

Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid¹

W.H. van Boom

‘Beter schadevergoedingsrecht’ begint bij een beter begrip van wat schadevergoeding precies is en waartoe het dient. Hier worden twee aspecten belicht. Allereerst de noodzaak van beter onderscheid tussen vervangende en aanvullende schadevergoeding. Vervolgens de functie van schadevergoeding: nakomen, vergoeden, voorkomen en straffen.

NTBR 2011/4, p. 163-165

Het gangbare uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW is dat de schade die het gevolg is van (en die in redelijkheid toegerekend kan worden aan) wanprestatie, vergoed moet worden. Niet meer en niet minder. Het idee van volledige schadevergoeding (dus: niet meer en niet minder dan de geleden schade) neemt daarmee een principiële standpunt in waar het betreft de grondslag van schadevergoeding. De benadeelde dient zoveel mogelijk in de positie te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de wanprestatie zou zijn uitgebleven en dus van een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming sprake was geweest. De focus in deze laatste zin is dus op de *benadeelde*: die moet zoveel mogelijk in de oude toestand teruggebracht of in de wenselijke hypothetische toestand gebracht worden. Maar hoe zit het dan met de wanprestant? Zou het schadevergoedingsrecht ook de ambitie hebben om te voorkomen dat wanprestatie profijtelijk is voor de wanprestant? En als dat zo is, sluit het geldend recht dan wel aan bij die ambitie? Of is er dan ‘beter schadevergoedingsrecht’ nodig? Ik wil die problematiek hier van een aantal kanten belichten. ‘Beter schadevergoedingsrecht’ op dit terrein begint bij een beter begrip van wat schadevergoeding precies is. Vervolgens is een duidelijk antwoord nodig op de vraag waartoe schadevergoeding bij wanprestatie strekt: vergoeden, voorkomen of straffen.

Beter onderscheid tussen vervangen en aanvullen

In Vos / TSN (2009) speelde een duurovereenkomst op grond waarvan TSN zich tegenover Vos verplichtte om voor de duur van vijf jaren de opleggers van Vos te onderhouden en repareren. De goede verhoudingen tussen partijen is op enig moment verstoord geraakt, Vos heeft tevergeefs geprobeerd de overeenkomst op te zeggen danwel te ontbinden en vervolgens heeft TSN in rechte primair ontbinding gevorderd (er werden immers geen opleggers meer aangeleverd en daarmee pleegde Vos wanprestatie) en subsidiair nakoming, in beide gevallen met schadevergoeding. Rechtbank en Hof wezen de vordering tot ontbinding met schadevergoeding toe. Daarbij werd winstderving als uitgangspunt genomen: als Vos gewoon opleggers was blijven aanleveren en de facturen die daarop zouden zijn gevolgd had voldaan, dan was een winst gerealiseerd door TSN ter grootte van een kleine € 600.000.

Vos stelt echter dat TSN in werkelijkheid – door het wegvallen van Vos als opdrachtgever – andere opdrachten heeft aangenomen en daarmee vervangende omzet en dus winst heeft gerealiseerd. DÍe winsten moeten volgens Vos ofwel afgetrokken worden van de gestelde winstderving (dus in de fase van schadebegroting) ofwel als voordeel worden toegerekend in

¹ Deze bijdrage betreffende beter burgerlijk recht is ter viering van het vijftienvig jarig jubileum van de Vereniging voor Burgerlijk recht geschreven op uitnodiging van de redactiecommissie beter burgerlijk recht bestaande uit Anne Keirse, Siewert Lindenbergh, Marco Loos en Albert Verheij. Zie voor meer informatie NTBR 2011/4 p. 24, alsook www.verenigingvoorbürgerlijkrecht.nl.

de zin van art. 6:100 BW.² Tot in drie instanties vangt Vos bot, en ik denk dat dat terecht is. De Hoge Raad formuleert in essentie de volgende rechtsregels.³ Ten eerste: de winst, als na de ontbinding aan TSN opgekomen voordeel, is niet van invloed op de omvang van de door TSN als gevolg van de ontbinding geleden schade. Ten tweede: de winst die de crediteur na wanprestatie van de debiteur maakt met de door eigen inspanningen gerealiseerde alternatieve contracten, vloeit niet voort uit een zelfde gebeurtenis in de zin van art. 6:100 BW als de schade die de wanprestatie heeft veroorzaakt. Die winst wordt dus niet als voordeel afgetrokken van de schadevergoeding.

Het arrest van de Hoge Raad heeft wel weerstand opgeroepen; kan TSN nu als het ware ‘twee keer’ vangen: én de winstderving van Vos én de winst die hij in de tussentijd elders heeft gerealiseerd? Dat zou Vos toch, zo zou men kunnen redeneren, in een aanmerkelijk voordeliger positie brengen dan waarin hij zou hebben verkeerd als het contract gewoon was nagekomen? Misschien wel. Maar ik denk niet dat dat in strijd is met ons schadevergoedingsrecht. De portée van het arrest is namelijk dat TSN de nettowinst krijgt waar hij recht op heeft: na aftrek van de besparingen (geen personeel en materiaal ingezet voor de reparatiewerkzaamheden) resteert de nettowinst die gegenereerd zou zijn bij perfecte nakoming. Dat is het positieve belang waar het contract hem recht op geeft en die mag hij opeisen. Laat ik het uitleggen aan de hand van het onderscheid tussen aanvullende schadevergoeding en vervangende schadevergoeding. Art. 6:277 BW maakt dat onderscheid niet heel duidelijk, maar (de totstandkomingsgeschiedenis van) art. 6:74 e.v. BW wel.

Stel dat een contract A ertoe verplicht om aan B een partij goederen te leveren tegen betaling door B van € 100. Voor B hebben de goederen echter een marktwaarde van € 120 zodat B een nettowinst kan realiseren van (laten we aannemen) € 20. Als A niet levert, en B niet ontbindt maar de plicht tot levering door A omzet in een tot vervangende schadevergoeding, blijft het contract in stand. B zal € 100 aan A moeten betalen en B zal de objectieve waarde van de prestatie ad € 120 aan B moeten betalen bij wijze van vervangende schadevergoeding. Na verrekening blijft voor B een netto vergoeding over van € 20. In dit voorbeeld zouden we niet snel zeggen tegen B dat hij zijn recht op € 20 verliest wanneer vaststaat dat hij elders op de markt een vervangende koop had kunnen doen die hem ook € 20 winst had kunnen brengen. Ook niet als vaststaat dat hij zijn vermogen ad € 120 zo had kunnen aanwenden (en wellicht ook daadwerkelijk heeft aangewend) dat hij een alternatieve bron van winst had kunnen aanboren. Waarom niet? Omdat hij door € 20 te vorderen, in wezen nakoming van de overeenkomst vordert; die nakoming zou hem die winst hebben gebracht. Dat hij door de wanprestatie van A misschien ‘dubbel vangt’, namelijk én de winst die hij op het contract met A had gemaakt en de werkelijke winst van een alternatieve transactie, doet niet af aan de nakomingsplicht van A - en dus ook niet aan de vervangende schadevergoedingsplicht. Ik zou zelfs willen stellen dat op de vervangende schadevergoedingsplicht afd. 6.1.10 BW niet van toepassing is omdat vergoeding van winstderving hier geen schadevergoedingsplicht is maar nakoming in geld uitgedrukt.⁴

Dat is anders met het recht op aanvullende schadevergoeding. Stel dat in ons voorbeeld A wel levert, maar de partij ondeugdelijk is. B heeft de partij echter doorverkocht aan C, die alle vertrouwen in B verliest en de handelsrelatie B-C niet langer continueert. B is dus een klant kwijt en toekomstige winstmogelijkheden zijn daarmee voor B kwijtgespeeld. Als A voor de schade die B daardoor lijdt in zijn vermogen is aan te spreken, spreken we van aanvullende

² Let wel: een beroep op een eventuele schadebeperkingsplicht van TSN ex art. 6:101 BW is niet uit de verf gekomen in de procedure.

³ HR 10 juli 2009, NJ 2011, 43 (Vos/TSN).

⁴ Het woord derving is dus ook minder treffend: het gaat er niet om dat toegebrachte schade ongedaan wordt gemaakt maar dat winst waar ‘recht’ op bestaat wordt betaald.

schadevergoeding. Die schade, die zou zijn uitgebleven bij perfecte nakoming (negatief belang dus), dient wél volgens de regels van Afd. 6.1.10 BW te worden begroot en vergoed door A. Op die schade is wél de schadebeperkingsplicht van art. 6:101 BW toe te passen, en als B daadwerkelijk andere klanten aantrekt die het gat kunnen opvullen dat C achterlaat, dan kan de alternatieve winst die daaruit voortkomt wél betrokken worden in de begroting van de werkelijk door B geleden schade.

Om een lang verhaal kort te maken: de ratio van de beslissing in *Vos/TSN* is niet dat de crediteur achterover mag leunen bij wanprestatie en hij dubbel mag vangen, maar dat hij aanspraak mag maken op nakoming van het contract.

Beter onderscheid tussen nakomen, vergoeden, voorkomen en straffen

Het is denk ik niet vol te houden dat het schadevergoedingsrecht bij wanprestatie alleen zou zien op de integrale vergoeding van geleden schade. We zagen bijvoorbeeld al dat de functie van schadevergoeding er soms een is van vervangen van de toegezegde prestatie en soms er een is van herstel van toegebrachte schade. Ook is het begrip ‘integraal’ met een korrel zout te nemen: niet alle gevolgen kunnen altijd in redelijkheid worden toegerekend aan de schadeveroorzakende gebeurtenis (art. 6:98 BW). Bovendien rust op de benadeelde de plicht om schade te beperken (art. 6:101 BW).

Daarnaast lijkt het er op dat het recht op schadevergoeding bij wanprestatie ook wel eens een andere functie heeft dan vervanging voor nakoming of vergoeding van geleden schade. Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid tussen die verschillende vormen. Ik denk dat ook verder nagedacht moet worden over de functie van voorkoming en bestraffing door schadevergoeding. Wat verstaan we daar eigenlijk onder? Ik illustreer dat aan de hand van een variatie op de recente *Ymere-zaak*.⁵

Stel dat een huurder van woonruimte al enige jaren in een huurhuis woont tegen een maandelijkse huur van (inmiddels) € 700. Het is hem contractueel verboden om de woning onder te verhuren. De vraag naar huurwoningen is echter groter dan het aanbod en de huurder zou een nettowinst van € 300 kunnen realiseren als hij de woning zelf verlaat en deze in strijd met het huurcontract onderverhuurt aan een ander. Als hij de huur zou opzeggen en de woningcorporatie de woning vervolgens zelf opnieuw zou verhuren, zou de corporatie echter niet meer dan €750 mogen vragen. Dat is dus een voorbeeld waarin de prijsregulering van huurwoningen ertoe zou leiden dat de verhuurder de woonruimte onder de marktwaarde zou moeten aanbieden. Verboden onderverhuur ondermijnt dus de regulering van de woningverhuur door corporaties. Vandaar dat de uitspraak van de Hoge Raad in de *Ymere-zaak* een belangrijke overwinning in de strijd tegen onderverhuur genoemd kan worden. De Hoge Raad besliste namelijk dat de verhuurder op grond van art. 6:104 BW de winst die de huurder maakt door in strijd met het huurcontract onder te verhuren, mag opvorderen van de huurder.

Art. 6:104 BW is een vreemde bepaling, omdat deze het mogelijk maakt om bij wijze van vergoeding van de door de verhuurder geleden schade de winst die de huurder heeft genoten, af te romen (zo mogen we dat geloof ik niet noemen van de Hoge Raad, maar dat is het toch wel). Stel dat in mijn voorbeeld de directe schade die de verhuurder maandelijks lijdt te begroten is op € 50 per maand: zou de huurder bij het verlaten van de woonruimte volgens de contractuele regels hebben gehandeld en de huur hebben opgezegd, dan zou de verhuurder per maand een bedrag van € 50 meer hebben kunnen vragen van een opvolgend huurder. Art. 6:104 BW staat echter toe dat niet de schade van de verhuurder maar de winst van de huurder

⁵ HR 18 juni 2010, 08/04766, LJN: BM0893 (*Huurder vs. Stichting Ymere*). Ik verwijs naar mijn annotatie in AAe 2011 nr. 2, p. 118 e.v. voor nadere uiteenzetting van de casus en de beslissing van de Hoge Raad.

centraal gesteld wordt en dat *de huurder* teruggebracht wordt in de toestand waarin hij verkeerde voor de wanprestatie. Het lijkt er op dat door de huurder terug te brengen in de oude c.q. wenselijke toestand, art. 6:104 BW als het ware ook de focus brengt naar de vervangende schadevergoeding. Dat doet de Hoge Raad natuurlijk niet, maar ik denk dat er wel iets te zeggen is voor een parallel. Ik zie dat zo: het naleven van het onderverhuurverbod is door de handelingen van de huurder (voor het verleden) blijvend onmogelijk geworden, het recht op deze primaire prestatie is daarmee van rechtswege omgezet in een vervangende prestatie in geld. Wat is de objectieve waarde van die prestatie om niet onder te verhuren? De marktwaarde van die prestatie is het meerdere bedrag dat een verhuurder zou hebben kunnen realiseren op de vrije markt (€300 dus). De functie van de schadevergoeding ex art. 6:104 BW is hier voor mijn gevoel het *voorkomen* van de ondermijning van het stelsel van prijsregulering in de huurwoningenmarkt en de manier waarop dit zich uit is door art. 6:104 te gebruiken als een vervangende prestatie in geld van de marktwaarde van het verhuurverbod. De toepassing van art. 6:104 BW in de *Ymere*-zaak laat ook zien dat het van belang is om helder te maken wat de functie van schadevergoeding in een bepaalde casus is: verlenging van het recht op nakoming zoals in *Vos/TSN* aan de orde was, danwel het vergoeden van door de benadeelde overigens geleden schade (aanvullende functie), of nog een andere functie. In dit verband wordt nog wel gesproken van de punitieve functie – en steevast wordt benadrukt dat in Nederland schadevergoeding geen punitieve functie heeft. Het zou wat betreft ‘punitieve schadevergoeding’ denk ik goed zijn als beter onderscheid wordt gemaakt tussen beoogd doel en gevoelde strekking: een schadevergoedingsplicht kan algemeen ervaren worden als bestraffend, ook als het beoogde doel ervan in het geheel niet punitief van aard is. Bovendien kan een schadevergoeding die als doel heeft het voorkomen van wanprestatie niet om die enkele reden als punitief worden gezien. Door een huurder die het onderverhuurverbod overtreedt, te ontdoen van alle winst die met de wanprestatie is gegenereerd, wordt de vruchten van zijn wanprestatie ontnomen. Het beoogde doel kan zijn het voorkomen van wanprestatie; of het een punitieve sanctie is – dus of bewust leed wordt toegevoegd voor generale en specifieke preventiedoeleinden – is daarmee zeker niet gezegd. Niet elke maatregel ter voorkoming van wanprestatie is ook een bestraffende maatregel, zo lijkt mij.

Conclusie

Mijn voorzichtige conclusie is dat beter onderscheid leidt tot beter zicht op de functie, of zo men wil: de doelen van de schadevergoedingsactie. Ik durf niet met zekerheid te stellen dat ons *geldend* schadevergoedingsrecht er ook is om te voorkomen dat contractbreuk profijtelijk is voor de wanprestant, maar als dat zo is dan moet er helderder onderscheid worden gemaakt in functies van schadevergoeding. Om te beginnen lijkt het me dat het onderscheid tussen nakomingvervangende en aanvullende schadevergoeding beter gemaakt moet worden dan nu het geval lijkt te zijn. Misschien dat dan ook de voorkomende functie van schadevergoeding op zijn plek valt?