

Je krijgt de schade niet cadeau. Over aannemelijkheid van schade en over de vaststelling van schade door de rechter (instructie, schatten en verwijzen naar een schadestaatprocedure)

HR 10 december 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1842)
in perspectief

D.C. THEUNIS*

1. Inleiding

De zogenoemde meetinstructiezaken¹ – waarin een verkopend makelaar in onroerend goed heeft nagelaten het aantal vierkante meters van het te verkopen object te bepalen in overeenstemming met de richtlijnen en een te hoog aantal vierkante meters weergeeft in de verkoopbrochure – blijven de gemoederen bezighouden. Bijvoorbeeld ten aanzien van de doorwerking van private normering (de NVM-meetinstructie) bij beantwoording van de vraag of de (NVM-)makelaar al dan niet onrechtmatig heeft gehandeld, het onderscheid daarbij tussen NVM-makelaars en makelaars die niet bij de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM) zijn aangesloten² en de stelplicht- en bewijslastverdeling met betrekking tot omstandigheden die van belang zijn voor het vertrouwen dat de koper mag stellen in door de verkoopmakelaar verschaft informatie.³ De meest recente loot aan de stam betreft het hier te bespreken Hoge Raad-arrest van 10 december 2021. Het belangwekkende aan dat arrest betreft de aannemelijkheid van de vermeende schade en de wijze waarop de rechter schade dient vast te stellen indien schade aannemelijk is. Ik meen dat dit arrest dient te worden bezien naar zijn aard als meetinstructiezaak en dat men ervoor dient te waken aan de overwegingen van de Hoge Raad over bepalen van aannemelijkheid van schade door de rechter een te algemene strekking toe te kennen. Ook zou dit arrest de indruk kunnen wekken dat de genoemde wijzen van vaststelling van

schade (instructie partijen, schatting, schadestaat) willekeurig zijn. Dat zou op een misvatting berusten. Ik licht een en ander hieronder toe.

2. De feiten

Eiseres kocht in september 2011 een appartement voor € 312.500 k.k. Volgens de door de (NVM-)verkoopmakelaar uitgegeven brochure en opgave op funda.nl was de woonoppervlakte van dit appartement 125 m². De makelaar heeft nagelaten de oppervlakte te meten volgens de verplichte meetinstructie van het NVM. Gemeten volgens de NVM-instructie was de woonoppervlakte 117,3 m². Eiseres heeft het appartement in juli 2018 – na een verbouwing van ruim € 10.000 – (ten tijde van het hoger beroep in deze procedure) verkocht voor € 385.000 k.k.

Eiseres vorderde veroordeling van de verkopend makelaar tot betaling van schadevergoeding van € 25.000, bestaande uit het verschil in vierkante meters maal de prijs per m² ad € 2.500, wettelijke rente en proceskosten. De kantonrechter wees de vordering af. Hij overwoog op grond van een verklaring die was overgelegd door eiseres dat de aankoopprijs lager was dan de getaxeerde waarde en dat eiseres derhalve geen schade had geleden.

* Mr. D.C. Theunis is advocaat bij Blaisse en redacteur van dit tijdschrift.

1. Zie bijv. HR 13 juli 2018, NJ 2020/7 (*Meetinstructie I*) en HR 22 februari 2019, NJ 2020/8 (*Meetinstructie II*).

2. Vgl. ook De Witte die wijst op het onderscheid tussen woonruimte en bedrijfsruimte voor de toepasselijke aansprakelijkheidsnorm in: D.H. de Witte, 'De betekenis van de arresten Meetinstructie I en II voor de aansprakelijkheid van de makelaar bij verhuur (en verkoop) bedrijfsruimte', *TvHB* 2020, afl. 4.

3. A-G Valk wijst hier ook op in zijn conclusie voor het hier te bespreken arrest (ECLI:NL:PHR:2021:533).

3. Het oordeel van het gerechtshof over vermeende schade

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) bekrachtigde het vonnis. Het gerechtshof veronderstelde dat de makelaar jegens eiseres toerekenbaar onrechtmatig had gehandeld door in de verkoopbrochure en op funda.nl een te omvangrijke woonoppervlakte op te nemen. Het gerechtshof overwoog vervolgens dat de schade niet kan worden bepaald op een waardevermindering wegens een kleiner woonoppervlakte (in lijn met het *Meetinstructie II*-arrest⁴). Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelde – in lijn met vaste jurisprudentie en bovengenoemd arrest – voorop dat de schade dient te worden vastgesteld door middel van de ‘vermogensvergelijking’⁵ en dat het appartement in de hypothetische situatie waarin de makelaar de juiste woonoppervlakte had vermeld het appartement evenmin een oppervlakte had gehad van 125 m². De schade kan dan ook niet worden bepaald door enkel rekening te houden met een waardevermindering.

Vervolgens overwoog het gerechtshof over de aanneemelijkheid van schade en hetgeen eiseres daarover heeft aangevoerd onder meer dat eiseres had gesteld dat zij het appartement niet zou hebben gekocht als haar het juiste oppervlak was meegedeeld, maar dat zij desondanks haar schade ook in hoger beroep heeft berekend op basis van het kleinere oppervlak (wat hier niet de hypothetische situatie is op basis waarvan schade zou moeten worden bepaald). Hoewel daartoe alle aanleiding bestond, heeft zij nagelaten om, voor het geval het gerechtshof haar opvatting onjuist zou vinden, aan te duiden wat haar schade dan zou zijn en om zelfs maar een minimum van factoren te stellen waaruit dan hetzij zodanig geringer schadebedrag dan eerder gevorderd hetzij minst genomen de mogelijkheid van schade zou voortvloeien, aldus het gerechtshof.

Hiermee geconfronteerd ter gelegenheid van de comparitie in hoger beroep, is namens eiseres wel aanvullend aangevoerd dat zij anders een specifieke andere woning met een woonoppervlakte van 125 m² zou hebben gekocht, maar het gerechtshof betwijfelt dat, nu de toenmalige relatie van eiseres dat onoverkomelijk vond omdat haar ex-echtgenoot daar vlakbij in de voormalige echtelijke woning was blijven wonen. Maar ook als eiseres die woning desondanks zou hebben gekocht, dan nog heeft zij in hoger beroep, hoewel daartoe inmiddels alle aanleiding bestond, niet opgegeven voor welke koopprijs zij deze zou hebben gekocht (hoewel met betrekking tot deze woning volgens haar al een koopprijs was overeengekomen), noch welke waarde deze woning had toen zij haar eigen appartementsrecht op 11 juli 2018 heeft overgedragen. Eiseres heeft zelfs niet gesteld dat zij bij aankoop van die andere woning in financiële zin beter af zou zijn

geweest dan nu het geval is, laat staan dat zij deze (door haar niet ingenomen) stelling heeft geconcretiseerd. Zo heeft zij nagelaten haar alternatieve scenario met voldoende feiten en/of omstandigheden te onderbouwen. Om die reden heeft zij niet voldaan aan haar stelplicht met betrekking tot de door haar geleden schade, waardoor schadebegroting niet mogelijk is, aldus nog steeds het gerechtshof.

Zonder verdere aanwijzingen heeft eiseres het gerechtshof ook niet in staat gesteld de schadeomvang te schatten. Daarvoor ontbreken allerlei denkbare sleutels, aanwijzingen of aanknopingspunten. Of en zo ja in welke omvang eiseres schade heeft geleden, valt dus niet te bepalen noch ook maar enigermate betrouwbaar te schatten, aldus het gerechtshof. Het gerechtshof passeerde vervolgens het bewijsaanbod en bekrachtigde het vonnis.

4. Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad casseerde het arrest. Hij overwoog:

‘Het hof heeft bij wijze van veronderstelling tot uitgangspunt genomen dat de makelaar onrechtmatig tegenover de koper heeft gehandeld. Het heeft terecht overwogen dat daaruit volgt dat de makelaar de schade moet vergoeden die de koper als gevolg daarvan heeft geleden. Voor zover de daaropvolgende overwegingen van het hof zouden inhouden dat de koper niet aanneemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden, is dat oordeel in het licht van hetgeen de koper heeft aangevoerd zonder nadere motivering niet begrijpelijk. Voor zover die overwegingen het oordeel zouden inhouden dat wel aanneemelijk is dat schade is geleden, maar dat de vordering desondanks moet worden afgewezen omdat het hof onvoldoende gegevens had om de schade te bepalen, kan dat oordeel evenmin in stand blijven. Het hof heeft dan miskend dat het, al dan niet na nadere instructie, de schade op de voet van art. 6:97 BW had moeten schatten indien het van oordeel was dat de omvang van de schade niet nauwkeurig kon worden vastgesteld, dan wel partijen naar de schade-staatprocedure had moeten verwijzen, ook zonder dat dit uitdrukkelijk was gevorderd.’^{6,7}

5. Het feitelijk oordeel van de Hoge Raad is onbegrijpelijk

Anders dan in het arrest van de Hoge Raad ligt besloten, is het oordeel van het gerechtshof – dat eiseres niet aanneemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden – in mijn ogen goed te volgen. Eiseres heeft immers aangevoerd dat zij de woning niet zou hebben gekocht, maar het gerechtshof volgt haar daarin niet. Ik kan dat (feitelijke) oordeel goed volgen gelet op het feit dat de alternatieve woning was gelegen in de buurt van de

4. HR 22 februari 2019, NJ 2020/8 (*Meetinstructie II*).

5. Hieronder versta ik het volgens vaste rechtspraak geldende criterium dat de schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking van de feitelijke situatie (waarin de normschending heeft plaatsgevonden) met de hypothetische situatie waarin de normschending zou zijn uitgebleven (zie o.m. HR 28 juni 2019, *RvdW* 2019/791, r.o. 4.3.2, HR 22 februari 2019, NJ 2020/8, r.o. 3.4.2 en HR 26 maart 2010, *RvdW* 2010/468, r.o. 3.5).

6. Vgl. HR 7 september 2018, NJ 2018/378, r.o. 4.1.2.

7. HR 10 december 2021, NJ 2022/1, r.o. 3.2.

voormalige echtelijke woning van de toenmalige partner van eiseres, die dat onoverkomelijk zou hebben gevonden, zoals het gerechtshof ook overweegt. Los daarvan heeft eiseres niet gesteld dat zij bij aankoop van deze alternatieve woning in financiële zin beter af zou zijn geweest dan nu het geval is. Bij gebreke van een hypothetisch scenario dat in financiële zin ongunstiger is dan de actuele situatie kan van schade volgens de vermogensvergelijking (die terecht als maatstaf wordt vooropgesteld) geen sprake zijn.

De hierop volgende overweging van de Hoge Raad die ervan uitgaat dat het gerechtshof zou hebben bedoeld dat wel aannemelijk is dat schade is geleden, is in het licht van het voorgaande gekunsteld. Die redenering gaat immers niet op, omdat het gerechtshof heel duidelijk en bij herhaling overweegt dat het schade niet aannemelijk acht. Zo overweegt het gerechtshof dat appellante (eiseres) heeft nagelaten een minimum van factoren te stellen waaruit minst genomen de mogelijkheid van schade zou voortvloeien (r.o. 4.4), dat appellante niet heeft gesteld dat zij bij aankoop van de alternatieve woning in financiële zin beter af zou zijn geweest (r.o. 4.5) en dat niet valt te bepalen of (en zo ja in welke omvang) appellante schade heeft geleden (r.o. 4.6).

Bovendien miskent de Hoge Raad dat (niet alleen de omvang, maar) ook *de aannemelijkheid* van schade door schatting kan worden vastgesteld en dat het resultaat daarvan kan zijn dat de (mogelijkheid van) schade niet aannemelijk is. De Hoge Raad heeft dat in zijn arrest van 8 april 2005⁸ overwogen in het kader van een procedure tussen deelgenoten in verband met het onvolledig voorlichten van de accountants die een waardebeoordeling hebben uitgebracht over een aandeel in de gemeenschap en die geen rekening hadden kunnen houden met een koopintentieverklaring. De Hoge Raad overwoog:

‘In een geval als het onderhavige zal de rechter, ter vaststelling van dit laatste, hypothetische gegeven, aan de hand van alle beschikbare gegevens zo goed mogelijk een schatting moeten maken van het belang dat de bindend adviseurs aan de koopintentieverklaring zouden hebben gehecht, en aan de hand daarvan moeten beoordelen of aannemelijk is dat de deskundigen tot een hogere prijsvaststelling zouden zijn gekomen dan zij in feite hebben gedaan. Indien hij deze vraag bevestigend beantwoordt, dient de rechter de omvang van de schade te begroten op de voet van art. 6:97 BW.’⁹

De Hoge Raad had de overwegingen van het gerechtshof ook kunnen opvatten als het schatten van de aannemelijkheid van schade waarvan de uitkomst is dat schade niet aannemelijk is (om niet te zeggen dat mij een dergelijke lezing veel beter lijkt aan te sluiten bij het arrest van het gerechtshof dan de lezing van de Hoge Raad).

Wat daar ook van zij, de Hoge Raad wil in dit geval duidelijk de weg naar schadevergoeding openlaten en wijdt daarom overwegingen aan het geval dat de schade hier aannemelijk zou zijn. Als immers niet aannemelijk is dat schade is geleden, komt de rechter niet toe aan vaststelling van schade, ook niet door schatting of verwijzing naar een schadestaatprocedure. Voor schatting (ex art. 6:97 Burgerlijk Wetboek (BW)) dient eiser immers ten minste feiten te stellen (die komen vast te staan) waaruit het geleden zijn van schade kan worden afgeleid.¹⁰ Voor verwijzing naar een schadestaatprocedure (ex art. 612 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) is vereist dat de mogelijkheid van schade (als gevolg van de fout¹¹) aannemelijk is.¹² De eisende partij dient daartoe het nodige aan te voeren.¹³ De Hoge Raad stelt deze minimumvoorwaarde van aannemelijkheid ook consequent voorop in arresten waarin hij wijst op de mogelijkheid van schatten en verwijzing naar een schadestaatprocedure.¹⁴ A-G Hartlief spreekt in dit verband over het ‘activeren’ van de bevoegdheid tot schatting, waarvoor is vereist dat (i) aansprakelijkheid bestaat op grond van de wet, (ii) de benadeelde schadevergoeding vordert en (iii) het bestaan van schade als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gegrond, aannemelijk is.¹⁵

Ook in het onderhavige arrest bevestigt de Hoge Raad deze minimumvoorwaarde, zoals blijkt uit zijn verdere overwegingen die ervan uitgaan dat het gerechtshof zal hebben bedoeld dat aannemelijk is dat schade is geleden. De Hoge Raad heeft aan deze minimumvoorwaarde geen afbreuk willen doen, maar waarom grijpt de Hoge Raad hier in de beoordeling van de feiten in? Ik kom daar hieronder op terug.

Het gerechtshof had volgens de Hoge Raad kennelijk aannemelijk moeten achten dat schade is geleden en de schade vervolgens moeten (laten) vaststellen. Dit betekent in deze procedure dat het verwijzingshof eiseres – in vierde instantie – een nieuwe gelegenheid moet geven om haar schade aan te tonen, de schade zal moeten schatten of moet verwijzen naar een schadestaatprocedure, wat de vijfde instantie zou betekenen. Ik vraag mij allereerst af of de Hoge Raad de implicaties daarvan overziet. Hoe moet een rechter schade

8. HR 8 april 2005, NJ 2005/371.

9. HR 8 april 2005, NJ 2005/371, r.o. 3.5.

10. Zie bijv. HR 28 juni 1991, NJ 1991/746, r.o. 3.3, HR 9 juni 1995, NJ 1995/692, r.o. 3.7.3 en HR 9 december 2011, NJ 2011/601, r.o. 3.5.

11. Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘De ambivalente regeling van de schadestaatprocedure’, TCR 2008, afl. 1 die verwijst naar HR 16 januari 1981, NJ 1981/426. Daarnaast valt te wijzen op bijv. HR 8 april 2005, NJ 2005/371, r.o. 3.4 en HR 20 oktober 1995, NJ 1996/235, r.o. 3.3.

12. Zie bijv. HR 20 oktober 1995, NJ 1996/235, r.o. 3.3 – waarin het oordeel van het gerechtshof dat niet aannemelijk was dat het niet indienen van een bezwaarschrift tot enige schade heeft geleden werd begrepen als het oordeel dat de mogelijkheid van schade als gevolg van het niet indienen van een bezwaarschrift niet aannemelijk werd geacht – HR 27 november 1998, NJ 1999/197, r.o. 3.6, HR 8 april 2005, NJ 2005/371, r.o. 3.4 en HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1141, r.o. 3.1.2.

13. Zie bijv. HR 26 juni 2020, RvdW 2020/810, r.o. 3.1.2.

14. Zie bijv. HR 7 september 2018, NJ 2018/378, r.o. 4.1.2 en HR 10 december 2021, NJ 2022/1, r.o. 3.2.

15. T. Hartlief in zijn conclusie voor HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:272, ECLI:NL:PHR:2021:845, par. 3.2. Hij wijst op HR 9 december 2011, NJ 2011/601, r.o. 3.5.

schatten in een geval waarin eiseres daartoe geen aanknopingspunten aandraagt? Het gerechtshof wees er immers op dat voor schatten allerlei denkbare sleutels, aanwijzingen of aanknopingspunten ontbreken en dat het dat niet ook maar enigermate betrouwbaar kan schatten. Had het gerechtshof dan maar moeten verwijzen naar een schadestaatprocedure? De rechter in een schadestaatprocedure zou met hetzelfde euvel kampen, zodat verwijzing slechts neerkomt op het verplaatsen van het probleem. Of had het gerechtshof in plaats daarvan partijen moeten uitnodigen voor een nader schadedebat zodat eiseres de benodigde elementen alsnog zou kunnen aanvoeren?

In dat verband vraag ik mij af wat de rechtvaardiging is om een eiser die kennelijk nalatig is in het aanvoeren van schade-elementen¹⁶ daar na verwijzing in een vierde of zelfs vijfde instantie nogmaals de gelegenheid voor te geven. Eisen van stelplicht en bewijslast gelden in beginsel ook voor de vraag of er schade is en hoe hoog die dan zou zijn.¹⁷ Het verdraagt zich ook slecht met de tweeconclusieregel (art. 347 lid 1 Rv) en met het beginsel dat geschillen moeten worden beëindigd (*litis finiri oportet*). Die rechtvaardiging meen ik in dit geval te vinden in de typische problematiek die inherent is aan meetinstructiezaken en die uitgebreid wordt besproken door advocaat-generaal Valk in zijn conclusie voor het onderhavige arrest.

6. Wat meetinstructiezaken onderscheidt van andere zaken

De Hoge Raad volgt de conclusie van advocaat-generaal Valk tot vernietiging en verwijzing. In zijn zeer lezenswaardige conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:533) licht Valk de problematiek die speelt in de wat hij noemt 'meetinstructiezaken' uitgebreid toe. Die problematiek schuilt in de onzekerheid over de hypothetische situatie die bij de vermogensvergelijking moet worden vastgesteld in het kader van de vaststelling van de (vermeende) schade. Die problemen doen zich met name voor bij meetinstructiezaken, waarbij de vraag openstaat wat de koper had gedaan als hij wist dat het woonoppervlak in werkelijkheid (iets) lager was dan waar hij van uitging bij de aankoop van de woning. Die vraag impliceert een fysiologische beslissing, die afhankelijk is van meer factoren, die (deels) niet rationeel zijn (verlieft worden op een woning, wat is deze woning voor de koper waard los van de prijs, enz.). Valk wijst er terecht op dat indien vaststaat dat de verkoopmakelaar een onjuiste woonoppervlakte heeft opgegeven, daarmee slechts *de mogelijkheid* is gegeven dat de koper als gevolg van de schending van die zorgvuldigheidsnorm schade heeft geleden.¹⁸ Maar wat had de koper gedaan in het hypothetische geval waarin de verkoopmakelaar hem over het juiste aantal

vierkante meters had geïnformeerd? Daarbij zijn verschillende mogelijkheden te bedenken: (1) koper had de woning niet gekocht en had een andere woning gekocht, (2) koper had de woning niet gekocht en zou zijn woonsituatie voor aankoop hebben voortgezet, (3) koper had de woning wel gekocht, maar voor een lagere prijs, (4) koper had de woning voor dezelfde prijs gekocht; (5) als koper de woning als beleggingsobject wilde kopen, zou er een zeer breed spectrum aan alternatieven denkbaar zijn. Daarnaast wijst Valk erop dat bij deze verschillende scenario's ook nog diverse variabelen spelen die medebepalend zijn. Valk wijst bijvoorbeeld op de reden(en) waarom een koper geïnteresseerd is in de woning (waarvan het oppervlak er één van kan zijn), de beschikbaarheid van andere woningen met een gelijk of groter oppervlak, de bereidheid van koper om eventueel te zakken met de prijs, waarbij ook de beschikbaarheid van andere woningen een rol speelt, als ook de aanwezigheid van andere potentiële kopers, de beweegreden om de woning te verkopen, voor welke prijs en op welke termijn, enzovoort. Valk bespreekt vervolgens uit welke bronnen statistische gegevens kunnen worden gevonden ter onderbouwing van bovenstaande scenario's, die van belang zijn voor de stelplicht van partijen en eventuele bewijsslevering.

Valk concludeert vervolgens dat het trekken van conclusies uit statistische gegevens voor het meest aannemelijke scenario in het hypothetische geval een heikele aangelegenheid is. Hij geeft ook aan dat bewijs van wat niet heeft plaatsgevonden, maar zou hebben plaatsgevonden naar zijn aard van een andere orde is dan bewijs in gewone zin en dat ook het stellen van hypothetische feiten een heikele aangelegenheid is. Daarbij komt dat hypothetische feiten die zien op wat een bepaalde persoon onder bepaalde omstandigheden zou hebben gewild, naar hun aard extra ongewis zijn. In dat verband moet ook worden bedacht dat het proces van besluitvorming bij de koper ten minste gedeeltelijk onbewust verloopt. Daarnaast weet de koper niet hoe de verkoper zou hebben gereageerd, nu de beweegredenen van de verkoper vanuit onderhandelingsmotieven niet aan de koper worden medegedeeld, aldus nog steeds Valk.

Valk geeft aan dat aan de hand van marktwaarde weliswaar kan worden geredeneerd over aannemelijkheid van scenario's, maar dat dit wat anders is dan met enige nauwkeurigheid hypothetische feiten te stellen. Al met al concludeert hij dat indien de koper die hypothetische feiten moet bewijzen het alleszins gepast is te spreken van onbegonnen werk. Hij meent dan ook dat het in meetinstructiezaken in de regel niet voor de hand ligt dat de rechter een koper, die zich beperkt tot de stelling dat hij als gevolg van de fout van de makelaar schade heeft geleden, daarop direct afrekent en

16. Eiseres had in dit geval ten minste kunnen stellen dat zij in het hypothetische geval slechter af zou zijn, bijvoorbeeld omdat de alternatieve woning meer kostte en niet zo'n waardesprong had gemaakt als de woning die zij daadwerkelijk heeft gekocht en verkocht. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst er in zijn arrest ook op dat eiseres had kunnen aanvoeren voor welke koopprijs zij de alternatieve woning zou hebben gekocht (temeer nu zij had gesteld dat al een koopprijs was overeengekomen) of wat de waarde was van de alternatieve woning toen zij haar woning in juli 2018 verkocht.

17. Zie bijv. HR 27 november 2009, NJ 2014/201, r.o. 4.11.3 (*World Online*) en HR 8 juli 2016, NJ 2017/262, r.o. 4.4.4.

18. Concl. 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:533, par. 3.16. Hij verwijst naar HR 29 november 2002, NJ 2004/305 met betrekking tot besluitaan-sprakelijkheid.

dat dit de koper in de regel dient te worden vergeven in verband met de ongewisheid van de hypothetische feiten. Valk stelt zich daarom de vraag of, en zo ja op welke wijze, de koper behoort te worden tegemoetgekomen. Valk stelt in dat licht voor aan de stelplicht van de eiser (koper) geen zware eisen te stellen en een verzwaarde motiveringsplicht op de gedaagde verkoopmakelaar te leggen.

De Hoge Raad volgt deze suggesties niet (zoals hij recent in een Caribische zaak wel herhaalde dat in letselschadegevallen geen zware eisen mogen worden gesteld aan de stelplicht en bewijslast van de benadeelde van het bestaan en de omvang van de schade¹⁹), maar kiest er hier voor de schade aannemelijk te achten om vervolgens te kunnen wijzen op drie manieren van schadevaststelling (een nadere instructie aan partijen, schatting en verwijzing naar een schadestaatprocedure). De Hoge Raad wijkt daarmee niet af van de gewone regels van stelplicht en bewijslast en schadevaststelling. Wel neemt de Hoge Raad in dit geval genoeg met het snel(ler) aannemen van de aannemelijkheid van de schade. Ik meen in het licht van voorgaande typische complicaties die inherent zijn aan meetinstructiezaken met hun wat je kunt noemen meervoudige fysiologische hypothetische scenario's, dat men dat laatste niet los kan zien van de onderhavige problematiek. Ik denk dan ook dat men aan dit arrest ter zake van de aannemelijkheid van schade geen algemene toepassing kan toekennen. Dat men daarnaast dient te waken voor te snelle toepassing van de genoemde wijzen van schadevaststelling (instructie partijen, schatting of schadestaat) en dat dit geen willekeurige mogelijkheden zijn waaruit de rechter naar believen zou kunnen kiezen, licht ik hieronder toe.

7. De genoemde wijzen van vaststelling schade zijn niet willekeurig

De Hoge Raad wijst er als gezegd op dat indien aannemelijk is dat schade is geleden, de rechter de schade, al dan niet na nadere instructie, op de voet van artikel 6:97 BW had moeten schatten als hij van oordeel was dat de omvang van de schade niet nauwkeurig kon worden vastgesteld, dan wel partijen naar de schadestaatprocedure had moeten verwijzen, ook zonder dat dit was gevorderd. Deze overweging zou de indruk kunnen wekken dat de rechter hierin een keuze heeft, maar die gevolgtrekking zou onjuist zijn. Voor een nadere instructie aan partijen bestond in dit geval niet veel aanleiding; er is geen reden een eiser (koper) – die bij voortduring te weinig stelt omtrent zijn vermeende schade (op welk hypothetisch scenario hij zich beroept) – daar later in de procedure (in tweede, vierde of zelfs vijfde instantie) nogmaals de gelegenheid toe te geven. Valk gaf in zijn conclusie – indachtig

de problemen waarmee een koper zich in meetinstructiezaken geconfronteerd ziet – ook aan dat een koper het niet mag laten bij een algemeenheid als dat hij als gevolg van de fout van de makelaar schade heeft geleden en dat indien hij naar aanleiding van een opdracht of vragen van de rechter geheel aan de oppervlakte blijft, het wel degelijk mogelijk is dat alsnog moet worden geoordeeld dat de koper niet aan zijn stelplicht heeft voldaan.²⁰ In dit geval heeft de koper naar aanleiding van vragen van het gerechtshof niet de gelegenheid te baat genomen nader te stellen omtrent zijn vermeende schade, waartoe – zoals het gerechtshof ook overweegt – alle aanleiding was.

Schatten mag vervolgens pas indien aannemelijk is dat schade is geleden en de schade bovendien niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.²¹ Tjong Tjin Tai wijst er terecht op dat causaal verband in de weg kan staan aan het aannemen van (de mogelijkheid van) schade (hij bespreekt dat in het kader van verwijzing naar een schadestaatprocedure, maar hetzelfde geldt mijns inziens voor schatten ex art. 6:97 BW):

‘Dit kan zich met name voordoen indien het causaal verband ontbreekt. In deze zaak was de schade geheel verbonden aan één concreet gevolg (hypothetische verlaging van belastingaanslagen). De rechter kon onmiddellijk oordelen of dat specifieke gevolg zich had voorgedaan. Dat is immers een causaliteitsvraag. Dat de mogelijkheid van causaal verband met enige schade-elementen aannemelijk moet zijn gemaakt volgt uit het feit dat het nodig is om de mogelijkheid van schade *als gevolg van* de fout aannemelijk te maken.’^{22, 23} [cursivering auteur]

Daarbij dient ook te worden bedacht dat ten aanzien van schatting het grondbeginsel van een behoorlijke rechtspleging geldt dat elke rechterlijke beslissing ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.²⁴ De rechter kan in dat verband bewijs van nadere feiten eisen.²⁵

Voorts dient de rechter de schade ex artikel 6:97 BW te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Dit betekent dat indien concrete schade wordt gevorderd, de schade ook concreet dient te worden vastgesteld. Als de schade concreet wordt vastgesteld, moet rekening worden gehouden met alle

19. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:272, r.o. 3.1.2, onder verwijzing naar HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, r.o. 3.3.2.

20. Concl. 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:533, par. 3.61.

21. Art. 6:97 BW en o.a. HR 27 november 2009, NJ 2014/201, r.o. 4.11.3 (*World Online*).

22. Vgl. HR 16 januari 1981, NJ 1981/426, m.nt. CJHB (*Van Oosterom/Majoor*).

23. Tjong Tjin Tai 2008.

24. Zie bijv. HR 13 juli 2007, NJ 2007/407, r.o. 4.1, HR 25 oktober 2002, NJ 2003/171, r.o. 7.3 en HR 16 oktober 1998, NJ 1999/7, r.o. 3.5. Vgl. ook HR 12 februari 2010, NJ 2010/494, r.o. 3.5.6 en HR 27 november 2009, NJ 2010/493, r.o. 4.4. Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2021/34.

25. Zie bijv. HR 27 november 2009, NJ 2014/201, r.o. 4.11.3 (*World Online*) en HR 24 december 1993, NJ 1995/421, r.o. 3.4.

omstandigheden aan de kant van de benadeelde.²⁶ Men kan bij schatting van concrete schade dus niet abstraheren van die omstandigheden. Zulks te minder nu bij schadeberekening uitgangspunt is dat de benadeelde zo veel als mogelijk moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven.²⁷ Bij verwijzing naar een schadestaatprocedure ten slotte dient bovendien te worden bedacht dat het uitgangspunt is dat de schade zo veel mogelijk direct wordt vastgesteld. Dat volgt rechtstreeks uit artikel 612 Rv en is ook vooropgesteld in de Parlementaire Geschiedenis:

‘Het onderhavige artikel bepaalt dat de rechter de schade *in beginsel dient te begroten in het vonnis* waarin tot schadevergoeding wordt veroordeeld, en dat hij *pas wanneer dit voor hem niet mogelijk is*, een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat uitspreekt.’²⁸ [cursivering auteur]

Zeker in het geval concrete schadevergoeding (en geen verwijzing naar een schadestaatprocedure) wordt gevorderd.²⁹

Verwijzing is dus een uitzondering op de hoofdregel die meebrengt dat schade zo veel mogelijk direct dient te worden vastgesteld en dat verwijzing pas aan de orde kan komen indien begroting door de rechter onmogelijk is. Dat is ook terecht, want verwijzing naar de schadestaat leidt tot enorme vertraging en extra kosten terwijl er over het algemeen geen reden is om het schadedebat niet gewoon meteen te voeren. Dat volgt ook uit de Parlementaire Geschiedenis: ‘Met het oog daarop wordt dan ook uitdrukkelijk bepaald dat, wil het tot een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat kunnen komen, voor de rechter *onmogelijk moet zijn de schade te begroten*.’ [cursivering auteur]. Dit betekent dat indien de rechter de schade bijvoorbeeld door schatting kan vaststellen, hij niet mag verwijzen naar een schadestaatprocedure. Het voorgaande geldt evenzeer als de eiser slechts schadevergoeding op te maken bij staat heeft gevorderd.³⁰ Overigens brengt de enkele omstandigheid dat partijen geen specifiek op de omvang van de schade gericht debat hebben gevoerd nog niet mee dat de rechter hen in de gelegenheid moet stellen nadere gegevens over de omvang van de schade over te leggen.³¹

Daarnaast geldt voor verwijzing als gezegd de eis dat de mogelijkheid van schade (als gevolg van de fout³²) aannemelijk is,³³ zoals hierboven aan de orde kwam. Bovendien dient voor verwijzing zowel de aansprakelijkheid als de grondslag voor aansprakelijkheid vast te staan.³⁴ Dat was in het onderhavige geval echter niet zo. Het gerechtshof heeft hier de aansprakelijkheid als gezegd veronderstellenderwijs aangenomen³⁵ en heeft zich vervolgens uitgelaten over de vermeende schade. Het gerechtshof had de procedure bij die stand van zaken niet kunnen verwijzen naar een schadestaatprocedure.

Kortom, iedere wijze van vaststelling van schade kent zijn eigen toepassingsvoorwaarden. De rechter dient die voorwaarden in acht te nemen bij het bepalen van de wijze van vaststelling van eventuele schade. Maar, als gezegd, de rechter komt daar pas aan toe indien hij meent dat aannemelijk is dat schade is geleden. En dat laatste aspect onderscheidt deze meetinstructiezaak van andere gevallen, waarbij de hypothetische situatie – waarin de tekortkoming of onrechtmatige daad wordt weggedacht – in de regel veel gemakkelijker is (vast) te stellen. In die zin zijn meetinstructiezaken een vreemde eend in de bijt en leidt dit arrest niet tot de gedachte dat de Hoge Raad in andere gevallen dan meetinstructiezaken net zo snel de aannemelijkheid van schade zou willen aanvaarden om vervolgens tot schadevaststelling te kunnen overgaan.

26. Zie onder meer S.D. Lindenbergh, *Mon. BW nr. B34*, par. 36 en C.J.M. Klaassen, *Mon. BW nr. B35*, par. 10; vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2021/35.

27. Zie bijv. HR 28 juni 2019, *RvdW* 2019/791, r.o. 4.3.2 en HR 26 maart 2010, *RvdW* 2010/468, r.o. 3.5.

28. Parl. Gesch., Inv. BW e.a., MvT, p. 269.

29. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2008.

30. Zie Parl. Gesch., Inv. BW e.a., MvT, p. 269; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De Schadestaatprocedure* (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 14), Deventer: Kluwer 2012, par. 429, die verwijst naar o.m. HR 1 juli 1992, *NJ* 1992/711, r.o. 3.3; HR 8 april 2005, *NJ* 2005/371, r.o. 3.4; HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/95. Daarnaast valt te wijzen op HR 16 april 2010, *NJ* 2010/229, r.o. 3.5.4, HR 10 oktober 2014, *RvdW* 2014/1133, r.o. 4.2.3 en HR 27 oktober 2017, *NJ* 2018/152, r.o. 3.4.3.

31. Zie bijv. HR 10 oktober 2014, *RvdW* 2014/1133, r.o. 4.2.3.

32. Zie Tjong Tjin Tai 2008, die verwijst naar HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/426. Daarnaast valt te wijzen op bijv. HR 8 april 2005, *NJ* 2005/371, r.o. 3.4, HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996/235, r.o. 3.3 en HR 21 februari 1992, *NJ* 1992/321, r.o. 3.6.

33. Zie bijv. HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996/235, r.o. 3.3, HR 27 november 1998, *NJ* 1999/197, r.o. 3.6, HR 8 april 2005, *NJ* 2005/371, r.o. 3.4 en HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1141, r.o. 3.1.2.

34. S.D. Lindenbergh, *Groene Serie Schadevergoeding*, art. 6:76 BW, aant. 5.1 en 5.2 en Tjong Tjin Tai 2012, par. 407, die verwijst naar o.m. HR 7 april 2000, *NJ* 2001/32, r.o. 3.10, HR 14 maart 2003, *NJ* 2004/49, r.o. 3.3, HR 30 juni 2006, *RvdW* 2006/681, r.o. 3.5.2.

35. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:296, r.o. 4.1: ‘Het hof wil wel veronderstellen dat Slot Makelaardij jegens [appellante] toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld door in de verkoopbrochure en op Funda in strijd met de NVM-meetinstructie een te omvangrijke woonoppervlakte op te nemen (...)’.