Schadevaststelling in het geding

Verslag van de najaarsvergadering 2020 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht

*Laura Ebben, Jim van Mourik en Jaap Dammingh**

Algemeen

De najaarsvergadering van 2020 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (NVvP), die (digitaal) plaatsvond op 9 december 2020, droeg de titel ‘Schadevaststelling in het geding’.

De voorzitter, prof. mr. C.J.M. Klaassen, heeft bij wijze van inleiding (de keuze voor) het thema van deze vergadering en de achtergronden ervan toegelicht.

De vaststelling van aansprakelijkheid door de burgerlijke rechter of de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter is vaak het startschot voor een discussie over de omvang van de te vergoeden schade. Bij de vaststelling van de schade c.q. de schadebegroting rijzen allerlei procesrechtelijke vragen. Wat is in dit verband de positie van de rechter, en wat wordt van de advocaten verwacht? Op welke wijze moet (de omvang van) de schadevergoeding worden vastgesteld? De vergadering stond in het teken van de schade en de proces- en bewijsrechtelijke vragen die daarbij een rol (kunnen) spelen.

In het *burgerlijk* recht is ter zake van de schadebegroting art. 6:97 BW relevant. Volgens art. 6:97 BW – deel uitmakend van afdeling 6.1.10 BW – begroot de rechter de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij door de rechter geschat, aldus art. 6:97 BW. Van oudsher wordt aangenomen dat art. 6:97 BW meebrengt dat het bewijsrecht als zodanig niet geldt bij de vaststelling van (de omvang van) de schade. Toch is de vrijheid die de rechter bij de schadebegroting heeft, niet onbeperkt. In elk geval leert de praktijk dat het in concrete gevallen lastig kan zijn om de schade te begroten. Denk bijvoorbeeld aan de begroting van toekomstige schade, aan de begroting van schade die een ondernemer lijdt doordat de bank – ten onrechte – de kredietverlening heeft stopgezet, of aan de begroting van de schade die is geleden doordat ten onrechte geen bouwvergunning is afgegeven. Of denk aan *kansschade*. Wat dient een advocaat in geval van kansschade aan te voeren? En hoe dient de rechter daarmee om te gaan? In het verlengde hiervan komt ook de vraag op wat de rol is van de schadestaatprocedure (ex art. 612 Rv).

Ook in het *bestuurs*(proces)recht blijken aan de schadevaststelling nogal wat haken en ogen te zitten. Weliswaar geldt daar de ‘vrije bewijsleer’, maar dat neemt niet weg dat ook de bestuursrechter in het kader van het vaststellen van (de omvang van) de schade wordt geconfronteerd met complicaties die niet (zo) eenvoudig zijn op te lossen.

Inleiding mr. dr. M.K.G. Tjepkema¹

Inleiding

De titel van Tjepkema’s voordracht luidt: ‘Schadevaststelling bij onrechtmatige besluiten: nieuwe en gemiste kansen in titel 8.4 Awb’. Sinds 2013 kent de Algemene wet bestuursrecht (Awb) met titel 8.4 een regeling over schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Deze nieuwe regeling biedt aan de bestuursrechter de mogelijkheid om schadevergoeding vast te stellen. Volgens art. 8:88 *lid 1* Awb is hij bevoegd om op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de schade die de belanghebbende heeft geleden of nog zal lijden als gevolg van (onder meer) een onrechtmatig besluit.

Van oudsher is de bestuursrechter gewend om de rechtmatigheid van een door een bestuursorgaan genomen besluit te toetsen. Met titel 8.4 Awb heeft hij een nieuwe rol gekregen: hij dient *zelf* het bestaan van het recht op schadevergoeding en de hoogte daarvan vast te stellen. Dit is een novum ten opzichte van de situatie van vóór 2013, toen in bestuursrechtelijke procedures deze taak op het bestuursorgaan rustte. Tjepkema is in zijn voordracht ingegaan op het optreden van de bestuursrechter als ‘regisseur’ van het schadedebat.

Als een belanghebbende met succes een vernietigingsberoep bij de bestuursrechter heeft ingesteld, dan is daarmee de onrechtmatigheid van het door het bestuursorgaan genomen besluit gegeven. Art. 8:90 *lid 1* Awb biedt vervolgens de mogelijkheid om een schriftelijk verzoek tot het toekennen van schadevergoeding bij de bestuursrechter in te dienen. Wel moet de belanghebbende eerst nog schriftelijk aan het betrokken bestuursorgaan hebben verzocht om schadevergoeding uit te keren (art. 8:90 *lid 2* Awb).

* Mr. L.A.G. Ebben is senior juridisch medewerker bij de rechtbank Gelderland. Mr. J. van Mourik is promovendus burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. J.J. Dammingh is universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Hoofd kennisunit Bestuursrechtspraak van de Raad van State en universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

De achtergrond van titel 8.4 Awb is dat de wetgever het gewenst achtte om de bevoegdheid van enerzijds de bestuursrechter en anderzijds de burgerlijke rechter bij vorderingen tot schadevergoeding naar aanleiding van onrechtmatige besluiten (duidelijk) wettelijk te regelen. Vóór 2013 was de competentieverdeling versnipperd en gold dat de burger – als rechtzoekende – de vrijheid had om te kiezen voor het vorderen van schadevergoeding bij óf de bestuursrechter óf de civiele rechter.

Sinds 2013 bestaat er soms nog keuzevrijheid, maar is in een aantal wettelijk omschreven gevallen sprake van een *exclusieve* competentie van ofwel de civiele rechter ofwel de bestuursrechter. Het voordeel van een gang naar de bestuursrechter is dat de burger – zeker in zaken met een relatief gering financieel belang (minder dan € 25.000) – een dure rechtsgang naar de burgerlijke rechter wordt bespaard.

Art. 8:89 Awb regelt de afbakening van de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter voor zover het om het toekennen van schadevergoeding gaat. Volgens art. 8:89 *lid 1* Awb is de bestuursrechter exclusief bevoegd in zaken die gaan over schade als gevolg van een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep (CRvB) of de Hoge Raad in hoogste (of enige) aanleg oordeelt. Dit zijn vooral zaken op het gebied van het belastingrecht, het socialezekerheidsrecht en het ambtenarenrecht.

In alle overige gevallen is de burgerlijke rechter bevoegd. Het gaat dan om schadezaken betreffende een (onrechtmatig) besluit waarover de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) of het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in hoogste (of enige) instantie oordeelt. Echter, om te voorkomen dat in die ‘overige gevallen’ voor relatief geringe schadebedragen bij twee rechters (eerst de bestuursrechter en daarna de burgerlijke rechter) moet worden geprocedeerd, is in art. 8:89 *lid 2* Awb bepaald dat de belanghebbende (toch) schadevergoeding door de bestuursrechter kan laten vaststellen indien de gevraagde vergoeding niet hoger uitvalt dan € 25.000.

Voor schadevergoeding tot en met € 25.000 kan de belanghebbende dus kiezen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter.

Hoe stelt de bestuursrechter de relevante *feiten* in het kader van de (eventueel) toe te kennen schadevergoeding vast? Ingevolge art. 8:92 Awb dient het verzoekschrift (feitelijke) gegevens over de aard en het bedrag van de schade te bevatten, alsmede – voor zover redelijkerwijs mogelijk – een specificatie. Daarnaast verklaart art. 8:94 Awb een aantal Awb-bepalingen van overeenkomstige toepassing, waardoor in het kader van de behandeling van het verzoek (ook) getuigen en/of deskundigen kunnen worden gehoord en schriftelijke inlichtingen kunnen worden ingewonnen.

Tjepkema benadrukt echter dat er ook veel *niet* is geregeld in het bestuursrecht. Zo kent het bestuursrecht geen bewijsrechtelijke bepalingen – vergelijkbaar met de regeling in art. 149 t/m 209 Rv –, waardoor wel van een ‘vrije bewijsleer’ wordt gesproken. Die leer geeft de bestuursrechter veel vrij-

heid bij de behandeling van een verzoek tot schadevergoeding. Hij kan in beginsel zelf bepalen welke instrumenten hij inzet. Een populair ‘ongeregeld’ instrument waarvan de bestuursrechter vaak gebruik maakt, is de zogenoemde ‘*griffiersbrief*’: een brief die de griffier na het onderzoek ter zitting aan partijen stuurt met daarin het verzoek om op enkele – in die brief specifiek genoemde – punten duidelijkheid te verschaffen.

De ‘vrije bewijsleer’ biedt de bestuursrechter ook de ruimte om (desgewenst) een *tussenuitspraak* te doen met daarin een bewijsopdracht voor een van de partijen. Daarvoor ontbreekt nu dus een wettelijke basis, maar wat Tjepkema betreft verdient het aanbeveling dat die er wel komt.

Tjepkema merkt op dat ten aanzien van het onderzoek naar de relevante feiten sprake is van een verschuiving van het bestuursorgaan naar de bestuursrechter, in die zin dat de bestuursrechter in toenemende mate zelf naar de feiten op zoek gaat. Betekent dit dat er voor het bestuursorgaan geen rol meer is weggelegd in dit opzicht? Dat niet. Uit art. 3:2 Awb volgt immers dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit kennis over de relevante feiten vergaart. Dat besluit werd in de situatie van vóór 2013 een zuiver (of zelfstandig) schadebesluit genoemd, in het kader waarvan de ‘gewone’ regels over bewijslastverdeling werden toegepast. Tjepkema wijst op een uitspraak van de CRvB van 9 januari 2003,² waarin het ging om een ambtenaar die schadevergoeding wilde omdat hij tijdens zijn werk (voor de overheid) aan asbest blootgesteld was geweest. De CRvB stelde in zijn uitspraak voorop dat de belanghebbende (in casu de ambtenaar) voldoende concrete aanknopingspunten aan het bestuursorgaan moet bieden om onderzoek naar de gestelde blootstelling (aan asbest) te kunnen doen. Echter, naarmate de relevante feiten in sterkere mate ‘in de sfeer van het bestuursorgaan’ liggen, zullen aan dat onderzoek door het bestuursorgaan strengere eisen (mogen) worden gesteld, aldus de CRvB.

Annotator Schuurmans heeft hieruit afgeleid dat het kennelijk voor de bewijsvoeringslast van het bestuursorgaan relevant is in welke mate de (relevante) feiten in diens ‘bewijsdomein’ liggen. In deze zaak had het bestuursorgaan in zijn eigen administratie kunnen nagaan in welke periode de betrokken ambtenaar op welke locatie had gewerkt (waardoor het onderzoek naar de op de verschillende locaties aan de orde zijnde werkomstandigheden had kunnen doen).

Naar huidig recht zou een schadebesluit niet langer de toegang tot de bestuursrechter bepalen, maar zou de ambtenaar direct een verzoekschrift bij de bestuursrechter moeten indienen. Het is echter de vraag of dat voor het toepasselijke bewijsrecht veel uitmaakt; naar huidig recht zou de bewijsvoeringslast ten aanzien van de schade net zozeer op het bestuursorgaan rusten. Die uitkomst kan bij de toepassing van titel 8.4 Awb echter bezwaarlijk uit art. 3:2 Awb worden afgeleid, omdat dit artikel uitgaat van de verplichting van een bestuursorgaan om bij de voorbereiding van een *besluit* de nodige

2. CRvB 9 januari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF3481.

kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Daarom zou een door de bestuursrechter rechtstreeks aan het bestuursorgaan te richten bewijsopdracht hier mogelijk een nuttige rol kunnen vervullen.

Tjepkema bespreekt vervolgens enkele concrete gevallen waarin de bestuursrechter zelf (procedurele) regels heeft geformuleerd met betrekking tot het toekennen van schadevergoeding. Hij noemt onder meer een uitspraak van de ABRvS van 10 april 2019.³ Het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) had bij besluit van 14 juli 2014 het rijbewijs van een medewerker buitendienst (hierna: belanghebbende) ongeldig verklaard en hem verplicht om aan een alcohol-slotprogramma deel te nemen. Dit besluit is later herroepen, waarop belanghebbende heeft verzocht om een schadevergoeding van omstreeks € 23.000 toe te kennen wegens het mislopen van arbeidsinkomsten over de periode juli 2014 tot juni 2015. Hij heeft daartoe gesteld dat hij door zijn toenmalige werkgever tijdens de proeftijd is ontslagen *omdat* hij als gevolg van het besluit van 14 juli 2014 niet langer over een geldig rijbewijs beschikte. Het CBR heeft de door belanghebbende gestelde inkomensschade betwist en er onder meer op gewezen dat niet aannemelijk is (gemaakt) dat belanghebbende zonder het besluit niet zou zijn ontslagen.

De ABRvS heeft in haar uitspraak benadrukt dat degene die vergoeding van schade wenst (in casu belanghebbende), de stelplicht en de bewijslast van het bestaan van de schade heeft. De Afdeling was van oordeel dat er zoveel twijfel bestond, dat moest worden geconcludeerd dat belanghebbende de door hem gestelde schade onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Hier is dus eigenlijk in een bestuursrechtelijke procedure de uit art. 150 Rv voortvloeiende regel over de in civiele procedures geldende verdeling van de stelplicht en de bewijslast – naar analogie – toegepast.

In de bestuursrechtelijke wetgeving ontbreekt – zoals al opgemerkt – een wettelijke basis voor het kunnen doen van een tussenuitspraak in schadevergoedingszaken. Tjepkema wijst op enkele uitspraken waarin de bestuursrechter zelf – gebruik makend van de vrijheid die hij door de ‘vrije bewijsleer’ heeft – een tussenuitspraak heeft gedaan, waarin aan partijen duidelijkheid over hun bewijsspositie is geboden.

Tjepkema noemt onder meer een uitspraak van de ABRvS van 20 december 2017,⁴ waarin het ging om een buxuskweker die schadevergoeding wenste omdat B&W had geweigerd om vrijstelling te verlenen van het toepasselijke bestemmingsplan, waardoor de kweker zijn kwekerij niet heeft kunnen uitbreiden. Het besluit van B&W was (uiteindelijk) vernietigd. Aan zijn verzoek om schadevergoeding heeft de kweker ten grondslag gelegd dat B&W een onjuiste toepassing aan het bestemmingsplan heeft gegeven en dat hij als gevolg daarvan schade heeft geleden omdat hij daardoor zijn kwekerij niet heeft kunnen uitbreiden.

Na te hebben geoordeeld dat sprake was van een schadevergoedingsplicht, heeft de Afdeling geconcludeerd dat er (nog) onduidelijkheid was over de omvang van de door de kweker geleden schade. Dit was voor de Afdeling reden om een buitenwettelijke *tussenuitspraak* te doen, waarin aan de kweker is opgedragen om zich nader over een rapport uit te laten en tevens een bewijsopdracht aan hem is verstrekt.

Tjepkema concludeert dat de bestuursrechter in het algemeen goed uit de voeten kan met de hem toebedeelde rol als ‘regisseur’ van het schadedebat in de verzoekschriftprocedure. Het loslaten van het besluit als rechtsingang vergroot de mogelijkheden om te komen tot finale geschilbeslechting en doet ook recht aan het feit dat het bestuursorgaan in een procedure over aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geen relevante beleidsvrijheid of beoordelingsruimte heeft. Ook laat de rechtspraak zien dat de bestuursrechter – soms bijgestaan door expertise vanuit civiele hoek – goed in staat is om de omvang van de vergoedingsplicht te bepalen. De ervaring leert verder dat hij vaak aansluiting zoekt bij de regels – bijvoorbeeld over de stelplicht en de bewijslast – die krachtens het Rv in het burgerlijk procesrecht gelden.

Tjepkema rondt zijn inleiding af met een wensenlijstje. Waar ten aanzien van het *materiële* bewijsrecht de regels van het Rv kunnen worden toegepast, acht Tjepkema het wenselijk dat er ter zake van het *formele* bewijsrecht wettelijke bewijsregels komen. Zo zou de mogelijkheid om een tussenuitspraak te doen een wettelijke basis in het bestuursrecht moeten krijgen. Dat biedt zowel de bestuursrechter als partijen duidelijkheid en rechtszekerheid.

Een tweede wens van Tjepkema is de herintroductie van de schadestaatprocedure. Voorheen bestond art. 8:73 *lid* 2 Awb, dat bepaalde:

‘Indien de rechtbank de omvang van de schadevergoeding bij haar uitspraak niet of niet volledig kan vaststellen, bepaalt zij in haar uitspraak dat ter voorbereiding van een nadere uitspraak daarover het onderzoek wordt heropend. De rechtbank bepaalt daarbij op welke wijze het onderzoek wordt voortgezet.’

Art. 8:73 *lid* 2 Awb is echter vervallen. Tjepkema pleit ervoor om deze bepaling weer in te voeren.

Een derde wens van Tjepkema is dat een belanghebbende bij een verzoek om schadevergoeding (volledige) vrijheid krijgt ten aanzien van zijn keuze voor de burgerlijke rechter of de bestuursrechter. Dit betekent dat in ieder geval de € 25.000-grens van art. 8:89 *lid* 2 Awb moet worden afgeschaft. Dat zou ruimte bieden voor een verdere ontwikkeling van de bestuursrechter als schadevergoedingsrechter. Met de huidige titel 8.4 Awb is die rol helaas vooral beperkt tot ‘kruielgevallen’ (namelijk schadegevallen tot € 25.000).

3. ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1111.

4. ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3488, AB 2018/444.

Discussie

De voorzitter vraagt hoeveel vrijheid de bestuursrechter heeft bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding. Het antwoord van Tjepkema komt erop neer dat die vrijheid in beginsel gelijk is aan de vrijheid die de civiele rechter in dit opzicht heeft.

Kastein (advocaat) vraagt of een verzoek om schadevergoeding ook (al) in een *bezwaarschrift* kan worden gedaan. Wat Tjepkema betreft staat het verzoek om schadevergoeding in beginsel los van het bezwaar c.q. het bezwaarschrift.

Van der Grinten (raadsadviseur bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid) vraagt of Tjepkema meer vervlechting van het bestuursprocesrecht en het civiele procesrecht wenselijk acht. Tjepkema acht dit wenselijk voor zover het om het *formele* bewijsrecht gaat (waarbij bijvoorbeeld aan bewijsopdrachten kan worden gedacht). Voor de introductie in de Awb van materiële bewijsregels ziet hij voornamelijk aanleiding.

Inleiding prof. mr. G. van Rijssen⁵*Inleiding*

Van Rijssen gaat in op de vraag waarom de rechter bij het begroten van schade veel ruimte moet hebben, en op de vraag in hoeverre in het burgerlijk procesrecht grenzen aan deze vrijheid worden gesteld. Zijn bijdrage is vooral bedoeld als een analyse van de factoren die invloed hebben op die rechterlijke vrijheid en minder als een beoordeling daarvan.

Het vaststellen van 'de feiten'

Voorop staat dat de rechter recht moet doen op grond van de hem aangereikte feiten. 'De feiten' zijn echter geen eenduidig begrip. Met 'de feiten' wordt hier bedoeld: de werkelijkheid zoals partijen die aan de rechter voorschotelen om hun gelijk in de procedure te bepleiten. Bij deze presentatie van de werkelijkheid (de feitelijke grondslag) kan volgens Van Rijssen het volgende onderscheid worden gemaakt. Partijen gebruiken in hun feitelijke grondslag: (a) empirische feiten (vatbaar voor zintuigelijke waarneming), (b) daaraan ontleende kwalificaties, (c) aan de hand van die feiten getrokken conclusies en (d) verwachtingen. Met verwachtingen wordt hier bedoeld een werkelijkheid die zich (nog) niet heeft voorgedaan of zich niet meer zal voordoen.

Binnen deze indeling onderscheidt Van Rijssen een rangorde. De empirische feiten (aangeduid als 'concrete feiten') zijn verifieerbaar. Het gaat immers om waarnemingen, waarbij de aangevoerde waarneming in beginsel kan worden vergeleken met waarnemingen door derden (bijvoorbeeld getuigen of de rechter zelf) dan wel door waarneming van andere zaken (bijvoorbeeld akten). De gestelde concrete feiten vormen in die zin het fundament van de door een partij voorgestelde werkelijkheid. Het zijn ook alleen deze concrete feiten die zich

lenen voor de kwalificatie waar of onwaar. Anders gezegd: in overeenstemming met de vergelijkende waarnemingen of niet.

Op die concrete feiten gebaseerde kwalificaties, conclusies en verwachtingen zijn hooguit juist of onjuist, waar of onwaar kunnen zij in de hier bedoelde zin niet zijn. Zij zijn het product van de concrete feiten waaraan door de menselijke geest (van degene die de werkelijkheid presenteert) iets is toegevoegd (bijvoorbeeld door logica, kennis of ervaring).

Vrijheid en autonomie van de rechter

Gezien het vorenstaande is de autonome inbreng van de rechter als degene die 'de feiten' onderzoekt (art. 24 Rv) en vaststelt (art. 149 Rv) bij de concrete feiten het kleinst. Die inbreng is groter bij kwalificaties, nog groter bij conclusies en het meest vergaand bij verwachtingen. In civiele procedures, waarin de feitelijke grondslag grotendeels bestaat uit kwalificaties, conclusies en/of verwachtingen, is er van nature een verdergaande en autonomere inbreng bij de vaststelling daarvan door de rechter. Autonomoos wordt hier gebruikt in de letterlijke betekenis, waarin *auto* staat voor 'zelf' en *nomos* voor 'wet'. Bedoeld is dus: vanuit (de geest van) de rechter zelf. Met name bij de begroting van schade gaat het om conclusies en verwachtingen.

Vervolgens werkt Van Rijssen de begrippen schade en schadebegroting uit. Omdat het bij het begroten van schade veelal aankomt op het vergelijken van een actuele met een hypothetische situatie (een verwachting), zal de autonome inbreng van de rechter bij zijn onderzoek van de feitelijke grondslag en het vaststellen van 'de feiten' groot zijn. Met name als die verwachtingen een prominente plaats innemen, zoals bij de begroting van toekomstschade (denk aan het verlies van verdien capaciteit). Een nauwkeurige vaststelling van de schade is dan dikwijls minder goed mogelijk, zodat de rechter de schade zal moeten schatten.

Deze door de aard van de schadebegroting noodzakelijke vrijheid van de rechter gaat hand in hand met een andere ontwikkeling die de vrijheid van de rechter bij zijn onderzoek van de feitelijke grondslag en het vaststellen van de feiten bevordert. Hierbij wordt bedoeld op de meer actieve houding die van de rechter wordt verlangd in het kader van waarheidsvinding. Deze laatste ontwikkeling heeft haar neerslag gekregen in het door de Minister voor Rechtsbescherming nieuw voorgestelde art. 24 lid 2 Rv:

'De rechter kan binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve met partijen de grondslag van hun vordering, verzoek of verweer bespreken.'⁶

In de praktijk heeft deze actievare houding van de rechter al vergaand ingang gevonden.

De aard van de schadebegroting en een ook in algemene zin actiever optredende rechter versterken elkaar in die zin dat

5. Raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en bijzonder hoogleraar rechtspraak aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

6. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht), *Kamerstukken* 35498.

de moderne rechter juist bij de begroting van schade veel ruimte kan nemen – en ook neemt – bij zijn onderzoek van de feitelijke grondslag en het vaststellen van de feiten.

Beperkingen aan de rechterlijke vrijheid

Van Rijssen gaat vervolgens in op de vraag in hoeverre het huidige systeem garanties biedt om te voorkomen dat door deze grote ruimte voor de rechter (bij zijn onderzoek van de feitelijke grondslag en de vaststelling van de feiten) de positie van partijen in het gedrang komt. Gezien de memorie van toelichting op het nieuw voorgestelde art. 24 lid 2 Rv is het niet de bedoeling die positie van partijen aan te tasten:

‘De principiële verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen partijen en de rechter op het punt van de informatiegaring en bewijsverzameling blijft in dit wetsvoorstel ongewijzigd.’⁷

Van Rijssen merkt op dat het nieuw voorgestelde art. 24 lid 2 Rv een actievare rol van de rechter vereist met betrekking tot kwalificaties, conclusies en verwachtingen. Het is de rechter echter niet toegestaan om de concrete feiten aan te vullen.

Van Rijssen onderscheidt de volgende vier garanties. In de *eerste* plaats moet de rechter in zijn motivering tot uitdrukking brengen dat en hoe de kwalificaties, conclusies en verwachtingen waarop de schadebegroting steunt, voldoende wortelen in de concrete feiten. De herleiding tot de concrete feiten vormt in de (civiele) procedure immers de enige link naar waarheid of onwaarheid. Schadebegroting mag geen speculatief of van de concrete feiten vervreemd onderzoek worden. Ten *tweede* zal de rechter de conclusies en verwachtingen waarop de schadebegroting steunt, dienen te controleren op consistentie en logica. Met andere woorden op hun juistheid of onjuistheid. Daarbij beweegt de rechter zich veelal niet op zijn eigen kennisterrein, maar moet hij gebruik maken van andersoortige kennis. Ten *derde* moet de rechter bewaken dat bij zijn onderzoek – vooral als zijn eigen inbreng daarbij (onvermijdelijk) groot en autonoom is – de procesrechtelijke positie van partijen gewaarborgd blijft door hoor en wederhoor. Ten *slotte* zal de rechter er rekening mee moeten houden dat de cassaterechter zal ingrijpen in de hier bedoelde vrijheid van de feitenrechter als de gehanteerde systematiek van schadeberekening onjuist is.

Van Rijssen concludeert dat de grens zoals vervat in het adagium ‘geef mij de feiten dan geef ik u het recht’ bij de schadebegroting nog niet een vaste plaats lijkt te hebben gekregen. Het zal voor rechter en partijen zaak zijn en blijven om te bewaken dat goede rechtspraak wordt verkregen met een goede procedure.

Discussie

Lock (raadsheer in de Hoge Raad) vraagt Van Rijssen of de mondelinge behandeling er niet juist ook voor bedoeld is om de rechter, door het stellen van vragen, leemtes te laten opvul-

len in het feitelijke relaas van partijen. Van Rijssen is van mening dat er een zekere ruimte is te vinden waar het de specificatie van feiten betreft, passend binnen de feitelijke grondslag. Maar naar zijn mening moet de rechter bij het vragen naar nieuwe feiten terughoudendheid betrachten. De memorie van toelichting bij het nieuw voorgestelde art. 24 lid 2 Rv laat geen ruimte voor aanvulling van de concrete feiten door de rechter.

Lunsingh Scheurleer (advocaat) vraagt zich af of het wellicht aanbeveling verdient dat als een rechter – bijvoorbeeld bij een ingewikkelde schadebegroting waarbij deskundigenberichten een rol hebben gespeeld – tot een oordeel komt dat is gebaseerd op een interpretatie van de feiten, hij dat oordeel eerst bij tussenvonnissen aan partijen behoort voor te houden. Dat zou aan een betere beslissing kunnen bijdragen omdat partijen de rechter dan nog kunnen wijzen op eventuele misslagen. Van Rijssen juicht het onderling overleg tussen rechter en partijen daarover toe, maar is er geen voorstander van om dat bij tussenuitspraak te doen, vanwege het slepende karakter dat je daarmee introduceert. Hij voelt er meer voor om daarvoor de mondelinge behandeling te gebruiken.

Valk (A-G bij de Hoge Raad) denkt dat er een open gesprek op de zitting moet zijn, ook over de feiten. Hij ziet evenals Van Rijssen dat er een voorzichtige toelichting bij het wetsvoorstel ligt, maar naar zijn idee heeft dat te maken met een geschrokken reactie van de wetgever op de inbreng van een aantal advocaten in een eerder voorstel dat de rechter meer ruimte gaf. Daardoor ontstaat nu het gevaar van verstening van wat wel en niet mag. In zijn ogen is het verstandig als de wetgever zou zeggen:

‘Wij laten dit verder aan de rechtspraak over. We leggen vast wat in ieder geval mag, waar een breed draagvlak voor is, en markeren dat de wetswijziging niet is bedoeld als een verstening van iets wat in ontwikkeling was.’

Van Rijssen denkt dat er minder licht zit tussen de standpunten dan de zwart-wittegenstelling die in deze discussie lijkt te ontstaan. Hij heeft gesproken over de schadebegroting, een terrein waarop de rechter bij uitstek veel vrijheid heeft. Juist op dit gebied is er ook een grens nodig, en die legt hij bij de concrete feiten.

Van der Grinten merkt op dat degenen die zich zorgen maken over te veel ruimte in art. 24 Rv, ‘vocaler’ in de literatuur zijn dan de medestanders van Valk. Zij roept alle aanwezigen op om van zich te laten horen op dit belangrijke punt.

7. *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3, p. 11.

Inleiding mr. C.H. van Dijk⁸*Inleiding*

Van Dijk gaat in op het bewijsrecht ten aanzien van de vaststelling van de schade. In het aansprakelijkheidsrecht worden doorgaans twee fasen onderscheiden: ten eerste de vestiging van aansprakelijkheid (bijvoorbeeld op grond van art. 6:162 BW) en vervolgens de vaststelling van de schade (afdeling 6.1.10 BW). Van Dijk gaat in op het bewijsrecht in deze tweede fase.

Van Dijk benadert het bewijsrecht met een materieelrechtelijke insteek. Zijn bijdrage ziet op de vaststelling van de schade. De wetssystematiek – gebaseerd op onder andere art. 6:95 en 6:96 BW – brengt mee dat een vergelijking wordt gemaakt met en zonder de fout. Bij de schadevaststelling worden echter ook normatieve afwegingen gemaakt. Het *Wrongful life*-arrest is een voorbeeld van zo'n normatieve afweging.⁹

Beweisregels bij schadevaststelling

Vroeger was de rechter bij de schadevaststelling niet gebonden aan de gewone regels van het bewijsrecht, maar mócht hij die regels wel toepassen.¹⁰ De vrijheid van de rechter bij de begroting van de schade (art. 6:97 BW) bracht tevens mee dat geen strenge eisen werden gesteld aan de rechterlijke motivering. Sinds 2009 is dat anders. Toen overwoog de Hoge Raad dat de gewone bewijsregels bij de schadevaststelling in beginsel wel van toepassing zijn:

‘Opmerking verdient dat ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade, alsmede het causaal verband als bedoeld in art. 6:98 BW, in beginsel de gewone bewijsregels blijven gelden, waarbij de rechter ingevolge art. 6:97 BW bevoegd is de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is, of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.’¹¹

Schade en causaal verband zijn volgens Van Dijk twee zijden van één medaille. Van Dijk volgt daarmee de benadering van Bloembergen: schade is niet te omschrijven zonder het causale karakter met de schadetoebrengende gebeurtenis in het oog te houden. Volgens Bloembergen konden beide leerstukken hetzelfde doel bereiken: in de eerste plaats kan men zich afvragen wat de oorzaak van de schade is, maar men kan zich ook afvragen: is er wel schade geleden? Welke aanvliegroute wordt

gekozen, mag in materieel dezelfde gevallen niet uitmaken, zo stelt Van Dijk.

Voor de schadevaststelling is een vergelijking van de situatie met de fout en de hypothetische situatie zonder de fout noodzakelijk. Die vergelijking is bewijsrechtelijk complex: de historische gebeurtenis laat zich bewijzen, maar de hypothetische situatie zonder de fout is niet met zekerheid te bepalen. Daarom gaat het bij die hypothetische gebeurtenis om veronderstellingen met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid. Van Dijk is van mening dat het redelijk is om niet te hoge eisen te stellen aan de vergelijkingshypothese, omdat de aansprakelijke partij de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om hierover zekerheid te verschaffen. Het onverkort vasthouden aan art. 150 Rv en de problemen aangaande de bewijsvoering bij de eiser leggen acht Van Dijk niet wenselijk.

Anderzijds is er ook geen zelfstandige grond om de onzekerheid volledig aan de gedaagde toe te rekenen. De grondslag voor de aansprakelijkheid van de gedaagde is immers het schenden van een norm, niet dat daardoor bewijsmogelijkheden verloren zijn gegaan voor de benadeelde. De bewijsproblematiek eenzijdig bij de gedaagde leggen is dan ook evenmin overtuigend. Volgens Van Dijk moet het vaststellen van de hypothetische situatie zonder de fout daarom een puur feitelijke afweging zijn, waarbij niet een van de partijen bij voorbaat op achterstand zou moeten staan.

Van Dijk wijst erop dat Akkermans een bijzondere bewijsregel voor de schadevaststelling heeft voorgesteld. Volgens Akkermans moet als de aansprakelijkheid vaststaat, de bewijslast van de hypothetische situatie rusten bij degene die zich beroept op een afwijking van de normale gang van zaken. Dat wil zeggen dat de hypothetische situatie verondersteld wordt volgens de normale gang van zaken te verlopen. Als voorbeeld kan een letselschadezaak worden genoemd. Als een benadeelde nooit meer kan werken, wordt in Akkermans' voorstel voor de hoogte van de schadevergoeding aangenomen dat de benadeelde in de toekomst een gemiddeld salaris zou hebben verdiend en een gemiddelde carrière zou hebben gehad. Als de benadeelde een hogere schadevergoeding wil krijgen, moet hij bewijzen dat zijn carrière bovengemiddeld goed zou zijn verlopen. Voor de werkelijke situatie (de situatie mét de fout) ligt de bewijslast, conform art. 150 Rv, op de benadeelde (als eiser). Van Dijk wijst erop dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden deze bewijsregel reeds heeft toegepast in een arrest uit 2013. Het hof overwoog:

‘Op [appellante] rusten de stelplicht en bewijslast ten aanzien van haar stellingen omtrent de ontwikkeling van haar carrière in de hypothetische situatie zonder medische fout. Omdat het bij hypothetische gebeurtenissen niet zozeer om feiten gaat, maar veeleer om veronderstellingen, waaraan slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag ligt, kunnen aan het bewijs van de hypothetische situatie zonder ongeval geen al te strenge eisen worden gesteld. Daarbij is van belang dat het de aansprakelijke veroorzaker is geweest die de benadeelde de mogelijk-

8. Advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

9. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*).

10. HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, NJ 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner.

11. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*), r.o. 4.11.3. Zie ook HR 6 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5410, NJ 2009/257; HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, NJ 2010/493, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483.

heid heeft ontnomen zekerheid te verschaffen over wat zich in de hypothetische situatie zou hebben voorgedaan (vgl. Hoge Raad 15 mei 1998, LJN: ZC2654). Het gaat bij de bepaling van de hypothetische situatie om redelijke verwachtingen over de toekomstige ontwikkelingen. Die redelijke verwachtingen zullen doorgaans overeenkomen met de – uitgaande van de concrete omstandigheden van de benadeelde – normale gang van zaken. De partij die een afwijking van deze normale gang van zaken bepleit voor de hypothetische situatie, zal deze afwijking deugdelijk dienen te onderbouwen.¹²

De omvang van de schade en voordeelstoerekening

Wanneer de aangesproken partij een beroep doet op een voordeel of kostenbesparing aan de zijde van de benadeelde, zoals het doorberekeningsverweer in kartelzaken, kan dat verweer in de sleutel worden geplaatst van twee verschillende leerstukken. Dit verweer kan worden gezien als een verweer dat ziet op de omvang van de schade, waarbij de omvang van de schade door de hiervoor genoemde vergelijking wordt vastgesteld, maar ook als een beroep op voordeelstoerekening (art. 6:100 BW). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit twee benaderingen zijn die niet wezenlijk van elkaar verschillen. Bij beide benaderingen – de omvang van de schade en de voordeelstoerekening – heeft de rechter de ruimte om de stelplicht en de bewijslast bij de aansprakelijke partij te leggen.¹³

Samenhangende leerstukken in het BW

Van Dijk identificeert verschillende leerstukken die zien op de hoogte van de schadevergoeding, namelijk:

1. de abstracte schadebegroting (art. 6:97 en 6:100 BW);
2. de schadebeperkingsplicht (art. 6:98 of 6:101 BW);
3. de relativiteit (art. 6:98 en 6:163 BW); en
4. de leerstukken van verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid.

De keuze tussen deze verschillende leerstukken is volgens Van Dijk 'soms enigermate arbitrair'.

Zo kan causaliteitsonzekerheid vanuit het leerstuk van schade, maar ook vanuit het leerstuk van causaal verband worden benaderd. Bij kansschade wordt de financiële waarde van de kans geschat bij de vaststelling van de schade (art. 6:97, tweede zin, BW). Bij proportionele aansprakelijkheid wordt de onzekerheid vanuit de causaliteit benaderd: een aandeel van de schade wordt gezien als veroorzaakt door de fout.

Van Dijk vergelijkt in dit verband twee bekende arresten over causaliteitsonzekerheid met elkaar: de arresten *Fortis/Bourgonje* en *Deloitte/Hassink*.¹⁴ Volgens Van Dijk was in

beide zaken sprake van onzekerheid over de hypothetische toestand waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien geen fout zou zijn gemaakt. In *Fortis/Bourgonje* stond niet vast dat Bourgonje een eventuele waarschuwing van zijn adviseur had opgevolgd. In *Deloitte/Hassink* werd wel aangenomen dat Hassink het advies ter harte zou hebben genomen. Van Dijk legt uit dat elke additionele onzekerheid kan worden verdisconteerd, dus de extra schakel van onzekerheid kan worden meegenomen in de schadeberekening. Zo zou in een geval als in *Fortis/Bourgonje* de schade doordat onvoldoende was geadviseerd, kunnen worden vermenigvuldigd met de kans dat de consument het advies zou hebben opgevolgd.

Discussie

De bijdrage van Van Dijk levert een interessante en levendige discussie op. Valk constateert dat het voorstel van Akkermans erop ziet om tegemoet te komen aan het nadeel van benadeelden. Valk vraagt zich af of het niet voldoende zou zijn om te benadrukken dat de benadeelde voor de hypothetische situatie met minder zekerheid kan volstaan. Van Dijk antwoordt dat het voorstel van Akkermans niet alleen ziet op de benadeelde, maar op beide partijen. Beide partijen kunnen immers baat hebben bij een beroep op een afwijking van de normale gang van zaken.

Klaassen vraagt zich af of het voorstel van Akkermans daadwerkelijk een oplossing biedt, of juist nieuwe vragen oproept: zijn er wel altijd gegevens beschikbaar over de gewone gang van zaken? Dat hangt volgens Van Dijk af van het concrete aan de orde zijnde geval: het voorstel van Akkermans zal niet altijd een oplossing bieden, maar kan in veel zaken wel degelijk een redelijke oplossing zijn.

Lunsingh Scheurleer merkt op dat hij wel degelijk verschil ziet tussen de zaken *Fortis/Bourgonje* en *Deloitte/Hassink*: volgens hem kan een onderscheid worden gemaakt tussen een 'externe kans' – een onzekerheid van buitenaf – en een 'niet-externe kans', namelijk de kans dat de betrokkene zelf een bepaalde keuze zou maken. De kans dat Bourgonje het advies van zijn adviseur opvolgt, is een niet-externe kans en de keuze ligt bij Bourgonje zelf. Lunsingh Scheurleer vindt dat externe kansen en niet-externe kansen anders moeten worden behandeld.

12. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977, r.o. 2.2.

13. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenbergh & J.S. Kortmann (*TenneT/ABB*).

14. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*); HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).