

In de boot genomen: genotsderving komt niet vanzelfsprekend in aanmerking voor vergoeding als vermogensschade

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

De koper draagt het risico van kleine gebreken in de aan hem geleverde zaken, indien de zaak adequaat is hersteld en de schade voorts uitsluitend bestaat uit gemist onstoffelijk voordeel ten gevolge van het tijdelijk niet beschikbaar zijn van de conforme zaak. Daarmee vult de Hoge Raad de regel uit het arrest *Burger/Brouwer Motors* verder in.

Inleiding en feiten

Een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een koopovereenkomst biedt de koper de mogelijkheid voor gepaste (re)actie: nakoming, ontbinding en/of schadevergoeding staan hem onder bepaalde voorwaarden ter beschikking. Kiest de koper voor nakoming – dat betekent afhankelijk van de aard van de tekortkoming in de regel levering, herstel of vervanging – dan wordt de prestatie alsnog adequaat verricht en beschikt hij alsnog over een conforme zaak. Het is evenwel denkbaar dat hij toch schade heeft geleden. Immers, de koper heeft tussen het moment van levering en dat van adequate reparatie slechts de beschikking gehad over een non-conforme zaak. De vraag in dit arrest is of de koper ook in die periode gemist onstoffelijk voordeel dat hij via het contract beoogde te verwerven, vergoed kan krijgen. Als de koper (fors) betaalt om plezier te maken zoals hem dat voor ogen staat en dat plezier wordt hem door een toerekenbare tekortkoming van de debiteur onthouden, staat hij dan met lege handen? Uit dit arrest lijkt voort te vloeien dat de Hoge Raad – in navolging van het hof – ervoor wil waken, dat elk klein gebrek in een gekochte zaak leidt tot schadeclaims over gemist onstoffelijk voordeel. De Hoge Raad vult daarmee de regel uit het arrest *Burger/Brouwer Motors* verder in.¹ De geïntroduceerde “drempel” voor vergoeding van deze vorm van schade ligt tamelijk hoog, zo blijkt uit het arrest.

In 2001 koopt Pollen, woonachtig in Duitsland, van Linssen Yachts B.V. te Maasbracht (hierna: Linssen) een nieuw motorjacht van het type Linssen DS 45 Variotop Cruiser (hierna: het jacht) voor een bedrag van ruim 1.500.000 DM. Pollen betaalt in verband met de inruil van zijn oude jacht uiteindelijk een bedrag van ruim 1 miljoen DM. Op 11 juli krijgt Pollen het jacht geleverd. Direct na de levering doet zich rookvorming voor tijdens een vaartocht richting Helgoland. De oorzaak is een loszittende slang. Deze wordt door een monteur van Linssen ter plaatse gerepareerd. In augustus ontstaat lekkage aan de carterpakkingen. Afsproken wordt dat dit probleem tijdens de winterberging verholpen zal worden. Pollen heeft vervolgens, bij het afleveren van het jacht voor de winterstalling een lijst met gebreken overhandigd. Linssen heeft die winter voor eigen rekening voor € 12.000 reparaties verricht, terwijl ook de bergingskosten ter hoogte van € 2.000 niet in rekening zijn gebracht. In april 2002 haalt Pollen het jacht weer op om het naar zijn woonplaats Recklinghausen te brengen. Begin juni laat Pollen via zijn raadsman weten dat de motor opnieuw olie verliest. Pollen wenst dan de overeenkomst te ontbinden. Na 5 dagen inspecteert een onderhoudsmedewerker van Linssen het schip. Linssen laat daarop weten er vanuit te gaan dat de ontbinding van tafel is. Deze onenigheid leidt uiteindelijk tot een gesprek, waarbij afgesproken wordt dat de leverancier van de motoren (Volvo Penta) reparaties zal verrichten. Deze reparaties vinden plaats op 11 juli 2002. Pollen schakelt ook een eigen deskundige in, die concludeert dat de gebreken niet anders kunnen worden opgelost dan door de motoren uit het jacht te halen.

¹ HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55 m.nt. JH (Burger/Brouwer Motors B.V.).

Linssen betwist die bevindingen. In september wordt het jacht weer naar de werf gebracht voor winterberging en weer worden er enkele olie lekkages gerepareerd. Begin 2003 spreken Pollen en Linssen af dat Linssen het jacht zal proberen te verkopen. Dat lukt niet. Vervolgens wordt eind oktober 2003 een voorlopig deskundigenbericht gelast op verzoek van Pollen. Daaruit vloeit voort – het onderzoek is op 25 mei 2004 verricht - dat het jacht volkomen in orde is.

Het oordeel van de rechtbank Roermond en het hof 's-Hertogenbosch

Pollen brengt op 5 december 2003 een dagvaarding uit en vordert schadevergoeding wegens genotsderving. Volgens hem was het schip pas conform verwachting op 2 november 2002, zo'n 16 maanden na de levering. Dat wordt, voor zover uit het arrest blijkt, niet betwist. Pollen heeft in de tussentijdse periode het jacht niet kunnen gebruiken op de wijze die hij mocht verwachten, hetgeen vooral werd veroorzaakt door de olie lekkage bij de motoren. De schade waarvan Pollen vergoeding vordert is vermogensschade en geen vergoeding voor immateriële schade. Daartoe voert hij aan dat hij het schip wegens reparatie gedurende een aantal dagen niet heeft kunnen gebruiken en dat hij ten gevolge van de gebreken die het jacht had met minder hoge snelheid heeft kunnen varen en minder grote tochten heeft kunnen maken. De schadeposten bestaan volgens Pollen uit de waardevermindering van het schip in de genoemde periode van 16 maanden, de wettelijke rente daarover en gemaakte kosten, zoals verzekeringspremies, ligkosten en de kosten van de eigen deskundige. In totaal vordert Pollen (afhankelijk van de gehanteerde prijs van het jacht in 2001) ruim € 350.000 respectievelijk bijna € 200.000. Linssen vordert in reconventie voor een bedrag van ruim € 5.000 betaling van achterstallige facturen. De rechtbank wijst de vorderingen van Pollen af en de vordering van Linssen (gedeeltelijk) toe. De vordering in reconventie speelt verder geen rol van betekenis.

Pollen gaat in hoger beroep. Ten aanzien van de stelling dat Pollen het jacht een aantal dagen niet heeft kunnen gebruiken vanwege reparatie, oordeelt het hof dat dat geenszins ongebruikelijk is en dat dergelijke ongemakken behoren tot de aan het bezit van een jacht klevende risico's, die de bezitter voor lief moet nemen. Bovendien hebben de meeste reparaties tijdens de winterberging plaatsgevonden, zodat Pollen daaraan geen vermindering van gebruiksgenot kan ontlenen. Ook heeft Pollen niet gesteld dat hij tijdens de reparaties kosten heeft moeten maken, zoals het huren van een vervangend jacht. Ten aanzien van de stelling dat het onmogelijk was op de gewenste snelheid en de gewenste afstand te kunnen varen is volgens het hof niet in te zien hoe dat tot vermogensschade heeft geleid. Dat geldt ook voor de kosten aan liggeld en verzekering. Pollen heeft ook hier niets gesteld ten aanzien van gemaakte kosten (wederom huur van een vervangend jacht), maar slechts gesteld dat het verminderde gebruik tot waardevermindering van het jacht leidt zonder dat het causaal verband duidelijk wordt gemaakt. Volgens het hof vermindert het jacht al in waarde door enkel tijdsverloop en blijkt uit de door Pollen aangedragen omstandigheden niet dat het jacht méér in waarde is verminderd. In hoger beroep bekrachtigt het Hof het oordeel van de rechtbank in conventie.

Intermezzo

Het valt op dat het hof de stellingen van Pollen bepaald niet welwillend behandelt. Het staat immers wel vast dat Pollen steeds problemen heeft gekend met het jacht tot aan de tweede winterstalling. Het ging weliswaar niet om zodanige problemen dat er helemaal niet gevaren kon worden, maar wel om herhaaldelijke en hinderlijke onvolkomenheden. Twee zaken

springen daarbij extra in het oog. Ten eerste oordeelt het hof dat de koper van een jacht kleine gebreken maar voor lief heeft te nemen. Dat is in de eerste plaats opmerkelijk, omdat het Hof de gebreken kennelijk als ‘klein’ kenschetst. In de tweede plaats kan men zich afvragen of het in zijn algemeenheid juist is, en waar ‘klein’ ophoudt ‘klein’ te zijn. Het jacht was nieuw en kostte anderhalf miljoen DM. Mij dunkt dat de koper dan wel mocht verwachten dat hij er direct ongestoord mee kon varen. Het schip was echter – achteraf bezien – pas zonder gebreken gedurende de tweede winterstalling. Als Pollen van tevoren had geweten dat hij gedurende een aanzienlijke periode last zou kunnen hebben van olie lekkage, was dat ongetwijfeld van invloed geweest op de koopprijs.

Het is in dit verband van belang ook de visie van de A-G op dit punt te noemen, aangezien hij erop wijst dat genotsderving als zodanig onder omstandigheden als vermogensschade wél vergoedbaar is. Volgens de A-G heeft het er dan ook te zeer de schijn van dat het hof geen juiste opvatting huldigt over in hoeverre genotsderving op de voet van vermogenswaarde voor vergoeding in aanmerking komt. Hij is echter van oordeel dat de klacht te dien aanzien weliswaar gegrond is, maar belang mist, omdat Pollen de afwijzing van de concrete schadeposten door het hof niet met vrucht bestrijdt.²

Het tweede opvallende punt betreft het oordeel van het hof over de waardevermindering. Het hof geeft ten eerste aan dat er een *condicio sine qua non* verband zou moeten bestaan tussen het verminderde gebruik en de waardevermindering van het jacht en ten tweede dat te dien aanzien door Pollen niets is gesteld. Het is de vraag of het hof hier juist redeneert. De waardevermindering door zuiver tijdsverloop wordt juist gecompenseerd door het genot dat Pollen zou moeten ondervinden van het jacht. Hoe nieuwer het jacht, hoe sneller het jacht in waarde daalt. In het algemeen ontleent een koper van een dergelijk jacht juist ook net na de koop het meeste plezier aan het gekochte object. Daarom is het nog zo vreemd niet om de financiële vertaling van de genotsderving aan de waardevermindering te koppelen. Het gaat mijns inziens dan niet om “extra” waardevermindering, het gaat erom dat het jacht minder waard is geworden door tijdsverloop, terwijl Pollen op dat moment niet ten volle het genot had van het jacht.

Oordeel Hoge Raad

Het cassatiemiddel leunt stevig op de stelling dat het hof geen aandacht heeft geschonken aan het arrest *Burger/Brouwer Motors*. In die zaak huurde Burger van Brouwer een rallymotor om de race Parijs-Dakar 1999 te rijden, die bestond uit 16 etappes en een proloog. De motor liep al in de derde etappe vast, zodat Burger gedwongen was de race te staken. Burger vorderde wegens wanprestatie schadevergoeding in de vorm van gemaakte kosten (inschrijfgeld, vluchten, visa, overnachtingen et cetera). Het Hof wees maar een klein gedeelte toe met de motivering dat de meeste schadeposten toch zouden hebben bestaan, als Burger de race had uitgereden, zodat zij niet door de tekortkoming waren veroorzaakt. Zo niet de Hoge Raad, die oordeelde:

“dat wanneer iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardebaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, bij 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

² Concl. A-G Wuisman, r.o. 2.2-2.5, 3.8 en 3.17.

missen, en dat 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, die ander deze schade in haar geheel zal moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.”³

De Hoge Raad gaat uitgebreid in op de toepassing van deze regel in het onderhavige geval. De Hoge Raad stelt vast dat Pollen het jacht voor privégebruik heeft gekocht en derhalve een niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel heeft willen bemachtigen (namelijk zonder reparaties snel en ver varen), dat hij (gedeeltelijk) heeft misgelopen. De Hoge Raad oordeelt voorts dat dat nog niet meebrengt dat Pollen de volledige waardevermindering als vermogensschade kan claimen (inclusief rentederving), al was het maar omdat niet kan worden gezegd dat Pollen geheel geen voordeel heeft gehad van zijn jacht.

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de kans bestaat dat een gekochte zaak niet dadelijk in alle opzichten onberispelijk zal functioneren, zodat deze pas na herstel door de verkoper (art. 7:21 BW) ten volle aan de overeenkomst zal beantwoorden. In die tussenliggende periode heeft de koper niet zonder meer recht op schadevergoeding wegens gemist onstoffelijk voordeel. Van belang is de duur van het missen van de gekochte zaak, wanneer deze gerepareerd wordt. Die kan zo gering zijn, dat het gemiste voordeel niet groot genoeg is om gecompenseerd te worden. De Hoge Raad vervolgt:

“Hetzelfde geldt voor schade wegens verminderd genot als gevolg van de omstandigheid dat de zaak voorafgaand aan de reparatie niet volledig functioneerde. Ook dat functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving kunnen zo gering zijn dat voor vergoeding van schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is. Hierbij verdient opmerking dat ook een gering gemis van door de koper verwacht genot van een voor privégebruik aangeschafte zaak bij de koper veel ergernis kan teweegbrengen. Die ergernis is echter geen vermogensschade.”⁴

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de bespreking van het oordeel van het hof en de cassatiemiddelen. De Hoge Raad geeft in eigen woorden het oordeel van het hof weer dat het gemiste onstoffelijke voordeel te gering was om gecompenseerd te worden. Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende begrijpelijk gemotiveerd.

De Hoge Raad bespreekt vervolgens de klacht van Pollen tegen het oordeel van het hof ten aanzien van de begroting van de schade op de waardevermindering. Ook spreekt de Hoge Raad zich uit over de vraag of de rechter niet zelf een bedrag had moeten vaststellen. Beide klachten falen, zo oordeelt de Hoge Raad, omdat Pollen geen belang heeft bij de klachten, aangezien de veronderstelde verkeerde uitleg niet dragend is voor het oordeel van het hof dat het door Pollen gestelde gemis van onstoffelijk voordeel van te geringe omvang is om voor vergoeding in aanmerking te komen. De Hoge Raad spreekt zich dus niet uit voor of tegen de poging van Pollen het gemiste onstoffelijk voordeel via de waardevermindering uit te drukken.

Ten slotte casseert de Hoge Raad toch, maar op een betrekkelijk ondergeschikt punt. Het hof heeft onjuist geoordeeld door de kosten van de deskundige Petermann (het gaat om minder dan € 500) in verband te brengen met het verminderde gebruik van het jacht. Zoals het cassatiemiddel terecht vermeldt, zo oordeelt de Hoge Raad, vorderde Pollen op dit punt

³ HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55 m.nt. JH (Burger/Brouwer Motors B.V.), r.o. 3.3.1. Deze overweging wordt herhaald in r.o. 3.5.

⁴ R.o. 3.7.

vergoeding van schade die bestaat uit kosten die hij heeft gemaakt in verband met de gebreken van het jacht. Het hof heeft aldus deze schadepost op de verkeerde gronden afgewezen.

Een nieuwe drempel?

Dit is een opmerkelijke uitspraak, in meerdere opzichten.

Degene die een non-conforme zaak koopt, heeft in beginsel recht op herstel of vervanging (art. 7:21 BW). Daarnaast bestaat ook een recht op schadevergoeding (art. 7:24 jo 6:74 BW), tenzij herstel of vervanging de schade volledig wegneemt. Dat is echter zelden het geval. Herstel of vervanging zijn bedoeld om de teleurgestelde partij in de situatie te brengen die conform is aan de gerechtvaardigde verwachtingen die deze partij op grond van de overeenkomst mocht hebben ten aanzien van de afgeleverde zaak. Het gaat immers om een variant van het materiële recht op nakoming van de (koop)overeenkomst. Dat is echter illusoir, omdat degene die een beroep op herstel of vervanging doet in de periode tot aan het herstel of vervanging ten minste met een non-conforme zaak heeft gezeten.⁵ De geleden schade in die tussenliggende periode kan door herstel niet worden goedge maakt. Wil de crediteur vergoeding vorderen ten gevolge van de vertraging in de nakoming, dan zal de crediteur wel eerst in verzuim moeten zijn (art. 7:24 jo 6:74 jo 6:81 BW).⁶ De vraag is dan hoe de schade in die tussenliggende periode moet worden vastgesteld. Het eerste onderscheid dat dient te worden gemaakt – voor zover mogelijk – is dat tussen vermogensschade en immateriële schade. Immers, een zaak die niet functioneert zoals het zou moeten, levert niet zelden ergernis op. Deze ergernis is geen vermogensschade⁷ en komt als immateriële schade in het algemeen niet voor vergoeding in aanmerking.⁸ Eventueel vergoedbare schade zou dus vermogensschade moeten zijn. Onder deze vermogensschade kunnen, zoals in het arrest *Burger/Brouwer Motors* is geoordeeld, uitgaven worden geschaard die gedaan zijn om een niet op geld waardebaar onstoffelijk voordeel te bereiken dat door toerekenbaar tekortschieten niet wordt verworven, waardoor de uitgaven hun doel missen. Dat klinkt mogelijk ingewikkelder dan het is. Pollen heeft een uitgave gedaan om de eigendom te verwerven van een plezierjacht, bedoeld om hem genot te verschaffen. Hij heeft ruim een miljoen DM (exclusief de inruil van zijn eigen jacht) uitgegeven om daarmee een nieuw schip te kopen, waar hij ongestoord ver en hard mee kon varen. In plaats daarvan kreeg hij een schip dat gedurende twee vaarseizoenen vrijwel constant onderhevig was aan olie lekkage (ongestoord varen ging dus niet) en hij kon geen verre tochten maken en ook niet met de verwachte snelheid varen. Mij dunkt dat in die koopprijs verdisconteerd zijn de eigenschappen die Pollen hoog waardeerde. Aannemelijk lijkt me dat, als Pollen van te voren had geweten dat het schip pas vrij zou zijn van lekkage na de tweede winterstalling na de levering, hij minder zou hebben betaald of – waarschijnlijker – een ander schip zou hebben gekocht. Het schip is vanaf de winter 2002/2003 vrij van gebreken, zo stelt Pollen, hetgeen niet wordt betwist, maar in de periode tussen 11 juli 2001 (het moment van levering) en die winter heeft Pollen niet van het schip kunnen genieten op de wijze die hem voor ogen stond en die hij op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten. Het hof oordeelt dat in een

⁵ S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding algemeen, deel 1* (Mon. BW B34), Deventer: Kluwer 2008, nr. 7.

⁶ Een voorvraag is nog of het verzuimvereiste van toepassing is, omdat dit consequenties heeft voor de vraag vanaf welk moment de vergoedingsplicht gaat lopen. Aangezien deze kwestie in het arrest niet aan de orde komt, laat ik hem verder rusten.

⁷ R.o. 3.7.

⁸ Zie art. 6:106 lid 1 BW. Alleen in het – onwaarschijnlijke – geval van oogmerk op het toebrengen van de ergernis zal een dergelijk recht bestaan.

dergelijk geval van vergoeding van vermogensschade in de zin zoals door Pollen gesteld geen plaats is. De Hoge Raad volgt het Hof in zijn oordeel.

Het lijkt erop, zoals de A-G terecht constateert, dat aldus aan het beginsel dat vermogensschade in beginsel geheel dient te worden vergoed, afbreuk wordt gedaan.⁹ Genotsvermindering is kennelijk pas als vermogensschade vergoedbaar indien een bepaalde drempel is overschreden. De Hoge Raad volgt die wijze van redeneren. Waarschijnlijk wil de Hoge Raad voorkomen dat de poort opengezet wordt voor het claimen van bagatelschades (de A-G geeft dat ook aan als reden om een drempel in te voeren) en vult derhalve de regel (en met name de uitzondering) uit het arrest *Burger/Brouwer Motors* verder in.

Deze zaak is wel van een ander type dan de *Burger/Brouwer Motors* casus. In die zaak was het toekomstige onstoffelijk voordeel wel de reden voor de huur van de motor (het deelnemen aan de rally), maar vormde het geen onderdeel van het contract. Burger kocht in die zaak geen onstoffelijk voordeel. Hij deed uitgaven om dat voordeel te verwezenlijken (huur hotel, vliegreis etc.). Een van die uitgaven betrof ook de huur van de motor. Er kan een rechtstreeks verband gelegd worden tussen de gemaakte kosten en het beoogde, maar gemiste voordeel en tussen het gemiste voordeel en het gebrek.

Dat is anders in deze zaak. Het gaat in casu om een koopovereenkomst. De koper verwerft in de eerste plaats een object in eigendom, dat een economische waarde vertegenwoordigt. De koper koopt dus niet zuiver (toekomstig) “plezier”. Dat maakt bij gebleken non-conformiteit die niet van dien aard is dat de koper het object niet meer kan gebruiken, het erg lastig te schatten welke component van de verminderde waarde als onstoffelijk voordeel (plezier) kan worden gezien. Additionele kosten ten gevolge van de gebreken om dat plezier te bereiken heeft Pollen niet gemaakt. De reparaties zijn verricht op kosten van Linssen. Linssen heeft zelfs de winterstalling betaald. Dit onverplichte “gebaar van goede wil” geeft aan dat Linssen zelf inziet dat hij toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Bovendien leeft bij Linssen blijkbaar het idee dat Pollen aanspraak heeft op meer dan alleen herstel. Daar wordt geen opmerking over gemaakt, noch door partijen, noch door de rechterlijke instanties. Voorts voert Pollen een aantal kostenposten op, die niet overtuigen. Verzekeringspremies en liggelden als geheel tevergeefs gemaakte kosten opvoeren is weinig zinvol, aangezien die kosten ook met een volledig conform jacht zouden zijn gemaakt. Wel had Pollen wellicht nog kunnen stellen dat deze kosten voor een gedeelte tevergeefs zijn gemaakt, aangezien hij in die periode niet het volledige genot van het jacht had. De kosten van de deskundige zijn wel gemaakt in verband met de gebreken aan het jacht (zonder dat die verband houden met het verminderde gebruiksgenot) en de onjuiste categorisering van het hof van deze kostenpost is de enige reden voor de cassatie. Het is dan – redenerend vanuit het perspectief dat het moet gaan om vermogensschade – niet gemakkelijk voor Pollen om een substantiële, concrete schadepost op te voeren die recht doet aan het feit dat hij 16 maanden heeft moeten wachten op een schip dat voldeed aan zijn gerechtvaardigde verwachtingen. Een belangrijke vraag is dan of de genotsvermindering financieel hard kan worden gemaakt door de waardevermindering van het schip over de periode van 16 maanden in zijn geheel te claimen. Dat uitgangspunt is origineel gekozen en, zoals hierboven aangegeven, zeker te verdedigen. Het ware mijns wellicht verstandig geweest als Pollen had erkend dat het vorderen van de volledige waardevermindering wat veel van het goede was. Pollen heeft immers wel kunnen varen met het jacht en hij heeft daarbij dus niet het volledige genot gemist. Een expliciete vordering van een gedeeltelijke vergoeding gebaseerd op de afschrijving van het jacht was daarom mijns inziens ook een reële optie geweest. Pollen heeft

⁹ Concl. A-G, r.o. 2.6.

in zijn cassatieklachten naar voren gebracht dat de rechter op basis van art. 6:97 BW zélf een inschatting had moeten maken van de te betalen vergoeding indien hij concludeerde dat de gevorderde vergoeding te hoog was. De Hoge Raad oordeelde dat het hof daartoe niet gehouden was, omdat het Hof het gemiste voordeel hoe dan ook als te gering beoordeelde om voor enige vergoeding in aanmerking te komen, ongeacht de wijze van begroting van dat voordeel. Niettemin geeft de A-G aan dat als waardevermindering uit anderen hoofde en van een geringere omvang hier een rol zou spelen, niet valt in te zien waarom Pollen dat niet naar voren zou hebben kunnen brengen. Het meerdere omvat alleen mindere, zo gaat de A-G verder, als de grondslag voor het meerdere en het mindere gelijk is en het mindere geen aanleiding geeft voor andere of nadere verweren.¹⁰

Hypothetische huur vervangend jacht

Interessant is de vraag wat er gebeurd zou zijn indien Pollen een vergelijkbaar schip had gehuurd, dat geheel functioneerde. Hij had dan een schip gehuurd waarmee hij wél zo hard kon varen als hij wilde en waarmee hij verre tochten kon maken en bovendien geen tijd hoefde te spenderen aan wachten op monteurs. Bovendien zou het een forse kostenpost betreffen, waarvan het nog maar de vraag is of die kosten konden worden verhaald. Het oordeel van het hof en de Hoge Raad geven aanleiding om te veronderstellen dat in dit geval hoe dan ook het gemiste voordeel niet groot genoeg was om op wat voor wijze dan ook gecompenseerd te worden: niet via waardevermindering, maar ook niet via gemaakte kosten. Het hof geeft wel als feit aan dat de advocaten deze kostenpost niet in abstracto hebben opgevoerd (in de zin dat Pollen een vervangend jacht *had kunnen* huren), althans op deze wijze de waardering van het gemiste voordeel niet hebben ingestoken. Het is echter onduidelijk of het hof daarmee wil aangeven dat het hof die kostenposten afzonderlijk had bekeken of daarmee slechts wil aangeven dat de gebreken aan het schip zo gering waren dat vervanging niet redelijk zou zijn geweest. Niettemin laat deze wijze van formuleren de mogelijkheid open dat dat op zijn minst het proberen waard was geweest. De Hoge Raad komt op dit specifieke punt niet terug.

Gedeeltelijke ontbinding ofwel prijsreductie

Door Pollen is deze zaak ingestoken via de weg van de schadevergoeding. Die keuze is begrijpelijk en zeer goed te verdedigen. Dat het niet heeft gebaat heeft ligt toch vooral aan de onwelwillende houding van hof en Hoge Raad. Toch benieuwt het mij wat er gebeurd was indien (bijvoorbeeld) subsidiair de weg van de gedeeltelijke ontbinding was bewandeld (art. 6:265 jo 6:270 BW). In deze kwestie zou dat neergekomen zijn op prijsreductie (art. 7:22 lid 1 sub b BW). Twee zaken springen in het oog. Ten eerste zou de koper wellicht hebben kunnen profiteren van het feit dat de drempel om tot ontbinding over te kunnen gaan in principe laag is. Ook een kleine tekortkoming geeft het recht de overeenkomst zelfs geheel dan wel gedeeltelijk te ontbinden. Of de tekortkomingen van Linssen in dit geval groot genoeg zijn om de uitzondering te overleven laat ik in het midden, maar mij dunk dat meerdere reparaties zowel binnen als buiten het vaarseizoen voldoende aanleiding geven niet op voorhand uit te sluiten dat niet van een tekortkoming van te geringe betekenis kan worden gesproken. Een vraag die daarbij een rol speelt is de vraag of ontbinding wel samen kan gaan met reparatie. Nakoming en ontbinding zijn toch elkaar uitsluitende remedies, omdat zij een verschillend doel beogen. In beginsel is dat juist, maar in dit geval ligt het anders. Ten eerste nemen de reparaties het gebrek in de contractuele prestatie niet volledig weg (de reparaties brengen het

¹⁰ Concl. A-G, r.o. 3.10.

jacht wel in conforme staat, maar daarop had Pollen reeds op basis van het contract aanspraak vanaf het moment van levering). Er blijft dus een tekortkoming bestaan. Bovendien zou het gaan om *gedeeltelijke* ontbinding.¹¹ Een tweede punt is dat in dat geval de waarderingsmaatstaf volkomen anders zou zijn dan in het geval van het vorderen van schadevergoeding. Het gaat niet om onstoffelijk voordeel dat gemist is, maar om het feit dat Pollen niet de contractuele prestatie heeft ontvangen waarop hij recht had. De vraag is dan op welke wijze Pollen de prijsreductie zou moeten insteken. Hier volg ik Ogus die suggereert dat de rechter uit zou kunnen gaan van de hypothetische situatie dat partijen een schadevergoedingsbeding hadden opgenomen te dien aanzien met daarin verdisconteerd de mogelijkheid van herhaaldelijke olie lekkage.¹² Het uitgangspunt voor de te betalen vergoeding zou dan zijn het hypothetische bedrag, waarover zij vooraf overeenstemming zouden hebben bereikt. Gezien het tijdsverloop tussen ontstaan van het gebrek en het finale herstel, zou dat neer kunnen komen op een (klein) percentage van de koopprijs.

Consumentenkoop?

Een laatste punt dat opvalt is dat de koop niet wordt aangemerkt als een consumentenkoop, terwijl uit de feiten blijkt dat dit afgaande op de criteria uit art. 7:5 BW wél het geval is. Pollen is een particulier die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, die een schip heeft gekocht (een roerende zaak) van een professionele verkoper.¹³ In het arrest komt dit aspect niet aan bod en de A-G spreekt slechts over een aangekochte zaak in de particuliere sfeer voor genotdoeleinden.¹⁴ Het is de vraag of dat gegeven van invloed had kunnen zijn op de uitkomst van deze zaak. Het gaat hier om een consumentenkoop, dus de bepalingen van boek 7 zijn in dat geval van dwingendrechtelijke aard (art. 7:6 BW). In ieder geval komt de gedachte dat de consument beschermd dient te worden tegen aan de verkoper toe te rekenen gebreken wel sterker op de voorgrond te staan.

Conclusie

Dat de koper recht heeft op adequate nakoming van de overeenkomst – tijdige levering van een conform product – spreekt na deze uitspraak niet meer vanzelf. Het ongemak van geringe gebreken in de nakoming, waarvan niet direct duidelijk is wat daarvan de financieel nadelige consequenties zijn, moet de koper voor lief nemen. De Hoge Raad laat blijken dat kleine schades, die slechts tot genotsvermindering leiden, niet zomaar voor vergoeding in aanmerking komen. Dat is een om twee redenen aanvechtbaar oordeel. Ten eerste geeft de Hoge Raad niet duidelijk aan waarom dat zo zou moeten zijn. Ten tweede geeft de Hoge Raad niet aan waar een gebrek ophoudt “klein” te zijn. Uit deze zaak blijkt dat een koper gedurende ruim anderhalf vaarseizoen klachten kan hebben over zijn schip zonder dat dit tot compensatie leidt.

Een deel van het probleem zou kunnen worden opgelost door als koper de rechter zoveel mogelijk concrete handvatten te bieden voor een adequate reactie op de toerekenbare tekortkoming van de verkoper. De weg van de schadevergoeding via de *Burger/ Brouwer*

¹¹ Ook het zogenaamde “getrapte” stelsel, waar art. 7:22 BW onderdeel van uit maakt, staat in beginsel niet aan een vordering tot prijsverlaging in de weg. Zie ook 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. 498a.

¹² A. Ogus, “The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation” in D. Saidov, R. Cunningham (eds.), *Contract Damages, Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 134, 135.

¹³ Zelfs indien het zou gaan om een schip dat onder de registergoederen valt, blijft het een consumentenkoop. Zie Asser/Hijma 7-I, nr. 75.

¹⁴ Concl. A-G, r.o. 2.1.

Motors route is mooi gevonden. Binnen die route had Pollen echter wellicht meer het heft in eigen hand kunnen nemen en ook een onderbouwde *gedeeltelijke* schadevergoeding kunnen vorderen. Het hof (en de Hoge Raad) had dan wellicht meer aanleiding gezien om concreter te motiveren, waarom precies het gemiste onstoffelijk voordeel te gering van aard was om voor vergoeding in aanmerking te komen.

Daarnaast was de weg van de gedeeltelijke ontbinding wellicht een alternatieve route geweest. In het geval van de veronderstelde gedeeltelijke ontbinding zou het hof een indicatie hebben kunnen geven voor de grondslag en de omvang van de prijsreductie. Onmiddellijk daarbij wil ik niet nalaten te vermelden dat het hier om wijsheid achteraf gaat. De advocaten van Pollen verdienen lof voor het feit dat zij een met de regel uit *Burger/Brouwer Motors* in deze volstrekt andere zaak hun voordeel hebben willen doen.

De prangende vraag blijft hoe de Hoge Raad wenst om te gaan met debiteuren die in beperkte mate, maar onmiskenbaar tekortschieten?¹⁵ De weg die de Hoge Raad met dit arrest lijkt in te slaan is niet zonder valkuilen. Vanuit een oogpunt van transactiekosten is het wellicht een wijs besluit om bagatelschades niet te vergoeden. Als dat echter betekent dat de koper zijn rechten niet adequaat kan handhaven en de verkoper met kleine tekortkomingen kan weggkomen, dan is het de vraag of die prijs niet te hoog is.

¹⁵ Zie voor een, overigens kritisch ontvangen, oplossing in het Engelse recht het arrest *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1996] AC 344.