

# 163. Drafting tips & skills: Still confused, but on a higher level: directe schade, indirecte schade, gevolgschade

MR. T.J. DE GRAAF

In veel exoneraties wordt aansprakelijkheid beperkt voor directe schade en uitgesloten voor indirecte schade en gevolgschade, alsmede voor door Engelsrechtelijk geschoolde juristen ingebrachte schadebegrippen zoals *special*, *incidental*, *punitive* en *exemplary* schade. Vaak volgt dan nog een lange rij van uitgesloten schadeposten die wat concreter zijn, zoals gederfde winst, gemiste besparingen en schade door bedrijfsstagnatie. Uitleggen wat onder deze concretere schadeposten wordt verstaan, is niet zo lastig, wel wat valt onder de abstractere begrippen. Ik zal proberen enige helderheid te scheppen.

In het Nederlandse recht wordt meestal alleen gesproken over de begrippen directe schade, indirecte schade en gevolgschade. Volgens Tjong Tjin Tai dienen deze begrippen in het schadevergoedingsrecht als volgt tegen elkaar te worden afgezet: directe schade vs. indirecte schade, en zaakschade (ofwel schade aan het rechtsobject) vs. gevolgschade.<sup>1</sup> Het tegen elkaar afzetten van deze begrippenparen levert het volgende beeld op. Directe schade is schade die toerekenbaar is in de zin van artikel 6:98 BW, indirecte schade is schade die dat niet is. Zaakschade is schade aan de zaak (ofwel schade aan een rechtsgoed is 'schade aan of waardevermindering van het rechtsgoed dat voorwerp van de overeenkomst vormt'),<sup>2</sup> gevolgschade is alle andere schade. Gelet op de onduidelijke betekenis van het begrip gevolgschade en het onwenselijke gevolg dat een aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade *de facto* in veel gevallen tot een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid leidt, moet een aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade volgens Tjong Tjin Tai redelijkerwijs gelijk worden gesteld met een aansprakelijkheidsuitsluiting voor indirecte schade in de hiervoor vermelde zin. Ik volg Tjong Tjin Tai hier niet in, al was het maar omdat zo'n aansprakelijkheidsuitsluiting voor indirecte schade zou neerkomen op een dode letter. Die schade zou op grond van artikel 6:98 BW volgens Tjong Tjin Tai sowieso al niet voor vergoeding in aanmerking komen en aansprakelijkheid daarvoor behoeft

daarom niet te worden uitgesloten. En als indirecte en gevolgschade dezelfde betekenis zouden hebben, dan zou de vaak voorkomende aansprakelijkheidsuitsluiting voor beide schadevormen dubbelop zijn. Zo een aansprakelijkheidsuitsluiting voor indirecte en gevolgschade al onwenselijk zou zijn, dan heeft het bovendien mijn voorkeur dat zo nodig te bestrijden met behulp van artikel 6:248 lid 2 BW, en niet door onwenselijkheid Holleman/De Klerk<sup>3</sup> en Maassluis<sup>4</sup>-achtig in totstandkomings- respectievelijk uitlegmaatstaven te verdisconteren.<sup>5</sup>

Hoe het ook zij, in Engeland lijkt niet meer duidelijkheid te bestaan. *Direct loss* wordt in Engeland gezien als schade die normaliter uit de wanprestatie voortvloeit (de zogeheten *first limb* van *Hadley v Baxendale*,<sup>6</sup> waar over *arising naturally from* wordt gesproken), *special loss* als andersoortige schade waarvan redelijkerwijs mag worden verwacht dat partijen, ten tijde van contractsluiting, wisten dat die het waarschijnlijke gevolg van de wanprestatie zou zijn (de zogeheten *second limb* van *Hadley v Baxendale*). Daarna ontstaat ook in Engeland verwarring. Christou stelt *indirect* en *consequential loss* gelijk aan *special loss* in de zin van de *second limb* uit *Hadley v Baxendale*.<sup>7</sup> Treitel

1 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007-11, p. 226-231.

2 T.F.E. Tjong Tjin Tai, op cit., p. 227.

3 HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 (*Holleman/De Klerk*).

4 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 287 (*Pakwoningen/gemeente Maassluis*).

5 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden), *Serie Recht en Praktijk* nr. 141, Deventer: Kluwer 2006, p. 153-160 respectievelijk 96-109.

6 *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exch 341, 354; 156 ER 145.

7 R. Christou, *Boilerplate: Practical Clauses*, Sweet & Maxwell, 2010, p. 177-182.

daarentegen gebruikt *consequential loss* voor verdere schade die het gevolg is van de wanprestatie, waarbij hij wellicht bedoelt schade anders dan de schade aan het rechtsobject zelf.<sup>8</sup> Vervolgens schaaft Treitel onder het begrip *incidental loss* administratieve kosten om een vervangende zaak te kopen en ook de kosten om defecte zaken terug te sturen, en vermeldt hij dat *punitive* of *exemplary damages* niet op grond van wanprestatie kunnen worden toegewezen.<sup>9</sup> Een uitgebreidere bespreking gaat het bestek van deze korte

bijdrage te buiten. Tot dusver is misschien wel de conclusie, om met Enrico Fermi te spreken: *I am still confused, but on a higher level*. Bij dit soort onzekerheden blijft het devies van een voorzichtige contractenschrijver: definieer goed en werk met op elkaar aansluitende aansprakelijkheidsbeperkingen en -uitsluitingen.

**Tycho de Graaf**

---

8 E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2011, nrs. 20-015 en 20-034.

9 Hetgeen doet denken aan ons gevolgschade begrip in het kader van de verzuim-regeling ofwel de definitief geleden schade in de zin van HR 4 februari 2001, *NJ* 2000, 258 (*Kinheim/Pelders*) waarvoor geen ingebrekestelling nodig is.