

Mr. D.B. van Ark*

Kosten van herstel of vervanging van een beschadigde zaak; abstract, concreet, voordeelstoerekening?

Een bespreking van HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:956 (Evides/GKB)

1

In de literatuur is meermalen de vraag naar voren gekomen of de methode van abstracte schadebegroting bij zaakschade wel ruimte laat voor toepassing van de aftrek nieuw-voor-oud. Deze vraag was aan de orde in de zaak tussen Evides en GKB installatie. De Hoge Raad oordeelt in het in deze bijdrage besproken arrest *Evides/GKB* dat voordeelstoerekening in gevallen van zaakschade – die in beginsel abstract wordt begroot – wel degelijk mag worden toegepast. De Hoge Raad motiveert dit door te wijzen op het uitgangspunt dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis was uitgebleven. Daaruit volgt dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of het redelijk is om een voordeel toe te rekenen, onder meer afhangt van de vraag of de benadeelde tegen zijn wil een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen.

In dit artikel bespreekt de auteur de zijns inziens weinig bevredigende motivering van de Hoge Raad voor het oordeel dat voordeelstoerekening (de aftrek nieuw-voor-oud) mag worden toegepast bij abstract begrote zaakschade.

1. INLEIDING

Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade dient te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Bij beschadiging van onroerende zaken is het uitgangspunt dat de schade die de eigenaar lijdt gelijk is aan de waardevermindering die de onroerende zaak door de beschadiging ondergaat.¹ Het is vaste rechtspraak dat deze waardevermindering gelijk is aan de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herstel.² Hiermee wordt – onder andere – geabstraheerd van eventueel feitelijk verricht of nog te verrichten herstel.³

Het kan voorkomen dat een (on)roerende zaak na herstel meer waard is geworden of naar verwachting meer waard zal worden. In deze gevallen kan – onder voorwaarden – een aftrek nieuw-voor-oud worden toegepast. Deze aftrek wordt dan in mindering gebracht op de toe te kennen schadevergoeding.

In het algemeen wordt de aftrek nieuw-voor-oud in de sleutel van de voordeelstoerekening van artikel 6:100 BW geplaatst.⁴ Dit artikel bepaalt dat als eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde niet alleen schade, maar ook voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel wordt verrekend met de schade die de schuldenaar moet vergoeden voor zover dit redelijk is. In de literatuur is meer-

* Daan van Ark is advocaat te Rotterdam bij Van Traa Advocaten en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

- HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh.
- HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*); HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, r.o. 3.3, *NJ* 1985/625, m.nt. W.C.L. van der Grinten; HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, r.o. 3.6, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, r.o. 3.6.1, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel.
- HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.2, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh; HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4372, r.o. 3.5.2, *NJ* 2011/464, m.nt. M.R. Mok; HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, r.o. 4.2 e.v., *NJ* 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Gemeente Den Haag/Schravendijk*); HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4995, r.o. 3.3 en 3.4, *NJ* 1985/625, m.nt. W.C.L. van der Grinten.
- Asser/Sieburgh 6-II 2021/99. Meer impliciet: M. Oudenaarden, ‘Schadevaststelling bij zaaksbeschadiging: volledig abstract of soms toch (een beetje) concreet? HR 26 oktober 2012, LjN BX0357 (Reaal/Athlon)’, *MvV* 2013, afl. 2, p. 44; B.A.X. van Asten, ‘Voordeels-toerekening bij ontbinding van een duurovereenkomst. “Een zelfde gebeurtenis” en “abstracte” schadeberekening: what’s in a name?’, *MvV* 2009, afl. 12, p. 322.

malen de vraag naar voren gekomen of de methode van abstracte schadebegroting bij zaakschade wel ruimte laat voor toepassing van de aftrek nieuw-voor-oud.⁵

Deze vraag was aan de orde in de zaak tussen Evides en GKB installatie. De Hoge Raad oordeelt in het in deze bijdrage besproken arrest *Evides/GKB*⁶ dat voordeelstoerekening in gevallen van zaakschade – die in beginsel abstract wordt begroot – wel degelijk mag worden toegepast. De Hoge Raad motiveert dit door te wijzen op het uitgangspunt dat de benadeelde zoveel mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis was uitgebleven. Daaruit volgt dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval.⁷ Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of het redelijk is om een voordeel toe te rekenen, onder meer afhangt van de vraag of de benadeelde tegen zijn wil een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen.

In dit artikel bespreek ik de mijns inziens weinig bevredigende motivering van de Hoge Raad voor het oordeel dat voordeelstoerekening (de aftrek nieuw-voor-oud) mag worden toegepast bij abstract begrote zaakschade. In het kort komt het hierop neer. Uitgangspunt bij schade is de concrete schadebegroting. Bij zaakschade wordt geabstraheerd: het nadeel wordt voor en onafhankelijk van herstel geleden.⁸ Algemeen wordt aangenomen dat abstrahering implicaties heeft voor de mate waarin voordeelstoerekening aan de orde kan komen.⁹ De Hoge Raad acht deze gevolgen *kennelijk* ongewenst en motiveert dat met verwijzing naar het uitgangspunt dat schade concreet moet worden begroot.

Daarnaast plaats ik de door de Hoge Raad genoemde omstandigheid of de benadeelde tegen zijn wil een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen, in het bredere kader van een terughoudende toepassing van de voordeelstoerekening bij abstract begrote zaakschade.

Voordat ik op deze twee onderdelen inga, besteed ik eerst aandacht aan de overwegingen van het hof en de Hoge Raad, voor zover deze relevant zijn voor dit artikel.

2. RELEVANTE FEITEN EN PROCESVERLOOP

Op 24 juli 2017 zou GKB een sloot uitbaggeren in Rotterdam in de nabijheid van het Kralingse Bos.¹⁰ Tijdens het varen heeft GKB een waterleiding van Evides geraakt die zich zo'n 60 centimeter onder het wateroppervlak bevindt. Deze aansluiting is een zogenoemde 'zinker': een leiding die een watergang ondergronds moet kruisen.

Evides heeft de schade eerst tijdelijk laten herstellen met een bovengrondse leiding.¹¹ Later heeft zij door middel van een gestuurde boring een geheel nieuwe ondergrondse leiding laten aanleggen.

Evides vordert dat GKB de herstellkosten betaalt van de door haar gekozen methode van herstel. De rechtbank Rotterdam wijst de vordering van Evides integraal toe.

In hoger beroep doet GKB voor het eerst een beroep op voordeelstoerekening.¹² Volgens GKB dient er een aftrek nieuw-voor-oud te worden toegepast omdat Evides door het herstel in een aanzienlijk betere positie is komen te verkeren. Het hof oordeelt ten aanzien van dit verweer dat de aanleg van de nieuwe waterleiding een voordeel oplevert voor Evides.¹³ Het hof past om die reden een aftrek nieuw-voor-oud toe en brengt 30% in mindering op de door GKB te vergoeden schade.

In cassatie klaagt Evides dat het hof ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat het beroep van GKB op voordeelstoerekening slaagt en dat op de door Evides geleden schade 30% aan door Evides genoten voordeel in mindering moet worden gebracht. Evides onderbouwt deze klacht door te stellen dat voordeelstoerekening niet mag worden toegepast in gevallen van zaaksbeschadiging. Het toepassen van voordeelstoerekening zou namelijk niet samengaan met het uitgangspunt dat bij zaakschade de schade abstract wordt begroot, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of herstel daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

De Hoge Raad verwerpt deze rechtsklacht. De Hoge Raad stelt als uitgangspunt voor de berekening van de schadevergoeding voorop dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Daaruit volgt – aldus de Hoge Raad met verwijzing naar het arrest *Donata*/

5. Zie: Oudenaarden 2013, p. 44; Van Asten 2009, p. 322.

6. HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:956 (*Evides/GKB*).

7. HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:956, r.o. 3.2 (*Evides/GKB*).

8. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

9. P.J. Verdam, *Voordeelsaftrek bij schadevergoeding* (Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 1959-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1959, p. 181; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 52; Oudenaarden 2013, p. 44; Van Asten 2009, p. 322; A.J.O. van Wassenauer van Catwijk, 'Voordeelstoerekening', *NJB* 1992, afl. 7, p. 227; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 322-323; A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 196-200.

10. Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9368, r.o. 2.7.

11. Hof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2852, r.o. 3.7.

12. Hof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2852, r.o. 7.1.

13. Hof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2852, r.o. 7.5.3.

*New India*¹⁴ – dat de schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval.

Vervolgens wijst de Hoge Raad op het arrest *TenneT/ABB*.¹⁵ Volgens de Hoge Raad gaat het erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.

De voordelen kunnen op twee manieren in de te vergoeden schade worden betrokken. Zowel via de omvang van de schade (artikel 6:95 e.v. BW) en via voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW). Volgens de Hoge Raad verschillen beide routes niet wezenlijk van elkaar.

Tot slot gaat de Hoge Raad nog in op de twee vereisten voor een geslaagd beroep op voordeelstoerekening. Allereerst is vereist dat tussen de normschending en de voordelen een *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou zijn opgekomen. Als tweede dient het met inachtneming van de maatstaf van artikel 6:96 BW redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Bij de beoordeling van wat redelijk is, is onder meer van belang dat moet worden voorkomen dat de benadeelde tegen zijn wil een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen.

De klacht van onderdelen 3.1-3.5 gaat volgens de Hoge Raad uit van een onjuiste rechtsopvatting en is dus ongegrond.¹⁶ Wel slagen enkele motiveringsklachten die gericht waren tegen het oordeel van het hof dat in dit geval 30% van de schade als voordeel aan Evides kan worden toegerekend. Om die reden wordt het arrest van het hof Den Haag vernietigd en verwezen naar het hof Amsterdam.

Deze motivering roept de nodige vragen op. Heeft de Hoge Raad hier afscheid genomen van de abstracte schadebegroting bij zaakschade? Moeten de herstel-

vervangingskosten worden gezien als ‘concrete’ schade-post die door de rechter ‘abstract’ dient te worden geschat (ex artikel 6:97 BW)? En wat betekent het arrest *TenneT/ABB*¹⁷ voor de vraag of voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW wel mogelijk is, nu er in het algemeen van uit wordt gegaan dat – in het kader van de schadebegroting – abstrahering gevolgen heeft voor de mate waarin voordeel kan worden toegerekend?

3. BEGROTING VAN ZAAKSCHADE: ABSTRACT OF TOCH CONCREET?

Schadebegroting heeft als doel om de benadeelde zoveel mogelijk in de positie terug te brengen als waarin hij feitelijk zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁸ Het uitgangspunt is dat deze schade concreet wordt begroot.¹⁹ In bepaalde gevallen staat de Hoge Raad echter een abstracte wijze van schadebegroting voor, waarbij wordt geabstraheerd van bepaalde omstandigheden.²⁰ Het gebruikmaken van de uitzondering van abstracte schadebegroting in plaats van het ‘normale’ concrete schade begroten lijkt te zijn ingegeven door de wens om de schadebegroting eenvoudiger, eenvormiger en sneller te maken.²¹

Een van de gevallen waarin abstracte schadebegroting wordt (of werd, waarover later meer) toegepast, is bij zaaksbeschadiging.²² De rechtvaardiging voor abstracte schadebegroting bij zaakschade is – volgens de Hoge Raad – de aard van de schade.²³ De gronden voor abstractie zijn de billijkheid en/of praktische redenen.²⁴

Deze regel erkent dat de benadeelde recht heeft op vergoeding van de waardevermindering van de (onroerende) zaak. Daarbij is het onverschillig of de benadeelde ‘concreet’ geld uitgeeft aan herstel.²⁵ Deze abstrahering is te verklaren vanuit de gedachte dat het vermogen een abstracte grootheid is, waarbij het om meer gaat dan een overzicht van in- en uitgaande geldstromen.²⁶

De waardevermindering waar de benadeelde recht op heeft, zal – indien herstel mogelijk en verantwoord is – berekend worden aan de hand van de herstellkosten die naar objectieve maatstaven dienen te worden vastgesteld.²⁷ Niet van belang is of tot herstel wordt overgegaan en, zo ja, door wie en tegen welke kosten.²⁸

14. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh.

15. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh, J.S. Kortmann.

16. HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:956, r.o. 3.3.1 (*Evides/GKB*).

17. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh, J.S. Kortmann.

18. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier.

19. D.L. Barbiers, ‘Dogmatische inpassing en rechtvaardiging van abstracte begroting van vermogensschade’, *NTBR* 2022/38, p. 309.

20. Asser/Sieburgh 6-II 2021/35; Bloembergen 1965, p. 36-37.

21. Barbiers 2022, p. 313.

22. Zie: HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.2, NJ 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh; Krans 1999, p. 86-88.

23. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.2, NJ 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh.

24. Ibid. Zie ook: Barbiers 2022, p. 324.

25. M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd* (diss. Rotterdam), Den Haag: Bju 2019, p. 132.

26. R. Zwisler, ‘Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid’, *WPNR* 1980, afl. 5517, p. 328.

27. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, NJ 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

28. HR 26 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX0357, r.o. 3.6.1, NJ 2013/219, m.nt. M.M. Mendel.

In een eerder arrest van de Hoge Raad waar leidingsschade aan de orde was, *Liander/Meeùs*, werd nog expliciet overwogen dat in bepaalde situaties van een of meer omstandigheden van het geval kan worden geabstraheerd.²⁹ In dat arrest van de Hoge Raad werd de abstracte schadebegroting bij zaakschade nog expliciet tot uitgangspunt genomen.³⁰ Bij zaaksbeschadiging wordt allereerst geabstraheerd ten aanzien van de omvang van de schade: deze wordt gelijkgesteld aan de waardevermindering die de zaak heeft ondergaan op het moment van beschadiging.³¹ Daarnaast wordt geabstraheerd van (sommige) omstandigheden die de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffen.³²

In de literatuur wordt algemeen erkend dat deze abstraheringen de mogelijkheid om voordeelstoerekening toe te passen, beperken.³³ Het debat in de literatuur heeft zich met name toegespitst op de vraag *hoe ver* deze beperkende werking reikt. Wahlbrinck is hierin het verst gegaan. Hij is van mening dat genoten voordeel bij een abstract begrote vergoeding van herstel bij zaakschade niet mogelijk lijkt te zijn en dat om die reden van voordeelstoerekening (feitelijk) geen sprake kan zijn.³⁴ Met Lindenbergh ben ik van mening dat deze stelling te algemeen en te kort door de bocht is en daarmee tevens onjuist.³⁵ Daarbij is het niet de vraag of er voordeel wordt genoten, maar is het de vraag of het genoten voordeel voor toerekening (artikel 6:100 BW) dan wel verrekening (artikel 6:97 BW) in aanmerking komt.

Op zichzelf is verdedigbaar dat specifiek de aftrek nieuw-voor-oud – een specifieke verschijningsvorm van voordeelstoerekening – dogmatisch gezien niet samen gaat met het op abstracte wijze begroten van zaakschade. De Hoge Raad oordeelt in het *Telefoonkabel*-arrest dat niet is vereist dat herstel daadwerkelijk plaatsvindt.³⁶ De schade wordt immers geleden vóór en onafhankelijk van herstel.³⁷ Er wordt dus niet alleen geabstraheerd van het niet-herstellen van de onroerende zaak, maar ook van (eventueel) wel-herstellen van de onroerende zaak. De waardevermeerdering die optreedt na eventueel herstel van de onroerende zaak wordt veroorzaakt door het herstel van de zaak. Dit is een concrete omstandigheid waarvan in de abstracte schadeberekenningsmethode wordt geabstraheerd.³⁸ Zo heet wordt de soep echter niet gegeten en dit ‘dogmatische probleempje’ laat zich betrekkelijk eenvoudig oplossen.

Ten eerste zou kunnen worden betoogd dat in gevallen waarin wordt voldaan aan het redelijkheidsvereiste van artikel 6:100 BW, de billijkheid als grond voor abstracte schadebegroting wegvalt. Anders gezegd: men vindt het in deze gevallen niet billijk dat het voordeel volledig toekomt aan de benadeelde partij. Het wegvallen van deze grond voor abstracte schadebegroting uit zich doordat niet meer wordt geabstraheerd van eventueel herstel. Hiermee wordt vervolgens ook ruimte gecreëerd om wel rekening te houden met de voordelen die het gevolg zijn van herstel. Op deze wijze kan de aftrek nieuw-voor-oud worden toegepast.

Ten tweede kan de methode van abstracte schadebegroting worden vervangen door de methode van concrete schadebegroting met gebruikmaking van de schattingsbevoegdheid van de rechter. Op deze wijze kunnen de voordelen die met abstracte schadebegroting worden beoogd, ook via concrete schadebegroting worden behaald. In het kader van het schatten van de schade kan de rechter als norm nemen dat de vermogensvermindering bij zaakschade wordt geschat (ex artikel 6:97 BW) ter hoogte van de objectieve herstellkosten. Op deze wijze krijgt de eigenaar van de onroerende zaak haar waardevermindering gecompenseerd. Feitelijk doet de rechter hiermee niets meer of anders dan dat hij in het kader van de abstracte schadebegroting doet.³⁹ Sterker nog: door gebruik te maken van abstracte wijze van schadebegroting is de rechter de schade al aan het schatten.

Met het arrest *Evides/GKB* lijkt de Hoge Raad deze tweede weg te zijn ingeslagen. In rechtsoverweging 3.2 wordt de methode van concrete schadebegroting in oude ere hersteld als hoofdregel bij zaakschade. In het kader van die hoofdregel moet – met inachtneming van de vereisten van artikel 6:100 BW – worden bezien of sprake is van voordelen die voor toerekening in aanmerking komen. Voor de volledigheid overweegt de Hoge Raad wel dat de strekking van *TenneT/ABB* – de routes via schadebegroting ex artikel 6:98 BW of voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW dienen materieel niet tot andere uitkomsten te leiden – onverkort van toepassing is. Over toepassing van de abstracte schadebegroting zegt de Hoge Raad niets.

Zo bezien wordt de zaakschade die de eigenaar van de zaak lijdt gekwalificeerd als concreet geleden schade die op concrete wijze dient te worden begroot. Met gebruikmaking van artikel 6:97 BW mag de rechter deze scha-

29. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.1, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh.

30. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, r.o. 3.1.2, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh.

31. Ibid.

32. Ibid.

33. Verdam 1959, p. 181; Bloembergen 1965, p. 52; Oudenaarden 2013, p. 44; Van Asten 2009, p. 322; Van Wassenauer van Catwijk 1992, p. 227; Krans 1999, p. 322-323; Bolt 1989, p. 196-200.

34. S. Wahlbrinck, ‘Voordeel door herstelde schade? Het is mogelijk!’, *VAST* 2023/B-038.

35. Concl. A-G S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:PHR:2022:1132, voor HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:956, par. 4.22.

36. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

37. HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*). Zie over dit arrest: M.R. Hebly, ‘Over vaststelling van zaakschade’, *NTBR* 2020/2, p. 5.

38. Krans 1999, p. 322.

39. A.Ch.H. Franken, ‘Over de onwenselijkheid van abstracte schadeberekening’, in: S.D. Lindenbergh & A.Ch.H. Franken, *Abstracte schadeberekening* (preadviezen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 33-63.

de gelijkstellen aan de kosten van herstel of vervanging van een beschadigde zaak. Daar komt geen abstrahering aan te pas. In het kader van de vaststelling van de schade kan vervolgens voordeel worden verrekend (artikel 6:98 BW) of toegerekend (artikel 6:100 BW).⁴⁰

4. OPGEDRONGEN BESTEDINGSPATROON: REDELIJKHEIDSVEREISTE

De aftrek nieuw-voor-oud wordt in het algemeen in de sleutel van de voordeelstoerekening van artikel 6:100 BW geplaast.⁴¹ De gedachte achter artikel 6:100 BW is dat het onredelijk zou zijn om alleen de nadelige gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis in aanmerking te nemen en niet ook de voordelige gevolgen.⁴²

Artikel 6:100 BW kent twee toetsen. Het eerste vereiste is dat sprake moet zijn van ‘een zelfde gebeurtenis’. Dit is de causale toegangstoets.⁴³ Volgens deze toets moet er een *condicio sine qua non*-verband zijn tussen het schadetoebrengende feit en het voordeel.⁴⁴ De eerste horde in het kader van artikel 6:100 BW is daarmee een feitelijke, althans die zou een feitelijke moeten zijn.⁴⁵

Als is vastgesteld dat sprake is van een voordeel dat in *condicio sine qua non*-verband staat met het schadetoebrengende feit, dan moet worden beoordeeld of het *redelijk* is om het genoten voordeel te verrekenen met de vergoedbare schade.⁴⁶ Anders dan de eerste toets, is dit een normatieve toets.⁴⁷

De rechter heeft – zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:100 BW – een aanzienlijke mate van beoordelingsvrijheid om in een concreet geval te beoordelen of verrekening van genoten voordeel redelijk is.⁴⁸ Het oordeel of voordeelstoerekening redelijk is, hangt aldus af van de omstandigheden van het geval.

In het hier besproken arrest *Evides/GKB* heeft de Hoge Raad één omstandigheid uit de omstandighedencatalogus geëxpliciteerd. Voorkomen moet worden dat de

benadeelde tegen zijn wil een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen.⁴⁹ De Hoge Raad verwijst in dit kader naar de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:203 BW over onverschuldigde betaling.⁵⁰ Anders dan Wahlbrinck, die stelt dat deze overweging ermee te maken heeft dat een aftrek nieuw-voor-oud aan de orde kan zijn,⁵¹ moet deze omstandigheid gezien worden als een van de omstandigheden die moeten worden meegenomen in de omstandighedentoets in het kader van de redelijkheidstoets van artikel 6:100 BW.

Daarnaast is deze omstandigheid ook gesignaleerd door Bloembergen in het kader van de voordeelstoerekening.⁵² De eigenaar van de beschadigde zaak zal de schade veelal alleen kunnen herstellen door middel van vervanging van het betreffende beschadigde onderdeel. De huiseigenaar zal bijvoorbeeld zijn fundering of dak moeten vervangen. Diezelfde eigenaar zit echter helemaal niet te wachten op een nieuw dak of een nieuwe fundering, maar ziet zich genoodzaakt om – omwille van het behoud van de beschadigde zaak – het dak of de fundering te vervangen. De eigenaar ziet zich als gevolg hiervan geconfronteerd met een niet beoogde en evenmin te vermijden verbetering waardoor hij – althans in theorie – een hogere schadevergoeding ontvangt dan de geleden schade.

Naar Engels recht wordt bovengenoemde omstandigheid van dusdanig belang geacht dat toepassing van de aftrek nieuw-voor-oud niet op zijn plaats is.⁵³ Zo ver als men in het Verenigd Koninkrijk gaat, lijkt mij niet wenselijk. Op die manier wordt de beoordeling van alle omstandigheden van het geval tenietgedaan. De beoordeling of toepassing van een aftrek nieuw-voor-oud redelijk is (in de zin van artikel 6:100 BW) is een normatief oordeel.⁵⁴ Juist zo’n oordeel is sterk afhankelijk van een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Het is wel mogelijk dat de omstandigheid dat de eigenaar van de beschadigde zaak een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen, tezamen met een of meerdere andere omstandigheden het oordeel kunnen rechtvaardigen dat niet is voldaan aan het redelijkheidsvereiste en

40. Zo volgt uit: HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg, J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*).

41. Asser/Sieburgh 6-II 2021/99. Meer impliciet: Oudenaarden 2013, p. 44; Van Asten 2009, p. 322.

42. Bloembergen 1965, p. 317; Bolt 1989, p. 188 e.v. Zie ook: HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6627, *NJ* 2002/122.

43. Chr. van Dijk, ‘Voordeelstoerekening’, in: U. Magnus & Chr. van Dijk, *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht* (preadviezen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 29.

44. Van Dijk 2015, p. 29; J.B.R. Regouw, ‘Schade begroten met plussen en minnen’, *MvV* 2018, afl. 2, p. 62; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.3, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg, J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*).

45. Dit is bepleit door: Van Dijk 2015, p. 41 en A.J. Rijsterborgh, ‘“Een zelfde gebeurtenis” in art. 6:100 BW’, *AV&S* 2012/6, p. 62. In 2016 heeft de Hoge Raad eveneens in deze lijn geoordeeld. Zie: HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg, J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*).

46. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.3, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg, J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*); Regouw 2018, p. 63.

47. Van Dijk 2015, p. 42.

48. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1287, 1308 en 1309.

49. HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:956, r.o. 3.2 (*Evides/GKB*).

50. *Ibid.*

51. Wahlbrinck 2023.

52. Bloembergen 1965, p. 71. Anders dan Wahlbrinck (Wahlbrinck 2023) ben ik daarom niet van mening dat sprake is van een nieuw inzicht.

53. Harbutt’s ‘Plasticine’ v Wayne Tank & Pump Co [1970] 1 Q.B. 447 CA 468.

54. Van Dijk 2015, p. 56.

om die reden de aftrek nieuw-voor-oud niet wordt toegepast.⁵⁵

Het bovenstaande zou materieel gezien niet tot andere uitkomsten moeten leiden als de voordelen van de eigenaar van de beschadigde zaak niet via artikel 6:100 BW worden toegerekend, maar in het kader van de schadebegroting worden verrekend met de schade.⁵⁶

5. CONCLUSIE

Met dit arrest van de Hoge Raad lijkt (impliciet) afscheid te zijn genomen van de methode van abstracte schadebegroting bij zaakschade en lijkt deze te zijn vervangen door toepassing van de gewone wettelijke regels. De Hoge Raad heeft dit echter niet als zodanig geëx-

pliciteerd en van een motivering voorzien. Dit is mijns inziens weinig bevredigend. De waardevermindering die de beschadigde zaak ondergaat wordt geschat (artikel 6:97 BW) aan de hand van de kosten van herstel en vervanging van de beschadigde zaak. En de voordelen worden vervolgens in aanmerking genomen via artikel 6:98 BW (schadebegroting) of artikel 6:100 BW (voordeelstoerekening).

Daarnaast heeft de Hoge Raad een omstandigheid uit de omstandighedencatalogus geëxpliciteerd, namelijk of de benadeelde tegen zijn wil een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen. Samen met (een of meerdere) andere omstandigheden kan dan het oordeel gerechtvaardigd zijn dat geen aftrek nieuw-voor-oud moet worden toegepast.

55. Tot dezelfde conclusie komt Lindenberg: S.D. Lindenberg, 'The tortfeasor takes the object as he finds it – over gepredisponerde zaken en nieuw voor oud', *NTBR* 2019/26.

56. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.4.1, *NJ* 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg, J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*). Zie ook: M.R. Hebly, 'Ontwikkelingen schadevergoeding: vaststelling van vermogensschade', *WPNR* 2021, afl. 7350, p. 956; T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 310.