

University of Groningen

## Gemiste gebruiksmogelijkheden in het schadevergoedingsrecht

Verheul, E. F.

*Published in:*  
 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
 Verheul, E. F. (2022). Gemiste gebruiksmogelijkheden in het schadevergoedingsrecht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2022(1), 22-32. [NTBR 2022/3].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Gemiste gebruiksmogelijkheden in het schadevergoedingsrecht

NTBR 2022/3

**De mogelijkheid om gebruik te maken van een zaak vertegenwoordigt in veel gevallen een bepaalde economische waarde. In de rechtspraak en literatuur wordt om die reden dan ook aangenomen dat het verlies of een beperking van een gebruiksmogelijkheid als zodanig tot vermogensschade leidt. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat gederfd woongenot – onafhankelijk van een waardevermindering van de woning – leidt tot vermogensschade, die kan worden begroot op de verminderde huurwaarde. Een dergelijke benadering rekt het vermogensschadebegrip evenwel te zeer op. Zij kan bovendien leiden tot een dubbeltelling met andere schadeposten. In dit artikel wordt betoogd dat het verlies van een gebruiksmogelijkheid slechts in een beperkt aantal gevallen als vermogensschade kan worden gekwalificeerd.**

## 1. Inleiding

Wie behoefte heeft aan woongenot, zal daarvoor in de regel bepaalde uitgaven moeten doen, namelijk door een huis te huren of te kopen. Op vergelijkbare wijze zal degene die belang hecht aan de mogelijkheid om een auto als vervoermiddel te kunnen gebruiken, deze mogelijkheid gewoonlijk slechts tegen betaling kunnen verwerven. Voor de gebruiksmogelijkheid van een huis of auto moet doorgaans dus een vermogensoffer worden gebracht. Het lijkt tegen die achtergrond voor de hand te liggen om aan te nemen dat wanneer iemand deze gebruiksmogelijkheid mist door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, het verlies van die gebruiksmogelijkheid kwalificeert als vermogensschade. Deze gedachte heeft inderdaad ingang gevonden in het Nederlandse recht via twee – enigszins verwante – redeneringen. Een eerste benadering houdt in dat het moeten missen van een gebruiksmogelijkheid leidt tot vermogensschade, omdat de met het oog daarop gedane uitgaven hun doel hebben gemist. Volgens een tweede benadering mondt het verlies van een gebruiksmogelijkheid uit in vermogensschade, omdat een zodanige gebruiksmogelijkheid in het economisch verkeer tegen betaling wordt verkregen en dus een bepaalde waarde vertegenwoordigt, zodat de gemiste gebruiksmogelijkheid (abstract) kan worden begroot op de waarde die daaraan in het economisch verkeer wordt toegekend.

In dit artikel onderwerp ik deze beide benaderingen aan een nadere analyse en betoog ik dat deze benaderingen het

vermogensschadebegrip te ver oprekken. Naar mijn mening is het slechts in een zeer beperkt aantal gevallen gerechtvaardigd om het gemis van een gebruiksmogelijkheid als vermogensschade aan te merken. Ter onderbouwing van dit standpunt geef ik in paragraaf 2 eerst een kort overzicht van de problematiek. In paragraaf 3 ga ik nader in op de mogelijkheid om gemiste gebruiksmogelijkheden via het leerstuk van uitgaven die hun doel missen als vermogensschade aan te merken. Vervolgens komt de abstracte begroting van de gebruiksmogelijkheid in paragraaf 4 aan bod. In paragraaf 5 zet ik uiteen in welke gevallen een gemiste gebruiksmogelijkheid wél tot vermogensschade leidt. Ik concentreer mij in eerste instantie steeds op de positie van de eigenaar. In paragraaf 6 ga ik nader in op de positie van een huurder. Bij dit alles betrek ik het Duitse recht, omdat het leerstuk van uitgaven die hun doel missen via de Duitse doctrine ingang heeft gevonden in het Nederlandse recht en in de Duitse literatuur en rechtspraak veel meer aandacht bestaat voor de problematiek van de gemiste gebruiksmogelijkheden. In het verlengde hiervan komt ook het Oostenrijkse recht aan bod.

## 2. De problematiek van de gemiste gebruiksmogelijkheid

Indien een zaak wordt beschadigd, zal deze vaak moeten worden gerepareerd. Gedurende deze reparatieperiode mist de eigenaar van de zaak de mogelijkheid om haar te gebruiken. Te denken valt aan de eigenaar van een auto die deze als gevolg van een ongeval gedurende de reparatieperiode niet kan gebruiken. Indien de eigenaar gedurende deze periode een vervangende auto huurt, komen de daarvoor gemaakte kosten op grond van art. 6:96 lid 2 onder a BW in beginsel voor vergoeding in aanmerking, namelijk voor zover het redelijk is om een vervangende auto te huren.<sup>2</sup> Deze kosten worden dan als vermogensschade gekwalificeerd. De eigenaar kan er ook voor kiezen het ongemak simpelweg op de koop toe te nemen, bijvoorbeeld door zich gedurende de reparatieperiode per fiets te verplaatsen. Het is de vraag of de eigenaar in dat geval toch vermogensschade lijdt door het enkele verlies van de mogelijkheid om de auto te kunnen gebruiken. Op het eerste gezicht lijkt dat niet het geval: wanneer men de vermogenstoestand van de eigenaar voor en na het ongeval met elkaar vergelijkt, dan blijkt dat zijn vermogen niet is verminderd door het enkele missen van de gebruiksmogelijkheid.<sup>3</sup> In zoverre lijkt de gebruiksderiving door de eigenaar van de auto hoogstens te leiden

<sup>1</sup> Citeerwijze: E.F. Verheul, 'Gemiste gebruiksmogelijkheden in het schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2022/3, afl. 1. Mr. E.F. Verheul is als universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en als wetenschappelijk medewerker aan Wijn & Stael Advocaten.

<sup>2</sup> Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 28a en S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW B34), nr. 41a (hierna Lindenberg 2020a).

<sup>3</sup> Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1965, nr. 51. Vgl. ook J. Spier, *Sluipende schade*, Deventer: Kluwer 1990, p. 28 en J.M. Barendrecht & H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 112.

tot immaterieel nadeel, dat slechts onder de in art. 6:106 BW gestelde voorwaarden voor vergoeding in aanmerking komt.

Ook in andere gevallen kan het voorkomen dat de eigenaar van een zaak bepaalde ongemakken als gevolg van een schadeveroorzakende gebeurtenis (min of meer gedwongen) op de koop toe neemt. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan gevallen waarin iemand als gevolg van hinder wordt gestoord in zijn woongenot.<sup>4</sup> Men zou in zo'n geval kunnen spreken van het gedeeltelijk moeten missen van de gebruiksmogelijkheid, omdat de eigenaar een kwalitatief minderwaardig genot heeft van zijn woning. Het is denkbaar dat dergelijk kwalitatief minderwaardig genot gevolgen heeft voor de waarde van de woning, zodat de eigenaar van de woning vermogensschade lijdt in de vorm van een waardevermindering van de woning.<sup>5</sup> Als een zodanige waardevermindering echter niet aan de orde is of op zijn minst genomen onzeker is, bijvoorbeeld omdat de hinder (mogelijk) een tijdelijk karakter heeft, rijst eveneens de vraag of de eigenaar die in zijn woning blijft wonen vermogensschade lijdt in de vorm van het verminderde woongenot.

De hiervoor genoemde voorbeelden hebben gemeen dat de eigenaar het gebruik van zijn zaak geheel of gedeeltelijk moet missen als gevolg van een schadeveroorzakende gebeurtenis die betrekking heeft op het object dat hierdoor niet of minder goed kan worden gebruikt, namelijk de auto of de woning. Het is daarnaast ook denkbaar dat iemand een bepaalde gebruiksmogelijkheid moet missen door een schadeveroorzakende gebeurtenis die geen betrekking heeft op het gebruiksobject zelf, maar wel tot gevolg heeft dat dit gebruik niet kan plaatsvinden.<sup>6</sup> Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de voetganger die tijdens het oversteken wordt aangereden en vanwege een ziekenhuisverblijf van twee maanden geen gebruik kan maken van zijn auto, sport-schoolabonnement of museumjaarkaart.

In al deze drie gevallen wordt in de rechtspraak en literatuur aangenomen dat de benadeelde – al dan niet onder nadere voorwaarden – wel degelijk vermogensschade lijdt. In de lagere rechtspraak wordt daartoe soms teruggesproken op het leerstuk van uitgaven die hun doel missen, in de zin dat de schade wordt gerelateerd aan de uitgaven die met het oog op de gebruiksmogelijkheid zijn gedaan, waardoor zij het karakter van vermogensschade krijgt.<sup>7</sup> In de literatuur wordt de nadruk gelegd op het feit dat een gebruiksmogelijkheid als zodanig een waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigt, zodat de schade abstract dient te worden

begroot op die waarde.<sup>8</sup> Beide benaderingen rekken het begrip vermogensschade naar mijn mening echter te zeer op. Ik werk dat hierna achtereenvolgens uit voor beide redeneringen.

### 3. De kwalificatie als vermogensschade via uitgaven die hun doel missen

Een eerste mogelijkheid om een gemiste gebruiksmogelijkheid in de sfeer van de vermogensschade te brengen, is door haar als gemist onstoffelijk voordeel te herleiden tot de uitgaven die door de benadeelde zijn gedaan om de desbetreffende gebruiksmogelijkheid te verkrijgen. Dat kan door aan te knopen bij het leerstuk van uitgaven die hun doel missen. In de rechtspraak van de Hoge Raad is de mogelijkheid van schadevergoeding vanwege dergelijke vergeefs gedane uitgaven voor het eerst aanvaard in het arrest *Burger/Brouwer Motors*.<sup>9</sup> Het ging in dat geval om een deelnemer aan de Dakar Rally, die een gebrekkige motorfiets bleek te hebben gehuurd, waardoor hij zijn deelname aan de rally reeds na enkele dagen moest beëindigen. Van de verhuurder van de motor vorderde hij vergoeding van allerlei kosten die hij met het oog op de rally had gemaakt. Over de vergoedbaarheid van dergelijke uitgaven oordeelde de Hoge Raad als volgt:

'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.'<sup>10</sup>

De Hoge Raad formuleert daarmee een algemeen uitgangspunt voor schadevergoeding vanwege vergeefs gedane uitgaven.<sup>11</sup> In de lagere rechtspraak is op deze overweging dan ook teruggesproken in het kader van de problematiek van de gemiste gebruiksmogelijkheden. Zo oordeelde de

4 Zie Bloembergen 1965, nr. 56 en Lindenberg 2020a, nr. 43.

5 Zie R. Overeem, *Smartegeld*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 21 en A.J. Verheij, 'Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel missen', *AV&S* 2017/21, p. 112.

6 Dit onderscheid wordt met name gemaakt in Duitsland. Zie Staudinger/Schiemann 2017, § 251 BGB, Rn. 82 en MünchKomm-BGB/Oetker 2019, § 249 BGB, Rn. 60. Zie hierover ook M.Th. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Bju 2021, p. 165-167.

7 Zie de voorbeelden in voetnoot 12 en 13.

8 Zie Bloembergen 1965, nr. 62, L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlands Verbintissenrecht, Deel I, eerste gedeelte*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 192, M.Th. Beumers, 'Schadevergoeding voor gederfd woongenot', *NTBR* 2017/27, p. 190, Lindenberg 2020a, nr. 43 en D.A. van der Kooij, 'Wat is vermogensschade? Een overzicht van tien verschillende soorten nadeel', *RM Themis* 2021, p. 170. Zie evenwel ook A.R. Bloembergen, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige daad', in: Y.G. Blei Weismann e.a. (red.), *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 497.

9 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55, m.nt. Jac. Hijma.

10 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55, rov. 3.3.1.

11 Zie hierover uitgebreid S.D. Lindenberg, 'Schadenfreude over 'Freudenschaden'', in: C.G. Breedveld-de Voogd (red.), *Sluistertijd, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 137-150 (hierna: Lindenberg 2020b) en Beumers 2021, p. 134 e.v.

Rechtbank Noord-Nederland dat het gederfde woongenot van de eigenaren van een woning in het aardbevingsgebied in Groningen als vermogensschade kwalificeert, omdat zij uitgaven hebben gedaan voor hun woning in de vorm van het betalen van hypotheekrente en deze uitgaven hun doel gedeeltelijk hebben gemist, omdat de eigenaren in hun woongenot zijn gestoord.<sup>12</sup> In vergelijkbare zin oordeelde de Rechtbank Arnhem dat degene die een woning met zwembad had gekocht terwijl het zwembad zodanig gebrekkig bleek te zijn dat dit pas na bepaalde herstelwerkzaamheden kon worden gebruikt, aanspraak kon maken op vergoeding van de hypotheekrente die kon worden toegerekend aan de financiering van de aankoop van het zwembad, omdat deze uitgaven hun doel – het genot van een eigen zwembad – hadden gemist.<sup>13</sup>

De gedachte dat dergelijke uitgaven die hun doel missen een voor vergoeding vatbare schadepost kunnen opleveren, duikt – als ik het goed zie – in Nederland voor het eerst op in art. 6.1.9.1 van het Ontwerp-Meijers. Die bepaling, waaruit uiteindelijk art. 6:95 BW is voortgekomen, luidt destijds als volgt:

- ‘1. Voor zover de wet niet anders bepaalt, komt alleen vermogensschade voor vergoeding in aanmerking.  
2. Uitgaven, strekkende tot voorkoming of vermindering van ander nadeel dan vermogensschade, alsmede uitgaven welke door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, hun doel missen, moeten binnen de grenzen der redelijkheid worden vergoed.’

Als voorbeeld van dergelijke uitgaven noemt de Toelichting-Meijers het geval dat iemand kosten heeft gemaakt om zich een bepaald genot te verschaffen, bijvoorbeeld voor een concertbezoek, maar dit genot vervolgens moet missen door een fout van degene die het vervoer naar het concert op zich had genomen.<sup>14</sup> Het gaat daarbij om een klassiek voorbeeld van het hiervoor genoemde gevaltype waarin de gebruiksmogelijkheid niet zozeer verloren gaat doordat het gebruiksobject zelf wordt aangetast, maar doordat de benadeelde door een fout van een ander niet in staat is om de gebruiksmogelijkheid daadwerkelijk te benutten. Zoals blijkt uit de verhouding van lid 1 tot lid 2 van het beoogde artikel, beschouwde de Toelichting-Meijers het daardoor veroorzaakte nadeel als ander nadeel dan vermogensschade. Niettemin was het volgens de toelichting gerechtvaardigd dat de benadeelde de vergeefs gemaakte kosten binnen de grenzen van de redelijkheid vergoed zou krijgen. In een later stadium van het wetgevingsproces is deze regel uit lid 2 gesneuveld, omdat de wetgever dit type schade wel degelijk als vermogensschade beschouwde, waardoor geen behoefte bestond aan een bijzondere regel.<sup>15</sup> Vermogensschade komt op grond van de hoofdregel die thans is neergelegd in art. 6:95 BW immers steeds voor vergoeding in aanmerking.

Zoals uit de hierboven aangehaalde overweging uit *Burger/Brouwer Motors* blijkt, kwalificeert de Hoge Raad dergelijke schade eveneens als vermogensschade. Naar mijn mening is dat onjuist. Ik licht dat nader toe.

In de Toelichting-Meijers wordt ter onderbouwing van de vergoedbaarheid van uitgaven die hun doel missen verwezen naar Von Tuhr, die in Duitsland aan de wieg staat van de zogenoemde *Frustrationstheorie*.<sup>16</sup> Volgens deze theorie kwalificeren uitgaven die met een bepaald doel worden gedaan als vermogensschade, indien het doel met het oog waarop deze uitgaven zijn gedaan wordt gefrustreerd door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.<sup>17</sup> Daarmee gaat deze benadering in feite dus een stap verder dan de Toelichting-Meijers, omdat de gefrustreerde uitgaven ook volgens deze theorie als vermogensschade worden beschouwd. De *Frustrationstheorie* berust op de gedachte dat deze uitgaven in feite van kleur verschieten door de frustratie van het doel waarmee de uitgaven zijn gedaan.<sup>18</sup> Achteraf bezien zouden de uitgaven om die reden als schade zijn aan te merken. Toegepast op het voorbeeld van het gemiste concertbezoek uit de Toelichting-Meijers: voor een concertkaartje wordt een prijs betaald omdat in ruil daarvoor het concert kan worden bijgewoond. Indien de mogelijkheid om het concert bij te wonen vervolgens wordt gefrustreerd door een ander, zijn de uitgaven voor het concertbezoek vergeefs gemaakt, zodat zij als vermogensschade kwalificeren.

Problematisch aan deze benadering is echter dat er geen causaal verband bestaat tussen de gedane uitgaven en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis: ook als de fout niet zou hebben plaatsgevonden, zouden de kosten voor het concertbezoek immers zijn gemaakt.<sup>19</sup> Weliswaar zouden de uitgaven dan niet *vergeefs* zijn gemaakt,<sup>20</sup> maar het vergeefse karakter van de uitgaven slaat zich niet neer in het vermogen van de benadeelde: zowel voor als na de fout heeft het vermogen van de benadeelde dezelfde omvang.<sup>21</sup> Die omstandigheid staat er naar mijn mening aan in de weg om de uitgaven als schade aan te merken. Ter vermijding van dit causaliteitsprobleem is door Hijma gesuggereerd de vergoeding van uitgaven die hun doel missen in feite te

12 Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNEE:2017:715, rov. 4.5.7.

13 Rb. Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126, rov. 2.14.

14 Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332.

15 Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

16 Zie A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Leipzig: Duncker & Humblot 1910, p. 320, voetnoot 33a.

17 Zie K. Larenz, ‘Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden’, in: M. Keller (red.), *Festgabe Oftinger*, Zürich: Schulthess 1969, p. 151-169 en J. Esser & E. Schmidt, *Schuldrecht. Band I: Allgemeiner Teil*, Heidelberg: C.F. Müller 2000, p. 194-196. Zie hierover uitgebreid S. Würthwein, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?*, Tübingen: J.C.B. Mohr 2001, p. 51-55 en Staudinger/Schiemann 2017, § 249 BGB, Rn. 123-128.

18 Zie voor Nederland Lindenberg 2020b, p. 137.

19 Zie o.m. A. Zeuner, ‘Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden’, *AcP* 1963, p. 394, H. Lange & G. Schieman, *Schadensersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, p. 258 en Würthwein 2003, p. 255-256, Verheij 2017, p. 113 en H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil*, Wien: Jan Sramek 2020, p. 176-177. Zie ook A.J. Verheij, ‘Heeft het leerstuk van uitgaven die hun doel hebben gemist wel toegevoegde waarde?’, *Verkeersrecht* 2021, p. 267.

20 Op dit aspect wordt de nadruk gelegd in HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55, rov. 3.3.2.

21 Zie Zeuner 1963, p. 394.

beschouwen als een vergoeding voor het opnieuw moeten maken van de kosten om de daarmee beoogde voordelen op een later moment alsnog te kunnen genieten.<sup>22</sup> Strikt genomen zou men in dat geval de schade echter niet moeten begroten op de reeds gedane uitgaven, maar op de nog te maken uitgaven voor bijvoorbeeld een hernieuwd concertbezoek. Bovendien biedt deze oplossing in ieder geval geen soelaas in gevallen waarin het niet mogelijk is het genot op een later moment in te halen, zoals bij een eenmalig gegeven concert. Het spreekt echter niet aan dat de vergoedbaarheid van de uitgaven voor een concertbezoek van die omstandigheid afhankelijk zou zijn.<sup>23</sup>

Een variant op deze *Frustrationstheorie* zoekt de schade niet zozeer in de uitgaven zelf, maar in het met die uitgaven nagestreefde onstoffelijk voordeel.<sup>24</sup> In deze benadering krijgt het onstoffelijk voordeel een vermogensrechtelijk karakter, omdat met het oog op dit voordeel bepaalde uitgaven zijn gedaan. Hierdoor zou het mislopen van dit onstoffelijk voordeel zijn te kwalificeren als vermogensschade. In deze variant vindt de vergoedbaarheid van uitgaven die hun doel missen ook erkenning in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zoals blijkt uit de hierboven aangehaalde overweging uit *Burger/Brouwer Motors*, neemt de Hoge Raad namelijk tot uitgangspunt dat sprake is van 'op zichzelf niet op geld waardebaar onstoffelijk voordeel', maar wordt het moeten missen van dit voordeel vervolgens niettemin als vermogensschade aangemerkt, omdat daarvoor bepaalde uitgaven zijn gedaan, zodat in het kader van de begroting van de schade ook kan worden teruggegrepen op de uitgaven.

Het voordeel van deze benadering is dat zij het hiervoor gesignaleerde causaliteitsprobleem vermijdt: tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en het mislopen van het onstoffelijk voordeel bestaat immers wel degelijk een causaal verband. Op de vergeefse uitgaven wordt vervolgens enkel teruggegrepen in het kader van de begroting van de vermogensschade die bestaat uit het misgelopen genot. Bezwaarlijk aan deze kwalificatie van onstoffelijk voordeel als vermogensschade is dat hierdoor in feite een 'transformatie' van onstoffelijk voordeel naar vermogensschade plaatsvindt,<sup>25</sup> waardoor de grenzen die art. 6:106 BW stelt aan de vergoedbaarheid van immateriële schade dreigen te worden omzeild.<sup>26</sup> Aangezien veel onstoffelijk voordeel in de praktijk door bepaalde uitgaven kan worden verkregen,

zou dit bovendien leiden tot een niet onproblematische toename van de voor vergoeding in aanmerking komende vermogensschade.<sup>27</sup> Zo zou een onbegrensde aanvaarding van de vergoedbaarheid van uitgaven die hun doel missen ertoe leiden dat degene die als gevolg van een ongeval lange tijd in het ziekenhuis moet verblijven, aanspraak zou kunnen maken op vergoeding wegens het gedurende het ziekenhuisverblijf misgelopen genot van onder andere zijn woning, museumabonnement, televisie, vakantiehuis, zeiljacht etc.<sup>28</sup>

Dit bezwaar wordt ook door voorstanders van deze benadering onderkend. Om die reden zou een vergoeding wegens uitgaven die hun doel missen slechts op haar plaats zijn in ernstige gevallen of in gevallen waarin een aantoonbaar verband bestaat tussen de gedane uitgaven en het gemiste genot.<sup>29</sup> Een zodanige beperking, die in feite neerkomt op het hanteren van een drempelwaarde,<sup>30</sup> verdraagt zich echter niet goed met de kwalificatie als vermogensschade, aangezien dergelijke schade in beginsel steeds voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>31</sup> Ook de door de Hoge Raad in het arrest *Burger/Brouwer Motors* aangebrachte beperking dat vergoeding van dergelijke schade ook na de vaststelling dat zij op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend, toch onredelijk kan zijn, past dogmatisch niet goed,<sup>32</sup> maar lijkt ingegeven door de wens om beperkingen te stellen aan de vergoedbaarheid van uitgaven die hun doel missen. Al met al hinkt deze benadering op twee gedachten: daar waar het keurslijf van art. 6:106 BW voor de vergoedbaarheid van immateriële schade als te knellend wordt ervaren, wordt de nadruk gelegd op de kwalificatie van onstoffelijk voordeel als vermogensschade, maar tegelijkertijd wordt de consequentie daarvan – namelijk: principiële vergoedbaarheid – te verstrekkend geacht, zodat toch weer wordt teruggegrepen op een drempelwaarde die doet denken aan de vergoeding van immateriële schade. De hiervoor genoemde passage uit de parlementaire geschiedenis waarin vergeefs gedane uitgaven als vermogensschade worden aangemerkt, biedt naar mijn mening een onvoldoende basis om daarop de vergoedbaarheid van dergelijke uitgaven te baseren. In werkelijkheid heeft de desbetreffende passage namelijk een veel beperktere strekking. In paragraaf 5 ga ik daar uitgebreider op in.

Ook in ander opzicht kleven er de nodige bezwaren aan de toekenning van een schadevergoeding wegens misgelopen onstoffelijk voordeel aan de hand van de daarvoor gedane uitgaven. In de eerste plaats valt soms te betwijfelen of het

22 Zie Jac. Hijma in punt 4 van zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*).  
 23 Vgl. D. Medicus, 'Allgemeines Schadensrecht', in: C.-W. Canaris (red.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Band 1: Bürgerliches Recht*, München: Beck 2000, p. 220.  
 24 Zie voor een uitgebreid overzicht Beumers 2021, p. 135 die daarbij ook opmerkt dat niet altijd duidelijk wordt gemaakt of de schade bestaat uit de vergeefs gedane uitgaven of het daarmee nagestreefde onstoffelijk voordeel. Zie bijv. Lindenbergh 2020b, die op p. 140 de uitgaven als schade lijkt aan te merken, maar op p. 144 de frustratie van het genot.  
 25 Zo uitdrukkelijk Jac. Hijma in punt 6 van zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*).  
 26 Vgl. Verheij 2017, p. 113-114 en A-G Hartlief in punt 3.19 van zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh. Zie voor vergelijkbare bezwaren in de Duitse literatuur Staudinger/Schiemann 2017, § 249 BGB, Rn. 125.

27 Zie Lange & Schiemann 2003, p. 256.  
 28 Zie Larenz 1969, p. 163, A.L.M. Keirse, 'De boot gemist', *Contracteren* 2009, p. 36 en Staudinger/Schiemann 2017, § 249 BGB, Rn. 125.  
 29 Zie A-G Wuisman in punt 2.6 van zijn conclusie voor HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*), A-G Hartlief in punt 3.12 van zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 en Lindenbergh 2020b, p. 146.  
 30 Vgl. Verheij 2017, p. 115.  
 31 Zie Lindenbergh 2020b, p. 146, die daaraan echter toevoegt dat doelmatigheid en wenselijkheid ook gewicht in de schaal leggen.  
 32 Zie hierover Beumers 2021, p. 138-139.

mislopen van het onstoffelijk voordeel daadwerkelijk tot gevolg heeft dat de gedane uitgaven hun doel hebben gemist. Dat geldt bijvoorbeeld voor de hiervoor genoemde gevallen uit de lagere rechtspraak waarin de betaling van hypotheekrente als vergeefs gedane uitgave werd beschouwd. Woningeigenaren betalen die hypotheekrente om de eigendom van de woning te kunnen verwerven en daarmee slechts indirect om het daaruit voortvloeiende woongenot te kunnen verwerven. De eigenaar van de woning met zwembad kon door middel van deze hypothecaire financiering de woning mét – weliswaar gebrekkig – zwembad kopen.<sup>33</sup> Dat het zwembad pas na het verrichten van herstelwerkzaamheden kon worden gebruikt, brengt niet mee dat die uitgaven hun doel hebben gemist, want na die herstelwerkzaamheden heeft de eigenaar alsnog het genot van het zwembad, dat met de betaling van de hypotheekrente is bekostigd.

Ten tweede zijn de gedane uitgaven vaak überhaupt geen geschikte maatstaf aan de hand waarvan het misgelopen onstoffelijk voordeel kan worden begroot. Dat geldt bijvoorbeeld voor het gederfde woongenot van de eigenaren van een woning in het aardbevingsgebied in Groningen. Het ligt in de rede dat ook eigenaren die hun hypothecaire lening reeds volledig hebben afgelost of de woning zonder enige financiering hebben kunnen verwerven, in hun woongenot zijn gestoord, zodat niet gezegd kan worden dat de hypotheekrente een geschikt aanknopingspunt vormt voor de begroting van het gederfde woongenot.<sup>34</sup> Bovendien is het onwaarschijnlijk dat de eigenaar van een duurdere woning of met minder gunstige hypotheekvoorwaarden per definitie meer onstoffelijk voordeel misloopt, vanwege het enkele feit dat hij meer hypotheekrente betaalt dan iemand met een goedkopere woning of gunstigere hypotheekvoorwaarden.<sup>35</sup> Vergelijkbare bezwaren gelden voor de begroting van het misgelopen genot van een concertbezoek aan de hand van de daarvoor gedane uitgaven. Een consequente toepassing van die benadering zou namelijk meebrengen dat degene aan wie een concertkaartje is geschonken geen aanspraak kan maken op schadevergoeding omdat hij geen uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van het concertkaartje, terwijl degene die daarvoor een exorbitant hoog bedrag heeft betaald, dit veel hogere bedrag vergoed zou kunnen krijgen.<sup>36</sup> Een oplossing is om de schade niet te begroten op de concreet gedane uitgaven, maar op de waarde die het onstoffelijk voordeel in het economisch verkeer vertegenwoordigt. Een zodanige benadering knoopt in feite niet meer aan bij het leerstuk van uitgaven die hun doel

missen, maar gaat uit van een abstracte begroting van het onstoffelijk voordeel.

#### 4. De abstracte begroting van de verloren gebruiksmogelijkheid

In deze tweede benadering leidt het verlies van een gebruiksmogelijkheid tot vermogensschade, omdat een gebruiksmogelijkheid in het economisch verkeer tegen betaling wordt verkregen en dus een economische waarde vertegenwoordigt. Om die reden zou de schade die bestaat uit het mislopen van een bepaalde gebruiksmogelijkheid abstract kunnen worden begroot op die waarde in het economisch verkeer. Lindenbergh verwoordt het als volgt:

‘Men kan (...) ook de nadruk leggen op de vraag of aan de gebruiksmogelijkheid van een voor consumptie bestemde zaak in het economisch verkeer waarde kan worden toegekend. De schade wortelt dan toch wel in die zin in het vermogen, dat zij voortvloeit uit de aantasting van een vermogensbestanddeel. In zoverre kan men dan ook hier spreken van ontneming van genot waarop men krachtens een tot het vermogen behorend recht aanspraak kan maken. Wanneer het daarbij gaat om een gebruiksmogelijkheid die in het economisch verkeer veelvuldig pleegt te worden gewaardeerd, bijvoorbeeld omdat het gebruikelijk is dergelijke zaken voor bepaalde tijd te huren, zoals bij auto’s, dan is het nadeel zeer wel in geld uit te drukken en ligt het in de rede om ook hier te spreken van vermogensschade.’<sup>37</sup>

Concreet houdt deze opvatting in dat de schade bij het missen van een gebruiksmogelijkheid abstract wordt begroot op het bedrag waarmee de benadeelde een vervangende gebruiksmogelijkheid zou kunnen verwerven. In de regel zal dat de huurprijs van een vergelijkbare zaak zijn gedurende het tijdvak waarin de gebruiksmogelijkheid moet worden gemist.<sup>38</sup> Een soortgelijke redenering staat in Duitsland aan de basis van de toekenning van een abstracte gebruiksvergoeding bij het tijdelijk moeten missen van de gebruiksmogelijkheid van een auto, bijvoorbeeld gedurende de reparatieperiode van de auto.<sup>39</sup> Volgens het BGH lijdt de eigenaar ook in het geval dat hij geen vervangende auto huurt vermogensschade, omdat de omstandigheid dat de gebruiksmogelijkheid van een auto in het economisch verkeer doorgaans slechts door bepaalde uitgaven kan worden verkregen (namelijk: door een auto te kopen of te huren), meebrengt dat de mogelijkheid van gebruik van de auto “kommerzialisiert”

33 Vgl. Jac. Hijma in punt 9 van zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts).

34 Zie Beumers 2017, p. 190.

35 Vgl. Verheij 2017, p. 117 en R. Rijnhout & T. Rotscheid, ‘Misgelopen woongenot en vergoeding van materiële schade’, TvVP 2019, p. 61. Zie ook E. Bernat & P. Schwarzenegger, ‘Schadenersatz für “frustrierte Aufwendungen” auf dem Prüfstand des OGH – Kritik und Antikritik’, in: S. Perner e.a. (red.), *Festschrift für Attila Fenyves*, Wien: Verlag Österreich 2013, p. 38.

36 Zie K. Küppers, *Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadenersatzrecht*, Karlsruhe: Versicherungswirtschaft 1976, p. 91 en T. Schobel, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, Wien: Springer 2003, p. 82.

37 Zie Lindenbergh 2020a, nr. 43.

38 Zo bijv. uitdrukkelijk Bloembergen 1965, nr. 65 en Hofmann/Van Opstall 1976, p. 192 (zij het met aftrek van enige zelf bespaarde kosten).

39 Zie BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542. Nadien is de rechtspraak verijd tot – kort gezegd – gevallen waarin de eigenaar van de voortdurende beschikbaarheid van de gebruiksmogelijkheid afhankelijk is in het kader van zijn levensonderhoud. Zie BGH (GrS) 9 juli 1986, NJW 1987, 50. Zie voor een uitgebreid overzicht MünchKomm-BGB/Oetker 2019, § 249 BGB, Rn. 60-82. Zie vanuit Nederlands perspectief recent Beumers 2021, p. 159-170.

is, zodat een aantasting van de gebruiksmogelijkheid leidt tot vermogensschade.<sup>40</sup>

Ook aan deze benadering kleven echter de nodige bezwaren. Zij legt te zeer de nadruk op de vraag of aan de gebruiksmogelijkheid een waarde kan worden toegekend.<sup>41</sup> Het lijkt geen twijfel dat het mogelijk is in veel gevallen een waarde toe te kennen aan de gebruiksmogelijkheid van een zaak. Voorafgaand aan die begrotingskwestie moet echter de vraag worden beantwoord of de gebruiksmogelijkheid van een zaak wel een van de eigendom van die zaak te onderscheiden onderdeel van het vermogen van de eigenaar vormt.<sup>42</sup> Dat is naar mijn mening niet het geval. Stel dat een auto bij een ongeval onherstelbaar beschadigd raakt. Niemand zal geneigd zijn de eigenaar van de auto een schadevergoeding toe te kennen voor zowel de waarde van de auto als de waarde van de gebruiksmogelijkheid.<sup>43</sup> De eigenaar zou zijn schade daarmee namelijk tweemaal vergoed krijgen. Daaruit blijkt dat de waarde van de gebruiksmogelijkheid reeds in de waarde van de auto ligt opgesloten.<sup>44</sup> Juist is dus op zichzelf dat de eigenaar van een auto krachtens zijn eigendomsrecht aanspraak kan maken op het gebruik van de auto, maar dat betekent niet dat de gebruiksmogelijkheid daarmee ook een *zelfstandige* vermogenswaarde heeft.

Hetzelfde geldt in het geval dat een gebruiksmogelijkheid slechts tijdelijk verloren gaat, bijvoorbeeld omdat de auto bij een ongeval beschadigd raakt en gerepareerd moet worden. Om een eenvoudig voorbeeld te geven: stel dat met de auto direct voor het ongeval nog 100.000 kilometer gereden zou kunnen worden. Na de reparatie zal met de auto alsnog 100.000 kilometer gereden kunnen worden. In zoverre gaat de gebruiksmogelijkheid dus in het geheel niet verloren, maar verplaatst het gebruik zich enkel naar een later moment.<sup>45</sup> De gebruiksmogelijkheid ligt ook hier derhalve besloten in de (door de reparatie herstelde) waarde van de auto zelf. En in het geval dat de auto ondanks de reparatie minder (goed) te gebruiken is, zal dat gevolgen hebben voor de waarde van de auto, zodat ook hier (de kwaliteit van) de gebruiksmogelijkheid in de waarde van de auto zelf besloten ligt. Op zichzelf is dus niet uitgesloten dat het verlies van

een gebruiksmogelijkheid leidt tot vermogensschade, maar niet omdat verlies van die gebruiksmogelijkheid als zodanig vermogensschade oplevert, maar omdat de waarde van een zaak doorgaans mede wordt bepaald door de geschiktheid om die zaak te kunnen gebruiken.<sup>46</sup>

De hiervoor genoemde bezwaren gelden evenzeer voor een variant van deze benadering, waarin niet zozeer de nadruk wordt gelegd op de huurprijs voor een vervangende gebruiksmogelijkheid, maar op de huurprijs die met de verloren gegane gebruiksmogelijkheid zelf gerealiseerd had kunnen worden. In de lagere rechtspraak wordt deze wijze van schadebegroting bijvoorbeeld gehanteerd om de vermogensschade die bestaat uit gedeerd woongenot in geval van hinder te begroten.<sup>47</sup> Dezelfde benadering is ook door de Hoge Raad toegepast in de prejudiciële beslissing over de aardbevingsschade in Groningen. In die zaak neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat gedeerd woongenot kwalificeert als vermogensschade.<sup>48</sup> Vervolgens geeft hij met het oog op de eenvoudige en eenvormige afhandeling van de schade enkele richtsnoeren voor de begroting van die schade:

‘De door het derven van woongenot geleden vermogensschade van de bewoner die eigenaar van de woning is, bestaat in beginsel in het over de maanden waarin het woongenot is gedeerd, berekende verschil tussen i) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien hij de woning zou hebben gehuurd in de huidige situatie waarin bodembewegingen hebben plaatsgevonden en nog kunnen plaatsvinden, hetgeen betekent dat die huur is afgestemd op de omstandigheid dat zich bodembewegingen hebben voorgedaan en nog kunnen voordoen, en ii) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien van bodembewegingen geen sprake zou zijn.’<sup>49</sup>

De Hoge Raad gaat aldus vooral in op de vraag op welke wijze het gedeerde woongenot kan worden begroot en legt daarmee eveneens vooral de nadruk op de vraag hoe de waarde van het woongenot kan worden vastgesteld, maar gaat niet in op de vraag of de derving van het woongenot wel kwalificeert als vermogensschade. Ter onderbouwing van de kwalificatie als vermogensschade verwijst hij enkel naar de arresten *Voorste Stroom III* en *Studentsociëteit Unitas*.<sup>50</sup> In die beide zaken ging het om een eigenaar van een woning

40 Zie BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542.

41 Zo uitdrukkelijk A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. Nieuw BW B34), Deventer: Kluwer 1992, nr. 28c: ‘Het gaat er om of aan de gebruiksmogelijkheid van een voor consumptie bestemde zaak waarde in het economische verkeer kan worden toegekend.’ Zo ook Van der Kooij 2021, p. 170.

42 Zie Koziol 2020, p. 167.

43 Zie Bernat & Schwarzenegger 2013, p. 20 en Koziol 2020, p. 167-168.

44 Zie G.R.J. de Groot, ‘Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?’, *Verkeersrecht* 1980, p. 56. Zie voorts K. Larenz, ‘Der Vermögensbegriff im Schadenersatzrecht’, in: R. Dietz & H. Hübner (red.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey. Band I*, München: Beck 1965, p. 498-499, Schobel 2003, p. 69, Würthwein 2003, p. 251 en Koziol 2020, p. 167-168.

45 Zie Larenz 1965, p. 501. Deze omstandigheid staat er eveneens aan in de weg om bij een vertraagde levering van een auto een abstracte schadevergoeding toe te kennen voor het tijdvak waarin de levering is uitgebleven, zoals door Hofmann/Van Opstall 1976, p. 191-193 is verdedigd. Ook dan gaat het gebruik van de auto niet definitief verloren, maar verplaatst het zich enkel naar een later moment.

46 Vgl. S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 87-88, die opmerkt dat ‘de verminderde gebruiksmogelijkheid zich in het algemeen zal uiteten in een verminderde economische waarde, die immers in belangrijke mate wordt bepaald door de gebruiksmogelijkheden van de zaak’. Vgl. voorts Koziol 2020, p. 168, voetnoot 461.

47 Zie bijv. Rb. Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802, rov. 3.6. Zie ook Hof Arnhem 17 april 1956, kenbaar uit HR 25 januari 1957, *NJ* 1957, 114. Vgl. voor Duitsland BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020.

48 Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier, rov. 2.12.3. Zie ook HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, rov. 3.1.2.

49 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier, rov. 2.12.4.

50 Zie HR 29 januari 1937, *NJ* 1937, 570 en HR 31 december 1937, *NJ* 1938, 517. De Hoge Raad verwijst ook nog naar HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, *NJ* 1994/670 (*St. Joseph*), maar daarin komt de kwestie slechts zeer beperkt aan de orde.

die als gevolg van hinder stelde schade te hebben geleden doordat zijn woongenot was aangetast. Daarover oordeelde de Hoge Raad destijds dat 'zowel het geheele genot van een onroerend goed als het genot in een bepaald opzicht inhoud en onderwerp vormt van zakelijke en persoonlijke rechten', zodat onder het begrip schade ook valt 'de door onrechtmatige daden of verzuimen van daden veroorzaakte ontneming of vermindering van het genot, waarop iemand krachtens tot zijn vermogen behorende rechten aanspraak vermag te maken'.<sup>51</sup> Hoewel in de literatuur destijds omstreden was of de Hoge Raad deze schade als vermogensschade beschouwde,<sup>52</sup> pleit daarvoor dat hij de schade nadrukkelijk in verband brengt met hetgeen waarop iemand krachtens tot zijn vermogen behorende rechten aanspraak kan maken. De kwalificatie als vermogensschade wordt in ieder geval buiten twijfel gesteld door de prejudiciële beslissing uit 2019. Waarom de derving van woongenot leidt tot vermogensschade, blijft echter onbeantwoord.

Ook voor deze benadering geldt dat op zichzelf juist is dat de eigenaar van een woning op grond van zijn vermogen aanspraak kan maken op het genot van die woning, maar daarmee is nog niet gezegd dat de ontneming van dit genot dus kwalificeert als vermogensschade. Zoals hiervoor is uiteengezet, vormt het genot van de zaak namelijk in beginsel geen van het eigendomsrecht op de woning te onderscheiden vermogensbestanddeel.<sup>53</sup> Het werkelijke aanknopingspunt voor de vaststelling van eventuele vermogensschade zou dan ook (het eigendomsrecht op) de woning zelf moeten zijn. In dat kader is het van tweeën een: de beperking van het woongenot leidt ofwel tot vermogensschade, omdat de woning hierdoor een lagere waarde heeft, of de waarde van de woning wordt niet aangetast door de beperking van het genot, maar dan is ook geen sprake van vermogensschade. In het eerste geval leidt een toekenning van een afzonderlijke vergoeding van vermogensschade wegens gederfd genot tot dubbelstelling met de schade die bestaat uit waardevermindering; in het tweede geval tot een dubbelstelling met immateriële schade wegens gederfd woongenot. Naar mijn mening kan het gederfde woongenot als zodanig dus niet als vermogensschade worden gekwalificeerd.<sup>54</sup>

Principieel onjuist aan de abstracte begroting van de gebruiksmogelijkheid aan de hand van de huurprijs die met de verloren gegane gebruiksmogelijkheid gerealiseerd had kunnen worden, is bovendien dat de eigenaar daarmee

in feite een schadevergoeding wegens gederfde winst uit hoofde van verhuur wordt toegekend, zonder dat daarvoor van belang is of de eigenaar de woning zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben verhuurd en deze winst dus inderdaad zou hebben gerealiseerd.<sup>55</sup> Ter illustratie: stel dat iemand het genot van zijn woning geheel wordt ontnomen. Bij een abstracte begroting van het woongenot kan de eigenaar in dat geval aanspraak maken op de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald, zonder dat van belang is of de eigenaar de intentie had om de woning te verhuren. Dat verdraagt zich niet met de eisen die normaal gesproken worden gesteld aan de vergoeding van gederfde winst. Daarvoor is namelijk niet voldoende dat de benadeelde de desbetreffende winst had *kunnen* realiseren, maar is ook vereist dat aannemelijk is dat de benadeelde dergelijke winst inderdaad zou hebben gerealiseerd.<sup>56</sup>

Al met al legt deze benadering te zeer de nadruk op de wijze waarop de gemiste gebruiksmogelijkheid wordt begroot, zonder de voorafgaande vraag te beantwoorden of de gebruiksderving wel tot schade lijdt. Een vergoeding voor het verlies van een gebruiksmogelijkheid is niet aangewezen indien de waarde van de gebruiksmogelijkheid besloten ligt in de waarde van de zaak zelf. Slechts indien de gebruiksmogelijkheid een zelfstandige vermogenswaarde heeft, kan het verlies van die gebruiksmogelijkheid als vermogensschade worden gekwalificeerd.

## 5. De vergoedbaarheid van een zelfstandige gebruiksmogelijkheid

Hiervoor heb ik uiteengezet waarom het problematisch is om een verloren gebruiksmogelijkheid als gemist onstoffelijk voordeel door middel van de daarvoor gedane uitgaven als vermogensschade aan te merken en waarom het onjuist is om een gebruiksmogelijkheid te verzelfstandigen door het verlies daarvan abstract te begroten op de waarde in het economisch verkeer. Niettemin kan het verlies van een gebruiksmogelijkheid naar mijn mening wel degelijk als vermogensschade kwalificeren, namelijk als een gebruiksmogelijkheid een zelfstandig onderdeel is van het vermogen van de benadeelde. Ter illustratie breng ik het voorbeeld in herinnering waarin iemand een concertbezoek mist omdat hij op weg naar het concert wordt aangereden. Terwijl in de literatuur bij dit voorbeeld doorgaans de nadruk wordt gelegd op ofwel het gemiste concertgenot als onstoffelijk voordeel ofwel op de daarvoor gedane uitgaven, wordt daarmee naar mijn mening voorbijgegaan aan het juiste aanknopingspunt voor de schade, namelijk het concertkaartje zelf of preciezer gezegd: het recht op toegang tot het concert. Zoals blijkt uit de omschrijving van

51 HR 29 januari 1937, NJ 1937, 570.

52 Zie voor een overzicht Beumers 2021, p. 128-130.

53 Het woongenot kan wel worden verzelfstandigd ten opzichte van de zaak, bijv. door de zaak te verhuren, maar pas door die verzelfstandiging krijgt het woongenot een zelfstandige vermogenswaarde. Zolang het niet tot een zodanige verzelfstandiging komt, blijft de waarde van het woongenot besloten liggen in de waarde van de zaak zelf. Zie hierover uitgebreider in paragraaf 6.

54 Vgl. ook punt 4.8.13 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier, volgens wie een vergoeding voor woongenot 'minstens deels' in mindering zou moeten komen op een vergoeding wegens waardevermindering, omdat de waarde van een woning mede bepaald wordt door het woongenot ervan.

55 Zie H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, Heidelberg: C.F. Müller 1993, p. 310 en Schobel 2003, p. 70.

56 Zie Bloembergen 1965, nr. 74, R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Mon. Nieuw BW B38), Deventer: Kluwer 1993, nr. 13 en S.D. Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW (online bijgewerkt tot 1 augustus 2020), aant. 8.2. Vgl. ook Van der Kooij 2021, p. 169-170.



vermogensrechten in art. 3:6 BW, heeft dit recht namelijk onmiskenbaar een vermogenswaarde. Hoewel het recht op toegang tot het concert geen stoffelijk voordeel verschaft, merkt art. 3:6 BW het niettemin als vermogensrecht aan, ofwel omdat het overdraagbaar is, ofwel omdat het is verkregen in ruil voor verstrekt stoffelijk voordeel (namelijk: door betaling van de kaartprijs). De omstandigheid dat uitgaven zijn gedaan met het oog op het concertbezoek, geeft echter niet het onstoffelijk voordeel zelf een vermogensrechtelijk karakter, maar enkel het *recht* op dat onstoffelijk voordeel. Vanwege deze kwalificatie als vermogensrecht kan bijvoorbeeld worden verklaard dat een recht op vergoeding van vermogensschade bestaat, indien iemand het concert moet missen omdat een ander het concertkaartje verscheurt. De vermogensschade bestaat uit het verlies van het concertkaartje.

Tegen deze laatste conclusie is in de Duitse literatuur wel als bezwaar aangevoerd dat de vernietiging van het concertkaartje niet leidt tot vermogensschade, omdat het recht op toegang tot het concert ook zonder de vernietiging zou zijn verdwenen uit het vermogen van de benadeelde doordat daarvan gebruik zou zijn gemaakt.<sup>57</sup> In zoverre zou geen sprake zijn van een vermogensvermindering door het verscheuren van het kaartje. Dat bezwaar overtuigt echter niet. Voor de vaststelling of sprake is van vermogensschade is bepalend of het vermogen is verminderd als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. Indien dat het geval is, is sprake van vermogensschade en doet niet ter zake wat zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis met het aangetaste object zou zijn gebeurd.<sup>58</sup> Zo zal niemand geneigd zijn de eigenaar van een auto in geval van blikshade een schadevergoeding te ontzeggen omdat hij de auto gedurende de komende jaren toch wel zou hebben afgereden en dus geen vermogensschade lijdt.<sup>59</sup> De vermogensschade bestaat erin dat zijn vermogen is verminderd omdat een beschadigde auto een geringere waarde heeft. Men kan dit ook als een kwestie van irrelevante hypothetische causaliteit benaderen: op het moment dat de auto wordt beschadigd, ontstaat de schade die bestaat uit de waardevermindering van de auto.<sup>60</sup> De hypothetische omstandigheid dat de auto zou worden afgereden, kan geen afbreuk meer doen aan het feit dat reeds schade is ontstaan.<sup>61</sup> Om dezelfde reden kan iemand die een glas bier omstoot, zich bezwaarlijk op het standpunt stellen dat hierdoor geen vermogensschade ontstaat, omdat het anders toch zou zijn leeggedronken.<sup>62</sup>

Het eigenlijke probleem is bij het voorbeeld van het misgelopen concertbezoek als gevolg van een ongeval natuurlijk dat het recht op toegang tot het concert niet daadwerkelijk uit het vermogen verdwijnt, maar de rechthebbende slechts de mogelijkheid wordt ontnomen om daarvan gebruik te maken.<sup>63</sup> Overigens speelt dit probleem evenzeer in het geval dat het concertkaartje wordt verscheurd, omdat het papieren concertkaartje enkel het bewijsstuk is van het recht op toegang tot het concert. Naar mijn mening is er echter reden om de onmogelijkheid om gebruik te maken van het recht op toegang in dit type gevallen op een lijn te stellen met het daadwerkelijk tenietgaan van het vermogensrecht.<sup>64</sup> Redengevend daarvoor is dat de vermogenswaarde van dit vermogensrecht geheel wordt bepaald door de eenmalige mogelijkheid om daarvan gebruik te maken, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat het kaartje een dag na het concert niets meer waard zal zijn. Anders gezegd: in tegenstelling tot de hiervoor behandelde gevallen van de auto en de woning waarin de waarde van de gebruiksmogelijkheid (mede) besloten ligt in de waarde van het gebruiksobject, is in dit geval geen sprake van een van de gebruiksmogelijkheid te onderscheiden waarde van het gebruiksobject.<sup>65</sup> Dat ligt anders bij bijvoorbeeld het enkel niet kunnen gebruiken van een auto: de waarde van een auto wordt niet aangetast door de omstandigheid dat een ander verhindert dat de eigenaar gedurende een dag gebruikmaakt van zijn auto.<sup>66</sup> Terwijl de vaststelling van de schade als gevolg van het verlies van de gebruiksmogelijkheid bij de auto en de woning dus behoort te geschieden over de boeg van de vaststelling van de al dan niet verminderde waarde van de zaak zelf, geldt dat niet voor het voorbeeld van het concertkaartje, aangezien het concertkaartje geen van de gebruiksmogelijkheid te onderscheiden waarde heeft. Indien de eenmalige gebruiksmogelijkheid wordt gefrustreerd, wordt daarmee in feite het vermogensrecht zelf waardeloos, zodat daarin een vermogensvermindering kan worden gezien.<sup>67</sup> Materieel maakt het immers niet uit of het concertkaartje wordt vernietigd of de benadeelde uit anderen hoofde wordt verhindert daarvan gebruik te maken.<sup>68</sup> Dat rechtvaardigt het om voor het verlies van de gebruiksmogelijkheid bij het concertkaartje wel een vergoeding voor het verlies van de gebruiksmogelijkheid toe te kennen, maar niet bij het tijdelijke verlies van de mogelijkheid om van de auto of woning gebruik te kunnen maken. Men zou het ook zo kunnen uitdrukken dat het verlies van de mogelijkheid om gebruik te maken van het concertkaartje in zoverre meer op een lijn valt te stellen met het *definitief* verloren gaan van de mogelijkheid om van de auto of woning gebruik te kunnen maken

57 Zo met name R. Askenasy, 'Über den immateriellen Schaden nach dem BGB', *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 1926, p. 377. Vgl. ook S.A.E. Martens, 'Schadensersatz für entgangene Theaterfreuden?', *ACP* 2009, p. 459.

58 Vgl. W. Grunsky, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, Bad Homburg: Gehlen 1968, p. 28.

59 Zie Schobel 2003, p. 144.

60 Zie M.R. Hebly, 'Over vaststelling van zaakschade', *NTBR* 2020/2, p. 5.

61 Zie Grunsky 1968, p. 29 en M. Graf, *Die Entschädigung des Ausfalls allgemeiner und alltäglicher Nutzungen*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1994, p. 52.

62 Vgl. Bloembergen 1965, nr. 13. Zie voorts Küppers 1976, p. 99-100 en MünchKomm-BGB/Oetker 2019, § 249 BGB, Rn. 21.

63 Vgl. C. Escher-Weingart, *Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1993, p. 113 en Martens 2009, p. 450, voetnoot 20.

64 Zo ook Küppers 1976, p. 141-142, Escher-Weingart 1993, p. 114 en Würthwein 2003, p. 403.

65 Zie Larenz 1969, p. 162, Medicus 2000, p. 220, Soergel/Ekkenga & Kuntz 2014, § 249 BGB, Rn. 116 en Staudinger/Schiemann 2017, § 251 BGB, Rn. 103.

66 Vgl. Bloembergen 1965, nr. 51.

67 Vgl. Schobel 2003, p. 152.

68 Zie Soergel/Ekkenga & Kuntz 2014, § 249 BGB, Rn. 116.

(bijv. door vernietiging van de auto of woning), omdat ook de mogelijkheid van gebruik van het concertkaartje als gevolg van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis definitief verloren is gegaan.

Deze redenering is overigens geen bijzonderheid die beperkt is tot gevallen waarin onstoffelijk voordeel is misgelopen of het gebruik van een vermogensrecht wordt verhinderd. Zo is het ook bij zaken waarvan de waarde geheel wordt bepaald door de kortstondige gebruiksmogelijkheid naar mijn mening gerechtvaardigd om het verlies van die gebruiksmogelijkheid aan te merken als vermogensschade, omdat daarmee per saldo de zaak zelf verloren gaat. Een klassiek voorbeeld uit de Duitse literatuur is het geval waarin iemand als gevolg van een ongeval niet in staat is om zijn levensmiddelen te consumeren, waardoor deze bederven. Ook hier is er reden om de onmogelijkheid om de levensmiddelen te gebruiken gelijk te stellen met het daadwerkelijke tenietgaan daarvan, omdat de waarde van de levensmiddelen geheel wordt bepaald door de mogelijkheid om daarvan – voor het verstrijken van de houdbaarheidsdatum – gebruik te maken.<sup>69</sup>

De consequenties van het voorgaande kunnen worden geïllustreerd aan de hand van een uitspraak van het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* (OGH), waarin een vergelijkbare redenering werd toegepast. De zaak betrof het geval dat iemand een geboekte reis naar India niet kon maken, omdat zij voorafgaand aan die reis tijdens het skiën door een fout van de bestuurder van een sneeuwscooter werd aangereden en daardoor ernstig letsel opliep. De vraag was of de kosten voor de reis als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking kwamen. Het OGH stelde bij de beantwoording van die vraag voorop dat de benadeelde in ruil voor betaling van de reiskosten een aanspraak op deelname aan de reis had verkregen, zodat die aanspraak een vermogenswaarde vertegenwoordigt. Vervolgens oordeelde het OGH dat de onmogelijkheid om gebruik te maken van die contractuele aanspraak economisch moest worden gelijkgesteld met het tenietgaan van die aanspraak, waarbij het OGH in het bijzonder betekenis toekende aan het feit dat het ging om een concrete aanspraak die slechts gedurende een beperkte tijd kon worden benut. Om die reden kwamen de kosten voor de reis volgens het OGH voor vergoeding in aanmerking:

‘Die Klägerin hatte vor dem Unfall durch den Abschluss des Reisevertrags mit dem Reiseveranstalter diesem gegenüber den Anspruch auf Vertragserfüllung erlangt. Dabei handelt es sich um eine vermögenswerte, übertragbare und verwertbare Rechtsposition (...). Infolge ihrer unfallbedingten Verletzung wurde die Klägerin daran gehindert, von ihrem Anspruch gegenüber dem Reiseveranstalter Gebrauch zu machen. Der Verlust ihrer Fähigkeit, den vertraglichen Anspruch auszunutzen, ist aber wirtschaftlich der Vernichtung des Anspruchs

gleichzuhalten und begründet daher bei lebensnaher Betrachtung einen ersatzfähigen Vermögensnachteil.’<sup>70</sup>

Het gaat in deze gevallen dus niet om een toekenning van een vergoeding voor de uitgaven of het gemiste onstoffelijk voordeel, maar voor het feitelijk verloren gaan van het vermogensrecht. Ik meen voor deze benadering ook steun te ontlenen aan de parlementaire geschiedenis bij art. 6:95 BW, waarin de wetgever nader uiteenzette waarom uitgaven die hun doel missen volgens de wetgever – anders dan in de Toelichting-Meijers nog werd aangenomen – als vermogensschade kunnen worden gekwalificeerd:

‘Deze uitgaven kunnen op verschillende wijzen een rol spelen. In de toelichting wordt het geval genoemd van iemand die bijvoorbeeld door schuld van een vervoerder het genot mist van een vakantieverblijf of een concert, waarvoor hij de nodige uitgaven reeds heeft gedaan. Dat deze nog niet genoten onstoffelijke prestaties die verkregen zijn in ruil voor een stoffelijk voordeel, vermogensrechtelijk van aard zijn, vloeit al voldoende duidelijk voort uit artikel 3.1.1.5 [= art. 3:6 BW; toevoeging auteur].’<sup>71</sup>

Ook hier wordt de vergoedbaarheid van dergelijke uitgaven dus in verband gebracht met de omschrijving van vermogensrechten in art. 3:6 BW en ligt de nadruk niet zozeer op het onstoffelijk voordeel zelf, maar op de ‘nog niet genoten onstoffelijke prestaties’, oftewel: het recht op die onstoffelijke prestatie als vermogensrecht.<sup>72</sup> Voor een ruimere vergoedbaarheid van dergelijke uitgaven – d.w.z. buiten de gevallen waarin de mogelijkheid om een vermogensrecht te benutten definitief verloren gaat – biedt de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten.

Het is van belang te benadrukken dat dit verschil ook tot andere resultaten leidt dan de hierboven behandelde opvatting die rechtstreeks aanknoopt bij het misgelopen onstoffelijk voordeel of de uitgaven die hun doel hebben gemist. De omstandigheid dat in ruil voor een recht op een onstoffelijke prestatie bepaalde uitgaven worden gedaan, is namelijk weliswaar de reden om dat recht op grond van art. 3:6 BW als vermogensrecht aan te merken, maar dat betekent niet dat de waarde van dat vermogensrecht ook per definitie correspondeert met hetgeen iemand als concrete tegenprestatie voor dat recht heeft betaald. Zo kan degene aan wie een concertkaartje geschonken is eveneens

<sup>70</sup> Zie OGH 17 februari 2010, zaaknr. 20b113/09w.

<sup>71</sup> Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6* BW, p. 333.

<sup>72</sup> Zie voor een soortgelijke benadering naar Oostenrijks recht Schobel 2003, p. 96-97 en p. 142 e.v. Wellicht moet ook Lindenbergh 1998, p. 85 in deze zin worden begrepen, alwaar hij de rechtvaardiging voor de vergoedbaarheid van vergeefs gedane uitgaven zoekt in de omstandigheid dat ‘als gevolg van de uitgaven een aanspraak is verworven die wortelt in het vermogen en een bepaalde economische waarde vertegenwoordigt’. Vgl. in dezelfde richting A.L.M. Keirse in punt 7 van haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25. Zoals hieronder nader aan de orde komt, wijkt de in deze bijdrage verdedigde benadering echter in verschillende opzichten af van een benadering aan de hand van het leerstuk van uitgaven die hun doel missen.

<sup>69</sup> Zie Zeuner 1963, p. 389-390 en Küppers 1976, p. 100. Zie voorts Würthwein 2001, p. 403-404.

aanspraak maken op een vergoeding van de marktwaarde, zoals ook de eigenaar van een geschonken zaak bij tenietgaan van die zaak aanspraak kan maken op de marktwaarde van de zaak.<sup>73</sup>

Met het voorgaande is nog niet gezegd in welke concrete gevallen het inderdaad gerechtvaardigd is om de onmogelijkheid om gebruik te maken van een bepaald vermogensrecht inderdaad gelijk te stellen met het tenietgaan van dat recht. Ik bespreek dat probleem hierna in verband met de positie van de huurder van een zaak.

## 6. De positie van de huurder van een zaak

Hiervoor heb ik in het kader van de gemiste gebruiksmogelijkheden steeds de positie van de eigenaar van een zaak tot uitgangspunt genomen. Er is echter aanleiding om afzonderlijk stil te staan bij de positie van de huurder van de zaak, die door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is het gebruik van de gehuurde zaak misloopt. Ook de aanspraak van de huurder op het genot van de gehuurde zaak kwalificeert namelijk als een vermogensrecht, omdat dit recht op huurgenot is verkregen in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Ook voor de huurder geldt dat de waarde van dit vermogensrecht geheel wordt bepaald door de mogelijkheid om van dat recht gebruik te maken, zodat het gerechtvaardigd kan zijn om het gemis van deze gebruiksmogelijkheid gelijk te stellen met het tenietgaan van het vermogensrecht.

Op het eerste gezicht lijkt het wellicht vreemd om aan te nemen dat de huurder van een zaak wél vermogensschade lijdt indien hij het gebruik van de zaak moet missen, terwijl hiervoor is betoogd dat de – niet-verhurende – eigenaar die op dezelfde wijze wordt gestoord in het gebruik géén vermogensschade lijdt. Toch pleit een aantal argumenten naar mijn mening voor dit onderscheid. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is er geen reden om het verlies van de gebruiksmogelijkheid van de eigenaar aan te merken als vermogensschade, omdat de waarde van de gebruiksmogelijkheid van de eigenaar reeds besloten ligt in de waarde van de zaak zelf. Wanneer de eigenaar de zaak echter besluit te verhuren, wordt de gebruiksmogelijkheid verzelfstandigd ten opzichte van de waarde van de zaak zelf. Daarmee wordt de gebruiksmogelijkheid in het economisch verkeer gebracht en krijgt deze een zelfstandige waarde.<sup>74</sup> De waarde van dit recht op huurgenot wordt vervolgens bepaald door de mogelijkheid om de gehuurde zaak te gebruiken. Net als bij het hiervoor behandelde voorbeeld van het concertkaartje heeft het recht van de huurder namelijk geen van de gebruiksmogelijkheid te onderscheiden waarde. Dat pleit ervoor de onmogelijkheid om van het recht op huurgenot gebruik te maken gelijk te stellen aan een tenietgaan van dit recht. De reden dat de eigenaar die de zaak niet heeft verhuurd

geen vermogensschade lijdt door het tijdelijk gemis van de gebruiksmogelijkheid, is dus gelegen in de omstandigheid dat hij de mogelijkheid om de gebruiksmogelijkheid te verzelfstandigen niet heeft benut, zodat de waarde van de gebruiksmogelijkheid nog altijd besloten ligt in de waarde van de zaak zelf.<sup>75</sup> Zoals in paragraaf 4 aan de orde kwam, komt de toekenning van een vergoeding voor het gemiste gebruik in dat geval namelijk in feite neer op de fictie dat de eigenaar de zaak gedurende die periode zou hebben verhuurd, terwijl hij die mogelijkheid om de gebruiksmogelijkheid te verzelfstandigen nu juist niet heeft benut. Bovendien is hiervoor geïllustreerd dat de eigenaar in veel gevallen de mogelijkheid heeft om het gebruik op een later moment in te halen, zodat per saldo geen sprake is van een derving van de gebruiksmogelijkheid, maar slechts van een verplaatsing naar een later moment. Ook dat argument geldt niet voor de huurder, omdat het recht van de huurder een tijdelijk karakter heeft: degene die een auto huurt voor een weekend, maar op weg naar het verhuurbedrijf wordt aangereden en daardoor niet in staat is de auto te gebruiken, heeft niet de mogelijkheid om dit gebruik op een later moment in te halen.<sup>76</sup> Het recht op huurgenot van de auto is daarmee waardeloos geworden.

Het valt evenwel niet te ontkennen dat dit laatste verschil tussen de eigenaar en de huurder minder groot wordt naarmate de huurperiode een langere duur heeft.<sup>77</sup> Wie een dag een auto huurt voor een dierentuinbezoek en de gebruiksmogelijkheid verliest, heeft niet de mogelijkheid om dit gebruik op een later moment in te halen.<sup>78</sup> Wie daarentegen een auto huurt voor een periode van vier jaar, kan het dierentuinbezoek zonder bezwaar op een ander moment inhalen. Om die reden zou het in het laatste geval niet terecht zijn om de gemiste gebruiksmogelijkheid gelijk te stellen met een gedeeltelijk tenietgaan met het huurrecht. Dat onderscheid laat zich verklaren doordat in het eerste geval betaald wordt voor het daadwerkelijke gebruik, terwijl in het laatste geval vooral wordt betaald voor de gebruiksmogelijkheid gedurende de huurperiode. Er is dus reden deze twee gevallen anders te behandelen. Een naar mijn mening aansprekende methode om die gevallen van elkaar af te grenzen wordt gegeven in de Oostenrijkse literatuur: doorslaggevend is of aannemelijk is dat de benadeelde het vermogensrecht ook zou hebben verworven, indien hij het desbetreffende gebruik zou hebben gemist.<sup>79</sup> Het ligt in de rede om aan te nemen dat degene die een auto huurt voor een periode van vier jaar, de auto ook zou hebben gehuurd als hij zou weten dat hij van die auto een of enkele dagen geen gebruik zou kunnen maken. Het spreekt daarentegen voor zich dat degene die een auto voor een dag huurt, de auto niet zou hebben gehuurd indien hij had geweten dat hij de auto die dag niet zou kunnen gebruiken.

73 Zie Escher-Weingart 1993, p. 114, Lange & Schiemann 2003, p. 403.

74 Zie Küppers 1976, p. 109 en p. 114, Schobel 2003, p. 152, voetnoot 193 en Lange & Schiemann 2003, p. 285.

75 Zie Koziol 2020, p. 170.

76 Zie Larenz 1965, p. 501 en Küppers 1976, p. 122.

77 Vgl. Koziol 2020, p. 170.

78 Vgl. Küppers 1976, p. 142-143.

79 Zie Bernat & Schwarzenegger 2013, p. 42-45. Vgl. ook in die richting Soergel/Mertens 1990, Vor § 249 BGB, Rn. 102.

Dit criterium is naar mijn mening meer in het algemeen geschikt om te beoordelen of het gerechtvaardigd is de onmogelijkheid om van een bepaalde aanspraak gebruik te maken, gelijk te stellen met het tenietgaan daarvan. Men denke aan de klassieke gevallen waarin een vergoeding wegens vergeefs gedane uitgaven niet redelijk wordt geacht, zoals de vergoeding van doorlopende kosten van bijvoorbeeld huur, internet en sportschool gedurende een ziekenhuisverblijf van twee weken. Het ligt voor de hand dat degene die kosten ook zou hebben gemaakt, indien hij had geweten dat van de daartegenover staande prestaties gedurende twee weken geen gebruik kan worden gemaakt, hetgeen bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit het feit dat men dergelijke kosten ook pleegt te maken gedurende een vakantie van twee weken. Maar als iemand weet dat hij zes maanden geen gebruik kan maken van zijn jaarabonnement op de sportschool, is het aannemelijk dat hij het abonnement niet zou hebben afgesloten, zodat het gerechtvaardigd is om een vergoeding voor de abonnementsgelden gedurende de zes maanden toe te kennen, indien iemand als gevolg van een ongeval zes maanden in het ziekenhuis moet verblijven.

## 7. Conclusie

In dit artikel ben ik ingegaan op de kwalificatie van het gemis van een gebruiksmogelijkheid als vermogensschade. Gebruiksmogelijkheden kunnen onmiskenbaar een vermogenswaarde hebben. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat het moeten missen van een gebruiksmogelijkheid steeds tot vermogensschade leidt. Voorafgaand daaraan moet de vraag worden gesteld of de gebruiksmogelijkheid een zelfstandige vermogenswaarde heeft, hetgeen niet het geval is als de waarde van de gebruiksmogelijkheid reeds opgesloten ligt in de waarde van het gebruiksobject zelf. In die gevallen, zoals het geval dat de eigenaar het gebruik van zijn auto tijdelijk moet missen of de eigenaar van een woning wordt gestoord in zijn woongenot, levert het enkele missen van de gebruiksmogelijkheid geen vermogensschade op. Anders dan de Hoge Raad heeft geoordeeld in de prejudiciële beslissing over de aardbevingsschade in Groningen, kan gederfd woongenot als zodanig naar mijn mening om die reden niet als vermogensschade worden aangemerkt.

Omdat de waarde van de gebruiksmogelijkheid opgesloten ligt in de waarde van het gebruiksobject zelf, is het echter niet uitgesloten dat beperkingen in het gebruik leiden tot een waardevermindering van de zaak. De vermogensschade bestaat in dat geval echter niet uit de gemiste gebruiksmogelijkheid als zodanig, maar uit de verminderde waarde van de zaak zelf. Indien de gebruiksmogelijkheid daarentegen een zelfstandig karakter heeft, kwalificeert het recht op gebruik als een zelfstandig vermogensrecht. In die gevallen kan het gerechtvaardigd zijn om het moeten missen van de gebruiksmogelijkheid op een lijn te stellen met het tenietgaan van het vermogensrecht. Beslissend daarvoor is of aannemelijk is dat de benadeelde het vermogensrecht

niet zou hebben verworven, indien hij het desbetreffende gebruik zou hebben gemist. In dat geval wordt de waarde van het vermogensrecht namelijk volledig bepaald door de mogelijkheid om dat recht ook te benutten. Het verlies van die mogelijkheid kwalificeert om die reden als vermogensschade.