

Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] AC 344¹

Het glas is halfvol... of halfleeg?

Inleiding

Wie een contract sluit met een ander, mag erop rekenen dat hij krijgt waar hij voor heeft gecontracteerd. Waar de debiteur echter door eigen gedragingen of door omstandigheden die aan hem zijn toe te rekenen niet presteert, kan de crediteur dan ook reageren en kan hij naar Nederlands recht in beginsel kiezen tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinding. Ook het Engelse recht hecht aan de bindende kracht van de overeenkomst, zij het dat de schadevergoedingsactie als primaire remedie wordt beschouwd. De vraag is echter in hoeverre deze “regel” houdbaar is als men ook de kleine wanprestatie in ogenschouw neemt. Daarmee bedoel ik de situatie waarin de debiteur onmiskenbaar zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, maar de gevolgen van die wanprestatie voor de crediteur slechts beperkt of helemaal niet objectief vast te stellen zijn. Een probleem ontstaat vooral dan wanneer alsnog volledige nakoming een zware last voor de debiteur betekent. Denk aan de badkamer waarin met een iets lichtere kleur blauw tegels zijn aangebracht dan contractueel overeengekomen. Kan de crediteur dan verlangen dat de badkamer geheel opnieuw betegeld wordt? Met andere woorden: verdient wanprestatie zonder (substantiële) schade sanctivering en zo ja, op welke wijze? De meest praktische oplossing is dat de debiteur een bepaalde vergoeding aanbiedt. Een theoretische onderbouwing voor deze vergoeding is echter niet gemakkelijk te ontdekken en zij is ook niet zonder praktische problemen.

De Engelse zaak *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* biedt zicht op deze problematiek. Daaruit blijkt dat ook het Engelse recht moeite heeft een bevredigende oplossing voor deze kwestie te vinden. Het arrest is niet zozeer een “landmark” case, maar heeft wel kenmerken van een klassieker om twee redenen. Het arrest heeft de opinievorming van de House of Lords gestuurd in een aantal opvolgende zaken, die wel als “milestones” kunnen worden gezien.² Bovendien – en dat is voor deze bespreking relevant – zijn de feiten enerzijds zeer eenvoudig, terwijl het juridische probleem achter de feiten complex is en niet adequaat wordt opgelost door de House of Lords. Dat blijkt ook uit de receptie van deze uitspraak in de literatuur.³ Recentelijk hebben Pearce en Halson het concept “vindicatory damages” geïntroduceerd, waarmee zij voor ogen hebben een mechanisme in het systeem te brengen dat de debiteur prikkelt om volledig en correct na te komen.⁴

Na een bespreking van de feiten en het oordeel van de Engelse rechter, bespreek ik kort de mogelijkheden die het Nederlandse recht mijns inziens biedt om uit deze

¹ Met dank aan de bijdragen van prof. mr. S.D. Lindenbergh, prof. A. Ogus en mr. A. Cuyvers.

² *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518; *Farley v Skinner* [2001] UKHL 49.

³ B. Coote, “Contract Damages, *Ruxley* and the Performance Interest”, *Cambridge Law Journal* 1997, p. 537-570.

⁴ D. Pearce, R. Halson, “Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2008-1, p. 73-98.

impasse te komen. Vervolgens behandel ik enige suggesties voor een betere theoretische fundering voor een mogelijke vergoeding van de debiteur aan de crediteur in het geval van een kleine wanprestatie.

Feiten en oordeel lagere instanties

Forsyth wil graag een zwembad in zijn tuin laten bouwen en sluit daartoe een overeenkomst met Ruxley. Zij spreken af dat het zwembad “7 feet 6 inches” (ongeveer 2 meter 30) diep zal worden. De prijs wordt vastgesteld op £ 38,564.77. Het zwembad wordt gebouwd, maar blijkt bij nameting slechts “6 feet 9 inches” (ongeveer 2 meter 5) diep. Ruxley komt de afspraak dus niet na. Nu maakt het voor de veiligheid niet uit dat het zwembad iets minder diep is gebouwd, omdat duiken vanaf de rand van het zwembad bij beide diepten even veilig is. Over het aanleggen van een duikplank is nooit gesproken. Ook wordt vastgesteld, dat het zwembad door de iets geringere diepte niet minder waard is dan het zou zijn geweest als het op de afgesproken diepte was gebouwd. Herstel van het zwembad zou evenwel betekenen dat het zwembad in het geheel zou moeten worden herbouwd. De kosten daarvan bedragen ongeveer £ 21,500. Forsyth weigert de aanneemsom te betalen en wijst op de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de contractuele verbintenis jegens hem. Ruxley eist betaling op grond van de overeenkomst. Forsyth vordert daarentegen in reconventie schadevergoeding ter hoogte van “cost of reinstatement” (hierna: herstelkosten).

De trial judge (rechter in eerste aanleg) oordeelt na vaststelling van bovenstaande feiten dat hij er niet van overtuigd is dat Forsyth, mochten de herstelkosten worden toegewezen, het zwembad daadwerkelijk wil laten herbouwen. Bovendien acht hij de hoogte van de herstelkosten niet in verhouding tot het nadeel dat Forsyth ondervindt van het iets ondiepere zwembad. Ten slotte wijst hij wel aan Forsyth een veel geringer bedrag toe (£ 2,500) voor “loss of amenity” ter compensatie van het verlies aan het genot van het contractueel overeengekomen – diepere – zwembad.

De Court of Appeal (het Hof) vernietigt het vonnis van de trial judge (twee tegen één).⁵ Het Hof komt tot de conclusie dat Forsyth recht heeft op de volledige herstelkosten ter hoogte van £ 21,500. Dientengevolge vervalt het bedrag aan smartengeld. Ruxley heeft dit oordeel aangevochten bij de House of Lords, maar niet geprotesteerd tegen het in eerste aanleg toegekende bedrag voor “loss of amenity”. Dat heeft consequenties voor het oordeel van de House of Lords, omdat de laatste het oordeel van de trial judge kan laten herleven zonder daarvoor een motivering te geven.

⁵ *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1994] 1 WLR 650

Beslissing House of Lords

Vier van de vijf Lords hebben een opinie geschreven over deze feitelijk eenvoudige casus. Alle opinies geven blijk van een worsteling met de juridische fundering van het resultaat, waarover op zichzelf alle Lords het met elkaar eens zijn.

Het belangrijkste punt dat Forsyth ter onderbouwing van zijn aanspraak aandraagt is dat de trial judge in zijn vonnis heeft erkend dat Forsyth verlies heeft geleden door het toewijzen van een (beperkt) bedrag voor “loss of amenity”. Het Engelse contractenrecht – althans het recht met betrekking tot bouwcontracten – kent volgens hem een dergelijke vorm van schadevergoeding niet. De enige regel die geldt is dat de gelaedeerde in de financiële positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als correct was nagekomen. Dat betekent een vergoeding van ofwel het verschil in waarde (hetgeen hier niet mogelijk is) ofwel de herstelkosten. Dat laatste is dus volgens Forsyth de enige juiste oplossing.

Lord Bridge of Harwich geeft aan dat het uitgangspunt is dat schadevergoeding ertoe moet leiden dat de eiser krijgt waar hij voor heeft onderhandeld. Schadevergoeding is in geen geval een straf voor de partij die het contract niet nakomt. Hij erkent wel onmiddellijk dat deze uitgangspunten zijn geformuleerd met in gedachten een commerciële transactie waarbij een verlies als gevolg van contractbreuk relatief gemakkelijk kon worden berekend. Als het object van de transactie het verschaffen van een soort plezier is, waarvan deze casus een voorbeeld is, dan is deze assumptie minder vanzelfsprekend.

Lord Bridge of Harwich haalt de redenering van Forsyth onderuit door aan te geven dat deze casus juist gekenmerkt wordt door het niet-commerciële karakter. Het is dan ook onjuist om op basis van zuiver economische argumenten een oplossing te formuleren. Bovendien acht hij het onacceptabel dat de onmogelijkheid van het vergoeden van het waardeverschil altijd zou moeten leiden tot het vergoeden van de herstelkosten, ook al zijn deze onevenredig hoog. Hij stemt daarom in met de vernietiging van het oordeel van de Court of Appeal en met herstel van de beslissing van de trial judge.

Lord Jauncey of Tullichettle plaatst de casus in het kader van de vraag op welke vorm van schadevergoeding Forsyth recht heeft, uitgaande van het beginsel dat hij financieel in dezelfde positie moet worden gebracht als ware het contract correct nagekomen.⁶ Lord Jauncey verkent de jurisprudentie op dit gebied en komt vervolgens tot de conclusie dat het niet volledig bereiken van het contractuele doel niet op dezelfde wijze hoeft te worden gesanctioneerd als een volledige schending van het contract. Het komt er op aan hoe het verlies van Forsyth moet worden gekwalificeerd. Juist omdat het een transactie betreft, waarbij het niet gaat om de economische waarde van het zwembad (het zwembad is niet minder waard geworden), maar om een persoonlijke voorkeur (Forsyth wilde graag een zwembad van een bepaalde diepte), is vergoeding van de volledige herstelkosten volgens hem een brug te ver.

⁶ *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex 850

Lord Mustill en Lord Lloyd of Berwick komen tot vergelijkbare conclusies. De laatste bespreekt als enige tamelijk uitgebreid de opinies van de rechters in de Court of Appeal. Hij stelt de principiële vraag of het Engelse contractenrecht de mogelijkheid biedt schadevergoeding toe te kennen uitsluitend voor teleurgestelde verwachtingen. Hij geeft geen sluitend antwoord op deze vraag, omdat deze kwestie niet aan de House of Lords is voorgelegd. Het is niettemin een van de vragen die in het navolgende de aandacht verdient.

Het arsenaal aan contractuele remedies in het Nederlandse recht

Bij de toepassing van Nederlands recht op de feiten in de onderhavige zaak mag een belangrijke kanttekening niet ontbreken. De vragen die in deze zaak aan de orde komen, zijn gericht op een beantwoording naar Engels recht. Het palet aan antwoorden bepaalt ook de te stellen vragen. De lezer moet zich ervan bewust zijn dat het Nederlandse palet anders van samenstelling is. Dat betekent ook dat de vragen die moeten worden beantwoord anders zijn of in ieder geval anders geformuleerd zijn. Een concreet voorbeeld daarvan is het gegeven dat nakoming (“specific performance”) in het Engelse recht een secundaire remedie is.⁷ Het afdwingen van een contractuele verplichting is dus in het algemeen naar Engels recht een uitzondering en komt in de Ruxley zaak niet aan de orde.

Een universele concrete oplossing is daarom niet haalbaar; het gaat om het achterliggende kader. Uit het navolgende zal bovendien blijken dat voor deze specifieke casus een alles-of-niets oplossing enerzijds niet haalbaar en anderzijds niet wenselijk is. Net als in het Engelse recht wordt naar een middenweg gezocht. Dit zoeken naar proportionele oplossingen is in het Nederlands recht een actueel thema, waaraan dit stuk een bijdrage beoogt te leveren.⁸

Nakoming

Het bouwen van een zwembad valt onder het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, omdat het kan worden gezien als een zelfstandig bouwproject dan wel als een verbouwing. Beide typen gevallen worden onder aanneming van werk geschaard.⁹ De regeling in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gaat in eerste instantie voor de algemene regeling van rechten en remedies in Boek 3 en Boek 6. Het is in dit kader van belang te wijzen op art. 7:759 BW. Het eerste lid van dit artikel wijst op de verplichting van de opdrachtgever om in het geval hij gebreken in de oplevering constateert, de aannemer de gelegenheid te geven deze gebreken te herstellen. Uit deze bepaling kan een duidelijk uitgangspunt van het Nederlands contractenrecht worden afgeleid: contracten dienen in beginsel “uitgediend” te worden. Eerst moeten er binnen het contract oplossingen gezocht worden voordat partijen kunnen besluiten een eind aan de contractuele relatie te maken. Natuurlijk kent dit uitgangspunt grenzen, zo blijkt ook uit art. 7:759 lid 1 BW. Als de omstandigheden met zich meebrengen dat een poging de aannemer tot herstel te bewegen niet van de

⁷ *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1.

⁸ I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2008; G.E. van Maanen, W. L. Valk, “Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht?”, *NTBR* 2008-8, p. 316-327.

⁹ M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5-IIIc. Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2007, nrs. 25 en 26.

opdrachtgever kan worden gevegd, kan deze stap worden overgeslagen. Dat doet echter niet af aan het uitgangspunt.

De crediteur heeft in beginsel een recht op nakoming van de overeenkomst. Dat betekent dat hij in beginsel recht heeft op een zwembad van de door hem gewenste diepte. Dat recht is echter, hoewel primair en belangrijk, niet absoluut. Redelijkheid en billijkheid kunnen aan uitoefening van dat recht in de weg staan.¹⁰ In deze casus is het reëel te verwachten dat de eisen van redelijkheid en billijkheid een beroep op het recht op nakoming blokkeren, omdat dat zou meebrengen dat de debiteur een nieuw zwembad zou moeten bouwen en daardoor onevenredig zwaar getroffen wordt. Dit kan worden afgeleid uit het bekende arrest *Multi Vastgoed/ Nethou* over de roestvorming op het Rotterdamse Plazagebouw.¹¹ Wel blijkt dat niet te snel mag worden geoordeeld dat de crediteur geen recht op nakoming van de contractuele verbintenis heeft, zelfs al heeft dat serieuze financiële consequenties voor de debiteur. Er bestaat echter een groot verschil tussen een extra kostenpost van enkele procenten van de totale aanneemsom en een kostenpost ter grootte van ten minste de helft van de aanneemsom. Minder duidelijk is de status van de omstandigheid dat er geen waardevermeerdering door een herbouw van het zwembad optreedt. Uit het Nederlandse arrest blijkt immers dat de aard van de contractuele gebreken ook niet erg relevant is bij de totstandkoming van de beslissing om het recht op nakoming te honoreren. Anders gezegd: of de gebreken alleen cosmetisch van aard zijn of niet te zien zijn van de buitenkant doet er niet veel toe. Dit laatste betekent natuurlijk niet dat er in het geval van het Plazagebouw geen waardeminderung had plaatsgevonden door de roestvorming. Dat levert een tweede verschil op met de onderhavige casus. Op basis hiervan kan de kans aanzienlijk worden geschat dat de rechter een beroep op nakoming van de overeenkomst om het zwembad op de afgesproken diepte te (her)bouwen in strijd acht met de redelijkheid en billijkheid.

De norm die de Hoge Raad in *Multi Vastgoed/ Nethou* heeft geformuleerd kan overigens in iets andere bewoordingen in art. 7:759 lid 2 BW worden gevonden.¹² De bewoordingen van het artikel “de herstelkosten staan in geen verhouding tot het belang van de opdrachtgever” bieden eveneens aanknopingspunten voor het standpunt dat Forsyth naar Nederlands recht geen nakoming zou kunnen afdwingen. Bovendien kan aansluiting worden gezocht bij twee al wat oudere uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven. In beide zaken ging het ook om een tekortkoming van de aannemer, die redelijkerwijs niet door middel van herstel ongedaan gemaakt konden worden vanwege de hoge kosten. De Raad stelt in beide gevallen een schadevergoeding vast.¹³

Vervangende schadevergoeding: herstelkosten of waardecompensatie

Indien de crediteur vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW) wenst ten gevolge van de gepleegde wanprestatie, stuit men ook op problemen. De vervangende schadevergoeding is gelieerd aan het primaire recht op nakoming. Anders gezegd, deze vorm van schadevergoeding doet recht aan het beginsel van de contractuele gebondenheid. Laat de debiteur het afweten, dan dient de crediteur in de (financiële) positie te worden gebracht, alsof het contract correct zou zijn nagekomen. Dit wordt

¹⁰ Art. 3:396 BW geeft ook aan dat wet, aard van de verplichting en rechtshandeling aan de nakomingsvordering in de weg kunnen staan; op deze uitzonderingen ga ik verder niet in.

¹¹ HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (*Multi Vastgoed/ Nethou*).

¹² De Hoge Raad verwijst er ook naar, althans naar het ontwerp-artikel 7.12.8.

¹³ RvA 8 augustus 1994, *BR* 1996, 347; RvA 7 november 1988, *BR* 1989, 222.

wel vergoeding van het “positief contractsbelang” genoemd.¹⁴ De vraag is of de crediteur op basis van dit criterium recht heeft op herstelkosten of slechts op het verschil in waarde tussen een correct uitgevoerde en de niet correct uitgevoerde prestatie. In het eerste geval speelt min of meer hetzelfde probleem als bij de nakoming: de debiteur moet een in verhouding tot de aanneemsom groot bedrag voor het zwembad aan de crediteur betalen om het te kunnen laten herbouwen. Uit het arrest *Sparrow/ Van Beukering* volgt dat daarbij niet van belang is dat de gebreken daadwerkelijk worden hersteld. Ook het gegeven dat het object voor een zodanige prijs is doorverkocht dat er geen vermogensvermindering bij de crediteur is opgetreden is niet van belang. Het gaat immers om de waarde van de gemiste, primaire prestatie, zoals Hijma in zijn noot verwoordt.¹⁵

In deze casus loopt een beroep op vervangende schadevergoeding waarschijnlijk stuk op art. 6:87 lid 2 BW. Daarin wordt vermeld dat omzetting van de primaire prestatieplicht tot een vervangende verbintenis tot schadevergoeding niet plaatsvindt, indien de tekortkoming de omzetting wegens haar ondergeschikte betekenis niet rechtvaardigt. Volgens de parlementaire geschiedenis houdt deze bepaling in dat een geringe vertraging aan omzetting in de weg staat.¹⁶ Jurisprudentie over dit artikel is schaars.¹⁷ Het lijkt in eerste instantie logisch dat waar nakoming niet mogelijk is, omdat redelijkheid en billijkheid een enorme verhoging van de lasten van de debiteur verhinderen, ook vervangende schadevergoeding niet meer tot de mogelijkheden behoort. Het gaat immers om vervanging van de prestatie en financieel gezien dienovereenkomstig om hetzelfde bedrag. Daarbij moet men wel bedenken dat de uitoefening van een recht op nakoming in dit geval een rechtsvorderlijke kant kent, die bij het betalen van vervangende schadevergoeding achterwege blijft. In het laatste geval hoeft de debiteur niet – al dan niet onder dreiging van een dwangsom – gedwongen te worden het zwembad te herbouwen. Dit wordt aan de crediteur overgelaten. Deze omstandigheid rechtvaardigt een zwaardere toetsing van het recht op nakoming. Ook wanneer rekening wordt gehouden met dit punt, loopt een beroep op vervangende schadevergoeding mijns inziens toch vast door de wanverhouding tussen remedie en geschonden belang.

Vergoeding ter compensatie van genotsderving: materiële of immateriële schade?

In het algemeen is vergoeding van immateriële schade in contractuele verhoudingen niet gebruikelijk.¹⁸ Volgens het systeem van de wet is het in beginsel wel mogelijk.

¹⁴ Het begrip “positief contractsbelang” is niet zonder meer een eenduidig begrip: Zie daarvoor o.a. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding algemeen, deel 1* (Mon. BW B34), Deventer: Kluwer 2008, nr. 44. De Hoge Raad gebruikt dit begrip zelden in verband met wanprestatie HR 16 september 2005, *NJ* 2005, 469 (Metaalbouw Vloet Mill/ Land van Cuijk); wel expliciet genoemd in verband met schadevergoeding na ontbinding ex art. 6:277 BW, zie HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 331 (Ordelmans/ Lademo IV).

¹⁵ HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 m. nt. JH (Sparrow/ Van Beukering). Hijma geeft in zijn noot ook aan dat de term “herstelkosten” voor verwarring vatbaar is. Zie ook HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 965 m.nt. G (Van Ulzen/ Goolkate). Zie ook Rb. Rotterdam 30 juli 2008, *LJN BE7441* (Gevelreiniging/ X.), waarin de rechtbank aangeeft dat vervangende schadevergoeding ziet op het vergoeden van de (objectieve) waarde van de uitgebleven prestatie, waarbij de vervangende schadevergoeding de schuldeiser in staat moet stellen de gemiste prestatie bij een derde te verwerven.

¹⁶ Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, TM, p. 302. Dit geldt ook voor het Engelse recht zoals bijvoorbeeld wordt bevestigd door Lord Jauncey in *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*.

¹⁷ Zie voor een recente toepassing Hof Arnhem 15 januari 2008, *NJF* 2008, 189.

¹⁸ H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 239.

Als de debiteur ex art. 6:74 BW aansprakelijk is voor de schade, dan is afdeling 6.1.10 inzake de schadevergoeding onverkort van toepassing. De grondslag voor de aansprakelijkheid is niet a priori relevant. Volgens art. 6:95 BW bestaat de geleden schade uit vermogensschade en ander nadeel, maar wel dat laatste voor zover dat uit de wet voortvloeit. Voor immateriële schade is art. 6:106 BW richtinggevend en daaruit blijkt dat wanneer de schade voortkomt uit een schending van een contractuele verbintenis, de kans op vergoeding van immateriële schade gering is. In art. 6:106 BW staan – limitatief – de gevallen opgesomd waarin vergoeding van immateriële schade mogelijk is. Uit dit artikel blijkt dat een gemis aan “genot” of “plezier” ten gevolge van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis niet voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁹ Vergoeding van immateriële schade ten gevolge van een schending van een contractuele verplichting komt wel voor, maar meestal slechts dan wanneer de wanprestatie ook een onrechtmatige daad oplevert. Het onderscheid tussen vermogensschade en niet-vermogensschade in contractuele verhoudingen is echter niet altijd gemakkelijk te maken. In dit opzicht kan wellicht aansluiting worden gezocht bij het arrest *Burger/ Brouwer Motors*.²⁰ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en dit voordeel heeft moeten missen, met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt zal 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. De overeenkomst met de onderhavige casus is dat ook in dit arrest zonder meer vaststaat dat wanprestatie is gepleegd. Deze ingewikkelde tournure brengt met zich mee dat genotsderving uitgedrukt kan worden in vermogensschade voor zover in het kader van het contract uitgaven zijn gedaan om dat gemiste genot te verkrijgen. In deze casus mist Forsyth het genot van een zwembad van een specifieke diepte. Hij heeft daar wel voor betaald. Gezien een recent arrest van de Hoge Raad mag de kans op vergoeding van deze schade als vermogensschade a la *Burger/ Brouwer Motors* niet te groot worden geacht, aangezien de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de genotsderving (ten gevolge van “te gering functieverlies”: in casu een gering diepteverschil) zo gering kan zijn dat vergoeding van uitsluitend onstoffelijk voordeel niet in aanmerking komt.²¹ De Hoge Raad heeft expliciet geoordeeld dat ergernis tengevolge van een (zeer) gering gebrek aan een voor privégebruik aangeschafte zaak niet kan worden aangemerkt als vermogensschade.

Voorts bestaat nog een wettelijke verbijzondering in art. 7:510 BW, waarin smartengeld – om “derving van reisgenot” te compenseren – voor vergoeding in aanmerking komt, zij het voor maximaal het bedrag van de reissom (art. 7:511 BW). Lindenbergh is niet gelukkig met deze wettelijke uitzondering. Het is volgens hem maar de vraag of het wel gaat om immateriële schade. Het reisgenot kan worden beschouwd als tegenprestatie voor de reissom en is daarom goed in geld uit te drukken. Daar komt nog bij dat deze verbijzondering wat vreemd aandoet naast het strenge art. 6:106 BW. Lindenbergh wijst erop dat het denkbaar is dat het voorbeeld van art. 7:510 BW kan worden gebruikt als “breekijzer” voor de toekenning van

¹⁹ H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 247 e.v.

²⁰ HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55 (Burger/ Brouwer Motors) m. nt. JH en het daarna gewezen arrest Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, *NJ* 2008, 56.

²¹ HR 5 december 2008, *RvdW* 2009, 2 (Pollen/ Linssen Yachts B.V.).

smartengeld in gevallen die niet onder art. 6:106 BW te brengen zijn.²² De rechtvaardiging voor de bepaling wordt gezocht in het bijzondere karakter van de reisovereenkomst die primair is gericht op het verschaffen van een bepaald (immaterieel) genot. Krans wijst erop dat juist de reisovereenkomst zich hiervoor leent, omdat bij tekortkomingen bij andersoortige overeenkomsten veeleer zuivere vermogensschade zou bestaan. Te dien aanzien is een vergoeding in de zin van “smartengeld” minder gewenst.²³ Onder het huidige recht is niet goed denkbaar dat Forsyth een beroep zou kunnen doen op vergoeding van immateriële schade.

(Gedeeltelijke) ontbinding of prijsvermindering

Tenslotte kan de crediteur de overeenkomst (gedeeltelijk) ontbinden, dat wil zeggen zelf een korting op de contractprijs toepassen. De crediteur kan zich in het geval van een tekortkoming van debiteur in veel gevallen ook beroepen op de ontbindingsremedie. Het contract blijft niet in stand; er ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen voor zover de prestaties van beide zijden al zijn verricht en voor de toekomst zijn partijen niet meer aan elkaar gebonden. Volgens art. 6:265 BW heeft de crediteur de mogelijkheid de overeenkomst geheel dan wel gedeeltelijk te ontbinden bij elke tekortkoming, tenzij de tekortkoming gezien haar geringe betekenis of bijzondere aard ontbinding niet rechtvaardigt. De wetgever en de Hoge Raad hebben aangestuurd op een ruime toepassing van de ontbindingsbevoegdheid. In de regel rechtvaardigt elke tekortkoming ontbinding.²⁴ Na een gehele ontbinding ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 BW). Dat houdt in dat de rechtsgrond voor de nakoming in stand blijft, maar er ontstaan verbintenissen om de in het verleden uitgevoerde prestaties ongedaan te maken. Forsyth zou derhalve naar Nederlands recht wel – voor zover al voldaan – de aanneemsom kunnen terugvorderen, maar Ruxley kan haar eigen prestatie niet meer ongedaan maken. Daarvoor in de plaats komt een vergoeding van de waarde (art. 6:272 BW). In dit geval komen de gehele ontbinding en gedeeltelijke ontbinding op hetzelfde neer. Voor gedeeltelijke ontbinding biedt art. 6:265 BW de grondslag en deze wordt verder uitgewerkt in art. 6:270 BW. In dat artikel wordt bepaald dat een gedeeltelijke ontbinding een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid inhoudt. Dat zou in casu betekenen dat beide prestaties in stand blijven voor zover ongedaanmaking niet mogelijk is. Dat betekent de facto dat het zwembad blijft staan, maar dat Forsyth zijn prestatie vermindert en dus minder betaalt, evenredig met de kwalitatieve vermindering van de prestatie die Ruxley heeft geleverd, het ondiepere zwembad. Concreet zou dat betekenen dat Forsyth “gewoon” iets minder betaalt voor het zwembad dan van tevoren was afgesproken, omdat hij ook niet precies heeft gekregen waar hij recht op had.

Deze oplossing stuit wel op een paar bezwaren. Ten eerste is het maar de vraag of er sprake is van een kwaliteitsvermindering in prestatie die een lagere prijs rechtvaardigt. In het voorgaande is immers vastgesteld dat er geen sprake was van objectieve waardevermindering van het zwembad. Als Forsyth een lager bedrag zou

²² S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 116, 117. De invloed van art. 7:510 BW moet volgens hem anderzijds ook niet worden overdreven, met name niet vanwege de beperking in omvang tot maximaal de reissom. Voor een vergelijking met het Engelse recht op dit punt S.D. Lindenbergh, “Europese Klassiekers: *Jarvis v Swans Tours Ltd* (1973) 1 All ER 71”, *NTBR* 2004-5, p. 242-245.

²³ H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 256.

²⁴ PG, Boek 6, TM, p. 1005; HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol/Meijer).

betalen, betekent dat dan wellicht dat de prestatie van Ruxley toch minder waard was? Volgens Hijma gaat het erom dat het contractuele synallagma niet wordt verstoord.²⁵ Dat betekent dat het contractuele evenwicht niet onder de gedeeltelijke ontbinding mag lijden. Het is de vraag of dat hier gebeurt. Forsyth betaalt een gereduceerde prijs, maar dat wil niet zeggen dat de kwaliteit van de prestatie van Ruxley objectief gezien minder waard is. Moet men nog in ogenschouw nemen, dat Forsyth een tweede keer kan “profiteren” van de tekortkoming van Ruxley? Eerst ontbindt hij immers de overeenkomst gedeeltelijk, hetgeen neerkomt op een eenzijdige prijsverlaging. Maar als Forsyth het zwembad wil verkopen krijgt hij er althans in beginsel evenveel voor betaald als wanneer het zwembad op de contractueel afgesproken diepte was gebouwd. Dat Forsyth financieel voordeel uit verkoop kan halen is, analoog aan de regel geformuleerd in het arrest *Sparrow/ Van Beukering*, mijns inziens niet van invloed op de wederzijdse verplichtingen tussen Ruxley en Forsyth. Ten tweede is niet op voorhand helder op basis van welke gegevens de te betalen prijs moet worden gecorrigeerd. Een relatief geringe prijsreductie ligt voor de hand, omdat de wanprestatie geen duidelijke vermogensrechtelijke gevolgen voor de crediteur heeft gehad. Dan wordt echter over het hoofd gezien dat de debiteur in dat geval kan anticiperen op een contractbreuk en de crediteur kan dwingen genoeg te nemen met een gedeeltelijke ontbinding. In de analyse tracht ik een oplossing voor dit probleem te geven.

“Proportionele” nakoming

Een mogelijk verweer van Ruxley is dat Forsyth maar genoeg moet nemen met het bijna perfecte zwembad en dat een beroep op volledige nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Tegelijkertijd kan Forsyth onder verwijzing naar de wanprestatie zelf ook “proportioneel” nakomen en derhalve de aanneemsom niet volledig betalen. De basis voor deze mogelijkheid kan worden gevonden in het arrest *Royal and Sun Alliance/ Universal Pictures*.²⁶ In dit arrest claimde een verzekeringsmaatschappij dat zij niet hoefde uit te keren, omdat niet aan de (directe) meldingsplicht van het schadeveroorzakende voorval was voldaan. De Hoge Raad sanctioneerde echter de redenering van het Hof die het betoog van de verzekerde volgde dat een beroep op een vervalbeding met een dergelijk vergaande strekking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het Hof oordeelde dat een beroep op het vervalbeding voor 90% onaanvaardbaar was. Dat wil zeggen dat de verzekeringsmaatschappij toch moest uitkeren, maar een korting van 10% op het uit te keren bedrag mocht toepassen.

De vraag is in de eerste plaats of in dit (verzekeringsrechtelijke) arrest een noviteit wordt geïntroduceerd die ook voor het algemene verbintenissenrecht geldt.²⁷ In ieder geval heeft toepassing van deze redenering op de onderhavige feiten, zo dat al mogelijk is, naar mijn mening te veel angels. Het zou betekenen dat de crediteur genoeg moet nemen met het iets ondiepere zwembad, omdat naar eisen van redelijkheid en billijkheid de crediteur niet meer kan eisen dan een proportionele nakoming van de prestatie.

²⁵ J. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7-I. Koop en Ruil.*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 529.

²⁶ HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Royal & Sun Alliance/ Universal Pictures).

²⁷ T. Hartlief, “Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering”, *AAe* 2007-12.

Een eerste bezwaar tegen deze redenering is dat in een geval van elke prestatie die niet bestaat uit de betaling van een geldsom en zeker waar het gaat om een “doen” het maar sterk de vraag is of je van proportionele nakoming kunt spreken. Het uitgangspunt is immers dat half werk geen werk is, want daarvoor is niet gecontracteerd. Het tweede bezwaar is dat de rechter wat betreft de prestatie van Ruxley geen enkele mogelijkheid heeft zelf te variëren in de “proportie” van de nakoming. Waar de rechter in het arrest *Royal & Sun Alliance/ Universal Pictures* zelf een percentage kon vaststellen, waarmee de prestatie kon worden verminderd, is dat in de onderhavige casus niet het geval. De rechter heeft maar één optie: de bouw van het zwembad zoals het er ligt als proportionele nakoming van de prestatie aanmerken. De rechter heeft wel meer speelruimte om de proportie van de prestatie van Forsyth te bepalen, maar een bezwaar – naast het waarderingsprobleem – blijft mijns inziens dat op deze wijze dat een gebrek in de primaire prestatie van Ruxley niet als “wanprestatie” wordt beschouwd, maar als proportioneel juist wordt erkend. Het resultaat via de route van de gedeeltelijke ontbinding kan vergelijkbaar zijn, maar die route is mijns inziens zuiverder.

Analyse: “veil of ignorance” als (deel)oplossing²⁸

Terecht kan de vraag worden opgeworpen of deze casus niet een unicum is, een lastige uitzondering die de regel dat een crediteur recht op nakoming heeft bevestigt. Deze vraag maakt in elk geval de opmerking noodzakelijk dat veel af zal hangen van de precieze bewoordingen van het contract. Een “turn-key delivery” of een garantie op de nakoming in het contract geven de crediteur een vaste voet aan de grond bij het handhaven van zijn aanspraken. Als nakoming of vervangende schadevergoeding, rekening houdend met de contractuele context, geen reële optie is vanwege de hoge kosten in verhouding tot het belang van het streven naar volledige (financiële) compensatie, is het niettemin nodig deze vergoeding handen en voeten te geven.

Een opmerking die daarbij aansluit betreft het feit dat het objectieve waardeverschil tussen het ondiepere en het contractueel overeengekomen zwembad nihil is. De vraag is of dat wel mogelijk is. Ten minste is het waarschijnlijk dat Ruxley minder materialen gebruikt heeft. Ook is het maar de vraag of het werkelijk zo is dat een zwembad dat groter (althans dieper) is niet meer waard zou zijn dan een ondieper zwembad. Deze punten zijn niet meegenomen in de afweging door de Engelse rechter(s), maar zouden eerste aanknopingspunten kunnen vormen voor een prijsreductie.²⁹ Het is minder gemakkelijk dit punt “for the sake of argument” uit te schakelen dan het lijkt. Immers, als het zwembad bijvoorbeeld dieper zou zijn gebouwd dan contractueel was overeengekomen, doet zich hoogstwaarschijnlijk het probleem niet voor dat nakoming herbouw van het hele zwembad betekent. Dan komt deze remedie toch weer in beeld.

Los van deze kanttekeningen gaat het om de vraag die in de inleiding werd gesteld: dient een “zuivere” wanprestatie zonder duidelijke financiële consequenties voor de debiteur gesanctioneerd te worden en zo ja, hoe? Die vraag is wel degelijk relevant, zowel in de context van het bouwcontract, als ook in het kader van andere

²⁸ Term afkomstig uit J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass): Belknap Press of Harvard University Press 1971.

²⁹ Hoewel Staughton LJ wel blijkt geeft van zijn verbazing over deze vaststelling van de trial judge, legt hij zich wel bij zijn conclusies neer.

(semi)contractuele verhoudingen, bijvoorbeeld wanneer de arts ten onrechte geen of niet voldoende informatie heeft verstrekt aan de patiënt over een bepaalde behandeling. Het is achteraf niet of zeer lastig vast te stellen of de patiënt op basis van die informatie een andere beslissing had genomen en of er überhaupt dientengevolge schade is ontstaan. Los van de bewijsrechtelijke problematiek moet de arts zich niet vrij voelen lichtzinnig om te gaan met informatieplichten.³⁰ Dat betekent dat een rechtvaardiging voor een sanctie bestaat *ongeacht* de vraag of de patiënt schade door de schending van de informatieplicht heeft geleden.

In deze casus moeten twee zaken van elkaar worden onderscheiden. Ten eerste geeft de uitspraak van de House of Lords – en de uitspraak van de trial judge – geen inzicht in de grondslag voor de toegekende vergoeding. De lezer weet slechts dat het gaat om vergoeding van “schade” voor “loss of amenity” vanwege een iets ondieper zwembad. Het tweede punt ligt in het verlengde: hoe is de rechter tot het bedrag van £ 2500 gekomen? Op dezelfde wijze kan de oplossing in het Nederlands recht – de gedeeltelijke ontbinding c.q. prijsreductie – worden geanalyseerd. Op welke basis wordt de prijs gereduceerd en wat is de omvang van de reductie?

Een vergoeding van het waardeverschil levert (nagenoeg) niets op. Het uitgangspunt blijft wel de toerekenbare tekortkoming van de debiteur. Dat betekent dat de subjectieve teleurgestelde verwachting van de crediteur moet worden gerepareerd. In deze zaak vormt dat een probleem. Hoe groot die teleurstelling is, kan niet van buitenaf worden vastgesteld. De onderhavige zaak kent in die zin nog de complicatie dat de wens van de crediteur naar alle waarschijnlijkheid gekleurd wordt door de ex post situatie. Forsyth wil namelijk helemaal geen nieuw zwembad, maar geld. Forsyth heeft er alle belang bij er een zo hoog mogelijk bedrag uit te slepen. Als de enige maatstaf zijn subjectieve beleving zou moeten zijn, dan kan de rechter ook niet veel anders dan een willekeurig bedrag vaststellen.

Een mogelijkheid om enige objectiviteit aan te brengen is de hypothetische situatie te creëren dat over de sanctionering van de diepteclausule zou zijn onderhandeld. De vraag is dan welk bedrag Forsyth ex ante in het contract uitonderhandeld zou hebben.³¹ Het voordeel van deze gedachte-exercitie is dat geabstraheerd kan worden van de wanprestatie zelf. Ten aanzien van deze gebeurtenis wordt een “veil of ignorance” gecreëerd die preoccupatie met het object van de wanprestatie elimineert. Hiermee wordt uiteraard nog niet het waarderingsprobleem opgelost. Deze methode brengt echter wel met zich mee dat met meer dan de compensatie van “loss of amenity” rekening kan worden gehouden. Forsyth zou op voorhand ook hebben ingecalculereerd dat Ruxley kon anticiperen op deze afspraak en bewust deze clausule kon schenden, als de afgesproken vergoeding marginaal zou zijn.³² De afgesproken schadevergoeding zou dus een prikkel moeten geven aan Ruxley om af te zien van wanprestatie.

³⁰ Zie bijvoorbeeld L.M. Kroes, “Bewijslastverdeling en informed consent”, *Praktisch Procederen* 2007-6, p. 160-167.

³¹ A. Ogus, “The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation” in D. Saidov, R. Cunnington (eds.), *Contract Damages, Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 134, 135.

³² Natuurlijk zou Forsyth hoogstwaarschijnlijk wél een recht op nakoming toekomen als daadwerkelijk blijkt dat Ruxley bewust wanprestatie heeft gepleegd. Dat is echter lastig te bewijzen en ook in het arrest gaat men daar niet van uit.

Conclusie

Terug naar de zaak Ruxley tot slot. De House of Lords heeft er in mijn optiek goed aan gedaan een middenweg te kiezen en niet de crediteur alles of niets te gunnen. In die zin hebben zij het dilemma in het Engelse recht – is er meer dan een keuze tussen vergoeding van herstelkosten en vergoeding op grond van de waardevermindering? – adequaat opgelost. Zij hadden echter de kritiek op de uitspraak kunnen voorkomen door – desnoods ten overvloede – veel preciezer aan te geven waarop de vergoeding van “loss of amenity” moet worden gebaseerd.

Zoals uit het voorgaande blijkt, is een gefundeerde proportionele oplossing goed denkbaar, zowel in het Engelse als in het Nederlandse recht, hoewel theoretisch op verschillende wijze ingebed: in het Engelse recht via de route van de schadevergoeding, in het Nederlandse recht via de gedeeltelijke ontbinding. Om precies te zijn gaat het eigenlijk om een “proportioneel plus” oplossing, gezien vanuit het standpunt van de crediteur. Het risico van overcompensatie van de crediteur weegt mijns inziens op tegen het risico van lichtzinnigheid bij de nakoming van contractuele verplichtingen van de debiteur. De “plus” slaat overigens niet alleen op de meer dan evenredige vergoeding die de crediteur zou moeten ontvangen. De mate van evenredigheid zelf kan bovendien met een (hypothetische) maatstaf – de “veil of ignorance” – worden gefundeerd. Het glas is uiteindelijk voor beide partijen in mijn optiek halfvol; de crediteur krijgt weliswaar niet waar hij recht op heeft, maar wel (substantieel) meer dan een marginale korting op de prijs. De debiteur hoeft, ondanks de wanprestatie, niet geheel na te komen, maar kan volstaan met een behoorlijke vergoeding. De discussie over proportionaliteit in het contractenrecht is dezer dagen in zwang. In deze bijdrage heb ik beoogd daaraan ook een rechtsvergelijkende dimensie toe te voegen.