

“Tekortkoming, vergeefs gemaakte kosten, onstoffelijk voordeel, maatstaf.”

“[BW art. 6:95, 97, 98; art. 7:17, 21]”

Samenvatting

Pollen koopt een motorjacht van Linssen. Direct na levering blijkt het jacht diverse gebreken te vertonen. Zo is er sprake van rookvorming en bovendien doen zich in de periode van juli 2001 tot november 2002 enkele oliekkages voor. Pollen stelt zich op het standpunt dat hij het jacht gedurende een aantal dagen vanwege reparatie niet heeft kunnen gebruiken en dat hij ten gevolge van die gebreken met minder hoge snelheid heeft kunnen varen en minder grote tochten heeft kunnen maken. Het hof heeft evenals de rechtbank de vordering afgewezen en heeft daartoe overwogen dat het gedurende relatief korte periode niet kunnen gebruiken behoort tot de aan het bezit van een jacht klevende risico's die de bezitter daarvan voor lief moet nemen, en dat voorts niet valt in te zien dat de minder hoge snelheid en de minder grote tochten vermogensschade tot gevolg hebben. In cassatie stelt Pollen met een beroep op het Burger/Brouwer-arrest (HR 28 januari 2005, *JA* 2005, 25 m.nt. A.L.M. Keirse, *NJ* 2008, 55 m.nt. Jac. Hijma (Burger/Brouwer Motors)) recht te hebben op vergoeding van de door hem geleden vermogensschade.

De Hoge Raad stelt voorop dat Pollen een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel door reparaties gedeeltelijk heeft moeten missen en hij ten gevolge van de gebreken aan het jacht met minder hoge snelheid heeft kunnen varen en minder grote tochten heeft kunnen maken. Wanneer het onstoffelijk voordeel de koper niet geheel is ontgaan en de gemaakte kosten hun doel niet geheel hebben gemist, kan het totaal van uitgaven gedaan tot verkrijgen van het onstoffelijk voordeel echter niet zonder meer als vermogensschade worden aangemerkt. Hierbij is verder nog van belang dat de kans bestaat dat een gekochte zaak niet dadelijk in alle opzichten onberispelijk zal functioneren. Indien deze kans zich realiseert is daarmee nog niet gegeven dat de uitgaven die de koper heeft gedaan ter verkrijging van het met behulp van die zaak te behalen onstoffelijke voordeel hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. Het functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving kunnen zo gering zijn, dat voor vergoeding van de schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is. De ergernis die de genotsderving teweeg kan brengen is geen vermogensschade.

Noot

Wat is schade?

Het antwoord dat de wetgever in art. 6:95 BW geeft op de vraag wat schade is lijkt gemakkelijk: vergoedbare schade bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voorzover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Vermogensschade komt dus steeds en in beginsel voor volledige vergoeding in aanmerking. Dat bepaalde schade als vermogensschade wordt aangemerkt, betekent nog niet dat daarmee een recht op vergoeding is gegeven. Afgezien van de (eerdere) vraag naar de grond voor aansprakelijkheid, dient de schade ex art. 6:98 BW in een voldoende causaal verband te staan tot de schadetoebrengeende gebeurtenis. Daarnaast kunnen eigen schuld (art. 6:101 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en matiging (art. 6:109 BW) in de weg staan aan (volledige) vergoeding van de geleden vermogensschade.¹

In het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad een drempel opgeworpen voor de vergoeding van vermogensschade in geval van genotsderving van een zaak. Wanneer het voordeel de koper niet geheel is ontgaan of de uitgaven hun doel niet geheel hebben gemist, kunnen deze kosten niet zonder meer gelden als vermogensschade bestaande in gemist onstoffelijk voordeel. Daarbij komt dat de schade die inherent is aan het bezit van de zaak in beginsel voor risico van de bezitter blijft. Een gering functieverlies en de daaruit voortvloeiende genotsderving moeten evenals de te verwachten waardevermindering door de bezitter voor lief worden genomen.

¹ S.D. Lindenberg, *'Schadevergoeding: algemeen, deel 1'*, Mon. Nieuw BW B34, Deventer: Kluwer 2008, nr. 43.

In deze annotatie zal worden ingegaan op het Burger/Brouwer-arrest waar Pollen in cassatie een beroep op heeft gedaan, de vraag of in het onderhavige arrest vergeefs gemaakte kosten tot verkrijging van onstoffelijk voordeel zijn gemaakt, de drempel voor vergoeding bij het gedeeltelijk missen van genot en de vraag of abstracte schadebegroting in deze gevallen mogelijk is.

Burger/Brouwer-arrest

In cassatie heeft Pollen aangevoerd dat het hof de beginselen die tot uitdrukking zijn gebracht in het Burger/Brouwer-arrest heeft miskend. In het Burger/Brouwer-arrest heeft de vraag centraal gestaan of Burger de kosten die hij vergeefs had gemaakt voor de Dakar-rally kon verhalen op de verhuurder van de gebrekkige motor. De Hoge Raad heeft in dit arrest beslist dat indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, bij de schadebegroting als uitgangspunt heeft te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan vergeefs gedane uitgaven. Deze schade moet worden aangemerkt als vermogensschade. Wanneer deze schade aan een ander kan worden toegerekend zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen onredelijk zou zijn (rov. 3.3.1).

Hijma merkt in zijn noot onder het arrest al op dat deze uitspraak van de Hoge Raad enige verwondering wekt. Het mislopen van nagestreefde onstoffelijke voordelen ligt in eerste instantie op het terrein van de immateriële schade. Volledige vergoeding van de schade ligt dan gezien art. 6:95 BW minder voor de hand. Immateriële schade komt immers slechts voor vergoeding in aanmerking wanneer de wet op vergoeding daarvan recht geeft. De wet stelt in art. 6:106 BW tamelijk strenge eisen aan de vergoeding van immaterieel nadeel. Smartengeld wegens wanprestatie zal niet vaak worden toegekend.² Toch lijkt het oordeel van de Hoge Raad dat het hier gaat om vermogensschade wel juist. Lindenbergh merkt in zijn dissertatie op dat de gebruiksmogelijkheid als zodanig geen vermogensbestanddeel is, maar dat de schade toch wortelt in het vermogen in die zin dat zij voortvloeit uit de aantasting van een vermogensbestanddeel.³

Vergeefs gemaakte kosten tot verkrijgen van onstoffelijk voordeel?

Zijn de beginselen van het Burger/Brouwer-arrest toe te passen op het onderhavige geval? De Hoge Raad stelt voorop (rov. 3.6) dat Pollen een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel door reparaties gedeeltelijk heeft moeten missen en hij ten gevolge van de gebreken aan het jacht met minder hoge snelheid heeft kunnen varen en minder grote tochten heeft kunnen maken. De vertaalslag naar vermogensschade bestaande uit de gemaakte kosten en waardevermindering wil de Hoge Raad echter niet maken om de reden dat Pollen het voordeel niet *geheel* is ontgaan en de uitgaven hun doel niet *geheel* hebben gemist (want de boot was immers niet helemaal stuk en er kon dus wel deels van genoten worden). Hier lijkt de Hoge Raad een nuancering te maken op 'de Burger/Brouwer-beginselen'.

Bij het maken van deze nuancering merkt de Hoge Raad verder op dat de kans bestaat dat een zaak niet direct in alle opzichten onberispelijk zal functioneren. Indien deze kans zich realiseert is daarmee naar het oordeel van de Hoge Raad nog niet gegeven dat de uitgaven die de koper heeft gedaan ter verkrijging van het met behulp van die zaak te behalen onstoffelijke voordeel hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. Het functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving kunnen zo gering zijn, dat voor vergoeding van de schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is (rov. 3.7).

² H.B. Krans, 'Schadevergoeding bij wanprestatie', (diss 1999), p. 239.

³ S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld', (diss 1998), p. 88.

Een drempel voor vergoeding van vermogensschade

De Hoge Raad lijkt voor genotsderving bij het gebruik van een goed een drempel op te werpen voor het vergoeden van vermogensschade. Dat lijkt mij een goede ontwikkeling. Het standaardvoorbeeld van te vergoeden vergeefs gemaakte kosten is het concertkaartje van het slachtoffer die het concert heeft moeten missen.⁴ Het onderhavige geval is niet zo eenvoudig te vertalen in vermogensschade als in dit voorbeeld waar het missen van het concert gelijk staat aan de ticketprijs. Allereerst heeft Pollen het genot niet geheel gemist. Hij heeft kunnen varen, zij het minder hard en minder ver. Daarbij komt dat de kosten waarvan Pollen vergoeding vordert een ander karakter hebben. De waardevermindering, renteschade, kosten van verzekering en het liggeld zijn kosten die samenhangen met het bezit van een zaak. Deze kosten hebben niet door het gebrek aan het jacht hun doel gemist. In het arrest van 28 januari 2005 heeft Burger wel kosten gemaakt voor deelname aan de rally die door het gebrek aan de motor hun doel (*volledig*) hebben gemist. De Hoge Raad laat in rov. 3.3. en 3.10 voor kosten die gemaakt zijn vanwege een gebrek aan het jacht (huur van een vervangend jacht, hotelkosten en de kosten van onderzoek door een deskundige) wel de mogelijkheid van vergoeding open.

Op de opmerking van advocaat-generaal Wuisman onder 2.8 dat bij het hanteren van een drempel het omschrijven van die drempel wenselijk is, geeft de Hoge Raad naar mijn mening te weinig reactie. Het enkele oordeel van de Hoge Raad dat om genoemde redenen geen plaats is voor vergoeding van de geleden schade biedt naar mijn mening onvoldoende houvast. Het is duidelijk dat Pollen de drempel niet zal passeren, maar voor welke gevallen is er wel een mogelijkheid voor vergoeding wegens het missen van onstoffelijk voordeel? Het zorgvuldig geformuleerde voorstel van advocaat-generaal Wuisman luidt als volgt:

‘In geval van een tijdelijke genotsderving (waaronder is te verstaan het tijdelijk of geheel missen van een onstoffelijk voordeel), is er in beginsel ruimte voor vergoeding van vermogensschade, indien de aard, omvang en/of ernst van de genotsderving en de overige omstandigheden van het geval zodanig zijn, dat er sprake is van een rechtens ontoelaatbare inbreuk op het vermogensrecht, waaraan het genot wordt ontleend; en/of dat gezegd kan worden dat de financiële investering die ter verkrijging van het genot is gedaan, in een relevante mate het beoogde doel mist; en/of dat het gerechtvaardigd zou zijn dat kosten zouden worden gemaakt om de genotsderving te ondervangen of te beperken.

Het voorstel van Wuisman geeft naar mijn mening duidelijker handvatten voor toewijzing van schadevergoeding. De vraag naar wat in relevante mate het beoogde doel missen is, blijft open, dit zal telkens een beoordeling van feitelijk aard moeten zijn.

Gedeeltelijk missen = geen vergoeding

In zijn conclusie bij het Burger/Brouwer-arrest heeft A-G Spier (onder 5.7) al aandacht besteed aan het gedeeltelijk missen van een genot. De gederfde genoegen moeten naar zijn mening op een geldsom worden gewaardeerd met aftrek van de genoten genoegen. Keirse is in haar annotatie onder hetzelfde arrest (onder punt 16) eveneens van mening dat de schade niet geheel voor rekening van de benadeelde kan blijven. De Hoge Raad is in het onderhavige arrest stellig een ander oordeel toegedaan. Het gedeeltelijk missen van een genot geeft niet zonder meer reden tot vergoeding van de geleden vermogensschade. In casu is het functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving zo gering dat voor vergoeding van schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is.

In de overwegingen van de Hoge Raad en het hof is niet terug te vinden dat waarde wordt gehecht aan het feit dat Linssen in de winter van 2001/2002 de reparaties aan het jacht en de kosten van de winterstalling niet in rekening heeft gebracht. Het is voorstelbaar dat dit gegeven impliciet toch is meegewogen in het oordeel dat de genotsderving te gering is voor vergoeding van de schade.

⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 332

Schade die inherent is aan het bezit van de zaak

Het hof heeft herhaaldelijk benadrukt dat bepaalde schade inherent is aan het bezit van een zaak en daarom door de bezitter voor lief moet worden genomen. De koper moet rekening houden met de kans dat de gekochte zaak niet dadelijk in alle opzichten onberispelijk zal functioneren. Gering functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving zullen evenals de te verwachten waardedaling niet voor vergoeding in aanmerking komen. Zoals A-G Wuisman (onder 3.19) al opmerkt zal niet iedere toerekenbare genotsderving daarom voor (volledige) schadevergoeding in aanmerking komen. Telkens zal de hierboven besproken drempel moeten worden gepasseerd.

Concrete of abstracte schadebegroting

Stel nu dat de reparaties niet tijdens de winterperiode maar gedurende de hittegolf in augustus 2001 hadden plaatsgevonden. Wanneer Pollen een vervangend jacht zou hebben gehuurd zouden deze kosten waarschijnlijk voor vergoeding in aanmerking zijn gekomen (zie rov 3.3). Maar stel nu dat Pollen besloten had om de vakantieperiode waarin geen gebruik gemaakt kon worden van het jacht, dan maar in zijn achtertuin door te brengen. Wat is dan het vermogensrechtelijke nadeel van Pollen? Komt dit verminderde genot dan wel voor vergoeding in aanmerking? Mag de rechter in een dergelijk geval abstraheren van de concrete omstandigheden en het bedrag aan schadevergoeding vaststellen op bijvoorbeeld de kosten van het huren van een vervangend jacht? A-G Wuisman laat in zijn conclusie (onder 2.11) zien dat de meningen daarover verdeeld zijn. Krans noemt het een veronachtzaming van de gedachte dat (juridische) schade vermogensvermindering is, die geleid heeft tot het levende misverstand dat in gevallen van tijdelijk moeten missen van de gebruiksmogelijkheid van een zaak kan worden gewerkt met een abstract schadebegrip.⁵ Mijns inziens geeft dit nog geen reden de bezitter van de zaak met lege handen achter te laten. Het is jammer dat de Hoge Raad geen overweging wijdt aan de benadering van Wuisman. Hij stelt voor een 'gebruiksvermoeden' toe te passen indien regelmatig gebruik van de zaak die door een gebrek niet of minder gebruikt wordt te verwachten is, waarbij de aansprakelijke persoon de ruimte gegeven wordt het tegendeel aan te tonen.

Mevr. mr. G.N. van Kooten
Docente privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam

⁵ Krans 1999, p. 75.