Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Back to the future: begroting van toekomstige schade aan de hand van een ijkpunt in het verleden

Bespreking van HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, RvdW 2019/933 (Gemeente Vianen/X)

Mr. P.M. Vos *

1 Inleiding

Hoe dient een rechter schade te begroten die een benadeelde partij heeft geleden en nog steeds lijdt als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad in een ver verleden? De rechter kan kiezen voor het concreet vaststellen van de schade zoals de benadeelde partij die tot (kort voor) de datum van de schadevaststelling door de rechter heeft geleden en de redelijkerwijs te verwachten toekomstige schade schatten. Een alternatief is het vaststellen van de schade aan de hand van een peildatum in tijd gelegen nabij de schadeveroorzakende gebeurtenis en de – bezien vanuit die peildatum – toekomstige schade kapitaliseren naar die peildatum, op basis van een schatting, met alle onzekerheden van dien. De 'toekomstige' schade tussen de peildatum en de dag waarop de rechter de schade vaststelt, is dan in werkelijkheid echter al geleden. Die schade zou dus best concreet, of in ieder geval concreter te bepalen zijn. Dit roept de vraag op of de rechter bij het begroten van toekomstige schade naar een peildatum in het verleden gebeurtenissen van ná de peildatum in de schadebegroting mag betrekken.

In een recent arrest boog de Hoge Raad zich over deze vraag.[1] Aanleiding was een tekortkoming van de gemeente Vianen daterend uit 1975. In dat jaar sluiten een rechtsvoorganger van de gemeente Vianen en een fabrikant van betonpalen een overeenkomst waarbij de gemeente grond aan de fabrikant verkoopt. De fabrikant koopt deze grond om daarop zijn bestaande productiecapaciteit uit te breiden. Volgens de plannen van de fabrikant zou de uitbreiding operationeel zijn per 1 januari 1976. De gemeente komt haar verplichtingen echter niet na en levering van de grond blijft gedurende lange tijd uit. Nadat de rechter tot het oordeel is gekomen dat de gemeente aansprakelijk is voor de schade van de fabrikant, start de fabrikant een schadestaatprocedure. De rechtsvordering van de fabrikant is, gelet op de ontstaansdatum en het geldende overgangsrecht, onderworpen aan het vóór 1 januari 1992 geldende BW (hierna: Oud BW).

In deze bijdrage bespreek ik eerst het arrest – een tussenarrest – van het hof (par. 2). Hierna schets ik het juridisch kader voor begroting van toekomstige schade dat naar huidig recht wordt gevormd door met name art. 6:97 en 6:105 Burgerlijk Wetboek (BW) (par. 3). Tegen deze achtergrond bespreek ik de kritiek op de peildatum-arresten (par. 4), het debat in cassatie (par. 5) en het arrest van de Hoge Raad (par. 6 en 7).

2 Het tussenarrest van het Gerechtshof Den Haag

Het hof heeft om tot een oordeel over de hoogte van de schade te kunnen komen, een drietal deskundigen benoemd en opdracht gegeven de schade van de fabrikant te bepalen.[2] De deskundigen hebben ervoor gekozen de schade te bepalen per 1 januari 1976, de dag waarop de fabriek met uitbreiding operationeel zou zijn (hierna: de peildatum). Vanuit het perspectief van de peildatum gaat het dus om toekomstige schade. De deskundigen definiëren hiertoe het SOLL-scenario (een aanduiding voor de hypothetische geldstromen van de onderneming van de fabrikant zonder wanprestatie door de gemeente) en het IST-scenario (een aanduiding voor de werkelijke geldstromen van de onderneming) en vergelijken de geldstromen in die twee scenario's met elkaar. Omdat geld in de loop der tijd steeds minder waard wordt, kapitaliseren de deskundigen de waarde van de geldstromen in de beide scenario's naar de peildatum.

Kapitaliseren betekent in dit verband het omrekenen van de waarde van een bepaalde hoeveelheid geld naar de waarde die diezelfde hoeveelheid geld op de peildatum zou hebben gehad. Dit omrekenen vindt plaats aan de hand van een percentage

* Mr. P.M. Vos is advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

1. HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, RvdW 2019/933 (Gemeente Vianen/X).

2. Hof Den Haag 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2282, JOR 2017/339.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

waarin onder meer geldontwaarding (inflatie) is verwerkt, de zogenaamde disconteringsvoet. Hoe hoger de disconteringsvoet, hoe lager het resulterende schadebedrag op de peildatum.

De deskundigen hebben bij de bepaling van de schade niet geabstraheerd van kennis van voor de hoogte van de schade relevante ontwikkelingen van ná de peildatum, maar daarvan juist gebruik gemaakt. Denk bijvoorbeeld aan de latere, werkelijke ontwikkeling van de omvang van de afzetmarkt voor betonpalen en van de productiecapaciteit van andere aanbieders van betonpalen. Zij hebben bij het kapitaliseren bovendien niet alleen de door hen bepaalde disconteringsvoet toegepast, maar daar een opslag voor ondernemingsrisico bij opgeteld. Aldus is de door de deskundigen toegepaste totale disconteringsvoet inclusief ondernemingsrisico hoger, en het resulterende schadebedrag op de peildatum dus lager dan zonder de opslag voor ondernemingsrisico het geval is. Met 'ondernemingsrisico' bedoelen de deskundigen dat het door hen met kennis van latere ontwikkelingen geconstrueerde SOLL-scenario weliswaar het meest waarschijnlijke scenario is, maar dat dit scenario bezien vanuit het perspectief van 1 januari 1976 slechts een van de vele denkbare scenario's is, zodat nog onzeker was of dit specifieke scenario zich zou materialiseren.

Nadat partijen zich schriftelijk over het door de deskundigen aan het hof uitgebrachte advies hebben uitgelaten, heeft het hof partijen en deskundigen bijeengeroepen voor een comparitie. Bij die gelegenheid hebben de deskundigen op verzoek van het hof hun advies nader toegelicht en vragen van het hof en van partijen beantwoord. Daarna wees het hof zijn tussenarrest van 8 augustus 2017. Het hof volgt daarin het advies van de deskundigen voor wat betreft de door hen toegepaste berekeningsmethode (het kapitaliseren van de geldstromen in het SOLL-scenario en in het IST-scenario naar een peildatum in het verleden, gevolgd door een vergelijking van de beide uitkomsten). Het hof wijkt echter af op het punt van de door de deskundigen toegepaste opslag voor ondernemingsrisico. Het hof laat deze opslag buiten beschouwing. Hierdoor zou de door het hof vast te stellen schade op een hoger bedrag uitkomen dan de berekening door de deskundigen.

De gemeente stelt cassatieberoep in en de fabrikant incidenteel cassatieberoep. Het cassatiemiddel van de gemeente stelt de vraag aan de orde of het hof in afwijking van het advies van de deskundigen de schade mag vaststellen zonder rekening te houden met een opslag voor het ondernemingsrisico.

Het cassatiemiddel van de fabrikant gaat verder en betoogt dat er geen peildatum in het verleden had mogen worden gekozen, omdat hij op deze manier niet zijn werkelijke schade vergoed krijgt. Volgens de fabrikant dient de schade op een zodanig bedrag te worden vastgesteld dat met dit bedrag een rendement kan worden gemaakt waarmee hij ook de in de toekomst intredende schade kan opvangen. Bij een peildatum in het verleden geldt dat het verschuldigde bedrag nu eenmaal niet is ontvangen. Dat zou moeten worden gecompenseerd door de wettelijke rente vanaf de peildatum. Echter, onder het Oud BW kende de wet nog geen samengestelde wettelijke rente (rente op rente). Bij het disconteren van het schadebedrag naar de peildatum zijn de deskundigen wél uitgegaan van rendement op rendement. Daarmee wordt niet alle schade van de fabrikant vergoed, aldus de fabrikant, en dat is niet terecht.

3 Juridisch kader

Naar huidig recht wordt het juridisch kader voor dit soort schadeberekeningen met name gevormd door art. 6:97 en 6:105 BW. Omdat de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft plaatsgevonden vóór 1 januari 1992, is ingevolge art. 173 Overgangswet (Ow) voor de bepaling van de omvang van de te vergoeden schade van na 1 januari 1992 het tot die datum geldende BW van toepassing. Art. 6:97 en 6:105 BW kwamen in het Oud BW niet voor. Het bepaalde in art. 6:97 BW en het eerste lid van art. 6:105 BW vormden vóór 1 januari 1992 al wel geldend recht.[3]

Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade dient te begroten op de wijze die het meest in overeenstemming is met de aard daarvan. De schade mag worden geschat wanneer deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Uitgangspunt is dat de benadeelde partij zo veel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin zij zou hebben verkeerd wanneer het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. De schade dient dus te worden begroot met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Om de omvang van de schade te bepalen moet daarom de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakend voorval worden vergeleken met een situatie met schadeveroorzakend voorval.[4]

Art. 6:105 BW bepaalt dat ook toekomstige schade voor vergoeding in aanmerking komt. Art. 6:105 BW laat twee opties open: het uitstellen van de begroting van toekomstige schade of toekomstige schade bij voorbaat berekenen na een afweging van goede en kwade kansen. Voor toekomstige schade geldt het bepaalde in art. 6:97 BW ook. Ook hier dient de benadeelde partij zo veel mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin zij zou hebben verkeerd wanneer het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden.[5]

Het verschil tussen begroting van al geleden schade en toekomstige schade is echter dat bij toekomstige schade niet alleen het scenario waarin het schadeveroorzakende geval wordt weggedacht een hypothetisch scenario is, maar ook het scenario waarbij het schadeveroorzakende voorval wel heeft plaatsgevonden onzeker is, omdat dit scenario in de toekomst

3. Aldus A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, NJ 2012/613 r.o. 5.3 (Derde peildatum-arrest), nr. 2.2.
4. Zie o.m. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134 m.nt. S.D. Lindenbergh (Donata/New India), r.o. 3.3.3 en HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (Griffioen/De Groot), r.o. 3.5.
5. Zie o.m. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), r.o. 5.3.

 doi: 10.5553/MvV/157457672019029012004

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

speelt. De rechter moet dan een inschatting maken van de toekomst en daarbij alle goede en kwade kansen meenemen. Kiest de rechter voor een begroting bij voorbaat en bepaalt hij de schade op een bedrag ineens, dan moeten al die toekomstige schadebedragen worden gekapitaliseerd naar een peildatum. De schade wordt dan geacht op die datum te zijn geleden. Op de peildatum neemt ook de wettelijke rente een aanvang. De gedachte is dat het vastgestelde bedrag inclusief het daarover te realiseren rendement voldoende zou moeten zijn om de in de toekomst te lijden schade uit te voldoen.

4 Kritiek op de peildatum-arresten

De keuze voor een bepaalde datum als peildatum heeft consequenties voor de vraag welke schade er al is geleden en welke schade nog toekomstige schade is. In de bewoordingen van A-G Hartlief in zijn conclusie voor Gemeente Vianen/X bepaalt die datum 'het perspectief waarmee naar de toekomst wordt gekeken', en 'kijken [we] naar de toekomst "vanuit dat moment" en daarmee vanuit de kennis en inzichten van dat moment', die 'richting geven aan de redelijke verwachtingen van de rechter'.[6]

Door te kiezen voor een peildatum die ver voor de datum van de uitspraak van de rechter ligt, ontstaat er een vreemde situatie. De rechter moet vanuit het perspectief van de peildatum een redelijke inschatting maken van toekomstige ontwikkelingen die de hoogte van de schade bepalen, terwijl hij al weet wat er werkelijk is gebeurd. Volgens A-G Hartlief leidt dit tot een gecompliceerde begroting van in wezen al ingetreden schade.

De A-G wijst erop dat de Hoge Raad onder het Oud BW een drietal arresten heeft gewezen waarin hij – kort gezegd – heeft geoordeeld dat het de rechter vrijstaat om een toekomstige schade te kapitaliseren naar een peildatum in het verleden die geruime tijd voor de datum van de uitspraak ligt.[7] In het Eerste peildatum-arrest overweegt de Hoge Raad:[8]

> '(...) Het is niet bij voorbaat uitgesloten dat als peildatum de dag van het ongeval mag worden gekozen, in het bijzonder wanneer terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden. Aan de rechter komt naar huidig recht zowel als naar het voor 1992 geldende recht met betrekking tot de wijze van begroting een grote mate van vrijheid toe, terwijl zijn beslissing te dier zake in belangrijke mate verweven is met een feitelijke waardering van de omstandigheden van het geval. In het huidige recht heeft zulks uitdrukking gevonden in art. 6:97 en 6:105 BW. Doorgaans bepaalt de rechter die de schade begroot, tevens vanaf welke dag of welke dagen wettelijke rente over de door hem toegewezen bedragen verschuldigd is. Naar huidig recht is daarbij beslissend de dag of de dagen waarop de schuldenaar ter zake van zijn verbintenis in verzuim komt, waartoe ingevolge art. 6:83, aanhef en onder b, geen ingebrekestelling vereist is, maar voldoende is dat de verbintenis voor het betreffende bedrag is ontstaan.'

In die drie zaken speelde volgens A-G Hartlief een belangrijke rol dat de benadeelde partij niet automatisch recht had op wettelijke rente. Dat was onder art. 1286 Oud BW pas het geval wanneer de benadeelde partij de wettelijke rente aan de aansprakelijke partij had aangezegd. De benadeelde partij kon niet voorspellen hoe de rechter de schade zou begroten: in één keer op een bedrag bepaald op een peildatum in het verleden waarvoor je maar één keer de wettelijke rente behoefde aan te zeggen, of periodieke betalingen waarbij voor iedere periode opnieuw wettelijke rente had behoren te worden aangezegd. Daar ging het nog weleens mis. Volgens de A-G moeten de peildatum-arresten tegen die achtergrond worden gezien: een manier om te voorkomen dat een benadeelde partij wettelijke rente misloopt omdat deze niet op correcte wijze is aangezegd.

In de peildatum-arresten stelde de Hoge Raad dat ook als de rechter kiest voor kapitalisatie per een peildatum in het verleden, het uitgangspunt blijft dat zo veel als redelijkerwijs mogelijk de werkelijke schade wordt begroot. Zie het Derde peildatum-arrest:[9]

> 'Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft evenwel uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot. Daarbij past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve, anders dan het hof oordeelde, vrij om bij kapitalisatie van blijvende en periodieke letselschade naar een lang voor zijn uitspraak gelegen peildatum, rekening ermee te houden dat het op de peildatum bestaande overlijdensrisico van de benadeelde zich tot dusver niet heeft gerealiseerd en daarom het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet te verdisconteren.'

A-G Hartlief vindt dat een inconsistente benadering omdat ex ante (begroten van toekomstige schade vanuit het perspectief van de peildatum) en ex post (begroten van al geleden schade vanuit het perspectief van het moment van schadevaststelling) door elkaar heen gaan lopen, waarmee ook de verschenen en toekomstige schade vermengd raken. Dit leidt tot onzekerheid en discussie.

De A-G geeft de Hoge Raad daarom in overweging om aan te geven dat de in de peildatum-arresten aangenomen vrijheid

6. Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:311, par. 3.10.
7. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7884, NJ 2003/6033 (Tweede peildatum-arrest) en HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest).
8. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508 m.nt. J.B.M. Vranken (Eerste peildatum-arrest), r.o. 3.5.
9. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, NJ 2012/613 (Derde peildatum-arrest), r.o. 5.3.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van de rechter om toekomstige schade te kapitaliseren naar een peildatum in het verleden beperkt is tot gevallen waarin de problematiek van de verschuldigdheid van de wettelijke rente krachtens art. 1286 Oud BW nog aan de orde is. Dan zou naar huidig recht de kapitalisatiemethode naar een peildatum alleen nog kunnen worden toegepast ten aanzien van daadwerkelijk toekomstige schade op het moment waarop de rechter de schade vaststelt. Alleen schade die ná de peildatum wordt geleden, wordt dan nog geschat en contant gemaakt tegen de peildatum.

De A-G staat hierin niet alleen. In zijn recente proefschrift heeft Hebly onder verwijzing naar de kritiek in de literatuur betoogd dat het begroten van toekomstige schade op basis van een peildatum in een (ver) verleden strijdig is met het regime van art. 6:105 BW. Volgens hem koppelt de wetgever de mogelijkheid toekomstige schade te begroten en de aansprakelijke partij te veroordelen tot een bedrag ineens aan schade die ten tijde van de vaststelling toekomstig is.[10] Bovendien heeft volgens hem:[11]

> 'de berekening tegen een kapitalisatiepeildatum in het (verre) verleden een onvermijdelijk hybride karakter (...), omdat weliswaar een schadebedrag wordt berekend per peildatum in het verleden, maar niet mag worden "weggekeken" van later optredende feiten en omstandigheden. Dit is logisch inconsistent en leidt tot onnodige onzekerheden en discussies.'

Hebly acht het daarom wenselijk dat de Hoge Raad terugkomt op de eerdere peildatum-arresten. Volgens hem dient naar huidig recht de eis te worden gesteld dat de kapitalisatie zo veel mogelijk betrekking moet hebben op schade die ten tijde van de vergoeding nog werkelijk toekomstig is. Zou de Hoge Raad inderdaad terugkomen op de peildatum-arresten op de wijze voorgestaan door Hebly en de A-G, dan zou dat betekenen dat de rechter in een vergelijkbare casus onder het huidige BW alleen de schade die de fabrikant – kort door de bocht – ná de datum van het vonnis waarin de schade wordt begroot, lijdt als toekomstige schade kan behandelen en kapitaliseren naar een peildatum in het verleden. Voor de tót de datum van het vonnis door de fabrikant geleden schade dient de rechter dan de 'gewone' route voor de begroting van geleden schade te volgen.

5 Het debat in cassatie

De gemeente klaagt dat het hof ten onrechte de opslag voor ondernemingsrisico buiten beschouwing heeft gelaten. Reden voor deskundigen om deze opslag door te voeren, was dat vanuit het perspectief van 1976 het SOLL-scenario slechts een van de scenario's was die zich mogelijk hadden kunnen verwezenlijken. Die onzekerheid vanuit het perspectief van 1976 hebben de deskundigen tot uitdrukking gebracht door in het IST-scenario en het SOLL-scenario een disconteringsvoet toe te passen met daarin die opslag voor ondernemingsrisico verwerkt. Toepassing van die opslag is volgens de gemeente juist en inherent aan de door de deskundigen toegepaste hybride (want deels ex ante en deels ex post) methode.

De A-G is het daar niet mee eens. Het hof heeft volgens hem op basis van de verklaringen van de deskundigen tot uitgangspunt genomen dat het SOLL-scenario zoals gedefinieerd door de deskundigen het meest aannemelijke/waarschijnlijke scenario is vanuit het perspectief van 1976. Hierbij is rekening gehouden met alle omstandigheden die zich na de peildatum hebben voorgedaan. Dit brengt zo veel als redelijkerwijs mogelijk de werkelijk geleden schade in beeld. Als het hof dan alsnog een risico-opslag (vanwege de onzekerheid bezien vanuit het perspectief van de peildatum) zou toepassen, dan leidt dat tot ondercompensatie.

In incidenteel cassatieberoep voert de fabrikant aan dat het onjuist is om de schade te berekenen door deze te kapitaliseren op een bedrag ineens per een peildatum die geruime tijd voor de uitspraak ligt. Door dat toch te doen heeft het hof volgens de fabrikant zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. De deskundigen hebben in hun advies aan het hof immers zelf al betoogd dat het disconteren naar de peildatum gebeurt aan de hand van een berekening waarbij wordt uitgegaan van rendement op rendement. Door de schade te berekenen per de peildatum begint de wettelijke rente te lopen met ingang van de peildatum. Omdat het Oud BW van toepassing is, zou de wettelijke rente alleen maar enkelvoudig kunnen worden toegewezen. Dat leidt tot ondercompensatie, aldus de fabrikant.

De verschillen tussen het (uiteindelijke) schadebedrag inclusief enkelvoudig berekende wettelijke rente en samengesteld berekende wettelijke rente zijn over een periode van meer dan dertig jaar gigantisch. Ter vergelijking: het bedrag inclusief enkelvoudig berekende wettelijke rente naar ultimo 2013 is € 1.973.964 en het bedrag inclusief samengesteld berekende wettelijke rente is € 15.013.608.[12] Tegen die achtergrond betoogt de fabrikant onder meer dat het hof niet voldoende heeft gemotiveerd waarom het hof wel de berekening van de deskundigen volgt, maar niet het advies van de deskundigen opvolgt om hetzij de wettelijke rente samengesteld te berekenen, hetzij het schadebedrag zodanig aan te passen dat dit bij het kapitaliseren naar de peildatum en het vervolgens weer vermeerderen met de wettelijke rente alsnog op het juiste niveau ligt.

Die mogelijkheid is volgens de fabrikant met de huidige beslissing uitgesloten, terwijl de regeling ter zake van de wettelijke rente uitsluit dat deze onder het Oud BW samengesteld wordt berekend. De A-G is het daarmee eens en concludeert op dit punt tot vernietiging van het tussenarrest van het hof.

10. M.R. Hebly, Schadevaststelling en tijd (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 98.
11. Hebly 2019, p. 99.
12. Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2019:311, par. 5.5.

 doi: 10.5553/MvV/157457672019029012004

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

6 Arrest Hoge Raad

De Hoge Raad stelt vast dat de klachten van de gemeente en de fabrikant beide in de kern de wijze van schadeberekening betreffen. Onder verwijzing naar het Derde peildatum-arrest (r.o. 5.3)[13] en voor nog niet ingetreden schade ook naar art. 6:105 lid 1 BW overweegt hij:

> 'Volgens art. 6:97 BW begroot de rechter schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Volgens vaste rechtspraak heeft de rechter bij het begroten van schade de vrijheid om de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft het uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade wordt begroot. Bij dit uitgangspunt past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over wat de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve vrij rekening te houden met feiten en ontwikkelingen die zich nadien daadwerkelijk hebben voorgedaan.'[14]

De Hoge Raad heeft voorts, anders dan voorgestaan door de A-G, geen overweging gewijd aan de vraag in hoeverre de berekening van schade naar een peildatum in het verleden voorbehouden is aan rechtsvorderingen tot schadevergoeding die onderworpen zijn aan het Oud BW.

De Hoge Raad verwerpt het incidentele cassatiemiddel van de fabrikant voor het overige wegens gebrek aan belang, omdat de vraag naar de rentevergoeding nog onderdeel kan uitmaken van het partijdebat in het vervolg van de appelprocedure.[15] De Hoge Raad verwijst naar r.o. 21 van het hof, die luidt:

> 'Omdat het een deelgeschil betreft zullen partijen nog de gelegenheid hebben om desgewenst hun schriftelijk debat over de resterende geschilpunten te vervolgen. Hoewel zij al een en ander naar voren hebben gebracht over de toepasselijke wettelijke rente, kan ook dit punt van een voortgezet debat deel uitmaken.'

Volgens de Hoge Raad ligt in deze overweging van het hof besloten dat:

> 'het hof op grond van nader partijdebat nog zal beslissen op welke wijze de per 1 januari 1976 berekende schade met wettelijke rente dient te worden vermeerderd, en of in verband met de berekening van de rente eventueel nog aanpassing van de schadeberekening noodzakelijk is'.[16]

De Hoge Raad legt het arrest van het hof op dit punt dus anders uit dan partijen en A-G Hartlief. De Hoge Raad merkt de beslissing van het hof ten aanzien van de schadeberekening aan als niet definitief. Het hof zou het schadebedrag alsnog kunnen verhogen om aan het bezwaar van de fabrikant tegemoet te komen, indien de uitkomst van het nog te voeren debat over de wettelijke rente daartoe aanleiding zou geven.

7 Slot

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de berekening van toekomstige schade naar een peildatum in het verleden waarbij gebeurtenissen van ná de peildatum in de schadeberekening worden betrokken. De Hoge Raad heeft nu – na de eerste drie peildatum-arresten – in het hier te bespreken arrest opnieuw vastgesteld dat deze wijze van berekenen is toegestaan. Ook dit arrest ziet op een vordering tot schadevergoeding waarbij de wettelijke rente van art. 1286 Oud BW van toepassing is. In zoverre bestond er in deze zaak geen directe aanleiding voor de Hoge Raad om zich uit te spreken over een beperking van art. 6:105 BW tot zuiver toekomstige schade, zoals gesuggereerd door de A-G.

Ik betwijfel overigens of de Hoge Raad in een geval waarin de vordering tot schadevergoeding onderworpen is aan het huidige recht, alsnog tot een dergelijke beperking komt. De overwegingen van de Hoge Raad verwijzen zonder enig voorbehoud op dit punt naar de huidige art. 6:97 en 6:105 BW.

De vraag is ook in hoeverre het materieel iets uitmaakt of dezelfde schade die deels al is geleden en deels nog toekomstig is, wordt berekend tegen een datum die kort voor de datum van de beslissing van de rechter ligt, of tegen een peildatum in het verleden waarbij rekening wordt gehouden met alle feiten en ontwikkelingen die zich in de periode nadien (dus tot voor de datum van de beslissing) daadwerkelijk hebben voorgedaan. Wie dat op zorgvuldige wijze doet, ontkomt er immers niet aan om in beide gevallen dezelfde feiten en ontwikkelingen in zijn schadeberekening te betrekken.

Onderdeel van de te betrekken feiten en ontwikkelingen is vanzelfsprekend ook het over de verschuldigde schadevergoeding te realiseren rendement. De factor rendement komt naar voren in zowel de vorm van de wettelijke rente die een aanvang neemt op de peildatum, als de vorm van (een onderdeel van) de disconteringsvoet. Hoewel de hoogte van de wettelijke rente in de tijd kan variëren, heeft 'schuiven' met de peildatum dus in principe niet of nauwelijks effect. Dit is slechts anders in de gevallen waarin de wettelijke rente naar het Oud BW moet worden berekend. Ter verduidelijking: de wettelijke rente en de disconteringsvoet zijn waar het de factor rendement over de (nog) niet-ontvangen schadevergoeding betreft communicerende vaten. De wettelijke rente wordt bij een vroege peildatum wel over een langere periode berekend, maar over een verder gedisconteerde en dus lagere hoofdsom. Omdat op het moment van vaststellen van de schadevergoeding de historische ontwikkeling van de wettelijke rente al bekend is, mag

13. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606 (Derde peildatum-arrest).
14. HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, RvdW 2019/933 (Gemeente Vianen/X), r.o. 3.2.
15. HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, RvdW 2019/933 (Gemeente Vianen/X), r.o. 3.6.2.
16. HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1291, RvdW 2019/933 (Gemeente Vianen/X), r.o. 3.6.2.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

worden verwacht dat in de disconteringsvoet aan de hand waarvan de hoofdsom wordt bepaald, ook de werkelijke ontwikkeling van de wettelijke rente (direct of indirect)[17] meeweegt.

In dat licht kan ik mij goed voorstellen dat de Hoge Raad ook voor gevallen waarbij de problematiek van art. 1286 Oud BW geen rol speelt, de berekening naar een peildatum in het verleden aanvaardbaar vindt. Mits inzichtelijk is welke ontwikkelingen al dan niet zijn meegenomen en waarom, zodat de uitkomst van de schadeberekening, ongeacht de weg daarnaartoe, consistent en begrijpelijk is.[18] Indien ook de ontwikkelingen die zich tussen de peildatum en het moment van de schadevaststelling hebben voorgedaan zo veel mogelijk zijn verdisconteerd in de schadeberekening, zou het voor de uitkomst immers geen verschil moeten maken welke datum als peildatum wordt gekozen. Over de periode tussen de peildatum en de vaststelling van de schade wordt dan in feite de werkelijk geleden schade berekend, maar tegen een ander moment in de tijd.

17. De hoogte van de wettelijke rente wordt bepaald aan de hand van de basisherfinancieringsrente van de Europese Centrale Bank en volgt dus de ontwikkelingen op de kapitaalmarkt.
18. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (Molenaarszoon), r.o. 3.3.2.

 doi: 10.5553/MvV/157457672019029012004