

De ambivalente regeling van de schadestaatprocedure

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Published in:
Tijdschrift voor civiele rechtspleging

Publication date:
2008

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2008). De ambivalente regeling van de schadestaatprocedure. *Tijdschrift voor civiele rechtspleging*, 16(1), 1-7.

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.

De ambivalente regeling van de schadestaatprocedure

T.F.E. Tjong Tjin Tai

Gepubliceerd in: TCR, p. 1-7

Mag de schadestaatprocedure zich in de rechtspraak in een onverminderde populariteit verheugen, in de rechtstheorie is zij een muurbloempje gebleven. Sedert het proefschrift van Spoelder uit 1966¹ heeft zij nauwelijks aandacht ontvangen.² Omdat de jurisprudentie van de Hoge Raad sedertdien laat zien dat er zich toch nog enige vragen voordoen bij de splitsing tussen hoofd- en schadestaatprocedure is er reden om hier thans in enig detail op in te gaan. Ik zal dit doen aan de hand van drie thema's: de vraag of het stelsel van een verdeling in twee procedures wenselijk is en voldoende duidelijk, de vereisten voor verwijzing naar de schadestaatprocedure, en de verdeling van beslissingen tussen hoofd- en schadestaatprocedure. Daarbij zal ik deels beschrijvend te werk gaan, deels kritisch.

1. Het stelsel van art. 612 e.v. Rv

De schadestaatprocedure is geregeld in art. 612 e.v. Rv.³ De kern van de huidige regeling is een verdeling van rechtsvragen over twee procedures. In de hoofdprocedure dient de grondslag van de aansprakelijkheid te worden vastgesteld:⁴ op welke punten is er tekortgeschoten?⁵ Er moet derhalve worden vastgesteld *dat* gedaagde aansprakelijk is.⁶

Vervolgens dient in de schadestaatprocedure de omvang van de schade te worden vastgesteld, dat wil zeggen, de vaststelling van de schade die gevolg is van de

¹ De schadestaatprocedure, diss. Leiden (hierna kortweg Spoelder).

² Zie laatstelijk G.J. Knijp, 'De ruime mogelijkheden van de schadestaatprocedure', NdBW 1999/2, p. 21-24, ook J.M. Barendrecht en D.D. Breukers, in: Berekening van schadevergoeding, Zwolle 1995, p. 342-351.

³ De regeling is op diverse punten, die hier niet relevant zijn, gewijzigd in 1992 (zie PG Inv BW, Rv e.a., p. 268). In 2002 zijn er nog enkele geringe wijzigingen doorgevoerd, eveneens op punten die hier niet aan de orde zijn (zie PG Nieuw Rv (Van Mierlo/Bart), p. 519).

⁴ HR 25 februari 1983, NJ 1983, 696 m.nt. EAAL (Schaaphok/Schilder), rov. 3.5, HR 7 april 2000, NJ 2001, 32 m.nt. DA (Meijering & Benus/ JMV), rov. 3.10. Vgl. HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321 (Van Gastel q.q./Elink Schuurman q.q.), rov. 3.6.

⁵ HR 27 juni 1975, NJ 1976, 159 m.nt. GJS (Dinger/Holleman), HR 4 februari 1977, NJ 1977, 425 (VHLF/Foreco). Vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996, 161 (Tromp/Regency): voorzover de rechter over de tekortkomingen oordeelt, loopt hij niet vooruit op de schadestaatprocedure.

⁶ HR 14 maart 2003, NJ 2004, 49 (Gorissen/Antonissen), rov. 3.3.

fout of fouten.⁷ Dit kan mede omvatten de vaststelling van de schade-elementen die de grondslag vormen voor het beloop van de schade (d.w.z. de schadeposten),⁸ en de vraag of de schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen.

Deze verdeling over twee procedures gaat terug op het oude Franse recht, waar sedert de Middeleeuwen om oneigenlijke redenen een verplichte scheiding bestond tussen de procedure omtrent aansprakelijkheid, en een geding waarin schadevergoeding werd toegewezen.⁹ Pas in de zeventiende eeuw werd daar de rechter de keuze gegund hetzij terstond de kosten, schade en interessen de liquideren (d.w.z. de schade te begroten), hetzij partijen ter vereffening naar een afzonderlijke procedure te verwijzen. Deze regeling ligt via de Code de Procédure Civile ten grondslag aan de huidige regeling in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.¹⁰ Het accent is daarbij gaandeweg verschoven van een verplichte aparte procedure naar een voorkeur voor onmiddellijke begroting.

In de literatuur worden diverse redenen genoemd waarom nochtans de schadestaatprocedure als vervolg op een hoofdprocedure moet worden gehandhaafd. In sommige gevallen is het niet mogelijk de schade reeds in de hoofdprocedure te begroten,¹¹ bijvoorbeeld ingeval er nader onderzoek nodig is maar de vordering reeds thans moet worden ingesteld (indien er vervaltermijnen gelden of bewijsmiddelen verloren dreigen te gaan). Bij deze ratio past dat de rechter ambtshalve naar de schadestaatprocedure mag verwijzen indien hij zich niet in staat acht het beloop van de schade in zijn uitspraak te bepalen.¹²

Ook kan het gaan om schade die nog niet is voorgevallen:¹³ daarom is het ook mogelijk dat er meer dan één schadestaatprocedure aanhangig wordt gemaakt, zo telkens er zich schade verwezenlijkt.¹⁴ Tegenwoordig zou zulke toekomstige schade op voet van art. 6:105 BW begroot kunnen worden.¹⁵ Verder is mogelijk dat partijen eerst over de aansprakelijkheid willen strijden en het debat niet willen vertroebelen

⁷ HR 27 juni 1975, NJ 1976, 159 m.nt. GJS (Dinger/Holleman), HR 4 februari 1977, NJ 1977, 425 (VHLF/Foreco).

⁸ Vgl. HR 14 november 1969, NJ 1970, 362 t.a.v. Antilliaans recht.

⁹ Spoelder, p. 150: de reden was het innen van meer gerechtskosten.

¹⁰ Spoelder, p. 150-151.

¹¹ Spoelder, p. 6, Losbl. Rv (Van Mierlo) Boek 2, titel 6, aant. 2.

¹² HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (Gielen/gem. Grathem), rov. 3.10. Vgl. HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 305 m.nt. WMK (Samander/Aladin), rov. 5.2.

¹³ Spoelder, p. 11.

¹⁴ HR 28 november 1969, NJ 1970, 172 m.nt. GJS (Int. Bouwcompagnie/Derckx), Barendrecht/Breukers, p. 344, Spoelder, p. 17.

¹⁵ Evenzo Vranken, noot onder NJ 1989, 397 (Jewlal/Gaflic).

(en nodeloze kosten maken) door een mogelijk overbodige discussie over de omvang van de pretense schade te voeren.¹⁶

Tot slot is niet uitgesloten dat eiser verwijzing naar de schadestaatprocedure vordert ter besparing van proceskosten ingeval van overhoopte afwijzing van de gestelde aansprakelijkheid. Voor de bepaling van het vast recht (en ook van de geliquideerde proceskosten) in de hoofdprocedure wordt een vordering van schade op te maken bij staat beschouwd als van onbepaalde waarde. De griffier mag niet ‘door de vordering heen kijken’.¹⁷ Alleen indien de vordering aanstonds wordt begroot mag en moet de griffier het vast recht vaststellen op basis van de werkelijke, toegewezen omvang van de schadevergoeding (art. 2 lid 5 Wet tarieven burgerlijke zaken).¹⁸ Er is overigens voor gepleit om zodanig strategisch gedrag onmogelijk te maken door ook bij een vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat aansluiting te zoeken bij de werkelijke omvang van het materiële vorderingsrecht,¹⁹ een opvallende echo van de oorspronkelijke reden om een schadestaatprocedure verplicht te stellen (het innen van gerechtskosten).

Art. 612 Rv vertoont mogelijk vanwege de historie een zekere tweeslachtigheid, die niet geheel te rijmen is met de thans aanvaarde redenen voor instandhouding van de schadestaatprocedure. Enerzijds wordt aangenomen dat de bepaling inhoudt dat de rechter zo mogelijk aanstonds de schade begroot, en alleen indien dit voor hem niet goed mogelijk is, een veroordeling uitspreekt tot schadevergoeding nader op te maken bij staat.²⁰ Hierdoor is de rechter niet gebonden aan een vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat, maar is hij vrij om, zo dat zijns inziens mogelijk is, de schade aanstonds te begroten.²¹ Dat zou ervoor pleiten in de hoofdprocedure toch een zo uitvoerig mogelijk debat te voeren over de schade. Anderzijds is het systeem van art. 612 e.v. Rv er op gericht dat (indien verwijzing naar de schadestaatprocedure is gevorderd) in de hoofdprocedure het debat tot de

¹⁶ Spoelder, p. 6, Losbl. Rv (Van Mierlo) Boek 2, titel 6, aant. 2.

¹⁷ HR 27 september 2002, NJ 2002, 533, rov. 2.1, verwijzend naar Kamerstukken I, 1987-1988, 19 880, nr. 154b, p. 2. Deze zijn geciteerd door A-G Ten Kate in zijn conclusie (nr. 33) vóór HR 30 maart 1990, NJ 1990, 515.

¹⁸ HR 27 september 2002, NJ 2002, 533, rov. 2.3. Zie voor de geschiedenis A-G Ten Kate, conclusie (nr. 26) vóór HR 30 maart 1990, NJ 1990, 515.

¹⁹ Bv. A-G Spier, conclusie (nr. 4.8.2, nt. 46) vóór HR 21 september 2007, LJN BA9610. Zie ook de eerdere discussie waarvan een overzicht bij A-G Ten Kate, conclusie vóór HR 30 maart 1990, NJ 1990, 515.

²⁰ Art. 612, eerste zin, Rv, ook PG Inv BW, Rv e.a., p. 269, Van Rossem-Cleveringa, art. 612, aant. 2, p. 1283, Spoelder, p. 19-24.

²¹ Zie hierna, par. 2.

aansprakelijkheidsvraag wordt beperkt.²² Dit pleit voor terughoudendheid van partijen ten aanzien van een debat over de aanwezigheid van schade.

Men kan deze ambivalentie mede verklaren uit het feit dat de twee procedures eigenlijk geen echte gescheiden procedures zijn.²³ De schadestaat is processueel een voortgezette procedure;²⁴ de beslissingen in de hoofdprocedure kent de rechter in de schadestaatprocedure ambtshalve, en hij is gebonden door bindende eindbeslissingen in de hoofdprocedure.²⁵ Het karakter van een voortgezette procedure blijkt tevens daaruit dat de procedure moet worden aangebracht bij de rechter die de uitspraak heeft gewezen waarin schade op te maken bij staat is toegewezen.²⁶ Hierdoor lijkt de uitspraak in de hoofdprocedure in zeker opzicht meer op een tussenvonnis, ook al is dit formeel niet een juiste karakterisering en is de uitspraak juridisch gezien wel een eindvonnis.²⁷

In een gewone procedure staat het de rechter vrij om stellingen te behandelen in de volgorde die het hem het meest doelmatig voorkomt.²⁸ In lijn daarmee is passend dat de rechter, indien hij dit op zijn plaats acht, een beslissing over de schadevergoeding naar voren haalt, en niet verplicht is om voorafgaand bij tussenvonnis over een voorvraag zoals de aansprakelijkheid te beslissen. Vanuit dat perspectief is de rechterlijke vrijheid ten aanzien van onmiddellijke begroting begrijpelijk. De aansporing in art. 612 Rv om aanstonds te begroten is evenzeer begrijpelijk uit oogpunt van proceseconomie; het lijkt zinloos een aparte procedure te laten aanvangen indien er aanstonds kan worden besloten.²⁹ Aan deze voorrang voor

²² HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (Gielen/gem. Grathem), rov. 3.10.

²³ Over het precieze karakter van de relatie tussen beide procedures is getwist. In het verleden, en zelfs in PG Inv BW, Rv e.a., p. 268 (ook Star Busmann-Rutten, p. 79, Barendrecht/Breukers, p. 342, zie echter p. 349-350) werd gesproken over een 'execution par suite d'instance'. Deze term is evenwel misleidend want strikt genomen onjuist (HR 7 november 1952, NJ 1953, 467 m.nt. DJV (Van den Burg/gem. Arnhem), ook A-G Asser, conclusie nr. 2.2 vóór HR 2 november 1990, NJ 1992, 83 (Kaiser/Interpolis), verder Spoelder, p. 89-93): het gaat om een voortgezet geding dat een volkomen gescheiden procedure noch een gewone voortzetting is.

²⁴ Doch niet geheel, zie art. 615a Rv.

²⁵ HR 11 januari 2002, NJ 2003, 256 m.nt. HJS (Van den Aamele/Buyck), rov. 3.3.4, in par. 3 besproken.

²⁶ Spoelder, p. 80 en 93, Van Rossem-Cleveringa, art. 612, aant. 4. Vgl. HR 25 juni 1954, NJ 1954, 533 (Thomas/NHC) t.a.v. Surinaams recht.

²⁷ Zoals mede blijkt uit HR 7 november 1952, NJ 1953, 467 m.nt. DJV (Van den Burg/gem. Arnhem): verval van instantie (art. 279 oud Rv) wordt niet toegewezen, ook al is de schadestaatprocedure niet binnen drie jaar aanhangig gemaakt. De schadestaatprocedure is in zoverre wél een aparte procedure waarvan het eiser vrij staat te kiezen wanneer hij deze instelt.

²⁸ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), rov. 3.8, HR 13 november 1998, NJ 1999, 72 (Vletter/PermX), rov. 3.3.

²⁹ Knijp, NbBW 1999, p. 22.

onmiddellijke begroting ligt wellicht de gedachte ten grondslag dat de schadestaatprocedure eigenlijk een tweede keus is, een alternatief indien niet aanstonds kan worden begroot. Niettemin staat dit uitgangspunt op gespannen voet met de gedachte dat het debat in de hoofdprocedure geconcentreerd moet zijn op de aansprakelijkheidsvraag en partijen niet reeds dan over de schade moeten debatteren. In de volgende paragraaf zal ik hier nader op ingaan.

Men kan zich – gelet op deze afbakeningsperikelen – afvragen of het tegenwoordig wel nodig is om de schadestaatprocedure te handhaven. Op zichzelf kan de rechter, zo hem op het moment van zijn beslissing de gegevens ontbreken om de schade aanstonds te begroten, bij tussenvonnis zijn oordeel over de aansprakelijkheid uitspreken en partijen verplichten bij akte nadere gegevens over te leggen over de omvang van de schade (art. 19, 21 en 22 Rv). Zonodig kan hij een voorwaardelijke veroordeling tot schadevergoeding uitspreken voor het geval een zeker voorval zich voordoet,³⁰ en kunnen partijen zo de voorwaarde intreedt desgewenst nog een geding voeren ter exacte bepaling van de alsdan ontstane schade. Op deze wijze zou iedere rechter de verwijzing naar de schadestaatprocedure kunnen vermijden, indachtig de aansporing van art. 612, eerste zin, Rv.

Omgekeerd kan eiser de rechter effectief beletten zich over de omvang van de schade uit te spreken door geen schadevergoeding op te maken bij staat te vorderen, maar een verklaring voor recht inhoudende dat gedaagde aansprakelijk is wegens een tekortkoming voor alle daaruit voortvloeiende schade.³¹ Op basis van die verklaring kan vervolgens altijd nog een procedure volgen waarin de concrete schade wordt gevorderd. De vrees dat de verklaring voor recht wegens gebrek aan belang zou worden verworpen lijkt ongegrond,³² met name indien uitdrukkelijk wordt gesteld dat de procedure een opmaat is voor schadevergoeding. Dit geldt te meer waar de Hoge Raad de schadestaatprocedure alleen openstelt voor wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, dat wil zeggen, uit wanprestatie of onrechtmatige daad, en niet voor de niet-nakoming van een primaire contractuele verplichting tot schade-

³⁰ Bijv. HR 29 november 1940, NJ 1941, 420 m.nt. EMM (Radicum/Philips). Dan is voor de verkrijging van een titel nog wel een aparte schadestaatprocedure mogelijk.

³¹ De Hoge Raad heeft bij arrest van 9 december 1988, NJ 1989, 397 m.nt. JBMV (Jewlal/Gaflac), rov. 3.2, slot, ook op deze mogelijkheid gewezen. Zie ook Knijp, NBBW 1999, p. 22.

³² Zie bijv. HR 17 november 2006, NJ 2007, 202 m.nt. Mendel (Europeesche/Zorg en Zekerheid), rov. 3.4.3, waar een vrij algemene verklaring toelaatbaar werd geacht.

vergoeding (dat wil meestal zeggen, een verzekering).³³ Voor zulke gevallen verwijst de Hoge Raad expliciet naar de mogelijkheid van een verklaring voor recht. Het enige nadeel dat ik thans zie is dat de verjaring wellicht gestuit moet worden.

Ons procesrecht heeft de schadestaatprocedure derhalve strikt genomen niet nodig. Een reden voor handhaving zou er nochtans zijn voorzover er een groot gat in tijd zou liggen tussen de uitspraak over de aansprakelijkheid en de mogelijkheid van onderbouwing van de schade: dan zou na een tussenvonnissen de zaak onwenselijk lang stilliggen en is het verkieslijker dat alvast aan de aanvraag een einde wordt gemaakt.³⁴ Een andere reden (hierboven genoemd) zou kunnen zijn dat men eerst de aansprakelijkheidsvraag tot de bodem wil uitvechten en daartoe alle rechtsmiddelen wil benutten. Indien de rechter zich bij tussenvonnissen over de aansprakelijkheid heeft uitgelaten kan er - ingevolge het verbod van tussentijds appel - niet worden geappelleerd tenzij verlof wordt verkregen, wat kan leiden tot nodeloze debatten over schadevergoeding die de regeling inzake de schadestaatprocedure juist beoogt te vermijden.

Deze twee argumenten lijken mij gegeven het huidige procesrecht adequaat, zij het dat het tweede argument zou vervallen indien ofwel rechters in zulke gevallen altijd hoger beroep of cassatieberoep openstellen,³⁵ ofwel eiser door slechts een verklaring voor recht te vorderen de rechter dwingt een einduitspraak te doen. Uit deze moderne ratio voor handhaving van de schadestaatprocedure volgt evenwel ook dat de bijbehorende beperking van het processueel debat in de hoofdprocedure moet worden aangemoedigd en ondersteund. Uit de rechtspraak en doctrine blijkt dat dit thans onvoldoende het geval is.

³³ HR 9 december 1988, NJ 1989, 397 m.nt. JBMV (Jewlal/Gaflac), rov. 3.2, verwijzend naar PG Bk 6, p. 331. Voorts HR 7 februari 1992, NJ 1992, 810 (Liberty International Insurance/Budget Rent a Car), HR 23 december 2005, NJ 2006, 32 (Zwolsche Algemeene/Rijssemus) waarover kritisch M.M. Stolp, MvV 2006, p. 154-158. Een nuance is dat de schadestaatprocedure wel mogelijk is indien partijen dit zijn overeengekomen voor het geval begroting redelijkerwijs nog niet mogelijk is (HR 7 juni 1996, NJ 1996, 583 (ICNA/ALM), rov. 3.4, HR 27 februari 1998, NJ 1998, 511 (Europlant/Minderhoud), rov. 4.3), waaronder ook valt het geval dat uit een uitdrukkelijke stellingname van gedaagde blijkt dat hij zich met zodanige keuze heeft verenigd (HR 7 juni 1996, NJ 1996, 583 (ICNA/ALM), rov. 3.4). In HR 11 januari 2002, NJ 2003, 256 m.nt. HJS (Van den Aamele/Buyck) werd overigens wél een schadestaatprocedure voor een loonvordering toegestaan (wat in cassatie niet werd bestreden). Snijders suggereert in zijn noot dat uit de uitspraak blijkt dat de Hoge Raad wellicht meer ruimte wil laten voor toepassing van de schadestaatprocedure.

³⁴ Gelet op enerzijds de uniforme en daardoor soms te korte termijnen voor conclusies, anderzijds de druk op de rechterlijke macht om productie te leveren, is dit tegenwoordig wellicht een dringender argument dan vroeger.

³⁵ Zij het dat gedaagde dan nog steeds kan verkiezen te wachten tot het eindvonnis alvorens te appelleren (tenzij de rechter in het dictum de aansprakelijkheidsvraag heeft beantwoord). Ingeval van verwijzing naar de schadestaatprocedure zal hij binnen de appeltermijn moeten ageren.

2. Vereisten voor verwijzing

Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is noodzakelijk, en tevens voldoende,³⁶ dat het bestaan of de mogelijkheid van schade als gevolg van de gestelde wanprestatie of onrechtmatige daad aannemelijk is.³⁷ Dit berust op oude, niet geheel eenduidige rechtspraak.³⁸ Niet vereist is dat aannemelijk is dat er schade is geleden; aannemelijk moet slechts zijn de *mogelijkheid* dat schade is geleden.³⁹

Deze drempel is betrekkelijk laag, zodat er snel aan is voldaan.⁴⁰ Dat is ook de bedoeling. Indien de rechter immers zou oordelen dat er geen schade is, kapt hij daarmee de gehele discussie af voordat deze in een schadestaatprocedure toereikend is gevoerd. Heeft hij ook maar enige twijfel, dan dient hij schade op te maken bij staat toe te wijzen. Aan een beslissing om de zaak te verwijzen naar de schadestaatprocedure worden dan ook geen strenge eisen gesteld.⁴¹ De rechter is niet verplicht de zaak zelf te onderzoeken.⁴² Toch komt het een enkele keer voor dat de rechter kan oordelen dat de mogelijkheid van schade niet aannemelijk is gemaakt.⁴³

Dit kan zich met name voordoen indien het causaal verband ontbreekt.⁴⁴ In deze zaak was de schade geheel verbonden aan één concreet gevolg (hypothetische verlaging van belastingaanslagen). De rechter kon onmiddellijk oordelen of dat specifieke gevolg zich had voorgedaan. Dat is immers een causaliteitsvraag. Dat de mogelijkheid van causaal verband met enige schade-elementen aannemelijk moet zijn gemaakt volgt uit het feit dat het nodig is om de mogelijkheid van schade *als gevolg van* de fout aannemelijk te maken.⁴⁵ Nochtans hoeft de causaliteit niet ten gronde te

³⁶ Bijv. HR 25 januari 2002, NJ 2002, 227 (Staat/Canon), rov. 3.4, HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 241 m.nt. PAS (Bhoelai/BECS), rov. 3.5.

³⁷ HR 30 juni 2006, LJV AX6246 (Bureau Rechtshulp), rov. 3.5.1, HR 28 oktober 2005, NJ 2006, 558 (Gemeente Maasbree/Janssen), HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (Gielen/gem. Grathem), rov. 3.10, HR 13 juni 1980, NJ 1981, 185 m.nt. WHH (Huijting's/Fargion), HR 22 juni 1979, NJ 1979, 516 (Nieuws van de Dag/De Groot), HR 28 januari 2000, NJ 2000, 575 (Christiaanse/Van Dijk).

³⁸ Zie de uitvoerige noot van Heemskerk bij NJ 1981, 185, ook Spoelder, p. 12-14.

³⁹ HR 8 april 2005, NJ 2005, 371 (Van de Ven/Van de Ven), rov. 3.4, HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817.

⁴⁰ Nochtans houdt ook de aannemelijkheid van de mogelijkheid van schade nog steeds in dat er ten minste een kleine kans moet zijn dat schade is geleden, zie conclusie A-G Spier, nr. 3.43.1 vóór HR 8 april 2005, NJ 2005, 371 (Van de Ven/Van de Ven).

⁴¹ HR 30 juni 2006, LJV AX6246 (Bureau Rechtshulp), rov. 3.5.1.

⁴² HR 30 juni 2006, LJV AX6246 (Bureau Rechtshulp), rov. 3.5.2.

⁴³ Bijv. HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruin/Meiling).

⁴⁴ HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 235 (Haxe/Koers), rov. 3.3. 's Hofs oordeel, dat niet aannemelijk is geworden dat er enige schade is geleden, kon volgens de Hoge Raad tot uitdrukking brengen dat hij de mogelijkheid van schade niet aannemelijk achtte.

⁴⁵ Vgl. HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426 m.nt. CJHB (Van Oosterom/Majoor).

worden beoordeeld: in de hoofdprocedure kan er mee worden volstaan de stelling, dat causaal verband geheel ontbreekt, te verwerpen.⁴⁶

Om de mogelijkheid van schade te onderbouwen zal eiser toch wel iets moeten stellen, zij het niet veel. Het volstaat dat er feiten zijn gesteld waaruit in het algemeen kan worden afgeleid dat er schade is geleden.⁴⁷ Hij kan (en zal) daarom meestal toch enige concrete schadefactoren noemen (al verbindt hij daar misschien geen concreet bedrag aan): dat is immers de eenvoudigste wijze om zulks aannemelijk te maken.⁴⁸ Volgens oude rechtspraak zou dit het risico in zich bergen dat eiser daarmee de grondslag van zijn eis versmald zou hebben.⁴⁹ Mijns inzien dient een dergelijke inperking niet te snel aangenomen te worden; zekerheidshalve verdient het aanbeveling dat eiser uitdrukkelijk vermeldt dat hij ter onderbouwing van de mogelijkheid van schade wijst op ten minste één concreet voorbeeld onder vele.

Men zou kunnen denken dat eiser zekerheidshalve maar zoveel mogelijk zijn schade moet onderbouwen. Het gevaar dat dan evenwel ontstaat – aangenomen dat eiser liever de schadestaatprocedure afwacht – is dat de rechter zich voldoende voorgelicht acht over de schade en onmiddellijk tot begroting overgaat. Vaste rechtspraak is immers dat indien de rechter zich in staat acht reeds in de hoofdprocedure te oordelen over de aannemelijkheid dat schade is geleden, hij reeds direct de schade kan begroten zonder te verwijzen naar de schadestaatprocedure!⁵⁰ Zelfs als er verwijzing naar de schadestaatprocedure is gevraagd mag hij aanstonds begroten.⁵¹ Een dergelijke beslissing om aanstonds te begroten is feitelijk (is in wezen een gewone beslissing omtrent schadebegroting), waarvoor geen strenge

⁴⁶ HR 12 januari 2001, NJ 2001, 453, rov. 3.8, ook HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426 m.nt. CJHB (Van Oosterom/Majoor), Brunner, noot onder HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629.

⁴⁷ HR 29 oktober 1926, NJ 1926, p. 1379 m.nt. EMM (Scholtmeijer/Van Gorp), HR 26 april 1928, NJ 1928, p. 1031 (Collé/Gansenkolk).

⁴⁸ Van Rossem-Cleveringa, art. 612, aant. 2, Spoelder, p. 14-15.

⁴⁹ HR 26 april 1928, NJ 1928, p. 1031 (Collé/Gansenkolk): als eiser in zijn dagvaarding slechts één oorzaak van schade stelt wordt deze deel van het onderwerp van de eis en kan hij in de schadestaatprocedure niet meer noemen.

⁵⁰ HR 8 april 2005, NJ 2005, 371 (Van de Ven/Van de Ven), rov. 3.4, ook HR 20 maart 1998, NJ 1998, 548, rov. 4.

⁵¹ HR 20 maart 1998, NJ 1998, 548, rov. 4, HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 653 (Rijkema/KBS), rov. 3.3, HR 8 juni 2001, NJ 2001, 466 (Vettel/Hertel), rov. 3.7. Ook PG Inv. BW, Rv e.a., p. 269, verwijzend naar HR 4 mei 1923, NJ 1923, p. 839 (Amsterdamsche Bank/De Vries). Voorts HR 23 maart 1933, NJ 1933, p. 888 m.nt. PS (De Kroon/Coymans), HR 1 februari 1946, 1946, 106 (Beks/Philips), HR 25 april 1958, NJ 1958, 417, m.nt. HB (Det Østasiatische Kompagnie/Nieuw Rotterdam). In HR 1 juli 1992, NJ 1992, 711 (Haxe/Schorr), rov. 3.3 overweegt de Hoge Raad dat de rechter dan onmiddellijk *dient* te begroten; in Vettel/Hertel en Van de Ven/Van de Ven daarentegen lijkt de Hoge Raad hieromtrent een zekere vrijheid van de feitenrechter aan te nemen.

motiveringseisen gelden.⁵² Op zichzelf is deze bevoegdheid begrijpelijk: indien verwijzing naar een schadestaatprocedure zinloos is omdat de schade daarin niet beter bepaald kan worden, kan de rechter net zo goed aanstonds de schade begroten.⁵³ In HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic/gem. Amsterdam) werd dit toelaatbaar geacht, ook al was het debat daar beperkt gebleven. De Hoge Raad wijst er daartoe op (rov. 3.2) dat het Hof reeds had kunnen vaststellen dat een schadestaatprocedure zinloos zou zijn omdat de schade daarin niet verder zou kunnen worden vastgesteld, gelet op de sterk wisselende oordelen van deskundigen en de onzekerheden omtrent de verloren gegane kunstwerken.

Deze regels stellen partijen voor problemen. Dat de rechter onmiddellijk mag begroten is op zichzelf begrijpelijk uit oogpunt van proceseconomie. Het stelsel van art. 612 e.v. Rv is er evenwel op gebaseerd dat eiser niet verplicht is om aanstonds alle schadefactoren aan te voeren en gerechtigd is om desgewenst in de schadestaatprocedure met nieuwe schadefactoren te komen.⁵⁴ Ook voor verweerder is het niet altijd positief dat onmiddellijk wordt begroot: hij kan zich welbewust hebben ingehouden met betrekking tot het betwisten van het geleden zijn van schade. Er wordt van beide partijen verwacht dat zij een beperkt debat voeren over de omvang van de schade.⁵⁵ Indien de mogelijkheid bestaat van onmiddellijke begroting worden partijen evenwel buiten hun schuld benadeeld: het recht spoort hen immers aan, en laat hen de vrijheid, om pas later het debat te voeren. Dat is één van de overtuigender rechtvaardigingen voor het bestaan van een schadestaatprocedure. Het dient hen dan ook niet te worden tegengeworpen van zo'n debat te hebben afgezien.⁵⁶ De rechter kan niet toereikend hebben beoordeeld of hij in staat is de schade te begroten vanwege het feit dat hij niet weet of partijen bewust hebben verkozen een deel van het debat niet in de hoofdprocedure te voeren. De rechterlijke vrijheid op dit punt verkeert daardoor snel tot willekeur.

⁵² HR 1 juli 1977, NJ 1978, 73 m.nt. GJS (Van Doorn/Van Blokland), HR 19 december 2003, NJ 2004, 348, rov. 4.8.2 (t.a.v. bedrijfsstilstand), HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. MMM (Royal & Sun Alliance/Polygram).

⁵³ HR 23 maart 1933, NJ 1933, p. 888 m.nt. PS (De Kroon/Cooymans), HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic/gem. Amsterdam), rov. 3.2.

⁵⁴ Art. 615 Rv, zie ook Spoelder, p. 15, 85-88, 100.

⁵⁵ HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (Gielen/gem. Grathem), rov. 3.10.

⁵⁶ De conclusie van A-G Franx (nr. 2) vóór HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic/gem. Amsterdam) gaat hier in het geheel aan voorbij en is dan ook naar huidige maatstaven niet langer correct.

Er is in de literatuur ook op gewezen dat de oude rechtspraak, waarin alles voor risico van partijen kwam, misschien niet langer in lijn is met het beginsel van hoor en wederhoor.⁵⁷ Weliswaar behoren partijen te weten dat de rechter de bevoegdheid heeft tot onmiddellijke begroting, maar het wordt in het algemeen ongewenst geacht dat partijen in geval van een vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure, toch alvast een uitgebreid debat over de schade entameren.⁵⁸ De terughoudendheid van partijen over de omvang van de schade geschiedt ten behoeve van de goede procesorde en dient dan ook niet voor risico van partijen te komen. Indien de rechter dan toch aanstonds begroot, kan dit een verboden verrassingsbeslissing opleveren.⁵⁹ Indien er slechts schade op te maken bij staat is gevorderd en de rechter toch aanstonds wil begroten, zal hij mijns inziens partijen in beginsel altijd gelegenheid moeten geven zich nader uit te laten over de omvang van de schade.⁶⁰

Dit is slechts anders in gevallen waarin de stellingen van eiser inhouden dat er geen andere schadeposten aanwezig zijn, en er ook geen absolute zekerheid over de omvang van de schade valt te verkrijgen. Dan is het doelmatig als er aanstonds wordt begroot, en kan soms verwacht worden dat partijen hier op anticiperen door relevante feiten aan te voeren.⁶¹

Indien een dergelijk geval niet aan de orde is kunnen partijen ter voorlichting van de rechter zekerheidshalve uitdrukkelijk aangeven dat zij, gelet op de vordering tot verwijzing naar een schadestaatprocedure, voorshands slechts beperkt verweer voeren, slechts een deel van de geleden schade aanvoeren, etc.⁶² Uit zulke stellingen wordt dan duidelijk dat de rechter met een onvoltooid debat geconfronteerd wordt, wat bij een behoorlijk geding de rechter zou moeten beletten te oordelen zonder de

⁵⁷ Barendrecht/Breukers, t.a.p.

⁵⁸ Vgl. HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (Gielen/gem. Grathem), rov. 3.10.

⁵⁹ HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 653 (Rijkema/KBS), rov. 3.3. Dit betrof een geval waar eiser in de gelegenheid moest worden gesteld nader in te gaan op de stelling dat wegens eigen schuld het causaal verband tussen tekortkoming en schade was doorbroken.

⁶⁰ In die richting wijst ook HR 8 juni 2001, NJ 2001, 466 (Vettel/Hertel), rov. 3.7, waar de Hoge Raad benadrukt dat eiser in de gelegenheid is gesteld een nadere onderbouwing te geven van de gestelde schade. Vgl. ook Spoelder, p. 16, 84-85.

⁶¹ De beslissing in HR 8 april 2005, NJ 2005, 371 (Van de Ven/Van de Ven), rov. 3.4 valt in zoverre te begrijpen: daar ging het om een schatting van de prijsvaststelling waar bindend adviseurs toe zouden zijn gekomen indien zij hadden geweten van een koopintentieverklaring. Ook in HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic/gem. Amsterdam) was kennelijk zo'n geval aan de orde.

⁶² Spoelder, p. 15-16.

gelegenheid te geven voor een nader debat.⁶³ Zonodig kan ook alvast een schets worden gegeven van de verweren of stellingen die men in ieder geval wil innemen: het dient partijen dan niet te worden tegengeworpen dat zij die stellingen nog niet nader hebben onderbouwd. Zulks ware in strijd met het stelsel van hoofdprocedure en schadestaatprocedure. Indien partijen zich in het geheel niet uitlaten over de stellingen van de wederpartij en de indruk wekken dat het debat op het punt van de omvang van de schade wat hun betreft voltooid is, lopen zij de hierboven geschetste risico's.

3. Wat komt in de schadestaatprocedure aan de orde?

De schadestaatprocedure is van de hoofdprocedure afgegrensd doordat in de hoofdprocedure wordt vastgesteld dát gedaagde aansprakelijk is, in de schadestaatprocedure tot welk beloop. Uit deze afgrenzing volgt dat de grondslag van de aansprakelijkheid vaststaat en dat daarover niet meer opnieuw geoordeeld kan worden in de schadestaatprocedure.⁶⁴

Dit levert een probleem op: in ieder geval voor de toerekenbaarheid van schade (en trouwens ook voor eventuele matiging) is relevant de grondslag van de aansprakelijkheid: welke fout wordt de gedaagde verweten?⁶⁵ Indien de rechter in de hoofdprocedure om redenen van proceseconomie meent slechts te hoeven vaststellen dat één van de drie gestelde grondslagen van aansprakelijkheid vaststaat, en de overige in het midden laat, betekent dit in feite een benadeling van eiser doordat hij in de schadestaatprocedure slechts op die beperkte basis schade zal kunnen vorderen. Mijns inziens dient de rechter in de hoofdprocedure daarom in beginsel over *alle* gestelde grondslagen te oordelen,⁶⁶ tenzij hij kan vaststellen dat de andere grondslagen voor de omvang van de schadevergoeding niet uitmaken. Indien de rechter in strijd hiermee een zekere stelling in het midden laat, dient de rechter zijn beslissing desverzocht aan te vullen (art. 32 Rv), dan wel dient die beslissing aangetast te kunnen worden in hoger beroep of cassatieberoep wegens het niet

⁶³ Dit valt in beide categorieën verrassingsbeslissingen die zijn onderscheiden in Tjong Tjin Tai, NJB 2000, p. 259-264 (par. 3.1).

⁶⁴ HR 30 mei 1997, NJ 1998, 381 m.nt. HJS (mr. Elink Schuurman q.q./mr. Van Gastel q.q.), rov. 3.4.

⁶⁵ Vgl. HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629 m.nt. CJHB (Hendriks/St. Sociaal Fonds Bouwnijverheid), en zie de noot van Brunner.

⁶⁶ Steun kan men vinden in HR 7 april 2000, NJ 2001, 32 m.nt. DA (M&B/Meijer) waar het Hof werd verweten niet over de grondslag van de schadevergoeding te hebben geoordeeld alvorens te hebben verwezen. Toegegeven zij dat de rechter met een positief oordeel over één grondslag zou kunnen verwijzen omdat dan reeds voldaan is aan het vereiste voor verwijzing, maar dan wordt dus een deel van het gevorderde ten onrechte onbeslist gelaten: in de schadestaatprocedure kan immers niet meer over de grondslag worden geoordeeld.

beslissen omtrent een relevant onderdeel van het geschil (vgl. art. 23 Rv). Waar de rechter kan zien dat de grondslag veel kan uitmaken voor de omvang van de schadevergoeding dient hij eerst de verder strekkende grondslagen te behandelen alvorens op een minder ver strekkende grondslag naar de schadestaatprocedure te verwijzen. Een voorbeeld kan zijn dat vergoeding op grond van niet-nakoming van een overeenkomst althans onrechtmatig afgebroken onderhandelingen wordt gevorderd; bij de eerste grondslag komt het positief contractsbelang in beginsel wel voor vergoeding in aanmerking, bij de tweede grondslag is dit niet zonder meer het geval.⁶⁷

Op dit uitgangspunt kan een nuance worden aangebracht. In veel gevallen is het waarschijnlijk om het even welke grondslag wordt gekozen; dan zou een beslissing over alle grondslagen nodeloos veel werk met zich brengen. Dat lijkt dan niet nodig; zonodig zou eiser dan een gemotiveerd verzoek tot aanvulling kunnen richten aan de rechter. In twijfelgevallen zou de rechter bij tussenuitspraak aan partijen kunnen voorleggen of zij ook over andere grondslagen een oordeel noodzakelijk achten, en waarom.

Een alternatieve benadering ter besparing van de werklust van de rechter zou kunnen zijn dat wordt vereist dat eiser zijn vordering vormgeeft in een primaire, subsidiaire en meer subsidiaire vorm, waarbij de zijns inziens meest ver strekkende grondslag in de primaire vordering wordt aangevoerd (tot een verklaring voor recht dat aansprakelijkheid bestaat wegens bijvoorbeeld wanprestatie, en verwijzing naar de schadestaatprocedure), en de successievelijk minder ver strekkende grondslagen (meer) subsidiair worden gevorderd. De rechter heeft dan een niet mis te verstane wenk over de volgorde waarin hij de grondslagen dient te beoordelen. Zonodig kan eiser ook nog motiveren waarom er zijns inziens in die volgorde over de grondslagen moet worden geoordeeld. Als de rechter dan toch nalaat daar op in te gaan dient de uitspraak mijns inziens aantastbaar te zijn op voornoemde gronden. Een vrijheid voor de rechter om ook bij zo'n onderbouwing en vormgeving van het petitum de gemakkelijkste doch minder verstrekkende grondslag te kiezen leidt tot een benadeling van eiser waar geen goede rechtvaardiging voor bestaat.

⁶⁷ Zie HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) en latere ontwikkelingen tot en met HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO). De discussie omtrent de uitleg van deze jurisprudentie laat ik in dit kader onbesproken; het gaat hier slechts om een voorbeeld.

De scheiding tussen hoofd- en schadestaatprocedure leidt ook tot andere problemen. Vragen die de omvang van de schadevergoeding betreffen kunnen naar de schadestaatprocedure worden verwezen. In de literatuur⁶⁸ worden bijvoorbeeld genoemd voordeelsverrekening,⁶⁹ eigen schuld,⁷⁰ matiging en toerekening naar redelijkheid, causaal verband,⁷¹ de te hanteren maatstaf voor schadevergoeding,⁷² de methode van schadeberekening,⁷³ eventuele verjaring van diverse schadeposten.⁷⁴ De wijze waarop het aandeel van een hoofdelijk aansprakelijke partij moet worden berekend mag eveneens naar de schadestaatprocedure worden verwezen.⁷⁵ De jurisprudentie vermeldt de omvang van een retentierecht.⁷⁶ Ook kan eerst in de schadestaatprocedure een beroep worden gedaan op het feit dat de gevorderde schade wettelijk gefixeerd is, zoals ingeval van wettelijke rente.⁷⁷ Zodanig betoog raakt immers niet de grondslag van de aansprakelijkheid. Ook óf bepaalde posten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen (dus of er aan de vereisten voor toewijsbaarheid is voldaan) kan in de schadestaatprocedure worden beoordeeld.⁷⁸

Door diverse auteurs wordt betoogd dat immateriële schade in beginsel niet in de schadestaatprocedure aan de orde zou moeten komen, aangezien deze zich niet concreet laat berekenen en dus evengoed aanstonds kan worden begroot.⁷⁹ De Hoge Raad heeft evenwel anders geoordeeld.⁸⁰ Daarbij moet worden opgemerkt dat het meestal zal gaan om gevallen waarbij diverse schadeposten zijn aangevoerd,

⁶⁸ H.J. Snijders, noot sub 5 onder HR 30 mei 1997, NJ 1998, 381 (Elink Schuurman q.q./Van Gastel q.q.) en Knijp, NbBW 1999, p. 22.

⁶⁹ Uitdrukkelijk bevestigd in HR 27 november 1998, NJ 1999, 685 m.nt. PvS, rov. 4.7. Knijp (p. 22) wijst op conclusie A-G Hartkamp (nr. 5.b) vóór HR 1 juni 1993, NJ 1995, 43 (gem. Den Haag/Schravendijk).

⁷⁰ Bevestigd in HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321 (Van Gastel q.q./Elink Schuurman q.q.), rov. 3.6, zie ook conclusie A-G Asser, nr. 2.20; ten aanzien van schadebeperking HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (Gielen/gem. Grathem), rov. 3.7.

⁷¹ HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629 m.nt. CJHB (Hendriks/St. Sociaal Fonds Bouwnijverheid), Brunner, noot sub 7 bij HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289 (Steendijkpolder), Vranken, conclusie (nr. 44) vóór HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (Ontvanger/Bos).

⁷² HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 m.nt. JBMV, rov. 4.7.

⁷³ Conclusie A-G Mok (nr. 4.2) vóór HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 (Steendijkpolder).

⁷⁴ Vgl. het hof in de zaak kenbaar uit HR 15 maart 1996, NJ 1996, 420 (gem. Zuidhorn/Staal).

⁷⁵ HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 m.nt. JHN en JCS (Kalimijnen), rov. 3.6, overwegend dat dit de begroting van de schade betreft.

⁷⁶ HR 5 december 2003, NJ 2004, 340 m.nt. WMK (Rabobank/Fleuren), rov. 3.7.

⁷⁷ HR 2 november 1990, NJ 1992, 83 m.nt. HJS (Kaiser/Interpolis), rov. 3.2.

⁷⁸ Vgl. HR 29 mei 1998, NJ 1999, 287 m.nt. WMK, rov. 4.8.

⁷⁹ C.J.M. Klaassen, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Mon. BW B35, nr. 15.b, Barendrecht/Breukers, p. 346 (ook ten aanzien van andere ex aequo et bono te begroten schade). Een voorbeeld van aanstondse begroting is HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic/gem. Amsterdam).

⁸⁰ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), rov. 3.3.

waaronder immateriële schade. Dan is het wel zo doelmatig als alle posten tezamen in de schadestaatprocedure worden behandeld.⁸¹ Dit geldt te meer waar ook immateriële schade afhankelijk is van vele omstandigheden, zodat een beperkt debat in de hoofdprocedure met zich brengt dat de rechter (zonder het wellicht te beseffen) niet over het complete beeld beschikt en dus in feite niet naar behoren over deze schade kan oordelen, ook al merkt hij dit zelf niet.

Ofschoon derhalve vele rechtsvragen tot de schadestaatprocedure kunnen worden uitgesteld, kan het gebeuren dat de rechter over sommige van dergelijke vragen toch reeds in de hoofdprocedure oordeelt. Indien de rechter in de hoofdprocedure dan al heeft beslist over zodanig punt, is dit volgens vaste rechtspraak een voor de rechter in de schadestaatprocedure bindende eindbeslissing.⁸² Een voorbeeld is een beslissing in de hoofdprocedure omtrent de mate van eigen schuld: die bindt de rechter in de schadestaatprocedure.⁸³ Dit geldt niet noodzakelijk voor alle soorten beslissingen in de hoofdprocedure; dit hangt af van het geval.⁸⁴ Soms kan het gaan om voorlopige oordelen die niet binden.⁸⁵

Bij deze rechtspraak heb ik enige bedenkingen. Puur formeel beschouwd is het juist en passend dat eerdere beslissingen niet in de schadestaatprocedure kunnen worden overgedaan. Problematisch is evenwel dat dusdoende beslissingen uit elkaar kunnen worden getrokken die juist van elkaar afhangen en niet los van elkaar kunnen worden gezien. Sprekend is het geval dat in de hoofdprocedure zou zijn geoordeeld over matiging van een loonvordering.⁸⁶ Zodanige matiging hangt mede af van de omvang van de loonvordering. Indien de rechter in een procedure na cassatie en verwijzing tot een andere omvang van de loonvordering komt, zal hij ook opnieuw

⁸¹ Barendrecht/Breukers t.a.p., verwijzend naar Hof Den Haag 16 december 1953, NJ 1954, 127.

⁸² Spoelder, p. 82-83. Zie ten aanzien van een beslissing om de loonvordering te matigen: HR 11 januari 2002, NJ 2003, 256 m.nt. HJS (Van den Ameele/Buyck), rov. 3.3.4. Verder A-G Bakels, conclusie (nr. 2.4) vóór HR 6 november 1998, NJ 1999, 132 (Sassen/Kluwer).

⁸³ HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230 (Moerman/Bakker), rov. 3.3, slot, waar dit ambtshalve werd overwogen.

⁸⁴ A-G Bakels, conclusie (nr. 2.4) vóór HR 6 november 1998, NJ 1999, 132 (Sassen/Kluwer), Spoelder, p. 82-93.

⁸⁵ Bijv. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), rov. 3.9, waar het Hof kennelijk als voorlopig oordeel had gegeven dat het maken van kosten voor bepaalde onderzoeken redelijk was, en waar de rechter in de schadestaatprocedure derhalve vrij was van af te wijken. Evenzo HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO), rov. 3.9.

⁸⁶ Zoals mogelijk werd geacht in HR 11 januari 2002, NJ 2003, 256 m.nt. HJS (Van den Ameele/Buyck), rov. 3.3.4, ook al was dat daar in feite niet aan de orde.

moeten oordelen over eventuele matiging.⁸⁷ In haar conclusie (nr. 12) vóór HR 11 januari 2002, NJ 2003, 256 (Van den Ameele/Buyck) wijst A-G De Vries Lentsch-Kostense er ook op dat de matiging mede afhangt van de hoogte van de schadevergoeding. Nochtans is zij van oordeel dat een eerdere beslissing op dit punt in de hoofdprocedure vóór gaat en mag gaan. De Hoge Raad volgt haar ook op dit punt.

Een tweede bezwaar is dat het voor partijen niet altijd even duidelijk is wanneer iets een voorlopige beslissing betreft of niet. Een voorbeeld is het oordeel in de hoofdprocedure dat aannemelijk is dat er causaal verband is tot enige schade (en dus de mogelijkheid van schade aanwezig is), waarin besloten ligt dat een verweer dat causaal verband geheel ontbreekt is verworpen. Volgt hieruit dat verweerder in de schadestaatprocedure niet opnieuw een oordeel kan verkrijgen omtrent het ontbreken van causaal verband? In de hoofdprocedure hoeft immers alleen geoordeeld te worden dat de *mogelijkheid* van schade aannemelijk is, hetgeen niet uitsluit dat bij nader onderzoek blijkt dat het causaal verband (en daarmee de mogelijkheid van schade) toch ontbreekt. Indien evenwel de rechter een hernieuwd debat op dit punt toestaat heeft dit als bezwaar dat verweerder daarmee twee keer over dezelfde kwestie kan debatteren. Dit prima facie onwenselijke gevolg lijkt wel de consequentie te zijn van de toets die de Hoge Raad heeft aangelegd voor de toetsing in de hoofdprocedure: het causaal verband wordt in zoverre slechts naar het voorlopig oordeel van de rechter beoordeeld, welk oordeel pas in de schadestaatprocedure definitief kan worden gegeven. Hoe dan ook is het wenselijk dat de rechter in de hoofdprocedure zo mogelijk expliciet aangeeft welke beslissingen (voor zover het beslissingen zijn die ook in de schadestaatprocedure hadden kunnen worden genomen) voorlopig zijn en welke niet.⁸⁸

Alleen bepaalde beslissingen die goed te scheiden zijn van de omvang van de schade zelf zouden mijns inziens in de hoofdprocedure gegeven kunnen worden, mits daaromtrent een toereikend debat gevoerd heeft kunnen worden. Ik denk daarbij aan causaliteit en de nauw daarmee verband houdende eigen schuld ten aanzien van het ongeval of schadegebeuren zelf (dus niet ten aanzien van de concrete schadeposten), de maatstaf en methode van schadebegroting. Dit zijn voorvragen die ook eerder beslist kunnen worden. De causaliteit en eigen schuld zijn vragen die bovendien raken

⁸⁷ Aldus HR 3 mei 2002, NJ 2003, 642 (Steenkorrel/Öztürk), rov. 4.1 ten aanzien van de matiging van de verhoging van de loonvordering ex (thans) art. 7:625 BW.

⁸⁸ Vgl. Spoelder, p. 84.

aan de toewijsbaarheid van enige schadevergoeding überhaupt. Het gaat dan om drie verschillende soorten verweren: allereerst het verweer dat de fout niet in causaal verband (sine qua non) staat tot het schadegebeuren of ongeval, verder dat het schadegebeuren 100% eigen schuld is van eiser,⁸⁹ tot slot de stelling dat het schadegebeuren niet tot enige (toerekenbare) schade heeft geleid.⁹⁰ De eerste twee verweren staan los van de omvang van de schade en kunnen dan ook aanstonds worden beoordeeld,⁹¹ het laatste verweer daarentegen is onlosmakelijk verbonden aan de vraag of de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Ten aanzien van dát verweer dient in de hoofdprocedure slechts voorlopig te worden beslist, omdat de schadestaatprocedure nu juist bedoeld is voor een uitvoerig debat hieromtrent. Voor andere beslissingen dient de rechter terughoudend te blijven en deze zoveel mogelijk tot de schadestaatprocedure uit te stellen.

4. Tot slot

In het voorgaande heb ik drie punten aangegeven waar de scheiding tussen hoofd- en schadestaatprocedure tot vragen kan leiden. Het processueel debat in de hoofdprocedure dient op het vlak van de omvang van de schade beperkt te blijven, de rechter dient daarom ook te waken voor premature beslissingen over zaken die beter tot de schadestaatprocedure kunnen wachten. Ik heb getracht op basis van de jurisprudentie enige richtsnoeren te schetsen voor de wijze waarop rechter en partijen dienen te handelen. De hoop bestaat dat hierdoor partijen niet voor onredelijke verrassingen komen te staan en de proceseconomie toch toereikend wordt bewaakt.

T.F.E. Tjong Tjin Tai
Universitair hoofddocent privaatrecht
Universiteit van Tilburg

⁸⁹ Dit kan wegens de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW ook het geval zijn indien er wel sine qua non verband is met de fout van gedaagde.

⁹⁰ Dit kan opnieuw vragen van eigen schuld omvatten, zoals ingeval wordt gesteld dat niet is voldaan aan de schadebeperkingsplicht.

⁹¹ Zij houden ook zozeer verband met de vraag naar de grondslag van de aansprakelijkheid dat zij wellicht zelfs beter in de hoofdprocedure beoordeeld kunnen worden.