

1. Inleiding

Een term die men in de contractuele praktijk regelmatig ontmoet is ‘directe schade’. Een toelichting ontbreekt echter veelal: men lijkt te veronderstellen dat de betekenis van deze term bekend is.¹ Zij wordt vaak gebruikt in exonerationbedingen, in het bijzonder in de ICT-branche.² Er wordt dan een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte schade. Vaak wordt voor directe schade een aansprakelijkheidslimiet overeengekomen en wordt voor indirecte schade algeheel geëxonerend.³ Ook de term ‘gevolgsschade’ wordt wel gebruikt in onderscheid van en afgezet tegen directe schade.⁴ Een enkele keer ontmoet men een exoneration voor zowel indirecte als gevolgsschade.⁵

De soms geopperde gedachte⁶ dat het om een nieuwe, van oorsprong Amerikaanse term zou gaan, wordt gelogenstraft door het feit dat men de term al kan aantreffen in jurisprudentie uit de jaren zestig en zeventig.⁷ Dat doet er evenwel niet aan af dat er in de moderne literatuur en jurisprudentie geen eenduidige definitie van dit begrip is te vinden. Wissink en Van Boom stellen dan ook (ten aanzien van het onrechtmatige-daadsrecht) dat de term directe schade (en zijn tegenpool, indirecte schade) geen vaste betekenis heeft in het Nederlands recht.⁸

¹ Dit komt ook voor in de literatuur, bv. Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 433, Schut, RMThemis 1987, p. 393. C.E. Drion, *Contracteren* 1999, p. 16nt3 wijst op de onzekerheid over de betekenis van deze term.

² Drion, t.a.p., P.G. van der Putt, *Distributie van software*, Mon. Recht en Informatietechnologie dl. 5, par. 9.6, T.J.M. de Weerd, in: *Overeenkomsten inzake informatietechnologie*, Mon. Recht en Informatietechnologie, dl. 2, par 5.2. Zie bv. art. 10.1 Fenit-voorwaarden 2003, waarover T.J. de Graaf, *Contracteren* 2004/1, p. 17-18 en diss. Leiden 2005, p. 173.

³ Zie bv. de contracten genoemd in HR 30 september 1994, NJ 1995, 45, HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (Vos/Heipro), Hof Amsterdam 20 januari 2005, NJF 2005, 184, Hof Arnhem 25 februari 1997, NJ 2001, 621. Zie voor gebruik in jurisprudentie: Van der Putt, a.w., p. 72nt188 en 74 met verwijzingen, Hof Amsterdam 20 januari 2005, NJF 2005, 184, Hof Arnhem 25 februari 1997, NJ 2001, 621, HR 30 september 1994, NJ 1995, 45.

⁴ Zie het Hof in de procedure die leidde tot HR 12 juli 2002, NJ 2002, 542 (Den Hollander/KBB), Hof, rov. 8 in HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer), Rechtbank aangehaald in Hof Arnhem 2 april 1996, NJ 1996, 689. Dergelijke exonerationen waren ook aan de orde (niet in cassatie) in de casus van HR 22 september 2000, NJ 2000, 644, Rb Zutphen 4 februari 1999, NJ 1999, 746 (in casu toelaatbaar geacht), Hof Amsterdam 20 januari 2005, NJF 2005, 184. Andere voorbeelden zijn de condities genoemd in conclusie, nr. 2, voor HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Citronas) en bij Van der Putt, a.w., par. 9.6, met verwijzingen, A-G Asser, nr. 2.32 voor HR 31 mei 1996, NJ 1997, 259, A-G Vranken, nrs. 20-30, m.n. 26, voor HR 9 december 1994, NJ 1995, 197, Rb Haarlem 4 december 1990, NJ 1992, 781, Mok, noot onder HvJEG 11 juli 2006, NJ 2006, 466, o.a. verwijzend naar conclusie A-G Verkade, nr. 5 voor HR 30 september 2005, LJN AT6835.

⁵ Zie het contract in Hof Amsterdam 20 januari 2005, NJF 2005, 184.

⁶ Van der Putt, a.w. par. 9.6, De Weerd, a.w., par. 5.2, vgl. Drion, t.a.p.

⁷ Bv. de inleidende vordering in HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkit), de Parlementaire Geschiedenis uit 1953, aangehaald in de conclusie, nr. 6, voor HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 255, ook de rechtbank in de procedure voor HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudo-Vogelpest). Zie later ook Hof Den Bosch 10 januari 2006, NJF 2006, 261, Rb Zwolle 3 mei 2006, NJF 2006, 279. Vgl. de inkleding van de vordering in HR 31 januari 1992, NJ 1992, 686 (Van der Hoeven/Comtu), en in HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419.

⁸ In het Nederlands rapport in: U. Magnus (red.), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Den

In de schaarse literatuur hieromtrent neemt men aan dat directe schade dient om een onderscheid af te bakenen met verder afgelegen schade. Het zou volgens de één duiden op zaakschade, afgezet tegen zuivere vermogensschade,⁹ volgens de ander op de schade die dicht bij het geleverde staat, afgezet tegen verder verwijderde schade zoals gederfde winst.¹⁰ Op welke basis men de grens moet bepalen wordt daarmee niet duidelijk. Bovendien blijft onduidelijk hoe directe schade moet worden geplaatst binnen bekende rechtsfiguren als toerekenbaarheid. Er is dan ook reden voor een nader onderzoek. Ik zal mij daarbij concentreren op het overeenkomstenrecht, aangezien de term daar het meest gebruikt wordt.

2. Directe schade bij koop

De oorsprong van de termen directe, indirecte en gevolgschade is waarschijnlijk gelegen in het kooprecht.¹¹ Van oudsher maakt men onderscheid tussen schade bestaande uit het gebrek in een zaak, en eventuele schade ontstaan als gevolg van het aanwezig zijn van dat gebrek.¹² Men illustreert dit meestal aan een voorbeeld dat afkomstig is van Pothier.¹³ Een verkoper verkoopt een zieke koe, die vervolgens de veestapel van de koper besmet. Als gevolg van de besmetting kan de koper onvoldoende zorg dragen voor zijn oogst en geraakt hij in faillissement. Volgens Pothier diende een verkoper die het gebrek niet kende slechts voor de zaak in te staan, maar moest een verkoper die van het gebrek op de hoogte was ook de schade uit de besmetting van de veestapel vergoeden. De verdere schade behoefde hij evenwel niet te vergoeden, deze was slechts een ver verwijderd en zeer indirect gevolg van de verkoop.

Deze opvatting lag ten grondslag aan het stelsel van de Code Civil en het BW van 1838. Onder het oud BW gold voor koop de verborgen-gebrekenregeling van art. 1544 en 1545 (oud) BW (vergelijk art. 1646 Code Civil) die inhield dat de verkoper te goeder trouw slechts aansprakelijk was voor vermindering van de koopprijs (art. 1544 (oud) BW) of het terugnemen van de zaak (tegen terugbetaling van de koopprijs) en vergoeding van “de kosten op den koop en de levering gevallen” (art. 1545 (oud) BW). De aansprakelijkheid van de verkoper zou hiermee in feite niet

Haag 2001, op p. 148.

⁹ De Weerd, a.w., par 5.2.

¹⁰ Van der Putt, a.w., par. 9.6.

¹¹ Zie voor het kooprecht: Asser-Hijma, 5-I, nr. 475: gevolgschade is de schade toegebracht aan het overige vermogen, ook Jongeneel/Klik, *Koop en consumentenkoop*, 5e dr. 2002, p. 83, verwijzend naar PG Bk 7, p. 160. Dit gaat terug op D. 19, 1, 13pr. en 1 (Iul., Ulp.), zie D. Medicus, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg 1977, p. 7-8.

¹² Bv. A-G Bakels, conclusie nr. 2.41 voor HR 18 januari 2002, NJ 2002, 106 (Ruinemans/Heijmeijer) ten aanzien van dwaling, het Hof, rov. 6, te kennen uit HR 7 november 1986, NJ 1987, 934, Wachter, noot nr. 2 onder HR 6 oktober 1978, NJ 1980, 534.

¹³ Pothier, *Traité des obligations*, nrs. 166, 167, voortbouwend op een voorbeeld van Domat over een kudde schapen (zie Schut, *Produktaansprakelijkheid*, Zwolle 1974, p. 197). Vgl. ten aanzien van besmette kippen HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudo-vogelpest).

meer omvatten dan alleen de schade van het voorwerp zelf, de zaakschade.¹⁴ De vermogensschade die uit het gebrek voortvloeide, de gevolgschade, zou voor rekening van koper blijven. De Hoge Raad heeft de reikwijdte van deze regeling ingeperkt tot alleen species-zaken. Genuszaken vielen – net als de verkoop te kwader trouw van specieszaken – onder de gewone regels voor wanprestatie.¹⁵ In zulke gevallen was een ruimere schadevergoeding mogelijk. Als grens gold dat ex art. 1284 (oud) BW alleen vergoed werd de schade die “een onmiddellijk en dadelijk gevolg” van de wanprestatie was. Deze bepaling was een letterlijke vertaling van art. 1151 Code Civil, dat sprak van “ce qui est une suite immédiate et directe”.

Deze wetbepalingen gaven aanleiding tot een onderscheid in verschillende soorten soorten schade. In de casus van de zieke koe zijn er drie schadeposten aan de orde:

- (a) de schade aan de koe zelf,
- (b) de besmetting van de veestapel, en
- (c) eventuele verder verwijderde schade zoals inkomensverlies doordat de boer onvoldoende tijd aan de oogst kan besteden.

De verkoper te kwader trouw diende de eerste twee soorten schade te vergoeden: deze zijn ook tezamen als onmiddellijk (en dus direct) in de zin van art. 1284 (oud) BW opgevat.¹⁶ ‘Direct’ is echter geen zuivere term in dit verband. Zoals Suijling aangeeft omvat zij meer dan de schade bestaande uit de gebrekkige levering zelf (het gebrek aan de zaak), en omvat zij ook de onmiddellijke *gevolgen*: ook de besmetting is strikt genomen een gevolg van de gebrekkige levering, maar is een zo nabij gevolg dat dit als directe schade moet worden aangemerkt.¹⁷ Directe of onmiddellijke schade moet men volgens Suijling ruim opvatten, overeenkomstig het inzicht van het dagelijks leven.¹⁸ Men kan deze directe schade afzetten tegen indirecte schade.

Daarnaast werd er, in aansluiting op ontwikkelingen in Duitsland, ook gesproken over *gevolgschade*: hiermee doelde men op alle schade die niet de schade aan het verkochte object zelf (de rechtstreekse schade) is, dus zowel de onmiddellijke gevolgen (zoals de besmetting van de veestapel) als ook de nog verder gelegen gevolgschade.¹⁹ De term ‘gevolgschade’ heeft het voordeel dat zij helderder is af te bakenen dan de term ‘indirecte schade’: zij staat tegenover de

¹⁴ Schut, a.w., p. 213, A-G Hartkamp, nr. 6 (sprekend over gevolgschade), vóór HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (heupdysplasie), Rb Roermond 5 juli 1984, NJ 1985, 619. Enkele bijkomende posten werden hier nog wel toe gerekend, L.C. Hofmann, Het Nederlandsch Verbintenissenrecht, dl. 2, 2^e dr. 1942, p. 71 noemt rente en kosten van onderhoud van een dier.

¹⁵ Schut, a.w. 1974, p. 213, HR 16 mei 1952, NJ 1953, 459, HR 3 april 1970, NJ 1970, 252.

¹⁶ Bv. Suijling ii.1, 2^e dr. 1934, nr. 353, p. 552, Hofmann-Van Opstall, 7^e dr. 1948, dl. I.1, p. 73 (art. 1284). Daarentegen noemt Schut, a.w. 1974, p. 213, de besmetting van de veestapel indirecte schade.

¹⁷ Suijling, t.a.p.

¹⁸ Suijling, t.a.p., ook Hofmann-Van Opstall, 9^e dr., p. 221-224 die aangeeft dat de Hoge Raad dit invulde als de naar ervaringsregels te verwachten gevolgen.

¹⁹ Schut, a.w. 1974, p. 6, ook het Hof, rov. 6 in HR 7 november 1986, NJ 1987, 934.

schade die door de fout zelf wordt geconstitueerd, de schade aan het desbetreffende rechtsgoed (in casu de verkochte zaak) zelf.²⁰

Dit betekent dat er onder oud recht de volgende onderscheiden werden gemaakt:

- directe schade (post a en b) versus indirecte schade (post c), en
- schade aan de zaak zelf (post a) versus gevolgschade (post b en c).

Gevolgschade staat in deze onderverdeling niet tegenover directe schade: sommige directe schade is tevens gevolgschade. Directe schade is een term die voor de toepassing van art. 1284 oud BW relevant is; gevolgschade daarentegen heeft slechts betekenis bij de koop van specieszaken waar de verkoper te goeder trouw is (art. 1545 oud BW). Onder de vigeur van het BW van 1992 hebben de opvattingen zich gewijzigd: thans kan ook bij specieskoop de gevolgschade, voorzover toerekenbaar, onder de schadevergoedingsplicht vallen.²¹

3. Verzuim, verzekering, vervoer

Het in het kooprecht gevormde onderscheid kan gegeneraliseerd worden tot andere overeenkomsten. Ik zal deze termen ook in die zin hanteren. Het paar directe/indirecte schade heeft dan betrekking op wat thans de toerekenbaarheid wordt genoemd. Dit komt in par. 4 aan de orde. Gevolgschade kan dan worden afgezet tegen de schade aan of waardevermindering van het rechtsgoed dat voorwerp van de overeenkomst vormt: de te repareren auto, het te beheren vermogen. ‘Gevolgschade’ treft men in verschillende vormen op diverse andere terreinen in het privaatrecht aan. Soms zet men dit af tegen ‘directe schade’: de lezer zij er op gewezen dat het dan niet gaat om directe schade in de zojuist gedefinieerde zin, maar om een tegenpool van ‘gevolgschade’.

In de discussie omtrent de verzuimregeling neemt men in het algemeen aan dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen schade die bestaat uit de ondeugdelijke uitvoering van een overeenkomst zelf, en schade ontstaan als gevolg van de ondeugdelijke uitvoering. De eerste schade is door een latere deugdelijke uitvoering alsnog ongedaan te maken, de tweede valt niet ongedaan te maken en daarvan is correcte nakoming dus onmogelijk.²² De relevantie van dit onderscheid is dat er ten aanzien van de laatste soort schade, gevolgschade, geen ingebrekestelling

²⁰ Vgl. K. Roussos, *Schaden und Folgeschaden*, Köln 1992, p. 33.

²¹ Asser-Hijma, 5-I, nr. 479, verwijzend naar de eerdere opvatting van Schut in Asser-Schut, 5-I, 4e dr., p. 260-263, volgens wie zulke gevolgschade hooguit op grond van onrechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen. Evenzo Krans, diss., p. 144. Uitvoerig over oud en nieuw recht: P. Klik, NTBR 1993, p. 247-260. Ook Hartkamp wijst op de mogelijk gewijzigde opvatting in zijn conclusie, nr. 9, voor HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen).

²² Overigens is dit geen volkomen zuiver onderscheid: sommige gevolgschade is nog wel te herstellen, denk aan de glazenzerter die bij het inzetten van een ruit een andere ruit breekt.

nodig is.²³ Men kan bijvoorbeeld denken aan het verschil tussen de kosten van herstel van de tekortkoming (vervangingsschade), en schade als gevolg van het nodig zijn van het herstel (bedrijfsstilstand etc.).²⁴ Er worden daarnaast ook andere soorten schade onderscheiden, zoals vertragingsschade (art. 6:85 BW), of nakomingsschade.²⁵

In het verzekeringsrecht werkt men vaak met de term ‘gevolgschade’ om de schade aan te duiden die voortvloeit uit een door de polis gedekt evenement: die ‘gevolgschade’ is dan niet gedekt.²⁶ Strikt genomen is nagenoeg alle schade een gevolg van een evenement,²⁷ het gaat hierbij in wezen daarom dat bepaalde schade wordt beschouwd als in verder verwijderd verband staand met het evenement. Merk op dat in dit verband ‘gevolgschade’ geen vaste betekenis heeft: wat als gevolg wordt aangemerkt, zal afhangen van de schade die door de polis wordt gedekt.²⁸ Zo zal bedrijfsschade als gevolg van een brand niet door een gewone brandverzekering worden gedekt maar mogelijk wel door een bedrijfsschadeverzekering.²⁹

Hetzelfde zien we in het vervoersrecht: art. 23 lid 4 CMR geeft slechts recht op vergoeding van kosten die rechtstreeks aan het vervoer als zodanig zijn verbonden, en niet van schade die uit het ondeugdelijk vervoer voortvloeit (‘gevolgschade’).³⁰

Een afwijkende invulling is dat men gevolgschade of indirecte schade afzet tegen zaakschade.³¹ Dat lijkt op de invulling uit het kooprecht: bij koop is de schade aan het rechtsgoed zelf immers meestal zaakschade (echter bij koop van onstoffelijke goederen is dat niet het geval).

²³ Aldus Brunner/De Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, 2^e dr. 2004, blz. 182 (nr. 203), ook Streefkerk, NTBR 2004, p. 10, D. Haas, ‘Gevolgschade en het recht op een tweede kans, de verzuimregeling in perspectief’, WPNR 6623 (2005), blz. 435-446, op p. 437 l.k., Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 359d, Van Swaaij, WPNR 6316 (1998), p. 345, De Jong, NTBR 2005, p. 292, verwijzend naar PG Bk 6, p. 262, 258 en 306. Zie ook A-G Langemeijer, nr. 2.16-18 voor HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258 die het voorbeeld van de zieke koe noemt, A-G Keus, nr. 2.6, voor HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597, A-G Huydecoper, nr. 31(c) voor HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46. Vgl. A-G Bakels, nr. 3.3 voor HR 12 juli 2002, NJ 2002, 542.

²⁴ Zoals bv. aan de orde in de procedure die leidde tot HR 6 oktober 2000, NJ 2000, 691 (Verzicht/Rowi).

²⁵ Brunner/De Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, 2^e dr. 2004, blz. 182-183 (nr. 203), Streefkerk, NTBR 2004, p. 10, Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 359d, Van Swaaij, WPNR 6316 (1998), p. 345, Haas, WPNR 6623, p. 437.

²⁶ Bv. het hof, rov. 4.5, in de uitspraak die leidde tot HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89 (Nationale Nederlanden/t Witte Paardje), ook HR 11 november 1988, NJ 1990, 440. Bij de CAR-verzekering is dit kennelijk gebruik, zie conclusie A-G Asser, nr. 2.32 voor HR 31 mei 1996, NJ 1997, 259 met verwijzingen, vgl. HR 12 april 1991, NJ 1991, 433, hierover ook T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, diss. Rotterdam 1996, blz. 258-264. Zie ook A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht*, diss. Rotterdam 2006, blz. 81 over de relatie tussen evenement en gevolg. Overigens kan de term ook worden gebruikt als afgezet tegen zaaksbeschadiging, dan is mogelijk dat gevolgschade wel vergoed wordt, zie bv. A-G Asser, nr. 2.44, voor HR 19 september 1997, NJ 1998, 886 inzake een scheepsaanvaring.

²⁷ Vgl. A. Blom, diss., blz. 83.

²⁸ Wachter, noot nr. 2 onder HR 6 oktober 1978, NJ 1980, 534 suggereert echter dat voor de invulling van deze ‘gevolgschade’ aansluiting moet worden gezocht bij de toerekening naar redelijkheid.

²⁹ Zo was bv. gevolgschade wel gedekt in de verzekering in HR 11 november 1989, NJ 1990, 440, zie conclusie, nr. 1, ook in Hof 's-Gravenhage 21 maart 2006, NJF 2006, 260.

³⁰ P. De Meij, ‘Gevolgschade in het internationale wegvervoer’, NTBR 1996, p. 70-75, ook HR 14 juli 2006, NJ 2006, 599, zie conclusie nrs. 25-35, m.n. nr. 32.

³¹ Zie bijvoorbeeld ten aanzien van zaaksbeschadiging in het algemeen Barendrecht/Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Den Haag 1995, p. 73 en R.A. Salomons, Mon. NBW B-38, 2^e dr. 1993, nr. 22.

Dit gebruik kan zinvol zijn voorzover het gaat om een gebrek aan of de beschadiging van een zaak, en afhankelijk van de bedoeling die men met dit onderscheid voor ogen heeft. Bij overeenkomsten die geen betrekking hebben op zaken is zodanig gebruik echter niet op zijn plaats: men miskent dan dat de essentie ligt in het voorwerp van de overeenkomst, niet in het onderscheid tussen schade aan stoffelijke voorwerpen en vermogensschade.³² Ook de verzekeringsrechtelijke betekenis wordt wel gegeneraliseerd: men beschouwt gevolgschade dan als de financiële gevolgen van een bepaalde, specifieke gebeurtenis.³³ Ook dit gebruik is echter niet in alle gevallen passend: in het verzekeringsrecht kan men immers teruggrijpen op een overeenkomst die de gebeurtenis specificeert en daarmee het risico afbakt, maar zo'n expliciete, welbewuste regeling is niet bij alle overeenkomsten te vinden.

4. Directe schade en toerekening

De tegenstelling tussen directe en indirecte schade had van oudsher betrekking op vragen van minder of verder verwijderd verband: het gaat om wat wij tegenwoordig noemen vragen van toerekening.³⁴ Art. 1284 (oud) BW gaf de schuldeiser ingeval van wanprestatie slechts een aanspraak op vergoeding van schade en winstderving die het "onmiddellijk en dadelijk gevolg" was van de niet-nakoming. Schade die niet aan deze eis voldeed werd wel aangeduid als indirecte schade.³⁵ De bepalingen van art. 1283 en 1284 (oud) BW werden door de rechtspraak en doctrine beschouwd als gezamenlijk inhoudend de eis van toerekenbaarheid.³⁶ Ook het bij het kooprecht besproken art. 1545 (oud) BW kan worden beschouwd als een bijzondere toerekeningsbepaling. Tegenwoordig is de eis van toerekenbaarheid neergelegd in art. 6:98 BW. In aansluiting op het gebruik in het kooprecht dient men directe schade te beschouwen als de schade die toerekenbaar is in de zin van art. 6:98 BW, en indirecte schade als schade die niet toerekenbaar is.³⁷ Gevolgschade

³² Van der Putt, a.w., p. 76 wijst er op dat een invulling van gevolgschade als omvattend alle vermogensschade onvoldoende mogelijkheden biedt voor een genuanceerde risico-verdeling.

³³ Aldus A-G Huydecoper, nr. 5.10, voor HR 28 september 2001, NJ 2001, 650 (Fabriek van diastatische producten/gemeente Leiden). Vgl. ook de omschrijving van A-G Koopmans inzake een CAR-verzekering, conclusie nr. 10 voor HR 12 april 1991, NJ 1991, 433, verwijzend naar Dorhout Mees, *Het nieuwe verzekeringsrecht*, 1987, nr. 304.

³⁴ Zie ook Rb Almelo 26 oktober 2005, NJF 2006, 43 voor zodanig gebruik van 'indirecte schade', evenwel in het kader van een onrechtmatige daad. J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, diss. Tilburg 2003, p. 94-96, bespreekt gevolgschade als een causaliteitsvraag, en verwijst naar de Angelsaksische term 'consequential damages'. Zijns inziens is de voorzienbaarheid relevant, en komt gederfde winst minder snel voor vergoeding in aanmerking.

³⁵ J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, diss. Amsterdam 1971, blz. 157.

³⁶ H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. Leiden 1999, blz. 124-125. Zie verder Schut, RMThemis 1978, p. 380-403, M.M. Olthof, 'Causaliteit bij wanprestatie', BW Krant Jaarboek 1988, p. 37-42. Ook Hofmann-Van Opstall, 9^e dr., p. 221 e.v. voor de historie, waarin deze bepalingen werden uitgelegd als inhoudende een eis van voorzienbaarheid.

³⁷ Aldus bv. Rb Almelo 26 oktober 2005, NJF 2006, 43, rov. 5.

kan wel of niet toerekenbaar zijn.³⁸

Wat beschouwt men doorgaans als toerekenbaar bij wanprestatie? De literatuur en jurisprudentie geven hier helaas slechts beperkte aanwijzingen. Ingeval verweerder wanpresteerde en als gevolg daarvan eiser een contract met een derde niet kon nakomen en daardoor een contractuele boete verschuldigd werd, was deze boete een ‘dadelijk en onmiddellijk’ gevolg.³⁹ Voor het thans geldende recht wordt soms verdedigd dat ingeval van wanprestatie alleen voorzienbare en rechtstreekse schade toerekenbaar is.⁴⁰ Voor wanprestatie zou dan een beperkter regime gelden dan voor onrechtmatige daad. Van Schellen verzet zich hiertegen. Zijns inziens moet de oude, in art. 1283/1284 (oud) BW verankerde, leer van adequate toerekening onder het nieuw BW worden verlaten ten gunste van een ruimere toerekening, gebaseerd op de vraag of de kans op schade is vergroot.⁴¹ In zijn dissertatie heeft Krans verdedigd dat de voorzienbaarheid (te bepalen naar het moment dat de overeenkomst is gesloten) van de schade een belangrijke rol speelt maar niet doorslaggevend is.⁴² Dit geeft echter nog steeds weinig concrete aanwijzingen voor de precieze grens. Winstderving wordt niet zonder meer uitgesloten geacht, dit kan ook worden afgeleid uit het feit dat art. 6:96 lid 1 BW winstderving uitdrukkelijk noemt.⁴³ De vraag naar de precieze bepaling van de toerekenbaarheid van schade bij wanprestatie kan ik hier helaas niet verder uitwerken.

5. Rechtsvergelijkende opmerkingen

Een op causaliteit (toerekening) geënte invulling van directe schade lijkt op het eerste gezicht aan te sluiten bij ontwikkelingen in andere landen.⁴⁴ Dat het gaat om een causaliteitsvraag lijkt ook te worden aangenomen in rechtspraak aangaande het EEX, waar de term indirecte schade duidt op schade die pas via een tussenkomende gebeurtenis uit een fout ontstaat en dus in zoverre niet direct is.⁴⁵

Toch kan men niet eenduidig volhouden dat directe schade de grens van toerekenbare

³⁸ Krans, diss., p. 144 acht gevolgschade dan ook op zichzelf wel binnen de grens van voorzienbaarheid te vallen. Vgl. ook A-G Vranken, conclusie nr. 26 vóór HR 9 december 1994, NJ 1995, 197.

³⁹ HR 18 mei 1923, NJ 1923, 904, zie Van Schellen, diss., p. 157.

⁴⁰ Schut, RMThemis 1978, 396-397.

⁴¹ *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht*, Studiepocket privaatrecht nr. 35, 1985, blz. 128 en 142. Vgl. ook Olthof, a.w., Asser-Hartkamp 4-I, nr. 435a.

⁴² Krans, diss., p. 137 en 139. Zie uitvoerig p. 142-146 voor zijn visie op de vraag waar de grens ligt.

⁴³ Bv. ook HR 28 januari 1977, NJ 1978, 174 (Van de Weijert/Nieuwkoop). Zie verder bv. HR 26 oktober 1990, NJ 1991, 22 (Helder/Jonker), rov. 3.2, conclusie nr. 1.3-1.4 voor HR 29 april 1988, NJ 1988, 773 (Stassen/Bauknecht), waar door het Hof winstderving werd toegewezen, evenzo (voorzichtig) Duyvensz, t.a.p. Ook Rb Zwolle 3 mei 2006, NJF 2006, 279, waarin wordt geïmpliceerd dat bepaalde winstderving onder directe schade valt. Echter in HR 1 juli 1992, NJ 1992, 711, rov. 3.5 werd winstderving onvoorzienbaar geacht.

⁴⁴ Aldus ten aanzien van onrechtmatige daad in België, Frankrijk, Italië, Zuid-Afrika: Magnus, *Unification of tort law: damages*, p. 28, 80, 123, 162, vgl. 193. Voor Engeland en Oostenrijk (p. 11, 58) wordt onderscheiden tussen directe schade en gevolgschade (consequential loss), maar er wordt geen verband met causaliteitsvragen gelegd.

⁴⁵ Zie in het bijzonder ten aanzien van schade uit onrechtmatige daad HvJEG 10 juni 2004, NJ 2006, 335 (Kronhofer/Maier). Vgl. Hof Den Bosch 21 september 2006, NJ 2006, 575.

schade aanwijst. De toerekening of causaliteit wordt in Engeland bijvoorbeeld benaderd met de maatstaf van redelijke voorzienbaarheid (*reasonable foreseeability*), die wordt beschouwd als een uitdrukking van het beginsel dat te ver verwijderde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Het gaat om de verwijderdheid (*remoteness*) van de schade.⁴⁶ Men spreekt ook over *consequential loss*, maar dit heeft geen eenduidige uitleg. De één beschouwt dit als schade die voor vergoeding in aanmerking komt, maar alleen als het directe gevolgen betreft,⁴⁷ de ander wijst erop dat ‘indirect or consequential loss’ ook gebruikt worden in exoneratiebedingen, maar dat uitspraken over de uitleg van zulke bedingen niet zonder meer mogen worden toegepast op de gewone voorzienbaarheidsvraag.⁴⁸ ‘Direct loss’ lijkt dan meestal te duiden op schade die natuurlijk volgt uit het voorval.⁴⁹ Treitel wijst eveneens op diverse betekenissen van ‘consequential loss’; één van die betekenissen duidt op schade die verder verwijderd is van de tekortkoming in de nakoming en daarom niet voor vergoeding in aanmerking komt. Hij noemt in dat verband een rechtszaak over een zieke koe waarbij de besmetting van de veestapel wel voor vergoeding in aanmerking kwam (dus niet *consequential* in deze zin was).⁵⁰ Ten aanzien van schade uit onrechtmatige daad werd in het verleden ook gesproken over aansprakelijkheid voor schade die ‘direct consequence’ is.⁵¹

De ontwikkeling in Frankrijk wijkt enigszins af van die in Nederland. Ofschoon ook aldaar de verborgen gebrekenregeling bestond die voor de verkoper te goeder trouw de schade beperkte tot de schade van de zaak zelf alsmede de op de koop en levering gevallen kosten (“les frais occasionnés par la vente”, art. 1646 Cc), is in de rechtspraak ten aanzien van professionele verkopers een onweerlegbaar vermoeden van bekendheid met het gebrek aangenomen, terwijl bij niet-professionele kopers de categorie kosten vallende onder art. 1646 Cc aanzienlijk is opgerekt.⁵² Gevolg is dat ook ten aanzien van de koop niet slechts de schade aan de verkochte zaak maar ook diverse verder gelegen schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen. Men spreekt daar meestal over ‘dommage direct’ en ‘dommage indirect’ als gelijkstaand aan het onderscheid dat art. 1151 Cc maakt, dus in wezen de eis van toerekenbaarheid.⁵³ De jurisprudentie schijnt wisselend en

⁴⁶ Birks (ed.), *English Private Law*, vol. II, nr. 18.31 e.v., McGregor on Damages, 17^e dr. 2003, nr. 6-144ff., beide wijzend op nuances in de latere uitleg van de leidende zaak *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341, zie later *Victoria Laundry v Newman* [1949] 2 K.B. 528, CA en *Czarnikow v Koufos (The Heron II)* [1969] 1 A.C. 350, ook *Haris in Chitty on Contracts*, 29^e dr., vol. I, 2004, nr. 26-044ff.

⁴⁷ R. Bernstein, *Economic Loss*, 2^e dr., Londen 1998, p. 142-143.

⁴⁸ A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3^e dr. 2004, p. 87.

⁴⁹ Burrows, t.a.p.

⁵⁰ Treitel, *An outline of the Law of Contract*, 6^e dr. 2004, p. 380, verwijzend naar *Smith v Green* (1875) 1 CPD 92. Zie ook McGregor on Damages, nr. 20-077.

⁵¹ Charlesworth & Perry on Negligence, 11^e dr. 2006, nr. 4-10, verwijzend naar *Re Polemis* [1921] 3 K.B. 560, McGregor on Damages, nr. 6-128 wijst erop dat deze leer niet geldt bij contracten (al was de term enige tijd ook bij contracten in de mode, nr. 6-147). Zie ook Horton Rogers, p. 58, in: Magnus, a.w.

⁵² Schut, a.w. 1974, p. 197-198.

⁵³ A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 10^e dr. 2005, nr. 426 en 676, F. Terré, P. Simler, Y Lequette, *Droit civil*.

in hoge mate feitelijk te zijn.⁵⁴

In Duitsland is de situatie terminologisch vergelijkbaar met de Nederlandse situatie. Hoewel de doctrine in het verleden onderscheidde tussen ‘mittelbarer’ en ‘unmittelbarer Schaden’, heeft dit niet tot een eenduidig gebruik geleid.⁵⁵ Later is men veeleer gaan onderscheiden tussen schade aan het rechtsgoed en gevolgschade, op dezelfde wijze als ten aanzien van het kooprecht hierboven is aangegeven.⁵⁶ Wat onder directe, indirecte of gevolgschade moet worden gerekend, kan echter niet in zijn algemeenheid worden vastgesteld. De jurisprudentie en doctrine zijn gevormd doordat de wet bijvoorbeeld voor wat betreft de toepasselijke verjaringstermijnen onderscheid maakt tussen de direct aan de overeenkomst (koop of opdracht) verbonden schade en zogenaamde *Mangelfolgeschaden*.⁵⁷ Daaruit laat zich niet zonder meer afleiden dat dit onderscheid ook de toerekeningsvraag bepaalt.

De terminologie vertoont in diverse landen derhalve wel overeenkomsten, maar deze wijzen niet eenduidig in één richting. Er zijn geen heldere vuistregels te vinden. Ook indien men de zaak puur vanuit het oogpunt van toerekenbaarheid of de omvang van de beschermde belangen beschouwd, komt men niet veel verder. De vraag in hoeverre verder gelegen schade moet worden vergoed, wordt in verschillende landen niet eenduidig beantwoord, en de wijzen waarop een grens wordt getrokken lopen sterk uiteen.⁵⁸ Men kan daardoor niet eenvoudigweg teruggrijpen op een Europese consensus ten aanzien van het begrip directe schade.

6. Directe schade in de contractspraktijk

Hoe moet men nu omgaan met contractuele bepalingen omtrent directe schade, in het bijzonder exonerationen? Deze zullen als alle bedingen moeten worden uitgelegd.⁵⁹ Het komt evenwel regelmatig voor dat er alleen de termen directe en indirecte schade worden gebruikt zonder enig aanknopingspunt voor de bedoeling. Partijen bediscussiëren zulke definities in mijn ervaring nagenoeg nooit. Het verwijzen naar de bedoeling van partijen blijft daardoor in zulke gevallen in de lucht hangen. De juridische betekenis van zulke termen is dan de meest voor de hand liggende

Les obligations, 9^e dr. 2005, nr. 592, M. Fabre-Magnan, Les obligations, 2004, nrs. 217 en 260, J. Carbonnier, Droit civil, vol. II, , 1955 (herdruk 2004), nr. 1073, C. Larroumet, Droit civil. Les obligations. Le Contrat, dl. III, 5^e dr. 2003, nr. 661, G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité, 1998, nr. 359.

⁵⁴ Bénabent t.a.p., Terré c.s., t.a.p., Larroumet, t.a.p., Viney-Jourdain, t.a.p.

⁵⁵ Uitvoerig: Medicus, a.w. Hij wijst erop (p. 9) dat de wetgever van het BGB onder invloed van de toenmalige doctrine afstand wilde houden van het gebruik van de termen directe en indirecte schade.

⁵⁶ Roussos, t.a.p.

⁵⁷ H. Lange, G. Schiemann, *Schadenersatz*, 3^e dr., Tübingen 2003, p. 61, mede wijzend op BGH 27 april 1961, BGHZ vol. 35, p. 130 op p. 133, BGH 5 mei 1983, BGHZ vol. 87, p. 239, op p. 241 ff., en BGH 25 januari 1991, BGHZ vol. 115, p. 32, op p. 34.

⁵⁸ Zie bv. M. Bussani en V. Palmer (red.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge 2003.

⁵⁹ Zie ten aanzien van de uitleg van de term ‘belastingsschade’ HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens).

interpretatie. Er is immers geen andere gereedliggende interpretatie.

Gelet op de hierboven beschreven geschiedenis is de meest aangewezen interpretatie dat er met directe schade eenvoudigweg wordt bedoeld op toerekenbare schade in de zin van art. 6:98 BW. Een tegenargument is dat in contracten vaak de schadevergoedingsplicht wordt beperkt tot alleen directe schade. Zo'n exoneration heeft geen zin indien reeds op grond van art. 6:98 BW de te vergoeden, toerekenbare schade tot directe schade zou zijn beperkt. Tegen dit argument valt in te brengen dat er wel meer bepalingen voorkomen in contracten die reeds op grond van de wet gelden, denk bijvoorbeeld aan de eis van ingebrekestelling. Explicitering van geldend recht kan geschieden omdat een Amerikaanse moedermaatschappij gewend is zulke regelingen in het contract te zetten.

Een andere reden om toch een exoneration voor alle schade anders dan directe schade op te nemen is dat er een contractuele invulling van directe schade of gevolgschade c.q. indirecte schade wordt gegeven. In de jurisprudentie zijn hier diverse voorbeelden van te vinden: zo wordt tot indirecte of gevolgschade vaak gerekend gederfde winst,⁶⁰ bedrijfsstilstand en daarmee samenhangende schade.⁶¹ In zo'n geval gaat het dus niet meer om de algemene juridische betekenis maar primair om een uitleg van de contractuele term. Zulke contractuele invullingen sluiten aan bij de in par. 2 genoemde interpretatie waarbij 'directe schade' wordt afgezet tegen gevolgschade: zij gaan dan verder dan een exoneration waarbij directe schade tegen indirecte schade (zonder nadere definitie) wordt afgezet.⁶²

Zulke exonerationbedingen hebben echter als bezwaar dat zij de facto tot een nagenoeg algehele uitsluiting van aansprakelijkheid leiden.⁶³ Bij veel overeenkomsten is er nauwelijks andere schade dan 'gevolgschade'. Men kan zich afvragen of een dergelijk exonerationbeding niet onredelijk bezwarend is,⁶⁴ mede nu het niet expliciet duidelijk maakt dat het in feite een algehele exoneration is.⁶⁵

Een tweede, verwant bezwaar is dat zo'n exonerationbeding zeer algemeen en daardoor ook ongenueanceerd is. De toerekenbaarheid van schade aan een fout hangt mede af van de fout en de

⁶⁰ HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer), HR 30 september 1994, NJ 1995, 45, Hof Amsterdam 20 januari 2005, NJF 2005, 184. Evenzo Jongeneel in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, 4^e dr. 2006, p. 302.

⁶¹ HR 30 september 1994, NJ 1995, 45, Hof Den Bosch 10 januari 2006, NJF 2006, 261, Hof Arnhem 25 februari 1997, NJ 2001, 621.

⁶² Bv. Hof Den Bosch 10 januari 2006, NJF 2006, 261, in cassatie in stand gebleven (HR 21 september 2007, LJN BA7627), rov. 4.6.1: directe schade wordt afgezet tegen bedrijfsstilstand, winstderving.

⁶³ Vgl. ook Van der Putt, p. 76.

⁶⁴ Gelet op de grijze lijst, zie art. 6:237 sub f BW. Voor organisaties waar de regeling van art. 6:233 e.v. BW niet van toepassing is, kan de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid uitkomst bieden (waarbij de grijze lijst uiteraard wel betekenis kan toekomen). Zie voor een voorbeeld, zij het dat het daar betrof een exoneration tot een grensbedrag in plaats van een algehele exoneration voor gevolgschade: Hof Amsterdam 22 november 2001, LJN AD7868 (KIN/Cap Gemini).

⁶⁵ Daarmee het *Transparanzgebot* van art. 6: 238 lid 2 BW schendend.

overige omstandigheden. Een schadepost die bij de ene fout ‘direct’ is, is bij een andere mogelijk ‘indirect’. De toerekenbaarheid van schade wisselt afhankelijk van de aan de orde zijnde schadepost en geschonden norm.⁶⁶ Ook ten aanzien van het verzuimvereiste wordt betoogd dat men per schadepost moet bekijken of er verzuim is.⁶⁷ Een exoneratie als hier bedoeld geldt voor alle soorten fouten en kan hierbij onvoldoende differentiëren. Dit argument wijst eveneens erop dat zo’n beding mogelijk onredelijk bezwarend is. Men kan hier bij analogie denken aan de regeling van matiging van een contractuele boete, art. 6:94 BW, die slechts matiging toelaat ingeval toepassing van het boetebeding “in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt” (HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit)). Men leidt hieruit af dat niet louter gaat om discrepantie tussen schade en boete, maar om de diverse omstandigheden, waardoor een onvoldoende gedifferentieerde boete voor bepaalde soorten tekortkomingen niet gepast is.⁶⁸ Evenzo zou de toepassing van een onvoldoende gedifferentieerde exoneratie in een concreet geval bij bepaalde soorten tekortkomingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn.⁶⁹

Dit geldt te meer in gevallen waar er bij wanprestatie nauwelijks andere schade is dan ‘gevolgschade’. De opdrachtnemer heeft in zo’n geval weinig ‘prikkels’ om zich in te spannen om wanprestatie te vermijden, aangezien de negatieve gevolgen niet op hem afgewenteld worden.⁷⁰ Anders ligt het waar een grens wordt gesteld aan de *omvang* van de vergoeding voor dit type schade: daar is uit oogpunt van economische beperking van het risico veel voor te zeggen.⁷¹

7. Conclusies

Indien geen nadere invulling wordt gegeven aan het paar directe/indirecte schade dient dit mijns inziens als niet meer dan een verwijzing naar de toerekenbaarheid te worden opgevat, die dus niets toevoegt aan het vereiste van art. 6:98 BW. Gelet op de onduidelijkheid over de betekenis van gevolgschade, en het onwenselijke gevolg dat een exoneratie zou neerkomen op een algehele exoneratie indien men gevolgschade in dit verband zou afzetten tegen schade bestaande uit de fout zelf, moet mijns inziens ook een exoneratie van gevolgschade worden opgevat als een exoneratie

⁶⁶ Krans, diss., p. 142-146.

⁶⁷ Streefkerk, NTBR 2004, p. 9. Kritisch hierover: De Jong, NTBR 2005, p. 292.

⁶⁸ H.C.B. van der Zwan, *Ars Aequi* 2007/9, p. 633-644.

⁶⁹ Zie over de toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid om algemeen geformuleerde exoneratiebedingen te ecarteren voorts H.B. Krans en T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Algemeen geformuleerd exoneratiebeding, nietigheid en redelijkheid en billijkheid’, *NbBW* 2002, p. 30-32.

⁷⁰ Men zou HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 m.nt. PhANH (Röntgenbehandeling) kunnen opvatten als gebaseerd op de gedachte dat een exoneratie waardoor er geen reële prikkels meer zijn onaanvaardbaar is.

⁷¹ Aldus Jongeneel, t.a.p.

voor indirecte schade in de zojuist genoemde zin.⁷² Onder de dan wel te vergoeden directe schade dienen mijns inziens in het algemeen wel de ‘bijkomende’ kosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 BW te vallen, nu deze zo nauw verbonden zijn aan de fout zelf dat zij eveneens voor vergoeding in aanmerking komen (zij zijn ‘onmiddellijk en dadelijk’ in de zin van het oude art. 1284 BW).

Ingeval een nadere contractuele invulling is gegeven aan directe of indirecte schade, zal deze invulling in beginsel bepalend zijn, behoudens voorzover zodanige invulling onredelijk bezwarend is. In de vorige paragraaf heb ik betoogd dat er reden is om zulke exoneraties kritisch te benaderen. Een nadere discussie over de bezwarendheid van zulke bedingen gaat het bestek van dit artikel evenwel te buiten.

⁷² Men kan dit mede afleiden uit art. 6:238 lid 2 BW. Toegegeven zij dat in HR 9 december 1994, NJ 1995, 197 het Hof in de overeenkomst een geldige exoneratie voor gevolgschade las, en de Hoge Raad deze lezing in stand liet.