

Schade begroten met plussen en minnen

*Mr. J. B. R. Regouw **

1 Over schatting, voordeelstoerekening en eigen schuld

Wie onrechtmatig handelt of wanprestatie pleegt, moet de daardoor veroorzaakte schade vergoeden.¹ Aldus wordt beoogd de benadeelde zo veel mogelijk te brengen in de financiële toestand waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis was uitgebleven. De rechter heeft veel vrijheid bij het vaststellen van de omvang van de schade die moet worden vergoed. De rechter mag bijvoorbeeld de schade naar eigen inzicht schatten, genoten voordeel toerekenen aan de benadeelde en de vergoedbare schade verminderen wegens eigen schuld van de benadeelde. Al deze elementen komen samen in een arrest van de Hoge Raad van 15 september 2017.² Dit arrest onderstreept dat de vrijgekomen verdien-capaciteit van de benadeelde een belangrijke rol kan spelen bij de begroting van de schade.

2 HR 15 september 2017 (X/Coop)

De inzet van deze procedure is vergoeding van gederfde winst. X exploiteerde een Coop-supermarkt in Den Haag op grond van een franchiseovereenkomst. X heeft de overeenkomst ontbonden wegens wanprestatie van Coop, de franchisegever. X vordert daarom schadevergoeding op grond van art. 6:277 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Met name eist X vergoeding van gederfde winst over de periode dat hij de supermarkt zou hebben geëxploiteerd als hij de overeenkomst niet had ontbonden. Volgens X heeft hij in de eerste drie jaren na de ontbinding in het geheel geen inkomen uit arbeid of onderneming gerealiseerd. Dit laatste is voor Coop aanleiding X te verwijten dat hij niet aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan. Coop doet dus een beroep op eigen schuld van X in de zin van art. 6:101 BW.

Na vier tussenarresten en een deskundigenbericht oordeelt het Gerechtshof Arnhem als volgt over de omvang van de schade die Coop aan X moet vergoeden:

1. Het hof had de financiële situatie waarin X feitelijk kwam te verkeren door de ontbinding, willen vergelijken met de hypothetische situatie bij voortzetting van de franchiseovereenkomst.³ Het hof kan deze vermogensvergelijking echter niet maken, en dat is te wijten aan X.
2. Dankzij het uitgebrachte deskundigenbericht heeft het hof weliswaar een goed beeld van de hypothetische situatie, althans van het redelijkerwijs te verwachten bedrijfsresultaat als X de Coop-supermarkt was blijven exploiteren.⁴
3. Maar X heeft geen verifieerbare en met stukken onderbouwde opgave gedaan van zijn werkelijke inkomsten in de eerste drie jaren na de ontbinding, hoewel het hof daar nadrukkelijk om had gevraagd. Het hof acht het niet aannemelijk dat X helemaal geen inkomsten heeft genoten, zoals hij beweert. Het hof kan de feitelijke financiële situatie van X in deze periode dus niet vaststellen.⁵
4. Het hof maakt daarom een schatting van het fictieve 'ondernemersloon' dat X in de bewuste periode had kunnen realiseren. Het hof volgt daarbij het inzicht van de deskundige, die een gemiddeld ondernemersloon van € 60.000 per jaar had genoemd.⁶
5. Het hof begroot het bedrag van de door X gederfde winst inclusief de component 'ondernemersloon' en brengt daarop in mindering (1) € 60.000 per jaar over de eerste drie jaar en (2) de door X wél opgegeven werkelijke inkomsten over de periode daarna. Coop wordt veroordeeld tot betaling van het saldo aan X ten titel van schadevergoeding.⁷

In cassatie richt X twee klachten tegen dit oordeel van het hof.⁸

* Mr. J.B.R. Regouw is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.

1. In deze bijdrage ligt de nadruk op vergoeding van zuivere vermogensschade in geval van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst of een onrechtmatige daad. Dit zijn de meest voorkomende aansprakelijkheidsgronden. Afdeling 6.1.10 BW geldt echter voor alle verplichtingen tot schadevergoeding op grond van de wet. Dus bijv. ook voor zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking. Schadevergoeding anders dan in geld (art. 6:103 BW) blijft in deze bijdrage buiten beschouwing, evenals vergoeding van immateriële schade (art. 6:106 BW).

2. HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2372.

3. Tussenarrest Hof Arnhem van 11 november 2014, r.o. 2.12, aangehaald in concl. A-G, onder 2.22, ECLI:NL:PHR:2017:477.

4. Tussenarrest Hof Arnhem van 11 november 2014, r.o. 2.6-2.11, aangehaald in concl. A-G, onder 2.21.

5. Eindarrest Hof Arnhem van 25 augustus 2015, r.o. 2.5, aangehaald in concl. A-G, onder 2.27.

6. Idem.

7. Eindarrest Hof Arnhem van 25 augustus 2015, r.o. 2.5-2.8, aangehaald in concl. A-G, onder 2.28-2.31.

8. Eigenlijk drie, maar de derde is niet interessant.

Ten eerste heeft het hof – volgens X – een onjuiste verrassingsbeslissing gegeven. Er is geen behoorlijk partijdebat gevoerd over X' vermeende eigen schuld bestaande in schending van een op hem rustende schadebeperkingsplicht. Het hof had X eerst moeten vragen wat hij van dit verweer van Coop vond. Pas na kennisneming van X' zienswijze had het hof een eindoordeel mogen geven.

Nee, zegt de Hoge Raad, X geeft een verkeerde lezing van het arrest van het hof. Het hof heeft niet het verweer van Coop gehonoreerd, dat X niet had voldaan aan zijn schadebeperkingsplicht. Het hof heeft de schade van X geschat met inachtneming van het door de deskundige genoemde gemiddelde ondernemersloon gedurende drie jaren. Het hof mocht de schade op deze wijze schatten, temeer nu X geen verifieerbare inkomensgegevens had verstrekt.⁹ Dit was geen ontoelaatbare verrassingsbeslissing.

Ten tweede, zo klaagt X, heeft het hof bij de schadebegroting ten onrechte rekening gehouden met zijn vervangende inkomsten volgend op de ontbinding. Ook deze klacht faalt. De Hoge Raad volstaat met een verwijzing naar art. 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).¹⁰

Het belang van dit arrest zit met name in de vanzelfsprekendheid waarmee de Hoge Raad het tweede onderdeel van X' cassatieberoep verwerpt.

3 Uitgangspunten van schadevaststelling: vaststellen versus schatten

Wie een fout maakt, moet de door hem veroorzaakte schade vergoeden. Voor vergoeding komt in aanmerking alle schade die de benadeelde lijdt als toerekenbaar gevolg van de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis. Bij het bepalen van schadevergoeding begroot de rechter zo veel mogelijk de werkelijk geleden en te lijden schade.¹¹ Het schadevergoedingsrecht is immers niet gericht op bestraffing van de schuldenaar of op het ontnemen van ongerechtvaardigd voordeel.¹² Teneinde de omvang van de vergoedbare schade te bepalen moet dus steeds een vergelijking worden gemaakt tussen (1) de feitelijke situatie van de benadeelde en (2) de hypothetische situatie waarin deze zou hebben verkeerd als de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Op deze wijze wordt beoogd de benadeelde economisch gezien zo veel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij had verkeerd als de fout achterwege was gebleven.

Bij dit alles gelden in beginsel de gewone regels van stelplicht en bewijslast.¹³ Het is aan de benadeelde om feiten en omstan-

digheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, die het oordeel kunnen dragen dat hij de gestelde schade heeft geleden. De benadeelde moet voorts feitelijk onderbouwd beargumenteren dat de schade in zodanig verband staat tot de gemaakte fout dat deze kan worden toegerekend aan de schuldenaar.¹⁴

De rechter hoeft niet altijd de wettelijke regels van stelplicht en bewijslast toe te passen. Hij kan ingevolge art. 6:97 BW de schade *schatten* indien hij tot de conclusie komt dat de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Daarbij heeft de rechter een grote mate van vrijheid en een beperkte motiveringsplicht.¹⁵ Zo mag hij zonder nader bewijs aannemen dat er schade is veroorzaakt en de omvang van de schade vervolgens op een bepaald bedrag stellen. Deze ruime beoordelingsvrijheid van de rechter volgt uit de aard van de bevoegdheid om de schade te schatten.¹⁶

Ongeacht of de rechter de schade nauwkeurig wil vaststellen of deze schattenderwijs wil begroten, in alle gevallen moet hij werken met aannames en verwachtingen: wat zou er waarschijnlijk zijn gebeurd als ...¹⁷ Aan de stelplicht en de bewijslast van de benadeelde worden in dit opzicht geen hoge eisen gesteld.¹⁸ Het gaat immers om feiten die zich per definitie nooit hebben voorgedaan. Voor de *werkelijke* situatie waarin de benadeelde verkeert, ligt dit anders. Die feiten zijn niet virtueel maar reëel. De benadeelde moet in staat worden geacht aan te tonen hoe hij er echt aan toe is. Bijvoorbeeld wat zijn werkelijke inkomsten waren in een bepaalde periode.

4 Voordeelstoerekening en schadebeperkingsplicht

Heeft eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde niet alleen schade, maar ook voordeel opgeleverd, dan wordt dit voordeel verrekend met de schade die de schuldenaar moet vergoeden, voor zover dit redelijk is (art. 6:100 BW). Voor toepassing van art. 6:100 BW is allereerst vereist dat tussen de fout van de schuldenaar en het voordeel van de benadeelde een *condicio sine qua non*-verband (hierna: c.s.q.n.-verband) bestaat.¹⁹ De vraag die daartoe moet worden beantwoord, is deze: pakt de

9. R.o. 4.1.2.

10. R.o. 4.2.

11. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, r.o. 4.2.

12. Ook niet als de rechter de schade begroot op het bedrag van de genoten winst in de zin van art. 6:104 BW. Winstafdracht is niet aan de orde als de aangesprokene aannemelijk maakt dat de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis überhaupt geen schade heeft veroorzaakt: HR 18 juni 2010, NJ 2010/33 (Setel/AVR Holding), r.o. 3.3.2.

13. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (World Online); HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (Tennet/ABB).

14. In deze zin A-G Spier voor HR 2 oktober 1998, NJ 1998/831 (onder 3.32). Zo ook R.J.B. Boonekamp e.a., Stelplicht & Bewijslast, Deventer: Wolters Kluwer 2016, commentaar op art. 6:98 BW. Anders Asser/Sieburgh 6-II 2017/76: gegeven een c.s.q.n.-verband dient de schuldenaar aan te voeren dat de schade in een zodanig ver verwijderd verband tot de schadeoorzaak staat dat het causale verband daardoor is verbroken.

15. Wel kan in cassatie worden getoetst of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of ter zake van de wijze van begroting. HR 18 april 1986, NJ 1986/567 (ENCI/Lindelau), r.o. 3.3.

16. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (Royal/Polygram).

17. Parl. Gesch. Boek 6 BW (1981), p. 339 e.v. en HR 18 april 1986, NJ 1986/567 (ENCI/Lindelau). Deze problematiek springt het meest in het oog in zaken waar letselschade moet worden vergoed. Vgl. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624, HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003/212 en HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (G/Goudse Schadeverzekeringen).

18. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211, NJ 2011/601 (Chetaibi/Saki).

19. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (Tennet/ABB), r.o. 4.4.3.

benadeelde met de fout een voordeel mee dat anders niet zou zijn opgekomen?

Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van een voordeel in de zin van art. 6:100 BW, dan moet vervolgens worden beoordeeld of het redelijk is om dit voordeel in mindering te brengen op de vergoedbare schade.²⁰ Relevante gezichtspunten daarbij zijn de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, zoals ook voortvloeit uit art. 6:98 BW. De rechter heeft hiermee de vrijheid bepaalde voordelen niet in rekening te brengen indien hem dat niet redelijk voorkomt, ongeacht de aanwezigheid van een c.s.q.n.-verband.

Bespaarde kosten kunnen een toerekenbaar voordeel opleveren.²¹

De gemeente Tilburg veroorzaakt onrechtmatige stankoverlast aan een bewoner van een huurhuis. Deze benadeelde krijgt huurkorting van zijn verhuurder in verband met de stankoverlast, ook al is de verhuurder daarvoor niet aansprakelijk. De huurkorting is een voordeel dat in aanmerking wordt genomen bij de begroting van de schade die de gemeente aan de benadeelde moet vergoeden.

Een zuiver fictief voordeel dat had kunnen worden genoten als de benadeelde iets had gedaan dat hij echter heeft nagelaten, is geen toerekenbaar voordeel in de zin van art. 6:100 BW.²²

Een automobilist scheidt een overstekend echtpaar. De bejaarde slachtoffers worden achtereenvolgens in een ziekenhuis, een verpleeghuis en een verzorgingstehuis ondergebracht, waar zij ten slotte komen te overlijden. Hun eigen woning staat ondertussen enige jaren leeg. Verhuur van de woning 'die zij toch niet meer nodig hadden' zou inkomsten hebben opgeleverd voor het echtpaar. Dit is geen toerekenbaar voordeel in de zin van art. 6:100 BW, zodat de niet-genoten fictieve huurinkomsten van de slachtoffers geen rol spelen in de schadevaststelling.

Maar: een fictief voordeel dat had kunnen worden genoten indien de benadeelde iets had gedaan dat hij echter heeft nagelaten, kan wel een geslaagd beroep op *eigen schuld* opleveren in de zin van art. 6:101 BW. De nagelaten maatregel zou immers de omvang van de schade hebben beperkt. En de benadeelde is gehouden zijn schade te beperken, voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verlangd.²³ Dit is het leerstuk van de schadebeperkingsplicht.²⁴

Hovax, de verhuurder, sluit een huurovereenkomst kantoorruimte met Regiopolitie. Vervolgens weigert Regiopolitie – ten onrechte – het gehuurde te betrekken en de huurprijs te betalen. Hovax ontbindt de overeenkomst en vordert schadevergoeding die gelijk is aan de overeengekomen huurprijs. Regiopolitie beroept zich met succes op eigen schuld van Hovax. Die had het leegstaande object aan een derde kunnen en moeten verhuren, desnoods voor een lagere prijs, teneinde haar schade te beperken. De vergoedbare schade is daarom gelijk aan de huurprijs die Hovax met Regiopolitie had afgesproken minus de huurprijs die Hovax redelijkerwijs had kunnen bedingen van een andere huurder. De Hoge Raad gaat hierin mee.²⁵

Voordeelstoerekening en eigen schuld vullen elkaar dus aan. Daadwerkelijk behaald voordeel kan in mindering worden gebracht op de schadevergoeding op grond van art. 6:100 BW. Een ten onrechte onbenut gelaten mogelijkheid om de schade te beperken kan aan de benadeelde worden tegengeworpen als eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW.²⁶

5 Schadebegroting in X/Coop: voorbeeld van ruime voordeelstoerekening

Tot voor kort was de Hoge Raad streng in de leer waar het ging om de vraag of er sprake was van een toerekenbaar voordeel in de zin van art. 6:100 BW.

Van Uitert, de weigerachtige koper die een verhuurd appartementencomplex te laat afnam, mocht zijn schadeplichtigheid niet verminderen met de huurinkomsten die verkoper De Preter in de tussentijd had geïncasseerd.²⁷ De Preter leed (vertrags)schade als gevolg van Van Uiterts niet-nakoming van zijn verbintenis de koopprijs te betalen; De Preter realiseerde een voordeel in de vorm van doorlopende huurinkomsten als gevolg van Van Uiterts niet-nakoming van zijn afnameverplichting. Niet eenzelfde gebeurtenis, volgens de Hoge Raad.

Transportbedrijf Vos kwam zijn verplichting niet na om vijf jaar lang al zijn opleggers uitsluitend te laten onderhouden door garagebedrijf TSN. TSN ontbond de overeenkomst met Vos en vorderde vergoeding van gederfde winst. Vos mocht zijn schadeplichtigheid niet verminderen met de winst die TSN in dezelfde periode had gerealiseerd dankzij andere opdrachten van derden.²⁸ TSN leed schade als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst met Vos; TSN realiseerde

20. Dit mede in het licht van toerekeningscriteria van art. 6:98 BW. Ook dit blijkt uit Tennet/ABB, r.o. 4.4.3.

21. HR 17 februari 1939, NJ 1939/932 (PS) (Voorste Stroom IV).

22. HR 1 februari 2002, NJ 2002/122.

23. Vaste rechtspraak. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 BW (1981), p. 351 en 352.

24. A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid (Mon. Privaatrecht nr. 16), Deventer: Kluwer 2013, nr. 51 e.v.; Asser/Sieburgh 6-II 2017/125 en Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, deel 1, nr. 5.2.

25. HR 26 september 2003, NJ 2004/460 m.nt. J.B.M. Vranken. Zie r.o. 5.8.

26. Met dien verstande dat het primair op de weg van de dader ligt om de door hem veroorzaakte schade te beperken. Waar beide partijen schadebeperkende maatregelen hadden kunnen nemen, daar kan de aansprakelijke partij niet aan de benadeelde partij 'eigen schuld' tegenwerpen. HR 30 april 1926, NJ 1926/835 m.nt. P. Scholten; HR 13 januari 1928, NJ 1928/324 m.nt. P. Scholten; HR 14 januari 1937, NJ 1937/435. Meer recent: HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1733, NJ 2010/333.

27. HR 11 februari 2000, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert).

28. HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402 (Vos/TSN).

een voordeel als gevolg van nadien gesloten overeenkomsten met derden. Niet eenzelfde gebeurtenis, volgens de Hoge Raad.

In het arrest Tennet/ABB nam de Hoge Raad echter uitdrukkelijk afstand van deze beperkte invulling van de rechtsfiguur voordeelstoerekening.²⁹ De enige eisen die nu nog gelden, zijn (1) dat er een c.s.q.n.-verband bestaat tussen de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis en het genoten voordeel van de benadeelde, en (2) dat toerekening van het voordeel redelijk is 'met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maatstaf'. Daarbij mag de schuldenaar kiezen hoe hij zo'n voordeel wil kwalificeren:

- ofwel als verweer dat schade ontbreekt, in het kader van de schadebegroting op grond van art. 6:97 BW;
- ofwel als beroep op vermindering van de omvang van de – in beginsel – vergoedbare schade wegens voordeelstoerekening in de zin van art. 6:100 BW.

In beide benaderingen wordt de toestand zoals die in werkelijkheid is, vergeleken met de toestand zoals die vermoedelijk zou zijn geweest als de normschending niet had plaatsgevonden. Ongeacht de gekozen insteek gaat het er steeds om, te onderzoeken of het gepostuleerde voordeel in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat dit voordeel redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan hem kan worden toegerekend.

In X/Coop maakte het hof zoals gezegd een schatting van de vergoedbare schade door de wanprestatie van Coop jegens X. Daarbij hield het hof ten nadele van X rekening met de (deels vaststaande, deels geschatte) alternatieve inkomsten die X na de ontbinding van de franchiseovereenkomst had genoten. In cassatie betoogde X dat het hof bij de begroting van de schade zijn volledige gedeerde winst had moeten toewijzen zonder rekening te houden met X' vervangende inkomsten elders. Daartoe deed X een beroep op de beperkte uitleg van art. 6:100 BW door de Hoge Raad in Vos/TSN. De Hoge Raad volstaat met een ongemotiveerde verwerping, aangezien de klacht volgens hem niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De boodschap is niet te missen: het staat de rechter vrij om de schade te begroten met inachtneming van de – al dan niet benutte – vrijgekomen verdien capaciteit van de benadeelde. Afgaande op Vos/TSN zou dit geen vanzelfsprekende uitkomst zijn geweest.³⁰ Daar werd buiten beschouwing gelaten dat TSN na de ontbinding van de overeenkomst met Vos haar beschikbare capaciteit had ingezet voor opdrachten van derden. Dit gegeven had geen invloed op de omvang van de

gedeerde winst, en het was ook geen toerekenbaar voordeel. Want volgens de Hoge Raad waren de schade van TSN en het genoten voordeel niet uit 'een zelfde gebeurtenis' voortgevoerd.

Het is goed dat de Hoge Raad in Tennet/ABB heeft gekozen voor een ruimere invulling van art. 6:100 BW. Een gunstige financiële omstandigheid die zonder de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis niet zou zijn opgekomen, kan 'gewoon' worden meegenomen bij de schadebegroting. In dit opzicht zijn de rechtsfiguren schadebeperkingsplicht en voordeelstoerekening gelijkgetrokken. In Hovax/Regiopolitie aanvaardde de Hoge Raad al dat niet-genoten vervangende inkomsten³¹ die de benadeelde redelijkerwijs had behoren te realiseren, in mindering werden gebracht op de vergoedbare schade. Hetzelfde geldt (nu dus) ook voor de daadwerkelijk gerealiseerde winst die de benadeelde niet zou hebben behaald als de normschending achterwege was gebleven.

Hiermee is niet gezegd dat de rechter fictieve of daadwerkelijk behaalde voordelen van de benadeelde *moet* meenemen in de begroting van de schade. Immers, eigen schuld of genoten voordeel leidt alleen tot vermindering van vergoedbare schade voor zover de omstandigheden van het geval dat rechtvaardigen.³² Deze redelijkheidstoets geeft de rechter, binnen de door partijen getrokken grenzen van hun rechtsstrijd, bijvoorbeeld de ruimte om een benutte respectievelijk een onbenutte gelaten mogelijkheid tot schadebeperking toch buiten beschouwing te laten bij het vaststellen van de verschuldigde schadevergoeding. De rechter die de schade schattenderwijs begroot, heeft sowieso de vrijheid om het schadebedrag naar eigen inzicht te bepalen (mits begrijpelijk gemotiveerd).

6 Conclusie: schade beperken is beter dan schadevergoeding vorderen

Het voorgaande laat zich – zoals ik het zie – als volgt samenvatten:

1. Wie slachtoffer is van een onrechtmatige daad of wanprestatie heeft in beginsel recht op volledige vergoeding van de schade die als gevolg daarvan toerekenbaar is aan de dader. Daartoe moet de werkelijke situatie van de benadeelde worden vergeleken met de vermoedelijke situatie indien de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis was uitgebleven. Dit geldt ook als de rechter een schatting maakt van de schade.

29. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (Tennet/ABB), r.o. 4.4.3.

30. Het arrest Vos/TSN heeft een enorme hoeveelheid commentaar uitgelokt. Met name werd gediscussieerd over de vraag of de benadeelde de vrijgekomen verdien capaciteit 'straffeloos' ongebruikt kon laten op kosten van de schuldenaar.

31. Uit de overwegingen van de rechtbank in Hovax/Regiopolitie blijkt niet dat de rechtbank een onderscheid maakte tussen omzet en winst. Als de vordering tot schadevergoeding is gebaseerd op winstderving, dan komt het mij voor dat ook in het kader van een eigenschuldverweer alleen rekening mag worden gehouden met de *winst* die de benadeelde redelijkerwijs had kunnen behalen. Hetzelfde geldt voor voordeelstoerekening.

32. Weliswaar zijn de bewoordingen van art. 6:100 en 6:101 BW in dit opzicht niet gelijklopend, maar in beide bepalingen staat de redelijkheid centraal als beoordelingscriterium. De redelijkheid geldt ook als ongeschreven uitgangspunt bij de toerekening van de schade in de zin van art. 6:98 BW. Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 345 (MvA II).

2. Wie zijn schade beperkt doordat hij de vrijgekomen arbeidstijd, financiële middelen en/of productiecapaciteit zo veel mogelijk benut in plaats van deze ongebruikt te laten, die kan een beroep op voordeelstoerekening verwachten van de schuldenaar.
3. Wie echter nalaat zijn schade te beperken, hoewel dat redelijkerwijs van hem gevegd kon worden, neemt het risico dat hij met een deel van de schade blijft zitten, omdat hem in zoverre eigen schuld treft.

Voor de benadeelde heeft dit iets oneerlijks. Hij heeft niets fout gedaan. Waarom zou hij zich dan in het zweet moeten werken op straffe van verval van recht? Het antwoord is wat mij betreft: het *moet* misschien niet per se, maar waarom zou je het risico nemen? Een euro bespaard is een euro die je niet meer hoeft te vorderen van een onwillige schuldenaar in een moeizame procedure met een onzekere uitkomst. Om maar te zwijgen van de grotendeels onverhaalbare advocaatkosten.

Dit gezegd hebbende, doet de benadeelde er verstandig aan zijn schadebeperkende inspanningen (of de praktische bezwaren die maken dat deze redelijkerwijs niet van hem kunnen worden gevegd) goed te documenteren, opdat hij een 'eigen schuld'-verweer gemotiveerd kan weerleggen. Als de aangesprokene een beroep doet op voordeelstoerekening, dan kan de benadeelde daar wellicht tegenover stellen dat het gaat om inkomsten die hij slechts door aanmerkelijke eigen inspanningen en/of geheel onafhankelijk van de wanprestatie of onrechtmatige daad heeft gerealiseerd. Als de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld en niet op risico, dan kan ook daaraan een argument tegen voordeelstoerekening of eigen schuld worden ontleend. Maar uiteindelijk is het grotendeels overgelaten aan het redelijkheidsoordeel van de rechter in hoeverre de omvang van de vergoedbare schade wordt verminderd wegens omstandigheden binnen de invloedssfeer van de benadeelde. Juist vanwege deze onvoorspelbaarheid is het wat mij betreft raadzaam te handelen volgens het devies: schade beperken is beter dan schadevergoeding vorderen.