

NJ 2005/76**HOGE RAAD**

7 mei 2004, nr. C03/039HR

(Mrs. P. Neleman, D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann, F.B. Bakels; P-G Hartkamp; m.nt. CJHB)

RvdW 2004, 71*JOL* 2004, 232**BW art. 6:97**

[Essentie] **Zaaksbeschadiging: waardering vermogensnadeel; maatstaf; moment waartegen omvang schade wordt berekend.**

De eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, lijdt door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel, gelijk aan de waardevermindering van de zaak; indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, zal het geldbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - met het herstel gemoeide kosten. Is de onrechtmatig beschadigde zaak een gebouw, dan heeft de eigenaar daarvan in beginsel aanspraak op herstel, welk herstel ook verantwoord kan zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Of dat het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar, de mogelijkheid elders een gelijkwaardige zaak te verwerven, alsmede de mate waarin de kosten van herstel het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Het voorgaande geldt in beginsel ook indien het desbetreffende gebouw niet slechts is beschadigd maar ook geheel en al verloren is gegaan. Het vorenstaande is anders indien de desbetreffende zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde, kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat. In een zodanig geval zal de eigenaar van de zaak door het verlies van de zaak een nadeel in zijn vermogen lijden dat in het algemeen moet worden gesteld op de waarde in het economisch verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de marktwaarde). De omvang van de schade dient te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden, waaraan niet afdoet dat onder omstandigheden gebeurtenissen van later datum kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt.

Als gevolg van een spel van kinderen is een landbouwschuur volledig afgebrand. De eigenaar, die zijn schuur niet heeft laten herbouwen, heeft gevorderd voor recht te verklaren dat de ouders van de kinderen gehouden zijn hem te vergoeden een schadebedrag gelijk aan de herbouwkosten (herbouwwaarde). De ouders hebben daartegen aangevoerd dat de eigenaar slechts aanspraak kan maken op de waarde van de schuur in het economisch verkeer vóór de brand (marktwaarde).

Bij de beoordeling van het cassatiemiddel moet worden vooropgesteld dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid (HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444).

Is de onrechtmatig beschadigde zaak een gebouw, dan is in beginsel ervan uit te gaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van

de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of dat het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar, de mogelijkheid om aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen - elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak - in onbeschadigde toestand - kan worden beschouwd, alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering (HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43).

Het voorgaande heeft in beginsel ook te gelden indien het desbetreffende gebouw niet slechts is beschadigd, maar door een onrechtmatige daad geheel en al verloren is gegaan. Het voorgaande is anders indien de desbetreffende, verloren gegane, zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde, kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat. In een zodanig geval zal de eigenaar van de zaak, wanneer deze door een onrechtmatige daad geheel en al verloren gaat, door dit verlies een nadeel in zijn vermogen lijden dat in het algemeen moet worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de marktwaarde; vgl. HR 12 april 1991, NJ 1991, 434).

Zoals in het arrest van de Hoge Raad van 16 juni 1961, NJ 1961, 444, waarop het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1993, NJ 1995, 43 voortbouwt, reeds besloten ligt ("dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan"; vgl. ook HR 13 december 1963, NJ 1964, 449), en eveneens aan het wettelijk systeem ten grondslag ligt (vgl. de MvA II bij art. 6:119 BW, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 475), dient de omvang van de schade die naar objectieve maatstaven wordt begroot, te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Daaraan doet niet af dat in het door het onderdeel bedoelde arrest besloten ligt dat onder omstandigheden gebeurtenissen van later datum kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt. NOOT *

[Tekst] 1. A.,

2. N., beiden te H., eisers tot cassatie, adv. mr. J. van Duijvendijk-Brand, tegen

Otto Upt Hiddema, te Holwerd, verweerder in cassatie, adv. mr. J.B.M.M. Wuisman.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het hof gaat uit van de door de rechtbank in haar tussenvonnissen van 5 december 1996 onder 2.1 tot en met 2.6, alsmede in haar eindvonnis van 24 juli 1997 onder 2.2 vastgestelde feiten, nu daartegen in hoger beroep geen grieven of anderszins bezwaren zijn gericht. Het hof voegt daaraan nog toe dat, naar Hiddema in hoger beroep onweersproken heeft gesteld, bij arresten van dit hof en deze kamer van 22 juni 1999 en 16 mei 2000 is vastgesteld dat Hiddema jegens zijn opstalverzekeraar Klaverblad recht heeft op vergoeding van de verkoopwaarde van de schuur tot een bedrag van f 100 000. Hetgeen Hiddema meer van Klaverblad had ontvangen, heeft hij aan Klaverblad terugbetaald.

2. Het hof stelt voorop, dat op de onderhavige zaak het burgerlijk recht van toepassing is zoals dit gold tot 1 januari 1992.

3. Door geïntimeerden is het verweer gevoerd dat Hiddema niet-ontvankelijk is in zijn hoger beroep, nu hun kinderen die in 1987 de brand hebben gesticht inmiddels meerderjarig zijn

geworden en derhalve zelf gedagvaard hadden moeten worden. Dit verweer gaat niet op, aangezien blijktens de dagvaardingen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, geïntimeerden zelfstandig in dit geding zijn betrokken en niet in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun minderjarige kinderen. Geïntimeerden zijn als ouders op grond van artikel 1403 BW (oud) zelfstandig aansprakelijk voor de door hun kinderen als gevolg van de brandstichting veroorzaakte schade, zoals de rechtbank in het tussenvonnis van 5 december 1996 onder 2.3 - als in hoger beroep niet bestreden - heeft vastgesteld.

4. Het gaat in dit geding - kort gezegd - om de vraag op welke wijze de schade die Hiddema als gevolg van het afbranden van zijn landbouwschuur heeft geleden, moet worden begroot. Ingevolge het bepaalde in artikel 6:97 BW, dat ook het vóór 1 januari 1992 geldende recht weergeeft, dient de rechter de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is.

5. Als uitgangspunt moet worden genomen, dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid.

6. Als het gaat om de onrechtmatige beschadiging van een onroerende zaak, moet er in beginsel van worden uitgegaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. In het onderhavige geval gaat het om een landbouwschuur, die als gevolg van brand zodanig ernstig is beschadigd dat herstel c.q. vervanging ervan neerkomt op herbouw van de schuur. Doorslaggevend is in dit geval of herbouw in de gegeven omstandigheden verantwoord is, of dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid verlangd mag worden dat hij genoegen neemt met vergoeding van de waarde van het gebouw in het economisch verkeer.

7. Vast staat dat de betreffende landbouwschuur die is afgebrand, door Hiddema dagelijks werd gebruikt in het kader van zijn bedrijf voor de opslag van (onder meer) aardappelen en de stalling van tractoren en landbouwwerktuigen. Gesteld noch gebleken is dat Hiddema de concrete mogelijkheid had om in de (zeer) directe nabijheid van zijn landbouwbedrijf een vervangende schuur te verwerven die voor wat betreft de gebruiksmogelijkheden, ligging en prijs als gelijkwaardig aan de afgebrande schuur kan worden beschouwd. Het hof is bovendien met de rechtbank van oordeel dat de kosten die volgens Hiddema met het bouwen van een nieuwe schuur gemoeid zouden zijn, in verhouding tot de gestelde verkoopwaarde niet zodanig hoog zijn dat op grond daarvan van Hiddema gevergd kon worden zijn schuur niet te herbouwen maar genoegen te nemen met de verkoopwaarde ervan. Gelet op bovenstaande omstandigheden is het hof van oordeel dat Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten van herbouw van zijn schuur, en dat hij geen genoegen hoeft te nemen met vergoeding van de (verkoop)waarde.

8. Bij een dergelijke (abstracte) wijze van schadeberekening is niet van belang of Hiddema al dan niet daadwerkelijk tot herbouw is overgegaan. Anders dan de rechtbank is het hof dan ook van oordeel dat het feit dat Hiddema de schuur niet heeft herbouwd maar (bij de bedrijfsovername door zijn zoon, drie jaar na de brand) in afgebrande staat aan zijn zoon heeft verkocht, aan het recht van Hiddema op vergoeding van zijn schade op basis van de herbouwkosten niet af doet.

9. Ten aanzien van de hoogte van deze herbouwkosten overweegt het hof als volgt. Hiddema heeft, onder overlegging van bewijsstukken, gesteld dat deze kosten door zijn opstalverzekeraar zijn vastgesteld op f 247 903. A. c.s. hebben dit bedrag weliswaar betwist, maar hebben dit niet nader onderbouwd en evenmin hebben zij gemotiveerd gesteld welk bedrag aan herbouwkosten volgens hen dan wel reëel is. Het hof is dan ook van oordeel dat het verweer van A. c.s. onvoldoende is onderbouwd, en gaat hieraan voorbij.

10. A. c.s. hebben in de procedure tevens nog aangevoerd dat, als voor de berekening van

de schadevergoeding wordt uitgegaan van herbouw van de schuur, een aftrek van nieuw voor oud redelijk is. Het hof overweegt hierover als volgt. Met het toekennen van een aftrek van nieuw voor oud dient terughoudend te worden omgegaan. Slechts indien Hiddema door de herbouw van de schuur in een duidelijk voordeliger positie zou raken in vergelijking tot de situatie vóór de brand, komt een dergelijke aftrek in aanmerking. Daarbij speelt een rol dat Hiddema door het toekennen van een aftrek nieuw voor oud buiten zijn schuld zou worden gedwongen zelf financieel bij te dragen aan het herstel van de schade.

11. Met betrekking tot de afgebrande landbouwschuur waar het in deze procedure om gaat, heeft Hiddema bij post-interlocutoire akte een inspectie-rapport overgelegd van het expertise- en taxatiebureau Burggraaf BV, gedateerd 24 juli 1978, derhalve ca. negen jaar voor de brand. Ten aanzien van de landbouwschuur is vermeld dat deze is opgetrokken uit een traditioneel houten bintwerk, met een houten sporenkap en gemetselde borstwering. Het dak is gedekt met pannen waaronder riet. Het pand is voorzien van een vrij nieuwe in goede staat verkerende elektrische installatie, terwijl tevens krachtstroom aanwezig is. De schuur verkeert constructief in zeer goede staat. Het aan de schuur gebouwde woonhuis, dat dienst doet als kantoor- en opslagruimte, maakt een wat verwaarloosde indruk.

12. Op grond van voormeld inspectierapport, dat door A. c.s. niet, althans niet voldoende gemotiveerd, is betwist, alsmede gelet op de in deze procedure overgelegde foto's van de schuur vóór de brand, acht het hof het aannemelijk dat de schuur op het moment van de brand nog in een goede staat verkeerde. Concrete feiten en omstandigheden waaruit kan worden geconcludeerd dat dit niet zo was, zijn gesteld noch gebleken. Dat de schuur, zoals A. c.s. betogen, al wat ouder was doet hier niet aan af, nu schuren als deze een zeer lange levensduur plegen te hebben. Het verweer dat de schuur verwaarloosd was wordt verworpen, omdat dit geen steun vindt in het onder 11 genoemde rapport (waarin slechts sprake is van een verwaarloosde indruk van het aan de schuur gebouwde woonhuis) en overigens niet nader met feiten is onderbouwd. Dat een nieuwe schuur voor Hiddema wezenlijke bedrijfseconomische voordelen zou hebben opgeleverd, is evenmin gesteld of gebleken. Op grond hiervan is het hof van oordeel dat voor een aftrek nieuw voor oud in het onderhavige geval geen plaats is.

13. Ten aanzien van de ingangsdatum van de verschuldigde wettelijke rente overweegt het hof als volgt. Ingevolge artikel 1286 BW (oud) is de wettelijke rente pas verschuldigd na aanmaning of dagvaarding van de schuldenaar of diens vertegenwoordiger. Anders dan Hiddema meent kan de brief van 5 november 1991 van de raadsman van Hiddema aan de verzekeraar van A. c.s. niet worden aangemerkt als aanmaning in de zin van artikel 1286 BW (oud). De brief is niet gericht tot (de schuldenaren) A. c.s., maar tot de verzekeraar. De stelling van Hiddema dat de verzekeraar in deze als vertegenwoordiger van A. c.s. moet worden aangemerkt, wordt verworpen. Uit de brieven van Aegon van 9 november 1998 en van Stad Rotterdam van 11 november 1998 blijkt slechts dat zij de schade terzake waarvan A. c.s. aansprakelijk zijn gesteld in behandeling hebben genomen. Dat Aegon en/of Stad Rotterdam door A. c.s. gevormachtigd waren om namens hen een aanmaning terzake van wettelijke rente in ontvangst te nemen, blijkt hieruit niet. Nu Hiddema geen andere feiten heeft gesteld waaruit een dergelijke volmacht kan worden afgeleid, gaat het hof hieraan voorbij. Dit brengt met zich mee dat de wettelijke rente niet eerder ingaat dan de datum van de inleidende dagvaarding, te weten 13 december 1995.

14. Uit het bovenstaande volgt dat de grieven slagen. Het hof zal de vonnissen van de rechtbank vernietigen, en de vordering van Hiddema, zoals gewijzigd in hoger beroep, alsnog toewijzen met inachtneming van het bovenstaande. Hierbij is het hof ervan uit gegaan dat, nu het tegendeel niet is gesteld of gebleken, de arresten van dit hof en deze kamer van 22 juni 1999 en 16 mei 2000 als vermeld in rechtsoverweging 1 van dit arrest onherroepelijk zijn.

15. A. c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Het hof zal de bedragen in het dictum van euro's vermelden.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht, en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeld in het hier als ingelast en herhaald te beschouwen arrest, waarvan beroep, ten onrechte om de navolgende redenen:

Inleiding en procesverloop

1.1 Hiddema heeft vanaf 1979 tot mei 1990 een (agraris)ch bedrijf uitgeoefend in de vorm van een maatschap met zijn zoon. In die maatschap was het gebruik en het genot (dus niet de eigendom) van een aan Hiddema toebehorende landbouwschuur ingebracht.

1.2 Op 17 november 1987 hebben kinderen van eisers in cassatie (A. c.s.) brand gesticht op de hooi-zolder van deze landbouwschuur. De schuur is als gevolg van de brand geheel verloren gegaan.

1.3 Hiddema heeft zijn opstalverzekeraar (Klaverblad) aangesproken tot vergoeding van de schade tot het beloop van de kosten van herbouwwaarde ten bedrage van f 247 903. De economische waarde in het verkeer (verkoopwaarde) van de landbouwschuur voor het voorval bedroeg slechts f 100 000. Conform de vigerende polisvoorwaarden heeft de opstal-verzekeraar de helft van het bedrag van de herbouwkosten uitgekeerd; de andere helft van het bedrag zou worden betaald zodra de herbouw was voltooid. NOOT 1 Herbouw heeft echter nooit plaatsgevonden.

1.4 Op 1 mei 1990 is de maatschap tussen vader en zoon Hiddema (in verband met de 65-jarige leeftijd van Hiddema sr.) beëindigd. In verband daarmee zijn vader en zoon overeengekomen dat de landbouwschuur (dat wil zeggen de restanten daarvan) in eigendom zou worden overgedragen aan de zoon. Met het oog daarop is een taxatierapport uitgebracht. Blijkens dat taxatierapport bedroeg de waarde in het economische verkeer van de door brand verwoeste landbouwschuur op dat moment nihil. Bij notariële akte van 31 december 1990 is het aandeel van Hiddema sr. in de ontbonden maatschap met zijn zoon aan laatstgenoemde geleverd. NOOT 2

1.5 Eind 1991 heeft Hiddema voor het eerst A. c.s. aansprakelijk gesteld voor de uit de brand voortvloeiende schade, voorzover deze niet door zijn opstalverzekeraar werd vergoed. NOOT 3 Stad Rotterdam en Aegon hebben namens A. c.s. en N. aansprakelijkheid erkend. Zij hebben evenwel de (omvang van de) schadeplichtigheid voor de door de brand ontstane schade betwist, stellende - kort samengevat - dat zij slechts gehouden zouden zijn tot vergoeding van de waarde in het economische verkeer van de landbouwschuur vlak voor het voorval en dat Hiddema zijn schade tot het beloop van dit bedrag al heeft ontvangen van zijn opstalverzekeraar.

1.6 Bij dagvaarding van 13 december 1995 heeft Hiddema de rechtbank te Rotterdam gevraagd een verklaring voor recht te geven dat A. c.s. gehouden zijn om aan hem de schade te vergoeden op basis van de herbouwkosten (te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 5 november 1991 en te verminderen met het bedrag dat van de opstal-verzekeraar is of zal worden ontvangen). Nadat de rechtbank bij vonnis van 24 juli 1997 de vordering had afgewezen is Hiddema daarvan (tijdig) in appèl gekomen. Bij arrest van 15 oktober 2000 heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage het eindvonnis en het tussen-vonnis van de rechtbank te Rotterdam van respectievelijk 24 juli 1997 en 5 december 1996 vernietigd en heeft het de vordering van Hiddema (zoals gewijzigd in hoger beroep) alsnog toegewezen.

Klachten

2.1 Het hof overweegt in rov. 5 e.v. dat:

- i) waar bij onrechtmatige beschadiging van een onroerende zaak de eigenaar er *in beginsel* aanspraak op kan maken *in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel* - mits herbouw in de gegeven omstandigheden verantwoord is en tenzij van de getroffen eigenaar in redelijkheid mag worden verlangd dat die genoegen neemt met de vergoeding van de waarde van het gebouw in economisch verkeer (rov. 5 en 6) -
- ii) en waar voorts vaststaat dat de landbouwschuur dagelijks werd gebruikt in het kader van het bedrijf voor opslag en
- iii) gesteld noch gebleken is dat Hiddema de concrete mogelijkheid had om in de (zeer) directe nabijheid van zijn landbouwbedrijf een vervangende schuur te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden ligging en prijs als gelijkwaardig aan de afgebrande schuur kan worden beschouwd

iv) terwijl bovendien de kosten van herbouw in verhouding tot de gestelde verkoopwaarde niet zodanig hoog zijn *dat op grond daarvan van Hiddema gevergd kon worden zijn schuur niet te herbouwen* maar genoeg te nemen met de verkoopwaarde ervan (curs. JvDB).

Hiddema ook in redelijkheid aanspraak kan maken op de - naar objectieve maatstaven berekende - *kosten van herbouw van zijn schuur* (rov. 7) en dat "bij een dergelijke (abstracte) wijze van schade-berekening" niet van belang is of Hiddema al dan niet daadwerkelijk tot herbouw is overgegaan en dat ook het feit dat Hiddema de schuur niet heeft herbouwd maar (bij de bedrijfsovername door zijn zoon, drie jaar na de brand) in afgebrande staat aan zijn zoon heeft verkocht, aan het recht van Hiddema om vergoeding van zijn schade op basis van de herbouwkosten niet afdoet.

Dit oordeel van het hof geeft blijk van een onjuiste rechts-opvatting, althans is 's hofs beslissing onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

2.2 Gelet op de door het hof gebezigde formulering heeft het hof kennelijk het oog gehad op het arrest van Uw Raad inzake Gemeente Den Haag/Van Schravendijk (HR 1 juli 1993, *NJ 1995, 43*, m.nt. CJHB) en heeft het hof die uitspraak aldus gelezen dat daarin een "regel van abstracte schadeberekening" ligt besloten en wel in die zin dat uit het arrest zou volgen dat met concrete omstandigheden (zoals die in de onderhavige zaak aan de orde zijn) geen rekening mag worden gehouden omdat dit betrekken van concrete feiten en omstandigheden bij het vaststellen van de schade zich met de in Uw arrest "voorgescreven" abstracte schadeberekening niet laat verenigen. Het hof heeft daarmee de strekking van de uitspraak miskend en dusdoende blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Nog los van het feit dat het onjuist is om te denken in tegenstellingen van "concreet" of "abstract",

Eerder lijkt het erop dat de begrippen concrete en abstracte schadeberekening in die zin relatief zijn dat het gaat om de vraag in welke gevallen een *meer* abstract begrip schade heeft te gelden.

volgt, anders dan het hof kennelijk meent, uit voormeld arrest niet dat in situaties als de onderhavige, waarin de *herbouwkosten de waarde in het economisch verkeer overstijgen*, deze herbouwkosten *steeds en zonder meer* zouden moeten worden vergoed, dat wil zeggen met het abstraheren van de omstandigheden van het geval. Integendeel, in het arrest formuleerde Uw Raad de regel dat óók indien de kosten van herstel de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen, herstel toch nog verantwoord kan zijn (zo men wil: de kosten van herstel nog steeds voor vergoeding in aanmerking komen) maar dat de vraag óf dat het geval is, afhankelijk is van de (concrete) *omstandigheden van het geval*. Anders gezegd, in situaties waarin de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, wordt voor de vaststelling van de schadevergoeding nu juist *niet* meer (volledig) geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, maar dienen bepaalde concrete feiten en omstandigheden juist komen vast te staan, willen die kosten voor vergoeding in aanmerking komen. In de woorden van Uw Raad in Gemeente Den Haag/Van Schravendijk:

"4.3.1 (...) Of zulks het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de *functie van de zaak voor de eigenaar* - dient zij voor eigen gebruik (ter bewoning of ter uitoefening van een bedrijf of een beroep) of ter belegging -, de mogelijkheid om - aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen, zoals het hof in het onderhavige geval in r.o. 15 slot, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld - *elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak - in onbeschadigde toestand - kan worden beschouwd alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen.* (curs. JvDB)"

2.3 Uw Raad overwoog verder dat dergelijke feiten en omstandigheden *kún*nen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering. Het arrest laat dus ook nog de mogelijkheid open dat niettegenstaande de aanwezigheid van voormelde omstandigheden - naar valt aan te nemen op grond van de "overige omstandigheden van het geval" - van de eigenaar wél in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot de waardevermindering. Voorzover het hof heeft gemeend dat het arrest van Uw Raad die ruimte niet laat, geeft dat

evenzeer blijk van een onjuiste rechtsopvatting en voorzover het hof zou hebben geoordeeld dat van dergelijke "overige omstandigheden" niet is gebleken, is dat oordeel in het licht van de inhoud van de gedingstukken en het tussen partijen gevoerde debat, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd. Kern van het verweer van A. c.s. is immers van stede af aan geweest 1) dat er geen plaats is voor vergoeding van herbouwkosten indien - zoals hier - herstel niet meer mogelijk c.q. niet meer aan de orde is, omdat de restanten (lees: de fundamenten) een andere bestemming hebben gekregen en 2) dat de schadevergoeding waar Hiddema wél recht op heeft (waarde in het economisch verkeer) reeds is voldaan door diens opstalverzekeraar. **NOOT 4** Zonder nadere, ten deze ontbrekende motivering, valt immers niet wel in te zien waarom in dit geval van Hiddema, bij gebreke van enig ander belang aan diens zijde dan het behalen van een financieel *voordeel* (!), niet in redelijkheid zou kunnen worden verlangd dat hij "ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker" zijn aanspraak zou beperken tot het bedrag van de waardevermindering, zijnde dit immers ook het bedrag van de werkelijk geleden schade.

2.4 Uit het vorenstaande volgt logischerwijze ook dat de toetsing aan de door Uw Raad in het arrest van Gemeente Den Haag/Van Schravendijk genoemde feiten en omstandigheden (minst genomen: mede) dient plaats te vinden *naar het moment van het beoordelen van de rechtsoverdracht* van Hiddema en niet, zoals het hof kennelijk heeft geoordeeld, (uitsluitend) naar het moment van het ontstaan van de brand. Dit volgt reeds uit de aard van sommige door Uw Raad opgesomde feiten en omstandigheden. Zo zal, zoals door A. c.s. ook al in feitelijke instanties naar voren is gebracht **NOOT 5**, de omstandigheid van het mogelijk kunnen verwerven van een vervangende, voor het gebruiksdoel geschikte, andere onroerende zaak, uiteraard slechts ná het schadevoorval kunnen worden vastgesteld.

Maar het blijkt ook uit het arrest van het hof zelf. De wijze waarop het hof de toetsing aan de omstandigheden uit het arrest Gemeente den Haag/Van Schravendijk heeft uitgevoerd toont de onjuistheid daarvan overduidelijk aan: want wat heeft het voor zin om na te gaan of Hiddema voor de landbouwschuur een ander onroerende zaak zou kunnen vinden (en heeft gevonden) en of die onroerende zaak dan al niet op loopafstand (Op loopafstand waarvan overigens? Van het boerenbedrijf dat door Hiddema al niet meer gedreven wordt?) en al dan niet in prijs vergelijkbaar is met de schuur die door de brand verloren is gegaan, indien - zoals hier - vaststaat dat Hiddema niet meer de eigenaar is van de (fundamente) van de schuur en die schuur door de opvolgend eigenaar ook niet herbouwd is? Geen enkele. De toetsing wordt tot een rituele dans, die met de werkelijkheid (en daarmee met de beginselen van het schadevergoedingsrecht) niets meer van doen heeft.

2.5 Alleen op deze wijze wordt ook recht gedaan aan de regel dat de gelaedeerde weliswaar in beginsel zijn hele schade vergoed dient te krijgen (en niet minder) maar ook niet meer. De zienswijze van het hof leidt ertoe dat dit laatste - vergoeding van meer dan de werkelijk geleden schade - wél het gevolg is: de landbouwschuur, die op het tijdstip dat er een oordeel moest worden gegeven over de rechtsoverdracht van Hiddema zijn *bestemming* als landbouwschuur al lang had verloren, wordt gewaardeerd als had het die bestemming nog wel. Dit is in strijd met de beginselen van het schadevergoedingsrecht en met de rechtspraak van Uw Raad daarover. **NOOT 6**

2.6 Vaststaat dat Hiddema van zijn opstalverzekeraar een bedrag heeft ontvangen, welk bedrag gelijk is aan de economische waarde van de landbouwschuur ten tijde van het voorval. Het is dan ook op die grond dat de rechtbank bij zijn vonnis van 24 juli 1997 de vordering van Hiddema heeft afgewezen. **NOOT 7** Eisers in cassatie menen dat, in het licht van de ten dezen rechtens vaststaande feiten, Uw Raad bij gegrondbevinding van hun klachten, de zaak zelf kan afdoen, door de vordering van Hiddema alsnog af te wijzen en zij verzoeken Uw Raad van deze mogelijkheid gebruik te maken.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerder in cassatie - verder te noemen: Hiddema - heeft bij exploit van 13 december 1995 eisers tot cassatie - verder te noemen: A. c.s. - onder het versneld regime gedagvaard voor de rechtbank te Rotterdam en gevorderd bij vonnis geheel en al uitvoerbaar bij voorraad, voor recht te verklaren dat A. c.s. onder hoofdelijk verband gehouden zijn aan Hiddema te vergoeden een schadebedrag gelijk aan de vastgestelde

herbouwkosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 5 november 1991 en te verminderen met ieder bedrag dat Hiddema uit hoofde van zijn overeenkomst van schadeverzekering met Klaverblad in verband met de onderhavige schade heeft ontvangen of nog zal ontvangen.

A. c.s. hebben de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 5 december 1996 een comparitie van partijen gelast.

Vervolgens heeft Hiddema bij postinterlocutoire akte zijn eis gewijzigd.

De rechtbank heeft bij eindvonnis van 24 juli 1997 de vordering van Hiddema afgewezen.

Tegen beide vonnissen heeft Hiddema hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij memorie van grieven heeft Hiddema andermaal zijn eis gewijzigd in die voege dat (de verzekeraars van) A. c.s. worden veroordeeld tot betaling van in hoofdsom f 174 903, het verschil tussen de herbouwwaarde en de verkoopwaarde.

A. c.s. hebben bij memorie van antwoord geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van Hiddema in zijn hoger beroep.

Bij arrest van 15 oktober 2002 heeft het hof beide vonnissen van de rechtbank waarvan beroep vernietigd en, opnieuw rechtdoende, A. c.s. veroordeeld tot betaling aan Hiddema van een bedrag van € 79 367,52, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 13 december 1995 tot de dag der algehele voldoening, dit arrest uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) Op 17 november 1987 is door het spel van Karin, Lizette (beiden toen 11 jaar oud) en Evy (toen 12 jaar oud) brand ontstaan in een toen aan Hiddema toebehorende landbouwschuur (hierna: de schuur), één van de bedrijfsgebouwen van het landbouwbedrijf van Hiddema. De schuur is als gevolg hiervan geheel en al afgebrand.

(ii) A. c.s. (de ouders van de onder (i) genoemde kinderen; *red.*) zijn aansprakelijk voor de als gevolg van de brand ontstane schade.

(iii) Hiddema heeft zijn bedrijf drie jaar na de brand overgedragen aan zijn zoon; de schuur werd bij notariële akte van 31 december 1990 geleverd. De schuur verkeerde toen in de staat waarin deze zich na de brand bevond.

(iv) Klaverblad, de opstalverzekeraar van Hiddema, heeft zich op het standpunt gesteld slechts gehouden te zijn de op f 100 000 getaxeerde verkoopwaarde van de schuur te vergoeden, terwijl de herbouwwaarde - waarop Hiddema stelt recht te hebben - op f 274 903 is vastgesteld.

(v) Hiddema heeft onweersproken gesteld dat hij de eigendom van de tot zijn bedrijf behorende onroerende zaken niet in de tussen hem en zijn zoon bestaande maatschap heeft ingebracht.

(vi) De door Klaverblad aanvankelijk uitgekeerde helft van de herbouwwaarde van de schuur is aan Hiddema ten goede gekomen en is niet in het maatschapsvermogen gevallen. De op het moment van de bedrijfsoverdracht verwachte uitkering van de andere helft van de herbouwwaarde is niet betrokken bij de afrekening tussen Hiddema en zijn zoon op 31 december 1990.

(vii) Bij arresten van het hof Den Haag van 22 juni 1999 en 16 mei 2000 is vastgesteld dat Hiddema jegens Klaverblad recht heeft op vergoeding van de verkoopwaarde van de schuur tot een bedrag van f 100 000. Hetgeen Hiddema meer van Klaverblad had ontvangen, heeft hij aan Klaverblad terugbetaald.

3.2 In dit geding heeft Hiddema aan zijn gewijzigde vordering ten grondslag gelegd dat A. c.s. zijn gehouden hem de schade te vergoeden die hij als gevolg van de brand heeft geleden, te berekenen naar de herbouwwaarde van de schuur.

A. c.s. hebben de vordering bestreden. zij voerden daartoe aan dat Hiddema slechts recht heeft op de waarde van de schuur in het economisch verkeer vóór de brand omdat de schuur door de brand geheel en al verloren is gegaan, althans omdat Hiddema de schuur niet zelf heeft herbouwd maar deze heeft overgedragen aan zijn zoon. Aangezien de getaxeerde waarde van de schuur voor de brand volgens Hiddema zelf f 100 000 bedroeg en hij dit bedrag heeft ontvangen van zijn verzekeraar, Klaverblad, lijdt Hiddema geen schade.

3.3 De rechtbank heeft in haar eindvonnis laatstvermeld verweer van A. c.s. gegrond geacht en de vordering mitsdien van de hand gewezen.

In hoger beroep heeft het hof, met vernietiging van dit vonnis, de gewijzigde vordering echter alsnog toegewezen tot een bedrag van € 79 367,52. Het overwoog daartoe, samengevat weergegeven, als volgt. Als uitgangspunt dient dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten welke met het herstel zullen zijn gemoeid (rov. 5). Als het gaat om de onrechtmatige beschadiging van een onroerende zaak, moet in beginsel ervan worden uitgegaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. In het onderhavige geval gaat het om een landbouwschuur, die als gevolg van brand zo ernstig is beschadigd dat herstel c.q. vervanging neerkomt op herbouw van de schuur. Doorslaggevend is dan of herbouw in de gegeven omstandigheden verantwoord is (rov. 6). Dat is hier inderdaad het geval. De schuur werd door Hiddema dagelijks gebruikt in het kader van zijn bedrijf voor opslagdoeleinden. Gesteld noch gebleken is dat Hiddema de mogelijkheid had in de directe omgeving van zijn bedrijf een vervangende schuur te verwerven die als gelijkwaardig aan de afgebrande schuur kan worden beschouwd. Bovendien zijn de kosten die volgens Hiddema met het bouwen van een nieuwe schuur gemoeid zouden zijn in verhouding tot de gestelde verkoopwaarde niet zodanig hoog dat op grond daarvan van Hiddema gevergd kon worden zijn schuur niet te herbouwen maar genoegen te nemen met de verkoopwaarde daarvan. Derhalve kan Hiddema in redelijkheid aanspraak maken op de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten van herbouw van zijn schuur (rov. 7). Bij een dergelijke (abstracte) wijze van schadeberekening is niet van belang of Hiddema al dan niet daadwerkelijk tot herbouw is overgegaan, zodat het feit dat Hiddema de schuur niet heeft herbouwd maar deze (drie jaar na de brand) in afgebrande staat aan zijn zoon heeft verkocht, aan zijn recht op vergoeding van zijn schade op basis van de herbouwkosten niet afdoet (rov. 8).

3.4 De onderdelen 1 en 2.1 van het middel bevatten geen klachten tegen 's hofs arrest. Onderdeel 2.2 betoogt, kort gezegd, dat geen rechtsregel meebrengt - en meer in het bijzonder ook niet besloten ligt in HR 1 juli 1993, nr. 15070, NJ 1995, 43 - dat indien de herbouwkosten van een door brand verwoest gebouw als het onderhavige de waarde daarvan in het economisch verkeer overtreffen, deze herbouwkosten steeds en zonder meer zouden moeten worden vergoed met abstractie van de omstandigheden van het geval.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag en kan dus niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers niet geabstraheerd van de omstandigheden van het concrete geval, maar heeft in zijn beoordeling van de zaak betrokken op welke wijze en met welke frequentie Hiddema de schuur in zijn bedrijf gebruikte, dat niet was gesteld of gebleken dat in de directe omgeving van zijn bedrijf een gelijkwaardige vervangende schuur kon worden verworven en dat de kosten van het bouwen van een nieuwe schuur niet onevenredig hoog zijn in vergelijking met de verkoopwaarde van de schuur voor de brand.

3.5 Onderdeel 2.3 stelt voorop dat onder omstandigheden van de eigenaar van een gebouw dat door een onrechtmatige daad geheel en al verloren is gegaan, wel degelijk in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot de waardevermindering

daarvan. Voor zover het hof dit heeft miskend, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het van oordeel is dat van dergelijke omstandigheden niet is gebleken, is zijn oordeel, in het licht van hetgeen A. c.s. in dit geding hebben gesteld, onbegrijpelijk gemotiveerd. A. c.s. hebben zich immers erop beroepen dat herstel in het onderhavige geval niet meer aan de orde is omdat de restanten van de schuur inmiddels een andere bestemming hebben gekregen; voorts hebben zij aangevoerd dat de schade van Hiddema al is vergoed door diens opstalverzekeraar.

3.6 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldsbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid (HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444).

Is de onrechtmatig beschadigde zaak een gebouw, dan is in beginsel ervan uit te gaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of dat het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de functie van de zaak voor de eigenaar, de mogelijkheid om - aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen - elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak - in onbeschadigde toestand - kan worden beschouwd, alsmede de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering (HR 1 juli 1993, nr. 15070, *NJ* 1995, 43).

Het vorenoverwogene heeft in beginsel ook te gelden indien het desbetreffende gebouw niet slechts is beschadigd, maar door een onrechtmatige daad geheel en al verloren is gegaan.

Opmerking verdient nog dat het vorenstaande anders is indien de desbetreffende, verloren gegane, zaak een exemplaar is zonder eigen, individueel bepaalde, kenmerken, van een soort waarvoor een voor het publiek toegankelijke markt bestaat. In een zodanig geval zal de eigenaar van de zaak, wanneer deze door een onrechtmatige daad geheel en al verloren gaat, door dit verlies een nadeel in zijn vermogen lijden dat in het algemeen moet worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de zaak ten tijde van het verlies (de marktwaarde; vgl. HR 12 april 1991, nr. 14193, *NJ* 1991, 434).

3.7 Voor zover onderdeel 2.3 stelt dat het hof heeft miskend dat onder omstandigheden van de eigenaar van een gebouw dat door een onrechtmatige daad geheel en al verloren is gegaan, in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot de waardevermindering daarvan, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Zoals besloten ligt in het hiervoor in 3.4 overwogene, heeft het hof immers wel degelijk onderzocht of van de getroffen eigenaar, Hiddema, in redelijkheid kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering, maar heeft het daarvoor in het concrete geval onvoldoende aanleiding gezien.

Voor zover het onderdeel dit oordeel als onbegrijpelijk gemotiveerd bestrijdt, en het zich daartoe beroept op het feit dat de restanten van de schuur inmiddels een andere bestemming hebben gekregen, stuit het af op het feit dat Hiddema in dit geding onweersproken heeft gesteld dat hij de schuur wenste te herbouwen, maar in dat

voornemen is gedwarsboemd doordat achtereenvolgens (i) de provincie de herbouw niet toestond op de daartoe door Hiddema beoogde plaats, voorts (ii) tussen hem en zijn schadeverzekeraar een langdurige correspondentie en daarna een juridische procedure is gevoerd over de vraag in welke omvang de verzekeraar de door de brand geleden schade diende te vergoeden en hij ten slotte, ruim drie jaar na de brand, toen hij inmiddels 65 jaar was geworden, (iii) de schuur in het kader van een bedrijfsovername heeft overgedragen aan zijn zoon, die het bedrijf heeft voortgezet en die ter plaatse een andere schuur heeft gebouwd, terwijl alle rechten die Hiddema in verband met de brand tegen derden kon doen gelden, bij hem zijn verbleven (pleitnotities in eerste aanleg onder 4). In elk geval onder deze, door het hof kennelijk mede in zijn beoordeling betrokken, omstandigheden, kan niet worden gezegd dat het feit dat de opvolgend eigenaar aan de schuur inmiddels een andere bestemming heeft gegeven (de nieuwe schuur dient niet, zoals de oude, voor opslagdoeleinden; daarin is een pluimvee-bedrijf ondergebracht), gs hofs oordeel onbegrijpelijk maakt dat Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de naar objectieve maatstaven berekende kosten van herbouw van zijn schuur en dat niet van belang is of Hiddema daadwerkelijk tot herbouw is overgegaan.

Voor zover het onderdeel ten slotte aanvoert dat de schadevergoeding waarop Hiddema wél recht heeft, hem reeds is voldaan door zijn opstalverzekeraar Klaverblad, mist het feitelijke grondslag. Aan deze klacht ligt immers klaarblijkelijk ten grondslag dat het hof met dit gegeven geen rekening heeft gehouden, terwijl het hof dat nu juist wel heeft gedaan door het in hoger beroep na wijziging van eis gevorderde bedrag ad € 79 367,52 (f 174 903) toe te wijzen, dat was samengesteld door van de getaxeerde en op zichzelf onbetwiste herbouwwaarde van f 274 903 een bedrag van f 100 000 (de door het onderdeel bedoelde uitkering door de schadeverzekeraar Klaverblad) af te trekken.

3.8 onderdeel 2.3 kan dus geen doel treffen.

3.9 onderdeel 2.4 stelt dat uit het hiervoor in 3.6 aangehaalde arrest HR 1 juli 1993, nr. 15070, *NJ* 1995, 43, logischerwijs volgt dat de toetsing aan de in dit arrest genoemde feiten en omstandigheden dient plaats te vinden naar het moment van het beoordelen van de rechtsvordering en niet naar het moment van het ontstaan van de brand, zoals het hof kennelijk heeft gedaan.

3.10 Het onderdeel is op een onjuiste rechtsopvatting gebaseerd en kan daarom geen doel treffen. Zoals in het eveneens in 3.6 aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444, waarop het in het onderdeel genoemde arrest voortbouwt, reeds besloten ligt ("dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, door die beschadiging reeds voor en onafhankelijk van herstel daarvan in zijn vermogen een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan"; vgl. ook HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449), en eveneens aan het wettelijk systeem ten grondslag ligt (vgl. de MvA II bij art. 6:119 BW, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 475), dient de omvang van de schade die naar objectieve maatstaven wordt begroot, te worden berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Daaraan doet niet af dat in het door het onderdeel bedoelde arrest besloten ligt dat onder omstandigheden gebeurtenissen van later datum kunnen meebrengen dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt.

3.11 De onderdelen 2.5 en 2.6 bevatten geen zelfstandige klachten.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt A. c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Hiddema begroot op € 941,34 aan verschotten en € 1365 voor salaris.

[Mening] **Conclusie P-G mr. Hartkamp:**

Feiten en procesverloop

1) In cassatie moet worden uitgegaan van de volgende, door de rechtbank in haar vonnissen van 5 december 1996 (r.o. 2.12.6) vastgestelde feiten.

Op 17 november 1987 is door het spel van Karin, Lizette (beiden toen 11 jaar oud) en Evy (toen 12 jaar oud) brand ontstaan aan een toen aan O.U. Hiddema (hierna: Hiddema), verweerder in cassatie, toebehorende landbouwschuur (hierna: de schuur), één van de bedrijfsgebouwen van het landbouwbedrijf van Hiddema. De schuur is als gevolg hiervan geheel en al afgebrand.

R.F.B. A. en B. N. (hierna: A. c.s.), eisers in cassatie, zijn aansprakelijk voor de als gevolg van de brand ontstane schade.

Hiddema heeft zijn bedrijf drie jaar na de brand overgedragen aan zijn zoon; de onroerende zaak - inclusief de schuur - werd bij notariële akte van 31 december 1990 geleverd. De schuur bevond zich toen in de staat waarin deze zich na de brand bevond.

Bij brief van 5 november 1991 heeft de advocaat van Hiddema aan de verzekeraar van A. c.s. voorzover van belang het volgende doen weten:

"(...) Ik verzoek u mij te laten weten of u aansprakelijkheid erkent c.q. welke gegevens u nodig hebt om tot erkenning der aansprakelijkheid te komen.

Teneinde het renteverlies voor gelaedeerde niet nog groter te doen worden, ben ik genoodzaakt door dezen aanspraak te maken op de wettelijke rente over de eventueel vast te stellen schade en wel met ingang van heden."

Klaverblad, de opstalverzekeraar van Hiddema, heeft zich op het standpunt gesteld slechts gehouden te zijn de op f 100 000 getaxeerde verkoopwaarde van de schuur te vergoeden, terwijl de herbouwwaarde - waarop Hiddema stelt recht te hebben - op f 274 903 is vastgesteld.

In het vonnis van 24 juli 1997 (r.o. 2.2) heeft de rechtbank hieraan toegevoegd dat Hiddema onweersproken heeft gesteld dat de eigendom van de onroerende zaken niet door hem in de tussen hem en zijn zoon bestaande maatschap was ingebracht; en dat voorts is komen vast te staan dat de door Klaverblad uitgekeerde helft van de herbouwwaarde van de schuur aan Hiddema ten goede is gekomen en niet in het maatschapsvermogen is gevallen en dat de op het moment van de bedrijfsoverdracht verwachte uitkering van de andere helft van de herbouwwaarde niet betrokken is bij de afrekening tussen Hiddema en zijn zoon op 31 december 1990.

Voorts moet in cassatie worden uitgegaan van hetgeen het hof hieraan in zijn arrest van 15 okt. 2002 heeft toegevoegd (r.o. 1), t.w. dat bij arresten van dit hof (en kamer) van 22 dezelfde juni 1999 en 16 mei 2000 is vastgesteld dat Hiddema jegens Klaverblad recht heeft op vergoeding van de verkoopwaarde van de schuur tot een bedrag van f 100 000. **NOOT 8** Hetgeen Hiddema meer van Klaverblad had ontvangen, heeft hij aan Klaverblad terugbetaald.

2) Bij exploit van 13 december 1995 heeft Hiddema A. c.s. gedagvaard voor de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam. Hij heeft gevorderd te verklaren voor recht dat A. c.s. hoofdelijk gehouden zijn aan Hiddema te vergoeden een schadebedrag gelijk aan de vastgestelde herbouwkosten, welk bedrag is te vermeerderen met de wettelijke rente daarover te berekenen vanaf 5 november 1991 en te verminderen met ieder bedrag dat Hiddema uit hoofde van zijn overeenkomst van schadeverzekering met Klaverblad in verband met de onderhavige schade heeft ontvangen of nog definitief zal ontvangen. Hiddema heeft daartoe gesteld dat uit het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1993, *RvdW* 1993, 158 (thans tevens gepubliceerd in *NJ* 1995, 43) volgt dat de laedens in een geval als het onderhavige de gelaedeerde de herstelkosten, dat wil zeggen i.c. de herbouwwaarde, dient te vergoeden.

A. c.s. hebben zich in hun conclusie van antwoord tegen de vordering verweerd. Zij hebben betoogd dat de vordering moet worden afgewezen omdat, kort gezegd, het door Hiddema aangehaalde arrest niet op het onderhavige geval ziet. Volgens A. c.s. heeft het arrest alleen betrekking op gevallen waarin herstel in de oude toestand van de (gedeeltelijk) beschadigde zaak mogelijk is, terwijl herstel van de schuur in de toestand van vóór de brand onmogelijk is nu hij volledig is afgebrand. Bovendien was herstel niet alleen niet mogelijk, maar heeft het ook niet plaatsgehad, omdat Hiddema de restanten van de verbrande opstal, de fundering en de grond aan zijn zoon heeft verkocht (die ter plaats een gebouw met een andere bestemming heeft gebouwd).

3) Bij tussenvonnis van 5 december 1996 heeft de rechtbank onder andere overwogen (r.o. 5.5.) dat weliswaar vaststaat dat na de brand niet eenzelfde schuur is gebouwd en dat de schuur in afgebrande staat is verkocht, maar dat dat op zichzelf niet reeds voldoende is om de vraag of Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op vergoeding van de kosten die met het bouwen van eenzelfde schuur gemoeid zouden kunnen zijn geweest, ontkennend te beantwoorden. Voor de beantwoording van die vraag kan mede van belang zijn dat - zoals door Hiddema bij gelegenheid van pleidooi is aangevoerd - sinds 1979 een maatschap tussen Hiddema en zijn zoon bestaat die te beschouwen is als een vorm van gefaseerde bedrijfsoverdracht, en het feit dat onder meer de schuur in dat kader aan de zoon is verkocht en geleverd. Aangezien omtrent de aard van de rechtsverhouding tussen Hiddema en zijn zoon bij gelegenheid van pleidooi geen opheldering verschaft kon worden, heeft de rechtbank een comparitie gelast teneinde nadere inlichtingen te verkrijgen omtrent de aard van de rechtsverhouding tussen Hiddema en zijn zoon. De comparitie is gehouden op 27 februari 1997.

4) Bij post-interlocutoire akte van 10 april 1997 (onder 23 e.v.) heeft Hiddema (tevens) zijn eis gewijzigd in die zin dat hij in plaats van de verklaring voor recht heeft gevorderd A. c.s. te veroordelen tot betaling aan Hiddema van een bedrag groot f 274 903.

A. c.s. hebben bij antwoordakte na comparitie van 15 mei 1997 hun weren gehandhaafd. Daarnaast hebben zij zich op het standpunt gesteld dat niet valt in te zien hoe Hiddema nog aanspraak kan maken op vergoeding van schade nu blijkens zijn eigen stellingen Klaverblad reeds de helft van f 274 903 aan hem heeft uitgekeerd en de schuur een vrije verkoopwaarde zou hebben gehad van f 100 000, terwijl de waarde van de schuur na de brand nog f 37 097 zou zijn geweest.

5) Bij eindvonnis van 24 juli 1997 heeft de rechtbank de vordering van Hiddema afgewezen. Zij heeft daartoe overwogen dat tijdens de comparitie is geconstateerd dat de waarde van de afgebrande schuur (bij de bedrijfsoverdracht) op nihil is gesteld, dat het door Hiddema overgelegde taxatierapport van Idsardi en Renkema d.d. 10 maart 1995 ten aanzien van de schuur vermeldt als verkoopwaarde vrij te aanvaarden per november 1987 f 100 000, en dat het eveneens door Hiddema overgelegde taxatierapport van de Friese Maatschappij van Landbouw d.d. 7 december 1989 als taxatiebasis noemt "Onderhandse verkoopwaarde in verpachte staat, zulks op grond van de bepalingen in het maatschapscontract" (r.o. 2.3). De rechtbank gaat er daarom vanuit dat Hiddema, indien de schuur niet zou zijn afgebrand en de waarde daarvan overeenkomstig de bepalingen van het maatschapscontract op de in laatstgenoemd taxatierapport vermelde taxatiebasis zou zijn vastgesteld, in elk geval minder dan f 100 000 van zijn zoon voor de schuur zou hebben ontvangen (r.o. 2.4). Aangezien op grond van de stellingen van Hiddema moet worden aangenomen dat Klaverblad bij de schadevergoeding wenst uit te gaan van de vrije verkoopwaarde en slechts terug wenst te vorderen hetgeen zij meer dan die waarde heeft vergoed, valt volgens de rechtbank niet in te zien welke door A. c.s. te vergoeden schade Hiddema door de brand heeft geleden (r.o. 2.5).

6) Hiddema is tegen de vonnissen van de rechtbank in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij zijn memorie van grieven d.d. 12 juli 2001 heeft Hiddema tevens zijn eis gewijzigd in die zin dat (de verzekeraars van) A. c.s. worden veroordeeld tot betaling van in hoofdsom f 174 903, zijnde het verschil tussen de herbouwwaarde en de verkoopwaarde.

Met zijn grieven tegen r.o. 5.5 van het tussenvonnis en r.o. 2.3-2.5 van het eindvonnis heeft Hiddema betoogd dat ter beoordeling van zijn vordering de rechtsverhouding tussen hem en zijn zoon irrelevant is. Van belang is volgens Hiddema slechts dat hij ten tijde van de onrechtmatige daad eigenaar van de schuur was, dat hij de schuur gebruikte in het kader van zijn bedrijfsuitoefening, dat een elders te verwerven schuur geen gelijkwaardige gebruiksmogelijkheden zou bieden en dat de kosten van herbouw het bedrag van de waardevermindering niet in zo'n mate overtroffen dat op grond daarvan van hem geveerd zou moeten worden dat hij genoegzaam met een schadevergoeding ter hoogte van de verminderde prijs.

A. c.s. hebben de grieven bij memorie van antwoord d.d. 23 augustus 2001 bestreden. Zij hebben gesteld, kort samengevat, dat Hiddema's betoog op een verkeerde lezing berust van het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1993, NJ 1995, 43. NOOT 9

7) Bij arrest van 15 oktober 2002 heeft het hof de vonnissen van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, Hiddema's vordering, zoals gewijzigd in hoger beroep, alsnog toegewezen in die voege dat het A. c.s. heeft veroordeeld tot betaling van Hiddema van een bedrag groot € 79 367,52, vermeerderd met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 13 december 1995 tot de dag der algehele vergoeding.

Het heeft daartoe overwogen, voorzover in cassatie van belang, als volgt:

"5. Als uitgangspunt moet worden genomen, dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid.

6. Als het gaat om de onrechtmatige beschadiging van een onroerende zaak, moet er in beginsel van worden uitgegaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. In het onderhavige geval gaat het om een landbouwschuur, die als gevolg van brand zodanig ernstig is beschadigd dat herstel c.q. vervanging ervan neerkomt op herbouw van de schuur.

Doorslaggevend is in dit geval of herbouw in de gegeven omstandigheden verantwoord is, of dat van de getroffen eigenaar in redelijkheid verlangd mag worden dat hij genoeg neemt met vergoeding van de waarde van het gebouw in het economisch verkeer.

7. Vast staat dat de betreffende landbouwschuur die is afgebrand, door Hiddema dagelijks werd gebruikt in het kader van zijn bedrijf voor de opslag van (onder meer) aardappelen en de stalling van tractoren en landbouwwerktuigen. Gesteld noch gebleken is dat Hiddema de concrete mogelijkheid had om in de (zeer) directe nabijheid van zijn landbouwbedrijf een vervangende schuur te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging en prijs als gelijkwaardig aan de afgebrande schuur kan worden beschouwd. Het hof is bovendien met de rechtbank van oordeel dat de kosten die volgens Hiddema met het bouwen van een nieuwe schuur gemoeid zouden zijn, in verhouding tot de gestelde verkoopwaarde niet zodanig hoog zijn dat op grond daarvan van Hiddema gevergd kon worden zijn schuur niet te herbouwen maar genoeg te nemen met de verkoopwaarde ervan. Gelet op bovenstaande omstandigheden is het hof van oordeel dat Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten van herbouw van zijn schuur, en dat hij geen genoeg hoeft te nemen met vergoeding van de (verkoop waarde).

8. Bij een dergelijke (abstracte) wijze van schadeberekening is niet van belang of Hiddema al dan niet daadwerkelijk tot herbouw is overgegaan. Anders dan de rechtbank is het hof dan ook van oordeel dat het feit dat Hiddema de schuur niet heeft herbouwd maar (bij de bedrijfsovername door zijn zoon, drie jaar na de brand) in afgebrande staat aan zijn zoon heeft verkocht, aan het recht van Hiddema op vergoeding van zijn schade op basis van de herbouwkosten niet af doet."

8) A. c.s. zijn (tijdig) van het arrest van het hof in cassatie gekomen bij exploit van 15 januari 2003. Daartoe hebben zij een middel van cassatie geformuleerd dat bestaat uit twee onderdelen (waarvan het eerste evenwel alleen een algemene inleiding en een overzicht van het procesverloop bevat). Hiddema heeft geconcludeerd voor antwoord. Vervolgens hebben partijen hun stellingen schriftelijk toegelicht, waarna A. c.s. hebben gerepliceerd.

Bespreking van het cassatiemiddel

9) *Onderdeel 2.2* - na een inleiding in *onderdeel 2.1* - gaat er vanuit dat het hof, blijkens de in r.o. 5 e.v. van het bestreden arrest gebezigde formulering, kennelijk het oog heeft gehad op het arrest HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43 m.nt. CJHB (Gemeente Den Haag/Van Schravendijk) en dat het hof daaruit heeft afgeleid dat bij het vaststellen van de schade met de concrete omstandigheden van een geval (als het onderhavige) geen rekening mag worden gehouden, omdat dit zich niet laat verenigen met de door de Hoge Raad "voorgescreven" abstracte schadeberekening. Volgens de klacht heeft het hof daarmee de strekking van het arrest van de Hoge Raad miskend en heeft het aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

De klacht kan m.i. bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. In het bijzonder in r.o. 7 heeft het hof immers uitdrukkelijk verschillende omstandigheden van het onderhavige geval vermeld en geoordeeld dat, gelet op die omstandigheden, Hiddema in redelijkheid aanspraak kan maken op de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten van herbouw van zijn schuur.

10) Alvorens de overige klachten van het middel te bespreken sta ik stil bij het arrest van 1 juli 1993 en zijn relatie tot de vroegere jurisprudentie.

De Hoge Raad heeft in dit arrest (r.o. 4.2) voorop gesteld "dat de eigenaar van een zaak die wordt beschadigd, een nadeel lijdt, gelijk aan de waardevermindering welke het desbetreffende vermogensbestanddeel heeft ondergaan, en dat, indien het een zaak betreft waarvan herstel mogelijk en verantwoord is, het geldsbedrag waarin deze waardevermindering kan worden uitgedrukt, in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten, welke met het herstel zullen zijn gemoeid (HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444 en HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 625)."

Aangenomen pleegt te worden dat het hier gaat om een "abstracte", wijze van schadevaststelling, niet alleen in die zin dat wordt geabstraheerd van de kosten die in geval van herstel daadwerkelijk zijn gemaakt, maar ook van de vraag of de eigenaar feitelijk tot herstel overgaat. Zie bijv. Bloembergen, diss. p. 48, Barendrecht, *WPNR* 5764 (1985), Barendrecht/Storm e.a., *Berekening van schadevergoeding* (1995), p. 38, Deurvorst, *NTBR* 1996, p. 37 e.v. Vgl. ook Van der Grinten onder HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 625 alsmede HR 20 september 1985, *NJ* 1986, 211 m.nt. G. *NOOT 10* Dat ook geabstraheerd kan worden van het antwoord op de vraag of de eigenaar feitelijk tot herstel overgaat, is een eis van de praktijk: een eigenaar die geen financiële middelen heeft tot (voor)financiering, moet die beslissing immers van de uitslag van de procedure kunnen laten afhangen.

Het arrest van 1993 herhaalt in r.o. 4.3.1 de oudere rechtspraak in zoverre dat wordt beslist dat er in beginsel van dient te worden uitgegaan dat de eigenaar van een gebouw dat onrechtmatig is beschadigd, aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel, en voegt daaraan dan het volgende toe: zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of dat het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarna de Hoge Raad drie omstandigheden de revue laat passeren, t.w. de functie van de zaak voor de eigenaar, de mogelijkheid om (als afbraak en herbouw ter plaatse niet in aanmerking komen) elders een gelijkwaardige zaak te verwerven en de hoogte van de herstelkosten vergeleken met het bedrag van de waardevermindering. De Hoge Raad besluit met de overweging dat "omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering."

Ik leid uit deze uitpraak af dat de bestaande rechtspraak wordt bevestigd en aangevuld in die zin dat zij ook geldt indien herstel (mogelijk en) verantwoord is, hoewel de daarmee gemoeide kosten hoger zijn dan de waardevermindering. In dat geval is de regel echter wel minder hard: ook dan kan er sprake zijn van een wijze van schadevaststelling die in bepaalde opzichten abstraheert van de in concreto geleden schade (inclusief de vraag of daadwerkelijk herstel plaatsvindt), maar of dat verantwoord is hangt af van de omstandigheden van het geval. Ook in de eerdere rechtspraak lag de mogelijkheid van een uitzondering besloten ("in het algemeen"), maar het ligt voor de hand dat de mogelijkheid daartoe - ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker - ruimer zal zijn wanneer de herstelkosten de waardevermindering overtreffen. In die zin is de vraag of de schade (in bepaald opzicht) abstract of concreet zal worden berekend bij deze schadesoort afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

11) *Onderdeel 2.3* betoogt in de eerste plaats dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blij gegeven als het heeft gemeend dat het arrest van 1993 niet de ruimte laat voor het oordeel dat, hoewel de genoemde drie omstandigheden zich voordoen, op grond van andere omstandigheden van de getroffen eigenaar toch in redelijkheid kan worden verlangd dat hij zijn aanspraak beperkt tot de waardevermindering. Deze klacht mist m.i. feitelijke grondslag, omdat uit het bestreden arrest niet kan worden afgeleid dat het hof aan het arrest van 1993 een dergelijke restrictieve uitleg - die inderdaad onjuist zou zijn - heeft gegeven. *NOOT 11*

12) Het onderdeel betoogt vervolgens dat 's hofs arrest niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd voorzover het hof heeft geoordeeld dat van dergelijke andere omstandigheden niet is gebleken. Daartoe beroept het onderdeel zich op twee omstandigheden: 1) herstel is niet meer mogelijk c.q. niet meer aan de orde omdat de restanten van de schuur een andere bestemming hebben gekregen; en 2) de schadevergoeding waarop Hiddema recht heeft (de waarde in het economische verkeer) is hem voldaan door zijn opstalverzekeraar. Ik stel voorop dat het middel - terecht naar mijn mening - geen klacht richt tegen 's hofs oordeel dat de beslissing van de Hoge Raad van 1993 ook van toepassing is op het geval dat het gebouw als gevolg van brand zo ernstig is beschadigd dat herstel c.q. vervanging ervan neerkomt op herbouw daarvan. Voorts merk ik op dat de klacht een motiveringsklacht is. Niet wordt dus betoogd - alweer: terecht naar het mij voorkomt - dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het arrest van 1993 aldus te verstaan dat ook in het geval van beschadiging van een gebouw, waarbij de herstelkosten (i.c. herbouwkosten) hoger zijn dan de waardevermindering, onder omstandigheden een abstracte wijze van schadevaststelling kan worden toegepast.

13) Ten einde de motiveringsklacht beter te kunnen beoordelen vermeld ik - in aanvulling op de vaststaande feiten zoals vermeld onder 1 - met betrekking tot de feiten waarop het onderdeel een beroep doet het volgende. Ik ontleen een en ander aan de reeds onder 1 vermelde, bij de memorie van grieven overgelegde arresten van het Hof Den Haag van 22 juni 1999 en 16 mei 2000, gewezen tussen Hiddema en zijn opstalverzekeraar Klaverblad (waarbij ik opmerk dat de na te noemen feiten door A. c.s. niet specifiek zijn bestreden). Volgens de toepasselijke polisvoorwaarden had Hiddema jegens Klaverblad recht op vergoeding van herbouwwaarde, mits herbouw met dezelfde bestemming en op dezelfde plaats zou vinden. Anders bestaat slechts vergoeding naar verkoopwaarde. Hiddema heeft voor herbouw geopteerd, zij het dat niet hij doch zijn zoon, aan wie hij op 31 december 1990, dus drie jaar na de brand, zijn bedrijf (waaronder de resten van de verbrande schuur) heeft overgedragen, opdracht heeft gegeven een nieuwe schuur te bouwen. Die overdracht vond plaats toen Hiddema 65 was geworden; hij was gedurende die drie jaar met Klaverblad in discussie geweest over de wijze waarop de herbouw met inachtneming van de polisbepalingen zou moeten/kunnen plaatsvinden. Het feit dat niet Hiddema doch zijn zoon opdracht heeft gegeven tot herbouw staat niet in de weg aan Hiddema's recht op vergoeding van herbouwwaarde, indien de met herbouw gemoeide kosten uiteindelijk voor rekening van Hiddema als verzekerde komen, omdat hij zich daarvoor financiële offers heeft moeten getroosten. Inderdaad heeft hij zich substantiële financiële offers getroost, omdat tengevolge van het feit dat de schuur moest worden herbouwd, de overnameprijs voor het bedrijf met f 127 438 is verminderd. Niettemin heeft Hiddema van Klaverblad uiteindelijk slechts een vergoeding naar verkoopwaarde ontvangen, omdat de nieuw gebouwde opstal een andere bestemming in de zin van de polis had (namelijk pluimveestal) dan de afgebrande schuur.

14) Tegen deze achtergrond meen ik dat de motiveringsklacht van onderdeel 2.3 tevergeefs wordt voorgesteld. Inderdaad zal het zich kunnen voordoen dat in het licht van de omstandigheden van het geval moet worden geoordeeld dat een eigenaar die de beschadigde opstal niet herstelt of vervangt (en van wie vaststaat dat hij dat ook niet zal doen), geen aanspraak kan maken op de herstelkosten (zie aldus reeds mijn opmerking in Asser-Hartkamp I, 12e druk 2004, nr. 417, voorlaatste alinea n.a.v. HR 27 september 1985, NJ 1986, 212), en dit geldt in versterkte mate indien de herstelkosten hoger zijn dan de waardevermindering van de zaak in het economische verkeer. In het onderhavige geval is het echter naar mijn oordeel geenszins onbegrijpelijk dat het hof tot een andere conclusie is gekomen. Daartoe wijs ik met name op de reden waarom Hiddema niet zelf tot herbouw is overgegaan, het tijdstip en de reden waarom hij zijn bedrijf (inclusief de fundamenten van de afgebrande schuur) heeft overgedragen, en de financiële afwikkeling tussen Hiddema en Klaverblad enerzijds en Hiddema en zijn zoon anderzijds.

15) Uit het voorgaande vloeit voort dat de *onderdelen 2.4-2.6* geen behandeling meer behoeven. Wat onderdeel 2.4 betreft merk ik ten overvloede op dat ik het - zoals uit het

voorgaande voortvloeit - juist acht dat de rechter in een geval als het onderhavige ook omstandigheden na het schadegebeuren in zijn overweging mag betrekken. Zie in deze zin ook HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 690 m.nt. ARB.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Noot:

1 Schadebegroting bij tenietgaan van een onroerende zaak

In dit arrest bevestigt De Hoge Raad zijn vaste rechtspraak over de wijze van begroting van de schade bij zaaksbeschadiging, meer speciaal zijn uitspraak van HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43 (van Schravendijk/Gem. 's-Gravenhage) over beschadiging van een onroerend goed dat gebruikt werd voor de uitoefening van een beroep. Hier ging het om de vraag hoe de schade geleden door het afbranden van een landbouwschuur moet worden begroot, indien die schuur niet is herbouwd, maar jaren na de brand daarvoor een andere schuur met een andere bestemming in de plaats is gekomen. Hoofregel blijft dat als herstel mogelijk en verantwoord is, die schade in het algemeen gelijk zal zijn aan de - naar objectieve maatstaven berekende - kosten welke met het herstel zijn gemoeid (HR 16 juni 1961, *NJ* 1961, 444). Is de zaak tenietgegaan dan wordt de schade begroot op de kosten van de herbouw. Het arrest van Hof Den Haag van 15 oktober 2002, dat m.i. voortreffelijk was gemotiveerd, blijft geheel overeind onder meer op de punten wanneer de schade geleden was (direct na de brand) en hoe die schade moest worden begroot, indien geen herstel heeft plaatsgevonden en de herstelkosten de waarde van de zaak in het economisch verkeer te boven gaan. Ik beperk me tot enkele korte opmerkingen.

2. Schade veroorzaakt door jonge kinderen

De ouders van minderjarige kinderen zijn van oudsher aansprakelijk voor de schade die hun kinderen onrechtmatig toebrengen. Die kwalitatieve aansprakelijkheid is hun eigen aansprakelijkheid, die los staat van de aansprakelijkheid van de kinderen zelf. De ouders zijn voor kinderen jonger dan veertien jaar onder het nieuwe BW risicoaansprakelijk (art. 6:169 lid 1 BW), maar die kinderen zijn zelf niet aansprakelijk uit onrechtmatige daad (art. 6:164 BW). Voor schade die door kinderen van veertien en vijftien jaar onrechtmatig aan derden wordt toegebracht zijn die kinderen zelf aansprakelijk, maar ook hun ouders (of voogd), tenzij hun niet kan worden verweten dat zij de gedraging van het kind niet hebben belet (art. 6:169 lid 2). Wil de schadelijder de ouders van een minderjarig kind tot vergoeding van de schade aanspreken, dan moet hij hen dagvaarden en niet het kind dat de schade veroorzaakte. Wil hij echter het minderjarige kind aanspreken, dan moet hij de ouders of de voogd als wettelijk vertegenwoordiger van het kind dagvaarden en hen in hun kwaliteit van wettelijke vertegenwoordiger van het kind aanspreken (art. 1:245 lid 4 BW). Met enige regelmaat worden echter in de praktijk de ouders of de voogd als wettelijke vertegenwoordigers van het kind gedagvaard in gevallen waarin het kind niet aansprakelijk is, maar de ouders wel. De vordering is dan niet toewijsbaar als het kind jonger dan veertien jaar was toen het de schade veroorzaakte (art. 6:164 BW) en evenmin als het kind ouder dan veertien en jonger dan zestien jaar was en degene die de ouderlijke macht of de voogdij over het kind uitoefent bewijst dat hem niet kan worden verweten dat hij de gedraging van het kind niet heeft belet (art. 6:169 lid 2 BW). De eiser doet er dan goed aan zowel de ouders pro se als de minderjarige via zijn wettelijke vertegenwoordiger aan te spreken. Alleen als het kind 16 of 17 jaar was ten tijde van de veroorzaking van de schade en dus zelf aansprakelijk, moet het via zijn wettelijke vertegenwoordiger worden aangesproken, zo lang het niet inmiddels meerderjarig is geworden. Zie Asser-Hartkamp 4-III, nrs. 130 e.v.

Beslissend voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders van minderjarige kinderen is de leeftijd van het kind ten tijde van de schadeveroorzaking. Die aansprakelijkheid blijft gewoon bestaan wanneer die kinderen meerderjarig worden. Zo terecht Hof Haag in rov. 3 van het arrest a quo.

3. Invloed van verzekering op schadebegroting

Verzekeringen hebben geen invloed op de vraag van de aansprakelijkheid van de dader en evenmin op de vraag hoe die schade moet worden begroot. Wel kan een schadeverzekering invloed hebben op het bedrag dat de ouders van de kinderen moeten vergoeden, omdat het door de verzekeraar feitelijk uitgekeerde bedrag de schade vermindert (HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 690). Bovendien beperkt een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid de mogelijkheid om de toe te kennen schadevergoeding te matigen (art. 6:109 lid 2 BW).

De eigenaar van de schuur had twee debiteuren voor de schade, de ouders van de brandstichtende kinderen uit onrechtmatige daad en de brandverzekeraar uit de verzekeringsovereenkomst. Hij had daarbij de vrije keus en hoefde niet eerst de verzekeraar aan te spreken. In deze zaak was de eigenaar van de schuur verzekerd tegen brandschade op basis van herbouwwaarde en de ouders van de kinderen die de brand hadden veroorzaakt tegen wettelijke aansprakelijkheid. De eigenaar van de schuur sprak zijn verzekeraar aan tot vergoeding van het met de herbouw van de schuur gemoeide bedrag, er van uitgaande dat hij daarmee het snelst vergoeding van zijn schade zou krijgen. Hij wilde echter de schuur op een andere plaats herbouwen, waartegen de provincie bezwaar maakte, wat de zaak vertraagde. Toen de schuur uiteindelijk werd herbouwd was het landbouwbedrijf door Hiddema, die inmiddels 65 jaar was geworden, overgedragen aan zijn zoon met wie hij in een maatschap samenwerkte. Die zoon herbouwde de schuur zodanig, dat die geschikt was voor het houden van pluimvee en niet meer alleen voor opslagdoeleinden. De brandverzekeraar weigerde de herbouwkosten te vergoeden, omdat de verzekering tegen herbouwwaarde krachtens de polisvoorwaarden alleen gold bij ongewijzigde bestemming. Na een procedure in twee instanties, waarin de verzekeraar in het gelijk werd gesteld, werd een bedrag van f 100 000 uitgekeerd, zijnde de verkeerswaarde waarop de schuur door deskundigen was begroot. De herbouwkosten van de schuur waren begroot op f 274 000. Ik merk op dat de verkeerswaarde van een schuur op het erf van een boerderij in Holwerd niet goed bepaalbaar is, omdat voor een dergelijke schuur ter plaatse niet een echte markt bestaat. De verkeerswaarde is dan geen reële maatstaf, zodat men wel moet uitgaan van de gebruikswaarde van de schuur in het bedrijf van de eigenaar voor de brand. Het bedrag van f 100 000 dat werd toegewezen lijkt ook een ruwe schatting van die gebruikswaarde.

Achteraf zal Hiddema er wel spijt van hebben gehad dat hij zich in eerste instantie tot zijn verzekeraar had gewend en niet direct tot de krachtens art. 6:169 BW aansprakelijke ouders van de kinderen die ten tijde van de brand 10 en 11 jaar waren. Hij had het dan aan die ouders kunnen overlaten om verhaal te zoeken op de brandverzekeraar tot het bedrag dat onder de brandpolis verschuldigd was. Dat hij zijn dorpsgenoten dagvaardde voor de rechtbank Rotterdam en niet voor de rechtbank Leeuwarden berustte kennelijk op een afspraak van de partijen over de competentie van die rechtbank ook in de zaak tegen de ouders. Die afspraak had het voordeel dat die rechtbank en het Haagse hof de zaak kenden uit de procedure tegen de brandverzekeraar.

CJHB

Voetnoot verwijzingen

NOOT 1:

Zie ook *JOR* 2004/262; *AV&S* 2004/47 (m.comm. mr. P.C. Knijp); *red.*

NOOT 2:

Vergelijk de als prod. 6 bij post-interlocutoire akte/wijziging eis overgelegde brief van Klaverblad.

NOOT 3:

Maatschapscontract en taxatierapport zijn eveneens bij de post-interlocutoire akte overgelegd en wel als prod. 1 en 2.

NOOT 3:

Klaverblad heeft uiteindelijk geweigerd op basis van herbouwwaarde uit te keren; de polisvoorwaarden beperkten die deze verplichting tot situaties waarin de herbouw plaats vindt met behoud van de eerdere bestemming.

NOOT 4:

Zie voor wat betreft het eerste element van het verweer met name cva, pos. 9-12 en 15, pleitnotities mr. Luiten, pos. 3, 7, 9-10 en 14-18 en voor wat betreft het tweede de antwoordakte na comparitie pos. 3-4 en 13, alsook de mva pos. 10.

NOOT 5:

Zie mva. pos. 22.

NOOT 6:

Zie met name de zgn. Meerstoel-arresten (HR 27 september 1985, NJ 1986, 221 en 212, m.nt. G) alsmede 28 april 2000, NJ 2000, 690, m.nt. ARB.

NOOT 7:

De rechtbank ging er overigens nog van uit dat Hiddema zelfs meer had ontvangen. Bij mvg heeft deze echter aangegeven dat hetgeen door de opstalverzekeraar meer was betaald dan het bedrag van f 100 000 inmiddels door de verzekeraar was teruggevorderd.

NOOT 8:

Deze arresten, gewezen in de door Hiddema tegen Klaverblad aangespannen procedure, zijn als producties A en B opgenomen bij de memorie van grieven d.d. 12 juli 2001.

NOOT 9:

Hiddema heeft nog op de memorie van antwoord gereageerd bij akte d.d. 18 oktober 2001, doch terzake van een kwestie die in cassatie geen rol meer speelt.

NOOT 10:

Zie recentelijk nog A-G Huydecoper in zijn conclusie (nr. 11) voor HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 50.

NOOT 11:

De door het hof genoemde omstandigheden corresponderen trouwens niet geheel met de door de Hoge Raad in 1993 genoemde omstandigheden. In 1993 was gegeven dat afbraak en herbouw ter plaatse niet in aanmerking kwamen, in de onderhavige casus is dat uiteraard niet het geval.