

---

## HOOFDARTIKEL

---

### VERBINTENISSENRECHT

mw mr. R. Bierenbroodspot, NautaDutilh N.V., Rotterdam

mr. K.J. Krzeminski, NautaDutilh N.V., Rotterdam

***Over schadebeperking door het  
inroepen van juridische  
middelen***

**11-006**

Gastauteur: mr. P.R. van der Vorst, NautaDutilh N.V., Rotterdam

#### **Inleiding**

Kan een schuldenaar een (derde-)benaadde tegenwerpen dat deze laatste zijn schade had moeten beperken door het inroepen van een aan deze ten dienste staand juridisch verweer (op grond van artikel 6:101 BW)?

Deze vraag komt aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 23 april 2010 (RvdW 2010, 580), dat aanleiding is geweest om deze vraag hierna te bespreken. Hierbij zal ik enige kaders schetsen met betrekking tot het leerstuk van de schadebeperking.<sup>1</sup>

#### **HR 23 april 2010, RvdW 2010, 580**

De feiten in deze zaak liggen, ingekort en voor zover voor dit artikel relevant, als volgt. Centraal staat de dood van een moeder die bij testament haar nalatenschap, waaronder het ouderlijk huis, aan haar kinderen nalaat. Enkele jaren hieraan voorafgaand waren de moeder en vader om fiscale redenen gescheiden, waarbij was bepaald dat de moeder, onder andere, het huis verkreeg. Bij het overlijden van de moeder heeft de vader met de notaris geregeld dat niet de kinderen maar hij het huis kreeg. De notaris heeft hiervoor een volmachtakte opgesteld, waarbij de kinderen - onwetend dat het huis aan hen was nagelaten - ermee hebben ingestemd dat vader de nalatenschap van moeder zou afhandelen. Vervolgens heeft de vader, bijgestaan door dezelfde notaris, zich - kort gezegd - de eigendom van het huis toegeëigend. Naast de notaris had ook de vader een onrechtmatige daad jegens de kinderen ge-

pleegd. Toen de kinderen erachter kwamen dat het huis aanvankelijk aan hun was nagelaten, spraken zij de notaris in rechte aan wegens onrechtmatig handelen.

In eerste aanleg heeft de rechtbank de vordering van de kinderen afgewezen. Het hof heeft de notaris echter wel veroordeeld tot schadevergoeding, ondanks het door de notaris naar voren gebrachte verweer dat de kinderen hun schadebeperkingsplicht hadden geschonden door niet (i) de volmacht te vernietigen op grond van dwaling of bedrog en (ii) hun vader aan te spreken in plaats van, zoals nu, alleen verhaal te zoeken op de notaris. In de visie van de notaris zou de schade van de kinderen daarmee aanzienlijk zijn verminderd.<sup>2</sup> Het hof overwoog dienaangaande:

*'Dat de kinderen de vader tot rekening en verantwoording konden nopen en de volmacht op grond van dwaling of bedrog konden vernietigen, staat niet in de weg aan de aanspraak van de kinderen. In redelijkheid waren en zijn de kinderen jegens de notaris niet gehouden te pogen hun schade met deze middelen te verminderen, nu juist het bedrog respectievelijk het onzorgvuldig handelen van de notaris tot die schade heeft geleid. Daarbij is niet van belang dat de notaris zich niet zelf van die middelen kon bedienen.'*<sup>3</sup>

Het hof verwerpt derhalve het beroep van de notaris op schending van de schadebeperkingsplicht. De notaris kan zich daarin niet vinden en gaat tegen dit oordeel van het hof in cassatie. De notaris vindt het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Volgens de notaris valt niet te begrijpen, althans niet zonder nadere toelichting, waarom het enkele gegeven dat juist het onrechtmatig handelen van de notaris tot de schade heeft geleid meebrengt dat de kinderen in redelijkheid niet gehouden zijn om de vader te nopen tot rekening en verantwoording<sup>4</sup> en de volmacht op grond van dwaling of bedrog te vernietigen.<sup>5</sup>

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de notaris:

*'Met zijn bestreden oordeel heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het achterwege laten van de bedoelde maatregelen niet in zodanig verband staat met de door het bedrog respectievelijk het onzorgvuldig handelen van de notaris veroorzaakte schade, dat de schade in redelijkheid mede als een gevolg van het achterwege laten van die maatregelen aan de kinderen kan worden toegerekend. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Het is niet ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft bij een en ander terecht niet van belang geacht of de notaris zelf de bedoelde maatregelen had kunnen nemen, zodat ook onderdeel 2.5 faalt.'*<sup>6</sup>

#### **De uitspraak in het licht van het leerstuk van de schadebeperkingsplicht**

Op het eerste gezicht lijkt dit arrest van de Hoge Raad niet zo opzienbarend, maar nadere bestudering leert dat het arrest wel degelijk van belang is voor het leerstuk van de schadebeperkingsplicht. De aspecten uit deze uitspraak die van belang zijn zal ik hierna toelichten bij de bespreking van (het wettelijk kader van) het leerstuk van de schadebeperkingsplicht.

##### *Species van eigen schuld*

Het leerstuk van de schadebeperking is een *species van het genus* eigen schuld, waarop artikel 6:101 BW van toepassing is.<sup>7</sup> Het belangrijkste verschil tussen beide leerstukken is het verschil in chronologie: eigen schuld heeft betrekking op het *intreden c.q. ontstaan* van de schade, terwijl schending van de schadebeperkingsplicht betrekking heeft op het *vergroten* van eenmaal ingetreden schade en, daarmee, op de *omvang* van de schade.<sup>8</sup>

Voordat vastgesteld kan worden óf aan het leerstuk van de schadebeperking toegekomen kan worden, dient derhalve eerst vastgesteld te worden (i) wat de *schade* is als gevolg van de onrechtmatige daad of wanprestatie, en (ii) of er *posterieur* handelen c.q. nalaten<sup>9</sup> van de benadeelde in het spel is dat de schadelijke gevolgen van het aan de dader verweten feit heeft vergroot. Het

verschil tussen enerzijds de oorspronkelijk omvang van de door de schuldenaar veroorzaakte schade en anderzijds de omvang van de schade met inachtneming van het handelen c.q. nalaten van de benadeelde, is vervolgens de inzet waarover schuldenaar en benadeelde kunnen discussiëren in het kader van de vraag of het handelen c.q. nalaten aan de benadeelde kan worden toegerekend en, zo ja, welk deel daarvan voor rekening van de benadeelde blijft (conform de causale verdelingsmaatstaf en de billijkheidscorrectie).

De zojuist besproken elementen zijn terug te vinden in artikel 6:101 BW, dat spreekt over (i) de schade (i.e. de uitkomst van de hierboven vermelde gevalsvergelijking) die mede een gevolg is van (ii) een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend en, indien dat het geval is, (iii) de schadevergoedingsplicht wordt vermindert in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, (iv) met inachtneming van een billijkheidscorrectie indien, kort gezegd, zulks gerechtvaardigd is.

##### *Causaal verband*

Voor toepasselijkheid van de eerste voorwaarde dient causaal verband te bestaan tussen de gedraging c.q. het nalaten van de benadeelde en de verzwarende van de schadelijke gevolgen. In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat er tenminste *condicio sine qua non*-verband dient te zijn, waarbij de toerekening naar redelijkheid ex artikel 6:98 BW als eindtoets gehanteerd dient te worden.<sup>10</sup>

In dit licht dient, mijns inziens, het arrest van 23 april 2010 geplaatst te worden.<sup>11</sup> Het hof heeft namelijk, met goedvinden van de Hoge Raad, overwogen dat er geen sprake was van schending van de schadebeperkingsplicht van de kinderen, omdat juist het onrechtmatig handelen tot de schade van de kinderen had geleid en niet, aldus ook het betoog van de kinderen, het achterwege laten van het vernietigen van de volmachtakte. Er was dus geen *condicio sine qua non-verband* aanwezig tussen de verzwarende van de schadelijke gevolgen en het achterwege laten van de maatregelen. Anders gezegd: de omvang van de door de

kinderen geleden schade is bepaald door de onrechtmatige daad van de notaris en niet, mede, door het achterwege laten van de vernietiging van de volmachtakte.<sup>12</sup>

Achteraf bezien kan daaraan toegevoegd worden dat er geen sprake was van een *verzwaring* van de schadelijke gevolgen. Op het moment dat de kinderen konden besluiten om de volmachtakte te vernietigen was de schade namelijk al in volle omvang aanwezig. Het achterwege laten van de vernietiging van de volmachtakte heeft de schadelijke gevolgen dan ook niet verzwaaard. Hoogstens zou het inroepen hebben geleid tot een *vermindering* van de door de onrechtmatige daad veroorzaakte en reeds ingetreden schade.

Het is de vraag of de schadebeperkingsplicht, die in beginsel alleen ziet op het *beperken van de verzwaring* van primair ingetreden schadelijke gevolgen, ook ziet op de *vermindering van de reeds ingetreden schade*.<sup>13</sup> In het laatste geval gaat het namelijk niet om extra schade die is ontstaan als gevolg van handelen c.q. nalaten van de benadeelde.

#### *Redelijkheid*

Een ander opvallend aspect uit het arrest ziet op het door het hof gebruikte argument dat de kinderen *in redelijkheid* niet gehouden waren de volmachtakte te vernietigen.<sup>14</sup> De Hoge Raad formuleert het iets anders door te stellen dat het hof tot uitdrukking heeft gebracht dat er geen sprake is van schending van de schadebeperkingsplicht omdat het achterwege laten van de bedoelde maatregelen niet in zodanig verband staat met de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade dat 'de schade in redelijkheid mede als een gevolg van het achterwege laten van die maatregelen aan de kinderen kan worden toegerekend'.

Kennelijk doelt de Hoge Raad *niet* op de hiervoor onder (ii) vermelde maatstaf, inhoudende dat het dient te gaan om een 'omstandigheid' die aan de benadeelde kan worden *toegerekend*, omdat de Hoge Raad spreekt over 'de schade' die niet in redelijkheid aan de kinderen kan worden *toegerekend*. De Hoge Raad doelt hier dus, kennelijk, op de maatstaf ex artikel 6:98

BW. Het oordeel van de Hoge Raad zou evenwel ook zo gelezen kunnen worden dat van de kinderen *in redelijkheid* niet gevegd kon worden de vernietiging van de volmachtakte in te roepen, omdat dit niet van een normaal voorzichtig en redelijk mens gevegd kan worden. De schadebeperkingsplicht vindt namelijk haar grenzen in de redelijkheid. Van geval tot geval dient, in het licht van de betreffende omstandigheden, bekeken te worden of van de benadeelde in redelijkheid kon worden gevegd dat hij schadebeperkende maatregelen diende te nemen.<sup>15</sup>

In dat kader is bijvoorbeeld van belang dat de schuldenaar in dezelfde mate als de benadeelde in staat was om de verzwaring van de schadelijke gevolgen tegen te houden. In dat geval kan niet van de benadeelde worden gevegd dat hij wél maatregelen neemt terwijl de schuldenaar stil blijft zitten.<sup>16</sup> Dit argument werkt, anders dan de notaris had aangevoerd, begrijpelijkerwijs niet de andere kant op.<sup>17</sup>

#### **Implicaties van de uitspraak?**

Hoewel het arrest wellicht verschillend uitlegbaar is, lijkt uit het arrest te volgen dat van causaal verband tussen de schade en het achterwege laten van de vernietiging van de volmachtakte geen sprake was, waardoor schending van de schadebeperkingsplicht niet aan de orde was. Het argument lijkt daarbij te zijn dat op het moment dat de kinderen konden besluiten om de volmachtakte te vernietigen, de schade reeds in volle omvang aanwezig was, veroorzaakt door het (feitelijk) handelen van de notaris. De kinderen konden die schade alleen nog *verminderen* en *niet beperken*. Uit het arrest volgt dat de kinderen dat niet behoeften te doen door middel van het inroepen van een juridisch middel (de vernietiging van de volmachtakte).

De vraag is of het arrest consequenties heeft voor andere gevallen waarin er sprake is van een schade met een reeds *vaststaande* schadeomvang, maar waarbij de benadeelde wel de mogelijkheid heeft om met gebruik van een juridisch middel die schade te verminderen. Belangrijke omstandigheden in dit geval zijn, mijns inziens, dat de schadebeperkingsplicht aan

de orde was in een buitencontractuele setting en dat een grote mate van onzorgvuldig handelen in het geding was. Mij lijkt dat in een dergelijke situatie terughoudendheid betracht dient te worden bij aanvaarding van een beroep op schending van de schadebeperkingsplicht van de benadeelde, zodat het arrest in die zin niet automatisch leidend is voor andere gevallen.

Het is daarmee natuurlijk niet uitgesloten dat onder andere omstandigheden, en wellicht met toepassing van een ander leerstuk, het achterwege laten van een beroep op een juridisch (verweer)middel wél verdisconteerd dient te worden bij de *omvang* van de schade.

*Voorbeeld: schadebeperking in een contractuele setting*

Een voorbeeld van een dergelijke situatie biedt het pootaardappelen-arrest<sup>18</sup>, waarbij het - onder andere - ging om de vraag of van de benadeelde, Mol, in het kader van zijn schadebeperkingsplicht gevergd kon worden dat hij zich jegens zijn afnemers zou beroepen op exoneratieclausules die in de - met die afnemers gesloten - contracten waren opgenomen. Dit beroep werd gedaan door de contractuele wederpartij van Mol, zijnde Moerings, teneinde - kort gezegd - eventueel aan Mol verschuldigde schadevergoeding te beperken tot maximaal het in de exoneratieclausule vermelde bedrag. Moerings' betoog hield in dat zij niet aansprakelijk was voor zover Mol aan haar afnemers méér had uitbetaald dan waar zij rechtens, volgens de met die afnemers gesloten overeenkomsten, toe verplicht was. De Hoge Raad heeft hierover het volgende overwogen:

*'3.4.2 Het onderdeel, waaromtrent Mol zich aan het oordeel van de Hoge Raad heeft gerefereerd, wordt in zoverre terecht voorgesteld dat het hof weliswaar heeft onderkend dat bij de bepaling van de omvang van de door Moerings aan Mol te vergoeden schade van belang is in hoeverre Mol rechtens gehouden was tot vergoeding van de schade van (de afnemers van) haar kopers en deze schade daadwerkelijk voor haar rekening heeft genomen, maar vervolgens heeft miskend dat in dit verband mede van belang is of voor Mol en haar kopers de mogelijkheid bestond zich jegens af-*

*nemers te beroepen op algemene voorwaarden waarin een beperking van de verplichting tot schadevergoeding is opgenomen'.*

De Hoge Raad acht derhalve van belang dat Mol zich richting haar afnemers kon beroepen op een exoneratieclausule, maar laat in het midden wat de uitkomst dient te zijn en in welk leerstuk het verweer gegoten dient te worden.<sup>19</sup>

Hijma stelt in zijn noot bij dit arrest dat de impliciete boodschap van het arrest luidt dat 'hij die een ander diens schade vergoedt zonder daartoe rechtens gehouden te zijn, doet dat voor eigen rekening; zulke per saldo vrijwillig te noemen uitgaven kan hij niet op zijn voorschakel verhalen'. Verderop in zijn noot stelt Hijma voor de reductievraag onder te brengen bij artikel 6:101 BW, omdat via dat artikel een algeheel verval van de vergoedingsplicht van de verkoper te realiseren is.

*Vermindering van reeds ingetreden schade of beperking van extra schade?*

In het licht van het arrest van 23 april 2010 vraag ik mij echter af of dat wel juist is. Bij het invoeren van een exoneratieclausule is er immers sprake van schade van een bepaalde omvang, die later kan worden *verminderd* door een beroep te doen op de exoneratieclausule. Op het moment dat een beroep gedaan kan worden op de exoneratieclausule is de (feitelijke) schade derhalve reeds in volle omvang aanwezig. Causaal verband tussen het achterwege laten van het beroep op de exoneratieclausule en verzwaring van de schadelijke gevolgen, zo daar al van gesproken kan worden, is daarmee niet aanwezig.

Dit ligt, mijns inziens, evenwel anders in het geval - bij de bepaling van de schade - als uitgangspunt genomen wordt dat de door een koper geleden schade als gevolg van de wanprestatie wordt gekwalificeerd als 'de schade die deze koper lijdt doordat hij zijn contractuele verplichtingen jegens zijn afnemers niet kan nakomen'. De door de benadeelde partij met haar afnemers gesloten contracten vormen dan als het ware het uitgangspunt voor de schadeberekening. In dat geval is de primaire schade, die de benadeelde partij lijdt, beperkt tot de be-

dragen die zij krachtens de door haar bedongen exoneratieclausules dient te betalen. Al het meerdere dat de benadeelde partij dan betaalt aan haar afnemers kan vervolgens worden aangemerkt als verzwarende van de schadelijke gevolgen als gevolg van het achterwege laten van het beroep op de bedongen exoneratieclausules.

Kortom, het begrip 'schade' in artikel 6:101 BW dient in een contractuele context anders uitgelegd te worden dan in een buitencontractuele context teneinde te bepalen wat de initiële schade is van de benadeelde partij in het kader van het beroep van de schuldenaar op de schadebeperkingsplicht.<sup>20</sup>

#### *Mogelijke complicaties*

Dientengevolge is, in geval van een keten van contractuele aansprakelijkheid, voor de bepaling van de omvang van de vergoedingsplicht van de schuldenaar een oordeel over de rechtsverhouding tussen de benadeelde partij ten opzichte van haar contractuele wederpartij(en) een vereiste. Onderdeel van dat oordeel kan dan zijn of een *rechtens* succesvol beroep gedaan kan worden op een van toepassing zijnde exoneratieclausule.<sup>21</sup> De rechter zal dan een oordeel dienen te geven over een rechtsverhouding die niet onderwerp van het geding is, tenzij - uiteraard - de contractuele wederpartij van de benadeelde partij in vrijwaring is opgeroepen.

Het pootaardappelen-arrest illustreert dat schadebeperking door het inroepen van een juridische middel mogelijk is. Dat is niet geheel zonder complicaties.

Wat indien de benadeelde partij op de schuldenaar verhaal zoekt op een moment dat zij jegens haar contractuele wederpartij reeds is veroordeeld tot betaling van een bedrag? Dient de schuldenaar van de benadeelde partij dan zonder meer genoeg te nemen met het *rechtens* vastgestelde schadebedrag? Het is niet geheel ondenkbaar dat de benadeelde partij een beroep op verjaring jegens haar contractuele wederpartij kan doen of een beroep op een exoneratieclausule, maar dat niet gedaan heeft. Ook is voorstelbaar dat de rechter

een beroep op een exoneratieclausule ten onrechte niet honoreert en de benadeelde partij tegen dat oordeel niet in hoger beroep gaat, waardoor het in rechte vastgestelde bedrag - dat door de benadeelde partij op de schuldenaar verhaald wordt - veel hoger uitvalt. Dient de schuldenaar daar dan genoeg mee te nemen? Het gaat immers wel om een bedrag dat de benadeelde partij *rechtens* verschuldigd is.

Het komt mij voor dat de schuldenaar niet zonder meer genoeg hoeft te nemen met een door de rechter (of arbiter) in de verhouding tussen de benadeelde partij en haar contractuele wederpartij vastgesteld schadebedrag in het geval de schuldenaar niet is betrokken bij die procedure. De vraag is evenwel of artikel 6:101 BW als kader gebruikt moet worden of dat een eventueel verzuim van de benadeelde partij om een bepaald verweer te voeren verdisconteerd dient te worden bij de toerekening naar redelijkheid ex artikel 6:98 BW. In dat laatste geval wordt een discussie over de invulling c.q. uitleg van het begrip 'schade' in artikel 6:101 BW voorkomen. Getwijfeld kan namelijk worden of dat begrip uitgelegd dient te worden als (a) de door de rechter vastgestelde schade, in zoverre is de benadeelde partij namelijk *rechtens* gehouden de schade te voldoen, of (b) daarvan geabstraheerd, de schade die *rechtens behoorde* te worden vastgesteld.

In het laatste geval zal de tot oordelen geroepen rechter zich moeten uitlaten over de omvang van de schade van de benadeelde partij, terwijl een ambtsgenoot dit al heeft gedaan (in een andere procedure tussen andere partijen). Artikel 6:98 BW als grondslag biedt daarmee het voordeel dat de door de benadeelde partij gestelde schade, waartoe zij eerder is veroordeeld, als uitgangspunt genomen kan worden om vervolgens per schadepost, of een deel daarvan, te beoordelen of toerekening redelijk is.

#### *Schadelijke gevolgen van het nalaten van een beroep op een exoneratieclausule?*

Is het bijvoorbeeld redelijk dat de schuldenaar de extra schade van de benadeelde partij dient te vergoeden omdat zij geen beroep heeft gedaan op een exoneratieclau-

sule jegens haar contractuele wederpartij(en)?<sup>22</sup> Wat als zij om commerciële overwegingen heeft besloten om van een beroep op haar exoneratieclausule af te zien? Is dat dan 'sinterklazerij' om met de woorden van A-G Verkade te spreken?<sup>23</sup> Mijns inziens is verdedigbaar dat de benadeelde partij in redelijkheid heeft mogen afzien van een beroep op een exoneratieclausule, indien zij dat heeft gedaan om commerciële redenen.<sup>24</sup> *A fortiori* geldt dat indien de benadeelde partij van de schuldenaar vergoeding van gederfde winst kan claimen, mits vergoeding daarvan niet rechtsgeldig is uitgesloten. De benadeelde partij zou dan kunnen betogen dat de 'extra schade' kwalificeert als redelijke kosten - ex artikel 6:96 lid 2 BW - ter voorkoming van voor vergoeding in aanmerking komende schade als gevolg van winstderving.<sup>25</sup>

In dat verband dient niet uit het oog verloren te worden dat het de schuldenaar is geweest die de benadeelde partij in haar benarde positie heeft gebracht. Terughoudendheid is geboden bij het beoordelen van het gedrag van de benadeelde partij.<sup>26</sup> Van belang kan daarbij zijn wat de benadeelde partij zou hebben gedaan indien hij zelf, door eigen schuld, de schade zou hebben veroorzaakt. Indien de benadeelde partij bijvoorbeeld in het verleden een beroep op een exoneratieclausule achterwege heeft gelaten om commerciële redenen, kan moeilijk van de benadeelde partij gevergd worden dat zij nu - onder vergelijkbare omstandigheden als indertijd - wel een beroep had dienen te doen op haar exoneratieclausule.<sup>27</sup>

Maar wat indien er inderdaad sprake is van 'sinterklazerij' of de advocaat van de benadeelde partij een beroep op verjaring<sup>28</sup> over het hoofd heeft gezien? Dient dan de gehele extra schade in mindering gebracht te worden, zoals Hijma lijkt te betogen? In algemene zin valt hierop geen antwoord te geven, aangezien alle omstandigheden van het geval meegewogen dienen te worden. Op voorhand lijkt het mij echter niet redelijk om de gehele extra schade voor rekening van de benadeelde te laten. De in het kader van artikel 6:98 BW van belang zijnde factoren (e.g. de aard en voorzienbaarheid van de schade, de aard van de overtreden norm) kunnen daarbij een goede rol

vervullen<sup>29</sup>, waarbij de aard van de aansprakelijkheid (*i.e.* contractueel of buitencontractueel) een belangrijke rol speelt.<sup>30</sup>

#### *Onontgonnen juridisch terrein*

Jurisprudentie en literatuur zijn weinig tot niet richtinggevend over de wijze waarop met de hierboven geschetste situaties c.q. problemen omgegaan moet worden. Daarom, om bijvoorbeeld discussies over toepasselijkheid van exoneratieclausules te voorkomen, zouden professionele partijen er goed aan kunnen doen te regelen hoe de beschreven problematiek *contractueel* opgelost moet worden. Zo zou een clausule in algemene voorwaarden opgenomen kunnen worden dat een partij verplicht is zich rechtsgeldig van exoneratieclausules te bedienen en ook verplicht is zich jegens derden daarop te beroepen. Daarnaast kan ervoor gekozen worden om het door de schuldenaar te betalen bedrag te maximaleren tot het verschuldigde bedrag ingeval een geldig beroep op de exoneratieclausule gedaan had kunnen worden door de benadeelde partij in de rechtsverhouding met haar contractuele wederpartij.

Het omgekeerde is overigens ook denkbaar. Een benadeelde partij die een goede commerciële relatie uit de wind wenst te houden in geval van wanprestatie door de schuldenaar, zou er goed aan kunnen doen om in zijn algemene voorwaarden op te nemen dat zijn exoneratieclausule alleen werkt in het geval de schade niet succesvol verhaald kan worden op de schuldenaar. Daarmee behoeft de benadeelde partij zijn commerciële relatie niet met lege handen te laten in het geval de schade gehaald kan worden bij de partij die de schade daadwerkelijk heeft veroorzaakt. En de laatste partij kan dan niet zeggen dat de benadeelde partij *rechtens* gehouden was een beroep te doen op de exoneratieclausule en daarmee haar schadebeperkingsplicht heeft geschonden, omdat de exoneratieclausule voldoende flexibel is om hiermee om te gaan.

#### **Slotbeschouwing**

Verzwarend van de primair ingetreden schade door het achterwege laten van een beroep op een juridisch (verweer)middel door de benadeelde partij kan, naar mijn oordeel, leiden tot schending van de op die

partij rustende schadebeperkingsplicht. In dat kader kan afgevraagd worden of het leerstuk toepassing kan vinden bij het (achterwege laten van het) *vermindere*n van reeds ingetreden schade, zoals het geval kan zijn bij het (welbewust) achterwege laten van een succesvol beroep op verjaring.

Dogmatisch gezien is het wellicht juist om bepaalde gevallen van schending van de 'schadebeperkingsplicht' bij een ander leerstuk onder te brengen (e.g. de toerekening naar redelijkheid ex artikel 6:98 BW), hoewel het nalaten c.q. handelen op het eerste gezicht als 'niet-schadebeperkend' gekwalificeerd zou kunnen worden.

Kortom, steeds dient van geval tot geval beoordeeld te worden of het leerstuk van de schadebeperking van toepassing is. Het besproken arrest van 23 april 2010 laat dat zien. Daarnaast vormt het arrest een illustratie dat de aan de vordering ten grondslag liggende rechtsverhouding relevant is voor de schadebeperkingsvraag. Het poot-aardappelen-arrest laat zien dat het leerstuk van de schadebeperking toepassing kan vinden in een contractuele verhouding, hetgeen niet geheel zonder juridische complicaties zal zijn.

Indien het leerstuk in een bepaald geval van toepassing is, komt de vraag aan de orde of van de benadeelde partij *in redelijkheid* gevergd kan worden op te treden teneinde het intreden van extra schade te beperken. Is het leerstuk van de schadebeperking niet van toepassing, dan kan nog bekeken worden of de omstandigheden van het geval het toelaten dat alsnog een correctie op de *omvang* van de schade dient plaats te vinden door toepassing van een ander leerstuk.

## Noten

1. In dit artikel zal ik de term 'schadebeperkingsplicht' gebruiken, hoewel een 'plicht' van de benadeelde tot het beperken van diens schade, strikt genomen, niet bestaat. Het betreft geen rechtens afdwingbare verbintenis. Zie hierover A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*. Over eigen schuld aan de omvang van de schade, Deventer: Kluwer 2003, p. 72 - 79.
2. Hoewel uit het arrest niet (duidelijk) blijkt wat de gevolgen zouden zijn van de vernietiging van de volmachtakte, ligt het voor de hand dat de kinderen daarmee de overdracht van het huis zouden hebben kunnen terugdraaien met als gevolg een vermogensvermeerdering voor de kinderen ter grootte van de waarde van het woonhuis.
3. Zie r.o. 3.4.1.
4. Ik zal hierna niet ingaan op de vraag in hoeverre van de kinderen gevergd kon worden dat zij hun vader dienden aan te spreken in het kader van de schadebeperkingsplicht. Indien de kinderen een vordering op hun vader hebben, is er namelijk sprake van hoofdelijkheid en kunnen de kinderen kiezen wij zij aanspreken voor hun schade. De schadebeperkingsplicht speelt dan geen rol.
5. Zie paragraaf 3.37 van de conclusie van A-G Wissink.
6. Zie r.o. 3.4.3.
7. *Schadevergoeding* (Boonekamp), afdeling 6.1.10, artikel 101, schadebeperkingsplicht, aant. 37.
8. *Schadevergoeding* (Boonekamp), afdeling 6.1.10, artikel 101, schadebeperkingsplicht, aant. 37 en A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*. Over eigen schuld aan de omvang van de schade, Deventer: Kluwer 2003, p. 43.
9. Danwel er sprake is van een omstandigheid die in de risicosfeer valt de benadeelde valt. Overigens kan ook anterieur gedrag van de benadeelde aan verzwarende van de schadelijke gevolgen bijdragen.
10. Zie ook paragraaf 3.39 van de conclusie van A-G Wissink bij het arrest onder verwijzing naar literatuur.
11. Zie ook A-G Wissink in zijn conclusie bij het arrest.
12. Het arrest lijkt in lijn te zijn met Hof Amsterdam 9 januari 1997, VR 1997, 132, waar het ging om kosten van rechtsbijstand. Het hof overwoog dat de benadeelde partij niet gehouden was een beroep te doen op een door haar afgesloten rechtsbijstandpolis. Het aanspreken van de rechtsbijstandpolis had volgens het hof ook niet tot gevolg dat de schuldenaar als gevolg daarvan minder schade behoefde te vergoeden, omdat de schade immers gelijk bleef. Dat de schuldenaar aldus minder schade hoefde te vergoeden, was, volgens het hof, geen gevolg van schadebeperking, maar van een tussen verzekeraars gemaakte regresafpraak (op basis waarvan de schuldenaar kon volstaan met een beperkte vergoeding aan de (andere) rechtsbijstandverzekeraar).
13. Ik merk hierbij op dat dit tendeert naar een woordenspel. De beslissende vraag lijkt te zijn hoe de 'schade' wordt gekwalificeerd c.q. gekwantificeerd vlak voor het moment van het nemen c.q. nalaten van de 'schadebeperkende maatregelen'. Afhankelijk van de uitkomst daarvan kan gezegd worden dat er al dan niet sprake is van een 'verzwarende van de schadelijke gevolgen'.
14. Hoewel de kinderen dit argument goed lijken te scheiden van het argument van het causaal verband, lijkt het erop alsof het hof en, in navolging daarvan, de Hoge Raad beide argumenten combineren. Daarmee is onduidelijk of de combinatie van argumenten uiteindelijk de doorslag heeft gegeven, of ieder argument afzonderlijk.
15. Zie voor een overzicht van mogelijke gezichtspunten *Schadevergoeding* (Boonekamp), afdeling 6.1.10, artikel 101, schadebeperkingsplicht, aant. 40.

16. Zie A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003, p. 121. Dit argument vertoont overeenkomst met het bij de onrechtmatige daad gebruikte argument dat de benadeelde de dader niet kan verwijten dat de dader onrechtmatig heeft gehandeld omdat de benadeelde ook in overtreding van de norm was (in pari delicto). Dit wordt veelal gegoten in het leerstuk van de relativiteit, vergelijk *Onrechtmatige daad* (Jansen), afdeling 1, artikel 163, beschermde belangen, aant. 26 en HR 23 februari 2007, NJ 2008, 492 (De Groot / lo Vivat Nostrorum Sanitas, m.nt. Vranken).
17. Aldus ook A-G Wissink in paragraaf 3.42 van zijn conclusie.
18. HR 27 juni 2008, NJ 2010, 83 (m.nt. Hijma).
19. Zie over het arrest ook E.M. van Orsouw, 'Wordt het recht op schadevergoeding bij wanprestatie beïnvloed door een exoneratieclausule in het contract met een afnemer?', *MvV* 2008, 10, p. 226 - 230.
20. Zie over de veelkleurigheid van het schadebegrip S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is...en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 6867 (2010), p. 901 - 909.
21. Daarnaast is denkbaar dat een ander juridisch verweer, dat niet door de benadeelde partij aan haar contractuele wederpartij is tegengeworpen, in deze beoordeling meegenomen dient te worden, zoals een verjaringsverweer of een beroep op schending van de klachtplicht bij een koopovereenkomst.
22. Ik ga er daarbij vanuit dat een rechtsgeldig beroep gedaan kon worden op de door de benadeelde partij bedongen exoneratieclausule. Aspecten als toepasselijkheid en vernietigbaarheid van de exoneratieclausule staan, in het kader van dit artikel, niet ter discussie.
23. Zie paragraaf 4.61 van de conclusie van A-G Verkade bij HR 27 juni 2008, NJ 2010, 83 (m.nt. Hijma).
24. Zie ook T.H.M. van Wechem, 'Over verzuim en Sinterklazerij', *Contracteren* 2009, 1, p. 13.
25. Daarbij dient wel sprake te zijn van redelijke kosten ter voorkoming van schade.
26. Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp), afdeling 6.1.10, artikel 101, schadebeperkingsplicht, aant. 40.
27. Zie A.L.M. Keirse, 'De schadebeperkingsplicht ingeleid', in: *Schadebeperkingsplicht. Wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 22.
28. Bij verjaring kan nog getwijfeld worden in hoeverre er sprake is van 'verzwaring van de schadelijke gevolgen'. Het gaat immers niet om extra schade als gevolg van het nalaten van een beroep op verjaring, maar om vermindering van eenmaal ingetreden schade.
29. Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp), afdeling 6.1.10, artikel 98, toerekening, aant. 28.
30. Zie A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003, p. 148.