Lindenberg & A.J. Akkermans, *Ervaringen met verhaal van schade. Van patiënten, verkeersslachtoffers, geweldsslachtoffers, burgers en werknemers*, Den Haag: Bju 2014.

29 Regeling uitkering chroom-6 Defensie, te raadplegen via <https://wetten.overheid.nl/BWBR0040982/2020-04-17> (oude regeling, geldend voor de vijf POMS-locaties). Op 31 mei 2021 werd bekend dat niet alleen op de vijf POMS-locaties, maar op alle Defensielocaties met chroom-6 werd gewerkt. De uitkeringsregeling is daarom uitgebreid en nu te raadplegen via <https://wetten.overheid.nl/BWBR0040982/2021-06-08>.

30 Zie hierover onder meer A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018, afl. 3.

31 Bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871 en A-G De Bock, 21 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:494.

32 [www.asbestslachtoffers.nl](http://www.asbestslachtoffers.nl).

33 [www.ops-loket.nl](http://www.ops-loket.nl).

34 [www.fedris.be/nl](http://www.fedris.be/nl).

35 [www.acc.co.nz](http://www.acc.co.nz).

Overheul werpt de vraag op waarom we deze initiatieven en ontwikkelingen onder een juridisch vergrootglas zouden leggen. Zij vergroten immers de toegang tot het recht (op vergoeding). Toch denkt Overheul dat het van belang is om hier goed over na te denken. De regelingen geven benadeelden een nieuwe juridische positie. Zij kunnen rechten en vergoedingen ontlenen aan deze regelingen. De mogelijke afsluiting van de gang naar de burgerlijke rechter maakt het zeer van belang om stil te staan bij de inrichting van deze regelingen. Hier komt bij dat ad-hocontwerpen van regelingen er altijd voor zorgen dat er een groep wordt buitengesloten, hetgeen rechtsongelijkheid en -onzekerheid kan veroorzaken.

Om uiteindelijk de wenselijkheid en het functioneren van alternatieve compensatieregelingen te beoordelen, zullen we er volgens Overheul vanuit verschillende perspectieven naar moeten kijken. Beginnend bij het aansprakelijkheidsrecht, zien we dat dat voornamelijk overwegingen kent van corrigerende rechtvaardigheid. Corrigerende rechtvaardigheid heeft betrekking op de verhouding tussen twee partijen en vereist dat wanneer schade is veroorzaakt, de oude toestand van het slachtoffer door de schadeveroorzaker wordt hersteld.<sup>36</sup> De normschending die in ons aansprakelijkheidsrecht een centrale rol inneemt, is hiermee onlosmakelijk verbonden. Zonder deze normschending kan de oude toestand namelijk niet worden hersteld.<sup>37</sup> Ook onlosmakelijk verbonden met de normschending is het beginsel van volledige compensatie.<sup>38</sup> Kijken we naar het schadevergoedingsrecht, dan zien we dat dat beginsel daar centraal staat en dat schade concreet wordt begroot.

Wat valt op als we kijken naar een alternatief systeem? Daar staat juist geen normschending centraal. Dat is ook niet vreemd, aangezien de vergoedingsgedachte binnen zo'n alternatief systeem voornamelijk is gebaseerd op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid, hetgeen betrekking heeft op verdeling van goederen en lasten onder leden van een groep. Ook wijkt het alternatieve systeem af van het beginsel van volledige compensatie. Schade wordt abstract begroot en benadeelden worden met een gestandaardiseerde tegemoetkoming juist onder- of overgecompenseerd. Dit laatste komt de snelheid van het proces ten goede, en zorgt ervoor dat benadeelden met minder bewijs dan in de klassieke procedure hun schade vergoed kunnen krijgen. Uiteraard roept dit ook vragen van procesrechtelijke en mensenrechtelijke aard op. Wanneer de klassieke

route van het aansprakelijkheidsrecht wordt afgesloten, zal nog steeds voldaan moeten worden aan de eisen van art. 13 EVRM, het bieden van een daadwerkelijk rechtsmiddel, en art. 6 EVRM, waar onder meer de eis van hoor en wederhoor is neergelegd. En als aan de eisen van art. 6 EVRM is voldaan, voelen mensen zich dan ook daadwerkelijk gehoord?<sup>39</sup> Ervaren zij een alternatieve compensatieregeling als rechtvaardiger dan het klassieke aansprakelijkheidsrecht?

Belangrijk motief en aanname voor het instellen van alternatieve compensatieregelingen is dat het een prettigere procedure zou bieden aan benadeelden. Dit zou een positief effect kunnen hebben op hun procedurele rechtvaardigheidsbeleving. Kijken we naar theorieën uit de sociale psychologie, dan blijkt dat voor de rechtvaardigheidsbeleving van belang is dat rekening wordt gehouden met de wijze waarop de uitkomst tot stand is gekomen. Inspraak is belangrijk, respectvolle communicatie, een transparante procedure, maar ook eerlijke en vlote besluitvorming. Wanneer daar sprake van is, kan het *fair process effect* optreden.<sup>40</sup> Dat houdt in dat ervaren procedurele rechtvaardigheid een positief effect heeft op hoe mensen reageren en bij kan dragen aan het naleven van maatregelen en vertrouwen in instituties. Uit sommige onderzoeken naar alternatieve compensatiesystemen volgt dat de rechtvaardigheidsbeleving binnen zo'n systeem sterker is dan in het klassieke aansprakelijkheidsrecht. Ook zou het ontbreken van volledige compensatie geen invloed hebben op de rechtvaardigheidsbeleving.<sup>41</sup> Toch blijft meer onderzoek, met name naar het functioneren van alternatieve compensatiesystemen in Nederland, wenselijk.

Gaan we het aansprakelijkheidsrecht in beroepsziektezaken vervangen voor alternatieve compensatiesystemen, en is dat wenselijk gelet op de uitgangspunten van ons aansprakelijkheidsrecht, schadevergoedingsrecht, procesrecht en ervaringen van benadeelden? Voor de beantwoording van deze vraag is meer onderzoek nodig, en daar hoopt Overheul de komende jaren met haar promotieonderzoek een bijdrage aan te leveren. Wat wel duidelijk is, is dat alternatieve compensatiesystemen in opkomst zijn in Nederland, zij het voornamelijk ad hoc. Een overkoepelend beleid gekoppeld aan juridische grondslagen ontbreekt.<sup>42</sup> Het is van belang dat we als juristen goed over deze ad-hocregelingen (blijven) nadenken. Want de afhandeling van beroepsziekteclaims vraagt al jaren om een rechtvaardige oplossing. Naar de mening van Overheul zou de discussie over alternatieve compensatieregelingen niet alleen in de politiek moeten worden gevoerd, maar ook in de rechtswetenschap.

36 Zie hierover onder meer A.M. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid', *Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht 2016* en recenter A.M. Loth, 'Uit de ban van corrigerende rechtvaardigheid. Over de begroting en afwikkeling van massaschade', *NTBR 2021/21*.

37 Het is de vraag of het aansprakelijkheidsrecht in letselschadezaken 'corrigerende rechtvaardigheid' daadwerkelijk kan bewerkstelligen. Uiteindelijk krijgt maar een klein deel van letselschadeslachtoffers compensatie op grond van het aansprakelijkheidsrecht. Zie hierover P. Cane & J. Goudkamp, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge, p. 402. Verder zij opgemerkt dat het aansprakelijkheidsrecht ook noties van distributieve rechtvaardigheid kent.

38 Zie hierover P. Cane & J. Goudkamp, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press 2018, p. 145.

39 H. Grootelaar, L. Hulst & K. van den Bos, 'Ervaren procedurele rechtvaardigheid', in: G. de Groot & H.M.M. Steenberghe (red.), *De mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 108.

40 K. van den Bos & E.A. Lind, 'How Do I Judge My Outcome When I Do Not Know the Outcome of Others? The Psychology of the Fair Process Effect', *Journal of Personality and Social Psychology* 1997, afl. 5, p. 1034-1046.

41 K. Watts, 'Potential of No-fault Comprehensive Compensation Funds to Deal with Automation and other 21st Century Transport Developments', *European Journal of Commercial Contract Law*, afl. 1, 2020, p. 1-21.

42 Zie voor Ierland K. Watts, 'Managing Mass Damages Liability via Tort Law and Tort Alternatives, with Ireland as a Case Study', *Journal of European Tort Law*, afl. 1, 2020, p. 57-65.

## 5. Schadevaststelling bij aantasting van de winstcapaciteit van een onderneming

De laatste spreker van de middag is Marnix Hebly, die als universitair docent is verbonden aan Erasmus School of Law en medio 2019 promoveerde op het proefschrift 'Schadevaststelling en tijd'.<sup>43</sup> Hij spreekt over vaststelling van schade wegens aantasting van de winstcapaciteit van een onderneming; een onderwerp dat voor de praktijk belangrijk is, maar in de rechtsgeleerdheid tot op heden betrekkelijk onderbelicht is gebleven.<sup>44</sup> Hebly bespreekt het thema aan de hand van een complexe en buitengewoon langdurige zaak waarin de vraag speelt hoe de schade moet worden vastgesteld die een onderneming (betonpalenfabrikant) heeft geleden doordat zij in 1976 haar bedrijf niet heeft kunnen uitbreiden (om voorgespannen betonpalen te maken) door de fout van een ander (de gemeente die niet, of althans niet tijdig, de voor de uitbreiding benodigde grond levert).<sup>45</sup> Meer specifiek draait het geschil in de schadestaatprocedure om de vraag of bij de schadevaststelling mag worden uitgegaan van een peildatum in het verleden en – daarmee verband houdend – om de te hanteren disconteringsvoet (voor contantmaking van de 'toekomstige' schadebedragen) en de te berekenen wettelijke rente (vanaf de peildatum).

Hebly wijst erop dat in de schadestaatprocedure cruciaal is dat de door het hof ingestelde Commissie van Deskundigen van oordeel was dat de schade van de fabrikant moet worden vastgesteld volgens de zogenaamde 'economische benadering'.<sup>46</sup> Die benadering houdt in dat de vermogensschade van het betonbedrijf bestaat in de verloren *ondernemingswaarde*. De gedachte is dat een onderneming als zodanig een economische waarde heeft, die is gelegen in haar winstpotentie. Door een bedrijfsuitbreiding te verhinderen, raakt een stuk winstpotentie (onmiddellijk) aangetast, moeten winstverwachtingen naar beneden worden bijgesteld en gaat dus (direct) een stukje ondernemingswaarde verloren. De waarde van een onderneming wordt vaak bepaald door uit te gaan van een bepaalde waarderings- of peildatum, en door toekomstige vrije kasstromen, die per dat moment worden verwacht, contant te maken aan de hand van een disconteringsvoet. Toegepast op de schadeberekening zou de methode erop neerkomen dat men aldus het verschil in ondernemingswaarde berekent tussen de situatie met en zonder normschending (in casu de wanprestatie die de voorgenomen bedrijfsuitbreiding verhinderde).

De kern van het betoog van Hebly is dat hier in essentie twee benaderingen van schade tegenover elkaar kunnen

worden geplaatst. Volgens de ene benadering moeten de concreet *misgelopen winst* worden vergoed. Deze benadering vertoont gelijkenissen met hoe in personenschadezaken de schade wegens verlies van arbeidsvermogen wordt vastgesteld. Net als een persoon, heeft een onderneming een 'verdien capaciteit'. Raakt die capaciteit aangetast, of wordt de ondernemer althans verhinderd daar gebruik van te maken, dan loopt men vervolgens over een langere periode inkomsten mis. De *communis opinio* lijkt dat winstderving in dergelijke gevallen een *duurschade* is die deel voor deel intreedt.<sup>47</sup> Dat betekent dat de schade *ex post* wordt vastgesteld voor zover het gaat over de periode tussen de schadegebeurtenis en het moment waarop de schade wordt vastgesteld (vgl. art. 6:105 BW). Men kan (en moet) dan bij de schadevaststelling immers 'concreet' terugkijken op ontwikkelingen gedurende die periode (en nadere invulling geven aan het scenario zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis). De wettelijke rente gaat lopen per schadecomponent, dus bijvoorbeeld per jaar waarover de winstderving is vastgesteld. Disconteren van schade gebeurt alleen voor zover het gaat om schade die op het vaststellingsmoment daadwerkelijk toekomstig is.

Volgens de andere benadering bestaat de schade in de verloren *ondernemingswaarde* (zie hiervoor). Goed beschouwd vertoont deze benadering juist gelijkenissen met hoe in het algemeen zaakschade wordt vastgesteld. Net zoals een zaak vertegenwoordigt immers ook een onderneming een bepaalde waarde in het economisch verkeer. Deze schadevorm (verlies van economische waarde) treedt onmiddellijk in op het moment van de schadegebeurtenis en is in zoverre een *momentschade*.<sup>48</sup> De waardering geschiedt *ex ante*, dus aan de hand van de beschikbare kennis en informatie ten tijde van de schadegebeurtenis die de waardevermindering deed intreden. De kasstromen die op dat moment mochten worden verwacht, worden gediscoteerd, oftewel: gewaardeerd naar het moment van de schadegebeurtenis. De wettelijke rente over de schade, bestaande in de verloren ondernemingswaarde, gaat onmiddellijk lopen; de schade heeft immers een momentaan karakter.

De twee benaderingen staan tegenover elkaar en sluiten elkaar uit, en dat impliceert een keuzemoment.<sup>49</sup> Hebly vraagt zich af welke argumenten pleiten voor of tegen de ene of de andere benadering. Men kan natuurlijk zeggen dat met de gederfde winstbenadering de vergoeding zo nauwkeurig mogelijk aansluit bij de 'werkelijk geleden' schade: de schade wordt begroot met inachtneming van feiten en

43 Promotoren: prof. mr. S.D. Lindenbergh en prof. mr. H.N. Schelhaas.

44 Hebly baseert deze bijdrage op het achtste hoofdstuk van zijn proefschrift (M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. EUR), Den Haag: Boom juridisch 2019) en op M.R. Hebly & A.C.W. Pijls, 'Schadevaststelling bij aantasting van de winstcapaciteit van een vennootschap als gevolg van wanprestatie', *AV&S* 2020/18, p. 113-119.

45 HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, *NJ* 2020/120, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Vianen/X*).

46 Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, *JOR* 2017/339, m.nt. J. Joling.

47 Zie TM, *PG Boek* 6, p. 365. Het voortdurende karakter van de schade wordt bijvoorbeeld bevestigd in *Leeuwarden/Los*, HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2795, *NJ* 2002/576, m.nt. J.B.M. Vranken, het 'klasieke' arrest over meervoudige causaliteit ingeval van winstderving.

48 Zie over het begrip 'momentschade' uitvoerig M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. EUR), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 55.

49 Of men zou, zoals in de zaak tussen de betonfabrikant en de gemeente werd gedaan, een 'hybride' methode kunnen hanteren die aspecten van de ene en de andere benadering combineert, zodat aan beide benaderingen recht zou worden gedaan. Dat blijft hier buiten beschouwing. Zie hierover uitvoerig M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. EUR), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 242 e.v.



omstandigheden die na de schadegebeurtenis bekend zijn geworden, en dat biedt een zekere *reality check*. Dat de schade zich gaandeweg uitkristalliseert, betekent evenwel dat de timing van de schadevaststelling, die het onderscheid tussen de geleden en nog te lijden schade markeert (art. 6:105 BW), nogal kan uitmaken. Vanuit bedrijfseconomisch perspectief worden bezwaren opgeworpen tegen *ex post* schadevaststelling, omdat daarmee op een onjuiste manier wordt omgegaan met de factor ‘risico’: critici menen, kort gezegd, dat schadevergoeding op basis van kennis achteraf (*hindsight*) de benadeelde niet plaatst in de positie waarin hij zou hebben verkeerd zonder normschending, maar de onzekere wereld – ‘ondernemen is risico nemen’ – vervangt door een zekere uitkomst.<sup>50</sup>

Voor de tegengestelde visie (hantering van het begrip verloren ondernemingswaarde) geldt in wezen het spiegelbeeldige. Voor die benadering pleit dat de schade direct vaststaat en dat het schadebeeld niet kan veranderen met het verloop van tijd. Dat zou de schadeafwikkeling kunnen versnellen; het heeft immers geen zin om latere ontwikkelingen af te wachten om de schade(omvang) nader te kunnen concretiseren. De benadering zou bovendien aansluiten bij de bedrijfseconomische realiteit en theorie. Door de verloren ondernemingswaarde te vergoeden, wordt immers op de ‘juiste’ manier rekening gehouden met de factor risico: de benadeelde krijgt de waarde vergoed van wat verloren ging toen de onderneming werd getroffen, en bij de waardering weegt mee dat ondernemen risico nemen is. Tegen de benadering zou pleiten dat het in feite neerkomt op een ‘abstracte’ wijze van schadevaststelling: er moet immers worden weggekeken van feiten en omstandigheden die zich na de schadegebeurtenis hebben voorgedaan en die concreet iets zeggen over het ‘feitelijk’ geleden nadeel. Men vraagt zich bovendien af of het überhaupt mogelijk is om tot een zuivere ‘terugplaatsing in de tijd’ te komen voor een *ex ante* ondernemingswaardering. Sommigen menen dat bij ondernemingswaardering achteraf altijd het gevaar van *hindsight bias* op de loer ligt.<sup>51</sup>

Een en ander kan worden samengevat in de volgende tabel:

Schadebegrip	Gederfde winst ('concreet')	Verlies ondernemingswaarde ('abstract')
<i>Wanneer</i>	duurschade, deel voor deel	momentschade, onmiddellijk
<i>Informatie</i>	<i>ex post</i> voor voorbije periode	geheel <i>ex ante</i>
<i>Disconteren</i>	alleen voor zover toekomstig (vgl. art. 6:105 BW)	alle componenten ‘terug’ naar peildatum
<i>Wettelijke rente</i>	per schadecomponent	vanaf schadegebeurtenis
<i>Voor</i>	‘concrete’ vaststelling, want ook <i>ex post</i> feiten en omstandigheden; <i>reality check</i> i.p.v. prognoses	schade staat direct ‘vast’; sluit aan bij ‘bedrijfseconomische realiteit’ (i.v.m. omgang met ‘risico’)
<i>Tegen</i>	schadeverloop veranderlijk, dus <i>timing game</i> ; onjuiste omgang met ‘risico’	‘abstracte’ schadeberekening; zuivere ‘terugplaatsing’ in tijd onmogelijk ( <i>hindsight bias</i> )

Hebly rondt zijn bijdrage af met de boodschap dat op dit terrein van schadevergoedingsrecht nog veel winst is te halen uit interdisciplinair en rechtsvergelijkend onderzoek. De zaak tussen de fabrikant en de gemeente laat wat hem betreft zien dat met de keuze(s) die op dit punt (moeten) wordt (worden) gemaakt, zeer grote financiële belangen op het spel kunnen staan.

6. Slot

Het congres werd afgesloten met de uitreiking van de VBR-publicatieprijs 2019. Die was dit jaar voor Tycho de Graaf van de Universiteit Leiden voor zijn artikel ‘De kwalificatie van bitcoins’.<sup>52</sup> De jury roemde de combinatie van een (ook voor eenvoudige juristen) begrijpelijke uitleg van de techniek die aan de bitcoin ten grondslag ligt en de gedegen juridische kwalificatie van die techniek.

50 Bijv. F.M. Fisher & R.C. Romaine, ‘Janis Joplin’s Yearbook and the Theory of Damages’, *Journal of Accounting, Auditing & Finance* 1990-1, p. 154.

51 Bijv. T.J. Bowles, ‘Hindsight in Commercial Damages Analysis’, *Journal of Legal Economics* 2008-3, p. 1-14.

52 T.J. de Graaf, ‘De kwalificatie van bitcoins’, *NJB* 2019/2, p. 6-18.