

## Schadeberekening en herstel van de schade

Barendrecht, J.M.

*Published in:*

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

*Publication date:*

1985

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Barendrecht, J. M. (1985). Schadeberekening en herstel van de schade. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 116(5764), 789-796.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Schadeberekening en herstel van de schade

Mr. J. M. Barendrecht\*

## I. Inleiding

1. In dit opstel staat centraal de vraag hoe in het civiele schadevergoedingsrecht<sup>1</sup> de omvang van de toe te kennen schadevergoeding dient te worden bepaald. In ons recht speelt het leerstuk van de abstracte en concrete schadeberekening daarbij een grote rol. Het is met name aan dit leerstuk, dat ik de nodige aandacht wil besteden. Ik zet daarom eerst uiteen wat men in de heersende leer onder concrete dan wel abstracte schadeberekening verstaat.
2. Ik laat Bloembergen aan het woord:

'Men kan, als men over schade spreekt, denken aan een volkomen concreet, subjectief begrip: schade is dan het werkelijke nadeel, dat de benadeelde lijdt, waarbij volledig rekening is te houden met zijn concrete situatie, met de subjectieve omstandigheden waarin hij verkeert. Men kan echter ook denken aan een meer objectief begrip, waarbij men zich geheel of ten dele losmaakt, abstraheert van de concrete omstandigheden waarin nu juist deze benadeelde verkeert en waarbij men zich meer richt naar het normale<sup>2</sup>.'

In de praktijk blijken deze beide vormen van schadeberekening naast elkaar te worden toegepast. Voor sommige vormen van schade geldt, dat de rechtspraak bij de schadeberekening afstand lijkt te nemen van de concrete omstandigheden. In andere gevallen neigen rechtspraak en literatuur er toe wel met de omstandigheden van het geval rekening te houden.

3. Dit doet de volgende vragen rijzen:

- a. Waarom wordt in het ene geval de schade abstract berekend en in het andere geval concreet<sup>3</sup>?

- b. Van welke omstandigheden wordt nu eigenlijk geabstraheerd?

Op zoek naar een antwoord ga ik eerst aan de hand van een eenvoudig schadegeval na wat deze beide methoden van schadeberekening inhouden.

## II. Concrete en abstracte schadeberekening

1. Schade is iets negatiefs, de negatieve gevolgen van een gebeurtenis<sup>4</sup>. Degene die de schade ondervindt, de gelaedeerde, zal die negatieve gevolgen over het algemeen willen wegnemen. Het is van groot belang om vast te stellen, dat hij voor dat 'herstel' verschillende mogelijkheden heeft.

Door een botsing tegen een boom ontstaat een deuk in een auto. De gelaedeerde, de eigenaar van de auto, komt

\* Advocaat te 's-Gravenhage.

1. Ik beperk mij tot het civiele schadevergoedingsrecht. Het publiekrechtelijke schadevergoedingsrecht laat ik buiten beschouwing. Vgl. A. R. Bloembergen, *Monografieën NBW B-34 1982 p. 10 a.v.*

2. A. R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. 1965, p. 36.

3. vgl. onder meer: Bloembergen, diss. p. 36 e.v.; Asser-Rutten-Hartkamp I 1984 p. 309 e.v.; Hoffmann-Van Opstall 1976 p. 190 e.v.; L. E. H. Rutten noot onder NJ 61, 444; H. C. F. Schoordijk; *Alg. Verb. Recht NBW 1979 p. 234 e.v.*; R. Cleton, *NJB 1984 p. 1077*; R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW*, diss. 1984, p. 218.

4. vgl. Bloembergen, diss. p. 13 e.v. en Hoffmann-Van Opstall p. 175. Ik beoog hier geen definitieve van het begrip schade te geven (zie daarvoor hoofdstuk V). Ik geef er de voorkeur aan het begrip schade in eerste instantie 'intuïtief' vorm te laten krijgen. vgl. Asser-Rutten-Hartkamp I 1984, p. 298.

voor een keuze te staan. Hij kan zijn auto gedeukt blijven gebruiken. Hij kan hem naar een garage brengen ter reparatie. Hij kan zelf zijn auto uitdeuken of dit zijn buurman tegen een kleine vergoeding laten doen.

Als de schade aan de auto wat aanzienlijker is, zal de gelaedeerde voor de keuze komen tussen reparatie en de aankoop van een nieuwe auto. Als reparatie lang gaat duren en hij zijn wagen dagelijks nodig heeft, zal hij overwegen zolang een andere auto te huren om dat ongemak weg te nemen. Hij kan echter ook een strippenkaart aanschaffen en zich een tijdje per openbaar vervoer naar zijn werk begeben.

De gelaedeerde kiest één van de herstel mogelijkheden en voert het herstel op die éne en bepaalde wijze uit. Hij had echter ook anders kunnen handelen en voor een andere wijze van herstel kunnen kiezen. Dit skala van herstel mogelijkheden dat de gelaedeerde ter beschikking staat, vormt het decor tegen de achtergrond waarvan ik het schadevergoedingsrecht zal beschouwen.

2. Tot nu toe sprak ik van de gelaedeerde. In ons recht dient in beginsel een ieder zijn eigen schade zelf te dragen<sup>5</sup>. In uitzonderingsgevallen is er een ander aan te wijzen die de schade heeft toegebracht en hiervoor aansprakelijk is, de laedens. In het voorbeeld:

De deuk wordt veroorzaakt door een aanrijding waar een ander 'schuld' aan heeft.

Gegeven zijn aansprakelijkheid en een voldoende causaal verband zal de laedens de schade hebben te vergoeden. Nu komen we bij de schadeberekening terecht, de vaststelling van de omvang van de vergoedingsplicht.

3. Als algemeen recept voor schadeberekening vinden we dat het vermogen van de gelaedeerde, zoals dat er na de inwerking van het schadetoebrengende feit uitziet (het werkelijke vermogen), vergeleken moet worden met het vermogen van de gelaedeerde, zoals dat er zonder de inwerking van het schadetoebrengende feit uit zou hebben gezien (het hypothetisch vermogen)<sup>6</sup>. Onder vermogen wordt dan steeds verstaan vermogen in feitelijk-economische zin, namelijk datgene wat op geld te waarderen is. Het verschil tussen die twee in geld uitgedrukte bedragen is de schade en de verschuldigde schadevergoeding is gelijk aan die schade<sup>7</sup>. Concreet is de schadeberekening nu, indien met alle omstandigheden van het geval rekening wordt gehouden.

4. Bekijken we de concrete schadeberekening tegen het zojuist opgetrokken decor van herstel mogelijkheden, dan kunnen we vaststellen, dat de uitwerking van het schadetoebrengende feit op het vermogen van de gelaedeerde afhangt van de keuze van de gelaedeerde voor een bepaalde herstel mogelijkheid.

Terugkerend naar het voorbeeld:

De auto gedeukt blijven gebruiken kost niets. De reparatie bij de garage kost, zeg, f 500,—. Het zelf uitdeuken met bijwerken kost misschien een paar tientjes voor wat materiaal. De handige buurman doet de klus voor f 100,—. Deze bedragen bepalen tevens de door de laedens te betalen concrete schadevergoeding.

De keuze van de gelaedeerde voor een bepaalde vorm van herstel beïnvloedt zijn vermogen en daarmee de door de laedens te betalen schadevergoeding. De concrete methode kan voor dit geval dan ook worden samengevat als: gelaedeerde kies maar voor welke herstel methode je wilt en stuur de rekening maar naar de laedens<sup>8</sup>. De laedens is, wat de hoogte van die rekening betreft, afhankelijk van de grillen van de gelaedeerde. Het is diens keuze

voor een bepaalde reactie op de schade die de omvang van de (concrete) schadevergoedingsplicht bepaalt.

5. Wat stelt de abstracte methode hier nu tegenover? De abstracte methode houdt niet zozeer rekening met de bijzonderheden van het betreffende geval, maar gaat na hoe groot in het algemeen de schade is van een schuldeiser, die in een gelijksoortige positie verkeert als deze gelaedeerde<sup>9</sup>. Vraag a) dient zich al aan. Van welke omstandigheden van het geval wordt nu precies geabstraheerd<sup>10</sup>? Dat is een vraag waarop de schrijvers het antwoord eigenlijk schuldig blijven. Ja, de omstandigheden die de gelaedeerde persoonlijk betreffen, zo wordt gesteld<sup>11</sup>. Maar wat wordt daarmee bedoeld? De omstandigheid dat de gelaedeerde in het bezit is van 'gouden handjes'? Dat hij een handige buurman heeft? Dat zijn garage-houder goedkoop of juist duur is? Dat hij een duurdere auto heeft dan de gemiddelde Nederlander? Dat hij van plan was zijn auto naar de sloop te brengen? De doktrine komt er niet uit<sup>12</sup>.

6. Mijn stelling is, dat bij toepassing van de abstracte methode in ieder geval wordt geabstraheerd van de wijze van herstel die de gelaedeerde in werkelijkheid (in concreto) koos. Steun daarvoor is te vinden in het Telefoonkabels-arrest<sup>13</sup> dat als een baanbrekende toepassing van de abstracte methode wordt beschouwd<sup>14</sup>.

Knebel, de laedens, heeft schade veroorzaakt aan een stel telefoonkabels van de PTT. De PTT liet die schade door eigen personeel herstellen. De Rechtbank, daarin gevolgd door het Hof, past concrete schadeberekening toe. Zij beziet slechts het nadeel in het vermogen van de PTT. Met andere woorden: Knebel heeft de reparatierekening te betalen. Daar de reparateurs al bij de PTT in dienst waren, valt die rekening laag uit.

De Hoge Raad overweegt:

'Dat dit uitgangspunt echter onjuist is.

Dat toch de Staat (PTT) door de beschadiging van de kabels reeds vòòr en onafhankelijk van het herstel van die kabels in zijn vermogen een nadeel leed, gelijk aan de waardevermindering welke de desbetreffende vermogensbestanddelen door die beschadiging ondergingen en de vergoeding verschuldigd voor een door een onrechtmatige daad veroorzaakte zaaksbeschadiging steeds tenminste zal belopen het geldsbedrag waarin de daaruit voortvloeiende waardevermindering kan worden uitgedrukt.

In de door mij gecursiveerde passage zit de crux. De HR abstraheert van de herstel methode die de PTT koos. De reparatie door haar personeel wordt niet relevant geacht. De doorwerking van de keuze van de gelaedeerde voor een bepaalde wijze van herstel in de door de laedens te betalen schadevergoeding, komt tot staan<sup>15</sup>.

5. zie: de artikelenserie in NJB 1980 (op p. 977 overzicht) welke ook in boekvorm is uitgegeven.

6. Bloembergen diss. p. 13 e.v.; Asser-Rutten-Hartkamp I 1984 p. 306.

7. Bloembergen diss. p. 114 e.v.

8. vgl.: Asser-Rutten III 1983 p. 94.

9. Asser-Rutten-Hartkamp p. 309/310; vgl: Bloembergen diss. p. 36; L. E. H. Rutten noot onder NJ 61, 444; Bloembergen Monografieën NBW B-34 1982 p. 65; Opvallend is dat de HR zelf de terminologie abstractconcreet nooit gebruikte. zie: Zwitsers diss. p. 219.

10. vgl. Bloembergen p. 38/39; Contractenrecht VI nr. 955 (G. J. de Groot); vgl.: R. Zwitsers, WPNR 5517, p. 323.

11. L. E. H. Rutten noot onder NJ 61, 444; Bloembergen t.a.p. vgl.: Hoffmann-Van Opstall 1976 p. 190.

12. Een probleem is bovendien, dat door sommige auteurs ook 'forfaitair' vastgestelde schadevergoedingen, als bijvoorbeeld de wettelijke rente van art. 1286 BW onder het begrip abstracte schadevergoeding worden gerekend.

13. HR 16 juni 1961; NJ 61, 444, m.n. L.E.H. R.

14. O.D. II no. 23.

15. vgl. hier Hoffmann-Van Opstall p. 194: 'Van het antwoord op de vraag wat de schuldeiser (. . .) met een te ontvangen schadevergoeding zal gaan doen wordt dus geabstraheerd.'

7. Voor een geval van zaaksbeschadiging heeft de HR dus beslist dat moet worden geabstraheerd van de herstelmethodes die de gelaedeerde in concreto koos en uitvoerde<sup>16</sup>. Daarmee is echter alleen maar gezegd wat niet de grondslag voor de berekening van de schadevergoeding moet vormen. Een alternatief is nog niet gegeven. De abstracte methode van schadeberekening lijkt niet veel meer te zijn dan een ontkenning van de concrete methode. De vraag blijft hoe de abstracte methode moet worden ingevuld.

### III. Waarde?

1. De Hoge Raad vond de oplossing in de geciteerde overweging van het Telefoonkabelarrest in het begrip waarde. De waardevermindering van de zaak bepaalt de (minimaal) verschuldigde schadevergoeding bij zaaksbeschadiging (zie citaat). In de literatuur is gepoogd deze rechtspraak te veralgemenen<sup>17</sup>. Schadeberekening en het gebruik van het begrip waarde zouden kunnen worden vereenzelvigd. De schade zou in het algemeen kunnen worden gevonden door de waarde van het vermogen met en zonder de werking van het schadetoebrengende feit te vergelijken.

2. Bij schade bestaande uit het geheel verlies van een zaak komt men dan tot een schadevergoeding gelijk aan de waarde van die zaak<sup>18</sup>. Bij zaaksbeschadiging is de schadevergoeding de waardevermindering van de zaak. Bij wanprestatie bestaande in het niet-nakomen van een leveringsverplichting acht men eveneens de waarde van die zaak vergoedbaar<sup>19</sup>. Zo werd ook geponeerd dat in geval van schade door het tijdelijk missen van de gebruiksmogelijkheid van een zaak, de schadevergoeding te stellen zou zijn op de waarde van die gebruiksmogelijkheid, de huurwaarde<sup>20</sup>. Hier ging het echter mis. De rechtspraak kiest voor concrete schadeberekening en acht de huurwaarde slechts dan vergoedbaar, indien ook in feite een vervangende zaak is gehuurd<sup>21</sup>. Ook in een aantal andere gevallen kan de rechtspraak niet met het waardebegrip uit de voeten. Ik noem als voorbeeld nog letselschade<sup>22</sup>.

3. Ook voor de categorieën schades waarvoor schadeberekening aan de hand van het begrip waarde wel aanvaard werd heeft het gebruik daarvan bezwaren. Het waardebegrip is niet erg éénvoudig. Eindeloos is geprocedeerd over de vraag of nu verkoop- of inkoopwaarde van de zaak uitgangspunt moet zijn van de schadeberekening bij niet-levering van een zaak<sup>23</sup>. Een ander probleem wat kan optreden is dat er voor bepaalde goederen in het geheel geen markt is of dat er deelmarkten zijn waar vraag en aanbod op verschillende punten bijeenkomen<sup>24</sup>. Moet een groothandelaar in stereo-apparatuur die wordt aangereden terwijl zijn auto vol ligt met zijn handel, welke door het ongeval onherstelbaar is beschadigd, zijn schade nu vergoed krijgen op basis van de groothandelsprijs of op basis van de prijs welke de gewone consument betaalt<sup>25</sup>?

Als algemeen geldend recept van schadeberekening lijkt het gebruik van het begrip waarde niet erg bruikbaar. Het is te weinig specifiek en laat te veel vragen onbeantwoord.

### IV. Herstel!

1. Is er een andere vuistregel aan te geven voor de berekening van de schadevergoeding? Op zoek naar zo een algemeen beginsel van schadeberekening, ligt het voor de hand de doelstellingen van het schadevergoedingsrecht te bezien. Bij Bloembergen kunnen we lezen dat de schadevergoeding in hoofdzaak beoogt de negatieve gevolgen van

het schadetoebrengende feit voor de gelaedeerde weg te nemen. De schadevergoeding compenseert die negatieve gevolgen<sup>26</sup>; maakt die gevolgen voor de gelaedeerde goed met een som geld.

2. Daarnaast heeft de schadevergoeding n.m.m. echter de functie om het de gelaedeerde mogelijk te maken de negatieve gevolgen van het schadetoebrengende feit ook in werkelijkheid weg te nemen. De schadevergoeding stelt hem in staat de schade te herstellen. Dit vloeit alleen al daaruit voort, dat de verplichting tot schadevergoeding steeds een secundaire rechtsplicht is die pas ontstaat als een primaire rechtsplicht wordt geschonden. De schending van de primaire rechtsplicht kan niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst zijn of b.v. niet-nakoming van de verplichting te handelen zoals dat in het maatschappelijk verkeer betaamt<sup>27</sup>. De gevolgen van dit onrecht, de schade, dienen te worden weggenomen en wel door degene die de schade ten onrechte veroorzaakte.

3. Denkbaar ware een rechtsstelsel waarin de laedens verplicht is de schade te herstellen of te laten herstellen<sup>28</sup>. In het voorbeeld: de veroorzaker van de schade en niet de gelaedeerde deukt de auto uit of laat hem op zijn kosten repareren.

Op (onder meer) doelmatigheidsgronden is in ons rechtsstelsel niet voor deze oplossing gekozen<sup>29</sup>. Een (vervanging) verplichting tot schadevergoeding is veel eenvoudiger uitvoerbaar en verdient daarom de voorkeur. Daarbij speelt ook een rol dat de schadevergoeding de gelaedeerde niet alleen in staat stelt de schade zelf te (laten) herstellen, maar hem ook de vrije keuze laat tussen de verschillende herstelmogelijkheden, die hem ten dienste staan om de schade die aan zijn zijde wordt geleden weg te nemen<sup>30</sup>.

4. Het schadevergoedingsrecht bevordert echter wel het feitelijke wegnemen van de schade en die herstelfunctie dient ook bij de berekening van de schadevergoeding in het oog te worden gehouden.

Dit biedt de mogelijkheid tot het formuleren van een algemeen beginsel. Mijn hypothese luidt, dat de rechtspraak op het gebied van de berekening van de schadevergoeding kan worden verklaard als wordt aangenomen dat daarvoor het volgende beginsel geldt:

'De kosten van een redelijke maatregel, die erop gericht is de negatieve gevolgen van het schadetoebrengende feit weg te nemen, zijn vergoedbaar.'

16. Zo ook: HR 12 april 1985; RvdW 85, 75 (Staat/Van Driel).

17. zie: Zwitsers WPNR 5517 en diss. p. 219 e.v.; vgl.: E. M. Meijers, noot bij NJ 38, 269; Asser-Rutten-Hartkamp p. 308.

18. O.D. II no. 69; zie verder par. VI.1.

19. Contractenrecht VI no. 956 en de daar genoemde arresten; zie verder par. VI.2.

20. Bloembergen t.a.p. p. 72 e.v.; zie verder par. VI.9.

21. zie de rechtspraak genoemd in O.D. II nr. 25 en 85 e.v.

22. Bloembergen p. 102; O.D. II (G. J. de Groot) no. 369; vgl. ook de arresten: HR 23 maart 1979; NJ 79, 482 m.n. A.R.B. (Flatgebouw 'van Hoghenoucklaan') en HR 25 september 1981; NJ 82, 255 m.n. C.J.H.B. (verstekvonnis).

23. Contractenrecht VI no. 961.

24. vgl.: G. Hamaker, Prêadvies Ver. Bouwrecht 1980, p. 99 noot 3.

25. Bloembergen p. 54.

26. Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) p. 2 e.v.; Asser-Rutten III 1983 p. 44 e.v.

zie ook: K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil 1982 p. 390 e.v. en H. Lange, Schadenersatz 1979 p. 5 e.v.

27. vgl.: artikel 6.1.9.1. NBW.

28. Zo stelt het Duitse BGB in par. 249 de verplichting tot 'Naturalherstellung' voorop, maar geeft de eiser de keuze in plaats daarvan schadevergoeding in geld te verlangen.

29. vgl.: artikel 6.1.9.9. NBW en Bloembergen diss. p. 122 e.v.

30. zie par. 249.2 BGB: 'so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen'.

5. Ik keer ter toelichting even terug naar de concrete schadeberekening. We zagen dat de concrete (werkelijke) reactie van de gelaedeerde op het schadetoebrengende feit, zijn keuze voor een bepaalde wijze van herstel, in bepaalde gevallen als basis voor de berekening van de schadevergoeding werd verworpen. De HR abstraheerde van de reparatie door het PTT-personeel. We zagen ook dat de gelaedeerde, die in concreto uitgevoerde herstellwijze tevoren had gekozen uit een aantal in beginsel mogelijke manieren om de schade te herstellen. Een mogelijk procedé voor de schadeberekening is, dat deze keuze in gedachten (in abstracto) wordt overgedaan en het nieuwe, wel denkbare, maar nooit uitgevoerde, redelijke 'herstelplan' de basis wordt voor de toe te kennen schadevergoeding.

Stel de eigenaar van de beschadigde auto repareert zijn auto zelf. De concrete schadevergoeding bedraagt een paar tientjes. De eigenaar had echter ook anders kunnen handelen. Een redelijke reactie op de schade was geweest, dat hij de auto naar een niet al te dure garage had gebracht en zijn voertuig daar had laten repareren. Deze fiktieve reactie kan de basis zijn voor de schadeberekening.

Vaste rechtspraak bleek te zijn dat in gevallen als deze de objectief berekende herstelkosten vergoedbaar zijn. Dit kan men ook zo zien, dat de schade wordt vergoed *alsof* de gelaedeerde de 'objectieve' wijze van herstel heeft uitgevoerd.

6. De fiktieve keuze die aldus de basis voor de schadeberekening vormt, dient aan bepaalde maatstaven te voldoen. De kosten van een redelijke wijze van herstel, redelijk zowel ten opzichte van de laedens als van de gelaedeerde, zijn vergoedbaar. Het gaat voorts om *een* redelijke herstellwijze. In een bepaald geval kunnen meerdere manieren van herstel redelijk zijn en dan zijn ook verschillende uitkomsten van de schadeberekening mogelijk<sup>31</sup>. Schadeberekening vindt altijd binnen een bepaalde marge plaats, althans zodra de concrete 'stuur de rekening maar methode' wordt verlaten.

7. Hoe verhoudt deze hypothese zich nu tot de eerder door mij bekritiseerde theorie, dat steeds de waarde van de beschadigde vermogensbestanddelen vergoedbaar is? De vaagheid en daarmee de gedeeltelijke onbruikbaarheid van het begrip waarde in het recht, is al eerder onderkend. Van Mourik schreef daarover een interessant artikel<sup>32</sup>. Na deze problemen gesignaleerd te hebben, waarbij hij onder andere een lijst van 50 verschillende waardebegrippen presenteert, komt hij tot de conclusie dat de inhoud van het begrip waarde, zoals dat in het recht wordt gebruikt, afhangt van de rechtssfeer waarbinnen dat gebruik plaats vindt. Zo kennen belastingrecht, huwelijksvermogensrecht, onteigeningsrecht etc. ieder hun eigen waardebegrip. Het waardebegrip moet als het ware stevig ingebed worden in die rechtssfeer, voor er een zinvol en rechtvaardig gebruik van kan worden gemaakt.

8. De theorie van Van Mourik doortrekkend in het schadevergoedingsrecht, zou kunnen worden gesteld dat het waardebegrip richting kan worden gegeven met behulp van het hiervoor geponeerde beginsel. In hoofdstuk VI zal ik proberen aan te tonen, dat door een dergelijke invulling van het begrip waarde, een 'verklaring' kan worden gevonden voor de schijnbaar willekeurige rechtspraak, waarbij dan weer eens voor concrete dan weer eens voor abstracte schadeberekening wordt gekozen, terwijl aan de hand van dit beginsel tevens een aantal andere schadeberekeningsproblemen uit de weg geruimd kunnen worden. Om mogelijke misverstanden uit te sluiten dien ik echter eerst de hier opgestelde hypothese zijn plaats in de dogmatiek te geven: het is tijd voor definities.

## V. Schade als feitelijk dan wel normatief begrip

1. Wat zolangzamerhand met name bespreking behoort is wat ik nu eigenlijk onder schade versta. Hoe schade dient te worden gedefinieerd is een in de Nederlandse literatuur stiefmoederlijk behandelde kwestie. Schrijvers maken zich er nogal eens van af door te stellen dat schade een intuïtief begrip is<sup>33</sup>. Naar mijn mening is een feitelijk begrip schade het meest bruikbaar voor het schadevergoedingsrecht<sup>34</sup>. Larenz omschrijft dit als de direkt zichtbare gevolgen van het schadetoebrengende feit: de verslechtering van de gezondheidstoestand van de gelaedeerde, een lichamelijk gebrek, de aantasting van zijn goede naam, het verlies van een zaak, de beschadiging van een zaak, geldelijk verlies, verwacht geldelijk gewin, etc<sup>35</sup>. Voor de duidelijkheid: aan dit feitelijke schadebegrip zit ook een normatieve kant. Via de regels (de normen) van het causaal verband, worden immers die feiten geselecteerd die als gevolg van het schadetoebrengende feit gelden en dus die feiten die de schade vormen.

Uit de feitelijke schade is niet zonder meer een bedrag aan toe te kennen schadevergoeding af te leiden. Daartoe moet de (feitelijke) schade eerst op geld worden gewaardeerd. Deze waardering is een normatieve bezigheid. Hoe de schade te waarderen, dat is de centrale vraag in het schadevergoedingsrecht. Mijn stelling is zoals gezegd, dat de kosten van een redelijke maatregel die erop gericht is de negatieve gevolgen van het schadetoebrengende feit weg te nemen vergoedbaar zijn.

2. De heersende mening is echter dat schade op zichzelf al een normatief begrip is<sup>36</sup>. Met name Bloembergen heeft dit uitgewerkt. Schade is in zijn visie een juridisch begrip dat interpretatie behoeft. Hij moet ook wel zijn toevlucht tot een normatief schadebegrip nemen, omdat in zijn leer de toe te kennen schadevergoeding gelijk is aan de schade. Met de bepaling van de schade is de schadevergoeding en daarmee de norm al gegeven<sup>37</sup>. Zo is bij hem niet het verlies van een zaak of de beschadiging van een zaak de schade, maar de waarde van die zaak respectievelijk de reparatiekosten. De Hoge Raad oordeelt als ik het goed zie als Bloembergen<sup>38</sup>.

3. Dit lijkt uitsluitend een woordenkwestie te zijn. Het gaat tenslotte uiteindelijk om hetzelfde proces, namelijk het koppelen van een bepaald bedrag aan schadevergoeding, aan een bepaald feitencomplex. Of je nu dat feitencomplex of dat bedrag schade noemt, is in beginsel om het even. Ik meen echter, dat het dat feitencomplex is waar de schadeberekening, of beter de vaststelling van de schadevergoeding een aanvang neemt, door daarop de verschillende mogelijkheden van feitelijk herstel los te laten<sup>39</sup>. Daarom noem ik dat feitencomplex de schade, de uiteindelijk resulterende norm schadevergoeding.

Opvallend is, dat Bloembergen en de HR voor dit feiten-

31. vgl: Bloembergen Monografieën NBW B-34 p. 65: 'men kan op verschillende manieren abstraheren'.

32. M. J. A. van Mourik, *Het begrip 'waarde' in het privaatrecht en enige fiscale wetten*, WPNR 5494; vgl. ook: P. G. J. M. Marras, *De rechtssfeerwaardeleer is geen waardeleer*, WPNR 5512.

33. vgl: Bloembergen Monografieën NBW B-34 p. 51.

34. Zo ook: Asser-Rutten-Hartkamp, p. 299 e.v.

35. Larenz t.a.p. p. 399.

36. Bloembergen diss. p. 11 e.v.; Zwitser t.a.p.; vgl: O.D. II nr. 6.

37. Bloembergen diss. p. 114 e.v. m.n. p. 117.

38. vgl. met name het arrest HR 23 maart 1979; NJ 79, 482 m.n. A.R.B. (Flatgebouw 'van Hogenhoucklaan') zie par. VI.7.

39. vgl. b.v. HR 21 november 1940; NJ 41, 425, m.n. P.S. (Meyer/de Ruiter).

complex eigenlijk geen naam hebben, of althans het woord schade zowel in feitelijke als in normatieve zin gebruiken<sup>40</sup>.

## VI. Toetsing van het herstelbeginsel

1. Als eerste categorie schadegevallen waarop de hiervoor opgestelde hypothese kan worden losgelaten, komt schade bij algeheel verlies van een zaak in aanmerking. De rechtspraak oordeelt hier dat de waarde van de verloren gegane zaak vergoedbaar is<sup>41</sup>. Dat is met het herstelbeginsel te verklaren nu een redelijke wijze van herstel van de schade in het algemeen is, dat de gelaedeerde tracht zich een soortgelijke zaak aan te schaffen. Het is niet beslissend of hij dat ook in feite doet, maar of zo'n herstelmaatregel redelijk zou zijn. Nu het antwoord op die vraag ja is, zijn de kosten van die maatregel verhaalbaar en is daarmee een abstracte (want van het werkelijke herstel onafhankelijke) methode van schadeberekening aanvaard.

2. Vervolgens rijst de vraag of hier de verkoopwaarde — de som die de verloren gegane zaak bij verkoop zou hebben opgebracht — of de vervangingswaarde — de prijs waarvoor de gelaedeerde zich een soortgelijke zaak kan verschaffen — beslissend is. Uitgaande van het herstelbeginsel komen we tot een keuze voor de vervangingswaarde. De redelijke maatregel is immers, dat de gelaedeerde de markt op gaat voor de vervanging. Zo geeft het herstelbeginsel richting aan het waardebegrip en vult het voor dit geval in als vervangingswaarde. Ook de rechtspraak lijkt hier voor de vervangingswaarde te kiezen<sup>42</sup>.

3. Soortgelijke vragen doen zich voor, waar het gaat om schade ontstaan door het niet-nakomen van de leveringsverplichting door een verkoper. Vaststaat, dat de verkoper in het algemeen het verschil tussen de waarde van de zaak en de contractsprijs dient te vergoeden<sup>43</sup>.

Is dan de inkoop- of de verkoopwaarde beslissend voor de schadevergoeding? Ook hier dient het beginsel, dat de kosten van een redelijke maatregel tot herstel van de schade door de gelaedeerde vergoedbaar zijn, als wegwijzer. Een redelijke maatregel tot het wegnemen van de nadelige gevolgen van de wanprestatie is hier in het algemeen het sluiten van een dekkingskoop, de aankoop van een vervangende zaak, zodat ook hier de vervangingswaarde beslissend is. Zo oordeelt de lagere rechtspraak vrijwel eenstemmig<sup>44</sup>. Wederom geldt: de dekkingskoop behoeft niet werkelijk te worden gesloten en dus ook hier abstracte schadeberekening.

4. Het spiegelbeeld van deze casus doet zicht voor indien de koper de verkochte goederen niet afneemt. De verkoper zal dan redelijkerwijs trachten de goederen elders te slijten, zodat het verschil tussen contractsprijs en verkoopwaarde vergoedbaar dient te zijn. De HR oordeelde al in 1924.<sup>45</sup>

'dat gemeld standpunt juist is daar inderdaad de verkoper, die voor zekeren prijs heeft verkocht, indien zijn koper in gebreke blijft en hij dan de waar slechts tegen lagere prijs kan verkopen, schade lijdt ten bedrage van het verschil tussen die beide prijzen.'

5. Voor zaaksbeschadiging heeft de HR zoals gezegd eveneens abstracte schadeberekening aanvaard en wel in het Telefoonkabelsarrest. In dit arrest vult de HR het begrip waarde zelf nader in:

'dat het geldsbedrag waarin de waardevermindering van een beschadigde zaak waarvan herstel mogelijk en verantwoord is kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de — naar objectieve maatstaven berekende — kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid.'

Dit is exact het resultaat waartoe toepassing van het herstelbeginsel leidt.

6. Bloembergen specificeert de door de HR genoemde objectieve maatstaven nog: datgene wat een bekwaam reparateur in rekening zou hebben gebracht<sup>46</sup>. De door mij voorgestane benadering is de vraag te stellen, welke herstelwijze de gelaedeerde zaaksbezitter redelijkerwijs mag kiezen en dat is in het algemeen inderdaad het in reparatie geven aan een bekwaame reparateur.

Dit wordt anders indien het gaat om een 'total-loss' of zoals de HR dit formuleerde, indien herstel (in de zin van reparatief) niet verantwoord is. Als het goedkoper is om de zaak te vervangen dan om te repareren, is vervanging immers een redelijker wijze van herstel. Redelijker in de belangafweging tussen gelaedeerde en laedens, omdat het resultaat van beide maatregelen voor de gelaedeerde hetzelfde blijft en vervanging voor de laedens goedkoper is<sup>47</sup>.

7. De antwoorden op de steeds weer te stellen vraag of een bepaalde herstelmaatregel redelijk is, hebben vaak een zekere algemeenheid en ook daarom lijkt de schadeberekening vaak abstract. Met de omstandigheden van het geval lijkt immers geen rekening te worden gehouden. Dat betekent echter niet, dat niet kan worden afgeweken van de algemene regel indien zich, in verband met de beoordeling van de redelijkheid van een herstelmaatregel, bijzondere omstandigheden voordoen. Een atypisch geval, waarin de in no. 6 opgestelde algemene regel bijvoorbeeld niet opgaat, werd berecht door de kantonrechter te Heerlen in een vonnis van 28 september 1973<sup>48</sup>.

Een bejaarde auto-eigenaar laat zijn auto na een aanrijding repareren voor een bedrag van f 1.541,—. De auto zou in het normale geval total-loss verklaard zijn, daar deze nog maar f 316,— waard was. Argument voor deze beslissing was dat hij op zijn leeftijd niet meer aan het moeten besturen van een andere wagen zou kunnen wennen.

Het herstelbeginsel geeft hier wederom de richting aan. Mijsns inziens is in deze casus duidelijk dat de bejaarde het verlies van de auto anders waardeert dan de gemiddelde mens. Vanuit zijn ogen bezien is het geen onredelijke beslissing de auto te laten repareren. Hij had deze herstelwijze waarschijnlijk ook gekozen, indien hij zelf de schade had moeten dragen. In dit geval pleit ik dus voor 'goedkeuring' van de herstellvorm reparatie van de auto. Ook de Heerlense kantonrechter oordeelde zo en wees de gelaedeerde het bedrag van f 1.541,— toe.

Hier leidt de redelijkheidstoets dus tot een schadeberekening, die men concreet zal willen noemen.

Ik meen, dat deze casus bovendien aangeeft, dat de grondslag van de abstracte schadeberekening niet kan worden gevonden in 'Normgerechtigheid' zoals wel wordt be-

40. Bloembergen diss. p. 21; HR 6 maart 1953; NJ 53, 791 (Okeanopolos/Thomsen); HR 7 januari 1955; NJ 55, 92 (Nederlandse Lloyd/Staat) vgl. G. J. de Groot, Vergoeding van Planschade, diss. 1982 p. 122, die in het begrip schade in navolging van Viane een structuur-aspect (normatief) een objectaspect (feitelijk) onderkent.

41. zie: O.D. II no. 23 en 69 e.v. waar dit wordt afgeleid uit de arresten HR 29 januari 1942; NJ 42, 285 (Spaarstroken 'De Toekomst') en HR 16 juni 1961; NJ 61, 444 m.n. L.E.H.R. (Telefoonkabels) en de daardoor genoemde lagere rechtspraak.

42. vgl. Bloembergen p. 52 e.v. en O.D. II nr. 69.

43. HR 1 maart 1912 W 9333 m.n. E.M.M. (Wigleven/Schaap) HR 20 april 1923; NJ 23, 694 (Straatsyphons) HR 18 november 1937; NJ 38, 269 m.n. E.M.M. (Engelse kolentaking).

44. zie de lijst met uitspraken in Contractenrecht VI nr. 961.

45. HR 3 april 1924; NJ 24, 56 (Eigee) vgl. voor verdere rechtspraak Contractenrecht VI no. 957.

46. Bloembergen diss. p. 64.

47. O.D. II nr. 78; Bloembergen diss. p. 59 e.v.

48. VR 78, p. 63, vgl. G. J. de Groot VR 80, p. 54.

toegd<sup>49</sup>. Zodra de norm (i.c. vervangingswaarde) niet tot redelijke resultaten leidt, zal de rechter de neiging krijgen daarvan af te wijken<sup>50</sup>. Het volgende te behandelen arrest van de HR over een vorm van schade die met zaaksbeschadiging is te vergelijken, is daar eveneens een voorbeeld van.

8. Het gaat hier om het arrest 'Flatgebouw van Hogenhoucklaan'<sup>51</sup>.

FVH verhuurt haar woonflatgebouw als kantoorgebouw aan de Staat. In het huurcontract verplicht de Staat zich na het einde van de huur in de toestand van woonflatgebouw op te leveren.

Na het einde van de huur wordt het gebouw verhuurd. Nu aan Shell en wederom als kantoorgebouw. De Staat levert niet als woonflatgebouw op, doch als kantoorgebouw. FVH vordert van de Staat de kosten van verbouwing tot woonflatgebouw.

FVH kon daarvoor aansluiting zoeken bij onder meer het Telefoonkabels-arrest. De HR doet de zaak echter opvallend kort af:

'Deze feiten (als hiervoor in hoofdzaak samengevat; JMB) laten slechts de conclusie toe dat de voormelde niet-nakoming door de Staat geen schade voor FVH heeft te weeggebracht.'

In zijn noot meent Bloembergen, dat deze afwijking van de rechtspraak over abstracte schadeberekening te rechtvaardigen is, omdat schade als gevolg van zaaksbeschadiging veel minder aan de persoon van de eigenaar is gebonden, dan de schade waar het hier om ging. Bovendien zouden doelmatigheidsoverwegingen voor die gevallen wel en hier niet gelden. Ik zie het verschil niet zo. Mijns inziens, en dat zal zolangzamerhand niet verbazen, geldt hier dat herstel (ombouw tot woonruimte) geen redelijke maatregel is. De enige denkbare reactie op de feitelijke schade is hier het erbij laten en dus is er geen ruimte voor schadevergoeding. Wederom geldt dat de gelaedeerde die reactie waarschijnlijk ook gekozen zou hebben indien zij de schade zelf had moeten dragen.

Dit geeft tevens de verklaring voor het feit, dat de schade hier concreet berekend lijkt. De fiktieve herstelmethod, die aan de (schijnbaar) abstracte schadeberekening ten grondslag werd gelegd is niet aanvaardbaar. De wel redelijke herstelmethod valt samen met de werkelijke — concreet — gedragslijn van FVH (niet repareren).

Deze casus toont overigens aan hoe normatief het begrip schade in de leer van de HR is. Dat er wel feitelijke schade is (het verschil tussen kantoor- en woonruimte), lijkt duidelijk. Omdat toewijzing van schadevergoeding niet wenselijk is, stelt de HR de (normatieve) schade op nihil.

9. Parallel aan de zaakbeschadiging ligt eveneens de ondeugdelijke levering. In een geval van levering van soortzaken — pootaardappelen — van onvoldoende kwaliteit oordeelde de HR:<sup>52</sup>

'dat indien een verkoper van naar de soort bepaalde goederen wanprestatie pleegt door goederen te leveren van onvoldoende kwaliteit de schade van de koper in het algemeen zal bestaan uit het verschil tussen de waarde ten tijde van de wanprestatie van de goederen welke moesten worden geleverd en de waarde van de geleverde goederen, zulks afgezien van eventuele verdere schade.

Dat de waarde der goederen veelal zal zijn te stellen op de marktwaarde op de dag van de wanprestatie, of, wanneer de koper redelijkerwijs eerst later en tegen een hogere prijs een zelfde hoeveelheid goederen kan kopen ter vervanging van de ondeugdelijke, op de dan te betalen prijs.'

De HR stelt ook hier de positie van de gelaedeerde centraal. De kosten van een door hem redelijkerwijs te nemen tegenmaatregel zijn vergoedbaar. Veelal zal dat de marktwaarde op de dag van de wanprestatie zijn. De HR houdt echter rekening met het geval dat hij redelijkerwijs eerst later een dekkingskoop kan sluiten. De HR laat dus de ruimte open voor concretisering, doch koppelt die in overeenstemming met het herstelbeginsel aan de herstel mogelijkheden die de gelaedeerde in feite openstonden.

10. Een volgende shadesoort is die van de tijdelijke ontname van de gebruiksmogelijkheid van een zaak<sup>53</sup>.

Een huurverkooper van een auto, de Ruiter, pleegt wanprestatie door aan Meyer, de huurkoper, zijn auto te onthouden. Meyer ondervindt hier de feitelijke schade van het missen van de gebruiksmogelijkheid van de auto gedurende een bepaalde periode.

Door verschillende schrijvers is bepleit de schade in dit soort gevallen te stellen op de waarde van de gebruiksmogelijkheid: de huurwaarde<sup>54</sup>. Zodra iemand het gebruik van een zaak tengevolge van een schadetoebrengend feit moet missen, zou hem volgens deze opvatting de huurwaarde van deze zaak toekomen.

In de rechtspraak wordt in dit soort schadegevallen over het algemeen een concrete wijze van schadeberekening toegepast<sup>55</sup>. Bepalend is dan of de gelaedeerde werkelijk kosten heeft gemaakt als reactie op de feitelijke schade. Volgens de boven uiteengezette theorie zou de reactie van de gelaedeerde, bijvoorbeeld het huren van een vervangende auto, op zijn redelijkheid getoetst dienen te worden. Als die toetsing negatief zou uitvallen, zou een andere fiktieve reactie de basis voor de schadeberekening moeten vormen.

Meyer reageerde op de schade door een andere auto te huren. De Ruiter verweert zich door te stellen, dat de huur van deze auto een veel duurder oplossing was dan het in huurkoop nemen van een andere auto. Hij stelt dus een andere fiktieve reactie voor de concrete reactie in de plaats.

De Hoge Raad over de vergoedbaarheid van deze kosten:<sup>56</sup>

'... beslissend is, of de door Meyer genomen maatregel een redelijke oplossing was ter vervanging van het tijdelijk gemis van de Graham (de bewuste auto).'

De Hoge Raad beoordeelt hier dus met zoveel woorden de redelijkheid van de keuze van de gelaedeerde voor een bepaalde herstelwijze.

11. Het één en ander leidt hier ogenschijnlijk tot concrete schadeberekening. Alleen de werkelijk gemaakte kosten

49. G. J. Scholten noot onder NJ 64, 449.

50. vgl. ook het gebruik van de woorden: 'in het algemeen' in o.m. het Telefoonkabels-arrest en het hierna te behandelen Pootaardappelen-arrest.

51. HR 23 maart 1979; NJ 79, 482 m.n. A.R.B. Vergelijk thans ook de beide 'Meerstoel-arresten': HR 20 september 1985, R.v.d.W. 85, 167 (Staat/Sakies) en HR 27 september 1985, R.v.d. W. 85, 171 (Fongers/Staat).

52. HR 28 januari 1977; NJ 78, 174 m.n. A.R.B. (Pootaardappelen).

53. O.D. II nr. 85; vgl. R. J. Polak, NJB 50, p. 705 onderaan, die voor deze gevallen een redenering gebruikt die aan het herstelbeginsel doet denken.

54. Bloembergen o.c. p. 72 e.v.; Hoffmann-Van Opstall p. 192 e.v.

55. Rechtspraak genoemd in O.D. II nr. 85-91; R. A. Salomons, *Monografieën NBW B-38* 1983, p. 46.

56. HR 21 oktober 1940; NJ 1941, 425.



worden immers vergoed. Dat komt echter n.m.m., omdat het in deze gevallen zeer moeilijk is te beoordelen of een fiktieve herstellwijze, in geval van het tijdelijk missen van een auto bijvoorbeeld het huren van een vervangende auto, redelijk was. Als de gelaedeerde door een niet aan een ander toe te rekenen oorzaak zijn auto zou moeten missen, zou hij dan altijd een vervangende auto huren? Zou dat immer een economisch verantwoorde maatregel zijn? Deze dilemma's bieden een voor de hand liggende uitweg. Als de gelaedeerde die kosten in werkelijkheid heeft gemaakt dan zullen ze ook wel nodig en redelijk zijn geweest, zo zal een rechter onwillekeurig oordelen en daarmee de schade concreet berekenen<sup>57</sup>. Omgekeerd: als er niet in feite kosten zijn gemaakt, zal dat ook wel niet zo nodig zijn geweest, waarbij men weer op concrete schadeberekening uitkomt.

12. Men dient echter goed in het oog te houden, dat de feitelijke schade in dit soort gevallen blijft bestaan indien geen vervanging plaatsvindt. In het geval van een tegevolge van een aanvaring stilliggend schip bijvoorbeeld kan de feitelijke schade, de discrepantie tussen werkelijke en hypothetische toestand, zich dan uiteindelijk transformeren tot een vorm van feitelijke schade waarvan het wegnemen weer wel redelijk is. Het stilliggen van het schip kan, indien vervanging uitblijft, immers tot gevolg hebben, dat de eigenaar van het schip een bepaalde winst derft. Dat gemis aan een bepaalde geldsom op de winst- en verliesrekening wordt redelijkerwijs 'hersteld' met de betaling van die geldsom.

13. Een apart probleem vormt de letselschade. In 1962 maakte de HR uit, dat onder de vergoedbare herstellkosten zijn te rekenen:<sup>58</sup>

'al die kosten, door het slachtoffer ten behoeve van zijn herstel gemaakt, die in verband met hetgeen uit medisch oogpunt wenselijk is vallen binnen de grens van hetgeen in de gegeven omstandigheden — de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer daaronder begrepen — als redelijke uitgaven voor het herstel kunnen worden beschouwd'.

Deze gevallen worden, zoals de HR opmerkt, sterk door individuele omstandigheden bepaald. In het algemeen zal gelden, dat de concreet gemaakte kosten een goede maatstaf vormen voor de redelijkerwijs te maken kosten. Wel laat de HR de mogelijkheid open, dat bepaalde wel gemaakte uitgaven uiteindelijk niet vergoedbaar zullen zijn, omdat zij niet als redelijke uitgaven voor het herstel kunnen worden beschouwd, en geeft daarmee de ruimte voor abstractie, toetsend aan de eis van de redelijkheid van gelaedeerdes keuze. Opvallend is dat de HR hier duidelijk laat uitkomen, dat ook bij abstractie de persoonlijke omstandigheden een rol blijven spelen. Dit lijkt in tegenspraak met de eerder weergegeven mening dat bij abstractie de persoonlijke omstandigheden van de gelaedeerde worden weggedacht.

14. Moeilijk wordt het in geval van blijvende invaliditeit. De maatstaf 'redelijke herstellkosten' biedt dan geen oplossing, omdat herstel van de feitelijke schade niet mogelijk is. We betreden dan het terrein van de ideële schadevergoeding. Anders dan de heersende leer meen ik, dat ideële schade niet zozeer wordt gekenmerkt, doordat zij buiten de vermogenssfeer ligt<sup>59</sup>, doch daardoor dat zij niet door de aanwending van vermogensbestanddelen herstelbaar is. Dit blijkt het duidelijkst door na te gaan wat de consequenties zijn van het ontstaan van een geneeswijze voor een bepaalde letselvorm, die daarvoor ongeneeslijk was. Kon het letsel voorheen slechts gecompenseerd worden door een ideële schadevergoeding, na de nieuwe vinding zijn de kosten van het herstel basis voor de schadeberekening. De wij-

ze van berekening van ideële schadevergoeding gaat echter het bestek van dit artikel te buiten. Ik volsta met op te merken, dat het n.m.m. gaat om het vinden van een sleutel waarbij tegenover een bepaalde hoeveelheid 'leed' een bepaalde hoeveelheid geld wordt gezet. Vervolgens is het mogelijk een schaal op te bouwen voor verschillende soorten letsel, respectievelijk hoeveelheden leed, zoals in de bekende smartegeldnummers van Verkeersrecht geschiedt.<sup>60</sup> De hiervoor bedoelde en vrij willekeurige coëfficiënt bepaalt de hoogte van ideële schadevergoedingen in het algemeen (vgl. de situatie in de V.S. met die in Nederland).

15. Ik sluit hiermee mijn bespreking van de rechtspraak op het terrein van de schadeberekening af. Zij is noodzakelijkerwijs zeer summier geweest. De hypothese, dat naar Nederlands recht het beginsel geldt dat de redelijke kosten van herstel van de feitelijke schade vergoedbaar zijn is daarmee nog maar in zeer beperkte mate getoetst. De veelheid van uitspraken op het terrein van het schadevergoedingsrecht maakt dat het bijna onmogelijk is voor een eenling om deze te overzien. Ik hoop echter aannemelijk te hebben gemaakt, dat met deze theorie een aantal uitspraken en leerstukken op dit terrein kunnen worden verklaard.

Het hier gegeven antwoord op de oorspronkelijke vraagstelling is niet volledig. De vraag met welke omstandigheden nu al dan niet rekening dient te worden gehouden is als het ware omgezet in de vraag welke herstellmaatregel redelijk is. Met die omzetting worden, zo meen ik, een aantal problemen geëlimineerd. Voor andere problemen biedt de redelijkheidstoets echter wellicht een te vage norm. Het komt mij echter voor, dat ook daar de discussie of een bepaalde herstellvorm redelijk is, gemakkelijker is te voeren dan de (abstractere!) discussie of bepaalde omstandigheden bij de schadeberekening nu al dan niet dienen mee te wegen.

## VII. Conclusie

Ik kom tot een opsomming van de belangrijkste resultaten die zijn bereikt en wel in de vorm van een herhaling van de belangrijkste stellingen die in het voorafgaande zijn verdedigd en de consequenties daarvan:

1. Aan het (civiele) schadevergoedingsrecht ligt het beginsel ten grondslag, dat de kosten van een redelijke maatregel door de gelaedeerde te nemen om de nadelige gevolgen van het schadetoebrengende feit weg te nemen, vergoedbaar zijn en wel onafhankelijk daarvan of deze maatregel ook in werkelijkheid wordt uitgevoerd.
2. Een feitelijk begrip schade verdient in het schadevergoedingsrecht de voorkeur.
3. De werking van het beginsel onder 1. leidt tot abstracte schadeberekening waar een fiktieve (niet uitgevoerde) herstellvorm aan de schadeberekening ten grondslag ligt.
4. Indien een aan de schadevergoedingsvordering ten grondslag liggende fiktieve herstellvorm de redelijkheidsstoets niet doorstaat en men terugvalt op de wel uitgevoerde herstellvorm doet de schadeberekening zich concreet voor (zie VI 7, 8, 9).

57. vgl. R. A. Salomons Monografieën NBW B-38, 1983 p. 46.

58. HR 2 november 1962; NJ 63, 61 m.n. H.B.

59. zie artikel 6.1.9.1. en 11 NBW: HR 21 mei 1943; NJ 43, 455; O.D. II nr. 13 e.v.

60. Vgl. de tabellen in de Smartegeldbijlagen van Verkeersrecht en in O.D. II nr. 391 (G. J. de Groot).



5. In bepaalde gevallen is het werkelijk uitgevoerd zijn van een bepaalde herstellvorm een belangrijke maatstaf voor de redelijkheid van de herstellvorm en leidt dan tot concrete schadeberekening (zie VI 10, 11 en 13).

6. Een andere omstandigheid die van belang is bij de be-

oordeling van de redelijkheid van een bepaalde herstellvorm is het antwoord op de vraag of de gelaedeerde deze ook zou hebben gekozen indien hij de schade zelf zou moeten dragen (zie VI 7, 8 en 13).