

Vernieuwde voordeelstoerekening

TSN komt met transportbedrijf Vos overeen dat TSN vijf jaar de opleggers van Vos zal repareren en onderhouden. Vos pleegt na twee jaar wanprestatie, zodat TSN de overeenkomst mag ontbinden en recht heeft op schadevergoeding. TSN moet financieel in de positie gebracht worden alsof Vos geen wanprestatie zou hebben gepleegd. TSN heeft daarom onder meer recht op drie jaar gedeelde winst. TSN kan de capaciteit in haar werkplaats gebruiken om onderhoud en reparatie te plegen aan opleggers van andere transportbedrijven. Mag Vos dit voordeel in mindering brengen op het nadeel (de gedeelde winst) dat zij aan TSN moet vergoeden? In 2009 vond de Hoge Raad dat het voordeel van TSN uit nieuwe contracten niet in mindering behoefde te komen op de gedeelde winst die zij aan Vos moet betalen.¹ De Hoge Raad motiveert zijn oordeel door erop te wijzen dat het nadeel en het voordeel niet uit dezelfde bron voortvloeien. Het nadeel (de schade) is het gevolg van de wanprestatie. Het voordeel is het gevolg van goed koopmanschap van TSN. Door haar eigen inspanningen heeft TSN nieuwe klanten weten te werven. In termen van het Burgerlijk Wetboek: de schade en het voordeel vloeien niet voort uit ‘eenzelfde gebeurtenis’ (als bedoeld in art. 6:100 BW, de bepaling over voordeelstoerekening). Voordeelstoerekening is dan niet aan de orde. Het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ was de poort naar wel of geen toerekening van voordeel. Waarom de Hoge Raad in het ene geval de poort wijd opzette en in een ander geval de poort op een kier hield, leek tamelijk willekeurig.²

Zeven jaar later zet de Hoge Raad (in 2016) de klassieke vraag, of voordeel uit wanprestatie of onrechtmatige daad in mindering mag worden gebracht op de te vergoeden schade, in een ander denkschema.³ Voor voordeelstoerekening moeten twee causaliteitsstappen worden genomen. Dit zijn dezelfde causaliteitsstappen die bepalen of nadeel (schade) al dan niet het gevolg is van wanprestatie (of een onrechtmatige daad). Voordeel en nadeel bevinden zich elk aan een kant van de normschending (zo wist ook de filosoof uit Betondorp).

Ten eerste is voor voordeelstoerekening vereist dat er tussen de normschending (wanprestatie, onrechtmatige daad) en de gestelde voordelen een *condicio-sine-quantum* verband bestaat. Er is alleen sprake van een verrekenbaar voordeel indien dat voordeel zonder de normschen-

ding niet zou zijn opgekomen. Een *condicio-sine-quantum* verband is een feitelijk, objectief verband. De tweede vereiste stap is dat, met inachtneming van de in art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid) besloten maatstaf, redelijk moet zijn dat de voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Deze redelijkheidstoets is een zuiver normatieve toets.

De dubbele causaliteitstoets vervangt de toets van ‘eenzelfde gebeurtenis’ om voordelen al dan niet in aftrek te mogen brengen. Het redeneerschema van de rechter wordt daardoor meer zuiver en minder apodictisch dan met gebruik van het containerbegrip ‘eenzelfde gebeurtenis’.⁴ De Hoge Raad in het arrest *TenneT/ABB* (r.o. 4.4.3, slot): ‘Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan “eenzelfde gebeurtenis” bij voordeelstoerekening met toepassing van art. 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.’ Wat de precieze strekking is van deze passage is niet helder, omdat onduidelijk is in welke eerdere uitspraken van de Hoge Raad over voordeelstoerekening hij meer of andere eisen heeft gesteld. Onduidelijke arresten leiden tot hoge maatschappelijke kosten, omdat via ‘normale’ cassatieprocedures of prejudiciële vragen die duidelijkheid van de Hoge Raad moet worden verkregen.⁵

Zo ging de Hoge Raad in 2011 uit van een ruim begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’ door in een geval waarin iemand een aantal effectenleasecontracten had gesloten, waarvan sommige verlies hadden opgeleverd maar andere winst, toe te staan dat de voordelen van de ene groep contracten en de nadelen van de andere groep contracten met elkaar worden verrekend.⁶ Recent is de Hoge Raad in het arrest *Dexia/X* (2017) uitdrukkelijk tot een ander oordeel gekomen met toepassing van zijn sinds 2016 geldende nieuwe regime van de dubbele causaliteitsmaatstaf (c.s.q.n. en TNR).⁷ In het bijzonder de tweede causaliteitsmaatstaf van de toerekening naar redelijkheid dwingt tot een meer open rechtspoliteik antwoord van de rechter op de vraag welk voordeel redelijk is in aftrek te brengen. De Hoge Raad benoemt uitdrukkelijk (r.o. 3.6.2) dat het in effectenleasezaken gaat om veel voorkomende vermogensschade die een voortvarende afwikkeling naar uniforme maatstaven wenselijk maakt. Het is volgens hem daarom mede gerechtvaardigd dat bij het toerekenen van voordelen in effectenleasezaken wordt geabstraheerd van een

1. HR 10 juli 2009, NJ 2009/43 (*Vos/TSN*).

2. Zie in enge zin HR 11 februari 2000, NJ 2000/275 (*De Preter/Van Uitert*) en in ruime zin HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (*Van der Heijden/Dexia*).

3. HR 8 juli 2016, RvdW 2016/950 (*TenneT/ABB*), recent herhaald in het hierna te noemen arrest *Dexia/X* (r.o. 3.5).

4. Zie Chr. van Dijk, *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht* (Preadvis VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 31 en W.H. van Boom, ‘Doorgeschoven kartelschade: schadeberekening of voordeelstoerekening?’, AA 2017, afl. 1 (hierna: Van Boom 2017), p. 46.

5. Zie over onduidelijke arresten van de Hoge Raad ook F.B. Bakels, ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, AA 2015, afl. 11, p. 927 e.v.

6. HR 29 april 2011, NJ 2013/40 (*Van der Heijden/Dexia*).

7. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, r.o. 3.5 (*Dexia/X*).

aantal omstandigheden die de bijzondere situatie van de afnemer betreffen. De Hoge Raad oordeelt daarom onder meer (r.o. 3.6.7) dat het vanuit een oogpunt van consistente rechtspraak in alle gevallen aanbeveling verdient de in de lagere rechtspraak als uitgangspunt gehanteerde termijn van tenminste één jaar te hanteren tussen de afloop van een voordelige effectenleasetransactie en een nadelige, wil het voordeel niet voor verrekening in aanmerking komen. De Hoge Raad verschuilt zich niet meer achter de juridische techniek, maar motiveert open en bloot met rechtspolitieke argumenten wanneer hij in deze gevallen voordeelstoerekening redelijk vindt en wanneer niet.

De zoektocht naar welke ‘zelfde gebeurtenis’-arresten van de Hoge Raad heroverweging verdienen, gaat verder. Moet *Vos/TSN* nu anders worden beslist?⁸ Daar is veel onzekerheid over. Het Hof Arnhem-Leeuwarden is van oordeel dat indien een contract voortijdig wordt beëindigd, inkomsten uit een nieuw gesloten contract met een derde over dezelfde materie een voordeel oplevert dat verrekend moet worden met de schade.⁹ In een deel van de literatuur werd het arrest *Vos/TSN* bekritiseerd omdat het aanzet tot dubbel incasseren en stilzitten.¹⁰ Een ander deel van de literatuur achtte het arrest *Vos/TSN* juist. De aard van de contractuele aansprakelijkheid brengt volgens die auteurs met zich dat het positief contractsbelang (gederfde winst) ten volle vergoed moet worden en dat een andere opvatting een bonus op het plegen van wanprestatie zou zijn.¹¹

Een eerste vraag is: wat is er in *Vos/TSN* beslist? Volgens Bakels (vicepresident in de Hoge Raad, die het arrest *Vos/TSN* meeweest) werd de uitkomst voornamelijk gedictieerd door het feit dat TSN, gezien haar reparatiecapaciteit, de andere contracten ook zonder de beëindiging van de overeenkomst met Vos had kunnen sluiten.¹² In termen van de nieuwe dubbele causaliteitstoets bij voordeelstoerekening: reeds aan het c.s.q.n.-verband is niet voldaan. Het voordeel voor TSN (inkomen uit het verrichten van reparatiewerkzaamheden aan derden) zou ook zonder de wanprestatie zijn opgekomen. TSN had voldoende reparatiecapaciteit om die werkzaamheden te kunnen verrichten, ook toen zij nog een contract met

Vos had. De uitkomst van *Vos/TSN* zou onder het huidige regime van de voordeelstoerekening (de dubbele causaliteitsmaatstaf) niet anders luiden dan onder het oude regime (waar de kwestie in het teken stond van het begrip ‘eenzelfde gebeurtenis’).

De kernvraag is of, indien eerst door de beëindiging van de overeenkomst (ontbinding of onregelmatige opzegging) restcapaciteit vrijkomt die vervolgens wordt benut voor nieuwe opdrachten, die winst als voordeel verrekend moet worden met de door de beëindiging veroorzaakte schade. Ik stel voorop dat de benadeelde geen overdreven inspanningsplicht heeft om nieuwe opdrachten te verwerven. Hij is door tekortschieten van de schadeveroorzaker in de vervelende positie gebracht dat hij weer op zoek moet naar opdrachten. Zijn schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW) strekt daarom niet ver. Indien de benadeelde nieuwe opdrachten verwerft, is sprake van een c.s.q.n.-verband: zonder de tekortkoming (en ontbinding) zou er geen capaciteitsruimte zijn vrijgekomen die met nieuwe opdrachten is gevuld. Het komt dan aan op de tweede causaliteitstoets. Is het redelijk het voordeel uit nieuwe opdrachten in aftrek te brengen op de schadevergoeding? Naar mijn mening is het redelijk een deel van het voordeel niet in aftrek te brengen om aldus de benadeelde een incentive te geven om nieuwe opdrachten te sluiten.¹³ De stok van de schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW) en de wortel van de beperkte voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) dicteren het van de benadeelde te verwachten gedrag.

RJT

8. In HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2180 (*Luxembourg/Habitat*) ging het om wanprestatie van franchisegever Habitat jegens franchisenemer Luxembourg. In strijd met de franchiseovereenkomst beleverde Habitat Luxembourg ruim vier jaar niet, maar Luxembourg betrok de relevante producten in die tijd van Cafom (die de koper was van het merk ‘Habitat’ in de relevante geografische markt) op niet ongunstiger voorwaarden, zodat het hof oordeelde dat Luxembourg geen schade (gederfde winst) leed. De Hoge Raad heeft een daartegen gericht cassatieberoep verworpen met toepassing van art. 81 Wet RO. De instructieve conclusie van A-G Wissink (par. 3.4-3.8.2) gaat uitgebreid in op de reikwijdte van het arrest *Vos/TCN*.
9. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9299, r.o. 5.41 (*JPB Logistics/Reef*): inkomsten uit nieuwe verhuur van opslagtanks na voortijdige beëindiging van een eerdere overeenkomst komen in mindering op de schade.
10. T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2009, afl. 34, p. 2170; C.E. Drion, ‘Elk nadeel heeft z’n voordeel’, *NJB* 2009, afl. 36, p. 2337; T. Hartlief, ‘VOS/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingslicht’, *WPNR* 2010, afl. 6829, p. 93 e.v.; R.-J. Tjittes & E. van Wechem, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2010, afl. 15, p. 918; J. Hijma in zijn noot in *NJ* 2011/43; D.A. van der Kooij, ‘Schadevergoeding bij ontbinding van een (duur)overeenkomst en Vos/TSN’, *MvV* 2011, afl. 10 (hierna: Van der Kooij 2011), p. 249 e.v.; S.D. Lindenbergh, ‘Over wat schade is ... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat’, *WPNR* 2010, afl. 6867, p. 901 e.v. en D.H. de Witte, ‘Schadevergoeding bij ontbinding van de huurovereenkomst door de verhuurder’, *TvHB* 2015, afl. 1, p. 5 (voor huur).
11. W.H. van Boom, ‘Beter schadevergoedingrecht begint bij beter onderscheid’, *NTBR* 2011/22; Van Boom 2017, p. 45; A.L.M. Keirse, ‘Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord’, *Contracteren* 2009, afl. 4, p. 108; M. van Kogelenberg, *Motive matters!* (diss. Rotterdam), Antwerpen: Intersentia 2013, p. 110; J.H.M. Spanjaard, ‘De internationale koop van een hijskraan: over rente en voordeelstoerekening’, *Contracteren* 2016, afl. 1, p. 22-23 alsmede A.L.M. Keirse & M. van Kogelenberg, ‘Schadebegroting bij een doorberekeningsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening’, *Contracteren* 2016, afl. 4, p. 97 e.v.
12. F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW, deel B-58), Deventer: Kluwer 2011, par. 88. Zo ook Van der Kooij 2011, p. 252.
13. Zie J. Hijma in zijn noot (onder 9) bij *NJ* 2011/43 en Van der Kooij 2011, p. 253.