

INHOUD

1. Inleiding.	139
2. Schade en voordeel: definiëring?	141
3. Schade en voordeel in het recht.	141
4. Juridisch relevante schade.	143
5. Juridisch relevant voordeel.	144
6. Aan wie de plicht of het recht opkomt.	146
7. Voordeelsaftrek en schadevergoeding.	147
8. Schijnvragen.	148
9. Gevallen van identiteit der causaliteit.	149
10. Gevallen met feitelijke eenheid van handeling.	150
11. Juridische eenheid van handelingen.	151
12. Gevallen van bezit.	153
13. Naar ingewikkelder gevallen. Een zaak van berekening?	155
14. Verplichting tot beperking van schade.	158
15. Ontvangen giften.	161
16. Levensonderhoud.	163
17. Overeenkomsten met derden omtrent de schade.	164
18. Verzekering (algemeen).	164
19. Sociale verzekering.	165
20. Verzekering door de benadeelde zelf.	166
21. Verzekering door de schadeplichtige.	169
22. Belastingbesparing.	169
23. Afdracht van acties.	172
24. Voordeel bij beperkte of gefixeerde schadevergoeding.	174
25. Schade en voordeel bij levensbeneming.	177
26. Voordeel contra voordeel.	179
27. Voordeelsaftrek tussen andere problemen.	180
28. Samenvatting en conclusies.	186

INHOUD

Inleiding: Jockey-geval, ongevallenpolis en belasting voordeel	191
Indeling en terminologie	194
Overzicht algemene criteria voor voordeelstoerekening, waaronder adequate causaliteit	195
Glijvlucht over de grondslagen van de buitencontractuele schadevergoeding	199
Invloed van de verzekeringsmogelijkheden op het schadevergoedingsrecht	202
Categoriëen van schadevergoedingsaanspraken: Momentschade, doorlopende schade, limitering en matiging	210
Voordelen opgekomen bij de schadeafwikkeling	213
Tarifiëring der schade; abstracte, concrete en totaal-individuele methode van schadevaststelling en basistijdstip voor de schadevaststelling	214
basis-tijdstip bij momentschade	215
schadefixatie door reparatie of door vaststellings-overeenkomst	217
basis-tijdstip bij doorlopende schade	218
Adequaat causaal verband i.v.m. schadeomvang en genoten voordelen	220
Concretisering beïnvloedt schade-omvang in twee richtingen. Reserve-autobus en andere reserves	222
Voordeelstoerekening bij letselschade:	228
driehoeksverhoudingen door verplichte uitkeringen van derden:	228
schadeverzekering	230
arbeidscontract	230
(salaris ex 1638 c B.W.)	230
ongevallenverzekering	231
de oplossing: vordering voor invaliditeitsschade en smartegeld wordt verminderd met 50 % van de uitkering uit de ongevallenpolis	236
sociale uitkeringen of pensioenen	239
ziektekosten	241
Overlijdens-schade	242
Plicht tot schadebeperking: Prijsgeven van voordeel.	
Extra inspanning	246
Onverplichte uitkeringen van derden (liberaliteiten)	247

Het belasting-oordeel	249
Zuiver toevallige voordelen	253
Voordelen blijkend na het vonnis geven geen aanleiding tot herziening	255
Geen voordeelstoerekening via combinatie van meerdere schadegebeurtenissen	256
Onheilsopvolging	256
Immateriële schade en voordeelstoerekening	258
Contractuele schade	258
Verschillen tussen Nederlands en vreemd recht	260
Conclusies	262
Eindresultaat	264

Voordeelsaftrek bij schadevergoeding

Behoort de wet regelen te bevatten omtrent de invloed, welke voordelen, genoten door de tot schadevergoeding gerechtigde hebben op diens vordering tot schadevergoeding?

Praeadvies van Prof. Mr P. J. Verdam

1. Inleiding.

Op het eerste gezicht lijkt de compensatie *lucri cum damno* een vanzelfsprekende zaak. Wanneer zowel voordelen als nadelen het gevolg zijn der schadebrengende gebeurtenis, moet men de voordelen van de te vergoeden schade aftrekken. Woudenberg Hamstra mag deze bewering ten onzent nergens met ronde woorden gelezen hebben, de buitenlandse literatuur, met name de Duitse en Zwitserse staat er ook in deze tijd nog vol van: de benadeelde mag geen „zaakje” maken van zijn vordering tot vergoeding van de geleden schade; hij mag er geen voordeel uit halen.

Mogelijk ligt het aan de andere woordkeus, welke de Duitsers gebruiken (waar wij het voldoende onduidelijke „kosten, schaden en interessen” hanteren, spreken zij van „Interesse”). In elk geval hebben Duitsers van de *Vorteilsausgleichung* een zwaar stuk rechtsdogmatiek gemaakt met Oertmann als promotor en nagevolgd door Zwitsers en Oostenrijkers. Aan de hand van enig schadebegrip, een punt van discussie op zichzelf, en van causaliteitstheorieën met al hun aanhang van *adaequatie*, *direct gevolg*, *voorzienbaarheid*, *eenheid van handeling* en zo meer, is de voordeelsaftrek geworden tot een leerstuk, waarvan de juiste begrenzing weer debat uitlokt. Waar ligt het verschil met compensatie? Met de eenvoudige berekening van schade?

De gevallen, die zo aan de orde werden gesteld zijn intussen belangwekkend genoeg. Eenvoudig liggen quaesties als *restantwaarde* zo dat geval al bij dit onderwerp behoort. Het voorbeeld van de jockey, die het paard dood rijdt, maar de prijs wint, die hij op zijn vergoedingsplicht in mindering wil brengen, ontbreekt in geen enkele monografie en ook Asser-Rutten voelt met hem mee. Of wat te

denken van de architect die een kerk bouwde, maar slecht, en die tot schadevergoeding aangesproken aftrek claimt van de collecte die deze kerkscheuring de gemeente deed opbrengen? Even celeber is de zaak van de schutter die schoot op de havik die buurmans duiven aanviel en met een welgemikt schot de havik maar ook een duif neerlegde; of mikte hij eigenlijk op die duiven en velde hij per ongeluk de havik mee?

Met de vraag naar aftrek van alimentatie en erfenis zijn we al in moderner vaarwater. Vooral bij dood door schuld komen deze vragen naar voren. Fransen en Belgen komen bij dit onderwerp eerst in het strijdperk en behandelen dit vanuit de vraag naar de cumulatie van acties door de benadeelde, welke zaak zij op veel minder dogmatische leest schoeien. (De nog pragmatischer Engelsen mocht ik aan mijn mede-praeadviseur overlaten).

Het beslag dat in onze tijd het verzekeringswezen op het ongeluk en de fiscus op inkomen en vermogen legt, laat niet na zijn invloed te doen gelden op de vragen van aansprakelijkheidsrecht en schadevergoeding; de leer van de voordeelsaftrek komt daardoor met nieuwe problemen in confrontatie, die weer geheel andere grondproblemen van het burgerlijk recht raken.

Het lijkt het beste maar te beginnen bij het begin.¹

¹ De uitdrukking *compensatio lucri cum damno* is voornamelijk ontleend aan D. 19.1.42: *rectius est lucrum cum damno compensari*. Belangrijkste literatuur (hierna onder enkele vermelding van auteur aangehaald): Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatz in römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin 1901; Hans A. Fischer, *Der Schaden nach dem B.G.B. für das deutsche Reich*, Jena 1903 (in *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess* I. 1). Blz. 218—259; J. van Woudenberg Hamstra, *Toerekening van voordeel bij schadevergoeding*, ac. prft. Univ. van Amsterdam, Zutphen 1904; Wolfgang Stünzling, *Findet Vorteilsanrechnung beim Schadenersatzanspruch statt?* Leipzig 1905; Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris 1933; Franz Schlegelberger, c.s., *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch II* Berlin 1938, m.n. blz. 136—138 en 144; Adriano de Cupis, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1946, m.n. blz. 160—165; H. Drion, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, inaug. rede, Den Haag 1955, bespr. door J. Offerhaus in R.M. Th. 1956, blz. 598 e.v.; Hermann Lange, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, München/Köln 1955; Alfred Werner, *Vorteilsausgleichung, Kausalität und das Wesen der Schadensersatzpflicht*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 8 (1955) blz. 769—773; Klaus Cantzler, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatz-Anspruch*, in *Archiv*

2. *Schade en voordeel: definiëring?*

Voordeelsaftrek bij schadevergoeding spreekt van schade en van voordeel. Het ligt voor de hand eerst te zoeken naar een juiste afpaling dezer begrippen.

Het zal bij zoeken blijven. Schade komt in het maatschappelijk leven in zo velerlei verschijningsvormen voor, dat een exacte definitie tot de onmogelijkheden behoort. Naast financiële schade is er de schade in eer of goede naam, de schade aan natuurschoon, de zedelijke schade aan het volksleven toegebracht, de geestelijke schade welke een kerkelijke gemeenschap lijdt, het politiek verlies, de smart, en zo veel meer.

Met voordeel is het niet anders. Winst, eer, bloei, zegen zijn er typen van, tenzij men in het woord voordeel reeds het vermogenrechtelijke, het economische element naar voren ziet komen.

Met dat al komt men niet veel verder dan een vage begripsaanduiding als: schade is nadeel, als vanzelf gevolgd door: voordeel is het tegendeel van nadeel.

3. *Schade en voordeel in het recht.*

De mist rondom de begrippen schade en voordeel in het maatschappelijk leven trekt in het rechtsleven niet op. Reeds de rechtsgeschiedenis toont de relativiteit dezer begrippen. Het Romeinse *damnum* heeft, wat er verder van de vele semisociologische theorieën ook juist zij, waarschijnlijk eerst zoiets als „het verschuldigde” betekend (in de *leges XII Tabularum*) en komt eerst in de *lex Aquilia* in de betekenis van schade voor, waarnaast het intussen ook in de betekenis van vermogensstraf en kosten voorkomt. Al evenzeer varieert in de loop der tijden de wezenlijke inhoud van wat onder *damnum* als schade te rekenen valt. Daarbij moet bedacht worden dat iets wat naar de ontwikkeling van het recht nodig onder *damnum* gebracht moest worden, ook met een *actio utilis* of in *factum* toe

für die civilistische Praxis 156 (1957) Blz. 27–59; Jan Jonse, Schade en Schadeloosstelling (onrechtmatige daad), Uittreksel van de Algemeen Praktische Rechtsverzameling bijgehouden tot 31 maart 1957, (812 blz.) i.h.b. nrs. 519–605, blz. 390–431; Karl Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht I Allgemeiner Teil, 2e Aufl. Zürich 1958, m.n. blz. 157–164; Walter Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, in *Jehrigs Jahrbücher*, etc. II–46 (1932), blz. 51–148.

te wijzen valt, zonder formele uitbreiding dus van de grenzen van het begrip *damnum*. Al evenmin vaststaand is het begrip *lucrum*. Het *lucrum cessans* is een veel omstreken en weinig afgerond begrip in het Romeinse recht in later tijd. Om dan maar te zwijgen van het begrip *lucrum* zoals het in onze vraagstelling is bedoeld.²

Het recht kent geen algemeen, vast omlijnd begrip schade. Het begrip schade heeft in enige veel voorkomende rechtsbetrekkingen een nadere concretisering ontvangen, maar het treedt daarnaast in zovele nuances op, dat een algemeen geldende grensbepaling ondoenlijk is. Schade bij onrechtmatige daad behoeft niet dezelfde inhoud te hebben als schade bij overeenkomst. Partijen kunnen aan het begrip schade bij wanprestatie een bepaalde inhoud hebben gegeven. Schade treedt in overeenkomsten niet alleen op bij wanprestatie, maar ook als voorwaarde (bijv. in verzekeringscontracten) met vaak een geheel eigen afbakening. Een vast schade-begrip kent het recht dus niet. Het recht hanteert een niet-vast-omschreven maatschappelijk begrip en het heeft daaraan kennelijk voldoende.³

Dit houdt dus reeds in dat men niet in het andere uiterste mag vervallen, door het recht alleen als schade te laten beschouwen, de schade die tot gerechtelijke realisering voert, de te vergoeden schade. Een vereenzelviging van schade en te vergoeden schade zou wel tot een juridisch schadebegrip leiden,⁴ maar tot een begrip dat in de juridische praktijk niet houdbaar is. Te talrijk zijn de gevallen waarin het recht de schadevergoedingsplicht beperkt tot een deel der schade, tot een bepaald maximum of tot een

² Vgl. Moritz Voigt, *Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öconomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke*, in *Abh. d. Kön. Sächs. Ges. der Wiss. XVI*, Philol. hist. Classe VI, Leipzig 1874, blz. 1 e.v. vooral blz. 142 e.v.; voorts Lange blz. 32 e.v.

³ Een definitie van schade als het verschil tussen de vermogens-toestand van de gelaedeerde voor en na het schadetoebrengend feit helpt niet verder. Want bij vergelijking tussen twee tijdstippen rijst de vraag of elke verandering tussen die tijdstippen verdisconteerd moet worden. En dat hangt weer van andere factoren af, die in deze definitie niet verwerkt zijn.

⁴ Vgl. de beperking tot schade uit onrechtmatig handelen in D. 50.17.151: *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*. Vgl. art. 3017 Ontw. 1820.

bepaald soort schade. In dit alles kent het recht dus dat onomlijnd begrip schade naast de te vergoeden schade.

4. *Juridisch relevante schade.*

Zowel schade als voordeel spelen in het recht een rol. Allereerst natuurlijk de rol die van het recht geen speciale bemoeienis vraagt, nl. daar waar het recht zich aansluit aan de levenspraktijk, zoals die is uitgedrukt in de bekende Digestenregel *Casus a nullo praestantur*⁵ en het daarmede verband houdende *Casum sentit dominus*. In beginsel moet ieder de ongemakken dragen die het leven medebrengt. De eigenaar draagt de schade aan zijn goed toegebracht; voordelen vallen hem toe. Hij die handel drijft, loopt het risico van zijn handel; hij geniet de winst.

Actief treedt het recht op wanneer het in enige omstandigheid aanleiding vindt corrigerend op te treden en schade of voordeel op een ander af te wentelen. Vandaar allerlei regelingen over schadevergoeding, uit rechtmatige oorzaak evenzeer als uit onrechtmatig motief: bij niet-naleving van overeenkomsten, bij inbreuk op eens anders subjectief recht, waaronder onteigening, bij handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, in bepaalde gevallen van risico-aansprakelijkheid, in het burendrecht.⁶

Partijen kunnen omtrent schadevergoeding nadere of andere afspraken maken, en het recht honoreert die, voorzover het daartegen geen overwegend bezwaar moet maken (uitsluiting van aansprakelijkheid voor grove schuld bijv.) Ook kan een schade als voorwaarde, of als object van een overeenkomst tussen dezelfde of andere partijen fungeren; in verzekeringsovereenkomsten kan dan weer

⁵ D. 50.17.23 in fine.

⁶ De gevallen van schadevergoeding uit het burendrecht zijn weinig bekend. Te denken valt aan schadeloosstelling bij weg naar het graf in D. 11.7.12. pr.; voor te verlenen noodweg in art. 715 Ned. B.W., art. 5.4.18 ontw. Ned. B.W., art. 682 c.c. fr., par. 917 D.B.G.B., 1 art. 694 c.c. suisse; gebruik van bronwater in 675 lid 2 Ned. B. W., art. 643 c.c. fr. vóór 1898; waterleidingaanleg in art. 710/711 c.c. suisse en in art. 5.4.19 ontw. Ned. B. W.; voor verhoging van gemene muur in D. 10.3.28, art. 685 lid 1 Ned. B. W., art. 658 c.c. fr.; voor waterloop in art. 912/13 c.c. it.; bij het ladderrecht in art. 699 Ned. B. W., en in art. 5.4.17 ontw. Ned. B. W.; inbalking art. 876 c.c. it.; bij overbouw in par. 912 D.B.G.B.; werken ten publieke nutte art. 691 c.c. suisse, art. 1056/7 c.c. it., zie ook Ned. Wet Privaatr. belemmeringen.

de schade ener andere rechtsverhouding een gevarieerde betekenis ontvangen.

Al deze mogelijkheden hebben bij alle verschillen dit gemeen, dat het recht de een jegens de ander tot schadevergoeding verplicht. Deze rechtsplicht tot schadevergoeding komt op aan degene in wiens debet de ontstane schade naar de daarvoor geldende rechtsregels wordt gesteld.

5. *Juridisch relevant voordeel.*

Dat voordeel het tegendeel is van nadeel blijkt ook in het recht. De behandeling van voordeel is een andere dan die van nadeel. Men kan het zo uitdrukken: zo snel als het recht is t.a.v. nadeel corrigerend op te treden, zo aarzelend is het t.a.v. voordeel. Wanneer men even terzijde laat de gevallen van voordeel, die direct op anderer nadeel corresponderen, vindt men slechts spaarzaamelijk een ingrijpen van het recht dat afdracht van verkregen voordeel of een deel daarvan verlangt, tenzij men in fiscale termen denkt.

Er zijn wel voorbeelden van verplichte voordeelsafdracht. Zo vindt in de meeste rechtsstelsels bij schatvinding een correctie plaats, welke de vinder een gedeelte toewijst.⁷ Zo kunnen voordelen of verwachte voordelen in het erfrecht verloren gaan door de zgn. onwaardigheid; evenzo het ouderlijk recht van vruchtgebruik op het vermogen der kinderen.⁸ Bij schenking is de begiftigde niet gevrijwaard tegen uitwissing,⁹ een schenking is onder omstandigheden herroepelijk. De om niet bevoordeelde wordt, hoezeer te goeder trouw, door de actie Pauliana scherp getroffen, doch hier moet schade der schuldeisers aanwezig zijn. Bij tweede huwelijk wordt in bepaalde omstandigheden de mogelijkheid van bevoorrechtiging van de tweede echtgenoot beperkt. Het recht huldigt soms de leer van de gerechtvaardigde prijs, die dan per praejudice aan

⁷ D. 41 l.31.1. (voor vinder); art. 642 Ncd. B. W., art. 716 c.c. fr.; art. 932 c.c. it.; par. 984 D.B.G.B. (alle: grond- of huiseigenaar en vinder ieder de helft); art. 723 c.c.suisse (vinder wordt beloond tot ten hoogste de helft).

⁸ Vgl. art. 885 en 887 Ned. B. W.

⁹ D. 39.5.18.3; art. 1711 Ncd. B. W., art. 248 c. obl. suisse; (behoudens arglist); par. 521 c.v. D.B.G.B. c.v. en art. 797 c.c. it. (beide idem en breder).

schade gekoppeld is. De qua omvang zeer omstreden actie uit onrechtvaardige verrijking¹⁰ omvat vele andere gevallen; haar waarde wordt voor ons onderwerp gering in de opvatting die het af te dragen voordeel wil beperkt zien tot de corresponderende schade.¹¹

Het recht benadert voordeel heel anders dan schade.¹² Betrekkelijk weinig zijn de gevallen waarin voordeelsafdracht geëist wordt. Het is allerminst zo, dat het recht het voordeel beschermt. Daarbij maakt het recht wel onderscheid. Betaalde rente, die niet bedongen is, komt niet voor terugvordering in aanmerking.¹³ Maar voordeel-sec, het ontvangene om niet, staat spoedig op losse schroeven, de Pauliana getuigt er van.

Toch is het aantal concrete gevallen gering in aantal. Dat ligt ook voor de hand. Bij schadevergoeding heeft men in de regel naar de persoon die schadevergoeding eisen kan, niet lang te zoeken. Bij voordeelsafdracht kan men vinden dat iemand met geen of weinig recht een voordeel verworven heeft, het zoeken is vaak naar degene wiens aanspraken sterker zijn. Dat is boven de eigenaar ten dele de schatgraver omdat hij het was, die groef en vond. Dat is puur negatief de erfgenaam die zijn mede-erfgenaam, door diens uiterst onbehoorlijk gedrag als onwaardig ziet beschouwd. Maar de moeilijkheid bij voordeel blijft altijd; zo men al vindt dat de een het niet hebben moet, moet daarom een ander het hebben, en zo ja wie?

Daarom kan men de analogie met de schade niet door-trekken door nu te concluderen (vgl. slot van § 4): De plicht tot voordeelsafdracht komt op aan degene, enz. Hier blijkt de tegenstelling tussen nadeel en voordeel. Spreken

¹⁰ In Nederland is de ongerechtvaardigde verrijking geen zelfstandige bron van verbintenis volgens H.R. 20 jan. 1959, R. v. d. W. 5, *Ars Aequi* VIII (1958/59) blz. 171, met noot J. H. B(eckhuis), waarin ook rechtsvergelijkende gegevens.

¹¹ Aldus Asser-Rutten III. 2 blz. 474/5 en de daar vermelde literatuur.

¹² Belangwekkend zijn de beschouwing over rechtshandelingen om niet en onder bezwarende titel tegenover overeenkomsten om niet en onder bezwarende titel bij Suyling 2.1. (2e dr.) nr. 106 e.v.

¹³ Art. 1803 Ned. B.W.; art. 1906 c.c. fr. Anders, maar met hetzelfde effect: art. 1815 c.c. it. (behoudens ander beding is wettelijke rente verschuldigd) art. 314 c. obl. suisse (nog scherper). Andersoortig par. 610 D.B.G.B. (renteloos maakt altijd opzegbaar).

over wie de schade betalen moet impliceert de gerechtigde. Te bepalen wie voordeel moet afstaan is een slag in het juridisch luchtledige, zolang men er niet de gerechtigde op die afdracht bij betreft. Tegenover de plicht tot schadevergoeding staat dus het recht op voordeelsafdracht.

De conclusie moet voorlopig dus deze zijn: het recht tot voordeelsafdracht komt op aan degene in wiens credit het ontstane voordeel naar de daarvoor gestelde rechtsregels wordt gesteld.

6. *Aan wie de plicht of het recht opkomt.*

De plicht tot schadevergoeding komt te rusten op hem in wiens debet de geleden schade naar de daarvoor geldende rechtsregels wordt gesteld. Dit hangt in belangrijke mate af van de vraag wie de schade in juridische zin heeft veroorzaakt. In vele gevallen rijst twijfel over de vereiste causaliteit. Met begrippen als „direct verband”, „voorzienbaarheid” e.d. tracht het recht aan die causaliteit nadere definiëring te geven. Bevredigend werkt een leer der causaliteit slechts wanneer men de causaliteit ziet als juridisch oorzakelijkheidsverband, m.a.w. wanneer men de adaequatie van het oorzakelijk verband mede laat bepalen door de rechtsnormen en de eigenaardigheden van de onderhavige rechtsbetrekking.¹⁴ Dit alles is veelvuldig behandeld in de literatuur. Het is hier niet de plaats aan het vraagstuk der causaliteit bij schade brede aandacht te schenken.

Minder besproken is de causaliteit bij voordeelsafdracht. Soms zal de oorzaak van de afdracht liggen bij de bevoordeelde of beter bij hem die anders bevoordeeld zou worden. De onwaardigheid van een erfgenaam kan veroorzaakt zijn door feiten, waardoor hij zich van het voordeel verzekeren wilde; maar ook om geheel andere redenen kan zijn voordeel in de rook der onwaardigheid vervliegen (valse beschuldigingen tegen de erflater bijv.). Bij schatvinding vindt een correctie plaats welke zijn oorzaak vindt

¹⁴ Gewezen zij bijv. op de uiterste verfijning der risicobepaling in bijv. het stalen-steiger arrest: H.R. 17 Juni 1949 nr. 544, nt. Ph. A. N. H.: Gemis van genot door huurder niet te wijten aan toedoen van huurder, maar aan een toevallige verhindering van huurder, welke in casu is toe te schrijven aan hem persoonlijk betreffende omstandigheden ontslaat huurder niet van de verplichting tot huurbetaling.

in het vinden door de vinder gevoegd bij 's eigenaars veronderstelde onbekendheid met de schat. Maar steekpenningen bleven bij de natuurlijke verbintenis steken. Van een uitgebreide causaliteitsleer betreffende voordeelsafdracht is geen sprake. Bij gebreke van praktijkgevallen zou zij ook geen praktische betekenis hebben. Negatief is wel duidelijk dat een begrip als voorzienbaarheid hier niet hanteerbaar is.

Het is grauwe en onhoudbare theorie om vol te houden dat bij voordeel dezelfde causaliteits-begrippen en aanverwante factoren gelden als voor schade. Begrippen als: voorzienbaar, redelijk te verwachten e.d. zijn bij voordeel in ruimer mate te hanteren dan bij schade. Voordelen (belastingbesparing bijv.) zijn spoedig voorzienbaar, zonder dat men tot aftrek besluit. Erbij te zeggen dat op die aftrekbaarheid mede andere factoren van invloed zijn, staat gelijk met het overboord zetten van het voorzienbaarheidsbegrip.

7. Voordeelsafdracht en schadevergoeding.

Is het feit dat de een jegens een ander schadeplichtig is, voldoende rechtvaardigingsgrond voor een verplichting tot voordeelsafdracht door die ander jegens die eerste? Op deze vraagstelling komt de vraag van de voordeelsafdracht bij schadevergoeding neer.

Na het voorgaande kan de vraag ook aldus geformuleerd worden: Eisen in de onderhavige rechtsbetrekking(en) de rechtsregels dat een voordeel behoort te komen in het credit van degene in wiens debet een schadevergoedingsplicht is? Tweeërlei uiterste kan daarbij reeds terstond afgepaald worden:

Enerzijds: De kwetsbare stelling die het voordeel inneemt heeft slechts een geringe stoot nodig om genomen te worden. De schadeplicht kan zeer wel voldoende rechtsgrond voor voordeelsafdracht zijn.

Anderzijds: Het bestaan van een recht op schadevergoeding verplicht de gerechtigde niet zonder meer tot afdracht van elk voordeel dat hij geniet.

Of afdrachtplicht bestaat hangt af van de aard der onderhavige rechtsbetrekking(en): Aangezien schade uit velerlei rechtsbetrekking kan voortvloeien, en voordeel

eveneens, is het aantal potentiële gevallen van voordeelsafrek bij schadevergoeding legio. Het ligt voor de hand bij een systematiseren der gevallen een sterke beperking op te leggen en bij de minst ingewikkelde constellaties te beginnen, daarbij vooropstellend dat er geen reden is om in navolging van de Duitse rechtsdogmatiek van deze vraag een afzonderlijk zwaar belast leerstuk te maken.¹⁵

8. *Schijnvragen.*

Vooraf kan het nuttig zijn enige schijnvragen te elimineren. Men komt herhaaldelijk de vraag tegen in hoeverre bij koopcontracten e.a. kopers bespaarde transportkosten (schipper of notaris) op de schadevergoeding uit wanpraestatie kunnen worden gekort. Dit is goeddeels een schijnprobleem, omdat het antwoord afhangt van de maatstaf, waarnaar de schadevergoeding wordt berekend.

Indien de schadevergoeding zodanig moet zijn dat ik een nieuwe zaak van dezelfde hoedanigheid moet kunnen kopen of wanneer er geschat wordt naar de waarde van een bepaald moment, dan is voor zulk een aftrek geen reden. Hier geldt nl. in het algemeen, dat geen voordeel, geen besparing aanwezig is, daar ik dezelfde uitgave zal moeten doen om mij eenzelfde zaak te verschaffen. Indien echter in de schadevergoeding wordt verrekend de gederfde winst, die ik bij doorverkoop der gemiste zaak zou hebben behaald, dan zullen deze kosten als zijnde het verschil tussen bruto- en nettowinst voor aftrek in aanmerking komen.

Het voorgaande is algemeen gesteld, en onder het voorbehoud op bepaalde nuances terug te komen waar dit

¹⁵ De Cupis wil op het voordeel toepassen „lo stesso limite alla rilevanza giuridica del rapporti causale nei riguardi del danno” (blz. 162); Rouse, blz. 396, wijst er terecht op dat het aanhouden van een zelfde oorzakelijk verband in dier voege dat slechts dat voordeel toe te rekenen is dat op dezelfde wijze veroorzaakt is als de schade, geen bruikbaar criterium geeft. Zeer juist ook Cantzler blz. 48/9, die voor de schadevergoeding de „Adäquanz” eist en met nadruk stelt dat „Adäquanz und Vorteilsausgleichung nicht miteinander zu vereinen sind”. „Warum sollen dem Schädiger gerade die Vorteile zugute kommen, die er voraus berechnen konnte? ... Die Vorteilsausgleichung ist aber ein Institut des Schadenrechts und somit dessen Zwecken untergeordnet”. Stintzing blz. 8 laat met de adaequatie ten onrechte de gehele voordeelsafrek vallen.

pas geeft. Hier wordt alleen bedoeld te wijzen op bepaalde schijnquaesties welke in feite slechts naar voren komen tengevolge van onzekerheid over de wijze van schadeberekening.¹⁶ Het is niet de taak van dit prae-advies in de strijd tussen abstracte en andere wijzen van schadeberekening een keuze te doen.

9. *Gevallen van identiteit in causaliteit.*

Men betreft in de Duitse literatuur bij dit leerstuk gaarne een aantal gevallen van zgn. restantwaarde. Ik verwond uw paard; ik moet de waardevermindering betalen, c.q. een nieuw paard minus de waarde van het oude. Daarnaast het geval: ik dood uw paard en moet u dus een nieuw betalen, mag daarvan aftrekken de waarde van het cadaver. In het eerste geval spreekt men dan van een *minus*, in het laatste echter van een *aliud*, want een cadaver is iets anders dan een levend paard. Dat hier begrippen uit de griekse wijsbegeerte hun invloed doen gelden,¹⁷ behoeft voor onze vraag geen rol te spelen. Zakenrechtelijk mogen beide gevallen verschillend liggen, voor de schadevergoedingsplicht is er, indien deze uit dezelfde oorzaak voortvloeit, geen wezenlijk verschil aanwijsbaar. De dood van het paard is causaal te wijten aan dezelfde handeling. Er is geen factor, welke de dood van het paard veroorzaakt heeft of mede-veroorzaakt heeft en aan welke naast de originaire handeling een juridische

¹⁶ Meermalen is de vraag aan de orde gesteld, wat dit leerstuk te maken heeft met de leer der compensatie. Het verschil geeft Stintzing blz. 5 aldus aan: Gerade darin soll ja das Eigentümliche der Vorteilsausgleichung liegen, dass hier ein Posten abgezogen wird, auf den ein eigentlicher Anspruch nicht besteht. Daartegenover staat dat voldoende is wanneer de vordering bestaat op het moment der compensatie. In casu heeft de ene vordering slechts een subsidiair bestaan (voordeelsafrek slechts bij schadevergoedingsplicht) omdat zij afhangt van het bestaan ener andere vordering, maar zij bestaat dan toch. Mede omdat de compensatie in de grond der zaak uitvloeisel van de uiterst praktische wens naar betaling met gesloten beurzen is, wordt deze theoretische quaestie hier verder niet besproken. Zie hierover Woudenberg Hamstra blz. 11 e.v., Ronse blz. 399.

¹⁷ Vgl. Paul Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, I Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung, Halle 1902, blz. 28 e.v. en Helmut Coing, Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts; in Z.S.S. Rom Abt. 69. (1952), blz. 24 e.v.

betekenis voor het causaal verband moet worden toegekend.

10. *GevalLEN met feitelijke eenheid van handeling.*

Er is een andere groep gevallen die hier veel op lijkt, en die in dezelfde lijn getrokken wordt door de eenheid van handeling. Zo bijv. het geval in de inleiding genoemd: Ik schiet onrechtmatig op buurmans duiven en dood er een; met hetzelfde schot dood ik een arend, die net op het punt stond een van buurmans andere duiven als een gewisse prooi te grijpen. Buurman vraagt schadevergoeding voor de gedode duif. Mag ik de gespaarde duif in aftrek brengen? ¹⁸

Dit geval is hierdoor praegnant, omdat er eenheid van handeling heet te zijn. Dit is metterdaad het geval, maar voor de beoordeling der rechtsgevolgen wordt dezelfde handeling telkens naar elk gevolg en naar elke juridische complicatie behandeld. De eenheid van handeling wordt doorbroken waar het om de rechtsnormen gaat.

Dit geval ligt niet ver van de zaakwaarneming af. Indien ik in buurmans belang, mogelijk tevens ten eigen nutte, op de arend geschoten, die gedood en daardoor een duif het leven gered had, had ik generlei recht op de gespaarde duif of zijn waarde kunnen doen gelden, hoogstens op de kosten van het neerschieten van de arend. Bij de buitencontractuele verhouding, die zaakwaarneming is („uit de wet”) komt het voordeel niet toe aan de gestor; hij heeft slechts aanspraak op kostenvergoeding.

Het genoemde geval verschilt van deze zaakwaarneming hierin dat ik niet bedoelde in 's buurmans belang te handelen, maar dat ik onder zijn duiven wilde schieten. Ik mikte niet op de arend, maar op een duif. Ik handelde niet rechtmatig, maar onrechtmatig. Er is geen reden dat mij bij onrechtmatig handelen wel het voordeel zou toevallen, dat mij bij rechtmatig handelen niet toekomt.

Dichterbij de zaakwaarneming ligt de casus, dat ik op de arend schoot en een duif meedoodde. Dan komt dit na-deel naar Nederlands recht ten laste van buurman mits ik als een goed huisvader geschoten heb, en valt er niets

¹⁸ Vgl. Oertmann blz. 65; Stintzing blz. 13; de Cupis blz. 161.

meer af te trekken. Heb ik in ditzelfde geval zorgeloos geschoten dan valt te pleiten voor aftrek.¹⁹

11. *Juridische eenheid van handelingen.*

Onder deze aanduiding vallen te rekenen zulke gevallen van schadetoebrenging, welke in verband gebracht kunnen worden met een breder complex van rechtshandelingen.

Reeds in het romeinse recht kende men het geval van de vennoot, die door zijn schuld aan zijn mede-vennoot schade berokkende en dan verrekening met eerder door hem behaalde voordelen claimde.

Daar vindt men een plaatsen van een rechtshandeling in het kader van de gehele rechtsverhouding tussen partijen (i.c. de vennootschapsverhouding) en het willen stellen van identieke rechtshandelingen, zij het met contrair resultaat, in het geheel der totale rechtsverhouding.

Het recht pleegt in het geval der societas afwijzend op deze claim tot voordeelsaftrek te beslissen. Begrijpelijk, want de verhouding die societas heet, is zozeer gericht op het maken van winst, dat een socius zich op het maken van winst moeilijk kan beroepen ter compensatie van schade door schuld. Heeft hij winst gemaakt, hij heeft slechts zijn plicht gedaan. Het voordeel heeft hier niets bijzonders.²⁰

¹⁹ Voor het rechtmatige of onrechtmatige in zo'n geval vgl. D. 41.1.44. De literatuur kent meer soortgelijke gevallen; Iemand steelt enige vaten buskruit en brengt tegen de schade-actie in het bewijs dat anders het huis van de bestolene in de lucht gevlogen zou zijn! Stintzing blz. 13 wijst er terecht op dat dit voorbeeld het hanteren van een naturalistische beschouwing van de eenheid van handeling veroordeelt. Beroemd schijnt ook de broodverkoper, die zijn brood liet bakken bij een bakker die een deel van het hem daarvoor gegeven meel verduisterde ten koste van de kwaliteit van het brood en die nu aanvoert: gij hebt geen schade, want ge hebt evenveel brood even duur verkocht als anders! Vgl. Oertmann blz. 100/1; Stintzing blz. 13, die art. 393 D.B.G.B. te hulp roept (sluit compensatie met vorderingen uit onzedelijk ongeoorloofd handelen uit). Het geval is ontleend aan een uitspraak O.L.G. Braunschweig in Seufferts Archiv XLVI nr. 173. R.G. 34.22 besliste over de brouwincester die 32 vaten bier verduisterd had en schade ontkende omdat hij door duurder brouwen het verschil had ingehaald en aan de man gebracht ten bate van de brouwerij.

²⁰ Pauli Sent. 2.16 en D. 17.2.25 en 26 afwijzend. D. 17.2.23 dubieus. Vgl. van Oven § 168; Lange blz. 66. Art. 1667 Ned. B. W. („schuld” beter dan het eerdere „toedoen”. Zie Voorduin V blz. 294).

Maar er zijn andere rechtsverhoudingen, waar dat winstdoel ontbreekt, waar beheer normaal en voordeel bijzonder is. Dat zijn rechtsverhoudingen als zaakwaarneming, verschillende vormen van beheer, lastgeving, vruchtgebruik, tijdelijk bezit. En in die gevallen zou ik toch wel willender tegenover verrekening willen staan, en bij schade wegens niet-grove schuld een verrekening willen toelaten van voordelen welke uitgaan boven het in die rechtsbetrekking normaal rendement.²¹

Ook bij het ruilcontract is de vraag wel opgeworpen. Iemand heeft grond geruild en op het stuk grond dat hij gekregen heeft blijkt nog een hem niet medegedeelde hypotheek te rusten. Aangesproken tot schadevergoeding

art. 1850 c.c.fr., art 538 c. obl. suisse, en gehele literatuur in die landen is afwijzend. In Duitsland, dat geen wetsbepaling terzake kent zijn Fischer blz. 239 en Staudinger (11 dr. 1958) ad par. 708 D.B.G.B. milder, de laatste met een beroep op een geval (R.G. 109.60), dat voor- en nadeel binnen dezelfde transactie behandelt. In dat geval laten ook de genoemde artikelen aftrek toe (arg. a contr.) evenals vele auteurs.

²¹ Bij zaakwaarneming wijst D. 3.5.10(11) de verrekening af. Wel beziet deze tekst, evenals D. 3.5.14(15) en 15(16) de waarneming van meer zaken als een geheel, indien de waarneming van de aanvang af die strekking had. Voor voordeelsaftrek is Diephuis XI blz. 31. Tegen voordeelsaftrek keren zich Opzoomer VI blz. 312; G. Verburg, De vrijwillige zaakwaarneming, ac. prft. Vrije Univ. Amsterdam 1949, blz. 104 nt. 32. Art. 1392 B. W. en art. 1374 c.c. fr. geven de rechter een matigingsrecht naar gelang van de omstandigheden, welke de gestor tot de waarneming der zaak bewogen hebben, die in het licht van Domat's opvatting niet te eng geïnterpreteerd moeten worden (strenger Verburg blz. 104). Bij zaakwaarneming tegen wil en belang van de gerant moet deze volgens par. 684 D.B.G.B. datgene waarmede hij verrijkt is aan de gestor afstaan; volgens art. 423 C. obl. suisse behoeft hij dit niet, maar is zijn kostenvergoedingsplicht beperkt tot het bedrag der verrijking. Zie nog Lange, blz. 67; Fischer, blz. 232; Stintzing, blz. 36/38. Voor voogdij vermoedelijk in ruime zin: D. 26.7.16; maar D. 26.7.39.14 laat bij schadevergoeding wegens lichtvaardig geld uitleenen geen compensatie van ontvangen hoge rente toe. Vgl. Oertmann, blz. 30. Milder Fischer, blz. 240 t.a.v. verpachtingen tegen hoge pacht aan meerderen, van wie een faillieert. Voor vruchtgebruik geeft art. 826 Ned. B.W. 2e lid, volgens Asser, Vergl. blz. 290 „eene zeer heilzame bepaling, welke aan het Fransche regt ontbreekt” en volgens welke verbeteringen geen grond opleveren voor verrekening, doch wel in mindering worden gebracht op vergoeding wegens toegebrachte schaden; par. 1049 lid 1 D.B.G.B. verwijst voor onverplichte bestedingen naar de zojuist vermelde regel bij zaakwaarneming; art. 985 c.civ.it. kent een algemene verrekening van verbeteringen.

beroept de ander zich op de hogere waarde van dit stuk grond. Aangezien de aard der ruilovereenkomst meebrengt dat de gervulde zaken tussen partijen geacht worden gelijke waarde te bezitten of zodanig in waarde te verschillen als bij betaling wordt overeengekomen, zal dit verweer niet opgaan.²²

Maar wat te denken van de koper, die twee huizen had gekocht, waarvan het ene onvoorziens gebreken toonde, waartegen de verkoper zich beriep op de onvoorziene meerwaarde van het andere huis? Justinianus laat hier voordeelsaftrek toe.²³

Die aftrek zou men ook gunnen aan de jockey die het paard te zeer opjaagt zodat het dood neervalt, nog juist in het bezit van de prijs. Die prijs te behalen is de opdracht van de jockey. De bijzondere omstandigheden der arbeidsverhouding leiden hier op een of andere wijze tot aftrek.²⁴

Rutten noemt het geval van de gestalde fiets welke door de stallinghouder onrechtmatig verhuurd werd.²⁵ Mijn schade is de waardevermindering van de fiets; zijn voordeel is de ontvangen huur. Rutten acht die huur niet mijn schade te zijn. Inderdaad, maar de bewaarnemer is verplicht tot afdracht van vruchten.²⁶ Met voordeelsaftrek heeft dit geval te maken als een en ander geleid heeft tot een nieuwe achterband betaald door de fietsenbaas. Voor Nederlands recht zou ik art. 1480, 2e lid B.W. analogisch op de vergane band willen toepassen. 1480 lid 4 lijkt te scherp voor dit geval.

12. *Gevallen van bezit.*

Bij alle ingewikkeldheid der casusposities is het aantrekkelijk het veel minder complexe zakenrecht op te zoeken en na te gaan welke regelen het recht voor bezits-verhoudingen e.d. stelt.

De bezitter²⁷ te kwader trouw moet niet slechts zoals de

²² Oertmann, blz. 75.

²³ D. 19.1.42.

²⁴ Oertmann blz. 65, Asser-Rutten III. 1. (2e dr.) blz. 207.

²⁵ Asser-Rutten III. 1. (2e dr.) blz. 208.

²⁶ D. 16.3.1.24; art. 1755 Ned. B. W.; art. 1936 c.c. fr.; art. 1775 c.c. it.. Vgl. art. 475 c. obl. suisse (avec ses accroissements).

²⁷ De hier weergegeven bezitsregelingen zijn die van de artt. 634/5 Ned. B.W. welke in het algemeen een bredere, soms andere verfijning geven dan artt. 549 e.v. c.c. fr., art. 1148 e.v. c.c. it. en art. 939 c.c. suisse.

bezitter te goeder trouw de vruchten van af de dag der opvordering teruggeven, maar alle door hem genoten vruchten, en zelfs de niet door hem genoten vruchten, die de eigenaar had kunnen genieten. Wel mag de bezitter te kwader trouw de door hem gemaakte kosten aftrekken (voordeelsaftrek?) doch de „gewelddadige” bezitter mag ook dat niet.

De bezitter te kwader trouw moet de zaak teruggeven ook wanneer die buiten zijn schuld is verloren gegaan. Maar, en men pleegt dit voordeelsaftrek te noemen,²⁸ hij behoeft dit niet, indien hij aantoonst, dat de zaak ook zou zijn vergaan als ze reeds in het bezit van de ander was overgegaan, een soortgelijke regeling als men soms ook vindt bij de tardieve verkoper van een bepaalde zaak en de nalatige bewaarnemer. Bij bezit geldt echter dat indien de zaak onvreemd is, de eerder genoemde factor niet in rekening mag worden gebracht.

Het accent in onze huidige samenleving heeft zich volstrekt verschoven naar het verbintenissenrecht. Toch kan het zijn nut hebben profijt te trekken uit het feit dat de huidige wetboeken nog zo'n stuk zakenrechtelijke inslag hebben.

Deze zakenrechtelijke regels kan men niet zonder meer analoog op andere delen van het recht toepassen. De herhaaldelijk voorkomende bepaling bijv., dat de schadevergoedingsplicht bij verzuimde levering wegvalt indien de zaak bij de schuldeiser ook zou zijn vergaan, zou kunnen verlokken tot het aanvaarden van een meer algemene regel, dat schadevergoeding achterwege kan blijven als de schade anders toch ook zou zijn ontstaan. Die algemene regel bestaat echter niet, hoe sympathiek hij ook lijkt. Wanneer ik door een auto aangereden de trein mis, ontkomt mijn aanrijder niet aan schadevergoeding door te bewijzen dat ik anders met de gemiste trein een zelfde of ernstiger letsel zou hebben opgelopen.

Of het „anders-ook”-argument opgaat hangt van allerlei

²⁸ Er is reden voor de vraag of dit geval wel tot het leerstuk van de voordeelsaftrek behoort. Hier is geen voordeel voor de benadeelde, maar een in elk geval benadeeld zijn van de benadeelde, dat de ander ontheft van zijn schadevergoedingsplicht. De Duitse literatuur rekent dit geval vrij algemeen tot de Vortteilsausgleichung. Over de grenzen van het leerstuk te twisten vraagt hier meer ruimte dan verantwoord is.

factoren af, als daar zijn de wijze van schadeberekening, het subjectieve element in een der factoren, de causaliteit van het veroorzaakt nadeel en de eventuele oorsprong van het uitgebleven nadeel. Bij zgn. opeenvolgende schaden geldt hetzelfde waarbij dan de factor, dat de opvolgende schade een feit is, een hartig woordje meespreekt.

13. *Naar ingewikkelder gevallen. Zaak van berekening?*

In het voorgaande zijn enige casusposities aan de orde gesteld, en wel vanuit het oogpunt van schade en voordeel; de meest eenvoudige gevallen gaven een brede nuancering van argumenten en een subtiële gevarieerdheid van oplossingen. In het vooruitzicht zijn dan nog de vele gevallen welke geen gelijkheid van juridische handelingen kennen, maar handelen over schade in een bepaalde rechtsbetrekking en voordeel mede veroorzaakt door andere rechtsfiguren, welker combinatiemogelijkheden ontelbaar zijn. Dit stelt voor de vraag of niet een nadere bezinning op de begrippen voordeel en schade enig soulaas brengen kan.

Het merkwaardige feit doet zich dan voor dat een ontspanning niet blijkt gevonden te kunnen worden in het alsnog vinden van een algemeen geldend juridisch schadebegrip of een voordeelsbegrip. Als er ontspanning moet komen, dan moet die komen uit een helderder inzicht in het feit dat het recht velerlei begrippen van schade resp. voordeel kent.

Men is zo spoedig geneigd te denken dat de vaststelling van verschuldigde schadevergoeding voornamelijk een zaak van berekening is, zodra men maar heeft vastgesteld dat er schade is en wie de schade moet betalen. Eerst de vraag van causaliteit en toerekening, waarna resteert de becijfering. Menige schadestaatprocedure heeft door onverwachte complicaties al uitgewezen dat de zaak zo niet ligt. Becijferingen falen eigenlijk altijd. De bekende Duitse romanist Kaser constateert bij de klassieke juristen „die gesunde Tendenz, die Interesseberechnung in engen Grenzen zu halten”.²⁰ Als het alleen om berekening ging, waar zou dan het einde zijn? Indien berekend moet worden welke schade ik aan een handelsbedrijf heb toegebracht, zou berekening als techniek meebrengen verrekening van het feit dat, zo ik geen vergoeding betaal, een en ander

²⁰ Max Kaser, *Das römische Privatrecht* I München 1955, blz. 418.

wel op de afnemers wordt verhaald. Indien ik aan een trambedrijf kaartjes lever op slechter papier dan overeengekomen, stuurt het argument dat de kaartjes even vlot van de hand gaan en voor de reizigers even waardeloos zijn als anders, elke schadeberekening in de war.³⁰ Schadeberekening an sich kent nauwelijks een einde, tenzij men ergens een grens trekt. En hetzelfde geldt voor voordeelsaftrek.

Deze grens zal moeten aanduiden welke schade juridisch relevant is en voor verrekening in dit geval in aanmerking komt. Die grens zal dan bepaald moeten worden naar juridische maatstaven, m.a.w. aan de hand van de norm die de onderhavige rechtsbetrekking beheerst. Dat wil dus zeggen dat niet alleen de adaequatie der causaliteit (naar nu wel gemeen goed is) medebepaald wordt door de juridische toerekening, maar ook de schadeberekening en de vaststelling der juridisch relevante schade mee beheerst wordt door causaliteit en toerekening.³¹

In enkele specifieke gevallen laat het recht dat ook wel duidelijk uitkomen. Bij verbreking van trouwbeloften blijf blijft de juridisch relevante schade binnen veel enger³² grenzen dan in het vermogensrecht, en met reden want trouwbeloften nemen in het recht niet zulk een plaats in dat bij verbreking daarvan het aandeel in de gemiste gemeenschap van goederen of de vervolgen duurzame ver-

³⁰ Toerekening of berekening. Er zijn van die gevallen waarin de schade haast onaantoonbaar is, maar toch bestaat, vgl. Hof den Bosch 6 nov. 1945, 1947, nr. 559 dat bewijsaanbod passeert, „omdat zonder meer voor de hand ligt dat het verzenden aan een groot aantal bij den radio-handel betrokkenen van een brief als de onderhavige... aan den goeden naam van Philips afbreuk deed en eventuele afnemers zou weerhouden met haar in handelsrelatie te treden, dus haar schade veroorzaakte”. Daarover H. Dooyeweerd (titel zie noot 34) blz. 44 nt. 1. Vgl. R. J. Polak in N.J.B. 1950 blz. 705 over het R.T.M.-arrest van 1950: „Het spreekt toch immers wel vanzelf dat door de tijdelijke uitschakeling van een dagelijks in gebruik zijnde zaak een genotsvermindering ten aanzien van die zaak optreedt, een genotsvermindering... die hij derhalve ten koste van de aansprakelijke mag redresseren.”

³¹ Vgl. de uitspraak van een prijsvraagjury (J. Offerhaus, C. J. J. M. Petit en L. J. Hijmans van der Bergh) in het *Advocatenblad* 32 (1952), blz. 280: De elementen „schade” en „veroorzaking” hangen samen, vertonen raakvlakken, welke men niet ongestraft mag verwaarlozen.

³² Art. 113 Ned. B. W. (geen winstderving); art. 81 c.c. it. (kosten en aangegane verplichtingen); par. 1298 D.B.G.B. (*idem*); art. 92/3 c.c. suisse (kosten en soms morele schade).

betering van levenspeil voor verrekening in aanmerking komen, hoezeer zij voorzienbaar en berekenbaar zijn. Schade in het recht is geen zaak van berekening maar van toerekening. En met het voordeel ligt de zaak evenzo.

Binnen het vermogensrecht doct zich hetzelfde voor. Het is onjuist om vermogensrechtelijk eigenlijk een, misschien twee types van juridisch relevante schade te zien, nl. die uit wanprestatie en die uit delict of risico-aansprakelijkheid, met daarnaast enkele minder dikwijls optredende rechtsfiguren, zoals belediging, dood door schuld, aansprakelijkheid bij „stilstaande aanrijding”, schade ter zee, alle dikwijls met hun eigen specifieke regeling. Deze laatste nuancerings in juridisch relevante schade doen er op bedacht zijn, dat ook bij wanprestatie, delicts- en risicoaansprakelijkheid nuancerings van relevante schade aanwezig kunnen zijn. Bij wanprestatie ligt dat voor de hand; de vele typen van overeenkomst, de vele soorten van koop geven daar alle aanleiding toe. Ook bij delicts- en risicoaansprakelijkheid moet men op zulke nuancerings bedacht zijn.

Wanneer en wat een aansprakelijke betalen moet wordt bepaald door de juridische causaliteit van de ontstane schade. Wanneer en in hoeverre een voordeel afgedragen moet worden, wordt bepaald door de juridische causaliteit van het voordeel. In hoeverre een voordeel met schade verrekend moet worden wordt bepaald door de adaequatie in het contact der causaliteiten van nadeel en voordeel. Dat laat ruimte voor de mogelijkheid, dat in de eindbeslissing over voordeel de nuances tussen foutief handelen en risico-aansprakelijkheid of tussen typen van foutief handelen of typen van risicodragen een beslissende rol spelen zoals zij dat doen bij de beslissing over schade. Het kan zijn dat het „aequum” der adaequatie in het ene geval aftrek toelaat van een voordeel, dat in een ander geval niet in mindering komt.³³

De verdere systematisering wordt in niet geringe mate bemoeilijkt door het feit dat een verscheidenheid van voordelen in aanraking komt telkens met een verscheidenheid van schaden. Beperking in de keuze der gevallen is daarbij noodzakelijk.

³³ Ook Ronse (blz. 395) erkent dat een algemeen criterium niet te vinden is.

14. *Verplichting tot beperking der schade.*

Een belangrijk contact van de causaliteit van het nadeel en die van het voordeel kan gelegen zijn in de plicht van de benadeelde zijn schade zoveel mogelijk te beperken. De vraag is of deze plicht als plicht tegenover de benadeler een algemeen karakter heeft en als een algemene rechtsregel kan worden beschouwd.

De regel wordt in de verschillende landen veelal door de rechtspraak (in Duitsland door de wet) aanvaard, zonder dat duidelijke grenzen worden aangegeven.³⁴ De beperking dat redelijke maatregelen moeten worden genomen ligt enerzijds voor de hand, maar kan m.i. als algemene regel alleen geaccepteerd worden wanneer men het begrip „redelijk” betreft op de aard en omvang van schade, verhouding tussen partijen en te nemen maatregelen, hetgeen insluit de mogelijkheid dat in bepaalde gevallen, het nemen van maatregelen redelijkerwijs niet verlangd kan worden.

De resultaten van de schadebeperkingsplicht kunnen als voordeelsaftrek in mindering worden gebracht op de verschuldigde schadevergoeding.³⁵

³⁴ Voor rechtsvergelijkende gegevens en over de verschillende factoren van de schadebeperkingsplicht vooral zie Ronse blz. 353. Zie ook Langemeijer in N.J. 1959, blz. 103. Vgl. Art. 254 D.B.G.B. waarbij als medeschuld van de benadeelde (welke een redelijke afweging van elk aandeel in de schade meebrengt) beschouwt „dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat den Schaden abzuwenden oder zu mindern”. Aan deze bepaling herinnert het arrest H.R. van 24 april 1931, blz. 1321 nt. E.M.M. (betreft wanprestatie), zij het dat de H.R. scherper consequenties trekt (daarover Ph. A. N. H. in N.J. 1950 blz. 959 en H. Dooyeweerd, De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband, Meded. Kon. Ned. Akad. van Wet. Afd. Letterk. Nieuwe Reeks Deel 13 nr. 5, Amsterdam 1950, blz. 29 nt. 2).

³⁵ Dit is het uitgangspunt van de R.T.M.-arresten en aanverwante uitspraken: H.R. 31 maart 1950, nr. 592 nt. Ph.A.N.H.; H.R. 4 oct. 1958 nr. 12 waarover J. H. Beekhuis in *Ars Aequi* VII (1957/8), blz. 210 e.v. (in welk arrest niet duidelijk uitkomt waarom de 15 dagen gebruik voor kindertreinen niet evenredig meedeelden in de aanhoudkosten noch leidden tot een afwijzing als in het volgende arrest: H.R. 31 oct. 1958, 1959 nr. 29 nt. L.E.H.R. en twee arresten van dezelfde datum in V.R. 1958 nr. 121 en 122. Zie over deze arresten J. H. Beekhuis in N.J.B. 1959 blz. 157 e.v. Voorts H.R. 1 mei 1959, R.v.d.W. no. 57.

Hier ziet men weer hoe onzelfstandig het begrip voordeel is. Brandblus-apparaten beperken de schade bij brand. Autoschaden lopen vast op bumpers. De betonnen paal door mij voor mijn huis in een gevaarlijke bocht neergezet, werkt gevelreddend. Reservemateriaal beperkt bedrijfschade. Het is een kostelijk maar theoretisch twistpunt of dit gevallen van niet-ontstane schade, van beperkte schade, eventueel van voordeelsaftrek zijn.

Practisch belang heeft de vraag of de kosten van verplichte schadebeperking verhaald kunnen worden op de schadeplichtige. Deze vraag moet in het algemeen ontkennend worden beantwoord. In het algemeen kan iemand, die zich jegens mij gedraagt, zoals hij verplicht is, de kosten van dat gedrag niet op mij afwentelen. Dat wordt niet anders doordat die ander zich vroeg of laat jegens mij onrechtmatig gedraagt, noch doordat hij zijn schadeplicht jegens mij aanzienlijk ziet beperkt. Aanschafkosten van betonnen paal, bumper en brandblusapparaat zijn niet verhaalbaar. Het verplicht voorkomen of beperken van schade geeft op zichzelf geen reden voor verhaal van kosten.

Dit ligt anders bij de kosten, welke de benadeelde moet maken in verband met het uitblijven van direct herstel der schade. Wanneer de schade een doorlopend karakter heeft aangenomen, mag verlangd worden dat de benadeler de nodige vervangingsmaatregelen bekostigt, ook als de benadeelde zelf die maatregelen neemt.

Hij kan dan in rekening brengen zowel de effectieve kosten der vervanging alsook de kosten welke gemaakt zijn teneinde die vervanging mogelijk te maken. Daarvoor is niet nodig dat die kosten eerst na het ontstaan der schade zijn gemaakt. Voorzorg is een der beste wijzen van schadebeperking. „Hinderlijk volgen” is al zo ruim. Juridisch verband is niet gebonden aan temporele opeenvolging. Wel dient er bij zulke aan de schade voorafgaande kosten nauwkeurig op gelet te worden of zij metterdaad in verband met mogelijke schade zijn gemaakt. Kosten voor reserve-materiaal bijv., mede gemaakt voor bijzonder drukke tijden, e.d., zullen in een relevant en een niet-relevant deel gesplitst moeten worden. Vaak zal dan *ex aequo et bono* het voor schaden bestemde deel der

kosten moeten worden bepaald.³⁶ Er is geen reden te onderscheiden tussen schaden, waarvoor derden aansprakelijk zijn en andere schaden, welke men zelf moet dragen. Ook ik geef er de voorkeur aan, en met recht, dat uw auto mijn tuinhek stuk rijdt, liever dan dat de wind het vernielt. Men behoeft ook niet van verhaal van kosten af te zien, uitsluitend omdat men zelf werkzaam was. Alleen dat deel van de relevante kosten komt dan in aanmerking dat betrekking had op de inzet van het reserve-materiaal gedurende de tijd dat het beschikbare materiaal onbruikbaar was. Hier doet niet aan af dat de benadeelde om reden van eigenbelang deze werkwijze prefereert.³⁷

Buiten ons onderwerp valt de vraag wat recht is t.a.v. kosten, die in feite niet meer schade-beperkend werken, bijv. doordat in verband met prijsfluctuaties een andere wijze van voorziening, bijv. het huren van materiaal, goedkoper ware geweest. De meerkosten zullen dan voor rekening van de benadeelde blijven. Wanneer echter subjectieve factoren van de kant van de schadeplichtige (deze biedt bijv. eigen reserve-materiaal aan) de schadebeperkingsmaatregelen van de benadeelde doorkruisen, is er geen reden van de objectief redelijke normen af te wijken.

Wat echter, indien de benadeelde meer schadebeperkende maatregelen heeft genomen dan waartoe hij verplicht is? Daarbij wordt er dus van uitgegaan dat benadeelde de bedoeling heeft de schade van de derde te beperken. Zo dat niet het geval is, is er in wezen geen beperking van de schade van de schadeplichtige. Bij meer beperking dan verplicht, blijven de kosten verhaalbaar

³⁶ Zie de in de vorige noot genoemde arresten.

³⁷ De Hoge Raad beperkt in de eerder genoemde arresten de verhaalbaarheid tot kosten betrekkelijk tot schaden, waarvoor derden aansprakelijk zijn. Het bezwaar van Houwing (N.J. 1950 blz. 959) dat de kosten in casu niet door schuld van de schadeplichtige waren gemaakt, immers toch gemaakt zouden zijn, stuit af op de zienswijze, dat deze kosten juist met het oog op schaden gemaakt zijn en dus zonder schaden niet gemaakt zouden zijn. Kennelijke invloed op de arresten van de H.R. is uitgeoefend door R. J. Polak (N.J.B. 1950 blz. 705; zie ook 1958 blz. 152). Ten aanzien van kosten in eigen bedrijf gaat wel zeer ver Wilhelm Weimar, in *Monatschrift für deutsches Recht*, XI (1954) blz. 401/2. Zie daarover ook de slotzin van de noot van Rutten ad 1959/29 en Hof den Bosch 14 juni 1955, nr. 756.

binnen de eerder genoemde grenzen. De meerbeperking kan echter niet als aftrek worden opgedrongen, en subjectieve factoren van de kant van de schadeplichtige zullen, indien deze dat verlangt, hier wel praevaleren.

Een der meest voorkomende voorbeelden van de beperkingsplicht is de in de handel bekende dekkingskoop die de koper bij wanpraestatie van de verkoper wordt geacht op diens risico af te sluiten.³⁸

15. *Ontvangen giften.*

Ontvangen giften zullen in het algemeen niet als aftrekbaar voordeel in aanmerking komen,³⁹ niet als de benadeelde ze ongevraagd ontvangen heeft, ook niet als de benadeelde ze met het oog op de door hem geleden schade heeft uitgelokt.

Haast klassiek is het geval van de bouwmeester die aangesproken wordt tot schadevergoeding wegens nalatigheid bij de bouw van een kerk die scheuren vertoont en die nu aftrek claimt van de collecten waartoe deze scheuren de gemeente bewogen hebben. Of de aansprakelijke tot schadevergoeding bij een auto-ongeluk vraagt aftrek van de geldinzameling die buurtgenoten voor het gezin van de maandenlang in het ziekenhuis verpleegde hebben gehouden.

Wij ontmoeten hier dus de rechtsfiguur dat de benadeelde om niet iets ontvangen heeft uit hoofde van vrijgevigheid, de in het recht zo'n speciale plaats innemende *causa donandi*, die haast ongrijpbare *causa*, die voor dwaling vrijwel onaantastbaar is, die zelfs op het immoreel motief blijft staan, die ondanks wegvallen van het motief de beweeggrond blijft.

Men moet op zulke eigenschappen van de rechtsfiguur voor elk geval letten omdat zij niet alleen primair een rol

³⁸ Vgl. Oertmann blz. 69; breedvoerig Stintzing blz. 31—39; J. Zeylenmaker, Handelskoop nr. 124. Of de koper tot een dekkingskoop, die dan tot compensatie leidt, verplicht is hangt van de handelsgebruiken af. Breedvoerig J. Denecke & F. Oegg in R.G.R. Komm. z. B.G.B. I. 10e dr. ad par. 32 blz. 618 en ad par. 326 blz. 629 onder vermelding van (Duitse) rechtspraak.

³⁹ Rechtspraak en literatuur zijn eenstemmig in afwijzing van voordeelsaftrek wegens giften. Vgl. Henri et Léon Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile* I, p. 342: „charité n'est pas indemnité”.

spelen tussen de partijen bij die rechtsfiguur, in casu schenker en begiftigde, maar ook doorwerken in de confrontatie van die rechtsfiguur met die andere rechtsverhouding, waarmede ons onderwerp het verband legt.

Dat blijkt ook hier weer. Wie de ontvangen schenking plaatst tegenover de foutieve daad, welke schade veroorzaakte, stuit enerzijds op het ontvangen hebben om niet, dat de positie van een voordeel verzwakt, maar ziet die opkomende zwakte weer weggebben door de zuiging van de specifieke kracht der *causa donandi*. Een beroep op de bedoeling van partijen (de gevers wilden de schade-toebrenger niet bevoordelen) acht ik zwak, omdat dat beroep niets meer zegt dan dat overeenkomsten alleen gelden tussen partijen, hetgeen al heel weinig zegt. Evenmin is van belang het feit, dat de benadeelde zich de giften niet verschaften ten behoeve van de schadeplichtige; de vraag is juist of hij dat niet behoorde te doen. En dat nu behoorde hij zeker niet. De benadeelde behoort de schade te beperken, waar redelijk mogelijk. Het behoort niet tot zijn plicht de vrijgevigheid van anderen te bewerken opdat de schade voor de schadeplichtige wordt vergoed. Hier werkt het verschil tussen het zakelijk vlak der beperkingsplicht en het onzakelijk plan der vrijgevigheid.

Dat giften niet van doen hebben met de schadebeperkingsplicht sluit overigens de mogelijkheid van aftrek nog niet uit. Ook de beperkingsplicht is geen finaal criterium voor alle gevallen. Voordelen kunnen aftrekbaar zijn waar geen beperkingsplicht werkt.

De quaestie komt dan neer op een confrontatie en afweging van *causa donandi* met schadevergoedingsplicht. Dan zij nogmaals gewezen op die merkwaardige *causa donandi*: ook als de schade is vergoed, blijft de eenmaal gedane schenking geldig. De schade is motief der vrijgevigheid geweest; die vrijgevigheid zelf was eerst de oorzaak der schenking.⁴⁰ Men zou zich met recht kunnen afvragen of niet ruimer mogelijkheden voor de schenker moesten bestaan om de verrijking terug te vorderen. Maar wel heel vreemd wordt de figuur als de derde-dader met het voordeel schoot gaat.

Intussen is dit slechts een algemene aanduiding. Er

⁴⁰ D. 39.5.3. onderscheidt tussen *causa* en *condicio*.

kunnen gevallen zijn, waar de zaak anders ligt. Bij dood door schuld liggen vele verhoudingen anders (zie hieronder § 25). Daar kunnen giften in de beschouwing worden betrokken. Maar weer niet een gift voor een buitenlandse reis gegeven aan de getroffen nabestaande.

Wat te denken van het volgende geval: Een boerenwagen maakt door een nauwelijks aanwijsbare fout in een dorpsstraat een verkeerde manoeuvre en ramt enige huisjes met grote materiële schade. De buurt houdt een collecte. Ik aarzel gezien het onvoorstelbaar grote schadebedrag bij deze risico-aansprakelijkheid. Quaesties als deze, die toch al ingewikkeld zijn, worden nog gecompliceerder door het grote aantal of het onbekend blijven der gevers.

16. *Levensonderhoud.*

Al niet anders ligt de zaak bij levensonderhoud. Buiten Nederland zijn wel processen gevoerd,⁴¹ waarbij de tot schadevergoeding verplichte zich van zijn verplichting wilde bevrijden met het argument dat onderhoudsplichtigen de eerste taak hadden. Zonder meer uiteraard. De plicht tot levensonderhoud is van geheel andere orde. Zij is als het ware onvergelykbaar met schade. Zij vindt haar fundament in een geheel andere sector van het recht en wordt gekenmerkt door de geheel eigen sfeer en strikte beslotenheid van het familierecht. Daar kan men met recht van zeggen dat een buitenstaander er niets mee te maken heeft.

Dat is niet anders bij reeds genoten alimentatie.⁴² Dan geldt precies hetzelfde en aftrek is welhaast ondenkbaar.

Welhaast, want ook hier kan het *ius in causa positum* een andere oplossing verlangen. Dat is denkbaar in gevallen, waarin ook de *causa* der schade in de familierechtelijke sfeer valt. Zo zou de rechter aanleiding kunnen vinden om bij een schadeactie wegens een gering verzuim tegen de grootvader-voogd een mindering toe te passen wegens

⁴¹ B.G.E. (Zwitserland). Vgl. par. 843 D.B.G.B.: „Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat“.

⁴² Vgl. bijv. R.G. 92.59 (1918) met analoge toepassing van par. 843 D.B.G.B. (zie vorige noot). Verdere voorbeelden uit de Duitse rechtspraak bij Fischer, blz. 244/5. Voorts Oertmann blz. 109, Stintzing blz. 66 e.v., Ronse, nr. 561 blz. 408/9.

door die grootvader uiterst onbekrompen en verre boven de toegestane kosten gegeven opvoeding.

17. *Overeenkomsten met derden omtrent de schade.*

Op velerlei wijze kan de benadeelde voor of na de schade met een derde een overeenkomst hebben aangegaan, waarin de geleden schade een rol speelt. De verzekeringsovereenkomst is van dit verschijnsel het meest bekende voorbeeld. Maar er zijn vele andere denkbaar; zoals bijv. een cessie tegen een bepaalde vergoeding van de nog onbepaalde schadevergoedingsactie, een soort emptio spei dus.

Uitgangspunt van de beschouwingen hierover moet uiteraard zijn de algemene rechtsregel dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen en aan derden in het algemeen niet ten voordeel strekken. *Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest.*⁴³ De zeer beperkte betekenis van deze regel is van algemeen bekendheid. Het moderne recht accepteert met tegenzin de bepaling van diverse wetgevingen die bedingen ten behoeve van derden rigoureuus willen beperken en interpreteert zulke bepalingen naar de ruimst mogelijke kant. De tegenzin van het Romeinse recht tegen bedingen ten behoeve van derden past niet meer in het moderne recht. Niettemin blijft een overeenkomst, ook in die modernere wetgevingen welke mildere bepalingen over de juist aangeduide kennen, een rechtshandeling gericht op het teweegbrengen van een of meer verbintenissen ten behoeve en ten laste van de contractanten. Dat krachtens een overeenkomst verbintenissen ontstaan ten laste van een der partijen doch ten behoeve van een derde moet dus zeer zeker worden beschouwd als afwijkend van het normale. Er moet dus een rechtsgrond zijn wil een derde aan een overeenkomst recht ontleenen.

Dat feitelijk een derde door de uitvoering van een overeenkomst van anderen voordeel kan hebben, spreekt vanzelf. Maar om op zulk een voordeel op enige wijze aanspraak te kunnen maken, moet een bijzondere rechtsgrond aanwezig zijn.

⁴³ Over oorsprong van en varianten op deze rechtsregel zie men R. van Lennep, *De Romeinse rechtspreuken (Hodiernus usus regulum juris romani)*, Leuven-Brussel, z.j. blz. 99/100.

Zoals eerder gesteld, gaat het in casu om de vraag of het schadeplichtig zijn zulk een rechtsgrond oplevert, m.a.w. of het feit dat iemand schadeplichtig is geworden jegens een ander recht geeft tot het opheffen van een voordeel dat die ander uit een overeenkomst van die ander met een derde verkrijgt. En ook hier beslist weer het bestaan en de aard van de relatie der adaequaties tussen de relatie die tot de schade leidde en de overeenkomst-relatie tussen de benadeelde en de derde.

Eerder zagen wij dat bijv. de schadebeperkingsplicht dit effect hebben kan, doch dat buiten die plicht andere mogelijkheden aanwezig kunnen zijn.

Het burgerrechtelijk beginsel, dat een overeenkomst alleen tussen partijen werkt, is van oorsprong en ook nu nog een complement van de beginselen van de contractsvrijheid en van de verbindende kracht der overeenkomst.⁴⁴ De modernere rechtsontwikkeling, hoezeer deze beginselen erkennend, komt met nieuwe vragen in aanraking en completeert deze rechtsregels verder. Erkend wordt dat contracteren en ook contractbreuk onder omstandigheden onrechtmatig kunnen zijn tegenover een derde.⁴⁵ De mogelijkheid van meer aanvullingen of correcties moet men niet apriori uitsluiten.

Aan de hand van deze algemene uitgangspunten worden in de volgende paragrafen enige bijzondere overeenkomsten bezien.

18. *Sociale Verzekering.*

De feiten rond de sociale verzekering zijn de volgende: Vele landen kennen een verzekering bij meestal publieke klassen van werknemers (soms breder categorieën van personen) tegen de gevolgen van ziekte, ongevallen, invaliditeit, werkloosheid, ouderdom, door de werknemers, en in elk geval sociaal-economisch meestal beschouwd als een deel van het loon. De rechten uit deze verzekeringen komen meestal rechtstreeks aan de werknemer toe.

De vraag van voordeelsaftrek is nu, in hoeverre degene die enige schadevergoeding aan zulk een verzekerde betalen moet, aftrek claimen kan van uit de verzekering

⁴⁴ Asser-Rutten III. 2. Blz. 322.

⁴⁵ H.R. 11 nov. 1937, nr. 1096 nt. E.M.M. (Kolynos-arrest) en 3 mei 1946, nr. 323.

te genieten of genoten uitkeringen. Deze vraag nu wordt vrij algemeen bevestigend beantwoord.⁴⁶

Het zijn met name de volgende factoren, welke tot dit resultaat leiden. Daar is de algemeen geldende werkwijze dezer verzekeringen. De uitkering is ruwweg gesproken voor ieder berekenbaar. De verzekering werkt massaal en naar normen welke subjectieve factoren zoveel mogelijk uitsluiten. Men kan zich niet hoger of lager verzekeren. De sociale verzekering is een maatschappelijke gegevenheid naar een uniform en objectief patroon met publiekrechtelijk gezag. Zij heeft zo niet ten doel, dan toch tot effect de werknemer los van risico en van aansprakelijkheid en solvabiliteit van anderen, te vrijwaren voor schade. De premïën zijn sociaal-economisch geworden tot deel van het loon. De sociale verzekering is in het maatschappelijk leven geworden tot een sociale zekerheid, die (althans meestal) niet de bedoeling heeft ten gunste van schadeplichtigen te werken, maar die wel een elementair bestanddeel is geworden van het levensschema van zeer velen en van het onder hen gehuldigd begrip omtrent voorkoming van schade.

Nadere onderscheiding tussen gevallen waarin de schadeplichtige al dan niet de werkgever zelf is, is dan ook niet nodig, alleen voorzover het arbeidsrecht niet eigen regels kent.

De sociale verzekering is publiekrechtelijk geregeld en de autoriteit die haar dat meegeeft met de sociale gerechtigdheid dier regelingen doen haar ook de niet-publiekrechtelijke verhoudingen de facto beïnvloeden. Juist of niet juist, het publiekrecht gaat aan het privaatrecht niet ongemerkt voorbij.

20. *Verzekering door de benadeelde.*

Zuiver privaatrechtelijk gezien is een verzekering, die de benadeelde tegen of in verband met schade heeft gesloten, geen overeenkomst, waartoe men de benadeelde jegens de schadeplichtige vanuit een oogpunt van schadebeperkingsplicht gehouden moet achten. Indien men dit onder omstandigheden al een maatschappelijke plicht zou achten, van een plicht tegenover de tot schadevergoeding verplichte is in het algemeen geen sprake.

De vraag van voordeelsaftrek intussen komt neer op een volgende problematiek. Indien een ander mij schade berokkent waartegen ik mij verzekerd heb, hoe staat het dan met mijn vorderingsrechten. Dit wordt getypeerd door de beide volgende vragen: Indien ik een vordering instel tegen de veroorzaker der schade subs. risicodrager, kan hij mij dan tegenwerpen, dat ik de schade vergoed heb gekregen of zal kunnen krijgen van de assuradeur? En: Indien ik uit de polis ageer tegen mijn assuradeur kan hij mij dan tegenwerpen, dat ik de schade vergoed heb gekregen of zal kunnen krijgen van de dader?

Ook hier gaat het weer om de afweging der adaequatie tussen de beide rechtsbetrekkingen, hetgeen geïllustreerd moge worden aan een voorbeeld uit het romeinse recht. Iemand wordt terzake van een slaaf wegens door die slaaf (bijv. voor diefstal) veroorzaakte schade aangesproken, terwijl een derde claimt eigenaar van die slaaf te zijn. Vaststaat dat beide eisers in hun recht staan. Moet de dubbel belaagde de slaaf uitleveren aan de bestolene, en zo ja, wat antwoordt hij de eigenlijke eigenaar, of aan die laatste, en zo ja, wat antwoordt deze de bestolene? De desbetreffende digestenplaats⁴⁶ stelt de zaak processueel: Wat indien de ene, wat indien de andere procedure eerst beslist wordt? Geantwoord wordt dat als de eigendomsquaestie eerst beslist wordt, de slaaf kan worden uitgeleverd tegen zekerheidsstelling en indien de diefstalzaak eerst beslist wordt de slaaf zonder meer uitgeleverd kan worden, omdat overmacht dan de beschouwing van een later vonnis in de eigendomszaak belet. Het is duidelijk dat hier aan de hand van innerlijke waarde der beide rechtsbetrekkingen een materiële keus gedaan wordt terzake van hun onderlinge verhouding; wat het zwaarst is moet het zwaarst wegen.

In het geval van verzekering staat natuurlijk voorop, dat ik niet bij beide acties de tegenwerping van voordeelsaftrek hebben kan. De een kan mij niet verwijzen naar de ander en tegelijk de ander naar de een. Het resultaat moet in elk geval zijn dat de benadeelde schadeloos wordt gesteld. Zijn recht kan niet tot nihil worden gereduceerd omdat hij mogelijk dubbel recht heeft. Maar overigens staat in de afweging der relaties met schadeplichtige resp. assuradeur voorop dat de verplichting van eerstgenoemde

zwaarder weegt. De schadeplichtige kan mij niet tegenwerpen dat ik de schade van de assuradeur eisen kan. Het debat beperkt zich dus in feite ook tot de vraag wat de schadeplichtige tegenwerpen kan wanneer ik de uitkering van de verzekering eenmaal gekregen heb. Maar als het om het begrip voordeel in de relatie met de schadeplichtige gaat is er juridisch geen wezenlijk verschil tussen ontvangen uitkering en recht op uitkering. Daar is in wezen de zaak mee beslist.

Dat deze zaak op zoveel moeilijkheden stuit ligt in feite aan een bijkomende factor. Het antwoord op voorgaande vragen zou naar gewone civielrechtelijke redenering een complement hebben in een antwoord op de nog niet beantwoorde vraag, nl.: dan moet de verzekeraar aan de benadeelde wel kunnen tegenwerpen dat hij een uitkering heeft gekregen of nog kan krijgen van de schadeplichtige. Het eigenaardige nu juist van de verzekeringsovereenkomst is dat zij dit antwoord voor de helft honoreert („heeft gekregen”) en niet voor de andere helft („kan krijgen”), dit laatste omdat de verzekeringsovereenkomst naar haar aard de relatie met de verzekerde abstraheert van de juridische aansprakelijkheid van derden en van de feitelijke solvabiliteit, maar concentreert op de vermogensgevolgen zoals die puur feitelijk zijn geworden.

Deze afwijzing van voordeelsaftrek in geval de benadeelde zich verzekerd heeft komt dus aan een onderscheid tussen schadeverzekering en sommenverzekering niet toe, en staat evenzeer los van subrogatie of cessie van rechtsvorderingen.⁴⁷

⁴⁶ D. 6.1.58.

⁴⁷ De vraag naar voordeelsaftrek volgens genoten uitkering wegens schadeverzekering kon door de rechtspraak in de verschillende landen niet principieel aan de orde komen wegens de vrij algemeen wettelijk vastgelegde subrogatie van de verzekeraar (zie Ronse blz. 418), welke de discussie feitelijk afsnijdt. Daardoor wordt een scherper verschil met de sommenverzekering gemaakt dan voor de principiële positiebepaling ten aanzien van voordeelsaftrek nodig is. Voordeels-toerekening van een uitkering wegens sommenverzekering waar geen subrogatie geregeld is, blijft in discussie en wordt vrij algemeen van de hand gewezen. Zie Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht, blz. 409; art. 1406 regelt een speciaal geval; voor Belgische rechtspraak zie Ronse blz. 418/9.

21. *Verzekering door de schade-plichtige.*

Het kan verwondering wekken dat de W.A. verzekering hier ter sprake komt. Het gaat immers om voordelen die de benadeelde geniet en welke de schadeplichtige nu wenst af te trekken, terwijl toch de W.A. verzekering een zaak aan de kant van de schadeplichtige is. Inderdaad is deze zaak voor ons onderwerp in zoverre geen belangrijke.

Intussen ontwikkelt zich ook hier een tendens welke de voordeelsaftrek bij W.A. verzekering actueel kan maken. Met name is dat het geval wanneer deze verzekering op bepaalde gebieden verplicht wordt gesteld en aan de benadeelde een eigen recht toekomt jegens de verzekeraar.⁴⁸ Het spreekt wel vanzelf dat de origineel schadeplichtige, die onder deze omstandigheden door de benadeelde wordt aangesproken, aftrek verkrijgt van hetgeen de verzekeraar direct aan de benadeelde heeft uitgekeerd. Het eigen recht van de benadeelde tegen de verzekeraar is op zichzelf geen voordeel dat voor aftrek in aanmerking komt, wanneer de keuze van degene die de benadeelde wil aanspreken door het verkrijgen van een eigen recht tegen de verzekeraar wordt uitgebreid en niet wordt verschoven.

22. *Belastingbesparing.*

Ook bij belasting ontmoet men een figuur uit een zeer specifiek deel van het recht, dat niet tot het privaatrecht behoort, anderzijds zeer sterk in de privaatrechtelijke sfeer ingrijpt. Het ligt na al het voorgaande voor de hand als

⁴⁸ Vgl. art. 7 e.v. van het Uitvoeringsbesluit Autovervoer Personen 1939, dat de W.A. verzekering verplicht stelt voor vervoer met autobussen, tourwagens en huurauto's en wel ter dekking van de aansprakelijkheid van de ondernemer jegens de passagiers. De verzekeraar is blijkens art. 10.11.3 gerechtigd deze geldsommen rechtstreeks aan de benadeelden uit te keren. In Frankrijk waar men zoals in vele andere landen de verplichte verzekering voor alle automobilisten kent, wordt door de jurisprudentie een directe aanspraak van de benadeelde jegens de W.A. assuradeur aangenomen (broder hierover René Savaker, *Traité de la responsabilité* II, 2e dr. Paris 1951, nr. 763, e.v. blz. 355 e.v.). Het Benelux verdrag van 1955 wil een verzekering invoeren, welke eveneens aan de benadeelde een eigen recht tegen de verzekeraar geeft, dat de verzekeraar ook verplicht tot vergoeding van niet verzekerd premier risque en hem verbiedt de excepties welke hij tegen de verzekerde had, tegen de benadeelde te plukken.

criterium te nemen de directe onvoorwaardelijke betrokkenheid op het nadeel, welke het verschil in causa overbruggen kan. Dan kan men aan aftrek gaan denken wanneer het fiscale element zich zozeer met de schade factor in de rechtsverhouding tussen partijen en daarmee met die rechtsverhouding zelf verweven heeft, dat het daarvan een wezenlijk bestanddeel is geworden.

Daarmede is in feite de keuze gedaan. Verschillend zijn de causae van nadeel en voordeel zonder twijfel. Bij het ene, schadeveroorzakende daad of risico, aangenomen geheel te liggen in het vlak van het burgerlijk recht; bij het andere de publiekrechtelijke betalingsplicht. De ontmoeting van beide ligt in het sociaal economisch vlak, in de bedrijfsvoering, de winst of het inkomen van de benadeelde.

Met name in Engeland heeft de quaestie zich afgespeeld hoewel ook andere landen zich niet onbetuigd lieten.⁴⁹ Uit de keur van argumenten voor beide standpunten aangevoerd, valt weinig te putten wat in het voorgaande niet reeds bij enig onderwerp aan de orde is geweest: Contra aftrek wordt aangevoerd dat de benadeelde toch geen belasting aan de dader behoort te betalen; dat niet de inkomsten maar de mogelijkheid van het verkrijgen van inkomsten moet worden vergoed, op welke laatste de belasting geen betrekking had; dat het causaal verband ontbreekt; dat de besparing geen direct en voorzienbaar gevolg van de schadetoebrengende daad was; dat belasting betalen een der wijzen van inkomstenbesteding is, welke derden niet aangaat; dat aftrek van dit voordeel een premie op dergelijke daden kan zijn. Daartegenover staan de argumenten van hen die betogen dat de belasting ten nauwste aan de schade verbonden is; dat belastingen een wezenlijk onderdeel van bedrijfsvoering zijn geworden en daarvan niet zijn los te maken, en dat fiscale lasten in het geheel der transacties zijn ingecalculeerd en een onderdeel vormen van het verschil tussen bruto- en nettowinst en bruto- en netto-inkomen.

⁴⁹ Voor de Engelse literatuur moge verwezen worden naar het practadvies van Mr. Köster, voor andere landen zie Ronse blz. 573/8. Voorts H.R. 25 nov. 1955, 1958, nr. 29 afwijzend t.a.v. bespaarde inkomstenbelasting, met afwijkende conclusie van de A. G. Lange-meyer en noot van H. Kingma Boltjes.

Zoals gezegd valt als criterium voor voordeelsaftrek van belastingen aan te bevelen de factor of de belasting in quaestie ten nauwste verweven is met de rechtsbetrekking tussen partijen en in de bepaling van de belasting en haar tarief geen noemenswaardige causae een rol spelen afgezien van de causa der belastingbetaling zelf. In gevallen waarin de zaak zo ligt meen ik, dat aftrek kan worden geclaimd. Dat de benadeelde daartegenover dan stellen kan het bedrag dat hij terzake van de vergoeding eventueel voor een andersoortige belasting zal moeten betalen spreekt van zelf.

Dit betekent dat, indien de overige omstandigheden daartoe leiden, een belasting als de omzetbelasting in het algemeen voor aftrek in aanmerking komt. De successiebelasting ligt op de grens: De progressiviteit naar absoluut bedrag mag geacht worden op de schade betrekking te hebben; door andere factoren is hij wel sterk op de persoon van de erfgenaam/legataris betrokken, m.n. wat betreft zijn relatie tot de overledene en zijn gezinsverhoudingen, maar deze gegevens zijn dermate eenvoudig dat zij mij niet voorkomen een bezwaar tegen voordeelsaftrek op te leveren.

Anders staat het met de inkomstenbelasting. Deze hangt slechts in geringe mate samen met een bepaalde concrete schade vergeleken bij de zuiver persoonlijke verhoudingen die er een rol bij spelen, als daar zijn draagkracht, verwervingskosten, giften, alimentaties, verrekening van verliezen, studerende kinderen, terwijl elke wijziging in gezinsverhoudingen invloed op het cindtarief heeft. Hetzelfde is het geval met de vermogensbelasting, zij het in mindere mate. Aftrek van voordelen uit deze belastingen zal dus niet licht behoren te geschieden, al mogen incidentele gevallen waarin de zaak anders ligt niet uitgesloten worden geacht. Ook hier geldt verder dat extreme omstandigheden in twijfelgevallen een doorslag kunnen geven. Ook in een geval als dat van levensbeneming kan eerder aftrek denkbaar zijn.

Het feit dat door de schadetoebrengende daad vermogensbestanddelen zijn gevallen in handen van een fiscus die daarop gedeeltelijk recht had en waarop deze bepaalde belastingaanslagen heeft verhaald, is een aftrekbaar voordeel voor de schadetoebrenger, terwijl de benadeelde zich

er niet op beroepen mag dat hij anders deze belasting had ontrokken.⁵⁰

23. *Afdracht van acties.*

Men kan er over twisten of afdracht van acties tot ons onderwerp behoort. Zulks is het geval wanneer in bepaalde situaties de benadeelde een actie naar twee zijden zou kunnen instellen en wanneer de ene zijde betaalt, zijn actie naar de andere zijde als een voordeel wordt beschouwd op aftrek waarvan de betalende partij recht heeft in de vorm van overdracht der actie.

In feite hebben wij hier dus te doen met een voordeelsaftrek in natura, waarbij natuurlijk de vraag rijst of een der beide partijen van de ander kan eisen dat de afdracht in deze vorm plaats vindt. De meest belanghebbende daarbij zal de benadeelde zijn, die voor alles vergoeding en betaling wenst, en eisen kan. Het alternatief — de aftrek van de geschatte waarde van de actie — is dikwijls uit de aard der zaak in strijd met het recht van de benadeelde tegen de schadeplichtige, en brengt voorts het juridische probleem met zich mee of de andere actie nu nog wel is blijven bestaan.

In enige sprekende gevallen naar zulk een actie-overdracht overweging verdiende heeft het recht ingegrepen, door de betaler der schade hetzij via wettelijke subrogatie te helpen hetzij hem een niet nader aangeduid eigen recht toe te kennen. Het eerste deden vele wetgevers ten aanzien van de schadeverzekeraar,⁵¹ het tweede deed bijv. de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van de bedrijver ener onrechmatige daad jegens zijn mededader.⁵² Gaat een en ander samen met cessie dan rijzen weer de meest ingewikkelde juridische problemen omtrent het bestaan ener gecedeerde vordering naast het eigen recht, hun onderlinge verbouding, en zo meer.⁵³ Wettelijke subrogatie of

⁵⁰ H.R. 18 april 1958 nr. 308.

⁵¹ Art. 284 K. enz.; art. 36 franse wet van 13 juli 1930); art. 22 Belgische Verzekeringswet 1874, par. 844 D.H.G.B. in Duits recht: par. 67 Gesetz über den Versicherungsvertrag van 1908; Zwitsers recht: art. 72. Versicherungs-Vertrags Gesetz. De verzekeraar uit de verplichte verzekering krachtens het ziekenfondsenbesluit 1941 wordt gesubrogeerd, volgens H.R. 13 maart 1959, R. v. d. W. 34.

⁵² H.R. 30 oct. 1925, 1926 blz. 156.

⁵³ Zie voor zulke complicaties J. Wiarda, Cessie, blz. 394 e.v.

het verkrijgen van een eigen recht lossen de facto de vraag naar afdracht van acties voor die gevallen op.

Intussen resteren andere gevallen, waarin geen algemeen antwoord te geven is. Er zijn gevallen waarin overdracht van actie redelijk is.⁵⁴ Alles hangt wederom af van de beide rechtsverhoudingen en hun onderlinge afweging. Die afweging kon ook bijzondere regelingen meebrengen, men denke bijv. aan het proportioneel beperkte regresrecht van de borg.

Een voortdurend strijdpunt blijft de subrogatie bij sommenverzekering, welke practisch alle landen afwijzen. Om de zaak scherp te kunnen stellen, moet men los van elke subrogatie de vraag stellen of een verzekeraar, welke ook, bij betaling van de schade aan de verzekerde, afdracht van acties eisen kan. Alleen zo komt men op de centrale vragen van burgerlijk recht.

Het gaat dan om een betaling waardoor men een vordering verkrijgt op een ander die ook betalen moest. Dit raakt de essentie van het leerstuk der betaling. Een derde heeft niet te maken met een verbintenis tussen anderen. Wil hij betalen, het is best, mits hij dat doet namens de schuldenaar. Doet hij dat, zoals elke verzekeraar juist niet doet, dan is tegen zijn betaling nog geen bezwaar, mits „hij niet in de rechten van de schuldeiser gesteld worde”.⁵⁵ Alleen voor degenen die daar belang bij hebben, zoals borgen, zakelijk gerechtigden op een pand, of medeschuldenaren ligt de zaak anders.

Heeft nu de verzekeraar een belang bij het betalen der schuld, dat hem afdracht van acties kan doen eisen? Men kan volhouden dat deze vraag niet relevant is omdat de verzekeraar niet de schuld van een ander, een dader, maar zijn eigen schuld uit de verzekeringsovereenkomst betaalt. Maar het valt ook te verdedigen, dat deze afwijzing der vraagstelling weinig meer is dan een *petitio principii*. Hoe dit zij, bij directe en bij analoge redenering luidt de vraag, of hier sprake is van betaling van dezelfde schuld, die tot inhoud heeft vergoeding van dezelfde schade; kan

⁵⁴ Vooral het D.B.G.B. geeft menig voorbeeld: §§ 255 (algemeen), 268 (betaling aan executerende mede-schuldeiser), 426 (hoofdelijkheid), 774 (borg), 1143 (eigenaar die als niet-schuldenaar hypotheekhouder voldoet), 1225 (idem bij pand).

⁵⁵ Vgl. art. 1418 Ned. B. W.; art. 1236 c.c. fr.; art. 110 c.c. suisse (in moderner redactie); c.c. it. art. 1201 e.v. (implicite).

men hier in juridische zin spreken van dezelfde schade? Indien dat het geval is, of bij analogie het geval is, kan men actie-afdracht toestaan, nu het wantrouwen tegen een derde-betaler en diens bedoelingen in casu niet behoeft te gelden. De verzekeraar die betaalt, betaalt niet om de schade-veroorzaker met een actie te plagen, maar hij betaalt omdat de polis hem daartoe verplicht.

De identiteit van dezelfde schade kan leiden tot afdracht van acties. Dat zal dan het geval zijn bij verzekeringen die deze schade, welke de veroorzaker moet vergoeden (mogelijk vermeerderd met andere schade) tot uitsluitend doel van haar bemoeienis heeft, van sommenverzekering kan men dit niet zeggen. Deze is in het algemeen niet geabstraheerd van andere kanselementen, met name niet steeds van de mogelijkheid van uitkeringen, die door fixatie, percentuele uitkering of uitkering naar premiebetaling de uitkering niet ten nauwste binden aan de effectieve schade. Indien in een sommenverzekering dit kanselement zoveel mogelijk is geëlimineerd en de uitkering ten nauwste verbonden is met de effectieve schade, valt subrogatie te bepleiten (ziektelkostenverzekering). Naar wij in par. 20 zagen maakt dit voor voordeelsaftrek echter geen verschil.

Het spreekt vanzelf dat verzekeraar en verzekerde subrogatie of cessie kunnen overeenkomen. Deze hebben elk hun eigen gevolgen, die t.a.v. voordeelsaftrek tot geen andere conclusies leiden.

24. *Voordeel bij beperkte of gefixeerde schadevergoeding.*

Meermalen komt het voor dat omtrent de mate van verplichte schadeloosstelling bepaalde regels zijn gesteld. De vraag rijst in hoever de voordeelsaftrek van die regels een terugslag ondervindt.

Wanneer in het vervoersrecht en het verkeersrecht⁵⁶ de te vergoeden schade tot een bepaald bedrag per bepaalde eenheid wordt beperkt, komt een aftrekbaar voordeel dan op dat maximum-bedrag in mindering of wordt het primair gerekend als vergoeding van de boven dat maximum-bedrag geleden schade?

⁵⁶ Vgl. art. 474 K. en K.B. van 7 febr. 1952 S. 62; art. 31 wegenverkeerswet en andere Nederlandse, buitenlandse en internationale regelingen, waaronder het luchtrecht.

Deze regelingen maken voor de grootte der schadevergoeding ook wel een ander onderscheid en kennen ter bepaling van de schadevergoeding soms ook aan het aanwezig zijn van schuld of aan de mate der schuld van de schadeveroorzaker betekenis toe.⁵⁷

Sommige regelingen doen dat wel gecombineerd met een beperking, die niet uitgedrukt wordt in een vast bedrag, maar in een causaliteitsomschrijving van de te vergoeden schade: zo bijv. „voorzienbare” schade bij wanprestatie, maar niet in geval van arglist,⁵⁸ en ook in dit geval alleen de onmiddellijke en directe schade.

Soms is de vergoedingsplicht beperkt tot een bepaalde soort van schade. Bij verbroken trouwbeloften wordt de vergoedingsplicht beperkt tot gemaakte kosten en aangegane verplichtingen.⁵⁹ Bij bezit zagen wij onderscheid gemaakt terzake van reeds genoten vruchten (hierboven par. 12). Het Nederlandse burendrecht kent een regeling, te merkwaardig om te verzwijgen, welke bij werken aan een gemene muur vergoeding van de schade voorschrijft, echter niet van „de schade toegebracht aan hetgeen tot verfraaiing van de scheidsmuur verstrekt”.⁶⁰ In weer andere gevallen wordt de schadevergoeding gefixeerd op een bepaalde waarde. Zo is in het vervoersrecht de vergoeding voor niet afgeleverde goederen vastgesteld op hun waarde op dag en plaats van bestemming. Aftrek van bespaarde vracht is dan een noodzakelijk complement, hetgeen het niet is bij fixering van de waarde op plaats en tijd der inlading.⁶¹ Het scherpst is de fixatie der schade in het Nederlandse arbeidsrecht waar, bij ontslag, indien de ontslagene zulks verkiest, de schadevergoeding is bepaald op een bepaald tijdvak loon.⁶²

Wanneer men nu in deze gevallen het probleem van voordeelsaftrek aan de orde stelt, is het duidelijk dat bij

⁵⁷ De beperking van art. 474 K geldt niet bij opzet of grove schuld (art. 476 K), die van art. 31 Wegenverkeerswet niet bij schuld.

⁵⁸ Artt. 1283 en 1284 B. W.

⁵⁹ Zie noot 32.

⁶⁰ Art. 689 lid 3 B. W. kennelijk geïnspireerd op D. 8.2.13.1 (de buurman behoeft „pretiosissimas picturas” niet te vergoeden). Vgl. D. 39.2.40 pr. en 1.

⁶¹ Art. 472 lid 1 K.

⁶² Art. 1639 r B. W. dat de litteratuur doet spreken van een „rekeneeheid”.

de brede nuancering van deze gevallen naast de vele variëteiten van voordeel een algemeen antwoord niet te geven is. Bij sommige tot een gefixeerd bedrag beperkte schaden is de ratio dier bepaling een eenvoudige beperking op te leggen aan het risico dat de betrokkene dragen moet; het zeerecht kent de gedachte dat men niet meer voor de gevaren der zee behoort te vergoeden dan men aan de zee heeft toevertrouwd. Bij andere fixaties in de rechtszekerheid, het uitsluiten van twijfel en twist het beheersend motief geweest. Dit verschil blijkt reeds bij de schadevergoeding zelve, nl. als het om de rente over die vergoeding gaat. Een fixatie als maximum laat die niet toe; een fixatie uit het rechtszekerheid-motief wel.⁶³ Bij de fixatie om redenen van optimale belasting komen aftrekbare voordelen in aanmerking, zij het dat zij eerst het niet te vergoeden schadesurplus dekken en daargelaten nu de werking van subrogatie en beperking van de te vergoeden kubiek; bij fixatie om redenen van rechtzekerheid is voor voordeelsaftrek geen plaats.

In de gevallen waarin de schadevergoeding beperkt is tot een bepaalde soort schaden ligt het in de rede om voordelen die buiten die soort schade vallen niet aftrekbaar te achten. De trouweloze bruidegom, die puur materiële schade moet vergoeden, zal zich niet kunnen beroepen op het morele voordeel voor de teleurgestelde bruid, dat zij deze doorbrenger misloopt. Waar hij geen gederfde winst moet vergoeden zal hij geen beroep kunnen doen op beter financiële toekomst, die haar in een zeker komend huwelijk stellig wacht. Wie de geschonden verfraaiing van de gemene muur niet behoeft te vergoeden, kan zich ter beperking van de overige schade niet beroepen op het veel fraaier aanzien of de plantversiering van de muur in de nieuwe toestand.

In geheel andere richting ligt het geval van de scheepsvervrachter, die zijn vracht verspelde omdat de goederen wegens beschadigheid onderweg werden verkocht, maar die als die verkoop winst oplevert zijn vracht („naar billijkheid”) kan eisen en dat zelfs kan doen als hij vracht

⁶³ Rente niet toegelaten bij het zeerechtelijk maximum volgens H.R. 30 jan. 1959, no. 162, nt. H.B. Art. 1639 r. lid 7 B. W. en daarover H.R. 17 nov. 1932, 1933 blz. 650 betreffen een speciale rente.

heeft genoten uit bijlading die de plaats der verkochte goederen innam.⁶⁴ Zijn schade die in eerste instantie voor zijn rekening is, brengt het slechts onder bijzondere omstandigheden tot vergoeding, maar dan is de voordeelsaftrek wegens bijlading ook uitgesloten.

Uiterst gecompliceerd wordt de quaestie wanneer de schadevergoeding in verband wordt gebracht met de schuldgraad. Hier leven alle causaliteitsquaesties weer op. In het algemeen geldt daarbij dat de voorzienbaarheid bij aftrek van voordeel geen wezenlijke rol speelt en dat directheid en onmiddellijkheid voor zover al concreet hanteerbaar bij voordeel minder spoedig aanwezig zijn dan bij schade. Het bestaan of de grotere mate van schuld, die de schadevergoedingsplicht verscherpt, kan in dubiis ook reden zijn om de voordeelsaftrek achterwege te laten.

25. *Dood door schuld.*

Schadevergoeding verschuldigd terzake van dood door schuld is een uiterst moeilijke materie; sedert alle tijden heeft men bij dit punt naar een oplossing gezocht.⁶⁵ De rechtstelsels der verschillende landen geven onderling afwijkende oplossingen. Begrijpelijk, want velerlei motieven spelen hier een rol. Wie is de benadeelde, wanneer iemand komt te overlijden? Welke betekenis moet worden toegekend aan het feit dat iemand erfgenaam is van de omgekomeene? En vooral: leven is niet te vergoeden, noch in geld waardebaar.

Zo ontstaat het wonderlijk verschijnsel dat, zoals in Rome het doden van een slaaf een duurder zaak was dan het doden van een vrije, thans nog veel zwaardere schade-loosstellingen worden toegekend wegens verminking dan terzake van dood door schuld. Het ontnemen van het leven stelt het recht voor problemen die onoplosbaar zijn en het is dan ook niet billijk om de gehele andere benadering van dood door schuld door het recht te bezigen als bewijs voor de onbevredigende regeling der aansprakelijk-

⁶⁴ Art. 519 x K.

⁶⁵ Zie de belangwekkende beschouwingen van R. Feenstra in *Acta juridica* (eerder *Butterworths South African Review*) 1958, uitgeg. 1959 blz. 27 e.v. en in *Études d'histoire du droit privé*, offertes à Pierre Petot, Paris 1959 blz. 157 e.v. beide over het recht van en voor Hugo de Groot.

heid.⁶⁶ De rechtspraak in de verschillende landen toont voor welke problemen men hier komt te staan en hoe hier zich de meester in de beperking toont:

De Nederlandse rechtspraak, geleid door de tekst van art. 1406, dat de vordering al beperkt tot de naaste gezins- en familieleden, en dan nog voorzover zij „door zijn arbeid plegen te worden onderhouden”, verstaat onder dezulken de genoemde familieleden die door de gedode werden of zouden worden onderhouden, doch kent die actie alleen toe, voorzover zij aan dat onderhoud behoefte hebben.⁶⁷ De woorden „naar gelang van wederzijdse stand en fortuin en naar de omstandigheden” geven alle ruimte en reden om ook de voordeelsaftrek breed op te vatten. In verscheidene arresten werd er bij de bepaling der vergoeding rekening gehouden met verkregen erfenis, levensverzekering en, anders dan in de jongste Belgische rechtspraak, met verdiensten van de weduwe.⁶⁸ In Frankrijk waar geen speciaal wetsartikel deze zaak regelt, was het de zaak der rechtspraak de kring der gerechtigden af te grenzen.⁶⁹ De Zwitserse rechtspraak moest op grond van de omschrijving van de kring der belanghebbenden met de woorden „d'autres personnes... privées de leur soutien” de kring al te wijd trekken door ook vergoeding toe te kennen ter zake van dood van kinderen, die later hun ouders zouden onderhouden, doch past anderzijds de voordeelsaftrek op ruime schaal toe.⁷⁰ Verscheidene landen kennen door de rechtspraak of via uitdrukkelijke wetsbepaling (zo Zwitser-

⁶⁶ Drion blz. 18/19.

⁶⁷ H.R. 27 febr. 1925, blz. 566 en 19 nov. 1943, 1944 nr. 21 c.a.

⁶⁸ H.R. 17 febr. 1939 nr. 1010 (levensverzekering); 3 febr. 1956 nr. 158 (erfenis); 30 jan. 1959 R. v. d. W. 21 (feitelijk genoten en naar waarschijnlijkheid nog te genieten verdiensten, echter — in casu — niet de verdienste welke zij zou kunnen genieten). Anders naar Belgisch recht: Verbr. Hof 4 juli 1955 Pas. 1955, 1193.

⁶⁹ Afgewezen werd de eis van de concubine (C. d. C. 27 juli 1937 D.P. 1938.1.5 en vele latere arresten), van het kind van de concubine (C. d. C. 22 febr. 1944, D. 1945 J. 293), van de verloofde (C. d. C. 1943, D.C. 1944 J. 14. In dezelfde geest voor het Italiaanse recht: Alberto Montel, Problemi della responsabilità e del danno, Torino z.j. (na 1951) blz. 69 e.v.

⁷⁰ Art. 45 c. obl. suisse. Ook de verloofde heeft een actie (J. T. 1932, 36); kinderen worden beschouwd als toekomstige verzorgers der ouders! Bespaarde kosten van opvoeding zijn echter niet aftrekbaar (J. T. 1932, 482). Aftrek o.m. voor kans op volgend huwelijk (J. T. 1946, 130).

land) een recht op vergoeding van de kosten van begravenis. Vraagpunt XIa voor het nieuwe Nederlandse B.W. wil die mogelijkheid voor het Nederlandse recht openen⁷¹ en wil de kring der belanghebbende nabestaanden uitbreiden tot allen, die tegen de overledene een recht op levensonderhoud hadden, terwijl bij opzet of grove schuld aan de kant van de dader de mogelijkheid van toekenning van vergoeding van andere schade dan gedcrfd levensonderhoud wenselijk wordt geacht.⁷²

Zo blijft het recht de moeilijkheid onder het oog zien dat het vernietigd leven irreparabel is. Men kan noch het leven teruggeven, noch een schadevergoeding betalen aan hem wien het leven ontnomen is. Zo nemen de aansprakelijkheidseisen op levensontneming gegrond een geheel eigen plaats in het recht en in het leerstuk der voordeels-toerekening in. Mogelijk wordt de onbevredigdheid over deze situatie mede veroorzaakt door lichte strafmaat welke de rechter bij verkeersongevallen met dodelijke afloop hantceert.

De tekstuele gelijkstelling in diverse wetgevingen van gevallen van levensbeneming met die van lichamelijk letsel verliest aan betekenis. In wezen ligt het bijzondere van schaden wegens toegebracht lichamelijk letsel alleen in mogelijke extreem oplopende schaden.

26. *Voordeel contra voordeel.*

Voordeelsaf trek handelt over schadevergoeding waartegen een voordeel wordt ingebracht. Intussen is het denkbaar dat iemand door het toebrengen van schade aan een ander zelf voordeel geniet. Bijvoorbeeld: iemand ontnemt een ander bepaalde materialen en doet daar zelf zeer voordelige zaken mee; hij vergoedt aan die ander de waarde der verdwenen zaken, en houdt dus voordeel over. De vraag voor het onderwerp van de voordeelsaf trek van belang is deze: Indien zulk een voordeel op zichzelf door de dader niet behoeft te worden afgestaan aan de benadeelde,⁷³ ligt in dat voordeel dan een reden om de dader

⁷¹ Gezien de redactie van art. 1406 Nedl. B. W. was hiervoor geen mogelijkheid aanwezig. Zie H.R. 27 febr. 1925, blz. 566.

⁷² Aangenomen in de vergadering van de Tweede Kamer op 30 juni 1953, Handel. 1952/53 blz. 2734 e.v.

⁷³ Daarover o.m. Lucienne Ripert, nr. 99, blz. 111; vgl. het geval van de onrechtmatig verhuurde fiets (hierboven par. 11).

af te remmen in zijn claims op voordelen, welke de benadeelde genoot en anders zou moeten afstaan? Bijvoorbeeld: een zoon, enig erfgenaam van zijn vader uit diens eerste huwelijk overrijdt die vader en wordt daardoor schadelijch jegens diens tweede vrouw, aan wie een uitkering uit sommenverzekering opkomt. Hier ligt wanneer die verzekeringsuitkering als aftrekbaar voordeel geldt, een reden voor compensatie. Of indien de aanrijder van een R.T.M. treinstel daardoor (mogelijk opzettelijk) bewerkt dat een inzittende van dit snelle vervoermiddel te laat op de plaats van bestemming komt en een goede kans aan de aanrijder verspeelt, is dan dit voordeel af te wegen tegen de bekende reservelocomotief? Ik ben geneigd hier geen compenserende invloeden aanwezig te achten, daar de zaak van de reserve-locomotief geheel in de sfeer van de aanrijding en haar bedrijfseconomische gevolgen ligt, hetgeen geheel losstaat van de op geheel andere wijze met de aanrijding verbonden gevolgen t.a.v. de inzittende en zijn relatie met de aanrijder.

Deze probleemstelling kan nauwelijks meer aan algemene richtlijnen worden getoetst. Schade contra voordeel roept reeds vele quaesties op; vele zijn de soorten schade en de soorten voordeel. Talloos worden de gevallen van voordeel bij schade contra weer voordeel.

27. Voordeelsaftrek tussen andere problemen.

Eigenlijk is het onderwerp der voordeelsaftrek een wonderlijk samenstel van afzonderlijke problemen. Eerst zijn daar de vele quaesties die theoretisch gesteld vaak onoplosbaar zijn, maar waar de practijk geen enkele moeite mee heeft. Dan zijn er de vele gevallen, die soms de meest vreemdsoortige elementen met elkaar in verband brengen, en die slechts strikt individueel oplosbaar zijn; er zijn zoveel soorten schade en zoveel soorten voordeel, dat in elk geval de combinatie weer even anders ligt. Dan zijn er enkele grove trekken, welke in zeer vele gevallen herkenbaar zijn, zoals de verplichting tot schadebeperking. Enkele soorten van voordeel blijken de discussie te gaan beheersen: ontvangen giften en levensonderhoud, maar vooral verzekeringsuitkering en belastingvoordeel; specifieke complicaties levert nog de eis tot afdracht van acties

en de soms beperkte of gefixeerde schadevergoeding. Maar ook bepaalde soorten van nadeel formeren geheel eigensoortige problemen; de schade door levensberoving is daarvan het meest typerend voorbeeld.

Voordat nu gezocht wordt naar enige conclusies uit het voorgaande, moet geconstateerd worden, dat dit alles nog slechts een vogelvlucht was, of liever een snelle wandeling door een stad waarin noodzakelijkerwijs aan veel bezienswaardigs moest worden voorbijgegaan. Veel monumenten der ars aequi liep ik snel voorbij; de indrukwekkende kantoorgebouwen der verzekeringsmaatschappijen bekeek ik slechts van buiten; hoeveel quaesties levert de interne relatie tussen assuradeur en verzekerde niet op! Ook met de onderlinge arbeidsverhoudingen doet de sight-seer beter zich niet te bemoeien, en hij doet goed zich helemaal te houden buiten de onteigeningsproblemen die de bezochte plekken beroeren en die hij voelt als publiekrechtelijke wolkjes in het privaatrechtelijk blauw.

Het privaatrecht zelf levert reeds peinzensstof te over — vergezichten waar men na enkele ogenblikken kijkens weer aan voorbij moet gaan, maar die toch hun indruk achterlaten. Wie op de voordeelsheuvel staande, de hoogte van zijn plaats tracht te meten, bemerkt hoe relatief die hoogte is, hoe die met name medebepaald wordt door die andere top, de hoogte van de schadeberg. Of om het iets meer juridisch te zeggen, voordeelsaftrek hangt ten nauwste samen met de opvatting welke men over schade huldigt; de abstracte schadeleer, voor overeenkomsten veelal aanvaard,⁷⁴ voor andere schaden niet, staat anders tegenover het subjectieve voordeel en beïnvloedt uiteraard de vragen rondom de voordeelsaftrek. De abstracte schadeberekening moet voor voordeelsaftrek in het algemeen ook de uiterste objectiviteit van het voordeel verlangen, hetgeen de aftrekmogelijkheden sterk beperkt, daar juist voordelen vaak een subjectieve inslag vertonen.

De vraag naar voordeelsaftrek voert tot nog veel dieper liggende quaesties terug, quaesties, die veel breder allure hebben dan de enge vraagstelling van de compensatio lucri. Want achter voordeelsaftrek ligt de vraag der wijze van schadeberekening, en achter elke schadevergoeding

⁷⁴ H.R. I mrt. 1912, W. 9333; 18 nov. 1937, 1938 nr. 269; 4 mrt. 1955 nr. 301.

ligt de quaestie van het aansprakelijk stellen. De centrale vragen van aansprakelijkheidsrecht die hun invloed hebben op schadevergoeding en schadeberekening, hebben dus hun betekenis voor de voordeelsaftrek.

In zekere zin is de drang naar invoering van een algemeen rechterlijk matigingsrecht een blijk van de onmogelijkheid van een volmaakt aansprakelijkheidsrecht; tegelijkertijd blijkt zulk een matigingsrecht in landen waar het bestaat de problemen rondom schadevergoeding niet op te heffen noch te veranderen.⁷⁵ Het soulaas beperkt zich tot enkele, meestal wonderlijke individuele gevallen en laat de theorie van schadevergoeding en voordeelsaftrek ongerept. De vraagstukken blijven de vraagstukken.

Een van die vragen van aansprakelijkheidsrecht is de vraag of in de schadevergoeding een soort boete of straf verrekend behoort te worden of een Privatstrafe, een peine privée niet naast de strafrechtelijke sanctie op haar plaats is.⁷⁶ Een bevestigend antwoord op deze vraag werkt door op de bepaling der schadeloosstelling en staat kritischer tegenover voordeelsaftrek. Zijdelings in verband met deze gedachte der peine privée staat de gedachte der preventie⁷⁷ als wezensbestanddeel van het aansprakelijkheidsrecht, die dan in gevaar gebracht zou worden door de vlucht van het verzekeringswezen.⁷⁸ Dat brengt als vanzelf op de invloed die het assurantiewezen op het aansprakelijkheidsrecht heeft.⁷⁹ Moet deze invloed verder gaan en ook zover dat het aansprakelijkheidsrecht zich richt naar het verzekerings-technisch adagium: verzeker de schade daar waar ze valt, en veroordeel degene die er tegen verzekerd is? Gaat het uiteindelijk om de aansprakelijkheid of om de schade, en staat de schade, eenmaal op iemands rekening gesteld, los van diens mate van schuld?

⁷⁵ Zwitserland kent het algemeen rechterlijk matigingsrecht (art. 43 c. obl.). De Zwitserse literatuur behandelt niettemin precies dezelfde vragen en problemen als de literatuur der andere landen.

⁷⁶ Vgl. Lange, blz. 129 e.v.; Lucienne Ripert, nr. 54, blz. 59 en nrs. 63 c.v. blz. 72 ev.

⁷⁷ Met name naar voren gebracht door W. F. Wertheim, Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst, diss. Leiden 1930.

⁷⁸ Daarover met name H. Drion blz. 10, die deze werking van de assurantie met nadruk ontkent.

⁷⁹ Sterk beklemtoond door Drion; sceptisch Offerhaus R.M. Themis 1956, blz. 601.

Ziedaar in enkele zinnen de vele toppen en dalen, waarop de wandelaar door het gebied van de voordeelsafrek nu en dan een blik kon werpen en waarbij hij niet lang kan toeven.

De gehele ontwikkeling van het recht door alle eeuwen heen gaat in de richting van een scheiding tussen burgerlijk recht en strafrecht. Het zou een terugzetten van de klok zijn om daarop terug te komen. Scherp dient onderscheiden te worden tussen het straffend optreden tegen overtredingen en misdrijven zoals het strafrecht met zijn geheel eigen uitgangspunten en methoden doet en het herstellen en afwegen van gelaedeerde belangen zoals het burgerlijk recht met zijn eigen middelen doet. In het burgerlijk recht is de taak van het aansprakelijkheidsrecht om in geval van schade te bepalen, welke personen hierbij betrokken zijn en in verband daarmee te wiens laste schade komt. Het zoekt naar het antwoord dat ieder der betrokkenen behoort te geven op de vragen die zijn positie ten opzichte van de schadetoebrengende daad en de schade meebrengt bij het afbakenen van hun rechtens juiste onderlinge verhouding. Daarbij gaat het dus zowel bij de schadetoebrengende daad als bij de schade om causaal-juridische relaties met menselijk handelen.

Juist het bestuderen van de voordeelsafrek leert hoe de berekening van schade en de aftrekbaarheid van voordeel vragen zijn van toerekening, m.a.w. dat én het „of” én het „in hoeverre” van schadevergoeding beheerst worden door het juridisch-oorzakelijke verband met feiten en handelingen. Dat betekent dat het burgerlijk recht, geheel binnen eigen terrein blijft als het de schade afwentelt op iemand, die daarvoor zonder enige onbehoorlijke daad het risico behoort te dragen; het betekent ook dat het recht de schade kan afwentelen op iemand aan wie een onrechtmatige gedraging te wijten valt; het is slechts een simpele consequentie dat het burgerlijk recht schaden kan afwentelen naar de mate van schuld die iemand aan een gedraging heeft.⁸⁰ Ook dat is puur burgerrechtelijke afweging

⁸⁰ Anders Lucienne Ripert nr. 54 blz. 59 en nr. 63 blz. 72, die de vonnispublicatie bij belediging een *peine privée* acht, terwijl het in werkelijkheid is een schadevergoeding in natura, nl. goed-maken van de geschonden naam. L. Ripert bepleit (nr. 90, blz. 100) dat het burgerlijk recht slechts bepaalt of iemand „de” schade draagt en dat

en heeft met peine niets te maken. In dit alles speelt preventie een geheel secundaire rol.

Tegen een invloed van het assurantiewezen op het aansprakelijkheidsrecht zijn even weinig bezwaren in te brengen als tegen elke andere invloed van fatsoenlijke factoren.⁸¹ Zo heeft het assurantiewezen invloed gehad, waar de rechter geen matiging uit persoonlijke omstandigheden toekent aan de aansprakelijke, die tegen deze schade verzekerd is.⁸² De assurantiegewoonte kan invloed hebben en van doorslaggevende betekenis zijn voor de bepaling van de aansprakelijkheid in gevallen die uiterst twijfelachtig liggen, zoals de assurantie reeds in 1838 een belangrijke rol speelde voor de bepaling der aansprakelijkheid bij brand in huurhuizen.⁸³ Verzekering kan immers in het volksleven een aangenomen gewoonte of noodzakelijke handeling zijn,⁸⁴ welke de opvattingen omtrent aansprakelijkheid op verantwoorde wijze kan beïnvloeden. Anderzijds is er geen enkele reden het aansprakelijkheidsrecht

de mate van schuld verder geen rol mag spelen t.a.v. de omvang der schadevergoeding. Niet afwijzend tegenover matiging bij risico J. H. Beekhuis, *Rechterlijke matiging bij de actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad*, Inaug. rede, Groningen 1899.

⁸¹ Drion (blz. 4) ziet zulk een invloed „onuitgesproken” in de franse rechtspraak, welke bij aanrijdingen tussen twee automobilisten de schade aan elks auto stelt op rekening van de andere partij (Cass, civ. 20 maart 1933, D.P. 1933.157, en latere arresten). De eigen franse benadering van art. 1384 c.c. naast art. 1382 c.c. (ons 1403 en 1401) zal hier stellig ook een rol gespeeld hebben. Het verzekeringsmotief alleen lijkt mij niet voldoende.

⁸² H.R. 20 febr. 1936, nr. 420, nt E.M.M.

⁸³ Vgl. art. 1601 Ned. B. W.: de huurder is niet verantwoordelijk voor brand, tenzij de verhuurder mocht bewijzen dat de brand door de schuld van de huurder is veroorzaakt; zulks in tegenstelling tot art. 1733 c.c. fr. welk verschil Asser, *Vergelijking*, blz. 526/7 aldus toelicht aan de hand van „de overweging, dat in den tegenwoordigen stand der maatschappij, de eigenaar door middel van het verzekeringscontract in staat is, om zich tegen schade voor eene niet noemenswaardige opoffering te waarborgen; terwijl dat hulpmiddel volstrektelijk aan den huurder ontbreekt enz.” Om de draad met voordeelsaftrek niet kwijt te raken; art. 1589 c.c. it. richt zich naar art. 1733 c.c. fr. maar beperkt de aansprakelijkheid van de huurder tot het verschil van het bedrag der effectieve schade en de verzekeringsuitkering aan de verhuurder.

⁸⁴ Vgl. de conclusie van vraagpunt 10 voor nieuw Ned. B. W. die het rechterlijk matigingsrecht afwijst „voor zover de schuldenaar door verzekering zijn aansprakelijkheid heeft gedekt, daartoe verplicht was of zodanige dekking gebruikelijk is”.

te wijzigen ten dienste van de verzekeringstechniek. Niet om die reden kan een verschuiving of wijziging in het aansprakelijkheidsrecht worden bepleit.

De aansprakelijkheidsleer wil waar dat rechte pas geeft, correcties aanbrengen in het nadeel, dat iemand leed. Het kan zijn dat hij daar het volle risico zelf van dragen moet. Het kan ook zijn dat de schade die voor de wederpartij voorzienbaar was (overeenkomst) hem vergoed wordt en hij de rest zelf moet dragen tenzij die wederpartij arglist verweten kan worden. Het kan zijn dat het risico van de schade door hem op een andere wijze met een ander wordt gedeeld, bijv. wanneer die ander bij risico-aansprakelijkheid draagt tot een zeker maximum (vervoersrecht, luchtrecht) waar de studie van voordeelsaftrek met name op stuit zijn de extreme gevallen; de gevallen nl. van hoogoplopende schadevergoedingsplicht bij aansprakelijkheid uit risico of vermoeden van schuld, gevallen waarin naar het hier gegeven betoog een voordeelsaftrek eigenlijk alleen in aanmerking komt vanwege de extreme gevolgen der risico-aansprakelijkheid.

In zulke gevallen kan men zich met voordeelsaftrek redden, maar men stuit dan op het feit dat voordeel is een puur willekeurig gegeven; of het aanwezig is of niet hangt veelal af van toevallige factoren. Het ruim toepassen van voordeelsaftrek in gevallen van extreme aansprakelijkheid is in wezen een oplossing, die alle bezwaren van het willekeurige heeft. Veelmeer wijst dit alles in de richting van een algemene beperking van aansprakelijkheid uit risico of vermoeden van schuld tot een maximum van wat „normaal” is, mogelijk iets daarboven,⁸⁵ zodat de aansprakelijkheid bij die gevallen niet onbeperkt oploopt. Bij zulk een regeling kan in die gevallen de quaestie van voordeelsaftrek zuiverder worden gesteld.

Men kan zich trouwens afvragen of het gebrek aan onderscheid tussen risico en foutief handelen niet massificerend en verslappend werkt op de persoonlijke verantwoordelijkheid. Het is hier niet de plaats dit verder uit te werken. Dit brengt wel op een element, dat ook rechtstreeks de leer van het voordeel raakt.

In het begin van dit betoog werd er op gewezen hoe het recht met voordeel voorzichtiger is dan met nadeel, hoe

⁸⁵ Vgl. Drion, blz. 14, Beekhuis t.a.p. (zie noot 80).

ieder zijn eigen pak moet dragen, tenzij er reden voor corrigerend ingrijpen is, en hoe ieder eigen vruchten plukt. Dit is een waardevol element van ons burgerlijk recht, dat een neerslag is van de gedachte der persoonlijke verantwoordelijkheid. Met deze gedachte is de steeds meer te signaleren wens naar een steeds verder gedetailleerde uitwerking van schadeberekeningen moeilijk in overeenstemming te brengen, omdat ze symptomatisch is voor een steeds uniformer wordend levenspatroon, waarbij verzekeringsuitkering en fiscale consequenties elke daad in het leven beheersen. Bij al het goede dat sociale verzekering, vrijwillige verzekering en naar verluidt ook belastingen bereikt hebben en bereiken willen, mag men de ogen voor dit massificeringsgevaar niet sluiten. Het burgerlijk recht, dat naar zijn aard individueel gemerkt is en moet zijn, behoort niet voor te gaan op deze weg naar schablonering van het levenspatroon. Ook dat leert het leerstuk van de voordeelsaftrek.

Zo blijkt weer dat het vraagstuk van voordeelsaftrek ten nauwste samenhangt niet alleen met vragen van schadevergoeding, maar met het gehele aansprakelijkheidsrecht en daarin met de centrale grondvragen van het burgerlijk recht. Waar het antwoord op die vragen van primaire orde is, is de waarde van enkele conclusies uit studie van de voordeelsaftrek slechts van relatieve betekenis.

28. *Samenvatting en conclusies.*

Het recht vindt in verscheidene gevallen aanleiding een aan iemand opgekomen schade aan een ander toe te rekenen. Spaarzamer is het met het toe-rekenen van een voordeel aan een ander. In beide soorten gevallen ligt de reden der toerekening in een norm van aansprakelijkheid, welke aanwijst wie die ander is en wel aan de hand van de causaliteit, de juridische betrokkenheid van een persoon op die schade of dat voordeel.

De vraag van voordeelsaftrek bij schadevergoeding is dan de vraag, of enig voordeel in aanmerking komt voor afdracht aan een ander omdat, of in verband met het feit dat die ander jegens de voordeelgenieter een schadevergoeding verschuldigd is.

Betrekkelijk eenvoudig ligt dit wanneer de causaliteit

van voor- en nadeel geheel identiek is en het voordeel generlei andere causa kent dan die van het nadeel (minus en aliud § 9). Eenheid van causa behoeft niet aanwezig te zijn ook al is er feitelijke eenheid van handeling (het arend-duif-geval; § 10). Het romeinse recht sprak zich reeds uit over bepaalde gevallen van juridisch parallele handelingen, die nu eens voordeel dan nadeel bewerkten (maatschap, beheersvorm; § 11) terwijl ook bezitsverhoudingen hun eigenaardige bekoring hebben, vooral door het „anders ook” (§ 12).

De grote moeilijkheden beginnen eerst ten volle waar men te maken krijgt met voordelen die duidelijk een andere causa hebben dan het berokkend nadeel, zij het dat er tussen die beiden verband bestaat. Dan moet men zich realiseren dat de aard van het voordeel beslissend kan zijn, maar ook dat de aard van het nadeel de doorslag kan geven. Voordelsaftrek is evenals schadevergoeding primair niet een zaak van berekening, maar van toerekening (§ 13). Dit betekent dat de oplossing anders kan zijn naarmate het voordeel varieert en naarmate de aard van het nadeel varieert.

Voordelen kunnen voortvloeien uit de plicht van de benadeelde de schade te beperken (§ 14). Verder kunnen voordelen bijv. voortvloeien uit ontvangen giften of levensonderhoud (§ 15/16), of uit overeenkomsten met derden, met name verzekering (§ 17/21), al welke voordelen vaak opkomen met name bij nadeel uit onrechtmatig handelen of risicoaansprakelijkheid. Een geheel eigensoortig voordeel is belastingbesparing (§ 22).

Allerhande complicaties leveren voordelen, wanneer zij geconfronteerd worden met een schadevergoedingsplicht, die naar bedrag, naar schuldgraad of naar terrein is beperkt (§ 25).

Afzonderlijke beperking van de aard der schade verlangt de levensbeneming, die geheel speciale regelingen vraagt (§ 26).

De mogelijkheid van voordeel ook aan de kant van de schadeplichtige (§ 27) en vooral de plaats van de leer van de voordelsaftrek tussen de vele andere zwaardere problemen van burgerlijk recht, waarmee de voordelsaftrek raakvlakken heeft, toont het gebrek aan eigen zelfstandigheid van dit probleem.

Concreter conclusies vallen uiteen in enige opmerkingen van algemene aard en enige van bijzondere aard.

Algemene opmerkingen:

a. Voordeelsaftrek bij schadevergoeding vindt steeds plaats wanneer het voordeel ontstaat uit dezelfde causa als het nadeel en geen andere bijkomende voordeelscausa aanwezig is (oud voor nicuw, Duinwater-arrest).

b. Indien het voordeel alleen of mede zijn causa vindt in de verplichting van de benadeelde om de schade te beperken vindt aftrek plaats, soms tegen vergoeding van de voordeelsverwervingskosten tot dat doel gemaakt.

c. Wanneer een bijkomende oorzaak het voordeel mede of alleen heeft bewerkt, moet over de aftrek worden beslist in zorgvuldige afweging der beide betrokken rechtsverhoudingen.

d. Een voordeel zal eerder in aftrek komen wanneer zijn causa ligt in de sfeer van het nadeel of van zijn causa, dan wanneer dat niet het geval is.

e. In twijfelgevallen kan het buitensporig oplopen ener verplichte schadevergoeding wegens aansprakelijkheid uit risico of vermoeden van schuld de doorslag ten gunste van aftrek geven. Dit pleit voor een maximum-grens bij schade uit risicoaansprakelijkheid.

II. Bijzondere gevallen (uiteraard tenzij uit de algemene opmerkingen anders voortvloeit).

a. Bij vennootschapsverhoudingen dient aftrek van voordeel bij door schuld veroorzaakt nadeel in andere transacties niet plaats te vinden.

b. Bij de verschillende vormen van beheer dient aftrek ruimer mogelijk te zijn.

c. Voordeelsaftrek terzake van uitkering uit vrijwillige persoonlijke verzekering dient in het algemeen niet plaats te vinden.

d. Voordeelsaftrek terzake van besparing aan directe belastingen dient in het algemeen niet plaats te vinden.

e. Bij schadevergoeding wegens levensbeneming is een ruime toepassing van voordeelsaftrek aan te bevelen.

Gezien de vele afwijkingen welke de zeer onderscheiden gevallen in hun bonte verscheidenheid tonen, dient de wet bij de regeling dezer punten de uiterste soberheid te betrachten. Vooral voor voordeelsaftrek geldt wel heel sterk: *ius in causa positum*.

INHOUD

1. Inleiding.	139
2. Schade en voordeel: definiëring?	141
3. Schade en voordeel in het recht.	141
4. Juridisch relevante schade.	143
5. Juridisch relevant voordeel.	144
6. Aan wie de plicht of het recht opkomt.	146
7. Voordeelsaftrek en schadevergoeding.	147
8. Schijnvragen.	148
9. Gevallen van identiteit der causaliteit.	149
10. Gevallen met feitelijke eenheid van handeling.	150
11. Juridische eenheid van handelingen.	151
12. Gevallen van bezit.	153
13. Naar ingewikkelder gevallen. Een zaak van berekening?	155
14. Verplichting tot beperking van schade.	158
15. Ontvangen giften.	161
16. Levensonderhoud.	163
17. Overeenkomsten met derden omtrent de schade.	164
18. Verzekering (algemeen).	164
19. Sociale verzekering.	165
20. Verzekering door de benadeelde zelf.	166
21. Verzekering door de schadeplichtige.	169
22. Belastingbesparing.	169
23. Afdracht van acties.	172
24. Voordeel bij beperkte of gefixeerde schadevergoeding.	174
25. Schade en voordeel bij levensbeneming.	177
26. Voordeel contra voordeel.	179
27. Voordeelsaftrek tussen andere problemen.	180
28. Samenvatting en conclusies.	186

Behoort de wet regelen te bevatten omtrent voordeelsaftrek bij schadevergoeding?

Preadvies van Mr. H. K. Köster

„Le progrès du droit consiste tout d'abord dans la meilleure organisation technique des institutions et des règles”.¹

Inleiding.

Toen mij de vraag werd voorgelegd, welke het onderwerp van dit preadvies uitmaakt, luidde mijn overmoedig antwoord, dat ik nauwelijks een vraag kon zien. Het neerschrijven van mijn eigen opvatting hierover zou dan ook, zo zeide ik, slechts luttele bladzijden vergen.

Ik ben dankbaar dat het Bestuur niettemin de tot mij gerichte uitnodiging heeft willen handhaven. De studie, waartoe ik aldus werd gedwongen, heeft mijn aanvankelijke afkeer veranderd in warme liefde. Een warme liefde niet alleen voor het onderwerp zelf, doch vooral voor het onderling verband, en de wisselwerking tussen de vele, gedeeltelijke onbewuste en ondergrondse stromingen en constructies, welke een rol spelen bij ieder onderdeel van het civiele schadevergoedingsrecht, en dus ook bij de vraag of bij de vaststelling der schadevergoeding rekening moet worden gehouden met voordelen opgekomen aan de tot schadevergoeding gerechtigde.

Deze vraag betreft hetgeen volgens de in Nederland gebruikelijke — doch aanvechtbare — terminologie wordt omschreven als de „toerekening van voordeel bij schadevergoeding”.²

¹ Georges Ripert, *Les Forces Créatrices du Droit*, 1955 blz. 66.

² Zie de titel van het proefschrift van J. van Woudenberg Hanstra, Amsterdam 1904, voorts Asser-Rutten I, 1958 blz. 206 en aldaar geciteerde literatuur. De uitdrukking „toerekenen” wekt de suggestie dat men een relatie wil vaststellen tussen het voordeel en de schadepllichtige aan wie men het voordeel al dan niet wil toerekenen (vgl. de terminologie in H.R. 25 November 1955 N.J. 58/29). In het algemeen doelt men echter op „toerekenen” van het voordeel in de zin van: „in aftrek brengen op”, dus „verrekenen”. In Rome sprak men van „compensatio lucri cum damno”. De Duitse juristen hebben het onderwerp tot een algemeen leerstuk uitgebouwd onder de titels

Het vraagstuk is oeroud, en tevens bijzonder actueel. Ter illustratie laat ik hier drie voorbeelden volgen:

Het doode renpaard en de jockey: Als — niet actuele — hors d'oeuvre noem ik U het klassieke geval van de jockey, die bij een wedren harder rijdt dan de instructies van de eigenaar toelaten. Het paard wint de race, maar sterft aan de te grote inspanning. De waarde van het paard is f 50.000.—, de gewonnen prijs f 40.000.—. Beloopt de schade, welke de renpaard-eigenaar kan vorderen, f 50.000.— minus de prijs, of kan de eigenaar de jockey aanspreken voor de volle f 50.000? U vindt dit voorbeeld bij vrijwel iedere auteur die over voordeelstoerekening schrijft. Persoonlijk vind ik het geval niet moeilijk en evenmin belangrijk. De oplossing vermeld ik op blz. 260.

Samenloop van aanspraak op schadevergoeding met vordering uit ongevallenpolis. Als tweede voorbeeld een uiterst actueel en belangrijk geval: Een 35-jarige architect A verliest door een aanrijding zijn rechterarm. Zijn invaliditeitsschade wordt, via kapitalisatie, gewaardeerd op f 180.000.—, en het smartegeld op f 15.000.—, totale schade dus f 195.000.—.

A heeft een ongevallenverzekering gesloten, waarop f 150.000.— wordt uitgekeerd. De ongevallen-assuradeur wordt, volgens de huidige opvatting, niet gesubrogeerd. Mag A de vorderingen tegen de assuradeur en tegen de schadeplichtige aanrijder cumuleren, zodat hij in totaal f 345.000.— ontvangt. Of komt het „voordeel” uit de ongevallen-polis in mindering op de schadevordering, zodat de aansprakelijkheid van de aanrijder beperkt blijft tot f 195.000.— minus f 150.000.— = f 45.000.—. Behalve subrogatie van de assuradeur, of volledige toerekening van de polisuitkering op de schadevordering zijn nog verscheidene andere oplossingen mogelijk, die ik op blz. 228 en 236 behandel.

„Vorteilsausgleichung” of „Vorteilsanrechnung beim Schadenersatz”. In Frankrijk of Engeland daarentegen heeft men voorzover ik heb kunnen vaststellen, nimmer gepoogd om de gevallen van voordeels-toerekening tot één geheel samen te bundelen.

Aftrek van belasting-voordeel: Bij de derde casus doet de fiscus zijn intrede. Het is een reëel geval dat zich heeft afgespeeld in Engeland:

De 65 jaar oude heer Gourley „an eminent civil engineer” met een „large professional income” liep bij een spoorwegongeluk d.d. 21 september 1951, ernstig letsel op, waardoor hij, ondanks een „remarkable recovery”, zijn beroep nog slechts op beperkte schaal kon uitoefenen. Als onderdeel van de vordering tegen de spoorweg-exploitant, de British Transport Commission, werd voor smartegeld en verdere immateriële schade („loss of amenities”) £ 9.000.— toegewezen, en voor gemaakte onkosten £ 1.000.—. Deze slordige honderd duizend gulden waren relatief onbelangrijk tegenover de geëiste vergoeding voor het verlies aan inkomsten en aan „earning capacity”. De zaak werd in maart 1954 in eerste aanleg behandeld. Tussen partijen stond vast, dat de heer Gourley over de schadevergoeding wegens gedeelde arbeidsinkomsten geen inkomstenbelasting behoefde te betalen. Zonder het opgelopen letsel zou de heer Gourley over zijn arbeidsinkomsten een aanzienlijke „income tax and surtax” verschuldigd zijn geweest. Op basis van een overeenkomst tussen de advocaten bepaalde de rechter het verlies op twee manieren, t.w.:

1. het verlies aan bruto-inkomsten, en
2. het verlies met inachtneming van de belasting, die zou zijn geheven over de inkomsten uit arbeid.

De cijfers waren als volgt:

inkomstenverlies	bruto	belasting	netto
tot eind 1953:	£ 15.220.—	10.275.—	4.945.—
toekomstig inkomstenverlies vanaf 1 januari 1954	„ 22.250.—	20.500.—	1.750.—
Totaal:	£ 37.470.—	30.775.—	6.695.—

In eerste aanleg wees de rechter het bruto-bedrag toe, dus £ 37.470.—.

Deze uitspraak werd bevestigd in appèl. Doch het House of Lords besliste op 6 oktober 1955³ dat slechts het netto-schadebedrag, dus £ 6.695.— behoefde te worden vergoed. Het belasting voordeel werd dus in aftrek gebracht op de schadevergoeding. Daarentegen heeft onze Hoge Raad omstreeks dezelfde tijd t.a.v. een schadevergoeding wegens bedrijfswinst, gedeeld door het onrechtmatig in bezit nemen van een bioscoop beslist dat het voordeel door de lagere belasting „den vergoedingsplichtige niet raakt, en

³ 1956 A.C. 185; Lloyd's List Law Reports 1955, 2, 475.

hem derhalve bij de bepaling van de voor de toegebrachte schade te geven vergoeding niet mag worden toegerekend".⁴

Indeling en terminologie.

Vragen van voordeelstoerekening komen bij verschillende onderdelen van het privaatrecht naar voren. Een uitputtende behandeling hiervan in een beknopt preadvies — van liefst minder dan 48 bladzijden — is onmogelijk. Mijn streven was er daarom aanvankelijk op gericht om langs de weg van een algemeen globaal overzicht te zoeken naar de hoofdlijnen. Ook bij dit streven heb ik mij echter beperking moeten opleggen, en zo heb ik mij tenslotte in de eerste plaats geconcentreerd op de voordeelstoerekening bij het vaststellen van de *niet-contractuele* schadevergoedingsplicht, voortvloeiend uit artt. 1401—1407 B.W. en daarop aansluitende bepalingen zoals art. 536 W.v.K. en art. 31 W.V.W.

Aan de contractuele schade wijs ik veel minder aandacht. De vragen van voordeelstoerekening welke hier naar voren komen, zijn minder principiëel, daar zij zich in hoofdzaak toespitsen op het uitleggen van het contract en het overwegen van de wenselijkheid om regels van aanvullend recht te maken.

De vragen van voordeelstoerekening welke men op andere gebieden aantreft, zoals b.v. bij zakenrechtelijke verhoudingen en bij wettelijke beheersverhoudingen of bij onteigening zal ik niet afzonderlijk behandelen omdat zij m.i. geen belangrijke algemene gezichtspunten openen.

Het feit, waaruit de schade voortvloeit, noem ik de *schadegebeurtenis* of de *ramp*. De term „onrechtmatige daad” vermijd ik, omdat deze onvoldoende neutraal is: ons huidig recht kent grote categorieën van buiten-contractuele aansprakelijkheid, zonder dat de aansprakelijke partij persoonlijk enig onrecht heeft gepleegd.

Om dezelfde reden spreek ik bij voorkeur over de *schadeplichtige*, doch soms, ter afwisseling, ook wel van de *boosdoener*. Deze laatste term is echter eveneens neutraal bedoeld.

⁴ H.R. 25 Nov. 1955 N.J. 58/29 met noot Kingma Boltjes, zie verder hierna blz. 249 e.v.

De schadevergoedingsvordering van de benadeelde (resp. gelaedeerde of slachtoffer) tegen de boosdoener duid ik ter bekorting ook wel aan als *schadevordering*.

Van grote betekenis voor ons onderwerp zijn de tegenstelling tussen *doorlopende schade* en *momentschade* en de verschillende wijzen van schadevaststelling, waarbij ik tegenover elkaar stel de *abstracte*, de *concrete* en, wat ik noem, de „*totaal-individuele*” methode.⁵ Bij deze laatste wordt rekening gehouden niet alleen met alle factoren, welke de schade-omvang bepalen, doch ook met alle verdere omstandigheden, zoals de persoonlijke en financiële positie van slachtoffer en schadeplichtige en vooral ook met de *schuldgraad* van de schadeplichtige, dus grove of lichte schuld, of afwezigheid van alle persoonlijke schuld in geval van *risico-aansprakelijkheid*.

Het *genieten* van een voordeel kan niet alleen bestaan uit het ontvangen van een bepaald bedrag, doch in vele gevallen ook uit het ontstaan van een vordering, zoals een vordering tegen een ongevallenassurateur of tegen een werkgever. Een dergelijke vordering staat op één lijn met het te ontvangen bedrag, behoudens indien de inbaarheid der vordering niet volledig zeker is, in welk geval de vordering, zolang deze niet is geïnd, dient te worden gewaardeerd.

Overzicht algemene criteria, waaronder adequate causaliteit.

Schadevergoeding beoogt in het algemeen de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de toestand, waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadegebeurtenis niet was ingetreden.⁶

Op basis van dit uitgangspunt lijkt het probleem van de voordeelstoerekening zich vanzelf op te lossen. De te vergoeden schade bestaat uit alle nadelen, welke de gelaedeerde, zonder de schadegebeurtenis, niet zou hebben geleden, verminderd met alle voordelen, die hem dank zij de schadegebeurtenis zijn toegefallen.

Doch men dient een criterium te vinden voor het ver-

⁵ Zie blz. 211 en 214.

⁶ Vgl. Asser-Rutten, II blz. 524. Savatier no. 601, Rouse nos. 22 en 526, B.G.B. § 249, Kemp and Kemp I blz. 11.

band tussen enerzijds de schadegebeurtenis en anderzijds de daaruit voor de benadeelde voortgevloeide nadelen en voordelen. Dit verband zal t.a.v. nadelen en voordelen gelijk kunnen zijn. Het gehele leerstuk schijnt dus neer te komen op een vraag van causaliteit. Naar huidig Nederlands recht belandt men dan bij de leer van de adequate causaliteit. Het resultaat is, dat slechts die voordelen worden toegerekend, welke een adequaat-causaal gevolg zijn van de schadetoebrengende gebeurtenis.⁷

Dit alles schijnt helder en eenvoudig, maar het is het natuurlijk niet, want men komt terecht bij de bekende moeilijkheden, verbonden aan de toepassing van de adequate causaliteitsleer. In wezen behelst de adequatie een caoutchouc-formule, die werkt met een waarschijnlijkheidsbegrip, waarbij men, al naar gelang van het gewenste resultaat, een lage of een hoge graad van waarschijnlijkheid kan eisen, en waarbij bovendien diametraal tegenover elkaar staande oplossingen worden bereikt al naar gelang van de feitelijke omstandigheden, welke men als gegeven aanneemt, alsmede de kennis en ervaring, welke men als maatstaf gebruikt.⁸

De adequatie-theorie is dan ook geen causaliteitsleer, doch een aansprakelijkheidsleer.

Ter oplossing van de voordeelstoerekening is zij niet bruikbaar, zoals ik op blz. 220 e.v. hoop aan te tonen.

Behalve de adequatie heeft men vele andere criteria verdedigd hetzij als generale oplossing, voor alle vragen van voordeelstoerekening, hetzij als oplossing voor bepaalde categorieën van schadegevallen.

Onder deze criteria vindt men algemene rechtsbegrippen, zoals ongerechtvaardigde verrijking, goede trouw, rechtsmisbruik, en de normentheorie. Deze algemene begrippen worden in de literatuur met name gehanteerd teneinde in gevallen waarin het positieve recht geen juiste

⁷ Vgl. Asser-Rutten I, blz. 207, die spreekt over een „normaal te verwachten, voorzienbaar, gevolg”.

⁸ Zie hierover Dooyeweerd, *De Modale Structuur van het Juridische Oorzakelijkheidsverband*, blz. 5, en Meyers, *W.P.N.R.* 3442, blz. 552, J. Drion, onder *H.R.*, 30 Oct. 53, 54/261, en vooral Heinrich Lange, *Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang*, *Archiv für die civilistische Praxis* 1957, blz. 114 e.v.

oplossing geeft, toch tot een bevredigend resultaat te komen. Vooral in de Duitse literatuur zijn de hierop gebaseerde theorieën met grote grondigheid verdedigd of aangevallen.⁹ Een evolutie heb ik hierin evenwel niet kunnen ontdekken. Integendeel, de verdedigde stelsels munten alle uit door een zekere vaagheid en rekbaarheid, waarbij iedere auteur, al naar gelang van zijn persoonlijke instelling, zijn theorie gebruikt om de door hem redelijk geachte grenslijn te trekken tussen de gevallen waarin het voordeel wel, en waarin dit niet, wordt toegerekend.

Al deze theorieën vormen zodoende, evenals de adequatie-formule, een middel voor het verkrijgen van een bevredigend resultaat in concrete gevallen. Wil men dergelijke billijkheid in concreto nastreven dan verdient echter naar mijn mening een duidelijke bepaling in die zin — b.v. een mogelijkheid tot matiging der schadevergoeding op grond van bijzondere omstandigheden — de voorkeur boven ingewikkelde en rekbare algemene begrippen.

Bovendien bestaat in vele situaties voor de rechter reeds een grote mate van vrijheid bij het op een geldsom waarderen der schadefactoren. Daartegenover is het een eis van rechtszekerheid dat voor de punten, waar de vrije rechterlijke waardering niet onvermijdelijk is, duidelijke algemene regels worden gemaakt.¹⁰ Beter dan algemene begrippen als b.v. ongerechtvaardigde verrijking of rechtsmisbruik zijn daarom duidelijke algemene criteria voor de schadevaststelling, zo nodig aangevuld met speciale regels voor bepaalde categorieën van door het slachtoffer genoten voordelen.

Dergelijke speciaal op de voordeelstoerckening afgestemde regels zijn eveneens in groot aantal verdedigd waaronder de volgende:

1. Afgetrokken worden alle voordelen welke een adequaat gevolg zijn van de schadegebeurtenis.

⁹ Een duidelijk overzicht der achtereenvolgens verdedigde stelsels vindt men bij Cantzler blz. 36 e.v., die zelf een ingewikkelde variatie van de normentheorie aanhangt.

¹⁰ Vgl. de behartigenswaardige woorden van Hijmans van den Bergh N.J.V. 1957 II, 11 en 13 over de neiging om te sterk te letten op: „de billijkheid in concreto, tot schade van het grote goed der rechtszekerheid”.

2. Tussen de schadegebeurtenis, of de schadevergoedingsplicht, en het voordeel moet een bepaalde — op verschillende wijzen nader omlijnde eenheid of samenhang bestaan.¹¹

3. Voordelen, verstrekt door derden met de bedoeling om deze uitsluitend aan de benadeelde ten goede te laten komen, worden niet toegerekend.¹²

4. Evenmin worden toegerekend voordelen, voortvloeiend uit een voorzorgsmaatregel, welke de benadeelde heeft getroffen met de bedoeling, dat hij zelf de voordelen daarvan zou genieten.¹³

5. De schadeplichtige mag geen profijt trekken van een door het slachtoffer genoten voordeel, waar de schadeplichtige geheel buiten staat en dat te zijnen aanzien als een *res inter alios* geldt.¹⁴

6. Omgekeerd mag het buiten aanmerking laten van een genoten voordeel er niet toe leiden, dat het slachtoffer meer dan de door hem geleden schade ontvangt.¹⁵

7. Het voordeel mag slechts worden afgetrokken wanneer in het concrete geval de aftrek beantwoordt aan de strekking en het doel van de schadevergoedingsplicht.¹⁶

Deze opsomming is geenszins volledig, doch zij is voldoende voor de verdere behandeling van de stof.

Het opvallende van verscheidene der criteria is dat zij indruisen tegen het algemeen aanvaarde beginsel dat de schadevergoeding de *benadeelde* in dezelfde *positie* moet brengen als hij zonder de schadegebeurtenis zou *hebben* ingenomen. Deze omschrijving impliceert immers dat schade allereerst een zuiver *feitelijk*, op de *concrete*, en *subjectieve* positie van de benadeelde afgestemd begrip is.

¹¹ Zie Cantzler blz. 35 en 41.

¹² Cantzler, blz. 59, Ronse no. 568.

¹³ Ronse no. 555, 566, en 570, die niet wil toerekenen wanneer het voordeel, voortvloeiende uit de voorzorgsmaatregel, berust op een andere juridische oorzaak dan de schadevordering; zie ook Cantzler blz. 59.

¹⁴ Kemp and Kemp, I blz. 9 en 26 vlgd. Wilburg blz. 112.

¹⁵ In verband met de punten 3 en 4 spreekt men in Duitsland van een „Widerstreit der Interessen zwischen der Tendenz der Gewinnabwehr und der Abwehr der Schuldnerbegünstigung“, zie Cantzler, blz. 40.

¹⁶ Bundesgerichtshof 15 Jan. 1953, B.G.H.Z. 8, 325 en Cantzler blz. 36 met verwijzing naar B.G.H.Z. 10, 108: „Eine Anrechnung darf nur im Rahmen der Zumutbarkeit erfolgen“.

Glijvlucht over de grondslagen van de buiten-contractuele schadevergoeding.

Het afwegen van de zojuist besproken criteria is niet mogelijk zonder zich rekenschap te geven van de grondslagen der buiten-contractuele schadevergoeding. Ik moet mij dus wagen aan een glijvlucht over dit netelige onderwerp, waarover reeds zoveel is geschreven.

Ronse, no. 236, wijst erop, dat het recht van de Code Civil op merkwaardige wijze voordeliger is voor de benadeelde dan alle andere rechtssystemen. Bij het afwegen der belangen van gelaedeerde en schadeplichtige geeft de Code steeds de voorkeur aan de gelaedeerde: De last kan beter worden gedragen door degene die schuldig is, hoe klein zijn schuld ook moge zijn, dan door de benadeelde, aan wie niets te verwijten valt.

Uit de citaten bij Ronse blijkt hoezeer deze regel is blijven voortleven.

Doch is haar uitgangspunt nog juist?

De schadevergoedingsplicht wordt in de eerste plaats gebaseerd op schuld van de dader. Er zijn echter zoveel gevallen van aansprakelijkheid zonder schuld dat het een open vraag is in hoeverre de verplichting tot schadevergoeding in het merendeel der gevallen berust op persoonlijke schuld. De scala der aansprakelijkheidsgronden loopt van eigen opzet en eigen grove schuld, via lichte schuld naar de risico-aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten, gebouwen of dieren, en voor verborgen gebreken in schepen (art. 536 W.v.K.) of motorrijtuigen (art. 31 W.V.W.). Daarbij komt dan de grote categorie van aansprakelijkheden voortvloeiende uit een wettelijk of feitelijk schuldvermoeden dat bij gebrek aan bewijsmateriaal niet valt te weerleggen.¹⁷ Deze uitgebreide scala valt niet tot één noemer terug te brengen, en de pogingen om één algemene rechtsgrond voor de schadevergoeding te vinden zijn tot mislukking gedoemd.

De buiten-contractuele schadevergoeding berust op vele tegen elkaar inwerkende gedachten en constructies, lopende vanaf instinctieve wraakgevoelens naar wensdromen over een recht dat in staat zal zijn, „to promote the

¹⁷ Vgl. Heinrich Lange, t.a.p. (noot 8) blz. 116.

greatest happiness of the greatest number",¹⁸ desnoods door invoering van een welvaartstaat met staatsverzekering tegen alle de mens bedreigende risico's.¹⁹

Deze stromingen zijn zo tegenstrijdig dat in het algemeen geen synthese mogelijk is, doch slechts een compromis.²⁰ Liever dan een keuze te doen uit de rijke Nederlandse literatuur²¹ wil ik hier citeren hoe de algemene grondslagen worden samengevat in William L. Prosser, *Law of Torts*, 1955.

Blz. 12: *Social Engineering*: The law of torts is concerned primarily with the adjustment of the conflicting interests of individuals to achieve a desirable social result.

Blz. 14: *Factors Affecting Tort Liability*: In balancing the individual and social interests involved in tort cases, the courts have been influenced not only by the weight attached to the particular interests, but also by other considerations. Among these are:

- a. The moral aspects of the defendant's conduct.
- b. The historical development of the law.
- c. The difficulty or convenience of administration of a proposed rule.
- d. The capacity of the respective parties to bear the loss.
- e. The possible prevention of future torts.

Blz. 21: *Motive*: In many questions of tort liability, the motive or purpose behind the defendant's conduct plays a predominant part. His liability then will usually depend upon the importance and social value attached to his objectives, balanced against the nature of the plaintiff's interests and the extent of the harm to them.

Blz. 24: *General Plan*: Tort liability always rests upon one of three fundamental grounds. These are:

- a. Intent of the defendant to interfere with the plaintiff's interests.
- b. Negligence.
- c. Strict liability, without intent or negligence, often imposed for reasons of policy.

Some „torts" are identified by the courts with one of these bases only; but there are other fields in which liability may rest upon any one of the three.

De „factors affecting tort liability" welke Prosser noemt vindt men alle terug in de Nederlandse literatuur. Doch

¹⁸ Jeremy Bentham geciteerd by Prosser, blz. 13;

¹⁹ Vgl. Georges Ripert *Les Forces créatrices du droit* blz. 67 en 297; Savatier l.c. in noot 37.

²⁰ Vgl. Salomonson, *preadvies N.J.V.* '57 blz. 141; Georges Ripert t.a.p. blz. 83.

²¹ Zie W. J. Slagter „De Rechtsgrond van de Schadevergoeding bij Onrechtmatige Daad", 1952 en aldaar besproken literatuur.

men kan talrijke andere kleuren gebruiken bij het afschilderen van doel en grondslag der civiele schadevergoeding. Ik noem b.v. nog: medelijden met de benadeelde en verzachting van diens leed²²; of — als typisch Engelse couleur locale — „appeasement” van het slachtoffer, doordat diens wraakgevoelens worden bedaard dank zij het recht op schadevergoeding.²³

De grote lijnen die zich bij dit alles aftekenen, zie ik als volgt:

Het schadevergoedingsrecht worstelt in de eerste plaats met het onoplosbare conflict tussen de behoefte aan enerzijds gemakkelijk hanteerbare, en daardoor efficiënte generale regels en anderzijds een rechtvaardige beslissing in het concrete geval.

Bij de generale regels moet niet alleen worden gelet op *rechtvaardigheid* in concreto, en op *efficiency* in de rechtstoepassing, doch ook op de invloed welke de schadevergoedingsplichten hebben op het menselijk gedrag, en de maatschappelijke ontwikkeling („social engineering”). De schadevergoeding moet zo mogelijk de menselijke *activiteit*²⁴ gunstig beïnvloeden. Een middel is hierbij de *preventieve werking* van de schadevergoeding. Deze mag echter niet zover gaan dat nuttige activiteiten teveel worden geremd. Evenmin mag de schadevergoeding leiden tot onrechtvaardige en ondragelijke vergoedingsplichten.

Het schadevergoedingsrecht dient dus zo mogelijk te leiden tot een *redelijke verdeling van risico's*.

Al deze in hun onderlinge krachtsverhouding voortdurend variërende factoren spelen een rol bij de problemen van voordeeltorekening.

Bij het zoeken naar een compromis vormt ons rechtsbewustzijn slechts een beperkt hulpmiddel. Telkens weer heeft het schadevergoedingsrecht een keuze te maken tussen verschillende stelsels, waarbij in abstracto heel moeilijk

²² Vgl. Conclusie P.G. Langemeyer bij H.R. 14 Nov. '58, N.J. 59/15, blz. 72 bovenaan: De reden, waarom vergoeding van schade als wettelijk wordt gevoeld, zal uiteindelijk altijd zijn dat de schade leed betekent.

²³ Vgl. Glanville Williams *The Aims of the Law of Tort*, Current Legal Problems, London 1951, blz. 138.

²⁴ Vgl. Wertheim *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst*, 1950, en Bundel Meyers blz. 731 e.v.

is te peilen welk stelsel in de meerderheid der gevallen tot het meest rechtvaardige, of minst onrechtvaardige, resultaat leidt. En zelfs in concrete gevallen reageert het z.g. spontane billijkheidsgevoel vaak volkomen onberekenbaar.²⁵ De opvattingen omtrent hetgeen behoorlijk en redelijk is vormen bovendien geen onveranderlijke grootheid. Daarom kan de wetgever in algemene begrippen omtrent billijkheid slechts een zeer beperkte richtlijn vinden.²⁶

Wel kan het rechtsbewustzijn in het schadevergoedingsrecht een secundaire rol spelen: Slaagt de wetgever erin een stelsel te kiezen dat voldoende „aanslaat” aan het rechtsbewustzijn van de betrokkenen dan vergroot dit de kans op een soepele naleving. Onder de „betrokkenen” zijn dan te verstaan allen die het risico lopen om in de toekomst schade te lijden, of schadeplichtig te worden, en voorts allen die in concreto een schadevergoedingsplicht hebben af te wikkelen, zijnde partijen, hun raadgevers, en in laatste instantie de rechter.²⁷

Involoed van de verzekeringsmogelijkheid op het schadevergoedingsrecht.

Het is een afgezaagde waarheid dat de schadevergoedingsplichten der moderne samenleving totaal niet passen bij het beeld dat de ontwerpers van de Code Civil en van ons Burgerlijk Wetboek voor ogen heeft gestaan. De werkelijke situatie is echter nog veel paradoxaler: Zeer waarschijnlijk hebben noch de auteur, noch — op een enkele uitzondering na — de lezers, van dit preadvies een gefundeerde notie omtrent omvang, frequentie, en categoriëndeeling van de tegenwoordige schadevergoedingsplichten.

Weet u b.v. welke schadevergoeding ten uwen laste kan ontstaan wanneer u het ongeluk hebt bij een autoreis door Noord-Ierland zwaar lichamelijk letsel te veroorzaken aan één slachtoffer? Weest zo goed uw schatting op een papiertje te schrijven alvorens verder te lezen.

²⁵ Vgl. Cleveringa W.P.N.R. 3491, Langemeyer R.M., Th. 52/639.

²⁶ Vgl. J. H. de Brauw N.J.V. 55, I, 74.

²⁷ Vgl. Lundstedt, Legal Thinking Revised, Stockholm 1956, blz. 391.

Het op de realiteit gebaseerde bedrag is £ 87.402.— zijnde dus rond f 925.000,—! Deze som is op 20 februari 1959 door de High Court te Dublin toegewezen aan een 38-jarige solicitor die tengevolge van een aanrijdingsletsel aan zijn wervelkolom levenslang werd verlamd.

Ook in het Britse Rijk schijnt men deze procedure, welke thans in appèl hangt, als een curiositeit te beschouwen. Doch bedragen boven f 200.000,— voor schade door letsel of overlijden zijn in het tegenwoordige West-Europa geenszins abnormaal. En bij materiele schade, b.v. brand-schade veroorzaakt door een onvoorzichtige werknemer, valt al gauw in miljoenen te rekenen.

Generale regels waarbij ingeval van zeer lichte schuld, en soms zelfs zonder schuld, aansprakelijkheid wordt gevestigd voor dergelijke schadebedragen zijn moeilijk aanvaardbaar, tenzij de bewuste aansprakelijkheid tegen een redelijke premie valt te verzekeren.

Wat is nu de invloed van deze mogelijkheid tot verzekering op de schadevergoedingsplicht?

Dit is een van de grootste problemen waarmee het moderne recht worstelt. Men kan niet langer volstaan met de onjuiste doodoener dat de strekking van de verzekering alleen kan zijn om de schade, waar deze wordt geleden, af te wentelen op een assuradeur, en niet om invloed uit te oefenen op de aansprakelijkheid voor de schade.

De werkelijkheid is, n'en déplaise alle „goede bedoelingen” van assuradeuren en verzekerden, geheel anders.

Ten onzent kan hierover geen twijfel bestaan, sinds de Hoge Raad reeds in 1936²⁸ heeft beslist dat het fortuin van de schadeplichtige geen aanleiding mag geven tot matiging ex art. 1407 B.W., wanneer de verschuldigde schadevergoeding volledig kan worden verhaald op een W.A. assuradeur.

De Nederlandse Wetgever wil, volgens voorlopig Ministerieel antwoord en Tweede Kamer-conclusie t.a.v. vraagpunt 10 voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek, de bevoegdheid tot matiging niet alleen uitschakelen wanneer de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt doch ook wanneer deze daartoe ver-

²⁸ 20.2.36/420 inzake Zwaantje van Delft.

*plicht was of wel zodanige dekking gebruikelijk is.*²⁹

Dit voorstel behelst een revolutionnaire omwenteling. Het betekent dat de aloude „goede huisvader” zijn zorgen ook dient uit te strekken tot het sluiten van voldoende verzekeringen. Wij menen, alhans in meerderheid, de ouderwetse zorg van de goede huisvader te beheersen. Maar hoe staat het met de „zorg voor voldoende verzekeringen”? Ieder hoede zich in dit opzicht voor zelfoverschatting. Vooralsnog heerst op dit punt grote onzekerheid, en grote onwetendheid.³⁰

Men bevindt zich hier bovendien vaak op drijfzand omdat de mogelijkheid tot verzekering niet onbeperkt is.

Welke mogelijkheden bestaan is voor de niet deskundige moeilijk vast te stellen, mede doordat de aansprakelijkheidsverzekering zich nog in een stadium van ontwikkeling bevindt.

Ook langs andere wegen dreigt de mogelijkheid tot verzekering oude begrippen te overrompelen. Ik moet mij beperken tot enkele gezichtspunten, welke in nauw verband staan met de voordeelstoerekening.

In zeker opzicht kan men ook bij de risico-aansprakelijkheid van schuld of onrechtmatigheid blijven spreken door het creëren van bepaalde risico's slechts toelaatbaar te achten onder voorwaarde van het vormen van een reservefonds, waaruit derden schadevergoeding ontvangen. Dit reservefonds kan dan bestaan uit een W.A. polis.³¹

Doch in vele situaties kan de derde, die door de risico's

²⁹ Zie Wetgevingsbijlage no. 607 blz. 167. Vgl. ook de bedelingen hiertegen van Hijmans van den Bergh en Alingh Prins in Verzekeringsarchief 1954 blz. 141 e.v. alsmede 169 e.v.

³⁰ Aan een positieve omschrijving van het begrip „voldoende verzekeren” wil ik mij niet wagen. Als voorbeelden van onvoldoende verzekeren noem ik: a. de automobilist die zijn wettelijke aansprakelijkheid tot een lager maximum dan f 500.000,— heeft verzekerd; b. iedere niet zeer kapitaalkrachtige, doch in behoorlijke financiële omstandigheden verkerende huisvader zonder „W.A.-particulier” polis, of met een dergelijke polis, waarop minder dan f 300.000,— voor schade door letsel of overlijden is gedekt; c. ieder die niet zeer kapitaalkrachtig is, en die geen ongevallen- en levensverzekeringen heeft gesloten tot de in zijn situatie vereiste bedragen. — Ik schat het percentage „onvoldoend verzekerden” onder de leden van de N.J.V. op ver boven de 50 %.

³¹ Vgl. R. W. Keeton, Conditional Fault in the Law of Torts, Harvard Law Review 1959/401 e.v.

wordt bedreigd, zelf een verzekering sluiten. Wanneer dit zonder onredelijke offers mogelijk is, dan valt niet in te zien waarom degene die risico's schept steeds de, voor hem wellicht onredelijk zware lasten van een verzekering tegen risico-aansprakelijkheid dient te dragen. Een evenwicht kan hier worden nagestreefd via het limiteren van de aansprakelijkheid, speciaal in de gevallen van risico-aansprakelijkheid zoals dit b.v. geschiedt in de Duitse Wegen-verkeerswet.³²

Echter zijn ook veel verder gaande beperkingen denkbaar. Verscheidene Noord-Amerikaanse Staten kennen absolute maxima voor de schadevergoeding welke kan worden gevorderd wegens overlijden.³³ Een algemene beperking vormt een diep ingrijpende maatregel doch zij kan berusten op de overweging dat potentiële slachtoffers boven een bepaalde grens zelf het risico van de schade-oorzaak „lichte schuld van een derde" hebben te dragen. Alle voordelen welke het slachtoffer geniet, waaronder met name het voordeel uit een ongevalenpolis, kunnen in dit stelsel in de eerste plaats worden toegerekend op het surplus van de schade boven het limietbedrag.

Bij dit alles stuit men op vragen van redelijke verdeling der lasten verbonden aan de verzekering. Dit is wat H. Drion de budgetaire ratio heeft genoemd.³⁴ Bij deze budgetaire overwegingen kan men ook pogen na te gaan in hoeverre regresacties de premies van de potentiële benadeelden reduceren.

In dit verband zijn revolutionnaire stelsels verdedigd, speciaal op het gebied van de verkeersongevallen. Zij komen hierop neer dat het beschermen van de verkeersslachtoffers via een verplichte w.a.-verzekering der auto-

³² Art. 12 Strassen verkehrsgesetz. De maxima zijn hier voor schade door overlijden of letsel een kapitaalbedrag van D.M. 50.000,—, en een rente van D.M. 3000,— per persoon met een limiet per gebeurtenis ad D.M. 150.000,— kapitaal of D.M. 9000,— rente Vgl. verder de beperking der aansprakelijkheid bij luchtvervoer welke niet alleen geldt voor de contracts-actie van de passagier, maar ook voor de actie ex art. 1406 van de nabestaanden. Zie art. 30 van de Wet inzake het Luchtvervoer d.d. 10 september 1936 en art. 22 van de Conventie van Warschau (maximum 125.000 goudfrancs, zijnde ca. f 31.500,— per persoon).

³³ Zie Mc. Cormick, *On Damages*, ed. 1935 blz. 358.

³⁴ Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, intrcerede Rotterdam 1955, besproken — en bestreden — door Offerhaus R.M.-Th. 56/598.

mobilisten slechts een halve maatregel vormt, en dat het de voorkeur verdient om de potentiële slachtoffers zelf tegen ongevallen te verzekeren, op soortgelijke wijze als de arbeiders via de sociale verzekering worden gedekt tegen de risico's van arbeidsongevallen.

De premie voor deze collectieve verkeersongevallenverzekering wil men heffen van de gezamenlijke automobilisten, of van de gehele bevolking. In dit laatste systeem zullen ook de potentiële slachtoffers in de premie bijdragen, waartegenover dan kan staan dat ook schade door eigen schuld van het slachtoffer wordt vergoed.

Regres terzake van de gedane uitkeringen willen de meeste voorstanders uitschakelen, behalve in uitzonderingsgevallen, b.v. bij schade door opzet van de automobilist.³⁵ Aldus komt in een grote categorie van schadegebeurtenissen iedere vordering tot schadevergoeding, en daardoor ieder probleem van voordeelstoerekening te vervallen.

De inmiddels overleden Deense hoogleraar H. Ussing, naar mijn indruk de meest extreme voorstander, wil het stelsel van verplichte collectieve verzekering zelfs invoeren voor bepaalde categorieën van schade aan zaken.³⁶ Hij meent dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid zich zal oplossen in sociale zekerheid, hetgeen hij beschouwt als een symptoom van de algemene ontwikkeling van privaatrecht naar publiek recht.

De lezer die behoefte mocht hebben aan enig tegengif tegen deze al te extreme gedachten zij verwezen naar Savatier³⁷ en Ripert.³⁸

Ik wil het er vooralsnog op houden dat het schadevergoedingsrecht in de eerste plaats privaatrecht dient te

³⁵ Vgl. H. Ussing, *Amer. Journal of Comp. Law* 52/359 e.v. en *Revue Internationale de Droit Comparé* 55/485 e.v., alsmede verdere gegevens geciteerd bij H. Drion, *intreerede* 1955 noten 1-3, waaronder de in de Canadese provincie Saskatchewan ingevoerde *Automobile Accident Insurance Act 1947* besproken door J. Green in *Journal of Comparative Legislation and International Law* Deel XXXI stuk III (1949) blz. 39 e.v.

³⁶ Zie *Rev. Int. Dr. C.* 55/496.

³⁷ *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948, no. 255, en in *Traité de Responsabilité Civile* nos. 2, 282, 331 en 741.

³⁸ *Les Forces Créatrices du Droit* blz. 299 en op blz. XI vlg. van het voorwoord tot Savatier's *Traité*.

blijven. Zolang dit het geval is kunnen de problemen van voordeelstoerekening alleen voor beperkte categorieën worden opgelost via een systeem van collectieve en verplichte ongevallenverzekering.

De opvatting dat de schadeplichtige niet mag profiteren van door het slachtoffer genoten voordelen wordt niet alleen geïnspireerd door gedachten over rechtvaardigheid, doch zij houdt ook verband met de preventieve functie der schadevergoeding. Wanneer de schadeplichtigheid kan verminderen, of zelfs vervallen via de aftrek van b.v. de ongevallenpolisuitkering, dan zal dit het preventieve effect van de schadevergoeding verkleinen.

De waarde van de preventieve functie der schadevergoeding valt m.i. niet te loochenen.

Al aanvaardt men dat civiele straffen uit de tijd zijn,³⁹ en dat de preventie in de eerste plaats een zaak van strafrecht is, zo miskent men toch de realiteit door te bestrijden dat de civiele schadevergoedingsplicht er eveneens toe bijdraagt om het optreden van schade te voorkomen.

De kracht van dit preventieve effect is, voorzover mij bekend, nog nimmer wetenschappelijk nagegaan.⁴⁰

In welke mate het preventieve effect zal verkleinen via het in aftrek brengen van voordelen op de schade, zal moeilijk zijn te voorspellen. Voorlopig kan onze conclusie slechts zijn dat deze verkleining een nevenargument kan vormen contra de voordeelstoerekening.

Bij het afwegen van dit nevenargument dient men zich te realiseren dat de preventieve functie der schadevergoeding reeds is verminderd door de aansprakelijkheidsverzekering. Deze vermindering mag men echter niet overschatten. Al wordt de schade betaald door de aansprakelijkheidsassuradeur, de verzekerde houdt toch een eigen belang, want na een schade kan de premie worden verhoogd, of de polis worden opgezegd. Ook kan bepaald zijn dat een gedeelte van de aansprakelijkheid, b.v. de eerste f 500,— voor eigen risico van de verzekerde blijft.⁴¹

³⁹ Al te zeker mag men hierover echter niet zijn. Amerika en Engeland kennen nog steeds de „exemplary damages”.

⁴⁰ Vgl. Glanville Williams t.a.p. (noot 23) blz. 149.

⁴¹ Vgl. H. Drion *Intreerede* 1955 blz. 10 die zelfs meent dat de aansprakelijkheidsverzekering op de lange duur de strekking heeft de preventieve werking der aansprakelijkheidsregels te versterken.

Door de verzekeringsmogelijkheid verschuift overigens de individuele aansprakelijkheid in de richting van een zekere groepsaansprakelijkheid. Het toewijzen van hoge schadevorderingen, zonder aftrek van genoten voordelen, zal niet alleen de premie van de aangesprokene doen stijgen, doch het gehele premieniveau.⁴²

Deze groepsaansprakelijkheid verschuift het preventieve effect, doch soms op gunstige wijze. Zo kan een assuradeur speciale premie-reducties verlenen aan de groep automobilisten welke 5 jaren of meer zonder schade hebben gereden of aan geheclonthouders. Zelfs wordt overwogen om lager premies aan te bieden aan automobilisten die een Cursus in Sociale Verkeersvorming hebben gevolgd.^{42a} Voor vele mensen werkt het tastbare voordeel van een premiereductie sterker dan het vage en onzekere risico van een hoge, ver boven de eigen draagkracht liggende, schadevergoedingsplicht in de toekomst.

Bij dit alles dreigt de „goede verzekerde” de goede huisvader te verdringen. De afwikkeling van de schadevergoeding voor letsel of overlijden wordt ontdaan van alle menselijkheid, en wordt verlaagd tot een zakelijke aangelegenheid van een W.A. assuradeur waarbij de schadeplichtige als „goede verzekerde” gehouden is om alles aan de assuradeur over te laten. De schadeplichtige heeft, zolang zijn handeling geen strafbaar feit oplevert, zijn 20e eeuwse zorgvuldigheidsplicht vervuld door een W.A. polis te sluiten.

De persoonlijke relatie schadeplichtige-slachtoffer, met alle daaraan verbonden morele aspecten, verdwijnt vrijwel geheel. De W.A. assuradeur betaalt de schadevergoeding,

⁴² Dit aspect is ook naar voren gekomen bij vraagpunt 11A voor het nieuwe B.W. inzake de benadeelden, welke terzake van dood door opzet of schuld vergoeding kunnen vragen. Hierbij is medegedeeld dat in België de kring dezer benadeelden ruimer is dan in Nederland, met als gevolg dat de automobiel W.A. premie in dat land veel hoger is dan in Nederland. Vgl. verder de opmerking bij Floegel-Hartung, Strassenverkehrsrecht 1959 blz. 1254 omtrent de noodzakelijkheid van de in noot 32 genoemde maxima voor de Gefährdungshaftung, „weil nur so für die Kraftfahrzeughalter erträgliche Haftpflichtversicherungen zu ermöglichen sind”.

^{42a} Vgl. Verenigde Verzekerings Pers 1958, blz. 674, 1959 blz. 25 en 251.

en de verzekerde snijdt riemen van andermans leer, doordat de schadevergoeding wordt afgewenteld op de collectiviteit der verzekerden, wier premie op den duur zal stijgen.

Aan de andere kant bestaat er voor het slachtoffer geen reden tot zelfbeheersing in zijn schadeberekening, en tot tegemoetkoming van de licht schuldige of persoonlijk onschuldige schadeplichtige, wanneer de schade uiteindelijk wordt vergoed door een W.A. assuradeur. De aansprakelijkheidsverzekering heeft daardoor een spiraaleffect: het feit dat achter de schadeplichtige een aansprakelijkheids-assuradeur staat leidt tot een uitbreiding van de gronden der aansprakelijkheid, en tot een hogere taxatie der schadebedragen. Dit vergroot het besef dat een aansprakelijkheidspolis onvermijdelijk is. De groeiende vraag doet de verzekeringsmogelijkheden toenemen, terwijl de aansprakelijkheidsassuradeuren hun condities kunnen uitbreiden, waardoor de aansprakelijkheid weer verder zal worden verruimd.⁴³

De bescherming van het slachtoffer, die hieruit voortvloeit is duur gekocht. Zij verzwakt het besef van de eigen verantwoordelijkheid, en zij bedreigt ons met een ziekte, waarvoor gelukkig nog geen zuiver Nederlandse uitdrukking bestaat, de *claimziekte*. Als het slachtoffer zelf niet „claim minded” is dan verschijnt in Amerika al spoedig de „ambulance chaser” die alle aandacht in de eerste plaats doet concentreren op de schadeclaim.

Onvoldoende bekendheid van de gemiddelde burger met de mate waarin men zich tegen het W.A. risico kan, en — wil men veilig zijn — ook moet, verzekeren leidt in vele situaties tot pijnlijke verrassingen: voor het slachtoffer een onvoldoend solvante debiteur van zijn schadevordering, en voor de schadeplichtige een zware aansprakelijkheid welke hij zelf moet dragen.

Verplichte verzekering tegen aansprakelijkheid kan deze verrassingen verminderen, maar leidt weer tot andere moeilijkheden die in Nederland zo zwaarwichtig worden uitgemeten dat wij nu reeds meer dan 30 jaar praten over

⁴³ Vgl.: Savatier no. 741 die schrijft over: „la déformation de la responsabilité civile par la pratique de l'assurance de responsabilité”; Georges Duhamel geciteerd bij Offerhaus R.M.-Th. 1956 blz. 603.

de verplichte W.A. verzekering voor motorrijtuigen zonder dat een resultaat is bereikt, al is het dan wel in zicht.

De weg terug naar het oude beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid, in hoofdzaak gebaseerd op schuld, is niet meer mogelijk. Een stap in de goede richting kan echter bestaan uit een dwingend voorschrift dat de verzekerde, in geval van schuld, in zijn interne verhouding met de assuradeur een eigen risico moet dragen.⁴⁴

In het grote verband van al deze fundamentele problemen spelen vragen van voordeelstoerekening geen belangrijke zelfstandige rol. De terreinverkenning op het algemeen gebied was echter noodzakelijk omdat enig inzicht in de fundamenteën nodig is voor het beoordeelen der criteria welke men bij de voordeelstoerekening kan volgen.

Categorieën van schadevergoedingsaanspraken.

Men kan de schadevergoedingsaanspraken indelen in categorieën onder het aanwenden van zeer verschillende criteria. Ik denk hierbij vooral aan de volgende:

1. de *rechtsgrond*, waarop de aanspraak berust, dus b.v. contractuele tegenover buiten-contractuele aanspraken; de laatste weer onderverdeeld in vorderingen wegens schade toegebracht: a. door opzet, b. door schuld, of c. door een oorzaak waarbij risico-aansprakelijkheid bestaat.⁴⁵
2. de *soort schade* zoals momentschade tegenover doorlopende schade, of materiële tegenover immateriële schade, respectievelijk op geld waardeerbare tegenover morele en niet rechtstreeks op geld waardeerbare schade.
3. de *omvang van de vergoedingsaanspraak*, zoals b.v. a. aanspraak op integrale vergoeding tegenover een naar bedrag (vgl. art. 30 Wet op het Luchtvervoer van 10 sept. 1936) of naar schadefactoren (vgl. art. 1406 B.W.) beperkte aanspraak, of, b. de op basis van een vast tarief, dan wel via een *abstract* stelsel berekende vergoeding tegenover een vergoeding gebaseerd op de *in concreto* geleden schade.

⁴⁴ Vgl. Savatier no. 741.

⁴⁵ Vgl. voor een meer gedetailleerde scala hierboven blz. 199.

4. de wijze van vergoeding, zoals herstel in natura tegenover vergoeding in geld, of — bij doorlopende schade — vergoeding van een gekapitaliseerd bedrag of van een rente.

Hiernaast kan men vele verdere onderscheidingen maken zoals: geleden verlies t.o. gederfde winst, zaakschade tegenover persoonschade en deze laatste onderverdeeld in schade door letsel en schade door overlijden, tegenwoordige tegenover toekomstige schade, directe tegenover indirecte schade.

De verschillende categorieën doorkruisen elkaar. Zo kan elke willekeurige categorie van groep 1 worden gesplitst in de groepen genoemd onder 2, waarna het recht t.a.v. de afwikkeling voor iedere onder-groep een keuze kan maken tussen de methoden van categorieën 3 en 4.

Het aantal permutaties waartoe men zodoende komt, is ontelbaar. Dit hoeft ons echter niet te ontmoedigen, want het is niet nodig om te gaan permuteren. Doch wel is het noodzakelijk om bij het ontwerpen van algemene regels er zich rekenschap van te geven, welke categorie van gevallen men met de regel wil bestrijken.

Komen dus, via concrete situaties, bepaalde regels naar voren, welke rechtvaardig en doelmatig lijken, dan mag men niet lichtvaardig generaliseren, doch men moet zich zetten aan het moeizame afwegen van de resultaten, waartoe de regel bij andere schade-categorieën kan leiden.

Momentschade: Het prototype van de momentschade bestaat uit de beschadiging, of het verlies van een voorwerp. Op het moment van de schadegebeurtenis ondergaat het vermogen van de gelaedeerde een vermindering, gelijk aan de waarde van de verloren zaak, of de waarde-achteruitgang van het beschadigde object. Deze waarde-achteruitgang zal vaak samenvallen met de reparatiekosten.

Doorlopende schade. Tegenover de momentschade staat de schade welke *doorloopt*, zolang de daarop betrekking hebbende schadefactor zijn werking doet gelden.⁴⁶ Het

⁴⁶ Zie Dozy, Onheilsopenvolging W.P.N.R. 1950 — 4148 e.v. Mazeaud, *Traité de la Responsabilité Civile* III nos. 2413, 2414 en 2419—5 („dommage successif”) Ronse no. 501 en 510 en aldaar geciteerde verdere literatuur.

prototype daarvan is de schade door gemis aan arbeidsinkomsten wegens invaliditeit, of door het gemis van de opbrengst van een beschadigde zaak, welker herstel of vervanging enige tijd vergt.

Plaats men zich op het tijdstip van de ramp, dan is de momentschade een *tegenwoordige* schade en de doorlopende schade, welke bij de ramp begint te lopen, een *toekomstige* schade.

Na verloop van tijd zal echter de doorlopende schade over het reeds verstreken tijdvak eveneens „tegenwoordige” — immers reeds geleden — schade zijn geworden. De tegenstelling: momentschade tegenover doorlopende schade loopt dus niet volledig parallel met de tegenstelling tegenwoordige tegenover toekomstige schade.

Het doorlopen van de schade is, qua tijdsduur, altijd beperkt, al kan het eind van de tijdsduur afhankelijk zijn van onzekere factoren, zoals b.v. het overlijden van de tot schadevergoeding gerechtigde. In zoverre zou de term „duur-schade” of „tijdsduur-schade” wellicht beter zijn dan „doorlopende schade”, welke ten onrechte de suggestie kan wekken, dat de schade voortdurend blijft doorlopen. De uitdrukking doorlopende schade lijkt echter taalkundig juist, en zij sluit aan bij het — overigens zeer schaarse — spraakgebruik in het Nederlandse taalgebied.⁴⁷

Volledige tegenover gelimiteerde schadevergoeding, en matiging der schadevergoeding.

T.a.v. de buitencontractuele schadevergoedingen kent de huidige wet ingevolge artt. 1406 en 1407 B.W. een mogelijkheid tot matiging bij de doorlopende schaden wegens overlijden of letsel. Doch ook bij buitencontractuele zaakschaden bestaan beperkingen in de vergoedingsplicht, b.v. bij aanvaringen ex art. 541 W.v.K. en bij aanrijdingen ex art. 31 lid 4 W.V.W.

Regels omtrent limitering of matiging van de schadevergoedingsplicht doen tevens hun invloed gelden op de voordeelstoerekening. Het genieten van een voordeel door het slachtoffer kan een factor zijn voor het matigen van de schadevergoeding. Een matigingsbevoegdheid in bijzondere gevallen is hier zeker gewenst.

In de gevallen dat de schadevergoeding is gelimiteerd

⁴⁷ Zie Dozy en Ronse l.a.p. en Asser-Rutten I, 206.

vervalt ieder probleem van voordeelstoerekening wanneer men het voordeel toerekent op het surplus van de totale schade boven het maximaal verhaalbare bedrag.

Het is echter van belang om in de eerste plaats te onderzoeken hoe de positie t.a.v. de voordeelstoerekening is wanneer aanspraak bestaat op volledige vergoeding. De invloeden van matiging of limitering der schadevergoeding laat ik daarom in het algemeen buiten beschouwing.

Voordelen opgekomen bij de schadeafwikkeling.

Aanvaardt men dat de gelaedeerde aanspraak heeft op vergoeding van een zodanig bedrag in geld dat hij zoveel mogelijk wordt gebracht in dezelfde positie als zonder de schadegebeurtenis, dan schijnt het bepalen van de schadevergoeding zich op te lossen in een rekensom, gepaard aan het begroten van bepaalde schadefactoren. Men maakt eenvoudig een aftreksom met als post 1 een taxatie gebaseerd op de hypothetische toestand, welke zou zijn ingetreden zonder de schadegebeurtenis, en als post 2 een taxatie op basis van de werkelijke toestand, ingetreden door de schadegebeurtenis. Bij het uitwerken van deze som stuit men echter vaak op punten, waarbij meer aan de orde komt dan alleen maar taxeren. Zo kan men soms een beschadigd huis of een aangereden auto alleen in de oude toestand herstellen door reparaties, welke een verbetering en daardoor een waardevermeerdering teweegbrengen. Dient hiervoor een aftrek wegens verbetering van oud tot nieuw te worden toegepast? Dit zal inderdaad moeten geschieden, tenzij blijkt dat de benadeelde, in feite zo weinig profijt heeft van het hem *opgedrongen* voordeel dat de aftrek, gezien ook alle overige omstandigheden, onrechtvaardig zou zijn.

Andere voordelen door de wijze van schadeafwikkeling zijn de uitgespaarde slijtage enz. van de eigen auto in de tijd dat een vervangende auto wordt gehuurd, of de kosten van het voedsel thuis in de periode dat het slachtoffer in het ziekenhuis wordt verpleegd. Pietepenterige schade-regelaars zullen dergelijke besparingen nauwkeurig op de schadestaat in aftrek brengen. Ook deze cijferkwesties rangschikt men soms onder de voordeelstoerekening,⁴⁸ doch principiële vraagstukken zie ik hier niet.

⁴⁸ Zie Ronse no. 519. Vgl. ook Kemp and Kemp I blz. 34 e.v.

Tarifiëren der schade; abstracte, concrete en totaal-individuele methode van schadevaststelling.

Ieder probleem van voordeelstoerekening vervalt door het *tarifiëren* van de schade. De schuldeiser, wiens op een contract gebaseerde vordering te laat wordt terugbetaald, ontvangt ingevolge art. 1286 B.W. als schadevergoeding 5 % rente, ook al staat vast, dat hij het terug te betalen geld onmiddellijk na ontvangst wilde besteden voor de aankoop van bepaalde effecten en dat hij dank zij de vertraging de effecten voordeliger kan kopen, omdat de koers inmiddels is gedaald.

Het recht werkt hier met een ruwe, doch zeer efficiënte regel.

Een dergelijke regel is aanvaardbaar bij contractuele schade, omdat zij dan onderdeel vormt van hetgeen partijen zelf, via de bepalingen van aanvullend recht, hebben afgesproken.

Niettemin is tarifiëring van schadebedragen ook denkbaar bij buiten-contractuele schade en het oude recht kende dergelijke tarifiëring in ruime mate.

De z.g. *abstracte* schadeberekening treft men eveneens vooral aan bij de contractuele schade. Het schoolvoorbeeld is de schade, welke de koper van goederen met een marktprijs kan vorderen ingeval van wanprestatie van de verkoper. Die schade kan de koper steeds vaststellen op het verschil tussen de bedongen prijs en de marktprijs van het gekochte op de dag der wanprestatie. Een voordeel, dat de koper in concreto heeft geleden, b.v. omdat degene aan wie hij de goederen heeft doorverkocht geen prijs stelt op levering, blijft buiten beschouwing.⁴⁹

Na de tarifiëring en de abstractie komt als derde mogelijkheid de *schadevaststelling in concreto*.

Ieder, die in concrete billijkheid gelooft, zal aanvanke-lijk menen dat de concrete methode het ideaal vormt. Doch werkelijke billijkheid in concreto wordt alleen nagestreefd wanneer men niet alleen t.a.v. het schadebedrag, doch ook overigens, let op alle concrete bijzonderheden, zoals b.v. de schuldgraad of de risico-grondslag, alsmede

⁴⁹ Zie H.R. 18 Nov. '37, 38/269 (steenkolen-arrest) en hieronder blz. 259.

de financiële en andere omstandigheden, waarin partijen verkeren.

Dit laatste stelsel, dat ik als het „*totaal-individuele*” aanduid, is echter reeds lang verlaten. In de moderne maatschappij met zijn ontelbare schadegevallen en haar behoefte aan rechtszekerheid via eenvoudige en gemakkelijk hanteerbare regels kan een volledig afwegen van *alle* omstandigheden alleen plaats vinden in uitzonderlijke situaties, doch niet in de geregeld voorkomende gevallen.

Wij moeten ons dus voortdurend voor ogen houden, dat, bij de schadevaststelling in concreto wel de *omvang* van de schade, doch niet de schadevergoedings*plicht* wordt gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van het concrete geval. Bovendien ontmoet men ook bij de concrete schadeberekening algemene problemen, welke men pleegt op te lossen via generale regels.

Zo dient men te beslissen welk *basis-tijdstip* men aanneemt voor de gegevens, waarop het concrete schadebedrag wordt gebaseerd. Bij een momentschade ontstaat in beginsel op het moment van de schade tevens een aanspraak op vergoeding. Deze aanspraak kan echter eerst worden uitgeoefend zodra voldoende gegevens beschikbaar zijn om het schadebedrag te begroten. Blijft minnelijke vergoeding achterwege, dan volgt een dagvaarding en tenslotte een vonnis. In theorie kan men daarom het basis-tijdstip bepalen op:

1. het intreden van de schadegebeurtenis,
2. het tijdstip, waarop alle gegevens bekend zijn,
3. de dagvaarding en
4. het vonnis, resp. het laatste tijdstip, waarop partijen aan de rechter gegevens voor zijn vonnis kunnen verschaffen.⁵⁰

Bij een *momentschade* ondergaat het vermogen van de benadeelde door de ramp een concrete vermindering. Het lijkt efficiënt om de schade op deze vermogensvermindering te fixeren.

Bij de contractuele schadevergoeding vindt deze methode veelvuldig toepassing. Zij volgt uit de wil van partijen, die er beiden hun belang in zien om alle verhoging

⁵⁰ Vgl. Lucienne Ripert blz. 126 e.v.

of verlaging van de schade, berustend op feiten na de schadegebeurtenis, van de schadeberekening uit te sluiten.

Bij de buiten-contractuele schade is de positie anders. Hier ontstaat door de schadegebeurtenis buiten de wil van partijen een verbintenis, welke het recht nader dient te omlijnen. Het recht kan aan het ontstaan van deze verbintenis een „verkregen recht op schadevergoeding” verbinden, inhoudende, dat de schade tenminste moet worden bepaald op het schadebedrag, ten tijde van de ramp, en dat vergoeding van een hoger bedrag kan worden gevorderd, indien tijdens het vonnis blijkt, dat de schade tussen het vonnis en de ramp is vergroot.

Tussen de schadegebeurtenis en het vroegste moment waarop schadevaststelling mogelijk is kan echter buiten iedere schuld van de schadeplichtige een zekere tijd verlopen. In die situatie kan het baseren van de minimum schadevergoeding op het schadebedrag per het tijdstip van de ramp een onredelijk voordeel verschaffen aan de benadeelde.

Ik denk aan een arme parlevinker, die door een verborgen defect in zijn roer botst tegen een kustvaarder, waarvan de verschansing wordt ingedrukt. De kapitein van de coaster heeft haast en vaart door. Het is een oude coaster, die van de gedeukte verschansing geen enkele last, en zelfs geen smart, ondervindt. Na enige tijd wordt de coaster doordat de kapitein-eigenaar plotseling overlijdt voor de sloop verkocht. Stelt men zich op het tijdstip van het vonnis, dan is de schade nihil.

Of om op het land te blijven: een automobilist heeft zijn auto verkocht voor f 2.000,—. Terwijl hij op weg is om de auto af te leveren, wordt hij aangereden. De koper ziet af van de koop, waarbij de eigenaar zich neerlegt. De auto wordt naar een garage gebracht, welke de reparatiekosten globaal taxeert op f 300,—. Nog vóórdat de expert van de aanrijder de schade heeft gecontroleerd, komt een koper opdagen, die dringend een auto nodig heeft en daardoor grif een abnormaal hoge prijs betaalt, t.w. f 2.100,— voor de auto in ongerepareerde toestand. Het verschijnen van een dergelijke zeer willige koper is puur geluk, doch het resultaat is dat de aanvankelijk f 300,— lijkende schade geheel verdwijnt omdat deze wordt overtroffen door een verkoopvoordeel. De factoren welke

de schade vergroten of verkleinen, kunnen dus geheel onverwacht en toevallig zijn. De aanhangers van de concrete schadeberekening wensen in het algemeen de schadeverhogende factoren ten laste van de schadeplichtige te brengen, ongeacht de vraag van het causaal verband. Zij gaan uit van de gedachte, dat het slachtoffer via het vastgestelde schade-bedrag werkelijk herstel van zijn vroegere positie dient te verkrijgen. Dit impliceert, dat de waardering heeft te geschieden naar een tijdstip, dat zo dicht mogelijk ligt bij de via het vonnis te verkrijgen betaling der schadevergoeding.⁵¹

Volgt men dit systeem dan is het eenzijdig om schadeverminderende factoren tussen de schadegebeurtenis en het vonnis a priori buiten beschouwing te laten. Dit is temeer eenzijdig, waar bij de buitencontractuele schade grote categorieën schadeplichtigen voorkomen, aan wie geen of slechts een licht verwijt valt te maken, en die geenszins onredelijk handelen door na een — wellicht veel te hoge — eis tot schadevergoeding het oordeel van de rechter in te roepen. De juiste oplossing is m.i. dat de schadeplichtige bij een momentschade tenminste heeft te betalen het schadebedrag per het tijdstip waarop de schade-afwikkeling redelijkerwijze diende te geschieden. In het algemeen zal dit het tijdstip zijn waarop de benadeelde, onder overlegging van voldoende gegevens, de schadevergoeding heeft gevorderd. In bijzondere situaties, waarin de schadeplichtige een redelijke grond had om zich tegen de vordering te verweren kan echter de datum van het vonnis als basis-tijdstip voor het minimum-schadebedrag worden aangenomen.

De onzekerheid die uit deze regels kan voortvloeien wordt vermeden als de benadeelde de schade laat herstellen, waardoor hij de schade *fixeert op de werkelijke herstelkosten*. Veelal zal de benadeelde verplicht zijn tot spoedig herstel, teneinde de schade, en vooral de stilstand-schade, zoveel mogelijk te beperken. Of een dergelijke plicht bestaat zal de rechter op basis van alle omstandigheden dienen te beslissen.^{51a}

⁵¹ Zie Aubry et Rau-Esmein 1951, blz. 509 e.v., Ronse, nos. 366 e.v., speciaal no. 374, Lucienne Ripert, blz. 126 e.v., Karl Larenz (Kiel) Lehrbuch des Schuldrechts 1953, I, 120,

^{51a} Vgl. hierna blz. 246.

In de praktijk worden bovendien alle moeilijkheden inzake het basis-tijdstip voor de vaststelling van moment-schaden veelal ondervangen doordat partijen kort na de schade, en sans préjudice t.a.v. de aansprakelijkheid, een *vaststellingsovereenkomst* treffen inzake het schadebedrag. Een dergelijke overeenkomst is, speciaal wanneer assuradeuren bij de zaak zijn betrokken, zeer gebruikelijk. Het schadebedrag wordt hierbij in het algemeen vastgesteld op basis van een taxatie door deskundigen, waarbij de prijzen ten tijde van de expertise de basis vormen. Beide partijen hebben gewoonlijk belang bij een dergelijke expertise.

Aan een algemene verplichting om mede te werken aan een schadevaststelling via expertise bestaat m.i. geen behoefte. Voorzover mij bekend komen situaties waarin geen spoedig herstel, en evenmin een expertise, plaats vindt, slechts voor in incidentele en uitzonderlijke gevallen, waarbij een generale plicht tot vaststelling van de schade op een dag liggende voor het vonnis — dus voor het tijdstip waarop een financieel zwakke benadeelde tot werkelijk herstel kan over gaan — onbillijk kan werken.

Bij de *doorlopende schade* ontstaat eveneens een recht op vergoeding, zodra de schadegebeurtenis zich heeft voorgedaan. Op het moment van de ramp is echter alleen nog sprake van toekomstige schade. Het erkennen van een aanspraak op vergoeding impliceert hier geenszins, dat de schade ook dadelijk moet worden getaxeerd. Integendeel, in de meeste gevallen zal een enigszins gefundeerde taxatie pas mogelijk zijn nadat een aantal gegevens zijn verzameld, welke eerst na de schadegebeurtenis bekend worden. De tijdverletschade van een schip kan men eerst schatten zodra de reparatieperiode bekend is, en zodra men weet hoe de vrachtenmarkt zich heeft ontwikkeld. Bij persoonlijk letsel moet worden afgewacht hoe het herstel verloopt en welke arbeidsinkomsten het slachtoffer nog kan behalen.

Aan het rechtmatige verlangen van de benadeelde om spoedig ter compensatie van de gederfde inkomsten uit zijn schip of uit zijn arbeid over enig geld te beschikken, kan worden voldaan, wanneer de mogelijkheid wordt geopend om een betaling ter nadere verrekening te vorde-

ren. De definitieve afwikkeling kan aldus worden aangehouden totdat de schadeperiode is afgelopen, waarna de schade kan worden berekend op basis van de achteraf gebleken werkelijke schade. Vele doorlopende schaden worden afgewikkeld op deze basis, welke aansluit bij de z.g. retrospectieve methode van schadevaststelling bij de bedrijfsschadeverzekering.⁵²

Bij schaden, welke lang doorlopen, zoals het verlies van een bepaald bedrijfsdebiet door oneerlijke concurrentie, of bij schade door blijvende invaliditeit, kan men echter waarnemen, dat één der partijen, en vaak beide partijen, alle reeds geleden en nog te lijden schade wensen af te wikkelen. Partijen willen definitief weten waar zij aan toe zijn. Vooral voor invalide slachtoffers is dit van groot belang. Het beste is hier uitkering van een gekapitaliseerd bedrag, waarna het slachtoffer zich geheel aan zijn herstel kan wijden. Het op geregelde tijdstippen nader vaststellen van de uitkering werkt funest, want menig slachtoffer wordt dan gedrukt door het besef, dat extra inspanning, en extra spoedig herstel, de basis voor de toekomstige uitkeringen doet verlagen. Dit laatste bezwaar wordt ook ondervangen door toewijzing van een onveranderlijke rente-uitkering, doch meestal geven zowel het slachtoffer, als de W.A.-assuradeur van de schadeplichtige de voorkeur aan kapitalisatie.

De cinduitspraak van de rechter inzake het gekapitaliseerde bedrag ligt vaak enkele jaren na de ramp. De toekomst, welke men bij eerdere schadeafwikkeling had moeten afwegen, is voor een deel werkelijkheid geworden. Het negeren van deze werkelijkheid ware volkomen onnatuurlijk. Het is dan ook communis opinio, dat de rechter bij de vaststelling van een doorlopende schade rekening dient te houden met alle ten tijde van het vonnis bekende omstandigheden, welke de factoren voor de schadebegroting nader bepalen.⁵³

Tot deze omstandigheden kunnen ook voordelen behoren, welke het slachtoffer tot aan het vonnis heeft genoten, of waarvan ten tijde van het vonnis bekend is dat

⁵² Vgl. Dozy, W.P.N.R. 4148 e.v., die er terecht op wijst, dat de term „retrospectief” misleidend is.

⁵³ Vgl. Eggens, conclusie voor H.R. 27 Maart 53/617, Langemeyer, idem voor H.R. 3 Febr. 56/158 en Dozy, W.P.N.R. 4148.

hij deze — mogelijkcrwijze — zal gaan genieten. In de laatste situatie zal men de kans op het toekomstige voordeel moeten taxeren. Causaal verband tussen de schadegebeurtenis en het voordeel is niet vereist. Het enkele feit van een schade-verminderend voordeel beïnvloedt het bedrag van de doorlopende schade. Maken wij ons hier echter niet schuldig aan een incongruentie tussen de factoren, welke de omvang van de bruto-schade bepalen, en de voordelen, welke men in aanmerking neemt?

In theorie staan onze rechtspraak en literatuur groten-deels op het standpunt, dat de eis van *adequaat causaal verband* ook betrekking heeft op de omvang van de buiten-contractuele schade. Hierbij wordt de adequatie vaak uitgewerkt op een wijze, dat zij vrijwel overeenkomt met geobjectiveerde voorzienbaarheid.⁵⁴

De rechtspraktijk toont echter een geheel ander beeld, doordat de rechter in alle gevallen, waarin hij schade-vergoeding billijk acht, een adequaat causaal verband construeert, aldus, dat hij met een zeer geringe waarschijnlijkheidsgraad genoegen neemt of zich op het standpunt plaatst van de „objektiv nachträgliche Prognose”. Zo wordt extra schade, ontstaan door een ziekelijke, doch aan de dader onbekende, toestand van het slachtoffer thans vrijwel algemeen als adequaat causaal gevolg beschouwd.⁵⁵ Hoezeer de vergoedingsplicht wordt gebaseerd op de realiteit, ook al is die abnormaal, volgt ook daaruit dat een volledige vergoedingsplicht wordt aangenomen wegens schade door letsel of overlijden van een gelaedeerde met abnormaal hoge inkomsten die geen enkele voorziening tegen de risico's van ongevallen of overlijden heeft getroffen. De totaalschade kan in een dergelijke situatie al spoedig meer dan f 250.000,— belopen, hetgeen veel abnormaler is dan de schade welke voortvloeit uit een lichte aanrijding met een bloeder die door zijn ziekte overlijdt, doch wiens weduwe en wezen een behoorlijk pensioen ontvangen.

Er is dan ook terecht op gewezen dat het criterium van

⁵⁴ Vgl. Asser-Rutten II, 1954, blz. 537.

⁵⁵ Vgl. Wolfsbergen *Onrechtmatige daad*, 1946, blz. 32, Ronse nos. 248 en 255 Aubry et Rau-Esmein, 1951 no. 445, blz. 509. Boeschoten, *Bijlage Adv. Blad* 1952 blz. 19—21.

voorzienbaarheid niet past bij de grote meerderheid der gevallen van buiten contractuele schade.⁵⁶

Globaal gesproken, kan men ervan uitgaan dat de schadeplichtige moet opkomen voor alle fysiek causale gevolgen van zijn daad, behalve voor zeer abnormale.^{56a}

De beslissing of een bepaald gevolg tot deze laatste categorie behoort komt, zoals de Franse auteurs terecht opmerken, uiteindelijk neer op een kwestie van gevoel.⁵⁷ Daarbij is het begrijpelijk dat de rechter t.a.v. een schadeplichtige met lichte schuld of alleen het risico-aansprakelijkheid eerder een gevolg zeer abnormaal zal noemen dan t.a.v. een opzettelijke boosdoener.

Ook in deze enge en negatieve formule blijven marginale gevolgen bestaan, waaromtrent de rechter moet beslissen of de dader daarvoor al dan niet aansprakelijk is.

Wanneer men nu de schadeplichtige niet aansprakelijk acht voor een bepaalde schadepost, die wel als fysiek doch niet als adequaat gevolg wordt beschouwd dan lijkt het onjuist om het aldus beperkte schadebedrag te verminderen met een voordeel van de benadeelde, dat in fysiek doch niet in adequaat causaal verband staat met de schade.

Bij de doorlopende schade is deze discongruentie echter grotendeels een onvermijdelijk gevolg van het feit dat de vaststelling van de schade gedurende de schadeperiode wordt gebaseerd op de werkelijke feiten, ongeacht of het intreden daarvan voorzienbaar was.⁵⁸ Wanneer een invalide slachtoffer overlijdt dan houdt de inkomstenderving op, ook al is het overlijden het gevolg van een onvoorzienbare moord. En evengoed eindigt de inkomstenderving van een melkbezorger met één been, die via een onverwachte erfenis een melkwinkel kan kopen, waarin hij een goed bestaan kan verdienen.

Bovendien moeten wij ons realiseren dat de rechter de adequatieformule gebruikt als middel voor het betrachten van billijkheid in concreto. Gaan wij nu het criterium van de adequatie invoeren zowel voor de te vergoeden schade-posten als voor de te verrkennen voordelen, dan ontstaat

⁵⁶ Lucienne Ripert no. 104 en 162.

^{56a} Vgl. Heinrich Lange, t.a.p. (noot 8) blz. 114.

⁵⁷ Vgl. Aubry et Rau-Esmein, 1951 no. 444 ter, noot 12, blz. 486.

⁵⁸ Vgl. Dozy W.P.N.R. 4148.

een moeilijkheid. Want bij het nastreven van een billijke oplossing moeten wij de schadeposten juist andersom behandelen als de voordelen.

Wanneer A een machine van zijn concurrent B steelt, dan zal men geneigd zijn A aansprakelijk te houden voor alle gevolgen, ook al is het causaal verband erg los, zoals b.v. bij de indirecte bedrijfsschade wegens verlies aan cliëntèle en aan goodwill, geleden door een grossier-afnemer van B die de met de machine te vervaardigen producten niet tijdig ontvangt. A kan hiertoe worden veroordeeld via een ruime causaliteitsformule b.v. dat het gevolg niet als zeer onwaarschijnlijk is aan te merken. Als de benadeelde grossier echter door het tijdelijk gemis van de productie tot een nieuwe uitvinding wordt geïnspireerd,⁵⁰ zal hij een voordeel genieten dat slechts in zeer los verband staat met de diefstal.

Een toerekening van dit voordeel op A's schadeplicht lijkt onbillijk. Maar beslist men hierover op basis van dezelfde ruime causaliteitsformule als t.a.v. de schade dan valt aan de toerekening moeilijk te ontkomen.

De adequatie-formule geeft dus geen bruikbare oplossing. Zij heeft bovendien het grote bezwaar van onberekenbare vaagheid, welke de rechtszekerheid in gevaar kan brengen.

Concretisering beïnvloedt schade-omvang in twee richtingen. Reserve-autobus en andere reserves.

Prima vista lijkt het of de benadeelde, wiens schade concreet wordt vastgesteld, zich nooit zal beklagen, want hij ontvangt volledige vergoeding van zijn werkelijke schade. De realiteit is echter anders.

Lijden verschillende benadeelden een ogenschijnlijk indentieke schade, dan kan concretisering de schade niet alleen hoger doch ook lager maken dan bij een abstracte berekening.

Een autobus exploitant in een afgelegen dorp waar geen gelijkwaardige bus valt te vinden zal, na een aanrijding, elders een bus moeten huren en er misschien niet in slagen een bus van dezelfde grootte te verkrijgen. Een

⁵⁰ Vgl. het voorbeeld bij Heck, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, blz. 50.

middelgroot bedrijf in de stad zal er wel in slagen om voor een normale prijs een even grote reservebus te huren. De bus van een groot autobusbedrijf tenslotte kan vrijwel à la minute worden vervangen door een gereedstaande reservebus.

Staat telkens één bus van de drie genoemde bedrijven gedurende vier weken stil, dan zal het middelgrote bedrijf in concreto een „normale” stilstandschade lijden, t.w. 4 weken huur van een gelijkwaardige vervangende bus, onder aftrek van de bespaarde slijtage van de stilstaande bus.

De schade van het kleine bedrijf zal hoger zijn, want de vervangende, en grotere bus moet uit een andere plaats komen, en deze kan misschien alleen met vaste chauffeur worden gehuurd. Als dit niet dadelijk voor elkaar kan worden gebracht, zal enkele dagen in het geheel geen bus lopen met daaraan verbonden verlies van inkomsten, en wellicht zelfs van vaste klanten die hun fiets van stal gaan halen. De grote busmaatschappij lijdt in concreto slechts een zeer geringe schade, bestaande uit het bedrijfsklaar maken, en naar de plaats des onheils rijden, van één der reservebussen.

Zolang de extra schade van de dorps-autobus beperkt blijft tot iets hogere vervangingskosten, en een beperkte inkomstenderving, pleegt men er geen bezwaar tegen te maken om de volle in concreto geleden schade te vergoeden. Merkwaardig is nu echter dat daartegenover, als in concreto een beneden-normale bedrijfsschade ontstaat, velen geneigd zijn om de weg van de concrete schadevaststelling te verlaten.

Behalve de reserve bus zijn er allerlei andere reserves, welke de concrete schade kunnen verminderen. Een bedrijf dat over veel, of zeer arbeidzaam, personeel beschikt zal materiële beschadigingen vaak in eigen bedrijf, en zonder extra arbeidsloon, kunnen repareren. Hier zien wij dus dat niet alleen de *doorlopende schade* wegens het gemis van de autobus, doch ook de *momentschade* bestaande uit de herstellkosten, door de speciale omstandigheden kan verkleinen.⁶⁰

Reserves kunnen ook bestaan uit een karaktereigen-

⁶⁰ Vgl. Hof Den Bosch 14 Juni '55 N.J. 55/756.

schap, b.v. voldoende aanpassingsvermogen om in de reparatietijd van een voor uitstapjes gebruikte auto rustig thuis te blijven. Deze gelukkige bespaart niet alleen de huur van een andere auto, doch ook de kosten der uitstapjes, dus hij geniet een voordeel, zodat zelfs in dit geval over voordeelstoerekening wordt gesproken! ⁶¹

De persoonlijke reserves spelen verder een grote rol bij de letselschaden. Een flink slachtoffer zal spoedig genezen, weinig taxi's nodig hebben, en via enige extra inspanning al gauw weer aan de slag kunnen gaan. Men kan de revenuen van deze extra-inspanning beschouwen als een voordeel. Het niet in aftrek brengen van dit voordeel vormt een geliefkoosd thema in de moderne literatuur over voordeelstoerekening. ⁶²

Al deze situaties doen ons verlangen naar een abstracte methode, waarbij de beschadigingen aan de lantaarnpaal, of het tijdelijk gemis van de aangereden bus naar een objectieve maatstaf worden gewaardeerd.

Voor zaakschaden kan men in vele situaties langs indirecte weg een objectivering bereiken door aan de benadeelde primair een aanspraak toe te kennen op herstel in natura. Indien een Gemeente de aanrijder kan noodzaken om de lantaarnpaal in natura te herstellen dan zal de gemiddelde aanrijder maar al te graag bereid zijn tot betaling van de kosten, welke de Gemeente berekent. En de schadeplichtige die beweert dat de Gemeente onevenredig hoge kosten calculeert zal zijn standpunt waar kunnen maken door zelf voor een lager bedrag een nieuwe paal te verzorgen of te laten verzorgen. Doch het natura-herstel kan weinig uitkomst bieden, wanneer onverwijld herstel geboden is, zoals b.v. bij de schade aan een verkeersbord of in situaties waarin natura-herstel praktisch onmogelijk of onvoldoende zeker is, zoals bij tijdelijke vervanging van een locomotief of een autobus.

Er blijft dus, ook bij erkenning van een recht op natura-herstel, behoefte bestaan aan abstractie. Kan deze abstractie nu t.a.v. de momentschade, dus de schade aan de lantaarnpaal, worden bereikt via een objectieve waardering van de vermogensachteruitgang naar het moment van de schadegebeurtenis? Dit stelsel is door vele auteurs,

⁶¹ Vgl. Ronse no. 541.

⁶² Zie Ronse no. 543-545 en hierna blz. 246.

vooral in Duitsland, verdedigd,⁶³ evenwel in hoofdzaak voor de contractuele schadevergoeding.

Een contractueel schade-begrip kan men echter niet zonder meer overplanten naar de buiten-contractuele schade. Bij de contractuele schade aanvaarden beide partijen, via het contract, van te voren de abstracte schade-berekening. Zij kunnen hierbij overwegen dat de abstractie zowel in hun voordeel als in hun nadeel kan werken. Bij de buitencontractuele schade daarentegen brengt de abstractie een eenzijdig nadeel toe aan één der partijen. Wel kan men trachten hier een algemene wederkerigheid te construeren op de gedachte dat bij vele schadecategorieën het „*hodie mihi cras tibi*” geldt, doch dit is gewrongen omdat de benadeelde overtuigd kan zijn dat hij nooit schadeplichtige zal worden, en omgekeerd. Voor een arme aangereden fietser die via de abstractie alleen de dagwaarde van zijn fiets, en niet de prijsstijging tot de dag van schade-afwikkeling, ontvangt, is het dan ook een onvoldoende troost dat hij als potentieel schadeplichtige in een volgend geval wellicht van de dagwaarde-regel zal profiteren.

Het toekennen van een soort absoluut recht op herstel in natura, of op vergoeding van de objectieve herstelkosten, miskent bovendien de regel dat de benadeelde zijn schade zoveel als redelijkerwijze mogelijk is dient te beperken. De Hoge Raad heeft die regel in de locomotief- en reservebus-arresten scherp geformuleerd, zulks als basis van een recht om de kosten „verbonden aan de maatregel tot afweer van de bedrijfsschade” in bepaalde situaties voor een zeker gedeelte te verhalen op de schadeplichtige.

Deze oplossing van de Hoge Raad heeft weinig bijval gevonden, en zij heeft tot nu toe niet tot een duidelijk resultaat geleid.⁶⁴ De oplossing, die ik wegens plaatsgebrek niet uitvoerig kan motiveren, zie ik in hoofdzaak als volgt:

Men kan de besproken situaties benaderen vanuit het

⁶³ Vgl. Wilburg blz. 130–134 en aldaar geciteerde auteurs. Zie voor Nederland Asser-Rutten II blz. 524, Dozy W.P.N.R. 4148.

⁶⁴ Vgl. H.R. 31 Oct. 58 N.J. 59/29 (R) V.R. 58/121 en 122, Beekhuis N.J.B. 59/157 met volledige opgave van jurisprudentie en literatuur, en H.R. 1 Mei 1959, R.v.d.W. '59 blz. 154.

gezichtspunt van de voordeelstoerekening door het rendabel maken van stilzittende arbeiders of van een stilstaande reservebus, te beschouwen als een voordeel waarmee men al dan niet rekening moet houden bij het vaststellen van de schade. Dit betekent echter alleen een verplaatsing van de moeilijkheid, tenzij een algemene formule zou zijn te vinden welke alle vragen van voordeels-toerekening, waaronder de onderhavige, oplost. Ik moet echter reeds nu aankondigen dat een dergelijke toverformule m.i. niet te vinden is.

Het volgen van de concrete schadeberekening leidt niet alleen bij de lantaarnpaal en de reservebus, doch in vele gevallen, welke in wezen parallel liggen, tot het resultaat dat de benadeelde, die vooraf bepaalde voorzorgen heeft getroffen, of die na de schadegebeurtenis zuinigheid betracht, als gevolg daarvan een lagere schadevergoeding kan vorderen. Dit resultaat lijkt onbevredigend doch bestaat hier werkelijk reden voor een uitzondering op de concrete schadeberekening?

Indien een bepaald risico, zoals het aanrijdingsgevaar, in grote omvang optreedt, kan dit leiden tot een speciale afweermaatregel, zoals het gereedhouden van een reservebus. Het onthouden van een recht om deze afweerkosten te verhalen op de schadeplichtige kan de activiteit van de potentiële benadeelde ongunstig beïnvloeden, want het wordt dan wellicht voordeliger om geen afweermaatregel te treffen. Het probleem heeft dus ook een economisch of sociologisch aspect.

Daartegenover speelt de billijkheid hier een minder grote rol dan vaak wordt aangenomen. Welk resultaat billijk is kan men alleen in concreto, en met inachtneming van alle bijzondere omstandigheden beoordelen. De kleine groenteboer, wiens knecht een lichte verkeersfout heeft gemaakt, zal het terecht als onbillijk aanvoelen dat hij niet alleen de reparatiekosten van de aangereden bus, moet vergoeden, doch ook een bijdrage in de algemene reservebuskosten van een winstgevende autobusmaatschappij. De groenteboer zal zich wel tegen de bewuste aansprakelijkheid hebben verzekerd, en in ieder geval had hij daartoe de mogelijkheid. Dit argument geldt voor de grote meerderheid der potentiële schadeplichtigen. Langs deze weg komt men echter alweer op een econo-

misch aspect, t.w. de vraag wie uiteindelijk de lasten van het reservemateriaal dient te dragen: de groep van de buspassagiers (*casu quo* de subsidie verlenende Overheid) of de groep der verzekerden waartoe de aanrijder behoort.

Al deze factoren heeft het recht af te wegen, teneinde een keuze uit de verschillende oplossingen te maken.⁶⁵ Bij die keuze mag men de efficiëncy-factor niet uit het oog verliezen: Beter geen regres, dan een regres dat op ingewikkelde constructies berust, en tot perfectionnistisch gecijfer dwingt.

De door de vervoerondernemingen uitgedachte constructie van de afweerkosten is verwerpelijk, omdat bij de buitencontractuele schade geen duidelijk criterium is te vinden voor het onderscheiden van de wel en de niet onder de schadevergoeding te begrijpen afweerkosten.⁶⁶ Het volgen van een abstracte berekening zal in het algemeen efficiënt werken, hoewel het in sommige gevallen, b.v. bij een bijzonder soort locomotief, moeilijk zal zijn om hiervoor een duidelijke grootheid te vinden.

Doch het bezwaar van de abstracte methode is dat zij de partij die vergoeding vordert op onjuiste wijze kan bevoordelen, met name bij een ongunstige conjunctuur, waarin autobussen stilstaan, of schepen worden opgelegd. Alles tegenover elkaar afwegende meen ik dat het systeem van de concrete schadeberekening dient te worden gehandhaafd, echter met als aanvulling het recht om primair herstel in natura te vorderen, zulks tenzij de plicht tot schadebeperking zich tegen het uitoefenen van dit recht verzet. De plicht tot schadebeperking heeft een sterk individuele inslag, en de vraag of zij in een bepaalde situatie prevaleert boven het recht op herstel in natura zal men volgens de „totaal-individuele” methode, dus met inachtneming van alle bijzonderheden dienen te beslissen.⁶⁷

Het recht op herstel in natura zal in verscheidene gevallen aan de benadeelde onvoldoende uitkomst bieden

⁶⁵ Vgl. conclusie P.G. Langemeyer bij H.R. 31 October 1958, 59/29.

⁶⁶ Denk b.v. aan de door H. Drion, *Intreerede* 1955 blz. 18 genoemde automobilist, die ter afweer van dreigende letselschade zijn kwetsbaar lichtgebouwd autootje vervangt door een zware wagen, of aan de door Drion in noot 37 vermelde premie van een ongevalverzekering.

⁶⁷ Zie hierna blz. 246.

omdat het niet tijdig valt af te dwingen, doch de positie van de benadeelde wordt door dat recht in ieder geval verbeterd, en reeds de mogelijkheid van een actie tot herstel in natura kan een redelijke schade-afwikkeling bevorderen.

Voordeelstoerekening bij letselschade.

Schade-claims bieden bij lichamelijk letsel slechts een beperkte zekerheid tegen de risico's van de moderne samenleving. Zekerheid via het bijeen sparen van een reservekapitaal valt slechts voor een enkeling te bereiken. Hiertegenover biedt het hedendaagse verzekeringsbedrijf zich als nieuw en bereikbaar reservefonds aan. Via een draaglijke premie kunnen de potentiële slachtoffers verscheidene risico's, zoals dat van ziekte of invaliditeit, op een assuradeur afwentelen. En andere, doch in wezen parallel-liggende reserves, vindt de hedendaagse mens in zijn arbeidscontract met daaraan verbonden sociale verzekeringen of in zijn aanstelling tot ambtenaar.

Evenals bij de wettelijke aansprakelijkheid zien wij dus hier een terugdringen van de individualist, die zelf zijn verantwoordelijkheden en risico's wil dragen, en die afkerig is van alle verzekeringen of sociale voorzieningen. Men kan dit, met mij, hevig betreuren, maar men mag er de ogen niet voor sluiten, en wij moeten dus nagaan welke invloed de besproken voorzieningen hebben op het vaststellen van de letselschade

In alle gevallen, waarin de assuradeur (of de werkgever, die ik korthedshalve onder de assuradeur begrijp) verplicht is tot een uitkering, verband houdende met de schade, ontstaat een *driehoeksverhouding*: de assuradeur kan zich als jaloerse derde gaan mengen in de verhouding slachtoffer-boosdoener. Er bestaat een grote variëteit mogelijkheden voor het regelen van de rechtsverhouding der drie partijen, welke men kan indelen in de onderstaande vier hoofd-categorieën:

1. *Verplaatsing van de schade van het slachtoffer op de assuradeur door subrogatie*, of één der andere hierna onder a—d te vermelden constructies. Gevolg: de schadevergoeding blijft onveranderd; de schadeplichtige betaalt in bepaalde omstandigheden niet langer aan het slachtoffer doch aan de assuradeur.

2. Geen overgang van de schade op de assuradeur, doch *cumulatie der vorderingen* van slachtoffer op assuradeur en boosdoener. Gevolg: het slachtoffer geniet het volle profijt van de polis-uitkering.
3. Geen overgang van schade op de assuradeur, doch *volledige toerekening* der polis-uitkering op de schadevordering slachtoffer-boosdoener. Gevolg: de schadeplichtige geniet het volle profijt van de polis-uitkering.
4. Een combinatie van 2 en 3 bestaande uit *gedeeltelijke toerekening* der polis-uitkering op de schadevordering. Gevolg: het voordeel van de polisuitkering wordt tussen slachtoffer en schadeplichtige verdeeld.

Bij de eerste oplossing, dus de verplaatsing van de schade naar de assuradeur of de werkgever, zijn verscheidene systemen denkbaar, waaronder met name:

- a. een eigen actie van assuradeur of werkgever op de boosdoener;⁶⁸
- b. overgang van de vordering via subrogatie of cessie;
- c. een verplichting van het slachtoffer om desverlangd te eigen name, doch ten gunste van de assuradeur of werkgever, een schadevordering tegen de boosdoener in te stellen.
- d. „morele” verplaatsing, aldus dat het slachtoffer de acties tegen de werkgever en de boosdoener mag cumuleren, echter met de morele plicht om hetgeen hij boven zijn werkelijke schade ontvangt aan de werkgever te restitueren.⁶⁹

Telt men goed, dan blijkt, dat er „embarras de choix” is uit negen oplossingen.

Volledigheidshalve noem ik als variant van de driehoeksverhoudingen nog de geheel anders liggende figuren waarin op een derde een *subsidaire* plicht jegens het slachtoffer rust, welke eerst in werking treedt indien de vordering op de boosdoener niet valt te effectueren. Hiertoe behoort de alimentatie welke de bloedverwanten van het slachtoffer eerst verschuldigd worden bij behoef-

⁶⁸ In exceptionele gevallen van opzettelijke handelingen bestaat bovendien de mogelijkheid dat de schade zich niet verplaatst, doch dat de schadeplichtige zowel de schade van de assuradeur of de werkgever als de schade van het slachtoffer moet vergoeden, dus een soort passieve cumulatie.

⁶⁹ Vgl. Charlesworth, *On Negligence*. Londen 1956 blz. 571 (i).

tigheid van het slachtoffer,⁷⁰ en dus niet zolang de gederfde arbeidsinkomsten verhaalbaar zijn op het slachtoffer. Analooch is de positie bij de werkloosheidsuitkering aan het slachtoffer.

Bij de *schadeverzekering* volgt onze wet het stelsel van subrogatie.

Hier heeft de benadeelde, zolang zijn assuradeur niet heeft betaald, de keuze om of de boosdoener of de assuradeur aan te spreken. Na betaling door de assuradeur gaat de vordering tot het betaalde bedrag over op de assuradeur. Op het gebied van letselschade blijft de schadeverzekering beperkt tot de uitgaven voor geneeskundige behandeling en dergelijke, dus de *ziektelkosten*, waarop ik later terugkom.⁷¹ Eerst behandel ik de algemene letselschade, dus de invaliditeitsschade en het smartegeld. De invaliditeitsschade bestaat gewoonlijk uit het derven van arbeidsinkomsten doch soms uit extra-uitgaven, zoals b.v. kosten van taxi's, of bij een huisvrouw de kosten voor een vervangende hulp.

Salaris: Voor de invalide werknemer, wiens *salaris* krachtens art. 1638c B.W. wordt doorbetaald geldt ten onzent het stelsel van volledige toerekening. Dit berust op twee pijlers, t.w.:

- a. de inkomstenschade van het slachtoffer wordt concreet berekend, op basis van de werkelijk gederfde inkomsten.
- b. terzake van letselschade komt alleen een vordering toe aan de gewonde zelf.⁷²

Men denkt er bij ons niet aan hier een probleem van voordeelstoerckening te zien. Iemand die door een aanrijding zes maanden zijn functie niet kan uitoefenen, doch van zijn werkgever ingevolge art. 1638c B.W. gedurende vier maanden zijn salaris ad f 900,— ontvangt, lijdt een schade ad f 1.800,—, zijnde twee maanden ad f 900,—.

De werkgever kan zijn jaloezie in ons stelsel dus niet baseren op onbillijke bevoordeling van zijn werknemer.

Wel kan de werkgever erover grommen dat de boosdoener te zijner detrimente profiteert. Ten onzent is dit gegrom beperkt gebleven.

⁷⁰ Vgl. ook par. 843 B.G.B. laatste lid.

⁷¹ Zie blz. 241.

⁷² H.R. 10 Jan. 58/79 (L.E.H.R.) en 2 April 36/752 (E.M.M.).

Bij arbeiders met een salaris beneden de sociale loongrens blijft de indirecte bedrijfsschade van de werkgever beperkt tot 20 % van het salaris. Vaak zal zij lager zijn, doordat het andere personeel tijdelijk wat harder aanpakt en aldus de getroffene vervangt.⁷³

Tegenover het kleine nadeel dat wellicht een enkeling wordt gedupceerd staat het grote voordeel van zekerheid en efficiency, verbonden aan de regel dat alleen de gewonde zelf schadevergoeding kan vorderen.

Werkgevers die er niet voor voelen om ten faveure van een boosdoener enig salaris door te betalen aan een invalide arbeider kunnen overigens bij schriftelijke overeenkomst of reglement afwijken van art. 1638c lid 1 B.W., b.v. door de bepaling dat tijdens de invaliditeit alleen een zeker bedrag wordt beschikbaar gesteld als voorschot tegenover cessie der aanspraken op de boosdoener, respectievelijk als koopsom voor die aanspraken. Een voorbeeld van een dergelijke regeling vindt men in art. 46a Algemeen Rijks Ambtenarenreglement.⁷⁴

De werkgever staat hier op één lijn met de ongevallen-assuradeur die zich eveneens via een cessieregeling een regresmogelijkheid tegen de boosdoener kan verschaffen.⁷⁵

Of de werkgever van deze contractsvrijheid gebruik kan maken zal afhangen van de werknemer, en indirect van de positie op de arbeidsmarkt. Persoonlijk meen ik dat toekomstige werknemers, indien zij alleen cessieregeling aanvaarden, verstandig handelen door enige beperkingen te bedingen, zoals b.v. dat geen verplichting tot cessie geldt voor vorderingen tegen familieleden tot in de vierde graad.

Ongevallenpolis: Ik ben thans genaderd tot het actuele, en belangrijke geval van de architect A, die bij een aanrijding een schade wegens inkomstenderving en smartegeld oploopt ad f 195.000,—, doch daartegenover van zijn

⁷³ In Duitsland daarentegen heeft het Bundesgerichtshof op 19 Juni 1952, B.G.H.Z. 7, 30 beslist dat een cessie aan de werkgever van de schadevordering over de periode van het verplicht doorbetaalde salaris geldig is omdat het salaris-voordeel niet op de schadevordering wordt toegerekend.

⁷⁴ Een hicrop gebaseerde cessie is van waarde geacht door de Rb. Leeuwarden 16 Oct. 58 N.J. 59/33.

⁷⁵ Zie blz. 233.

ongevallen assuradeur een uitkering ad f 150.000,— ontvangt.

Ook hier ontstaat een driehoeksverhouding, t.w. ongevallenassuradeur — slachtoffer — boosdoener, waarvoor in theorie de negen oplossingen van blz. 228 mogelijk zijn.

De Hoge Raad heeft beslist, dat bij ongevallenverzekering en in het algemeen bij sommenverzekering, geen subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de verzekerde plaats vindt.⁷⁶ Sommige schrijvers blijven evenwel een lans voor de subrogatie breken. Hierbij wordt vooral gewezen op de onjuiste consequentie dat het slachtoffer, indien de ongevallen-assuradeur niet wordt gesubrogeerd, de polisuitkering kan beschouwen als een vordering, welke geheel los staat van de schade, zodat hij daarnaast het volle schadebedrag kan vorderen van een aansprakelijke derde.⁷⁷

Doch dient deze cumulatie beslist als consequentie van het niet-subrogeren te worden aanvaard?

Deze vraag hangt wederom samen met de tegenstelling tussen de abstracte en concrete schadeberekening.

Wanneer twee architecten V. en R. bij dezelfde aanrijding worden gewond, en als gevolg daarvan ongeveer dezelfde letsel-schade oplopen, dan verzet een onbewust rechtsgevoel er zich tegen, dat de voorzichtige V., die een ongevallenpolis heeft afgesloten, een lagere schadevergoeding kan vorderen, dan de roekeloze R., die zonder ongevallenpolis door het leven gaat. Een ongevallenpolis staat echter in wezen op één lijn met andere reserves, welke de gevolgen van een letsel verkleinen.

Een piloot P., die zijn beroep erg zwaar vindt, kan ten koste van vele offers, een tweede bestaansmogelijkheid voorbereiden, b.v. door een fruitkwekerij te kopen en deze ten dele zelf te beheren. Verliest deze piloot een arm, dan kan hij niet meer vliegen, doch als fruitteler zal hij misschien slechts 25 % invalide zijn. Hij lijdt dientengevolge een veel lagere invaliditeitsschade dan een collega, die zich uitsluitend op de vliegerij heeft geconcentreerd.

⁷⁶ H.R. 31 Dec. 31 N.J. 32/419 (E.M.M.) W. 12401 (S.B.).

⁷⁷ Zie Dorhout Mees, *Schadeverzekering* 1953 blz. 427/428. Meyers, noot onder H.R. 31 dec. 31 N.J. 32/419.

Van twee procuratiehouders kan de trouwe T. tientallen jaren bij één bedrijf zijn geweest, terwijl de onrustige O. voortdurend van kantoor heeft gewisseld. Breekt T. een been, dan wordt zijn trouw beloond doordat zijn werkgever hem gedurende vrij lange tijd zijn salaris moet doorbetalen. O. daarentegen kan van een werkgever waar hij pas enkele maanden in functie is, slechts een korte salaris-uitkering verwachten. Aanvaardt men de concrete schadeberekening, dan vormen P.'s reserve-functie, en T.'s recht op een langdurige salaris-uitkering, factoren welke de schade verminderen. Geheel hetzelfde geldt echter voor de aanspraken uit de ongevallenpolis.

Terecht is opgemerkt, dat men de regeling van de subrogatie bij de particuliere ongevallenverzekering in de eerste plaats kan zien als een zaak van de betrokken partijen zelve⁷⁸: Art. 284 W.v.K. is ook t.a.v. zuivere schadeverzekering regelend recht, mits de afstand van subrogatie er niet toe leidt, dat de verzekerde een dubbele schadevergoeding ontvangt.⁷⁹ Omgekeerd kan de assuradeur bij een sommenverzekering, wanneer de wet hem geen subrogatie verleent, bedingen, dat hij zich t.a.v. ongevallen waarvoor een derde aansprakelijk is slechts verbindt tot aankoop van de vordering op die derde, tegen in de polis nader omschreven voorwaarden.

Meyers heeft in zijn noot onder H.R. 31 december 1931, 32/419 voorspeld, dat alle sommen verzekeraars in de polis een dergelijke cessie zouden bedingen. De ontwikkeling is echter juist tegenovergesteld geweest. Slechts weinig ongevallen-assuradeuren zijn begonnen met cessie-clausules en zij zijn daar vrijwel allen op teruggekomen. Deze ontwikkeling kan echter zijn beïnvloed door enkele speciale factoren. Zo heeft de concurrentiezucht vele assuradeuren ertoe gebracht om polissen te maken zonder cessie-clausule, en zelfs om — plus juridique que les juristes! — aan te kondigen, dat naast de polis-uitkering recht op volledige vergoeding tegen de aansprakelijke

⁷⁸ Mulderij N.J.V. 1940 blz. 111.

⁷⁹ De praktijk kent meerdere gevallen waarin schade-assuradeuren van art. 284 W.v.K. afwijken. Het belangrijkste is de regeling waarbij brandassuradeuren afstand hebben gedaan van regres tegen alle derden, behalve ingeval van opzet of grove schuld. Vgl. H. Drion, *Intreerede* 1935 blz. 19.

derde blijft bestaan. Daarnaast kunnen de pro-cessie assuradeuren zijn ontmoedigd door de onbevredigende afloop van enkele procedures, omtrent cessies die de toets der critiek niet konden doorstaan.⁸⁰

Naar mijn gevoel heeft echter nog een andere, en belangrijker factor gewerkt contra de overgang van het verhaalsrecht op de assuradeur. Men heeft terecht aangevoeld dat aan regres-acties door ongevallen assuradeuren grote nadelen zijn verbonden.

Al strekt een goede ongevallenpolis geheel of grotendeels tot vergoeding van werkelijke schade, toch is de positie t.a.v. het regres op derden volkomen anders dan bij zuivere schadeverzekeringen. De schade-assuradeur keert slechts uit na het bewijs van schade. Hierna biedt het staven van het schadebedrag tegenover de derde weinig moeilijkheden, en de assuradeur kan de regres-actie gewoonlijk afwikkelen, zonder dat de verzekerde daarvoor iets behoeft te doen.

Hoe radicaal verschillend is de positie bij een invaliditeits-schade. Vaak fixeert de polis niet alleen het schadebedrag bij 100 % invaliditeit, doch via een z.g. „Glieder-taxe” ook het invaliditeitspercentage.

De getroffene, die bij een aanrijding een hand verliest, en dank zij een goede ongevallenpolis binnen een maand zonder meer b.v. f 60.000,— ontvangt, zal, als hij flink is, zo spoedig mogelijk weer aan het werk gaan. Hij zal zich niet willen verdiepen in het werkelijke percentage van zijn invaliditeit. Wanneer hij de polis-uitkering als voldoende aanvoelt, zal hij blij zijn dat hij, dank zij de polis, zonder enig proces over schade-omvang en aansprakelijkheid, de zaak als afgedaan kan beschouwen.

Deze rust kan wredelijk worden verstoord wanneer de ongevallen-assuradeur door subrogatie of cessie een verhaalsrecht op de derde verkrijgt.

De gelaedeerde moet zich dan medische onderzoeken laten welgevalen. En hij kan niet beletten, dat een derde, die misschien weinig of geen persoonlijke schuld heeft, en die zijn aansprakelijkheid onvoldoende heeft verzekerd, wordt aangesproken tot vergoeding, waarna een

⁸⁰ Vgl. H.R. 21 Maart 47/391.

procedure kan volgen met een betwisting van het beoordeelde invaliditeitspercentage en de gestelde schade, zodat de gelaedeerde nog eens opnieuw door medici moet worden onderzocht, en bewijsmateriaal omtrent zijn beroepsinkomsten moet gaan verzamelen en openbaren.

De verzekerde bij een ongevallenpolis, wiens volledige schade op de polis is vergoed, heeft meestal geen belang bij het regres dat zijn assuradeur wil uitoefenen. Ook hier is de positie anders bij de schadeverzekering van b.v. schepen, waarbij het regres de schade-statistiek van de verzekerde en daardoor ook de concrete in de toekomst voor het bewuste object te betalen premie gunstig beïnvloedt.

Tegenover al deze bezwaren verbonden aan regresacties van ongevallen-assuradeuren, staan ongetwijfeld ook voordelen, doch wegen die zwaar genoeg? De voornaamste argumenten pro regres zijn m.i.:

- a. Via het verhaal op derden kan het premieniveau lager blijven, hetgeen in het belang is van allen die een ongevallenpolis sluiten.
- b. de preventieve functie van de civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt verminderd, indien de aansprakelijkheid vervalt voorzover de letsel-schade wordt gedekt door een ongevallenpolis.

De kracht van deze argumenten is moeilijk te peilen. Alleen een uitgebreid statistisch onderzoek kan aantonen of de mogelijkheid van regres de premies voor ongevallen-verzekeringen belangrijk kan beïnvloeden. Een verplichte subrogatie is echter niet nodig. Als men assuradeuren vrij laat om naar keuze polissen met of zonder subrogatie aan te bieden, dan kan de ontwikkeling leren of uit de subrogatie-clausule een premieverschil voortvloeit.

De invloed van het regres op de preventieve functie is nog moeilijker na te gaan. Bij ernstige letselschade gaat de generale preventie echter in de eerste plaats uit van het strafrecht.

Het in afrek brengen van de polis-uitkering op de schadevordering betekent dat uiteindelijk de schadeplichtige van de polis profiteert. Dit is evenwel een normaal gevolg van de concrete schadeberekening, welke medebrengt dat de schade-omvang volledig afhangt van de positie waarin het slachtoffer door en na de schadege-

beurtenis komt te verkeren. Een generaliserend billijkheidsoordeel is hier bovendien onmogelijk omdat in concreto talrijke schadevergoedingsplichten ontstaan terwijl de schadeplichtige geen of slechts zeer lichte schuld treft.

In Engeland, Frankrijk, Duitsland en België wordt zonder meer aanvaard dat de ongevallenasuransiër niet wordt gesubrogeerd. In Frankrijk bestaat daaromtrent zelfs een dwingende wetbepaling.⁸¹

De algemene opvatting in al deze landen is dat de polisuitkering niet in mindering wordt gebracht op de schadevordering. In Nederland kent men tussen volledige cumulatie of volledige aftrek een derde stelsel waarbij men de polisuitkering gedeeltelijk in aftrek brengt, door deze te reduceren met de betaalde premies.⁸² Van groot praktisch belang is dit systeem niet, omdat de premies bij de ongevalverzekering relatief laag zijn. De aftrek valt niet te rijmen met de concrete schadeberekening welke zich baseert op de feitelijke positie van het slachtoffer na de schadegebeurtenis. Hiertoe behoort het ontstaan van het recht op de polisuitkering doch niet het anteriore feit van de premiebetaling. Indien de schade van architect A., los van de ongevalpolis, werkelijk precies f 195.000,— beloopt, doet men de feiten geweld aan door de schadevordering ad f 195.000,— te verminderen met een ander bedrag dan de polisuitkering ad f 150.000,—. Maar is het ooit zeker dat de schade precies f 195.000,— beloopt? In deze vraag schuilt m.i. de oplossing.

De oplossing: Schadevordering voor invaliditeit en smartegeld wordt verminderd met 50 % van de uitkering uit een ongevalpolis.

Wanneer architect A. zich tegen ongevalen verzekert dan heeft dit voor hem allerlei voordelen, en één daarvan is dat hij zich niet hoeft tevreden te stellen met het schadebedrag zoals dit in een dading of bij vonnis wordt vastgesteld. Hij verzekert zich dus mede tegen het risico van een te lage schadevaststelling.

⁸¹ Zie art. 55 Wet 13 Juli 1930, besproken bij de Vries d'Amblée „De schadeverzekering in de Franse Wet van 13 Juli 1930”, Leiden 1938 blz. 150. Zie verder Fonkert Beschouwingen over de Wetgeving op de Verzekeringsovereenkomst, Leiden 1950 blz. 314—319.

⁸² Vgl. de Jong preadvies N.J.V. 1940 blz. 38/39.

Het karakteriseren van de ongevallenpolis als een sommenverzekering impliceert dat verzekerde en assuradeuren de schaderisico's in de polis naar eigen goeddunken mogen waarderen. Zij zijn dus ook vrij om de polis geheel of gedeeltelijk te bestemmen ter dekking van het risico van een te lage schadebegroting.

Wanneer architect A. zelf zijn totale schadevordering op f 195.000,— waardeert, en de rechter dit bedrag volledig toewijst, dan lijkt het moeilijk te verwerken dat de reële schade hoger dan f 195.000,— zou kunnen zijn. Toch bestaat deze mogelijkheid, want de waardering van letselschaden berust grotendeels op een schatting van onzekere en in de toekomst verborgen factoren. Men baseert deze schatting op een gemiddelde en niet op het maximum. Het begrip gemiddelde houdt in dat de taxatie te laag kan uitvallen. De praktijk bewijst de juistheid van dit alles.

Zelfs bij de meest royale taxatie door de rechter, of door partijen, blijft het risico bestaan dat de schade te laag is gewaardeerd. Erkent men deze overweging als grondslag voor een gehele of gedeeltelijke cumulatie, dan ontstaat ongetwijfeld een ander gevaar, n.l. dat het slachtoffer een te hoge vergoeding kan ontvangen, in al die gevallen dat de schadetaxatie juist, of wellicht zelfs te hoog is geweest. Deze bedreiging van het z.g. indenniteitsbeginsel vormt echter bij letselschaden geen gewichtige factor: het is niet eenvoudig en weinig verleidelijk, om een letselschade te ensceneren waarvoor men zowel een assuradeur als een derde kan aanspreken.

Een verstandig verzekerde zal zijn ongevallenpolis aanpassen aan de letselschade, die hij dreigt te lijden. Hier van uitgaande lijkt het onjuist om de volle polisuitkering te laten cumuleren met de schadevordering, want aldus kunnen al te veel gevallen ontstaan waarin het slachtoffer meer dan zijn volle schade ontvangt. Maar dan wel? Gedeeltelijke cumulatie, en zo ja op welke basis?

Alleen een volkomen willekeurig lijkend compromis kan hier uitkomst bieden. Een juiste tussenweg tussen het systeem van cumulatie, en het systeem van volledige aftrek, wordt m.i. bereikt door de polisuitkering voor 50 % in aftrek te brengen.

Ik zie in deze oplossing verschillende voordelen. In de eerste plaats verdwijnt voor het slachtoffer het wrange gevoel dat niet hijzelf, doch alleen de schadeplichtige van zijn ongevallenispolis profiteert. Wel blijft de boosdoener voor 50 % van de polis-uitkering profijt trekken. Dit kan onrechtvaardig lijken, speciaal in gevallen van ernstige nalatigheid, maar de 50 % aftrek vormt een generale regel welke alle schadeplichtigen, ongeacht hun schuldgraad, over één kam scheert. Met een dergelijke generale aftrek kan men de slachtoffers verzoenen door te wijzen op de vele gevallen waarin de schadeplichtige geen, of slechts lichte, persoonlijke blaam treft, en op de voordelen verbonden aan een duidelijke en gemakkelijk te hanteren algemene regel.

Het aftrekken van 50 % der ongevallenuitkering kan de redelijke risicoverdeling tussen slachtoffers en schadeplichtigen bevorderen. De zekerheid dat men 50 % der uitkering kan behouden boven de schadevordering zal het afsluiten van ongevallenispolissen stimuleren, speciaal bij de dure slachtoffers, zijnde allen die hoge arbeidsinkomsten genieten zonder sociale zekerheid via arbeidscontract of ambtelijke aanstelling. De 50 % aftrek der ongevallenispolissen zal de claims van de bewuste slachtoffers aanzienlijk reduceren, waardoor de premielast voor de W.A. polissen der schadeplichtigen iets wordt verlicht.

Het bevorderen van risicospreiding via de eigen ongevallenispolis is bovendien gewenst ter voorbereiding van een ander onafwendbaar verschijnsel, bestaande uit het limiteren der schadevorderingen.⁸³

Tegenover al deze voordelen staat de willekeurigheid van de aftrekfixatie op 50 %. Bij een percentage van 40 % of 60 % blijven alle besproken voordelen van kracht. Het percentage 50 % valt dus nauwelijks te motiveren. Men moet het aanvaarden als een voor de hand liggende overbrugging der onoplosbaar schijnende controverse tussen volledige cumulatie en volledige aftrek.

Het ingang doen vinden van de „50 % aftrek regel” bij het publiek behoeft m.i. geen moeilijkheden op te leveren. De voornaamste belanghebbenden zijn de potentiële slachtoffers, die een ongevalverzekering sluiten.

⁸³ Vgl. hierboven blz. 205.

Zij kunnen zich omtrent de gevolgen van de ongevallenpolis gemakkelijk oriënteren.

T.a.v. de andere partij, de potentiële schadeplichtige, ligt het bekend maken met de regel iets moeilijker. Tegenover de huidige situatie, waarin veelal geen enkele aftrek wordt toegestaan, vormt aftrek van 50 % echter een verbetering. Bovendien zal de afwikkeling van de schadevergoedingsplicht voor het grootste deel in handen liggen van deskundige W.A.-verzekeraars.

Mijn conclusie t.a.v. de ongevallenpolis is dus als volgt: Assuradeuren en verzekerden dienen vrij te zijn om naar keuze de verzekering te sluiten met of zonder subrogatie van de assuradeur in de schadevordering. Is de polis gesloten zonder subrogatie dan komt de polisuitkering voor 50 % in aftrek op de schadevordering. Dit alles ongeacht de algemene bevoegdheid van de rechter tot inatiging der schadevergoeding in bijzondere omstandigheden.

Op letselschade gebaseerde sociale uitkeringen of pensioenen: Het gebied van de sociale voorzieningen en pensioenen vormt zowel in Nederland, als in de naburige landen een toonbeeld van een disharmonische rechtsontwikkeling.

Verschillende voorzieningen zijn in het leven geroepen zonder dat de wetgever zich rekenschap heeft gegeven van het verband met andere, reeds bestaande voorzieningen. De vragen: 1. dient de sociale verzekeraar⁸⁴ een regresrecht te verkrijgen tegen de derde-boosdoener; en: 2. welke invloed heeft de sociale verzekering op de vordering slachtoffer-boosdoener; zijn in het algemeen alleen incidenteel behandeld. Tussen de verschillende voorzieningen bestaat dientengevolge in Nederland een ontlogische divergentie, voorzover betreft het verhaalsrecht tegen derden.⁸⁵

Ten aanzien van de vordering welke het slachtoffer zelf tegen derden kan instellen wordt ten onzent aanvaard dat alle sociale uitkeringen of pensioenen daarop volledig in aftrek komen, zulks ongeacht de vraag of de sociale verzekeraar een regresrecht op de boosdoener verwerft.

⁸⁴ Ik gebruik korthedshalve de term sociale verzekeraar voor allen die „risicodragers” zijn t.a.v. sociale uitkeringen of pensioenen.

⁸⁵ Zie J. J. Hage, de Sociale Verzekering en het Burgerlijk Recht, Bundel Meyers, blz. 143—146, H. Drion, introductie 1955 noot 33.

In het buitenland denkt men hierover vaak anders.⁸⁶

Een speciaal systeem geldt in Engeland met betrekking tot de schadevordering van een slachtoffer dat ingevolge de National Insurance Acts 1946 een uitkering ontvangt wegens „industrial injury benefit, industrial disablement benefit or sickness benefit”. Bij de vaststelling van de schadevordering wordt rekening gehouden met de helft van de waarde der rechten op de bewuste uitkeringen gedurende de vijf jaren beginnende met het tijdstip waarop de schadevordering is ontstaan.⁸⁷

Het is deze halve aftrek welke mij heeft geïnspireerd tot het systeem van 50 % aftrek van de uitkering uit de ongevallenpolis. Mijn desbetreffend voorstel gaat echter verder omdat ik wil werken met een vaste aftrek van 50 % der gehele uitkering, terwijl de Engelse bepaling alleen slaat op de uitkering over de eerste 5 jaar, waarbij de term „shall be taken into account” soms aldus wordt opgevat dat de rechter vrij is om al dan niet een aftrek, tot ten hoogste de bewuste halve waarde, toe te passen.⁸⁸

Of het gewenst is om in Nederland t.a.v. de sociale uitkeringen en pensioenen het stelsel van volledige aftrek te verlaten kan m.i. eerst worden beoordeeld na statistische en sociologische onderzoeken. Anders dan de particuliere ongevallen-assuradeur heeft n.l. de sociale verzekeraar in vele gevallen wel een regres-aktie tegen derden. Wijziging van het stelsel van de volledige aftrek op de schadevordering zal daarom gepaard moeten gaan met een gelijke wijziging in de regres-aktie van de sociale assuradeur, omdat anders de boosdoener meer dan de volle schade zou moeten betalen. Het afschaffen of verminderen van het regres door de sociale assuradeur vormt echter een zeer ingrijpende maatregel, gezien de grote bevolkingsgroep welke onder de sociale voorzieningen valt. Men zal vooral moeten nagaan welke invloed het beknootten van de regresacties heeft op de sociale premies.

De overweging dat het onrechtvaardig lijkt om de derde te laten profiteren van door het slachtoffer getroffen voorzorgen gaat bij de sociale verzekering veel minder op

⁸⁶ Zie Ronse nos. 585—603.

⁸⁷ Zie Section 2 Law Reform (Personal Injuries) Art. 1948, besproken bij Kemp and Kemp I blz. 43 e.v.

⁸⁸ Vgl. Kemp and Kemp I blz. 48, en supplement daarop.

dan bij de particuliere ongevallenpolis. Deze laatste berust geheel op het initiatief en de financiële offers van het slachtoffer zelf. De sociale ongevallenverzekering daarentegen vormt een integrerend onderdeel van de arbeids-overeenkomst.

T.a.v. renten volgens de Invaliditeitswet, en invaliditeitspensioenen, verkrijgt de risicodragers volgens onze huidige regeling geen regresactie jegens derden. Hier kan men dus het slachtoffer een recht op cumulatie geven, zonder aan de risicodragers een bestaand recht te ontnemen. De gevallen waarin de risicodragers geen verhaalsrecht bezit berusten echter tot nu toe niet op een door-dachte indeling der sociale voorzieningen. Ook hier zou ik daarom het thans geldende stelsel van volledige aftrek willen handhaven tot aan een behoorlijk overwogen vernieuwing van het sociale verzekeringsrecht.

Ziektekosten: De letselschade omvat meestal naast de invaliditeitschade en het smartegeld werkelijke *ziektekosten*, voor geneeskundige behandeling en verpleging. Deze tastbare uitgaven vormen een duidelijke materiële schade, waarvoor een normale schadeverzekering met subrogatie mogelijk is. Dit geldt ook t.a.v. de verplichte verzekering ingevolge het Ziekenfondsbesluit.⁸⁹

De ziektekosten zullen soms worden uitgekeerd door de werkgever. De Hoge Raad waakt hier echter als een Cerberus voor het beginsel, dat uitsluitend de gewonde zelf, of na subrogatie diens assuradeur, een vordering kan instellen. Zelfs de door de werkgever betaalde kosten voor het transport van het slachtoffer van de plaats van het ongeval naar het ziekenhuis mogen niet worden teruggevorderd.⁹⁰

Merkwaardig is in dit verband de uitwerking van het dwingende artikel 1638y B.W. Dit voorschrift, stammende uit de lang vervlogen tijd van overvloed aan inwonende dienstmaagden en ander inwonend personeel, maakt de werkgever tot een ziekte-assuradeur door hem te verplichten om gedurende de eerste zes weken de kosten van verpleging en geneeskundige behandeling van de inwonende arbeider te dragen. Ieder afwijkend beding is

⁸⁹ H.R. 13 Maart 59, R.v.d.W. 59, blz. 85.

⁹⁰ H.R. 10 Januari 58/79 (L.H.E.R.).

nietig, zodat hier — anders dan bij art. 1638c — zelfs niet via een cessie-beding een verhaalsrecht valt te bereiken.

Deze consequentie is onlogisch. Naar mijn oordeel zou het juist zijn om de werkgever die krachtens art. 1638y B.W. of in het algemeen krachtens een daartoe door hem aanvaarde verplichting, ziektekosten voor de werknemer betaalt, te subrogeren in de rechten van de werknemer.

Voor ziektekosten, welke onverplicht worden betaald, kan de werkgever een voorschot verstrekken tegen cessie der schadevordering.

Overlijdens-schade.

Over de schade door overlijden kan ik betrekkelijk kort zijn. Dit is merkwaardig, want in vele andere landen vinden wij een welig tierende literatuur over problemen van voordeelstoerekening bij overlijdensschade.

Nederland steekt hierbij gunstig af, dankzij de beperkingen, welke onze rechtspraak afleidt uit art. 1406 B.W.⁹¹

De belangrijkste beperking, zeker vanuit het gezichtspunt van de voordeelstoerekening, is, dat aan de tot schadevergoeding gerechtigde nabestaanden, alleen behoeft te worden goedgeemaakt „een tekort in de voor hun levensonderhoud nodige middelen”, zodat de te vergoeden schade „geen andere is dan die welke zij lijden door het verlies van het levensonderhoud, dat zij van de verslagene ontvingen, in zoverre zij dit na diens dood nog behoeven”.⁹²

Hierdoor heeft de schadevordering ex art. 1406 B.W., een sterk alimentatief karakter. De consequentie is dat de rechter bij het vaststellen der vergoeding rekening kan houden met alle tijdens de schadeperiode door de benadeelden genoten voordelen, welke de behoefte aan een uitkering doen verminderen. Onder die voordelen heeft de Hoge Raad ook begrepen:

- a. het door de benadeelde tijdens de schadeperiode verkrijgen van een nalatenschap.⁹³

⁹¹ Zie voor een duidelijk overzicht van deze beperkingen J. Drion procdvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie voor het Recht van België en Nederland, 1956 blz. 36 e.v.

⁹² H.R. 11 januari 46/90.

⁹³ H.R. 3 Februari 56/158 (L.E.H.R.).

b. het door de benadeelde verwerven van inkomsten uit eigen arbeid.⁹⁴

In nog sterkere mate wordt uiteraard rekening gehouden met alle voordelen welke rechtsreeks uit het overlijden van de verslagene voortvloeien, zoals de verkrijgingen uit diens nalatenschap, alle uitkeringen krachtens levensverzekering of ongevallenverzekering, alsmede pensioenen of uitkeringen krachtens sociale verzekering.

Het rekening houden met deze voordelen behoeft niet steeds te bestaan uit een volledige aftrek. De rechter bezit hier een grote mate van vrijheid, mede omdat de schadevergoeding ingevolge art. 1406 B.W. wordt gewaardeerd naar de wederzijdse stand en fortuin der personen en naar de omstandigheden. De rechter is vrij om een kapitaal-bedrag vast te stellen, doch eveneens kan een rente worden bepaald.

Soms wordt het te kapitaliseren bedrag gebaseerd op het jaarbedrag waarop los van de verzekeringsuitkering aanspraak zou bestaan, verminderd met de rente over de verzekeringsuitkering.⁹⁵

In de gevallen van verplichte uitkeringen van derden bestaat ook bij de overlijdens-schade de driehoeksverhouding. Maar de jaloerse derden zijn hier minder talrijk dan bij de letselschaden. De voornaamste debiteuren der overlijdens-uitkeringen zijn de levensverzekeraars. Op hun miljoenenomzet vormt het regres een te verwaarlozen peuleschil, waarvoor zij zich reeds lang niet meer interesseren. Hetzelfde geldt in het algemeen voor de debiteuren van de pensioenen.

Sommige sociale verzekeraars hebben krachtens speciale wettelijke bepaling een eigen actie.⁹⁶

De particuliere ongevallen assuradeur wordt niet gesubrogeerd.

Het probleem of voor de sommenverzekeraar of de

⁹⁴ H.R. 30 Januari 1959 R.v.d.W. 59 blz. 39, V.R. 59/25 (P.).

⁹⁵ Deze methode is gevolgd door Rb. A'dam 19 Oct. 53, 54/755 V.R. 54/72 m.o.R., zodat ook hier wel degelijk met het voordeel uit de verzekering is rekening gehouden. Het vonnis behelst dus, anders dan Rutten in V.R. 54/72 en noot onder H.R. 56/158 aanneemt, geen uitzondering op de algemene opvatting.

⁹⁶ Vgl. art. 95 O.W. en ook art. 104 Pensioenwet waaruit volgt dat bij samenloop van pensioen en een uitkering volgens de O.W. de laatste voorgaat.

sociale verzekeraar regres op de boosdoener redelijk en wenselijk is, ligt bij overlijdensschade op verschillende punten anders dan bij letsel-schade.

De gevallen van overlijden brengen, als geheel genomen, de levensverzekeraar niet alleen nadeel, doch ook voordeel, t.w. wanneer een lijfrentenier overlijdt.

Daarom geldt hier zeer sterk het argument dat de levensverzekeraar, die zijn premies op algemene statistieken heeft gebaseerd, in wezen door het overlijden van een verzekerde geen schade lijdt.

Voor de risicodragers krachtens de Ongevallenwet geldt hetzelfde argument.

Voor de particuliere ongevallenverzekeraar is de positie waarschijnlijk anders omdat het aantal levenslange rente-uitkeringen in deze branche relatief klein is, zodat het eindigen daarvan niet opweegt tegen de overlijdens-uitkeringen.

Het feit van het overlijden valt zonder meer te staven, dus in zoverre is het regres van de assuradeur gemakkelijker dan bij de letselschade. Doch het schadebedrag hangt mede af van de persoonlijke omstandigheden der nabestaanden, waaronder met name hun behoefte aan levensonderhoud.

In verband met dit persoonlijke karakter van de actie ex art. 1406 is een verplaatsing van de schade naar de assuradeur via subrogatie uiterst gewrongen. En bij de rechtstreekse actie van de risicodragers ingevolge de Ongevallenwet met een eigen kapitalisatiesysteem ontstaan gecompliceerde divergenties indien de nabestaanden, wier totale schade hoger is dan de vordering uit de Ongevallenwet, een eigen vordering behouden.⁹⁷

De boosdoener „profiteert” in ons Nederlandse stelsel van het feit dat het slachtoffer voldoende levensverzekeringen of ongevallenverzekering heeft gesloten. Doch het woord „profiteren” wekt hier wederom onjuiste gevoels-associatiaties. De aanrijder van een burger, die met grote offers zijn kinderen een goede opvoeding en een goede positie heeft verschaft, heeft geen actie ex art. 1406 B.W. van die kinderen te duchten. Maar men zal toch niet zeggen dat de schadeplichtige hier „onrechtvaardig

⁹⁷ Vgl. de uitgebreide jurisprudentie op art. 95 O.W.

profiteert" van de opvoedingsoffers welke het slachtoffer zich heeft getroost!

Niettemin doet het bewuste argument in verscheidene landen nog steeds opgang. Met name in Engeland en Amerika wordt de actie van de nabestaanden gecalculeerd zonder enige aftrek van verzekeringsuitkeringen.⁹⁸

In Nederland heeft het stelsel van volledige aftrek bij de overlijdensschade naar mijn indruk langzamerhand burgerrecht verkregen. De positie is dus hier anders dan bij de polisuitkeringen wegens letselschade.⁹⁹

Het argument, dat de uitkering kan worden beschouwd als tegenwicht tegen het risico van te lage vaststelling der schadevordering, kan ook worden opgeworpen bij de overlijdensschade. Het heeft hier echter veel minder kracht. Bij ernstige letselschaden is het, afgezien van exceptionele gevallen, duidelijk, dat het letsel een groot persoonlijk leed voor het slachtoffer betekent. Vandaar, dat men hier zelfs een aanspraak erkent op vergoeding van de practisch niet op geld te waarden immateriële schade.

Bij de overlijdensschade is het ontstaan van leed niet zeker, en een bewijsvoering over de mate van leed zou stuitend zijn. Onze rechtspraak wil dan ook niet weten van een actie tot vergoeding van immateriële schade, voortgevloeid uit het overlijden. Integendeel, de schadevergoeding blijft beperkt tot het vrij duidelijk meetbare bedrag van de schade, geleden door het verlies van het levensonderhoud, dat de nabestaanden van de verslagene ontvingen, in zoverre zij dit na diens overlijden nog behoeven.

Op grond van al deze overwegingen meen ik, dat er geen aanleiding is om bij overlijdensschade het stelsel van volledige aftrek van alle uitkeringen uit levensverzekeringen of ongevallenverzekeringen te verlaten.

Evenmin zie ik aanleiding voor het bevorderen van aanvullende rechtsregels inzake een gehele of gedeeltelijke overgang der schadevordering op de levensverzekeraar of op de ongevallenassuradeur. De praktijk heeft daaraan m.i. ook geen behoefte.

⁹⁸ Zie voor Engeland Sect. J, Fatal Accidents (Damages) Act 1908, alsmede Kemp and Kemp II, blz. 14.

⁹⁹ Zie hierboven, blz. 232.

Plicht tot schadebeperking. Prijs geven van voordeel.

In de concrete schadeberekening hangt het schadebedrag af van de reële feiten, ingetreden tot aan het basistijdstip voor de schadevaststelling. Hoe nu, als de benadeelde voor dit tijdstip voordelen, welke hij kan genieten, heeft prijs gegeven? Hier werkt de plicht tot beperking van de schade. Een slachtoffer, dat tijdens zijn invaliditeit ex art. 1638c recht heeft op salaris, mag, in het algemeen, zijn schadevordering niet vergroten door het salaris kwijt te schelden. En de particulier met meerdere auto's zal, in het algemeen gesproken, onredelijk handelen wanneer hij juist in de periode dat één der auto's wordt gerepareerd, al zijn andere auto's gaat uitleenen.

De plicht tot schadebeperking dient echter totaal-individueel te worden beoordeeld. Hierbij kan in zeer uitzonderlijke gevallen ook worden gelet op de schuldgraad van de schadeplichtige en de financiële positie van partijen. In een extreme positie kan daarom zelfs een prijsgeven van het salarisrecht ex art. 1638c redelijk zijn. Ik denk b.v. aan de knecht van een kleine groenteboer die letsel oploopt door roekeloos rijden van een dronken rijkard.

Moeilijk zijn bij dit alles de voordelen, die een invalide slachtoffer kan verwerven door eigen inspanning. Wanneer het slachtoffer zich veel *extra inspanning* getroost, dan lijkt het onbillijk dat de hieruit voor hem voortvloeiende bate volledig verdwijnt via een reductie van de schadevordering. Deze onbillijkheid zou zijn te ondervangen bij een abstracte waardering van de schade wegens verlies aan arbeidscapaciteit of, wegens het verlies van „productieve tijd”.¹⁰⁰ Hiervoor valt echter moeilijk een juiste basis te vinden. Abstractie op een lage basis leidt tot onredelijke bevoordeling van de schadeplichtige, terwijl abstractie op een hoge basis het slachtoffer onredelijk kan bevoordelen.

Men heeft verdedigd,¹⁰¹ dat de bewuste voordelen volledig ten gunste van het slachtoffer blijven, voorzover de extra inspanning verder gaat dan van het slachtoffer

¹⁰⁰ Zie Mac Cormick blz. 310. Vgl. ook Fleming James Jr. en John J. Dickinson: Accident proneness and Accident Law, Harvard Law Review 1950 blz. 769.

¹⁰¹ Zie Ronse, no. 544 Cantzler blz. 58.

krachtens de plicht tot redelijke beperking van de schade kan worden verlangd. Deze formule kan tot een redelijke oplossing leiden.

Men kan ongeveer hetzelfde resultaat bereiken door de redenering, dat de bedoelde extra inkomsten ook los van de schade bereikbaar zouden zijn geweest. Langs deze weg komt het probleem neer op een vraag van waardering van de schade. De rechter kan bovendien extra inspanning aanmerken als een factor voor een hogere waardering van de immateriële schade. Bij de overlijdensschade is dit laatste echter niet mogelijk, omdat daar geen immateriële schade wordt vergoed. Daar staat echter tegenover, dat de overlijdensschade, gebaseerd als zij is op het behoefte-element, eventueel kan stijgen indien de welvaart der nabestaanden op het basis-tijdstip is verminderd. Hoe weinig sterk de plicht tot schadebeperking hier is blijkt uit de conclusie van Mr. Langemeyer voor H.R. 3 Februari 1956/158, die een welvaartsvermindering der nabestaanden alleen buiten aanmerking wil laten in geval deze „moedwillig hun economische belangen zouden hebben verwaarloosd.”

Onverplichte uitheringen van derden (liberaliteiten).

Spontane liefdadigheid is in onze zakelijke wereld nog niet volledig uitgestorven. Hebzucht echter evenmin. Een probleem van voordeelstoerekening ontstaat wanneer een hebzuchtig slachtoffer, ondanks ruime giften van derden, tevens schadevergoeding van de boosdoener wil eisen. Is de goede gever bekend dan bestaat hier een driehoeksverhouding: weldoener—slachtoffer—boosdoener. De weldoener kan alle problemen bij voorbaat vermijden door zijn weldaad in te kleden als renteloos voorschot, eventueel tegen cessie tot zekerheid van de schadevordering. Doch een spontane weldoener is niet zo akelig zakelijk. Bovendien kan de gift zijn verzameld van vele, anonieme, gevers.

Mag de schadeplichtige nu aanvoeren dat hij alleen het saldo van schade minus de genoten liberaliteit heeft te vergoeden?

Dit wordt vrijwel algemeen ontkend, op de overweging dat de schadeplichtige aldus zou profiteren van een gift,

welke de weldoener niet voor hem doch alleen voor het slachtoffer, heeft bestemd.¹⁰²

In zijn algemeenheid gaat deze regel mij te ver. Een spontane gever zal soms niet eens beseffen dat er een schadevordering bestaat. Hoort hij daarvan eerst achteraf, dan zal hij verontwaardigd zijn. Hij zal verwachten dat het slachtoffer de gift restitueert, voorzover de derde de schade heeft vergoed. Blijkt dat het slachtoffer daar niet aan denkt, dan kan de weldoener het voordeel van de gift eerder gunnen aan de schadeplichtige dan aan de boosdoener. Dit laatste zal vooral afhangen van de schuldgraad van de schadeplichtige.

Bij kleine momentschaden b.v. wegens een beschadigde fiets, zal het probleem in het algemeen niet erg belangrijk zijn. Meestal zal het slachtoffer nog wel andere nadelen en wellicht ook smart hebben ondervonden, welke men kan laten opwegen tegen de liberaliteiten. De schadevordering blijft aldus volledig bestaan. Ik gun het bona fide slachtoffers gaarne om via hoge waardering van deze nevenschade de gift-af trek zoveel mogelijk te vermijden.

Bij het waarden van de nevenschade bezit de rechter grote vrijheid, en allicht zullen hierbij ook de financiële situatie van de schadeplichtige, en diens schuldgraad, een rol spelen. Als de feiten daartoe aanleiding geven zal de constructie mogelijk zijn dat de weldoener een bedrag wilde schenken boven het op de boosdoener verhaalbare bedrag en ongeacht de vraag of het slachtoffer boven dit bedrag nog nadeel of ongemak heeft geleden. Doch een generale regel in dezen zin lijkt mij niet juist, want wie kan vaststellen wat de gemiddelde gever bedoelt?

Soms zal de rechter, via een comparitie van partijen, een oplossing kunnen bewerkstelligen waarbij de gift niet wordt afgetrokken, doch geheel of gedeeltelijk wordt gerestitueerd. Is de gift afkomstig van een anonieme collecte dan kan worden aanbevolen om uit de schadevergoeding een bedrag af te zonderen voor een goed doel. Aldus worden noch de schadeplichtige, noch het slachtoffer ongerechtvaardigd verrijkt. Het besef dat de rechter de schadevordering met de gift kan verminderen, tenzij het slacht-

¹⁰² Zie Ronse no. 571 Aubry et Rau-Esmein blz. 505.

offer aantoonde dat de gift opweegt tegen andere schade of ongemak, zal partijen ertoe kunnen inspireren om ook zonder proces tot een oplossing te komen waarbij het slachtoffer de gift geheel of gedeeltelijk restitueert.

Spontane vrijgevheden dragen altijd een incidenteel karakter. Daarom bestaat hier m.i. een gebied waar geen behoefte bestaat aan rechtszekerheid biedende generale regels, en waar men deze regels ook niet kan maken, omdat men de gevallen niet in duidelijke groepen kan indelen.

Liberaliteiten zijn ook denkbaar bij doorlopende schade. De concrete schadeberekening welke hier in nog sterkere mate de meest voor de hand liggende is, noopt ertoe dat liberaliteiten in beginsel worden afgetrokken. Een chauffeur die een been verliest, doch dank zij de liberale instelling van zijn werkgever, of van een andere relatie, een onevenredig hoog betaalde portiersfunctie krijgt kan zijn schadevordering blijven baseren op onzekerheid over zijn inkomsten in de toekomst, doch het reeds genoten portiers-salaris, en de kans op voortzetting daarvan, reduceren wel degelijk het schadebedrag. Ditzelfde geldt voor het onverplicht doorbetalen van het salaris, over een langere periode dan art. 1638c B.W. voorschrijft.

De regel dat liberaliteiten niet worden afgetrokken wordt in Nederland vaak afgeleid uit H.R. 8 Februari 1924¹⁰³ inzake de zeven getorpedeerde schepen. Dit arrest heeft echter geen betrekking op buiten-contractuele schade, doch op de vraag in hoeverre het van de Duitse Staat genoten voordeel was te beschouwen als vergoeding van de „door de verzekering (van de getorpedeerde schepen) gedekte schade”. Bovendien was er hier een geval waarin de benadeelde boven de door verzekering gedekte schade verdere schade kon aannemelijk maken.

Het belasting voordeel.

De concrete schadeberekening beoogt de benadeelde zoveel mogelijk in dezelfde positie te brengen als hij zonder de ramp zou hebben ingenomen. In werkelijkheid kan deze identiteit slechts worden benaderd. En de verandering in feitelijke positie kan aanleiding geven tot een verandering van de fiscale positie.

¹⁰³ N.J. 24/587 W. 11227 (H. de J.).

Bij een juiste fiscale wetgeving zal deze verandering gebaseerd zijn op een verschil in draagkracht. De draagkracht van een architect die met zijn beroep f 30.000,— per jaar verdient kan b.v. hoger worden geoordeeld dan de draagkracht van een ex-architect die voor 100 % invalide is, en die een schadevergoeding ontvangt ad f 30.000,— per jaar. De lagere belasting over de f 30.000,— schadevergoeding vormt dan geen creditpost t.a.v. de te verrekenen schade, doch veelmeer een extra tegemoetkoming van de fiscus gebaseerd op het feit dat de schadevergoeding ad f 30.000,— indien belast op dezelfde wijze als beroepsinkomsten ad f 30.000,—, geen voldoende schadevergoeding meer zou vormen.

Door gebreken in de belastingwet kunnen echter verschillen optreden die geen gelijke tred houden met een draagkracht-verandering. Hieruit kan voor het slachtoffer een extra nadeel ontstaan, doch ook een voordeel. Bezien wij eerst een geval waarin uitsluitend reeds geleden schade wordt gevorderd, b.v. 2 jaar inkomstenderiving van een architect, met een gemiddeld inkomen ad f 30.000,—, die door een tijdelijke invaliditeit gedurende de schadeperiode f 45.000,— inkomsten heeft gederfd.

Als nu tijdens de pleidooien of ten tijde van een minnelijke afwikkeling vaststaat dat over de f 45.000,— totaal geen belasting is verschuldigd en dat deze faciliteit geenszins voortvloeit uit een verschil in draagkracht, komt dit voordeel dan in aftrek op het schadebedrag?

Bij een concrete schadeberekening met als basistijdstip het vonnis zal dit inderdaad moeten geschieden. Vragen van adequatie spelen geen rol. Ook een volkomen onverwachte belastingwijziging kan de doorlopende schade veranderen.

Deze conclusie betekent dat wij ons in een wespennest moeten steken. Want wij moeten het belastingvoordeel gaan becijferen. En daarbij moeten wij na aanvankelijk een voordeel te hebben berekend, toetsen of dit voordeel niet gedeeltelijk berust op een lagere draagkracht van het slachtoffer in vergelijking tot de valide belastingplichtige die hij voor het ongeval was, of op andere persoonlijke omstandigheden.

Wordt een doorlopende schade gevorderd voor een nog niet verstreken tijdvak dan zal men bij het schatten en

kapitaliseren van de toekomstige schade tevens moeten schatten hoe hoog het toekomstige belastingvoordeel zal zijn. Deze schatting zal ten dele een slag in de lucht betekenen, want wie kan de grillige wijzigingen in de belastingwetten voorspellen!

Hoe graag ik ook zou willen, ik zie geen mogelijkheid het wespennest te ontwijken. Er valt m.i. geen abstractie-regel te vinden waardoor de schadeberekening op juiste wijze van de fiscale gevolgen wordt geabstraheerd. De enkele omstandigheid dat de belasting *dient* te worden bepaald op basis van de persoonlijke omstandigheden van de belastingplichtige mag ons de ogen niet doen sluiten voor het feit dat in concreto een discongruente belastingverhoging of verlaging kan intreden. Het nadeel dat hieruit kan voortvloeien is ingeval van ont-eigening als onderdeel der te vergoeden schade erkend door H.R. 25 juni 1958/419. Daarentegen is het toerekenen van een belastingvoordeel op de schade afge-wezen door het op blz. 194 al genoemde arrest H.R. d.d. 25 november 1955 inzake een bioscoopbedrijfsschade. Dit arrest berust op de overweging dat het betrokken belasting voordeel *geheel* samenhang met „de bijzondere omstandig-heden hun financiën en hun persoon betreffende” van de tot schadevergoeding gerechtigden. Ik betwijfel daarom of de Hoge Raad de schade steeds wil waarderen op een bruto bedrag zonder aftrek van eventuele belastingvoor-delen, voorzover los staand van de persoonlijke omstandig-heden.

Als algemeen argument tegen de door het Hof gevolgde redenering inzake een positieverbetering der eisers door de lagere belasting noemt de Hoge Raad dat de belasting geenszins een aan het betrokken inkomstenbedrag ver-bonden last vormt, welke daaruit onmiddellijk wordt voldaan. Dit punt is ook in Engeland naar voren gebracht bij de critick op de Gourley-uitspraak van het House of Lords.¹⁰⁴ Het argument is echter onvoldoende om de af-trek geheel terzijde te stellen want het miskent de harde werkelijkheid dat een belastingschuld een zeer reële schuld vormt, aan welks betaling moeilijk valt te ontkomen. Wel kan men zeggen dat iemand wiens inkomen met f 5.000,—

¹⁰⁴ Vgl. rapport Law Reform Committee, Juli 1958, en hierboven blz. 193.

minder wordt belast niet precies f 5.000,— voordeel geniet, omdat hij de meerdere belasting ad f 5.000,— niet onverwijld zou hebben vereffend. Men kan voor dit tijdsverschil een disconto toepassen. En men kan het nominale voordeel verder reduceren als de benadeelde ingeval van een hoger belasting-bedrag een kans zou hebben gehad deze belasting op speciale gronden te verminderen. De bewuste kans zal men moeten waarderen, op basis van de bij het vonnis bekende omstandigheden. Al deze argumenten maken de zaak wel ingewikkeld, maar zij zijn helaas onvoldoende om de aftrek volledig te weigeren.

Aanvaardt men de concrete schadeberekening, dan kan de aftrek evenmin worden bestreden met de argumenten dat de belastingverplichting van het slachtoffer een „res inter alios” vormt, waaraan de schadeplichtige geen voordeel mag ontleen. In Engeland heeft men deze voordien rotsvaste argumenten na de al te sprekende cijfers in de Gourley zaak zonder meer laten varen op de overweging dat „to ignore the tax element at the present day would be to act in a manner which is out of touch with reality”. De Gourleyuitspraak is onderhevig aan veel critiek, doch de meerderheid van het Law Reform Committee heeft zich in een rapport van Juli 1958 voorlopig uitgesproken voor handhaving. Na de uitspraak is een stortvloed van problemen gevolgd, die nog steeds voortduurt.¹⁰⁵ De gevallen, waarin via de schadevergoeding een belastingvoordeel ontstaat, zijn in Engeland echter veel talrijker dan bij ons.

Men heeft in Engeland aanbevolen om het belastingvoordeel op basis van een „broad estimate” vast te stellen. Een dergelijke globale methode is echter, bij de huidige geperfectioneerde belasting wetten, moeilijk te verwezenlijken.

Inefficiënt-perfectionnistische belasting tarieven, met tekens wijzigende percentages, wreken zich ook in bijeffecten, zoals de berekening van schade wegens inkomstenderving. Dit kan echter geen grond zijn om het voordeel te negeren. Het gehele probleem kan echter worden

¹⁰⁵ Zie hierover J. A. Jolowicz, *Damages and Income Tax*, Cambridge Law Journal 1959, blz. 86 e.v.; N. E. Mustoc, *The results of Gourley's Case*, The Law Journal 1958/484; G. F. Peter Mason, *Tax Computation in Claims for Damages*, The Law Journal 1956/564.

beperkt wanneer de belastingwet abnormale divergenties tussen de belasting over enerzijds de schadevergoeding en anderzijds de factoren waarop de schadevergoeding berust (gederfde arbeidsinkomsten enz.) zoveel mogelijk vermijdt.

Zuiver toevallige voordelen.

Bij alle categorieën van voordelen, die wij tot nu toe hebben behandeld, was er een zekere samenhang hetzij tussen het voordeel en de schadegebeurtenis, hetzij tussen het voordeel en de schade of de schadeafwikkeling.

De samenhang was in de meeste gevallen zo duidelijk dat het niet nodig was deze nader te omlijnen. Er zijn echter grensgevallen, waarbij behoefte bestaat aan een criterium. Als voorbeeld noem ik weer een auto-ongeval.

Een automobilist A. wordt op weg naar de R.A.I. aangereden. Nadat A's auto is weggesleept gaat A. alsnog naar de R.A.I. Dank zij het aanrijdingsopontheoud ontvangt hij als 100.000e bezoeker een nieuwe auto, waarmee hij dadelijk kan weggrijden. De samenhang tussen de prijs en de schade is zo los dat het ver gaat om de prijs aan de aanrijder „toe te rekenen”. De doorlopende schade, welke A. lijdt door het stilstaan van zijn auto in de reparatietijd, valt echter weg wanneer A. de gewonnen auto dadelijk voor eigen gebruik bestemt.

Ik zou daarom het voordeel niet willen toerekenen op de cascoschade, doch — indien A. de gewonnen auto zelf gaat gebruiken — wel op de doorlopende stilstand — schade. Laat A. de gewonnen auto ongebruikt stilstaan, of verkoopt hij deze, dan wordt zijn stilstand-schade niet gereduceerd, tenzij A naar redelijkheid verplicht was de stilstand-schade te beperken. Dit laatste moet worden beslist op basis van alle bijzondere omstandigheden, waaronder ook de schuldgraad en financiële positie van de schadeplichtige.

Ook hier openbaart zich dus het verschijnsel dat bij de doorlopende schade eerder voordeelstoerekening plaats vindt dan bij de momentschade. Dit komt omdat alle tijdens de schadeperiode ontvangen voordelen, welke worden gebruikt — of redelijkerwijze moeten worden gebruikt — ter vermindering van de schade, reeds uit dien hoofde schadeverminderend zijn, ook al staan zij overigens in geen enkel verband met de schadegebeurtenis of de schade.

Bij de doorlopende schade komt daardoor een feitelijke band tussen voordeel en schade tot stand, welke bij de momentschade ontbreekt.

Overigens is een feitelijke constellatie denkbaar waarin het verband tussen de prijs en de momentschade minder toevallig is. B.v. A. was helemaal niet van plan om naar de R.A.I. te gaan, doch de aanrijder adviseert A. om zijn autoloze periode te beginnen met een R.A.I.-bezoek, daar hij goede kans loopt de 100.000ste bezoeker te worden. Hier is het duidelijk, dat A zijn prijsgeluk heeft te danken aan zijn auto-ongeluk.

Voor dit soort uitzonderlijke situaties valt geen duidelijke grens te vinden tussen voordelen, welke wèl, en welke niet, in aftrek komen. Dit behoeft ons echter niet al te zeer te verdrieten, omdat wij ons hier bevinden op een gebied van incidentele, en weinig voorkomende uitzonderingsgevallen, waar geen behoefte is aan een scherp omlijnde generale regel. De rechter zal in deze exceptionele gevallen op basis van alle bijzonderheden een billijke beslissing dienen te geven. Deze kan ook worden bereikt langs de weg van matiging der schadevergoeding. Wetstechnisch verdient het m.i. de voorkeur, dat voordelen, welke de rechter als zuiver toevallig aanmerkt, niet in aftrek komen op de schadevordering, doch alleen een factor kunnen vormen voor het matigen der schadevergoeding. Op deze wijze ontstaat ook de mogelijkheid om het profijt, voortvloeiende uit een zuiver toevallig voordeel, naar billijkheid te verdelen over benadeelde en schadeplichtige.

De betekenis hiervan is, dat bij de concrete schadeberekening, met als basis-tijdstip het vonnis, alle tot aan het vonnis genoten voordelen in aftrek komen op de schade, dus *schadeverminderend* zijn, behalve de *zuiver toevallige*, onder welke laatste zijn te verstaan voordelen, welke worden genoten als fysiek causaal gevolg van de schadegebeurtenis, doch zonder enige verdere samenhang daarmee, of met de schade.

Het criterium „zonder enige samenhang daarmee” doet denken aan de zeer onwaarschijnlijke of zeer abnormale gevolgen, welke ook in de leer van het adequaat causaal verband worden afgekap. Om buiten de aftrek te blijven, dient het voordeel echter niet alleen zeer abnormaal te zijn, doch het moet tevens op geen enkele wijze samen-

hangen met de schade. Deze tweede eis brengt mede, dat, vooral bij de doorlopende schade, vele zeer abnormale voordelen niettemin in aftrek komen op de schade op grond van het enkele bestaan van een bloot feitelijke samenhang tussen het voordeel en de schadefactoren tijdens de schadepriode.

Voordelen, blijkende na het vonnis, geven geen aanleiding tot herziening.

Het basis-tijdstip zal, zoals wij hebben gezien, in vele situaties samenvallen met het vonnis. Dit kan leiden tot een zekere willekeur in dier voege, dat voordelen, welke toevallig vóór het vonnis zijn genoten, nog in aanmerking worden genomen, terwijl onverwachte voordelen, opgekomen ná het vonnis, geen rol spelen.

Voor al bij de schadevordering ex art. 1406, waarbij volkomen onverwachte factoren, zoals een opengevallen erkentnis, de doorlopende schade voor de toekomst kunnen verminderen, lijkt deze consequentie onjuist. Men kan hier het systeem volgen, dat de schadevaststelling op grond van later gebleken voordelen kan worden herzien. Een dergelijke herziening past ook bij het alimentatief karakter van de bewuste schadevergoeding.

Hiertegenover staat echter als groot nadeel, dat voor beide partijen een langdurige periode van onzekerheid blijft bestaan. Ook uit een algemeen oogpunt is dit ongewenst, omdat de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering vooral is gebaseerd op spoedige algehele afmaking der schaden.¹⁰⁶ Deze factor weegt m.i. zwaarder dan de onbillijkheid, welke in enkele gevallen kan voortvloeien uit het ontbreken van een herzieningsrecht. Overigens kan de benadeelde, die daaraan de voorkeur geeft, zijn vordering beperken tot het reeds verstreken tijdvak, zulks ter vermijding van een onjuiste taxatie van toekomstige voor- en nadelen. Omgekeerd kan ook de schadeplichtige de rechter verzoeken zijn uitspraak te beperken tot de reeds geleden schade, dan wel, voorzover betreft de toekomstige schade, tot de schade, welke b.v. gedurende de eerste twee jaren na het vonnis wordt geleden.

Wenst één der partijen de schade te bepalen over een grotere periode dan de andere partij, dan zal de rechter

¹⁰⁶ Vgl. de Jong en Mulderij N.J.V. 1940, I, 73 en 133.

daaromtrent, met inachtneming van alle omstandigheden, dienen te beslissen. Daarbij zal t.a.v. letselschade vooral zijn te letten op het grote belang van het slachtoffer bij een definitieve afwikkeling.

Het mede in aanmerking nemen van voordelen, welke bij het ontstaan der schade onzeker zijn, zoals de later opgevallen erfenis, of de arbeidsinkomsten van de zich extra inspannende weduwe, kan tot gevolg hebben, dat de schadeplichtige belang krijgt bij een langdurig proces. In dit verband is wel bepleit om een sanctie te stellen op het te langzaam procederen.¹⁰⁷ Dit vormt echter een wel zeer ingrijpende maatregel.

In het algemeen biedt ons procesrecht gelukkig mogelijkheden genoeg tot snel procederen. Bovendien kan een langzaam proces ook in het nadeel van de schadeplichtige werken in al die gevallen, waarin een doorlopende schade tijdens het proces hoger wordt, b.v. door een achteraf blijkende hogere invaliditeitsgraad, of door een algemene steiging van het loonpeil.

Geen voordeelstoerekening via combinatie van meerdere schadegebeurtenissen: Bij meerdere op zichzelf ontoelaatbare handelingen kan het voorkomen, dat sommige handelingen aan de partij, wiens rechten worden geschonden, voordeel brengen en andere nadeel. Mag de schadeplichtige deze gebeurtenissen combineren en aldus de voordelen en nadelen compenseren?

De situatie zal vooral voorkomen in de contractuele sfeer. Voor de maatschap bepaalt art. 1667 B.W., dat compensatie niet mogelijk is. Deze regel komt mij juist voor, want een algemene rechtsgrond van het samenvoegen van op zichzelf los staande handelingen valt niet aan te geven. Voor analoge situaties zal hetzelfde moeten gelden.

Onheilsopeenvolging.

Een schade kan in juridische zin niet alleen verdwijnen door een later voordeel, doch ook door een tweede onheil. De importeur, die de omzet van een door hem verhandeld merkartikel ziet slinken door het onrechtmatig gebruik

¹⁰⁷ Vgl. Handelingen N.J.V. 1940, II, blz. 85 en 93.

van een verwarring stichtend merk voor een soortgelijk product, lijdt geen verdere schade of een lagere schade, als de fabriek van het merkartikel afbrandt en de productie stopzet.

De aanvaringsschade aan een schip „verdwijnt” wanneer het schip, zonder enig verband met de aanvaring, op een mijn loopt en zinkt. En wanneer een schip de schade opgelopen bij twee aanvaringen tegelijkertijd laat repareren, dan wordt de stilligsschade terzake van de eerste aanvaring geheel of gedeeltelijk opgeheven voorzover het schip terzake van de tweede aanvaring in ieder geval moest worden gerepareerd.¹⁰⁸

Dozy¹⁰⁹ heeft deze gevallen behandeld onder de titel onheils-opvolging. In Duitsland spreekt men van „überholende Kausalität” of van „hypothetische schadegebeurtenissen”.¹¹⁰

Er bestaat een nauwe verwantschap tussen de problemen bij de onheilsopvolging en bij de voordeelsberekening, en sommige situaties vallen onder beide gebieden. B.v. een vluchteling neemt een tractor weg, waaraan tijdens de vlucht schade ontstaat. Zonder dit wegnemen zou de tractor door de vijand in beslag zijn genomen. Het onrechtmatige wegnemen heeft dus per saldo een voordeel teweeggebracht, t.w. het behoud van de beschadigde tractor.¹¹¹ Wordt de moment schade aan de tractor gecompenseerd door dit voordeel?

Bij de onheilsopvolging doet zich echter nog een speciale complicatie voor in de situaties dat het tweede onheil, indien de schade toen nog niet was ingetreden, een aanspraak op vergoeding had doen ontstaan.¹¹²

¹⁰⁸ Vgl. Bindend advies H. Schadee, 30 Mei 58 inz. Axios/Travancore S. en S. 58/79, alwaar verdere jurisprudentie.

¹⁰⁹ W.P.N.R. 4148 e.v.

¹¹⁰ Dr. Hans-Joachim Knappe: „Das Problem der überholenden Kausalität”, Göttingen, 1954; Hubert Niederländer Schadenersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, Archiv für die civilistische Praxis 1954 blz. 41 e.v. Zie verder Ronse nos. 493—518.

¹¹¹ Vgl. O.L.G. Stuttgart N.J.W. 49/385 besproken bij Niederländer t.a.p. blz. 62 en 79/80.

¹¹² Vgl. uitvoerig Dozy die bij doorlopende schade spreekt over de „schade converterende werking” van het tweede onheil. Bij de moment schade gaat Dozy er m.i. ten onrechte vanuit dat na het eerste onheil onder alle omstandigheden door de ramp een recht op vergoeding van de schade, berekend naar het waardeverschil voor en

Men kan voor deze situaties via verschillende juridische theorieën zeer uiteenlopende oplossingen verdedigen. In het algemeen bestaat echter ook hier een tendentie om bij het vaststellen van het bedrag waarvoor de schadeplichtige aansprakelijk is, te letten op alle concrete feiten, welke bekend zijn op het tijdstip van de schadevaststelling of het vonnis. Dit kan erop neerkomen dat men, voor het vaststellen van de aansprakelijkheid niet alleen voordelen en schade, doch ook de elkaar achterhalende oorzaken gaat „ausgleichen”. Deze tendentie werkt evenals bij de voordeelstoerekening het sterkste bij de doorlopende schade.¹¹³

Immateriële schade en voordeelstoerekening.

Het waarderen van de immateriële schade kan niet berusten op een nauwkeurig afwegen van voor- en nadelen, omdat wij hier grotendeels te maken hebben met onmeetbare factoren. Toch kunnen pijn en smart ook hun goede zijde hebben. En bij een slachtoffer met een zeer hoge ongevallenpolis kan t.a.v. de inkomstenschade een surplus-voordeel blijven bestaan dat in aanmerking kan worden genomen bij de waardering van de immateriële schade. Zo ooit dan is er echter hier een gebied waar vaste regels en abstracte schadeberekeningen de realiteit al te zeer geweld kunnen aandoen. Daarom zal hier steeds plaats blijven voor grote rechterlijke vrijheid.

Contractuele schade.

Na alle „geconcretiseer” kom ik thans op een terrein waar de abstractie een geheel andere positie inneemt: de contractuele schade. Voor het onderdrukken van de neiging tot abstractie bestaat bij de contractuele schadeberekening geen grond. Integendeel, dank zij de contractsvrijheid zijn partijen souverain om, telkens als zij dit wensen, de schadevaststelling te binden aan abstracte regels.

De vrijheid van partijen om hun positie zelf te regelen na het ongeval, ontstaat. Vgl. hierboven blz. 216-225 en de in noot 110 geciteerde Duitse literatuur. Bij de buitencontractuele schade ontstaat m.i. alleen in uitzonderingsgevallen, zoals b.v. diefstal (vgl. art. 1480 lid 4 B.W.) met het moment van de ramp een „verkregen recht” op vergoeding, ongeacht de latere lotgevallen van het beschadigde object. Vgl. in dit verband J. Drion onder H.R. 30 Oct. 53 N.J. 54/261.

¹¹³ Zie noot 112.

betekent tevens dat de behoefte aan generale rechtsregels minder sterk is. Wanneer blijkt dat de concrete schadeberekening in bepaalde situaties een onredelijk voordeel aan een nalatige contractspartij kan bezorgen, dan kan de andere partij voor de toekomst dit euvel uitschakelen via een contractueel beding.

Een fabriek die b.v. niet wenst dat een koper in een tijd van onder-productie straffeloos zijn koopverplichtingen kan negeren omdat het bewuste product zonder moeite aan een ander valt te verkopen, kan in haar verkoopvoorwaarden een minimum-schadevergoeding stipuleren.

De taak van de wetgever blijft hier in hoofdzaak beperkt tot het maken van regels van aanvullend recht. Daarbij kan aansluiting worden gezocht aan regelingen die via gebruiken, of standaard-voorwaarden, reeds tot ontwikkeling zijn gekomen. Een voorbeeld hiervan vindt men in de condities voor de handel in diverse soorten goederen, waarin de schadevergoeding bij ontbinding van de koop wordt vastgesteld op het verschil tussen de prijs, en de marktwaarde op de dag van de ontbinding. Bij een dergelijke regeling wordt tevens de mogelijkheid uitgesloten om aan te tonen dat in feite een hogere schade dan het prijsverschil is ontstaan, en in zoverre gaan zij dus verder dan het steenkolen-arrest H.R. 18 Nov. 1937 zoals dit gewoonlijk wordt opgevat.¹¹⁴ Een soortgelijke fixatie op basis van de dagwaarde kent het zeevervoer in art. 472 W.v.K.

Denkbaar is ook dat de wetgever de abstracte schadeberekening dwingend voorschrijft. Een voorbeeld daarvan vindt men in art. 1639 r B.W.

Vele vragen van voordeelstoerekening worden dus bij de contractuele schade opgelost door speciale wettelijke of contractuele regels inzake de schadevaststelling. Bestaat geen speciale regel dan kan de rechter zijn beslissing baseren op alle bijzondere omstandigheden, waarbij ook is te letten op de bedoeling van partijen, en voorts op goede trouw, billijkheid en gebruiken (artt. 1374 en 1375 B.W.)

Ook bij contracten kunnen uitzonderlijke voordeelsituaties voorkomen zoals het geval van de jockey die zo

¹¹⁴ Vgl. noot Meyers N.J. 38/269. Zie verder voor de abstracte schadeberekening bij koop, en de plicht tot schadebeperking via een dekkings-koop, Wilburg blz. 144-147.

hard rijdt dat het paard de gewonnen prijs met de dood moet bekopen. Dergelijke gevallen kan men niet oplossen zonder kennis van alle bijzondere omstandigheden, waaronder met name het contract, dat wellicht een clause zal behelzen inzake een premie voor de jockey bij het winnen van een prijs. Zolang uit een en ander geen afwijkende regel valt af te leiden zal men echter ook hier de concrete schadeberekening moeten volgen, hetgeen betekent dat het voordeel moet worden toegerkend. Doch bij vele paarden zal het schatten van de bruto schade moeilijk zijn. Deze bestaat uit de waarde van het paard, doch wellicht ook uit een doorlopende schade, wanneer het paard niet op korte termijn kan worden vervangen. Bij de waardering van het paard kan ook de gederfde kans op toekomstige prijzen een rol spelen. Een paard waaraan de eigenaar bijzonder was gehecht zal een affectiewaarde hebben, en het verlies van het paard kan zo smartelijk zijn dat er grond is voor het toekennen van immateriële schade. Al deze factoren kan de rechter vrijelijk waarderen waarbij in de praktijk ook de schuldgraad van de jockey een rol zal spelen en de omstandigheid dat de bruto-schade wordt verminderd met het prijs-voordeel. Wij bevinden ons hier echter typisch op het terrein van het exceptionele — en waarschijnlijk verzonnen — geval.

Het gehele jockey-geval kan zich trouwens ook afspelen bij de buiten-contractuele schade, n.l. wanneer de jockey opzettelijk of bij vergissing een paard gaat berijden dat niet aan zijn principaal toebehoort. Wanneer dit paard dan nog lijdt aan een verborgen ziekte kan men tevens problemen van adequaat-causaal verband invlechten. Dit alles worden echter schoolvoorbeelden.

Verschillen tussen Nederlands en vreemd recht.

Het vreemde recht kwam tot nu toe slechts incidenteel ter sprake. Daarbij heb ik mij vooral beperkt tot België, Frankrijk, Duitsland en Engeland. Op meerdere punten heerst in die landen een andere opvatting dan bij ons. Dit is niet te verwonderen omdat het schadevergoedingsrecht sterk samenhangt met maatschappelijke opvattingen, welke van land tot land verschillen. Niettemin noopt het groeiende internationale contact ertoe om te streven naar zoveel mogelijk rechtsgelijkheid. Dit geldt met name voor

de verkeersongevallen. In het zeerecht¹¹⁵ is op dit gebied reeds veel bereikt, maar het landverkeer is ten achter gebleven. Wanneer dus op een bepaald punt in alle of de meeste andere landen een vaste opvatting heerst dan is het van belang om nader te overwegen of het voor Nederland niet de voorkeur verdient om zich daarbij aan te sluiten.

De opvattingen in het buitenland zijn echter op vele punten nog onzeker. Dit is voor Engeland duidelijk gebleken uit de Gourley-uitspraak. De tot aan die uitspraak algemeen gehuldigde regel dat een belasting voordeel niet wordt afgetrokken als zijnde een „*res inter alios*”, is zonder moeite verlaten, toen zich een extreem geval voordeed. En zo kan het ook vergaan met de in onze nabuurlanden tot nu toe aangehangen opvatting dat de boosdoener niet mag profiteren van de ongevallen verzekering van het slachtoffer. Verschillende Franse auteurs uiten op dit punt trouwens al een zekere twijfel.¹¹⁶

Ik zie dan ook vooralsnog geen enkele buitenlandse regel van voordeelstoerekening waarbij Nederland zich beslist zou moeten aansluiten.

Een met de voordeelstoerekening nauw samenhangend punt betreft de positie van de sociale verzekeraar. Bij de vernieuwing van ons sociale verzekeringsrecht is het zeker van belang om op dit gebied te streven naar rechtsgelijkheid. Het is ongewenst dat het regres van de sociale verzekeraar, en de eigen vordering van het slachtoffer, volkomen anders zijn wanneer een aanrijding toevallig net over de Belgische of Duitse grens heeft plaats gehad. Het verschil in rechtsontwikkeling, en in rechtsopvattingen is op dit gebied nog groot, doch op talrijke punten lijkt overbrugging mogelijk. Ik denk b.v. aan de vraag of de

¹¹⁵ Merkwaardig is dat verschillende auteurs het zeerecht als een soort superieur recht beschouwen. Zie Lucienne Ripert blz. 92 en Judge Cox, geciteerd bij van Bemmelen R.M.-Th. 52/565. Alle beoefenaars van het zeerecht zullen dit compliment in minzame zelfbewustheid accepteren. Persoonlijk geloof ik dat het zeerecht zich op veel punten vooral daarom anders heeft kunnen ontwikkelen omdat de schade-afwikkeling voornamelijk geschiedt tussen gelijkwaardige belanghebbenden, t.w. de scheepsreders, verscheperen van goederen, en hun assuradeuren. De „arme parlevinker” vormt in het zeerecht een veel grotere uitzondering dan de arme voetganger of fietser in het landverkeer.

¹¹⁶ Savatier no. 578, Aubry et Rau-Esmein par. 445 blz. 506.

sociale verzekeraar zijn regresrecht ook buiten zijn eigen land kan uitoefenen. Voor de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap zijn hieromtrent reeds regels van supra-nationaal recht ingevoerd.¹¹⁷

Conclusies.

Behalve de thans behandelde gevallen bestaan talloze andere constellaties waarin een probleem van voordeels-toerekening naar voren komt. Deze behoren ten dele tot niet door mij besproken gebieden zoals de gevallen van voordeelstoerekening in het zakenrecht, en bij wettelijke beheersverhoudingen. De incidentele regels welke de wet hiervoor soms geeft zoals art. 658 of 826 lid 2 B.W. berusten echter niet op een algemene grondgedachte en van principiële betekenis zijn deze regels dan ook niet.

Heeft het nu zin om alle maar denkbare gevallen van mogelijke voordeelstoerekening te blijven bundelen tot een algemeen hoofdstuk van schadevergoedingsrecht? Naar mijn mening niet. De voordeelstoerekening vormt niets anders dan een bepaalde facet van de schadevaststelling, en de juiste methode is m.i. om in de eerste plaats na te gaan welke algemene regels voor de schadevaststelling moeten gelden, en tot welk resultaat deze regels leiden in de gevallen van voordeelstoerekening.

Alleen wanneer hierbij blijkt dat de algemene regels voor bepaalde voordelen of categorieën van voordelen tot een ongewenst resultaat leiden, zal men voor die voordelen of categorieën van voordelen moeten zoeken naar speciale regels, waarbij gepoogd kan worden de bewuste gevallen te groeperen.

Het is deze methode die ik, zij het niet zeer systematisch, in dit preadvies heb trachten te volgen. Daarbij is gebleken dat het bepalen van de schade-omvang ten nauwste is verbonden met de vaststelling van de schadevergoedingsplicht, doch ook dat zowel tussen de categorieën van schade, als tussen de categorieën van schadevergoedingsplichten, grote onderlinge verschillen bestaan. Het vinden van de juiste criteria voor vragen van schade-omvang, en dus ook voor vragen van voordeelstoerekening is slechts mogelijk door zich rekenschap te geven van de grondregels voor de civiele schadevergoedingsplicht, en van de wissel-

¹¹⁷ Vgl. F. Salomonson N.J.B. 59 blz. 301.

werking tussen deze grondregels en de regels van schadevaststelling. Hierbij spelen niet alleen juridische doch ook economische en sociologische factoren een rol.

De moeilijkheden worden vergroot doordat ons civiele schadevergoedingsrecht wordt vervormd door de zich steeds uitbreidende mogelijkheden om zowel het risico van schade of letsel als het aansprakelijkheidsrisico te verzekeren.

Een jurist, die, zoals schrijver dezes, niet beschikt over voldoende economische en sociologische scholing, en die bovendien in de eerste plaats practicus is, kan zich op het gebied van de schadevaststelling slechts met grote schroom en onder alle voorbehoud, aan conclusies wagen. Hij zal niet kunnen ontkomen aan het gevaar, dat hij, door zijn gergelde aanraking met bepaalde schadecategorieën het accent te veel daarop laat vallen.

Uitgaande van deze reserves en op basis van de in dit preadvies behandelde toepassing van verschillende algemene regels op de besproken gevallen, kom ik tot de conclusie dat de vragen van voordeelstoerekening grotendeels hun oplossing vinden in de methode van schadevaststelling. Hierbij heeft de moderne samenleving met haar grote aantal schadegevallen een sterke behoefte aan duidelijke, generale regels. Dit heeft geleid tot een vergaande generalisering van de schadevergoedingsplicht voorzover betreft de oorzaak waarop deze berust, in dier voege dat in het algemeen niet wordt gedifferentieerd tussen verschillende schuldgraden of tussen schuld en risico. Een algemene generalisering t.a.v. de schadeomvang via abstracte normen is echter niet mogelijk. In dit opzicht blijft het algemene uitgangspunt dat de schadevergoeding tot strekking heeft de benadeelde te brengen in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadegebeurtenis niet was ingetreden. Dit zuiver feitelijke — en op de positie van de benadeelde afgestemde — schadebegrip brengt mede dat voor de schadevaststelling in beginsel de z.g. concrete methode moet worden gevolgd, waarbij rekening wordt gehouden met alle door de benadeelde in concreto genoten voordelen.

Algemene criteria, welke met een ruime formule de aftrek van voordelen uitsluiten, omdat zij voortvloeien uit een „res inter alios” of omdat het toerekenen daarvan de

schadeplichtige „onredelijk” zou bevoordelen, zijn verwerpelijk, omdat dergelijke ruime en bovendien te vaag omschreven uitzonderingen de generale regel ondergraven zonder daarvoor een duidelijk criterium in de plaats te stellen. Bovendien kan de cumulatie van compensaties, welke uit de genoemde regels voortvloeit tot concrete onbillijkheid leiden in de vele gevallen waarin schadeplichtige geen, of slechts lichte, persoonlijke schuld treft.

Niettegenstaande de sterke behoefte aan generale regels dient echter onvermijdelijk een gebied van rechterlijke vrijheid te blijven bestaan allereerst bij het belangrijke deel van de schadevaststelling dat bestaat uit het afwegen en in geld taxeren van bepaalde schadefactoren doch ook bij het geven van een beslissing inzake a. de plicht van de benadeelde tot redelijke beperking der schade, b. het basis-tijdstip voor de schadeberekening, c. uitzonderlijke situaties van genoten voordelen en d. de matiging der schadevergoeding in bijzondere omstandigheden. Op deze punten kan de rechter alle bijzondere omstandigheden van het concrete geval in aanmerking nemen. Doch met betrekking tot ten dele zuiver technische en ten dele economisch-sociologische vragen welke in grote categorieën van schadegevallen vrijwel identiek liggen dient de eis van rechtszekerheid door generale regels voorop te staan.

Het *eindresultaat* waartoe ik aldus kom is als volgt:

1. De vraag in hoeverre bij de vaststelling van schadevergoeding rekening moet worden gehouden met voordelen opgekomen aan de tot schadevergoeding gerechtigde dient haar beantwoording te vinden in de algemene regels omtrent de vaststelling der schadevergoeding, neer te leggen in de wet of in de toelichting daarop.

2. In die algemene regels zal tot uiting moeten komen dat de *buiten-contractuele* schadevergoeding, voorzover de wet geen afwijkend voorschrift behelst, en voorzover geen herstel in natura kan worden geëist, geschiedt op basis van de werkelijk geleden schade, dus volgens de z.g. *concrete schadeberekening*, waarbij rekening wordt gehouden met alle op het basistijdstip bekende schadegegevens, waaronder alle aan de benadeelde opgekomen voordelen, en — voorzover toekomstige schade betreft — alle tijdens de uit-

spraak bekende gegevens omtrent toekomstige voordelen of de kans daarop, en wel als volgt:

a. Als *basis-tijdstip* geldt het tijdstip waarop de schadeplichtige redelijkerwijze verplicht is de schade af te wikkelen; dit kan in vele gevallen, met name bij doorlopende schaden, het tijdstip van de uitspraak zijn.

b. Het rekening houden met de voordelen bestaat uit het in aftrek brengen daarvan op de schade, behalve voorzover betreft *zuiver toevallige voordelen*, welke zijn genoten als fysiek causaal gevolg van de schadegebeurtenis, doch zonder enige verdere samenhang daarmee, of met de schade. Deze zuiver toevallige voordelen worden niet afgetrokken, doch kunnen in bijzondere omstandigheden aanleiding geven tot matiging van de schadevergoeding.

c. Voordelen welke worden genoten tijdens de loop van een *doorlopende schade* kunnen in mindere mate als zuiver toevallig worden aangemerkt dan voordelen genoten naar aanleiding van een *momentschade*, omdat bij de doorlopende schade al spoedig samenhang tussen het voordeel en de schade aanwezig is.

3. Bij de *contractuele schade* dient allereerst aan de hand van het contract, en de daarop toepasselijke speciale rechtsregels of gebruiken, te worden beslist, of het juist is om een opgekomen voordeel in mindering te brengen op de schade. Valt langs deze weg geen oplossing te vinden dan kunnen in hoofdzaak dezelfde regels worden toegepast als bij de buiten-contractuele schade, met dien verstande dat de beginselen van goede trouw en billijkheid bij de afwikkeling van een contractuele schade eerder in werking kunnen treden dan bij de buiten-contractuele schade, zodat bij de contractuele schade eerder aanleiding kan bestaan om te letten op alle bijzondere omstandigheden.

4. Speciale regels dienen te worden gemaakt met betrekking tot voordelen, welke een derde (assurateur, werkgever, sociale verzekeraar), ingevolge een daartoe bestaande verplichting verstrekt aan het slachtoffer. De ten deze bestaande mogelijkheden, en de thans ten onzent geldende situatie worden beschreven op blz. 228—246.

Deze situatie behoeft verbetering of nadere overweging op de volgende punten:

A. Voor de *particuliere ongevallenverzekering* dient de

toekomstige wet t.a.v. de invaliditeitsschade en de immateriële schade door persoonlijk *letsel* te bepalen:

- a. dat partijen vrij zijn om de verzekering af te sluiten met of zonder de conditie, dat de assuradeur tot ten hoogste het uitgekeerde bedrag, zal zijn gesubrogeerd in de rechten van het slachtoffer tegen de boosdoener,
- b. dat bij verzekering zonder subrogatie de vordering van het slachtoffer op de boosdoener wordt vermindert met 50 % van het bedrag der polisuitkering (vgl. hierboven blz. 236).

B. Met betrekking tot de *sociale verzekeringen* dient nader te worden overwogen of het gewenst is het eigen verhaalsrecht van de risicodrager in de bestaande vorm te handhaven. Zolang echter het sociale verzekeringsrecht niet wordt vernieuwd, kan het thans bestaande systeem inzake volledige aftrek van alle sociale uitkeringen en pensioenen worden gehandhaafd.

C. De werkgever, die krachtens een op hem rustende verplichting de *ziektekosten* van de arbeider vergoedt, dient te worden gesubrogeerd in de schadevordering van de arbeider tegen de boosdoener.

5. De voorschriften waaruit afwijking van de concrete schadeberekening voortvloeit kunnen bestaan uit:

- a. handhaving van de thans bestaande regels inzake het vaststellen van bepaalde categorieën van contractuele schade volgens een vast tarief (b.v. art. 1286 of 1639 r B.W.), dan wel op abstracte basis (zoals de dagwaarde (vgl. art. 472 W.v.K. en H.R. 18 Nov. 37, N.J. 38/269).

- b. handhaving van de incidentele voorschriften welke voordeelstoerekening uitsluiten (b.v. art. 1667 B.W.).

- c. invoering van een speciale regel inhoudende dat de vordering tot vergoeding van invaliditeitsschade en immateriële schade wegens persoonlijk letsel wordt vermindert met 50 % van de uitkering welke terzake van dat letsel is verschuldigd op een particuliere ongevallenpolis.

- d. handhaving van de bepalingen omtrent de waardering van schade door letsel of overlijden met inachtneming van de wederzijdse stand en fortuin en van alle omstandigheden, en handhaving van de thans in de rechtspraak aangenomen beperkingen met betrekking tot de schadevergoeding toekomend aan de nabestaanden van een overleden slachtoffer.

6. Tenslotte dient een algemene bepaling te worden ingevoerd welke de rechter de bevoegdheid geeft om de verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van bijzondere omstandigheden te matigen. Tot deze bijzondere omstandigheden kan behoren het door de benadeelde genieten van een niet in aftrek gebracht voordeel, zoals een zuiver toevallig voordeel als bedoeld in punt 2b, of de ingevolge punt 5c niet in aftrek gebrachte 50 % der uitkeringen uit een particuliere ongevallenverzekering tegen persoonlijk letsel.

Ziedaar het resultaat van mijn moeizaam onderzoek. Moge het een aansporing zijn tot verdere bezinning, doch liefst in breder verband, op de regels welke de wet behoort te bevatten inzake omvang en vaststelling der civiele schadevergoeding.

INHOUD

Inleiding: Jockey-geval, ongevallenpolis en belasting voordeel	191
Indeling en terminologie	194
Overzicht algemene criteria voor voordeelstoerekening, waaronder adequate causaliteit	195
Glijvlucht over de grondslagen van de buitencontractuele schadevergoeding	199
Invloed van de verzekeringsmogelijkheden op het schadevergoedingsrecht	202
Categoriëen van schadevergoedingsaanspraken: Momentschade, doorlopende schade, limitering en matiging	210
Voordelen opgekomen bij de schadeafwikkeling	213
Tarifiëring der schade; abstracte, concrete en totaal-individuele methode van schadevaststelling en basistijdstip voor de schadevaststelling	214
basis-tijdstip bij momentschade	215
schadefixatie door reparatie of door vaststellings-overeenkomst	217
basis-tijdstip bij doorlopende schade	218
Adequaat causaal verband i.v.m. schadeomvang en genoten voordelen	220
Concretisering beïnvloedt schade-omvang in twee richtingen. Reserve-autobus en andere reserves	222
Voordeelstoerekening bij letselschade:	228
driehoeksverhoudingen door verplichte uitkeringen van derden:	228
schadeverzekering	230
arbeidscontract	230
(salaris ex 1638 c B.W.)	230
ongevallenverzekering	231
de oplossing: vordering voor invaliditeitsschade en smartegeld wordt verminderd met 50 % van de uitkering uit de ongevallenpolis	236
sociale uitkeringen of pensioenen	239
ziektekosten	241
Overlijdens-schade	242
Plicht tot schadebeperking: Prijsgeven van voordeel.	
Extra inspanning	246
Onverplichte uitkeringen van derden (liberaliteiten)	247

Het belasting-oordeel	249
Zuiver toevallige voordelen	253
Voordelen blijkend na het vonnis geven geen aanleiding tot herziening	255
Geen voordeelstoerekening via combinatie van meerdere schadegebeurtenissen	256
Onheilsopvolging	256
Immateriële schade en voordeelstoerekening	258
Contractuele schade	258
Verschillen tussen Nederlands en vreemd recht	260
Conclusies	262
Eindresultaat	264

Lijst van verkort aangehaalde buitenlandse literatuur, in alfabetische volgorde:

Aubry et Rau-Esmein, Droit Civil Français Tome VI, 1951.
Dr. Klaus *Cantzler*, Mannheim, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch. Archiv für die civilistische Praxis 1957 blz. 29—59.

David A. MacI. Kemp and Margaret Sylvia Kemp. The Quantum of Damages I: Personal Injury Claims, London 1954; en II Fatal Injury Claims, London 1956, beide met supplement 1958 (*Kemp and Kemp I en II*).

Charles T *Mc Cormick*, Handbook on the Law of Damages, Chicago (Illinois), 1935.

William L. *Prosser*, Handbook on the Law of Torts, Berkeley (California), 1955.

Lucienne Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Parijs 1933.

Jan *Ronse*, Schade en Schadeloosstelling (Onrechmatige Daad), Gend 1957.

René *Savatier*, Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français, Parijs 1951.

Dr. Walter *Wilburg*, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena 1932 blz. 51—148.