

De structuur van de voordeelverrekening (art. 6:100 BW): hoe verhoudt “*een zelfde gebeurtenis*” zich tot “*voor zover dit redelijk is*”?

Sjef van Swaaij*

In de eis van “*een zelfde gebeurtenis*” dient uitsluitend gelezen te worden – niet meer, maar ook niet minder – dat er *condicio sine qua non*-verband is tussen het voordeel dat benadeelde geniet en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

De Hoge Raad heeft méér gelezen in deze eis (met dit *csqn*-verband is nog niet “*een zelfde gebeurtenis*” gegeven). Nadeel hiervan is dat de redelijkheidstoets niet ten volle tot zijn recht komt en aldus de weg naar genuanceerde resultaten onnodig afgesneden wordt. Nadeel daarvan is voorts dat het debat niet helder en op het scherp van de snede gevoerd wordt, hetgeen ook voor de rechtsontwikkeling geen goede zaak is. Bovendien past die koers – derde nadeel – ook niet in het systeem (zoals het uit de parlementaire geschiedenis naar voren komt).

Voorts heeft het cassatiecollege ook wel mínder gelezen in genoemde eis (óndanks het ontbreken van dit *csqn*-verband is sprake van “*een zelfde gebeurtenis*”). Waar ondanks de afwezigheid van dit *csqn*-verband voordeelverrekening wenselijk is, doet men er beter aan om gewoon expliciet voorbij te gaan aan de eis van “*een zelfde gebeurtenis*”.

1. Inleiding.¹ Het selectie criterium voor deelname aan de redelijkheidstoets

1.1 Art. 6:100 BW luidt:

“Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.”

Waar geen sprake is *een zelfde gebeurtenis*, wordt niet toegekomen aan *voor zover dit redelijk is*,² en wordt daarmee evenmin toegekomen aan voordeelverrekening. Bij *een zelfde gebeurtenis* gaat het om een minimumeis.³ Wie een ander aanspreekt tot vergoeding van schade en daarop geconfronteerd wordt met een ‘art. 6:100’-verweer, doet er daarom verstandig aan om te bezien of het betreffende (beweerdelijke) voordeel niet door een ándere gebeurtenis dan de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (tekortkoming/onrechtmatige daad) opgeleverd is. Immers, als dit laatste het geval is, dan wordt het voordeel niet, ook niet gedeeltelijk, verrekend: de benadeelde mag ‘alles houden’. Daarom is van groot belang hoe *een zelfde gebeurtenis* uitgelegd moet worden.

* Mr. J.H.M. van Swaaij is advocaat (cassatiepraktijk) te Nijmegen (email: vanswaaij@vscc.nl).

1. Met hartelijke dank aan Ton Hartlief en Manon Pluymen voor zinvol commentaar in de conceptfase.

2. HR 29 september 2000, NJ 2001, 105 (Paulissen/de Staat), HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert), en HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43 (Vos/TSN).

3. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 100.

- 1.2 Het is minst genomen denkbaar dat deze eis uitsluitend inhoudt dat er *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen het betreffende voordeel en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Bij deze ‘csqn’-uitleg van *een zelfde gebeurtenis* wordt bijvoorbeeld (gewoon) bereikt dat als een automobilist vandaag blikshade lijdt door een fout van een medeweggebruiker en morgen bij de trekking van de loterij een prijs wint op een eergisteren door hem gekocht lot, een beroep op voordeelverrekening reeds afstuit op het niet voldoen aan deze eis. Ook in minder evidente gevallen vervult *een zelfde gebeurtenis* bij genoemde uitleg deze functie. Voorts zij bedacht dat de consequentie van deze ‘csqn’-uitleg niet is dat ieder voordeel dat in csqn-verband staat met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis ‘dus’ geheel of gedeeltelijk verrekend zou moeten worden met de te vergoeden schade. Immers, slechts *voor zover dit redelijk is*, moet er verrekend worden.
- 1.3 Intussen is ’s Hogen Raads jurisprudentie anders: met het bestaan van genoemd csqn-verband is nog niet zonder meer *een zelfde gebeurtenis* gegeven. Al weer bijna drie jaar geleden namelijk heeft het cassatiecollege⁴ voor *een zelfde gebeurtenis* (impliciet) een additionele eis gesteld. Het gegeven dat in casu aan deze extra eis niet voldaan was, impliceerde volgens de Raad dat, ondanks dat genoemd csqn-verband bestond, geen sprake was van *een zelfde gebeurtenis*. Deze koers heeft nadelen, zoals hierna (§ 7) nog uiteengezet wordt. Deze nadelen wegen niet op tegen mogelijk vermeende voordelen. Meer recent heeft de Hoge Raad beslist⁵ dat het ontbreken van genoemd csqn-verband niet hoeft te betekenen dat geen sprake is *een zelfde gebeurtenis* (§ 11 infra); in casu werd expliciet beslist dat ondanks dit ontbreken het betreffende voordeel (gewoon) verrekend moest worden.
- In het navolgende wordt uiteengezet dat correctie van de koers van de Hoge Raad wenselijk is. De eerste correctie die hier bepleit wordt, bestaat hierin, dat met csqn-verband tussen voordeel en aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis *een zelfde gebeurtenis* gegeven is. De voordelen van deze correctie zijn spiegelbeeldig aan de zo-even vermelde nadelen, zoals hierna (§ 10) geadstrueerd wordt.
- De tweede, hier bepleite koerscorrectie houdt in dat, waar soms óndanks afwezigheid van genoemd csqn-verband aangenomen wordt dat sprake is van *een zelfde gebeurtenis* – voorlaatste alinea – gewoon expliciet een uitzondering aanvaard wordt op resp. voorbijgegaan wordt aan *een zelfde gebeurtenis*: het ontbreken van csqn-verband impliceert weliswaar dat geen sprake is van *een zelfde gebeurtenis*, maar bij wijze van uitzondering wordt het voordeel (toch) verrekend binnen het kader van art. 6:100.

2. **De leer van de *condicio sine qua non***

Een instructieve en compacte uiteenzetting van de leer van de *condicio sine qua non* staat in een vorig jaar met succes verdedigd Gronings proefschrift over strafrechtelijke causaliteit; blijkens de ondertitel behelst het een vergelijking van de strafrechtelijke redelijke toerekening met die in het privaatrecht.⁶ In deze onlosmakelijk met Von Buri verbonden leer is als oorzaak aan te merken ieder element dat niet weggedacht kan worden

4. HR 10 juli 2010, NJ 2011, 43 (Vos/TSN).

5. HR 29 april 2011, RvdW 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia).

6. Witjens, Strafrechtelijke causaliteit. De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht, 2011, blz. 3-24. Zie over die leer ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II, nrs. 47 e.v.

zonder dat daarmee tevens het gevolg wegvalt; met de csqn-test controleert men door vergelijking met een hypothetische toestand of causaal verband aanwezig is. Nu zijn er zeker gevallen waarin de rechter ondanks een negatieve testuitslag gedaagde ter zake van de betreffende tekortkoming/onrechtmatige daad toch maar ‘gewoon’ veroordeelt tot het vergoeden van gevorderde schade. Hierbij zij (bijvoorbeeld) gedacht aan het in Bloembergens dissertatie⁷ genoemde voorbeeld⁸ waarin A en B ieder afzonderlijk een bosbrand veroorzaken, beide branden zich verenigen tot één grote brand, deze het huis van een derde vernietigt, en waarin deze vernietiging er ook zou zijn geweest indien alleen A of alleen B ‘zijn’ bosbrand gesticht had. Bovendien zij daarbij bedacht dat in de T.M.⁹ – genoemd wordt hier het geval dat iemand door een onrechtmatige executie gedood wordt door een aantal schoten van een peleton en waarbij die schoten elk voldoende waren om de dood te doen intreden¹⁰ – expliciet van de gedachte uitgegaan wordt dat het ontbreken van csqn-verband tussen aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet steeds aan aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan. Met zoveel woorden wordt daar vermeld dat de csqn-test in sommige gevallen tekortschiet en dat positief causaal verband aangenomen moet worden ofschoon de schade ook zonder de betrokken gebeurtenis ingetreden zou zijn.¹¹ Dergelijke gevallen zijn evenwel bepaald geen standaardgevallen; zij mogen, althans in zeker opzicht, gerust als bijzonder gekwalificeerd worden.

3. **De eis van “een zelfde gebeurtenis” in art. 6:100 als eis van csqn-verband tussen voordeel en schadeveroorzakende gebeurtenis**
- 3.1 Vooropgesteld zij dat pas toegekomen wordt aan de vraag of voldaan is aan *een zelfde gebeurtenis*, indien in de zin van art. 6:100 sprake is van een *voordeel*; dit is niet het geval als de schuldeiser louter fictief een voordeel genoten heeft.¹²
- 3.2 Op *een zelfde gebeurtenis* ziet HR 29 september 2000, NJ 2001, 105 (Paulissen/de Staat). Aannemer Paulissen graaft in het kader van bodemsanering op het terrein van de voormalige gasfabriek te Tilburg ernstig vervuilde grond af. Deze grond deponceert Paulissen vervolgens echter op een terrein in de gemeente Alphen en Riel dat daardoor vervuild wordt met als gevolg dat het gesaneerd moet worden. Na sanering van laatstgenoemd terrein eist de Staat van Paulissen vergoeding van de saneringskosten. Paulissen doet een beroep op art. 6:100 BW en stelt daartoe dat de Staat zich kosten bespaard heeft op ‘Tilburg’, aangezien dit terrein veel lastiger te saneren was dan dat terrein in Alphen en Riel. Het Hof wijst dit beroep op voordeelsverrekening oerekening af. De Hoge Raad fiatteert dit.¹³ Hiertoe verwijst hij naar de conclusie (§ 10) van zijn A-G De Vries Lentsch-Kostense, die schrijft dat geen sprake is van *een zelfde gebeurtenis*: het

7. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht, 1965, blz. 228-229.

8. Uiteraard ook genoemd bij Witjens, t.a.p., blz. 87.

9. T.M., Parl. Gesch. Boek 6, blz. 340.

10. Let wel: dit is een andere casus dan het in de T.M., Parl. Gesch. Boek 6, blz. 346, met betrekking tot art. 6.1.9.4a O.M. (de voorloper van art. 6:99 BW) genoemde geval waarin twee personen onvoorzichtig in dezelfde richting schieten en iemand door één kogel geraakt wordt, en waarin niet vaststaat wie van de schutters de schade veroorzaakt heeft.

11. Zie vorige voetnoot.

12. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 122 (Van Straaten c.s./Brandts c.s.).

13. HR 29 september 2000, NJ 2001, 105 (Paulissen/de Staat).

deponeren in Alphen en Riel is de onrechtmatige, schadeveroorzakende gedraging en *deze* gedraging als zodanig heeft voor de Staat geen besparing opgeleverd. Immers, eerst graaft Paulissen te Tilburg in het kader van de sanering aldaar verontreinigde grond af en vervolgens pleegt deze aannemer een onrechtmatige daad door op een terrein elders (Alphen en Riel) die vervuilde afgegraven grond te deponeren. Een csqn-verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (dus: deponeren van die afgegraven grond te Alphen en Riel) en het litigieuze voordeel ontbreekt hier. De schade immers is ontstaan door genoemde onrechtmatige daad, niet door het afgraven als zodanig van de verontreinigde grond te Tilburg. Hartkamp en Sieburgh¹⁴ vermelden onder verwijzing naar dit arrest dat de Hoge Raad de in art. 6:100 BW neergelegde eis van een zelfde gebeurtenis “*streng*” neemt, maar dit arrest levert voor die conclusie geen krachtig argument op.

- 3.3 Wél doet dit het volgende arrest – het andere waar Hartkamp en Sieburgh¹⁵ die conclusie op baseren –: HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert). Van Uitert koopt een verhuurd appartementencomplex van De Preter. Pas ruim twee jaar na de daarvoor overeengekomen uiterlijke datum neemt Van Uitert af. Door De Preter aangesproken tot betaling van de wettelijke rente over de koopprijs, beroept Van Uitert zich op voordeelverrekening, daartoe aanvoerende dat De Preter nog ruim twee jaar de huurpenningen geïncasseerd heeft. Aan het slagen van dit verweer staat volgens de Hoge Raad in de weg (niet alleen het ‘wettelijke rente’-art. 6:119 BW met zijn *fixum*¹⁶), maar ook):

“De gebeurtenis waaruit voor De Preter het voordeel van voortgezette ontvangst van huurpenningen voortvloeide - te weten de niet-nakoming door Van Uitert van haar afnameverplichting - is immers niet dezelfde gebeurtenis als die welke de oorzaak is van de schade waarvan De Preter vergoeding vordert, namelijk de vertraging in de betaling van de koopprijs.”

Weliswaar bestaat csqn-verband tussen het door Van Uitert niet voldoen aan de afnameverplichting en het uit het door De Preter gecontinueerd innen van de huur bestaande voordeel (want zou Van Uitert wél afgenomen hebben, dan had De Preter vanaf dat moment geen recht meer op huurbetaling). Maar er is geen csqn-verband tussen dit niet-afnemen als zodanig en de (door art. 6:119 BW op de wettelijke rente gefixeerde) vertragingsschade die de Preter lijdt ter zake van het uitblijven van betaling van de koopprijs. Immers, hoezeer dat vaak ook (zeer) onverstandig/onpraktisch zal zijn – en een verstandig advocaat het zal afraden –, is het nu eenmaal op zichzelf mogelijk om vooralsnog niet af te nemen en intussen wél ‘gewoon’ de integrale koopprijs te betalen.

4. **De eis van csqn-verband tussen voordeel en schadeveroorzakende gebeurtenis alleen stelt soms onvoldoende beperkingen aan verrekening van voordeel**
Na een aanrijding met blikshade als gevolg komt de benadeelde een uur later in het Concertgebouw en omdat hij nu de zoveelste bezoeker is, wint hij een geldprijs die hij niet

14. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 100.

15. Zie vorige voetnoot.

16. Zie over het *fixum* o.a. Van Swaaij, Wettelijke rente, compensatoire interessen, en buitengerechtelijke kosten. HR 14 januari 2005, RvdW, 2005 (Ahold c.s./Staat) en HR 14 januari 2005, LJN AR2760, JOL 2005, 17, *Bedrijfsjuridische berichten*, 2005, blz. 119-123. Zie recentelijk voorts HR 8 juli 2011, NJ 2011, 309.

gewonnen had als hij conform zijn planning (zonder ongeval) was gearriveerd. De laedens doet een beroep op voordeelverrekening. De gelaedeerde kan niet met juistheid aanvoeren dat tussen deze prijs en de aanrijding csqn-verband ontbreken zou. Niettemin kan hier minst genomen geaarzeld worden of het wel wenselijk is dat dit voordeel in mindering zou moeten komen op de te vergoeden schade.¹⁷

De eis van csqn-verband als zodanig biedt begrenzing aan de voordeelstoerekening, doch doet dit onvoldoende, zodat een criterium nodig is dat nadere beperkingen stelt.¹⁸

5. **Wat binnen art. 6:100 is het meest geschikt om nadere beperkingen te stellen?**

Nadere beperkingen kunnen aangebracht worden met behulp van *een zelfde gebeurtenis* en/of met *voor zover dit redelijk is*. De eis van een zelfde gebeurtenis voert al een taak uit die hierin bestaat, dat voordeel dat niet in csqn-verband staat met de schadeveroorzakende gebeurtenis niet voor verrekening in aanmerking komt. Dé kandidaat om genoemde nadere beperkingen te stellen en bovendien om dit exclusief, als enige, te doen is (uiteeraard) *voor zover dit redelijk is*. Dit impliceert als zodanig niet dat *een zelfde gebeurtenis* ‘dus’ niet tevens nog een tweede, andere taak zou kunnen vervullen (dus: die tot het stellen van nadere beperkingen), maar het ligt niet voor de hand om *een zelfde gebeurtenis* deze andere taak te laten vervullen.

Bedeelt men aan *voor zover dit redelijk is* exclusief die ‘nadere beperkingen stellen’-taak toe, dan is er geen overlapping en daarmee evenmin potentiële verwarring (‘Wie doet wat?’).

Nadat *een zelfde gebeurtenis* alleen het voordeel eruit gehaald heeft dat er ook zónder de schadeveroorzakende gebeurtenis wel zou zijn, wordt door *voor zover dit redelijk is* de tweede – de echte – selectie verricht: voordeel dat door deze selectie komt, wordt in mindering gebracht op de te vergoeden schade.¹⁹

Zo’n systeem houdt het in elk geval al helder en overzichtelijk. Tevens past het goed bij de tekst en (daarmee) de structuur van art. 6:100.

Bovendien heeft dat systeem nog een ander sterk pluspunt, namelijk dat van de mogelijkheid om tot genuanceerde resultaten te komen. ’s Hogen Raads uit juli 2010 daterende arrest Vos/TSN, waarin niet van dit systeem is uitgegaan, illustreert de voordelen van dit systeem.

6. **Vos/TSN: csqn-verband tussen voordeel en schadeveroorzakende gebeurtenis niet voldoende voor “een zelfde gebeurtenis” – een additionele eis**

TSN en Vos zijn op 1 oktober 1999 voor een periode van ten minste vijf jaar een overeenkomst aangegaan met betrekking tot de reparatie en het onderhoud door TSN van aan Vos toebehorende opleggers met een minimum van 500 opleggers per jaar. Bij brief van 27 augustus 2001 verklaart Vos dat zij de overeenkomst opzegt dan wel buitengerechtelijk ontbindt. Deze verklaring heeft rechtens niet het daarmee beoogde rechtsgevolg gehad, maar *de facto* krijgt TSN krijgt geen opleggers meer aangeboden. TSN vordert

17. Köster, Preadvies NJV, 1959, blz. 253, en Bolt, Voordeelstoerekening, Groningse diss., 1989, blz. 12.

18. Bolt, t.a.p., blz. 12.

19. Zie ook Hijma, NJ-noot (§ 10) onder het arrest Vos/TSN (NJ 2011, 43).

gedeeltelijke ontbinding en vergoeding van haar schade (art. 6:277 lid 1²⁰). Vos voert het verweer dat TSN winst gerealiseerd heeft uit vervangende omzet en dat deze winst als voordeel verrekend moet worden. Hierbij stelt Vos dat de capaciteit van TSN door de overeenkomst met Vos volledig was gevuld, en dat er geen ruimte was voor uitbreiding. Het Hof verwerpt dit verweer, daartoe oordelende dat indien TSN inderdaad ander werk heeft weten aan te trekken waarvoor bij continuering van het contract met Vos geen ruimte was geweest, dit primair het gevolg is van de daarop door TSN gerichte inspanningen. De Hoge Raad²¹ oordeelt (rov. 3.7):

“Voor voordeelstoerekening is aanleiding als een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel heeft opgeleverd (art. 6:100 BW). In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de - op de tekortkoming van [eiseres] gebaseerde - ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel vloeien dus in beginsel niet voort uit "een zelfde gebeurtenis" in de zin van art. 6:100 BW.”

Volgens de Hoge Raad derhalve gaat het hier niet om *een zelfde gebeurtenis*. Hoezeer ook deze gebeurtenis onmiskenbaar een *condicio sine qua non* is voor dit voordeel, is dit volgens de Raad niet opgeleverd door de gebeurtenis die tevens de schade van TSN veroorzaakt heeft. Dit beargumenteert het cassatiecollege aldus, dat het voordeel gerealiseerd is uit behaalde winst in het kader van “*nadien*” (ná Vos’ tekortkoming) als gevolg van eigen inspanningen van TSN gesloten overeenkomsten met derden, welke inspanningen de Raad typeert als de gebeurtenis die het voordeel opgeleverd heeft. Deze eigen inspanningen ziet de Hoge Raad als *causa proxima*²² (= dichtstbijzijnde/meest naastgelegen oorzaak).

Dat deze inspanningen dateren van ná Vos’ tekortkoming, doet intussen niet aan af het gegeven dat het voordeel er zonder de op de tekortkoming gebaseerde ontbinding niet geweest zou zijn, en dat dit voordeel (dus) in *csqn*-verband staat met de tekortkoming. De gebeurtenissen staan niet naast elkaar maar ‘achter elkaar’; schade en voordeel hebben een gemeenschappelijke bron.²³ Ten onrechte derhalve poneert Broeren²⁴ de (overigens ook niet onderbouwde) stelling dat het *csqn*-verband “*doorbroken*” zou worden door genoemde eigen inspanningen.

De Hoge Raad zoekt het derhalve in de causaliteit.²⁵ Het is immers *een zelfde gebeurtenis* waarmee het cassatiecollege nadere beperkingen aanbrengt. Hij bedeeft aldus niet aan *voor zover dit redelijk is* de exclusieve taak toe om nadere beperkingen te stellen. De door de Hoge Raad gevaren koers heeft nadelen.

20. Art. 6:277 lid 1: “Wordt een overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbonden, dan is de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd, verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt, doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt.”

21. HR 10 juli 2010, NJ 2011, 43.

22. In deze zin ook Hijma in zijn NJ-noot (§ 8) onder het arrest.

23. Formulering ontleend aan Hijma, t.a.p., § 8. Zie ook Lindenbergh, WPNR 2010, 6867, blz. 909.

24. Broeren, Bedrijfsjuridische berichten, 2009, blz. 226.

25. Drion, NJB 2009, blz. 2337.

7. **De nadelen van het voor “een zelfde gebeurtenis” méér eisen dan alleen csqn-verband**

7.1 De deur naar genuanceerde resultaten zit op slot. In een casus als die van Vos/TSN wordt het voordeel in zijn geheel niet verrekend met de te vergoeden schade. Immers, de Hoge Raad effectueert zijn *causa proxima*-benadering, waarmee hij de nadere beperking aanbrengt, binnen *een zelfde gebeurtenis*, zodat het voordeel, hoezeer het ook in csqn-verband staat met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, reeds op voorhand niet op kan gaan voor de *voor dit redelijk is*-toets. Dit terwijl er minst genomen prima facie wat voor te zeggen valt om (afhankelijk uiteraard van alle relevante omstandigheden) een gedeelte van het voordeel wél in mindering te brengen op de te vergoeden schade. Zo wijzen niet de eersten de besten erop dat het onwenselijk is dat een schuldeiser die een jarenlange duurovereenkomst vroegtijdig weg ziet vallen ten laste van zijn schuldenaar jarenlang zou moeten kunnen duimen draaien en/of dubbel zou moeten kunnen ‘vangen’.²⁶ Bedacht zij hierbij dat hoe langer de schuldeiser van die ‘mogelijkheid’ gebruik maakt, hoe dringender de vraag wordt of van de schuldenaar nog wel gevegd kan worden dat hij onverkort schadevergoeding blijft betalen.²⁷ Wie het echter, zoals de Hoge Raad, zoekt in de causaliteit, doet de deur voor een genuanceerde oplossing dicht: *al* het voordeel blijft voor een partij als TSN en er is geen enkele ruimte voor ook maar enige reductie op de door een partij als Vos te vergoeden schade.

Kwalificeert men echter het (dus: in csqn-verband met de tekortkoming staande) voordeel als te zijn opgeleverd door *een zelfde gebeurtenis*, dan kan dit voordeel vervolgens ‘opgaan’ voor de redelijkheidstoets: *voor zover dit redelijk is*, wordt dit voordeel verrekend. De uitslag van deze toets kan, maar hoeft niet te zijn dat het voordeel in zijn volle omvang evenmin verrekend wordt. Aldus is het mogelijk dat het voordeel gedeeltelijk of integraal verrekend wordt. Daarmee liggen genuanceerde resultaten in het verschiet.

7.2 Het tweede nadeel van het met behulp van *een zelfde gebeurtenis* stellen van een nadere beperking is dat het bepaald niet bijdraagt aan de helderheid en/of overzichtelijkheid van het debat. Treffend in dit verband is de, zoals Hijma het formuleert in zijn NJ-noot (§ 12) onder het arrest Vos/TSN, “*kortaffe wijze*” waarop de Hoge Raad art. 6:100 BW ecarteert. Let wel: dit ecarteren komt per saldo slechts neer op de apodictische overweging dat de eigen inspanningen van TSN “{...} *dus* {...}” niet *een zelfde gebeurtenis* zijn als de op de tekortkoming gebaseerde ontbinding. Niet uitgelegd wordt waaróm het csqn-verband tussen de tekortkoming en het voordeel niet met zich zou brengen dat wél sprake is van *een zelfde gebeurtenis*. Zelfs een begin van uitleg ontbreekt. Indien echter nadere beperkingen uitsluitend mogelijk zijn binnen *voor zover dit redelijk is*, is degene die er daar een meent te vinden als vanzelf gehouden om zijn vondst inhoudelijk te beargumenteren, juist omdat iedereen onderkent dat wat voor de een redelijk is, dit voor de ander nog niet hoeft te zijn. Oftewel: anders dan de redelijkheidstoets, mist

26. O.a. Hartlief, WPNR 6829 (2010), blz. 94, Hijma, NJ-noot (§ 9) onder het arrest Vos/TSN, en Tjong Tjin Tai, NJB, (kroniek vermogensrecht), blz. 2170, 2009.

27. Hijma, NJ-noot (§ 12) onder het arrest Vos/TSN.

een zelfde gebeurtenis een inherente prikkel tot motiveren. De thans door de Hoge Raad gevaren koers werkt ‘ex cathedra’-beslissingen in de hand.

7.3 Ten slotte een derde, (wets)systematisch nadeel. Dit houdt nauw verband met het net als in art. 6:100 in Afdeling 6.1.10 (“*Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding*”) opgenomen art. 6:98²⁸ en komt naar voren zodra op laatstgenoemde bepaling ingezoomd wordt.

8. **Art. 6:98 stelt exclusief de beperkingen die verdergaan dan de in artt. 6:74 en 6:162 neergelegd eis van csqn-verband**

De belangrijkste verplichtingen tot schadevergoeding zijn neergelegd in het eerste lid van artt. 6:74²⁹ en art. 6:162.³⁰ Vergoed moet worden “*de*” schade die de schuldeiser “*daardoor*” (de tekortkoming) lijdt resp. “*de*” schade die de ander “*dientengevolge*” (door de onrechtmatige daad) lijdt. Ten aanzien van causaal verband als vereiste voor het aannemen van aansprakelijkheid is de heersende uitleg dat als A jegens B een onrechtmatige daad pleegt en hem daardoor schade berokkent, terwijl onafhankelijk daarvan B ook door een andere nadeeltoebrengende gebeurtenis getroffen wordt, A dan slechts de schade te vergoeden heeft die door zijn onrechtmatige daad is veroorzaakt en geen schade behoeft te vergoeden voor zover deze niet het gevolg is van die onrechtmatige daad.³¹ Heersende leer is ook dat het aannemen van oorzakelijk verband in twee stappen geschiedt: 1) eerst wordt met behulp van het csqn-vereiste bezien of de aansprakelijkheidsgrond de noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade; en 2) vervolgens vindt ex art. 6:98 BW een toetsing plaats die in de meeste gevallen ertoe dient om de aansprakelijkheid op een redelijke wijze te beperken.³²

Dat is ook aldus te verwoorden, dat weliswaar wat betreft het eerste lid van art. 6:74/6:162 door de benadeelde met succes vergoeding gevorderd kan worden van de integrale schade die in csqn-verband staat met de tekortkoming/onrechtmatige daad, maar dat art. 6:98 nadere beperkingen aanbrengt doordat het bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Steun voor deze verwoording biedt de parlementaire geschiedenis van art. 6:98. Bepaalde namelijk art. 6.1.9.4 O.M. nog dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt de schade die op het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien, bij het G.O. verscheen deze bepaling in haar huidige redactie (art. 6:98). In de M.v.A.II³³ wordt onder

28. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 341.

29. Art. 6:74 lid 1 BW: “Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.”

30. Art. 6:162 lid 1 BW: “Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.”

31. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II*, 2009, nr. 47, blz. 37.

32. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II*, 2009, nr. 50, blz. 39.

33. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 340.

verwijzing naar arresten waarin de Hoge Raad de leer van de redelijke toerekening aanvaard heeft (o.a. dat van 20 maart 1970, NJ 1970, 251) vermeld (cursivering toegevoegd):

“In het stelsel van het ontwerp lag de eis van causaal verband opgesloten in elk van de artikelen waarop een wettelijke verplichting tot schadevergoeding kan berusten, zoals in de artikelen 6.1.8.1 [art. 6:74, SvS] en 6.3.1 [art. 6:162, SvS] lid 1 in de term “dientengevolge”. [N.B. In art. 6.1.8.1 stond niet de huidige term “daardoor”, doch inderdaad “dientengevolge”, SvS] *Daarnaast* stelde artikel 4 *als afzonderlijk vereiste* dat de schade met voldoende graad van waarschijnlijkheid {...} Het gewijzigd ontwerp laat deze voorzienbaarheidseis vallen en zoekt in het onderhavige artikel aansluiting bij de algemene regels betreffende causaal verband die zich sedert het verschijnen van het ontwerp in de rechtspraak hebben ontwikkeld.”

Dat de M.v.A.II inderdaad daaraan steun biedt, komt (ook) hieruit naar voren, dat in dit citaat (1^e zin) met “*causaal verband*” op csqn-verband gedoeld wordt. In de T.M.³⁴ namelijk wordt – zonder dat daarop in de M.v.A.II kenbaar teruggekomen wordt – geëxpliciteerd:

“De gebruikelijke formulering van het eerste criterium is deze, of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis “condicio sine qua non” van de schade is {...} Het is deze toetsing, die steeds moet worden uitgevoerd, wanneer het ontwerp causaal verband eist; in de tekst wordt dit meestal aangeduid door een woord als “dientengevolge” (zie b.v. de artikelen 6.1.8.1 en 6.3.1).”

Met andere woorden, bij gebreke van een bepaling als dit art. 6:98 zou een rechter die het toch wat al te gortig vindt (resp. die meent dat het voorbij hetgeen redelijk is zou gaan) om een op zichzelf in csqn-verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis staande schadepost toe te wijzen, zich in de bocht moeten wringen, dat het bij deze post niet om schade zou gaan die de schuldeiser in de zin van art. 6:74 “*daardoor*” lijdt. Dit wringen wordt overbodig gemaakt door art. 6:98 BW. Dit maakt het de rechter mogelijk om in zijn vonnis (gewoon) expliciet te oordelen dat een schadepost weliswaar in *csqn*-verband staat met de betreffende tekortkoming en dat het bij deze post derhalve gaat om schade die de schuldeiser in de zin van art. 6:74 lid 1 BW “*daardoor*” lijdt, maar dat uit art. 6:98 nu eenmaal volgt dat de schuldenaar deze post niet hoeft te vergoeden.

In dit stelsel wordt de vraag naar de gegrondheid van een verweer van een wanprestant dat de tekortkoming bijvoorbeeld weliswaar in csqn-verband staat met de schadepost waarvan zijn schuldeiser vergoeding vordert, maar geen *causa proxima*-oorzaak van de schade is, uitsluitend beantwoord aan de hand van het in art. 6:98 neergelegde criterium. Die vraag wordt (dus) niet beantwoord door na te gaan of het bij die post wel gaat om schade die de schuldeiser in de zin van art. 6:74 lid 1 BW “*daardoor*” lijdt: dit is immers ‘slechts’ een (reeds met positief resultaat afgelegde) csqn-test.

34. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 338.

9. **Een soortgelijke functie als art. 6:98 voor de ‘voor zover dit redelijk is’-toets**

Hypothese: zoals art. 6:98 zich (extern) verhoudt tot *daardoor/dientengevolge* in art. 6:74/6:162, zo verhoudt *voor zover dit redelijk is* in art. 6:100 zich (intern) tot *een zelfde gebeurtenis*. Zou men art. 6:98 schrappen, dan zou in beginsel ieder in csqn-verband met de tekortkoming/onrechtmatige daad staand nadeel (wat betreft art. 6:74/6:162) integraal vergoed moeten worden. Zou men uit art. 6:100 *voor zover dit redelijk is* schrappen, dan zou daarvan in beginsel de consequentie zijn dat verrekend moet worden *ieder* voordeel dat in csqn-verband staat met de gebeurtenis die ook de schade opgeleverd heeft.

Te dezen is van belang dat art. 6.1.9.5 O.M. gelijkkluidend is aan art. 6:100 BW.³⁵ Derhalve werkte art. 6.1.9.5 reeds van meet af aan met *voor zover dit redelijk is* en bepaalde het niet, in plaats daarvan, dat voordeel bij het vaststellen van de te vergoeden schade slechts in rekening gebracht wordt voor zover dit voordeel – vgl. art. 6.1.9.4 O.M (dus: de voorloper van art. 6:98 BW) – op het tijdstip van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg ervan te voorzien was.

Van veel groter belang is dat het er, gezien de betekenis van csqn-verband die in het O.M. en de M.v.A.II aan “*dientengevolge*” (artt. 6.1.8.1 en 6.3.1, de voorlopers van art. 6:74 en 6:162) toegekend wordt, op gehouden mag worden dat met “*Heeft een zelfde gebeurtenis {...} tevens voordeel opgeleverd*” in art. 6.1.9.5 beoogd is om (evenzeer) tot uiting te brengen dat er csqn-verband moet zijn – niet meer dan dit – tussen het betreffende voordeel en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis.

Wat is hiervan de implicatie? Deze: in het arrest Vos/TSN met zijn in het kader van *een zelfde gebeurtenis* gestelde causa proxima-eis wordt aan *een zelfde gebeurtenis* een uitleg gegeven die (althans met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) haaks staat op de in de parlementaire geschiedenis daaraan toegekende betekenis.

Weliswaar is dit gegeven als zodanig (mogelijk) geen dwingend argument om te komen tot koerscorrectie. Maar de koers zoals deze thans gevaren wordt door het cassatiecollege, brengt ook nog eens de hiervóór (§ 7) vermelde nadelen met zich. Derhalve is deze correctie nodig.

10. **De voordelen van het in “*een zelfde gebeurtenis*” uitsluitend de csqn-eis lezen**

Hetgeen gewonnen wordt met een bijstelling van de koers is spiegelbeeldig aan resp. bestaat in afwezigheid van genoemde nadelen. De winst is mitsdien minst genomen substantieel (§§ 10.1 t/m 10.3 infra). Een tegenwerping zou kunnen zijn dat het bij de redelijkheidstoets om een ‘vage’ norm gaat die geen houvast biedt. Uiteraard moet men hier (zien te) komen tot ‘toepasbare’ gezichtspunten of (sub)regels, maar in elk geval zij meteen onderkend dat, waar het (dus) gaat om het stellen van beperkingen die verder gaan dan die van de eis van csqn-verband tussen voordeel en aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, *een zelfde gebeurtenis* al helemaal geen en in geval al niet méér houvast biedt dan de redelijkheidstoets.

35. Met dien verstande dat eerstgenoemde bepaling spreekt van “*eenzelfde gebeurtenis*”. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, 2009, nr. 101.

- 10.1 Met een koerswijziging is gewonnen dat genuanceerde resultaten mogelijk worden die thans (soms) niet bereikbaar zijn. Voordeel dat in csqn-verband staat met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, wordt wél steeds (gewoon) onderworpen aan de *voor zover dit redelijk is*-toets. Voor *een zelfde gebeurtenis* immers is bij de hier bepleite correctie steeds louter csqn-verband nodig, zodat er geen ruimte is voor een additionele eis (die bij het niet daaraan voldoen impliceert dat het voordeel niet mag opgaan voor de redelijkheidstoets). Hetgeen men bij de thans gevaren koers voor *een zelfde gebeurtenis* bovenop csqn-verband eist, kan men, zo men wil, tot decisieve factor maken bij *voor zover dit redelijk is*, of kan men een (belangrijke/zwaarwegende) factor laten zijn bij deze redelijkheidstoets. Resultaten die genuanceerde oplossingen behelzen voor een casus als die van Vos/TSN worden in elk geval mogelijk.
- 10.2 Het tweede winstpunt betreft transparantie en bevordering van de helderheid van het debat. Want bij de hier bepleite correctie is manifest waar de strijd geleverd wordt om voordeel dat in csqn-verband staat met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis: het slagveld wordt uitsluitend gevormd door *voor zover dit redelijk is*. Het is hier niet anders dan bij het debat over de vraag of schade die in csqn-verband ondanks het bestaan van dit verband voor vergoeding in aanmerking komt (art. 6:98). Als argumenten die niet de vraag betreffen of het csqn-verband er is hout snijden, dan doen zij dit niet bij *eenzelfde gebeurtenis* (art. 6:100) en evenmin bij *daardoor* (art. 6:74)/*dientengevolge* (art. 6:162), doch uitsluitend op weegschalen waar het gaat om de redelijkheid: *voor zover dit redelijk is* (art. 6:100) resp. *art. 6:98*.
- Partijen en de rechter worden bij zo'n correctie meteen ook veel hartelijker uitgenodigd om te motiveren waaróm nu eigenlijk precies een *causa proxima*-benadering gevolgd zou moeten worden. De uitslag van de redelijkheidstoets vergt immers van nature explicatie (dus: reeds gezien de notie dat wat voor de ene persoon redelijk is, dat voor de andere persoon niet hoeft te zijn). Het relevante partijdebat betreft niet de het blikveld beperkende, vertroebelende welles nietes-vraag of er in casu al dan niet 'een zelfde gebeurtenis' is, doch de meteen al op meer dimensies wijzende vraag naar wat nu eigenlijk redelijk is.
- Wat betreft de explicatie door de rechter is in dit verband illustratief HR 1 oktober 2010, RvdW 2010, 1120 (Verhaeg/Jenniskens). In casu leidde een arbeidsongeval waarvoor Jenniskens aansprakelijk was tot amputatie van een arm van Verhaeg net boven de elleboog. Hij ontvangt een uitkering onder een door Jenniskens ten behoeve van haar werknemers afgesloten ongevallenverzekering. In deze zaak gaat het uitsluitend om de vraag waar de redelijkheidstoets toe leidt. In rov. 5.3.6 van dit arrest reikt de Hoge Raad (gewoon³⁶) een zestal punten aan dat bij de redelijkheidstoets in aanmerking genomen moet worden.
- En hoe had de Hoge Raad het bijvoorbeeld ook kunnen doen in het arrest Vos/TSN? Als volgt:

36. Zie intussen kritisch over dit arrest: Hartlief in de Beter Burgerlijk Recht-serie in het NTBR (2011).

“Voor voordeelstoerekening is aanleiding als een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel heeft opgeleverd (art. 6:100 BW). In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de - op de tekortkoming van [eiseres] gebaseerde - ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel staan beide *condicio sine qua non*-verband met de op de tekortkoming gebaseerde ontbinding en vloeien derhalve voort uit "een zelfde gebeurtenis" in de zin van art. 6:100 BW. Daarom moet dit voordeel, voor zover dit redelijk is, overeenkomstig deze wetsbepaling in rekening gebracht worden op de door Vos aan TSN te vergoeden schade. Na cassatie en verwijzing zal onderzocht moeten worden of en zo ja in hoeverre het, eveneens in de zin van deze bepaling, “redelijk” is om dat voordeel daarop in mindering te brengen. Wat betreft dit laatste is van belang, enerzijds, dat TSN zonder genoemde eigen inspanningen dit voordeel niet genoten zou hebben, wat in beginsel impliceert dat het redelijk is om een substantieel deel van dit voordeel niet in rekening te brengen op de aan haar te vergoeden schade, aangezien dit voordeel een partij als Vos in zoverre niet aangaat, en, anderzijds, dat van een partij als TSN, die ondernemer is, verwacht mag worden dat zij in een geval als het onderhavige tracht om vervangende orders in de wacht te slepen en dat niet valt in te zien waarom bij de vaststelling van de aan een dergelijke partij te vergoeden schade in het geheel geabstraheerd zou moeten worden van de winst die deze partij uit daadwerkelijk door haar verworven vervangende orders gerealiseerd heeft, aangezien zulks te veel op gespannen voet zou staan met het uitgangspunt dat een aansprakelijke persoon verplicht is om de benadeelde vermoogensrechtelijk in de positie te brengen waarin de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis achterwege gebleven was.”³⁷

- 10.3 Ten slotte het derde voordeel. Ook dit is tweeledig van aard. Niet alleen komt de uitleg van *een zelfde gebeurtenis* overeen met de hieraan in de parlementaire geschiedenis toegekende betekenis (dus: net als bij “*dientengevolge*” csqn-verband), maar ook wordt aldus binnen Afdeling 6.1.10 consistentie bevorderd. Zoals art. 6:98 (extern) nadere beperkingen stelt aan de schade die wat betreft art. 6:74/6:162 als in csqn-verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis staat vergoed moet worden, zo stelt *voor* zover *dit redelijk is* in art. 6:100 nadere beperkingen aan hetgeen volgens dit wetsartikel, indien daaruit die vier woordjes geschrapt zouden worden, als voordeel in mindering zou komen op de te vergoeden schade (dus: ál het voordeel dat in csqn-verband staat met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis).
- Hierbij zij nog bedacht dat, waar het gaat om de beantwoording van de vraag of schade die in csqn-verband staat met een tekortkoming/onrechtmatige daad wat betreft het aansprakelijkheidsrecht voor vergoeding in aanmerking komt, de Hoge Raad, toen hij het redelijkheidscriterium aanvaardde, al weer jaren en jaren éérder de *causa proxima*-leer afgewezen had.³⁸ Deze aanvaarding van het redelijkheidscriterium kwam er wat betreft de onrechtmatige daad nadat het cassatiecollege vanaf 1927 tot omstreeks 1970 onafgebroken de – sedert de jaren zestig fel bekritiseerde – adequatie-theorie toepaste.³⁹ Vervolgens heeft hij de leer van de redelijke toerekening ook voor wanprestatie tot de zijne gemaakt.⁴⁰ Juist tegen deze achtergrond ligt het bepaald niet voor de hand om in het kader voordeelverrekening ten aanzien van *een zelfde gebeurtenis* (opeens) wél (weer) een *causa*

37. Omwille van het leesgemak zij hier geabstraheerd van het gegeven dat het Hof de juistheid in het midden had gelaten van Vos' stelling dat TSN haar capaciteit (volledig) benutte ter uitvoering van de opdracht van Vos.

38. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 54.

39. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 56.

40. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 57 t/m 60 en nr. 70.

proxima-leer te volgen. Waar immers de causa proxima-eis expliciet ‘afgeschoten’ is als zelfstandige resp. potentieel decisieve maatstaf ter beantwoording van de vraag of een bepaald in csqn-verband met de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis staand *nadeel* vergoed moet worden, ligt het niet voor de hand om die eis – zoals de Hoge Raad doet in het arrest Vos/TSN – desniettemin (weer) van stal te halen teneinde als zo’n maatstaf te dienen ter beantwoording van de gelijksoortige vraag of een bepaald in csqn-verband met die gebeurtenis staand *voordeel* in mindering komt op datgene wat ter zake van dat nadeel vergoed moet worden.

11. **Van kwaad tot erger: HR 29 april 2011, RvdW 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia)**

11.1 Het zij onderkend: de eis van csqn-verband is ook in het kader van voordeeltorekening niet geheel onwrikbaar, net zomin als hij dat is als het gaat om de vraag of schade als oorzaak van aan een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis vergoed moet worden (§ 2 supra). Op de schade die Van der Heijden lijdt doordat hij ten aanzien van vijf achtereenvolgens met Dexia gesloten effectenleaseovereenkomsten met een restschuld blijft ‘zitten’ komt in mindering het voordeel dat hij genoten heeft uit drie eerdere, eveneens achtereenvolgens door hem met Dexia gesloten effectenleaseovereenkomsten, hoezeer ook het schenden door Dexia van haar bijzondere zorgplicht bij deze drie overeenkomsten niet in csqn-verband staat met de vijf latere overeenkomsten; geen van deze latere overeenkomst staat met die schending in csqn-verband. In *RvdW 2011, 563*⁴¹ (Van der Heijden/Dexia) namelijk laat de Hoge Raad de eis van csqn-verband los, waarover zo dadelijk (§ 11.2) meer. Het gaat hier om een uitzondering op deze eis. Buiten het kader van voordeelverrekening is door de Hoge Raad ook wel een uitzondering op de csqn-verbandeis gemaakt in een proportionele context. Het cassatiecollege heeft in *NJ 2011, 250*⁴² geen csqn-verband geëist tussen de longkanker van de heer Karamus, die 28 jaar lang had gerookt, en het door hem in de uitoefening van zijn werk inademen van asbestdeeltjes op zijn werk bij Nefalit (werkgeversaansprakelijkheid), welk inademen in retrospectief met een kans van 55% deze ziekte veroorzaakt had. Die uitzondering maakt de Hoge Raad bovendien expliciet (zie recent: *NJ 2011, 251*⁴³). Kan (dus) buiten het kader van voordeelverrekening in een bijzonder geval de eis van csqn-verband tussen schade en aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis losgelaten worden, binnen het kader van deze verrekening impliceert het arrest Van der Heijden/Dexia dat in een bijzonder geval de eis van csqn-verband tussen voordeel en aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis losgelaten kan worden. In het midden kan blijven óf de uitzondering hier wel gemaakt had moeten worden. Belangrijk is namelijk het volgende punt.

11.2 Wat de wenkbrauwen behoort te doen fronsen, is de volgende overweging in het arrest Van der Heijden/Dexia (cursivering van schrijver dezes):

41. LJV BP4012.

42. HR 31 maart 2006, LJV AU6092 (Nefalit/Karamus).

43. HR 24 december 2010, LJV BO1799 (Fortis/Bourgonje).

“Door opneming van de maatstaf van "een zelfde gebeurtenis" in de wet wordt de eis gesteld dat zowel het genoten voordeel als de geleden schade een *zodanig verband* hebben met de feiten waarop de aansprakelijkheid berust, *dat het gerechtvaardigd is* dat het genoten voordeel bij het begroten van de schade wordt verdisconteerd. In de rechtspraak van de Hoge Raad ligt besloten dat aan dit vereiste strikt de hand moet worden gehouden, doch opmerking verdient dat de wetgever aan de rechter bij zijn oordeel wanneer plaats is voor voordeels-toerekening, de nodige vrijheid heeft toegekend (Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 348).”

Wat de Hoge Raad hier doet, kan gerust gekwalificeerd worden als een poging om te verhelen resp. om – vriendelijker gezegd – er maar niet de aandacht op te vestigen dat hij in dit specifieke geval niet vasthoudt aan de noodzaak van csqn-verband tussen voordeel en schadeveroorzakende gebeurtenis. Daartoe haalt het cassatiecollege de volgende manoeuvre uit: aan de eis van *een zelfde gebeurtenis* wordt een uitleg gegeven die een zodanig hoog abstractieniveau heeft, dat onder deze interpretatie ‘geschoven’ kan worden zowel 1) een geval waarin het csqn-verband aanwezig is, als 2) waarin dit verband ontbreekt, als 3) waarin voor *een zelfde gebeurtenis* (zoals in het arrest Vos/TSN) een additionele eis gesteld wordt. Immers, het gaat in die uitleg om de eis – hij staat (dus) in de geciteerde overweging – dat zowel het genoten voordeel als de geleden schade een zodanig verband hebben met de feiten waarop de aansprakelijkheid berust, dat het gerechtvaardigd is dat het genoten voordeel bij het begroten van de schade wordt verdisconteerd. Het nadeel van deze manoeuvre is dat de onjuiste suggestie gewekt wordt als zou het in de zaak Van der Heijden/Dexia niet om een bijzonder geval gaan waarin een uitzondering aanvaard wordt op de eis van csqn-verband. In stede van (gewoon) te expliciteren dát het om een bijzonder geval gaat, wekt het cassatiecollege de schijn dat hij het aanvaarden van de uitzondering tracht te verhelen. Dit door aan *een zelfde gebeurtenis* een zodanige uitleg te geven, dat het verwordt tot een diffuus begrip. Een begrip dat geen of nauwelijks onderscheidend vermogen heeft. Let wel: in het arrest Vos/TSN is *een zelfde gebeurtenis* aldus uitgelegd, dat *bovenop* csqn-verband tévens een *causa proxima* is vereist, en in het arrest Van der Heijden/Dexia komt het cassatiecollege met een interpretatie die erop neerkomt dat van *een zelfde gebeurtenis* (soms) zelfs ook sprake kan zijn als überhaupt geen csqn-verband gehaald wordt, als het voordeel ‘deze limiet niet haalt’. Niet, laat staan zonder méér, valt in te zien dat daarmee iets gewonnen zou zijn. Transparantie zou er zijn geweest, als de Hoge Raad (gewoon) uitdrukkelijk kenbaar gemaakt had dat het hier – net als bij proportionele aansprakelijkheid: NJ 2011, 250 (Nefalit/Karamus) en 251 (Fortis/Bourgonje) – om een zodanig specifieke casus gaat, dat een uitzondering gemaakt moet worden op csqn-eis en aldus op de eis van *een zelfde gebeurtenis*, die in de dezerzijds bepleite benadering (dus) uit te leggen is als pure ‘csqn-verband’-eis.

Waar de Hoge Raad oordeelt dat aan de eis van een zelfde gebeurtenis “*strikt*” de hand gehouden zou moeten worden, rijst meteen de vraag of dit dan ook zou moeten in een context als die van De Pretert/Van Uitert. Ten tijde van het wijzen van het arrest De Preter/Van Uitert was het nog maar pakweg acht jaar geleden dat het huidige BW ingevoerd is. Thans zijn wij twaalf jaar verder dan ten tijde van het wijzen van dit arrest en is de Hoge Raad – twintig jaar na die invoering – bereid om in een casus als die van het arrest Van der Heijden/Dexia een, zij het slechts impliciete, uitzondering te maken op het

vereiste van csqn-verband. Hoe zou de Raad nu oordelen in een zaak De Preter/Van Uiter? Let wel: weliswaar was er geen csqn-verband tussen het niet afnemen door Van Uiter en het gecontinueerd innen van de huur door De Preter, zodat het niet betalen van de koopprijs (dus) geen csqn was voor de vertragingsschade, maar dit niet betalen is zo nauw verbonden met dat niet-afnemen – welk niet-afnemen ingegeven was door Van Uiter's vrees voor ernstige bodemverontreiniging –, dat niet goed en in elk geval niet zonder meer valt in te zien waarom voor Van Uiter niet, doch voor Dexia wél een uitzondering op de csqn-verbandeis gemaakt zou moeten worden. Intussen dringt zich door de hiervóór genoemde manoeuvre een prangende, ongemakkelijke vraag op.

11.3 Wie immers in *een zelfde gebeurtenis* de eis leest dat sprake is van een zodanig verband, dat het *gerechtvaardigd* is dat het genoten voordeel in mindering komt op de te vergoeden schade, heeft meteen uit te leggen wat dan nog de zin is van het eveneens in art. 6:100 opgenomen *voor zover dit redelijk is*.

Deze hoogst ongemakkelijke vraag rijst in elk geval *niet* bij de hier voorgestane benadering van de verhouding tussen *een zelfde gebeurtenis* (dus: csqn-verband tussen voordeel en schadeveroorzakende gebeurtenis) en *voor zover dit redelijk is* (soortgelijke beperkingen stellende rol als art. 6:98 in zijn relatie met art. 6:74/6:162).

Wie in *een zelfde gebeurtenis* de eis leest dat sprake is van een zodanig verband, dat het *gerechtvaardigd* is dat het genoten voordeel in mindering komt op de te vergoeden schade, heeft meteen uit te leggen waarom met “*daardoor*”/“*dientengevolge*” (art. 6/74/6:162) dan niet de eis gesteld wordt dat sprake is van een zodanig verband, dat het *gerechtvaardigd* is dat de schade vergoed wordt.

Wie deze vraag aldus beantwoordt, dat deze eis al in art. 6:98 gelezen moet worden (leer van de redelijke toerekening), erkent meteen dat voor die lezing ten aanzien van een zelfde gebeurtenis geen sterke kaarten zijn. Dit ook omdat de Hoge Raad, waar hij in zijn arresten Nefalit/Karamus en Fortis/Bourgonje over de csqn-verband eist heenstapt, nu juist niet kenbaar vasthoudt resp. strikt de hand houdt aan “*daardoor*”/“*dientengevolge*”. Dat is, net als in de context van voordeelverrekening in verband met *voor zover dit redelijk is*, ook niet nodig omdat art. 6:98 resp. art. 6:101 ook kan voorkómen dat de schade integraal of gedeeltelijk vergoed moet worden.

Weliswaar wordt in de hiervóór (§ 11.2 supra) geciteerde rechtsoverweging geoordeeld dat opmerking verdient dat de wetgever aan de rechter bij zijn oordeel wanneer plaats is voor voordeelstoerekening “*de nodige vrijheid heeft toegekend*”, maar in het licht van § 9 supra ziet deze toekenning (klaarblijkelijk) op *voor zover dit redelijk is*. Men kan de parlementaire geschiedenis ook nog aldus uitleggen, dat die vrijheid tevens benut kan worden om een uitzondering te aanvaarden op de eis van *een zelfde gebeurtenis*, waarmee (dus) een csqn-eis gesteld is. Maar er is geen dan toch onvoldoende ruimte om uit die geschiedenis te destilleren dat in *een zelfde gebeurtenis* de eis neergelegd zou zijn dat sprake is van een zodanig verband, dat het *gerechtvaardigd* is dat het genoten voordeel in mindering komt op de te vergoeden schade. Dan doet men voor *voor zover dit redelijk is* tekort.

12. **Ten slotte**

In de woorden van Hijma⁴⁴ is *voor zover dit redelijk is* een stevig filter dat het nuttig noch nodig maakt om reeds aan de poort van art. 6:100 zwaar te selecteren. In het voorgaande is uiteengezet dat en waarom er verschillende redenen zijn voor twee koerscorrecties. Een eventuele reden voor de Hoge Raad om de eerste correctie niet aan te brengen zou kunnen bestaan in het gegeven dat *een zelfde gebeurtenis* als wettelijke term een zuiver rechtsoordeel is, dat in cassatie ten volle op zijn juistheid getoetst kan worden, en dat het bij *voor zover dit redelijk is* gaat om een zogeheten gemengd oordeel, dat als zijnde nauw verweven met de feiten in cassatie slechts beperkt toetsbaar zou zijn. Door het te zoeken in de causaliteit, zou de Hoge Raad dan veel beter in staat zijn om beslissingen van de feitenrechter over voordeelstoerekening te controleren. Het is echter weinig aannemelijk dat dat gegeven veel, laat staan decisief, gewicht in de schaal legt. Zo zijn er (bijvoorbeeld) genoeg gevallen waarin de Hoge Raad casseert ter zake van oordelen van feitenrechters aangaande de beantwoording van de vraag of een tussen partijen geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2/art. 6:248 lid 2), en of de billijkheid klaarblijkelijk vergt dat een contractuele boete gematigd wordt (art. 6:94 lid 1). Hierbij zij bedacht dat de Hoge Raad (ter bevordering van controle en rechtsontwikkeling) kan ‘werken’ met gezichtspunten resp. een omstandighedencatalogus. Denk in het kader van de redelijkheidstoets van art. 6:100 (wederom) aan het arrest Verhaeg/Jenniskens,⁴⁵ of van de derogerende werking bij de lange verjaringstermijn van art. 3:310 aan de omstandighedencatalogus in het arrest Van Hese/De Schelde.⁴⁶ En de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 kan in een specifieke verkeersongevallencontext zelfs met zich brengen dat de benadeelde, hoezeer deze ook een fout gemaakt heeft waarvan de schade mede een gevolg is, steeds sowieso minimaal 50% van zijn schade vergoed krijgt.⁴⁷ Nu is dit laatste mogelijk te imperatief,⁴⁸ maar het punt is gemaakt. Bedenk voorts nog dat er geen, laat staan wezenlijk, verschil is tussen de redelijkheidstoets van art. 6:100 en de ‘zodanig verband dat’-toets van art. 6:98, zoals deze uitgelegd wordt (dus: toerekening naar redelijkheid). Daarom valt niet goed in te zien dat de toetsing in cassatie een oordeel aangaande de redelijkheid van het verrekenen van een voordeel naar haar aard beperkter zou zijn dan een oordeel aangaande de toepassing van art. 6:98.

De eis van *een zelfde gebeurtenis* is een pure *condicio sine qua non*-eis: er moet csqn-verband zijn tussen het bij de benadeelde opgekomen voordeel en de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis. De koers moet aldus gecorrigeerd worden, dat voor *een zelfde gebeurtenis* niet bovenop deze csqn-eis nog een andere, additionele eis gesteld wordt. De voordelen van deze koerscorrectie zijn dat *voor zover dit redelijk is* beter uit de verf komt en dat aldus genuanceerde resultaten mogelijk zijn, dat het debat niet vertroebeld wordt, en dat art. 6:100 uitgelegd wordt op een wijze die wél past in het systeem. En waar in een bijzonder geval ondanks het ontbreken van dit csqn-verband (toch) tot voordeelverrekening beslist wordt, dient men expliciet de eis van *een zelfde gebeurtenis* los te laten. Ook deze koerscorrectie bevordert de transparantie.

44. Hijma, t.a.p., § 8.

45. HR 1 oktober 2010, RvdW 2010, 1120 (Verhaeg/Jenniskens).

46. HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

47. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink).

48. Zie o.a. de noot van CJHB onder NJ 1993, 566.