

116 Heeft het leerstuk van uitgaven die hun doel hebben gemist wel toegevoegde waarde?

Prof. mr. A.J. Verheij *

1. Inleiding

Het klassieke voorbeeld van uitgaven die hun doel hebben gemist betreft degene die een ticket voor een concert heeft gekocht, maar dit niet kan bezoeken doordat hij voor de uitvoering wordt aangereden.¹⁾ De vraag is dan of het slachtoffer jegens de aansprakelijke voor het ongeval recht heeft op vergoeding van de prijs die is betaald voor het ticket. Er zijn twee redenen om hieraan te twijfelen. De eerste is dat het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt tussen de onrechtmatige daad (de aanrijding) en de schade: de uitgaven voor het ticket dateren namelijk van vóór de aanrijding. De tweede reden is hetgeen waarvoor compensatie wordt gevraagd: is dat niet *eigenlijk* het immateriële nadeel bestaande uit het niet-bijwonen van een concert? Gering immaterieel nadeel wordt echter algemeen niet vergoedbaar geacht, dat zou de sluizen der aansprakelijkheid te ver openzetten, zo is de vrees. Iedere alledaagse teleurstelling en iedere wanprestatie zou aldus recht geven op smartengeld. Immateriële schade komt pas voor vergoeding in aanmerking indien een zekere drempelwaarde is overschreden, in Nederland komt dit tot uitdrukking in het (half) gesloten stelsel van art. 6:95 lid 1 BW jo. art. 6:106 BW. Het idee dat uitgaven die hun doel (het genieten van een bepaald onstoffelijk voordeel) misten vergoed dienen te worden, krijgt tegen deze achtergrond het karakter van een truc. Onder het mom van vergoeding van vermogensschade wordt *eigenlijk* geringe immateriële schade vergoed die normaal gesproken geen recht op compensatie geeft. De drempel van (in ons land) art. 6:106 BW wordt zo listig omzeild.

Hoewel deze bezwaren er niet om liegen, bestaat in veel landen recht op vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist. Deze schadepost wordt algemeen als vermogensschade gezien. Ook in ons land heeft de Hoge Raad deze schadepost expliciet als vermogensschade aangemerkt.²⁾

In dit artikel wordt een alternatieve benadering voorgesteld waardoor genoemde bezwaren verdwijnen. In paragraaf 2 wordt betoogd dat de schade waar het hier om gaat immaterieel is. Vervolgens wordt deze benadering toegepast op de casus die aan *Burger/Brouwer Motors* ten grondslag lag (paragraaf 3). In paragraaf 4 wordt de stelling verdedigd dat in casus die aan *Pollen/Linssen Yachts* ten grondslag lag de remedie van prijsreductie beter past dan die van schadevergoeding. Paragraaf 5 bevat een conclusie.

2. Vergoeding van vermogensschade of van immateriële schade?

In het genoemde voorbeeld van het niet gebruikte concertticket is sprake van een zekere denkverwarring. Indien iemand door een onrechtmatige daad van een ander blijvend fysiek letsel oploopt, heeft hij onder het hoofd van immateriële schade recht op vergoeding van gederfde levensvreugde. Stel dat de benadeelde voorafgaand aan het ongeval een regelmatig bezoeker van klassieke concerten was.

Door het ongeval heeft hij echter een gehoorbeschadiging opgelopen waardoor hij niet meer geniet van klassieke muziek. Daarvoor krijgt hij smartengeld toegekend. Stel dat de benadeelde kaartjes had gekocht voor vijf concerten. Het eerste concert kon hij door het ongeval niet bijwonen; de resterende vier wel, maar dat heeft geen zin meer vanwege zijn gehoorbeschadiging. Is het logisch om zijn schadevergoeding 'op te knippen' in een post vermogensschade (de kosten van de vijf tickets) en immateriële in de vorm van gederfde levensvreugde? Anders gezegd, het slachtoffer van het ongeval heeft vanwege zijn fysieke letsel recht op vergoeding van de levens-

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht. Dit artikel is ontleend aan het preadvies voor de VASR dat ik dit jaar met Jessy Emaus schreef. Helaas kon het proefschrift van Thijs Beumers over Gemist onstoffelijk voordeel niet meer worden verwerkt.

1. Hierop valt eindeloos te variëren, bijvoorbeeld de kosten van een abonnement bij een fitnesscentrum etc.
2. HR 28 januari 2005, NJ 2008/55, m.nt. Hijma (Burger/Brouwer Motors).



Hoe creatiever de advocaat des te meer een slachtoffer zal ontvangen.



vreugde en een deel van die gederfde levensvreugde bestaat uit het niet kunnen bijwonen van concerten. Dit deel van de gederfde levensvreugde valt *in dit geval* te *begroten* op de prijs van de concerttickets, maar dat is zuiver toeval. Door de immateriële schade van het slachtoffer als schade te beschouwen en niet de daarvoor toegekende vergoeding, is er wel een *condicio sine qua non*-verband tussen onrechtmatige daad en schade.³⁾

Welke begrotingswijze het meest voor de hand ligt, is een kwestie van toeval. Stel dat het slachtoffer van een ongeval het ticket niet had gekocht, maar gratis had ontvangen. Van vermogensschade in de vorm van gedane uitgaven is dan geen sprake. Men kan de schade stellen op de prijs van het ticket⁴⁾, maar dan blijkt nog duidelijker dat het om een wijze van begroten gaat. Het feit dat het gemiste concert een bepaalde marktwaarde vertegenwoordigt, kan relevant zijn voor de *begroting* van de schade, maar niet voor de kwalificatie daarvan. Stel dat de benadeelde voor een paar tientjes een 'kaartje' had gekocht voor de 'toneelvoorstelling' van zijn nichtje. Dat kaartje vertegenwoordigt geen waarde in het economisch verkeer, het heeft geen marktprijs, dus de schade valt daarop niet te *begroten*.⁵⁾ Dat wil echter niet zeggen dat de benadeelde geen vergoedbare schade heeft geleden doordat hij de voorstelling niet kon bijwonen. Die vergoeding vindt echter plaats onder een andere noemer. Als iemand door een ongeval met daaropvolgende revalidatie gedurende enige tijd niet kan deelnemen aan allerhande normale sociale activiteiten, dan krijgt hij daarvoor vergoeding onder het hoofd gederfde levensvreugde. De gemiste activiteiten worden niet stuk voor stuk op een rijtje gezet en van een bedrag aan smartengeld of vermogensschade voorzien, alles wordt op de grote hoop gegooid. Het is in de letselschadepraktijk bijvoorbeeld niet gebruikelijk om aan een slachtoffer dat enkele weken moet revalideren een percentage van de door hem betaalde huur of hypotheekrente te vergoeden onder het hoofd van uitgaven die hun doel misten.

3. Volgens S.D. Lindenberg, *Schadenfreude over 'Freudenschade'*, in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 12, p. 2 valt de 'klare klip van de causaliteit' te omzeilen met de gedachte dat de tekortkoming moet worden aangemerkt "(...) als oorzaak van de *frustratie* van het nut en het daardoor waardeloos maken van bestaande aanspraken." Hij kwalificeert uitgaven die hun doel hebben gemist evenwel als vermogensschade (zie p. 2-3).
4. In die zin S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 86.
5. Zie S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 86 die daarvoor dan geen vergoeding wil toekennen.
6. Het is dus niet zo dat de uitgaven die hun doel misten als schadepost 'verdwijnen' en uitsluitend gecompenseerd moeten worden onder het hoofd immateriële schade; dat zou tot ondercompensatie van het slachtoffer kunnen leiden. Waar het om gaat, is dat we begrijpen wat we doen bij compensatie van reeds verrichte uitgaven: we vergoeden immateriële schade, maar *begroten* deze in voorkomende gevallen op de reeds gedane uitgaven.
7. Zie N. Jansen, *Trapped in categories: on the history of compensation for immaterial damages in European contract law*, in: V.V. Palmer (ed.), *The recovery of non-pecuniary loss in European contract law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, par. 1.5.
8. HR 27 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. Bloembergen.
9. HR 28 januari 2005, NJ 2008/55, m.nt. Hijma.

Als een bepaalde activiteit een marktprijs heeft, kan het, zeker bij grotere bedragen zoals die voor een geboekte vakantie bijvoorbeeld, soms zinvol zijn om deze te afzonderlijk te vergoeden (dat voelt ook goed voor het slachtoffer⁶⁾), maar dat wil niet zeggen dat die schade vermogensschade is. Zij wordt er alleen maar op *begroot* en dat dit mogelijk is, is zuiver toeval. Behalve de toevallige omstandigheid dat iets een marktwaarde heeft, spelen daarbij ook culturele factoren een rol. In vroeger eeuwen werd bijvoorbeeld de toekenning van schadevergoeding aan een jonge vrouw die letsel had opgelopen, niet gezien als smartengeld, maar als vergoeding van vermogensschade vanwege verminderde huwelijkskansen.⁷⁾

De vraag is dan ook of in gevallen als deze het leerstuk van de uitgaven die hun doel misten wel toegevoegde waarde heeft; de benadeelde kan zijn schade immers zonder causaliteitsproble-

men vergoed krijgen door middel van smartengeld. Het voordeel van het leerstuk van de uitgaven die hun doel misten, lijkt te zijn dat de ticketprijs meer houvast biedt dan de billijkheid aan de hand waarvan de rechter de hoogte van het smartengeld moet bepalen. Dit is echter slechts schijn.

Iemand die als gevolg van een ongeval blijvend invalide is geworden, kan heel veel activiteiten niet meer verrichten. Bij veel activiteiten valt natuurlijk de marktprijs te zoeken (kosten paardrijden, concertbezoek, wandelvakanties, sportschool), maar het heeft iets willekeurig en het valt ook moeilijk te bewijzen dat het slachtoffer inderdaad al deze activiteiten beoefende of dat waarschijnlijk van plan was. Hoe creatiever de advocaat des te meer een slachtoffer zal ontvangen. Er ontstaat zo bovendien rechtsongelijkheid. Voor dezelfde beperkingen ontvangt de één meer dan de ander omdat zij op het moment van het ongeval allerlei hobby's beoefende. Dat is echter slechts een momentopname en daarmee zuiver toeval. Denk aan een slachtoffer van 37 jaar dat vanwege een drukke baan en kleine kinderen helemaal geen hobby's beoefent en contrasteer haar met een 47-jarig slachtoffer dat die wel beoefent, domweg omdat daarvoor meer tijd is in die latere levensfase: de kinderen zijn het huis uit en de carrière is ook al gemaakt. Om redenen als deze dient terughoudendheid te worden betracht met het vertalen van immateriële schade in vermogensschade. Mogelijk om die reden heeft de Hoge Raad in *Druiff/Bouw* beslist dat de omvang van het smartengeld niet mag worden bepaald door voorgenomen bestedingen.⁸⁾

In veel gevallen bestaat dus geen behoefte aan een afzonderlijk leerstuk van uitgaven die hun doel misten. De benadeelde kan ook langs andere weg compensatie verkrijgen en die andere weg is bovendien om de hiervoor genoemde redenen wenselijker en dogmatisch minder problematisch.

3. Burger/Brouwer Motors

3.1. Algemeen

Is het leerstuk van uitgaven die hun doel misten noodzakelijk om tot een bevredigende oplossing te komen in de casus die leidde tot *Burger/Brouwer Motors*⁹⁾? Ter illustratie twee korte andere casusposities die aan het dagelijks leven zijn ontleend. *For the sake of argument* ga ik ervan uit dat de sociale afspraak een juridisch bindende overeenkomst is.

Een weekje weg I

Xander en Yasmine hebben besloten om samen een week weg te gaan om weer eens tijd voor elkaar te hebben. Ze kunnen gratis verblijven in het vakantiehuisje van een oom van Xander. Xander heeft een auto gehuurd zodat ze er

gemakkelijk naartoe kunnen en wat uitstapjes kunnen maken. Om 23.20u van de avond voor het geplande vertrek belt Yasmine (Y) Xander (X) op.

Y: Sorry dat ik je nog zo laat bel, maar ik moet gewoon eerlijk zijn.

X: Wat bedoel je?

Y: Tja ... hoe moet ik dat zeggen, ik zie het eerlijk gezegd niet meer zitten tussen ons.

X: Maar ... we zouden er toch juist even op uit gaan om weer tijd voor elkaar te maken?

Y: Nou ja, ik heb al een hele tijd aarzelingen, ook al toen we deze afspraak maakten. Dat had ik misschien toen al moeten zeggen. Het spijt me....

X: Maar ik heb direct na onze afspraak een auto gehuurd voor € 150! Als ik had geweten dat je aarzelingen had over de hele onderneming, had ik dat natuurlijk niet gedaan!

Vraag: dient Y aan X € 150 te vergoeden?

Als we dit geval juridisch duiden, dan luidt de conclusie dat Y toen zij de afspraak maakte al twijfels had, maar die niet heeft geuit. Verdedigbaar is dat sprake is van dwaling (art. 6:228 lid 1 sub b BW). X kan stellen dat het zwijgen van Y bij sluiting van de overeenkomst een onrechtmatige daad oplevert.¹⁰⁾ X dient in de positie te worden gebracht waarin hij had verkeerd indien Y haar twijfels wel had geuit. Hij had dan natuurlijk nooit de auto gehuurd en zijn schade is dus € 150.

Een weekje weg II

Xander en Yasmine hebben besloten om samen een week weg te gaan om weer eens tijd voor elkaar te hebben. Ze kunnen gratis verblijven in het vakantiehuisje van een oom van Xander. Xander heeft een auto gehuurd zodat ze er gemakkelijk naartoe kunnen en wat uitstapjes kunnen maken. Om 23.20u van de avond voor het geplande vertrek belt Yasmine (Y) Xander (X) op.

Y: Sorry dat ik je nog zo laat bel, maar ik moet gewoon eerlijk zijn.

X: Wat bedoel je?

Y: Tja ... hoe moet ik dat zeggen, ik zie het eerlijk gezegd niet meer zitten tussen ons.

X: Maar ... we zouden er toch juist even op uit gaan om weer tijd voor elkaar te maken?

Y: Ik zat net naar Chopin te luisteren en realiseerde me plotseling dat het gewoon niet gaat werken tussen ons.

X: Sjopain?? Is dat soms die lange boekenwurm met wie ik je vorige week zag wandelen in het park? Heb je iets met hem?!

Y: Nee sukkel, Chopin is al lang dood, sinds 1849 om precies te zijn, ik ben geen necrofiel of zo.

Maar dit is precies wat ik bedoel, we zijn gewoon te verschillend. Jij hebt niks met klasisieke muziek, musea, boeken of alles wat maar in de verste verte met cultuur te maken heeft en...

X: Wat klets je nou? Ik vind André Hazes leuk en BZN, da's toch ook muziek?

Y: *I rest my case*, het wordt niets tussen ons. Ik heb trouwens nog meer nieuws voor je, Leo-

nardo da Vinci is *niet* de naam van de eigenaar van die nep Italiaanse vretschuur waar je zo dol op bent.

X: Hoe kan ik dat nou weten? Wat heeft dat er nu weer mee te maken? Af en toe kan ik je echt niet volgen. Maar even iets anders, ik heb dus een auto gehuurd voor € 150 en ik verwacht wel dat je me dat terugbetaalt nu je er opeens de stekker uittrekt.

Vraag: dient Y aan X € 150 te vergoeden?

Deze kwestie ligt anders dan de eerste casus. Hier geraakt Y pas in twijfel *na* het maken van de afspraak met X. Zij besloot het weekend alsnog te annuleren. Dit valt te duiden als een haar toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 lid 1 BW). Ter bepaling van de schade van X dient vergeleken te worden tussen de vermogenspositie van X mét en zónder wanprestatie. Daar bestaat echter geen verschil tussen. X heeft de kosten voor de auto immers al gemaakt, *voordat* Y wanpresteerde. Het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt hier dus.

Dit verschil is bijzonder onbevredigend omdat X ook in de tweede casus nooit de auto zou hebben gehuurd zonder de afspraak met Y. Hij vertrouwde erop dat Y de afspraak zou nakomen en daarin wordt hij beschaamd. In zoverre is er dus wel degelijk causaal verband. Dat dit toch ontbreekt, komt doordat Y naar eigen zeggen pas *na de afspraak* (lees: het sluiten van de overeenkomst) besluit om tekort te schieten. Dit valt voor X echter niet te verifiëren. Het is onbevredigend indien de vraag of X recht heeft op vergoeding zou afhangen van de verklaring van Y, zij zou daardoor rechter in eigen zaak worden. Geen schadevergoeding toekennen, zou afbreuk doen aan het beginsel van de bindende kracht van overeenkomsten, omdat dan sommige overeenkomsten zonder enige consequentie niet nagekomen kunnen worden. Dat alleen al maakt het redelijk om in gevallen als deze niet te zwaar te hechten aan het feit dat, strikt genomen, het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt.¹¹⁾

Voor wie deze redenering dogmatisch gesproken tegen het zere been is, is nog een andere redenering beschikbaar. Ook hier is verdedigbaar dat de feitelijke schade van X *immaterieel* is, namelijk het gemis van een gezellige week samen. Deze immateriële schade valt te *begroten* op de kosten die X heeft gemaakt om dit weekend te faciliteren. Wordt hier nu, anders dan in het geval van de aangereden concertbezoeker, echter niet de hand gelicht met de drempel van art. 6:106 BW? Het gemis van een gezellig weekend is zeker vervelend, maar op zichzelf niet smartengeldwaardig. Daarom wordt waarschijnlijk benadrukt dat uitgaven die hun doel misten vermogensschade opleveren en geen immateriële schade. De vrees dat bij de kwalificatie van de schade als immaterieel de beperkingen van art. 6:106 BW worden omzeild, is echter ongegrond. Dit artikel is immers van regeland recht¹²⁾ en voor zover mensen een overeenkomst sluiten met betrekking tot immateriële kwesties, is verdedigbaar dat zij



Uitgaven die hun doel misten leveren vermogensschade op en geen immateriële schade.



10. Schending van een mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW) levert in principe een onrechtmatige daad op, zie J. Hijma, Koopprijsvorming, *WPNR* 2018 (7202), p. 570 l.k.

11. In een geheel andere context interpreteerde de Hoge Raad het *condicio sine qua non*-verband ook niet al te strikt (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1776). A had geld aan opdrachtnemer B betaald, die dit moest doorbetalen aan C. B had het geld zelf gehouden en daarmee wanprestatie gepleegd. A vorderde o.g.v. art. 6:74 BW schadevergoeding van B, maar het hof wees de vordering af omdat A het geld ook kwijt zou zijn geweest indien B het wel, conform de opdracht, aan C zou hebben doorbetaald. De Hoge Raad oordeelde (r.o. 3.4.2): "(...) De opdrachtgever lijdt dan schade ten belope van die geldbedragen, ongeacht de bestemming die de opdrachtgever uiteindelijk aan de geldbedragen had toegedacht. (...) Wat hier in feite gebeurt, is dat via de route van art. 6:74 BW hetzelfde resultaat wordt bereikt als wanneer A de overeenkomst van opdracht met B o.g.v. verdrag (art. 3:44 lid 3 BW) zou hebben vernietigd. Bedrog valt in de praktijk echter moeilijk te bewijzen en door het causaal verband niet te strikt te interpreteren, worden de scherpe kantjes van het juridisch grote verschil in gevolgen tussen een wilsgebrek en wanprestatie weggeslepen.

12. Zie met verwijzingen S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 70.



HR: de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen.



daarmee impliciet de beperkingen van art. 6:106 BW weg contracteren.¹³ In het overeenkomstenrecht wordt wel vaker gewerkt met impliciete clausules, men denke aan impliciete garanties.¹⁴

De redenering dat partijen bij bepaalde overeenkomsten impliciet afwijken van art. 6:106 BW heeft verschillende aantrekkelijke kanten. Ten eerste ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband niet meer tussen de tekortkoming en de schade. De gemaakte kosten vormen zelf geen schade; de geleden immateriële schade wordt daar slechts op *begroot*.

Ten tweede wordt zo duidelijk waarom voor de vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist een zekere drempelwaarde geldt.¹⁵ Indien zij als vermogensschade worden gezien, is dat onbegrijpelijk¹⁶, maar als het om immateriële schade gaat niet.

Ten derde wordt met deze benadering de realiteit erkend dat plezier en genot op de markt verhandelde goederen zijn ('genotsgoederen'). Ze zijn tegen een bepaalde prijs verkrijgbaar en het is dan ook logisch om bij de begroting van de immateriële schade aan te sluiten bij de marktprijs. Dit verschaft een objectief criterium en geeft de rechter dus houvast. De rechter dient krachtens de aanhef van art. 6:106 BW het smartengeld naar billijkheid te begroten en waar een marktprijs bestaat, is het billijk de immateriële schade daarop te begroten.

3.2. Terug naar Burger/Brouwer Motors

Wordt deze redenering toegepast op de casus die leidde tot *Burger/Brouwer Motors*¹⁷, dan is het resultaat hetzelfde als waartoe de Hoge Raad komt. De weg daarnaar toe is alleen simpeler en systematisch beter inpasbaar. Burger huurde een motor van Brouwer Motors om daarmee deel te nemen aan de rally Parijs-Dakar. Door gebreken aan de motor viel hij al na enkele dagen uit. Burger vorderde vervolgens onder andere het inschrijfgeld en de reiskosten van Brouwer. Deze wierp kort gezegd tegen dat (i) Burger deze uitgaven ook zou hebben verricht indien de motor geen gebreken had vertoond en dat (ii) het uitvalpercentage van deze rally enorm is (circa vijftig procent), zodat Burger ook met een goede motor de rally waarschijnlijk niet had uitgereden. Beide verweren stoelen dus op het ontbreken van *condicio sine qua non*-verband tussen de tekortkoming van Brouwer en de schade van Burger. De Hoge Raad oordeelde (r.o. 3.3.1):

“Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel

hebben moeten missen. Indien deze schade op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.”

De Hoge Raad overweegt dat “(...) de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen.” Deze formulering komt heel dicht in de buurt van de hiervoor ontvouwde gedachte. De Hoge Raad lijkt hier namelijk te zeggen dat de schade zelf immaterieel is ('niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel') maar dat zij moet worden *begroot* ('moet worden gesteld') op de gemaakte kosten. Men kan het aldus zien dat doordat Burger en Brouwer Motors een overeenkomst sluiten waarmee de eerste een onstoffelijk voordeel beoogt te realiseren, partijen impliciet afwijken van art. 6:106 BW. Het recht op schadevergoeding bij wanprestatie wordt dan bepaald door de overeenkomst en niet door de beperkingen van dat artikel.

De Hoge Raad slaat vervolgens toch een andere weg in met de kwalificatie van de geleden schade als vermogensschade. Op gespannen voet met deze kwalificatie staat echter aan het einde van de geciteerde overweging dat “(...) die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.” Waarom moet, nadat getoetst is aan de redelijkheid van art. 6:98 BW, nogmaals te worden bezien of volledige vergoeding redelijk is?¹⁸ Is volledige vergoeding van vermogensschade niet altijd redelijk?

In de hier gevolgde denktrant heeft een apart leerstuk over vergoedbaarheid van kosten die hun doel misten geen toegevoegde waarde. Vergoeding wordt bepaald door de uitleg van de overeenkomst en door art. 6:98 BW. Twee voorbeelden ter illustratie.

Voorbeeld 1

Stel dat Xander ten behoeve van de vakantie voor € 25 een thermosfles zou hebben gekocht. Mij lijkt dat hij geen recht heeft op vergoeding daarvan nu de band met de vakantie te los is. Anders dan de auto is de thermosfles niet essentieel voor de vakantie en anders dan de gehuurde auto, behoudt de thermosfles ook in de toekomst haar waarde.

Voorbeeld 2

Stel dat Xander bij wijze van verrassing een ring ter waarde van € 1.250 had gekocht om Yasmine tijdens het uitje ten huwelijk te vragen. Dit was voor Yasmine niet voorzienbaar en toerekening is ook overigens niet redelijk. Degene die een trouwring koopt, doet dit op eigen risico en moet rekening houden met afwijzing.

13. M.Th. Beumers, Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling. En wat het Engelse recht ons daarover kan leren, *NTBR* 2016/25, par. 7, wil bij wanprestatie soms ook recht op smartengeld toekennen, maar beschouwt art. 6:106 BW in beginsel wel als een hobbel. Hij stelt daarom een analogie-redenering voor gebaseerd op het voormalige art. 7:510 BW dat recht op smartengeld gaf bij een mislukte vakantie. Wat hier verder ook van zij, het is sinds de nieuwe Richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen (2015/2302) de vraag of nog recht bestaat op smartengeld bij een mislukte vakantie, zie met verwijzingen B. Katan, Over verspilde tijd en geschonden vertrouwen, *NTBR* 2019/23.
14. Zie HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/289, m.nt. Brunner (Steendijkpolder) en HR 25 juni 1993, *NJ* 1994/291, m.nt. Brunner (Gerards/Vijverberg).
15. Zie daarover A-G Wuismans nrs. 2.6-2.8 in zijn conclusie voor *Pollen/Linssen Yachts*.
16. Zie A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 183. S.D. Lindenbergh, Schadenfreude over 'Freudenschade', in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluiterij, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 12, p. 4, verklaart het feit dat niet alle vermogensschade wordt vergoed met verwijzing naar de doelmatigheid en de wenselijkheid van het resultaat. Volgens hem is de hamvraag of de uitgaven in rechtens relevante mate hun doel hebben gemist.
17. HR 28 januari 2005, *NJ* 2008/55, m.nt. Hijma.
18. Hijma gaat er in zijn *NJ*-annotatie sub 6 kennelijk vanuit dat de Hoge Raad refereert aan de redelijkheid van art. 6:98 BW, maar dat spoor niet met de formulering van de Hoge Raad.

4. Prijsreductie in plaats van schadevergoeding?

4.1. *Pollen/Linssen Yachts*

De casus die leidde tot *Pollen/Linssen Yachts* was als volgt.¹⁹⁾ Pollen koopt in juli 2001 een plezierjacht van Linssen voor een prijs van DM 1.591.882.²⁰⁾ Pollen stelt dat hij het jacht door gebreken gedurende twee vaarseizoenen (in de periode juli 2001-november 2002) niet dan wel anders (minder verre tochten, minder hard varen) heeft kunnen gebruiken.²¹⁾ Dit levert volgens hem vermogensschade op en geen immateriële schade.²²⁾ Als vermogensschade voert Pollen op de waardevermindering die het jacht heeft ondergaan in de periode dat het gebrekkig was, de renteschade over die periode en de in die periode gemaakte kosten: ligkosten, verzekeringskosten en kosten van onderzoek door een deskundige.²³⁾ Alles bij elkaar komt Pollen op een bedrag aan schadevergoeding van € 356.123,25.

De centrale vraag is of sprake is van uitgaven die hun doel hebben gemist. Dat hof en Hoge Raad deze vraag ontkennend beantwoorden, hangt voornamelijk samen met de door hen tot uitgangspunt genomen feiten. Het hof ging er namelijk – kort gezegd – vanuit dat de reparatiewerkzaamheden voornamelijk plaatsvonden buiten het vaarseizoen zodat deze het gebruik van het jacht door Pollen niet (ernstig) dwarsboomden.²⁴⁾ Verder achtte het ook de tijd die gemoeid ging met inspecties en het halen en brengen van het schip gering. Het hof benadrukte dat Pollen niet had gesteld kosten te hebben gemaakt vanwege de huur van een vervangend jacht of in verband met hotelovernachtingen nu hij door de gebreken niet op het jacht kon overnachten. Aldus was het uitgangspunt dat sprake was van een geringe genotsderving. De tegen deze feitenvaststelling gerichte cassatieklacht²⁵⁾ werd door de Hoge Raad, in navolging van A-G Wuisman²⁶⁾ – verworpen.²⁷⁾

De Hoge Raad overweegt dat in het onderhavige geval niet zonder meer als uitgangspunt kan gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op het totaal van de uitgaven die de koper heeft gedaan teneinde het onstoffelijk voordeel te verkrijgen, 'reeds omdat niet kan worden gezegd dat dat voordeel hem geheel is ontgaan, en die uitgaven hun doel geheel hebben gemist.'²⁸⁾ De Raad overweegt vervolgens dat de kans bestaat dat een gekochte zaak niet ten volle aan de overeenkomst beantwoordt en dat als die kans zich realiseert daarmee

“(…) nog niet gegeven [is] dat de uitgaven die de koper heeft gedaan ter verkrijging van het met behulp van die zaak te behalen onstoffelijk voordeel hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval.”²⁹⁾

Geen recht op schadevergoeding bestaat volgens de Hoge Raad indien de tijd waarin de koper de zaak vanwege reparatie niet kon gebruiken kort is. Hetzelfde geldt voor gering functieverlies voorafgaand aan de reparatie. Ten overvloede merkt de Hoge Raad op dat ook een gering gemis aan genot bij de koper veel ergernis teweeg kan brengen, maar die ergernis is geen vermogensschade.

Door dit arrest wordt een zekere drempel ingebouwd: geringe genotsderving geeft geen recht op vergoeding van vermogensschade.³⁰⁾ Hier ontstaat enige spanning met het feit dat vermogensschade, in tegenstelling tot immateriële, volledig wordt vergoed. Volgens A-G Wuisman betreft het een beleidsmatige kwestie. Hij stelt dat in geval van genotsderving waarbij een gering geldelijk belang betrokken is, 'het – als zodanig niet voor vergoeding in aanmerking komende – element ergernis al heel spoedig een overwegende rol gaat spelen'.³¹⁾ Als verdere redenen voor een drempel noemt hij dat derving van genot, gelet op de duur en de omvang daarvan, gering zal zijn evenals het daarvoor betaalde bedrag. Vergoeding van dergelijke genotsderving leidt tot discussie, zowel buiten als in rechte. Dat acht hij niet wenselijk nu er ook recht bestaat op vervanging of herstel.

4.2. *Alternatieve benadering: prijsreductie*

De vraag is of casus à la *Pollen/Linssen* juridisch niet anders benaderd moeten worden. Het komt erop neer dat koper Pollen een gebrekkige zaak geleverd kreeg: pas na twee jaar zijn de gebreken opgelost. De gekochte zaak is, zo mag men aannemen, minder waard dan een soortelijke zaak die geen gebreken vertoont en dus wel volledig aan de overeenkomst beantwoordt. Anders gezegd, het contractuele evenwicht is verstoord. Dit enkele feit levert een schadepost op ook al lijdt de koper verder geen *gevolgschade* in de vorm van concrete uitgaven voor een vervangende zaak. De schade van de koper valt te herstellen via prijsvermindering.³²⁾ Naar Nederlands recht komt dat neer op gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst (art. 6:265 lid 1 BW jo. art. 6:270 BW). Prijsreductie via gedeeltelijke ontbinding in plaats van schadevergoeding via art. 6:74 e.v. BW doet veel meer recht aan wat er feitelijk aan de hand is: de crediteur heeft een prestatie ontvangen die minder waard is dan waarop hij krachtens de overeenkomst aanspraak mocht maken. Het voordeel voor de crediteur van prijsreductie boven schadevergoeding is dat toerekening (art. 6:74 lid 1 BW jo. art. 6:75 BW) geen eerste is bij gedeeltelijke ontbinding.

Bij deze benadering (prijsreductie in plaats van schadevergoeding) passen enkele kanttekeningen. De eerste is dat in de casus van *Pollen/Linssen* – hoewel dat niet expliciet wordt benoemd – sprake is van een consumentenkoop.³³⁾ Art. 7:22 lid 2 BW bestempelt prijsreductie tot een subsidiaire remedie, die pas aan bod komt indien (i) nakoming in de vorm van herstel of vervanging



Gering gemis aan genot kan veel ergernis veroorzaken, maar die ergernis is geen vermogensschade.



19. HR 5 december 2008, NJ 2010/579, m.nt. Hijma.
20. Na aftrek van de inruilwaarde van een andere boot betaalde hij uiteindelijk DM 1.016.882, zie r.o. 4.2 van het Hof en r.o. 1.(j) van de Hoge Raad.
21. De gebreken bestonden uit olie lekkende motoren, de niet goed functionerende spiegelklep en Variotop, zie Hoge Raad r.o. 3.2.
22. Hoge Raad r.o. 3.2.
23. Hoge Raad r.o. 3.2.
24. Hof r.o. 4.11.2 en 4.11.3.
25. Onderdeel 2.
26. Conclusie nr. 3.3-3.5.
27. R.o. 3.11.
28. R.o. 3.6.
29. R.o. 3.7.
30. Hijma sub 5 spreekt van een 'drempelmiddel', zie ook A-G Wuisman nrs. 2.6-2.8.
31. A-G Wuisman nr. 2.6. In dezelfde zin met soortgelijke argumenten S.D. Lindenbergh, *Schadenfreude over 'Freudenschade'*, in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluittijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 12, p. 3.
32. Ook S.D. Lindenbergh, *Schadenfreude over 'Freudenschade'*, in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluittijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 12, p. 2, heeft zich recent voorstander betoond om in deze casus prijsvermindering toe te staan. Zijn benadering van uitgaven die hun doel missen en vergoeding van immateriële schade wegens wanprestatie is evenwel anders dan die welke hier wordt pleit.
33. M. van Kogelenberg, 'In de boot genomen: genotsderving komt niet vanzelfsprekend in aanmerking voor vergoeding als vermogensschade', *MvV* 2009/2, p. 44-45 merkt dit wel op, maar gaat niet in op het subsidiaire karakter van prijsvermindering, hoewel hij wel de gedeeltelijke ontbinding als alternatieve route noemt.



**Er bestaat geen
behoefte aan een
apart leerstuk**

**'uitgaven die hun doel
hebben gemist'.**



onmogelijk zijn, (ii) nakoming van de verkoper niet gevegd kan worden of (iii) de verkoper er niet in is geslaagd om binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper na te komen. Mogelijk is hier verdedigbaar dat Linsen, door er in totaal twee jaar over te doen om de gebreken in het jacht te verhelpen, de koper ernstige overlast heeft bezorgd zodat deze recht heeft op prijsreductie. Dit hangt af van de vraag of de door Pollen ervaren overlast ernstig genoeg is.

De tweede kanttekening betreft situaties waarin er geen sprake is van een consumentenkoop. Omdat dan prijsontbinding wordt bewerkstelligd via gedeeltelijke ontbinding, is vereist dat de tekortkoming de gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1 BW). Denkbaar is dat dit vereiste een drempel opwerpt, ondanks het feit dat de crediteur een minder waardevolle prestatie heeft ontvangen. Heel erg is dit overigens niet, want het is niet de bedoeling dat de crediteur bij iedere tekortkoming, hoe gering ook, prijsreductie kan bedingen.

5. Tot slot

Het geheel overziend bestaat geen behoefte aan een apart leerstuk 'uitgaven die hun doel hebben gemist'. De gevallen waarin dit leerstuk aan de orde kwam (*Burger/Brouwer Motors* en *Pollen/Linssen Yachts*) zijn dogmatisch beter en eenvoudiger op te lossen via de figuren vergoeding van immateriële schade en prijsvermindering.