



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Beumers, M.T.

Citation

Beumers, M. T. (2021, June 30). *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3193531>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3193531>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <https://hdl.handle.net/1887/3193531> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Beumers, M.T.

Title: De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Issue Date: 2021-06-30

8 | Vermogensschade in Engeland

8.1 INLEIDING

Tot op heden heeft het vermogensschadebegrip in het Engelse recht geen vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt als in Nederland of Duitsland. Weliswaar ontwikkelde zich sinds de jaren zeventig een leerstuk van tevergeefs gemaakte kosten (*wasted expenditure*) in het Engelse contractenrecht, maar dat leerstuk wordt vrijwel uitsluitend toegepast in commerciële geschillen. Het Engelse recht biedt een benadeelde de mogelijkheid om in plaats van een vergoeding van zijn gederfde winst een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten te vorderen (§ 8.2.1). De huidige opvatting in de rechtspraak en literatuur is dat deze keuze de benadeelde in feite de mogelijkheid biedt om zijn gederfde omzet op een alternatieve manier te begroten. Een benadeelde heeft de mogelijkheid zich te beroepen op het bewijsvermoeden dat hij met de gederfde omzet ten minste zijn tevergeefs gedane investeringen zou hebben terugverdiend. Het is vervolgens aan zijn wederpartij om dit vermoeden te weerleggen. Ook het Engelse recht kent, met andere woorden, een rentabiliteitsvermoeden (§ 8.2.2.). Hoewel het leerstuk van tevergeefs gemaakte kosten tot op heden hoofdzakelijk een rol lijkt te spelen in geschillen over gederfde winst, zien de huidige literatuur en rechtspraak ook een toepassingsmogelijkheid wanneer benadeelden door een wanprestatie geen omzet maar onstoffelijk voordeel zijn misgelopen (§ 8.3). Er is dus zeker aanleiding om te denken dat ook in het Engelse recht de komende jaren meer discussie zal ontstaan over de vergoedbaarheid van tevergeefs gemaakte kosten in gevallen dat een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen. Op dit moment staat deze ontwikkeling echter nog in haar kinderschoenen (§ 8.4).

8.2 DE RELIANCE MEASURE

8.2.1 Een keuze tussen twee alternatieve wijzen van schadebegroting bij wanprestatie

Hoewel de oorsprong van het leerstuk zonder twijfel in *Cullinane v. British 'Rema' Manufacturing* ligt, wordt *Anglia Television v. Reed* tegenwoordig gezien als het voornaamste precedent voor het recht op schadevergoeding voor tever-

geefs gemaakte kosten.¹ Anglia Television, een televisiezender, begint in 1968 aan de productie van een film getiteld: 'The Man in the Wood.' De zender cast Robert Reed voor één van de hoofdrollen. Vijf dagen voordat de opnames beginnen, ontdekt de zaakwaarnemer van Reed dat er een dubbele afspraak is gemaakt. Reed zegt daarom op het laatste moment af. Anglia Television heeft ondertussen al de nodige investeringen gedaan voor de productie van de film. Omdat het niet lukt om binnen vijf dagen een vervanger te vinden voor Reed, ziet Anglia Television zich genoodzaakt de productie van de nieuwe film af te breken. Omdat het voor de televisiezender niet mogelijk is te bewijzen of en, zo ja, hoeveel winst hij zou hebben gemaakt met de geannuleerde film, vordert hij een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten. Lord Denning overweegt:²

'It seems to me that a plaintiff in such case as this has an election: he can either claim damages for loss of profits; or for his wasted expenditure. But he must elect between them. He cannot claim both. If he has not suffered any loss of profits – or if he cannot prove what his profits would have been – he can claim in the alternative the expenditure which has been thrown away, that is, wasted, by reason of the breach.'

Uit *Anglia Television v. Reed* lijkt te volgen dat een benadeelde een keuze heeft tussen twee alternatieve schadevergoedingsvorderingen. Hij kan er allereerst voor kiezen om schadevergoeding te vorderen voor de winst die is gederfd als gevolg van de wanprestatie van zijn wederpartij. In dat geval wordt zijn schade begroot aan de hand van de *expectation measure*. Hij wordt dan in de positie geplaatst waarin hij zou zijn geweest als zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. De benadeelde heeft echter een alternatief. Hij kan er voor kiezen schadevergoeding te vorderen voor de uitgaven die door de wanprestatie tevergeefs blijken te zijn. Het maakt niet uit of deze kosten voor of na het aangaan van de overeenkomst zijn gemaakt. Bij deze alternatieve schadevergoedingsvordering wordt de schade van de benadeelde begroot aan de hand van de zogenoemde *reliance measure*. Hij wordt in dat geval in de positie geplaatst waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou zijn aangegaan met zijn wederpartij.³

In zijn annotatie wees Ogus er reeds op dat deze keuzemogelijkheid tot overcompensatie van de benadeelde zou kunnen leiden. Het kan immers voorkomen dat de tevergeefs gemaakte kosten veel hoger zijn dan de omzet

1 Zie met name de overwegingen van Evershed LJ in *Cullinane v. British 'Rema' Manufacturing Co Ltd* [1953] 1 QB 292 (CA), p. 303. In de Verenigde Staten was er al langere tijd rechtspraak over tevergeefs gemaakte kosten, zie met name de overwegingen van Learned Hand CJ in *Albert & Son v. Armstrong Rubber Co.* (1949), 178 F. 2d, p. 182 (CA 2c), p. 189.

2 Lord Denning, p. 63-64 in *Anglia Television Ltd v. Reed* [1972] 1 QB 1972 (CA).

3 Clarke *CLJ* 1972, p. 22; Ogus *MLR* 1972, p. 423, 424; Treitel *LQR* 1992, p. 229 en Ng *JCL* 2006, p. 140-147.

die de benadeelde bij nakoming van de overeenkomst zou hebben verdiend. Met andere woorden, soms zijn de investeringen van een benadeelde verliesgevend en zou hij met de behaalde omzet deze investeringen nooit volledig hebben terugverdiend. Wanneer een benadeelde in zulke gevallen ervoor zou kunnen kiezen om schadevergoeding te vorderen voor alle door hem tevergeefs gemaakte kosten, komt hij in een betere positie dan hij zou zijn geweest als zijn wederpartij de overeenkomst zou zijn nagekomen. In de hypothetische situatie zonder de wanprestatie zou de benadeelde zijn kosten immers slechts gedeeltelijk hebben terugverdiend, maar de alternatieve schadevergoedingsvordering zou hem desondanks de mogelijkheid bieden om deze tevergeefs gemaakte kosten volledig te verhalen op zijn wederpartij.⁴ In de Amerikaanse en Canadese rechtspraak was er reeds op gewezen dat een onbegrensd recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten bij wanprestatie het economische risico van verliesgevende investeringen zou verleggen van de benadeelde naar zijn wederpartij. Learned Hand CJ overwoog in *Albert & Son v. Armstrong Rubber* dat dit onwenselijk zou zijn:⁵

‘On those occasions in which the performance would not have covered the promisee’s outlay, [damages for wasted expenditure] imposes the risk of the promisee’s contract upon the promisor. We cannot agree that the promisor’s default in performance should under this guise make him an insurer of the promisee’s venture.’

Het schadevergoedingsrecht zou een benadeelde, anders gezegd, geen ontsnapping aan zijn verliesgevende investeringen mogen bieden door hem het recht te geven zulke investeringen volledig te verhalen op zijn wederpartij wanneer zij haar contractuele verplichtingen niet nakomt. Het economische risico dat zijn investeringen verliesgevend zijn, zou ook na een wanprestatie bij de benadeelde moeten blijven liggen. Het moet voor hem niet opeens mogelijk worden zijn verliezen op zijn wederpartij af te wentelen.

In *C&P Haulage v. Middleton* komt Ackner LJ, geïnspireerd door deze Amerikaanse en Canadese jurisprudentie, tot dezelfde conclusie. C&P Haulage verhuurt een bedrijventerrein met een garage aan Middleton. Op een gegeven moment zegt C&P Haulage zonder geldige reden de huur op en ontruimt het verhuurde bedrijventerrein meteen. Middleton vordert vervolgens in een civiele procedure een vergoeding voor allerlei investeringen die hij in de garage heeft gedaan en die door de wanprestatie van C&P Haulage tevergeefs zijn geworden. De huurovereenkomst bood C&P Haulage echter de mogelijkheid om de huurovereenkomst enkele weken na de ongeldige beëindiging rechtsgeldig op te zeggen. In de hypothetische situatie dat C&P Haulage de huur niet zonder

4 Ogus *MLR* 1972, p. 424-426 en later Ogus 1973, p. 350-352. Zie met name ook: Evershed LJ in *Cullinane v. British ‘Rema’ Manufacturing Co Ltd* [1953] 1 QB 292 (CA), p. 303.

5 *Albert & Son v. Armstrong Rubber Co* (1949), 178 F. 2d, p. 182 (CA 2d), p. 189. Zie ook: Berger J, par. 42-43 in de Canadese zaak *Bowlay Logging Ltd v. Domtar Ltd* [1978] CarswellBC 425 (SC British Colombia).

geldige reden zou hebben opgezegd, zou hij dit een paar weken later rechtsgeldig hebben kunnen doen. Het was aannemelijk dat hij dat ook zou hebben gedaan. Het was verder evident dat Middleton ook bij deze latere rechtsgeldige opzegging zijn investeringen nooit zou hebben terugverdiend. Over de vraag of Middleton desalniettemin recht heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, overweegt Ackner LJ vervolgens:⁶

‘It is not the function of the courts where there is a breach of contract knowingly, as would be the case, to put a plaintiff in a better financial position than if the contract had been properly performed. [Middleton], if he was right in his claim, would indeed be in a better position, because [...] had the contract been lawfully determined as it could have been in the middle of December, there would have been no question of his recovering these expenses.’

Volgens de literatuur en latere rechtspraak volgt uit deze overweging dat een eventuele vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten altijd wordt begrensd door het positieve contractsbelang van de benadeelde of, anders gezegd, door de *expectation measure*.⁷ Zulke vergoedingen mogen nooit hoger uitvallen dan de totale omzet die een benadeelde zou hebben behaald wanneer de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. In een deel van de gevallen is deze *expectation cap* gelijk aan de door de benadeelde bedongen contractsprijs. Voor de aannemer die zich contractueel verplicht een nieuwe badkamer te plaatsen voor een aanneemsom van € 8.000, is deze aanneemsom de verwachte omzet. Stel dat hij € 10.000 aan kosten maakt om de nieuwe badkamer te plaatsen en zijn wederpartij vervolgens haar betalingsverplichting niet nakomt. Zijn eventuele aanspraak op tevergeefs gemaakte kosten beloopt dan maximaal € 8.000. Dat is immers de omzet die hij zou hebben gerealiseerd indien zijn wederpartij zou zijn nagekomen.⁸ Het Engelse recht staat hem niet toe om aan zijn verliesgevend overeenkomst te ontsnappen door alle door hem gemaakte kosten voor het plaatsen van de badkamer (€ 10.000) te verhalen op zijn wederpartij.⁹ In andere gevallen realiseert een benadeelde niet recht-

6 *C & P Haulage v. Middleton* [1983] 1 WLR 1461 (CA), p. 1468-1469. Zie over dit arrest: Taylor *Law Teacher* 1984, p. 218-219.

7 *PJ Spillings (Builders) Limited v. Bonus Flooring Limited* [2008] EWHC 1516 (QB), par. 14-16 (Forbes J); *Parker v. SJ Berwin & Co (A Firm)* [2009] PNLR 17 (QB), par. 72-75 (Hamblen J); *CCC Films (London) Ltd v. Impact Quadrant Films Ltd* [1985] 1 QB 16 (QB), p. 32-33 (Hutchinson J); *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB), par. 46-47 (Teare J) en *Yam Seng Pte. v. International Trade Corp* [2013] 1 CLC 662 (QB), par. 186-187 (Leggatt J). Zie in de literatuur: Peel 2015, p. 1125-1126; Beale e.a. 2018, p. 1807, 1811 en Burrows 2004, p. 67-68.

8 Dit wordt ook wel *direct reliance* genoemd, zie daarover: Hudec *Corn. LR* 1982, p. 723-728 en McLauchlan *NZLR* 2007, p. 446-448.

9 Harris e.a. 2002, p. 123-12; Peel 2015, p. 1125-1126 en Beale e.a. 2018, p. 1807-1808. Enige discussie is nog mogelijk over de vraag wat de *expectation cap* voorschrijft wanneer de benadeelde nog maar € 5.000 van de totale kosten van € 10.000 heeft uitgegeven. Men kan verdedigen dat deze tevergeefs gemaakte kosten dan volledig vergoed moeten worden,

streeks omzet met de tegenprestatie van zijn wederpartij, maar heeft hij deze tegenprestatie wel nodig om een omzet te kunnen realiseren. Zo leverde de overeenkomst met Robert Reed Anglia Television niet rechtstreeks winst op, maar was Reeds acteerwerk wel essentieel om een nieuwe film te kunnen produceren, waarmee de televisiezender vervolgens winst zou hebben kunnen maken.¹⁰ In zulke gevallen gaat de Engelse literatuur over het algemeen ervan uit dat de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten haar begrenzing vindt in de omzet die Anglia Television uiteindelijk zou hebben gerealiseerd met de nieuwe film.¹¹

Het lukt een benadeelde lang niet altijd om te bewijzen hoe hoog zijn omzet zou zijn geweest in het hypothetische geval dat zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. Zo vorderde Anglia Television een vergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte productiekosten, juist omdat hij niet kon bewijzen hoeveel hij met de nieuwe televisiefilm zou hebben verdiend. Dat riep de onvermijdelijke vraag op wie moet bewijzen hoe hoog de omzet van de benadeelde bij nakoming van de overeenkomst zou zijn geweest: de benadeelde zelf of zijn wederpartij. In *Albert & Son v. Armstrong Rubber* overwoog Learned Hand CJ dat deze bewijslast bij de wederpartij ligt. Zij moet maar bewijzen dat de benadeelde verlies zou hebben geleden:

‘On principle therefore it seem to be that the promisee may recover his outlay in preparation of the performance, subject to the privilege of the promisor to reduce it by as much as he can show that the promisee would lost, if the contract had been performed.’¹²

omdat ze lager zijn dan de verwachte omzet van €8.000. Toch wijzen de overwegingen van Learned Hand CJ in *Albert & Son v. Armstrong Rubber Co* erop dat de tevergeefs gemaakte kosten (€5.000) moeten worden verminderd met het nettoverlies (€2.000). Een benadeelde mag immers niet beter af zijn dan hij zonder de wanprestatie zou zijn geweest. In de hypothetische situatie zonder de wanprestatie had de benadeelde €8.000 verdiend, maar was zijn vermogen ook €10.000 achteruitgegaan, dus is zijn vermogen netto met €2.000 verminderd. In de situatie ná de wanprestatie is zijn vermogen €5.000 lager (€5.000 aan kosten, maar geen betaling door de wederpartij). Het verschil tussen de hypothetische en de werkelijke situatie is dus €3.000. De vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten mag dit bedrag niet overstijgen, dus van zijn tevergeefs gemaakte kosten van €5.000 worden er maar €3.000 vergoed. In essentie is dit een omslachtige manier om te zeggen dat €2.000 van alle gedane investeringen hoe dan ook tevergeefs zouden zijn geweest en daarom moeten worden afgetrokken van de totale vergoeding. Zie hierover uitgebreid: Campbell & Halson *JCL* 2015, p. 231-243. Zie eerder: McLauchlan *NZLR* 2007, p. 427-249 en McLauchlan *LQR* 2011, p. 27.

10 Dit wordt ook wel *consequential reliance* genoemd, zie: Hudec *Corn. LR* 1982, p. 723-728 en McLauchlan *NZLR* 2007, p. 446-448.

11 Beale e.a. 2018, p. 1807 en, impliciet, Peel 2015, p. 1125-1126. Anders: Harris e.a. 2002, p. 129.

12 *Albert & Son v. Armstrong Rubber Co.* (1949), 178 F. 2d, p. 182 (CA 2d), p. 189. Zie ook: *Dade Country, Florida v. Palmer and Baker Engineers* (1964) 339 F 2d. 208 (CA 2d), p. 208.

In *CCC Films. v. Impact Quadrant Films* kwam Hutchinson J tot dezelfde conclusie. Het is niet aan de benadeelde maar aan zijn wederpartij om te bewijzen hoe hoog de omzet van de benadeelde zou zijn geweest wanneer deze wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen.¹³ CCC Films kocht van Impact Quadrant Films de originele opnames van drie speelfilms en maakte voorafgaand aan de levering van deze films enkele kosten om ze commercieel te kunnen exploiteren. Door een fout van Impact Quadrant Films raken de originele filmrollen van de drie gekochte speelfilms kwijt, waardoor hij de films niet meer kan leveren aan CCC Films (er waren blijkbaar geen kopieën voorhanden). CCC Films vordert vervolgens schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten aan de exploitatie van de drie kwijtgeraakte speelfilms. Het lukte CCC Films namelijk niet om te bewijzen dat hij met de exploitatie van deze drie films winst zou hebben gemaakt. Impact Quadrant Films is van mening dat op CCC Films ook de bewijslast rust dat hij zijn tevergeefs gemaakte kosten zou hebben terugverdiend. Hutchinson J is daarentegen van mening dat het juist 'eminently fair' is om deze bewijslast bij Impact Quadrant Films te leggen. Hij moet maar bewijzen dat CCC Films zijn tevergeefs gemaakte kosten niet zou hebben terugverdiend. Immers, als een benadeelde niet kan aantonen welke winst hij zou hebben gemaakt bij nakoming van de overeenkomst, zal hij in de regel ook niet slagen om te bewijzen dat hij zijn tevergeefs gemaakte kosten zou hebben terugverdiend. De door Impact Quadrant Films verdedigde bewijslastverdeling zou het recht van de benadeelde op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten grotendeels illusoir maken. Dit recht heeft immers juist tot doel om benadeelden die moeite hebben om hun gederfde winst te bewijzen, tegemoet te komen. Deze tegemoetkoming in de bewijslast is billijk, volgens Hutchinson J, omdat

'[...] the plaintiff has by the defendant's breach been prevented from [...] putting to the test the question of whether he would have recouped his expenditure'.¹⁴

Deze overweging van Hutchinson J over de bewijslastverdeling en de ratio ervan is vervolgens meermaals bevestigd in de jurisprudentie en kan ook in de literatuur op instemming rekenen.¹⁵ Bovendien, zo is in latere rechtspraak overwogen, sluit deze bewijslastverdeling aan bij de economische realiteit. Commerciële partijen zullen in de regel alleen dan bereid zijn een investering

13 Hutchinson J, p. 40-41 in *CCC films (London) Ltd v. Impact Quadrant Films Ltd* [1985] 1 QB 16 (QB).

14 Hutchinson J, p. 40 in *CCC films (London) Ltd v. Impact Quadrant Films Ltd* [1985] 1 QB 16 (QB).

15 Brennan J, p. 105-107 in de Australische zaak *The Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd* [1991] 174 CLR 64 (HC Australia) en Hamblen J, par. 74 in *Parker v. SJ Berwin & Co (A Firm)* [2009] PNLR 17 (QB). Zie in de literatuur: Chen-Wishart 2014, p. 507 en Peel 2015, p. 1125-1126. Kritisch over deze bewijslastverdeling zijn: Owen *CLJ* 1985, p. 26; Treitel *LQR* 1992, p. 230 en Ng *JCL* 2006, p. 148-150.

te doen wanneer zij deze uitgave op zijn minst zullen terugverdienen. Ook dat rechtvaardigt dat de wederpartij moet bewijzen dat de benadeelde ook bij correcte nakoming zijn investeringen niet zou hebben terugverdiend.¹⁶

8.2.2 Een rentabiliteitsvermoeden

In *CCC Films v. Impact Quadrant Films*, en ook in de eerdere rechtspraak, ging het steeds om de vraag of de door de benadeelde gedane investeringen om een omzet te realiseren wel zouden zijn terugverdiend in het hypothetische geval dat zijn wederpartij de overeenkomst zou zijn nagekomen. In *Omak Maritime v. Mamola Challenger* stond het vast dat de tevergeefs gemaakte kosten zouden zijn terugverdiend, maar ook dat de gederfde omzet waarmee deze kosten zouden zijn terugverdiend reeds waren goedgeemaakt door een veel gunstigere overeenkomst die de benadeelde na de wanprestatie had weten te sluiten. In de civiele procedure ging het vervolgens om de vraag welke invloed dit door de wanprestatie behaalde voordeel heeft op het recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten. Het geschil raakte zo ook aan de fundamentele vraag in welke positie een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten de benadeelde eigenlijk probeert te plaatsen.

Omak Maritime charterd voor vijf jaar het schip 'The Mamola Challenger'. De reder van dit schip doet enkele investeringen om het geschikt te maken voor de nieuwe huurder, maar nog voordat hij met deze werkzaamheden klaar is, geeft Omak Maritime te kennen dat hij het schip toch niet nodig heeft. Hij pleegt daarmee wanprestatie, omdat hij geen geldige reden heeft om de overeenkomst te beëindigen. De reder vordert vervolgens schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten. Omak Maritime weigert deze te vergoeden, omdat de reder van de Mamola Challenger ná de wanprestatie een veel gunstigere bevrachtingsovereenkomst heeft weten te sluiten. De reder slaagt erin een prijs van \$ 21.347 per dag te bedingen in plaats van de \$ 13.700 per dag die Omak Maritime zou hebben betaald. De extra winst die hij met deze gunstigere overeenkomst maakt, is aanzienlijk hoger dan zijn tevergeefs gemaakte kosten aan de aanpassingen van het schip. De reder is daardoor aanzienlijk beter af dan hij zou zijn geweest in de hypothetische situatie dat Omak Maritime zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen.¹⁷ De reder van de Mamola Challenger lijdt, met andere woorden, geen schade als

16 Zie met name Mason CJ & Dawson J, p. 87; Brennan J, p. 105; Deane J, p. 126 en Gaudron J, p. 155-156 in *The Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd* [1991] 174 CLR 64 (HC Australia). Toohey J, p. 137-138 – en ook Treitel LQR 1992, p. 229 en Ng JCL 2006, p. 148-150 – vindt deze redenering niet overtuigend. Juist ook verliesgevende investeringen zijn in de praktijk aan de orde van de dag en met enige regelmaat inzet van juridische procedures.

17 Teare J, par. 1-8 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB).

gevolg van de wanprestatie. Volgens Omak Maritime heeft hij om die reden ook geen recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten.¹⁸

De reder is van mening dat het feit dat hij na de wanprestatie van Omak Maritime een gunstigere overeenkomst heeft gesloten, geen invloed heeft op zijn aanspraak op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten. In *Anglia Television v. Reed* overwoog Lord Denning immers dat een benadeelde bij wanprestatie een keuze heeft tussen twee fundamenteel verschillende schadevergoedingsvorderingen.¹⁹ Hij heeft allereerst de mogelijkheid om zich in de positie te laten plaatsen waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Bij toepassing van deze *expectation measure* belooft de schade van de reder zijn gederfde winst, maar komen eventuele door de wanprestatie behaalde voordelen, zoals de hogere winst uit een gunstigere nieuwe bevrachtingsovereenkomst, in mindering op het schadebedrag.²⁰ De reder staat echter ook een alternatieve vordering ter beschikking. Hij heeft ook de mogelijkheid om zich in de positie te laten plaatsen waarin hij zou zijn geweest als hij de overeenkomst nooit zou zijn aangegaan. In dat geval belooft de vergoeding van de reder de kosten die hij heeft gemaakt om het schip in gereedheid te brengen voor Omak Maritime, want deze zou hij zonder de overeenkomst uiteraard nooit hebben gemaakt. Bij deze *reliance measure* doet de extra omzet uit de gunstigere overeenkomst die na de wanprestatie is gesloten, niet ter zake. Het doel is immers om de reder in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest als hij nooit met Omak Maritime in zee zou zijn gegaan, in plaats van de positie waarin hij zou zijn geweest als Omak Maritime het schip vijf jaar zou hebben gecharterd.²¹ Ook een deel van de Engelse literatuur was van mening dat uit de oudere rechtspraak volgde dat de benadeelde bij wanprestatie een keuzemogelijkheid tussen deze twee fundamenteel verschillende schadevergoedingsvorderingen had.²²

Teare J, de rechter in *Omak Maritime v. Mamola Challenger*, was een andere mening toegedaan. Hij overweegt:

'I am not [...] persuaded that the right to choose or elect between claiming damages on an expectancy basis or on a reliance basis indicates that there are two different

18 Teare J, par. 9 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB).

19 Lord Denning, p. 63-64 in *Anglia Television Ltd. v. Reed* [1972] 1 Q.B. 1972 (CA). Zie ook: Evershed LJ, p. 303 in *Cullinane v. British 'Rema' Manufacturing Co Ltd* [1953] 1 QB 292 (CA).

20 Dat de rechter de voordelen verkregen uit deze gunstigere overeenkomst na de wanprestatie van Omak Maritime moest meenemen, stond niet ter discussie. Zie over voordeelstoerekening uitgebreid Teare J, par. 11-19 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB).

21 Teare J, par. 10 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB).

22 Clarke *CLJ* 1972, p. 22; Ogus *MLR* 1972, p. 423, 424; Treitel *LQR* 1992, p. 229 en Ng *JCL* 2006, p. 140-147.

principles at work. Both bases of damages are founded on, and are illustrations of, the fundamental principle in *Robinson v. Harman*.²³

Oók een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten heeft tot doel om de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest als zijn wederpartij de overeenkomst zou zijn nagekomen.²⁴ Met zulke vergoedingen probeert een rechter dus niet om de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou hebben gesloten. Er bestaan in het Engelse contractenrecht geen twee alternatieve schadevergoedingsvorderingen bij wanprestatie. Teare J leidt uit de eerdere rechtspraak af, met name ook uit de Australische zaak *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation*,²⁵ dat de keuze van een benadeelde om schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten te vorderen in wezen neerkomt op een beroep op een bewijsvermoeden ten aanzien van zijn gederfde omzet. Het vermoeden is dat de benadeelde met de door hem nagestreefde omzet zijn investeringen zou hebben terugverdiend. Het is vervolgens aan de wederpartij om te bewijzen dat dit vermoeden niet klopt en dat de omzet van de benadeelde lager zou zijn geweest dan diens gedane investeringen.²⁶ In *Yam Seng Pte v. International Trade Corp* geeft Leggatt J helder weer wat uit de overwegingen van Teare J volgt:²⁷

‘The advantage of claiming damages on the ‘reliance’ basis is not that the claimant can recover expenditure which would have been wasted even if the contract had been performed but that, where such a claim is made, the burden of proof lies on the defendant to show that the expenditure would not have been recouped and would have been wasted in any event.’

Om die reden was het volgens Teare J wel degelijk van belang dat de reder zijn schip na de wanprestatie voor een aanzienlijk gunstigere prijs had weten te bevrachten. De reder heeft dan ook geen recht op een vergoeding van zijn

23 Teare J, par. 55 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB). Hij laat zich inspireren door de overwegingen in een beslissing van de Australische High Court in *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd* (zie: Mason CJ en Dawson J, p. 84; Brennan J, p. 107; Deane J, p. 127-128; Toohey J, p. 135 en Gaudron J, p. 154) en de overwegingen van Learned Hand CJ, p. 180 in *Albert & Son v. Armstrong Rubber Co.* (1949), 178 F. 2d, p. 182 (CA 2d), p. 189.

24 Teare J, par. 59 en 65 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB). Zie ook: Goodhart *LQR* 1972, p. 169-170; Ogus 1973, p. 352-354; McLauchlan *NZULR* 1985, p. 347; Owen *CLJ* 1985, p. 26 en Burrows 2004, p. 68, 70.

25 Zie met name: Mason CJ & Dawson J, p. 85 in *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd* [1991] 174 CLR 64 (HC Australia).

26 Teare J, par. 52-53 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB).

27 *Yam Seng Pte. v. International Trade Corp* [2013] 1 CLC 662, par. 187 (Leggatt J). Zie ook: *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 56-57 (O’Farrell J).

tevergeefs gemaakte kosten, omdat hij na de wanprestatie in een veel betere positie verkeert dan hij zou zijn geweest wanneer Omak Maritime zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. Een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten zou hem in een betere positie plaatsen dan hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen en dat zou in strijd zijn met het compensatiebeginsel uit *Robinson v. Harman*.²⁸

Over het algemeen onderschrijven de huidige Engelse literatuur en rechtspraak de conclusie van Teare J dat een benadeelde niet zozeer een zelfstandig recht heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar dat het Engelse recht hem slechts de keuze biedt om zich te beroepen op het weerlegbare bewijsvermoeden dat hij op zijn minst zijn tevergeefs gedane investeringen zou hebben terugverdiend.²⁹ Het huidige Engelse recht kent, met andere woorden, een rentabiliteitsvermoeden. Deze moderne interpretatie van het leerstuk van tevergeefs gemaakte kosten riep in de rechtspraak en de literatuur de vraag op wat dat eigenlijk betekent voor benadeelden die met een overeenkomst geen omzet maar onstoffelijk voordeel nastreven.

8.3 TEVERGEEFS GEMAAKTE KOSTEN EN GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL

8.3.1 Een eerste precedent

In zijn verweerschrift besteedde de reder van de Mamola Challenger aandacht aan overeenkomsten waarmee benadeelden onstoffelijk voordeel nastreven. Als benadeelden geen zelfstandig recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten zouden hebben, zou dat volgens de reder betekenen dat benadeelden die geen omzet maar onstoffelijk voordeel nastreven steeds achter het net zouden vissen. In zulke gevallen staat het immers vast dat een benadeelde zijn tevergeefs gemaakte kosten nooit zou hebben terugverdiend. De benadeelde streeft helemaal niet naar omzet waarmee hij zijn investeringen zou terugverdienen, maar naar onstoffelijk voordeel. Dat pleit ervoor, aldus de reder, om benadeelden wel een zelfstandig recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten te geven.

Volgens Teare J klopt deze redenering niet. Een benadeelde die onstoffelijk voordeel is misgelopen, heeft wel degelijk recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten. Hij overweegt:

²⁸ Teare J, par. 58-59 en 64 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger* [2010] Bus LR 213 (QB).

²⁹ Tettenborn *LMCLQ* 2011, p. 3; McLauchlan *LQR* 2011, p. 24-25; McGregor 2014, p. 47, 51-52; Chen-Wishart 2014, p. 506; Kramer 2017, p. 513-517; Campbell & Halson *JCL* 2015, p. 241; Andrews e.a. 2017, p. 422-423 en Kramer 2017b, p. 241-242.

'In such cases the defendant will usually be unable to show that the expenses exceeded the benefit expected to be obtained from the contract and thus the expense will be recoverable as damages.'³⁰

Teare J laat zich opnieuw inspireren door de Australische zaak *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation*. Ook Deane J is van mening dat er geen zelfstandig recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten bestaat, maar slechts een bewijsvermoeden dat de gedane investeringen zouden zijn terugverdiend door de benadeelde. Desondanks overweegt hij dat dit vermoeden

'[...] will not [...] be displaced merely by the circumstance that the perceived "benefit" which the plaintiff sought and for which he incurred his past expenditure is something which is of value only to the plaintiff or which [...] is not capable of being objectively valued in monetary terms'.³¹

Volgens deze twee obiter dicta kunnen ook benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen met succes een vergoeding voor hun tevergeefs gemaakte kosten vorderen. In zulke gevallen geldt simpelweg het vermoeden dat het onstoffelijke voordeel ten minste waard is wat de benadeelde heeft uitgegeven om het te verkrijgen. Het is vervolgens aan zijn wederpartij om te bewijzen dat het nagestreefde onstoffelijke voordeel minder waard is dan de benadeelde eraan heeft uitgegeven. In de literatuur kan deze gedachte over het algemeen op instemming rekenen.³² Zo is Kramer van mening dat de tevergeefs gemaakte kosten die een benadeelde heeft gemaakt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, een 'appropriate and useful starting point' zijn om de waarde van dit voordeel te begroten. De wederpartij zou wel het recht moeten hebben om te bewijzen dat het onstoffelijke voordeel minder waard is dan de door de benadeelde tevergeefs gemaakte kosten.³³ In de literatuur is erop gewezen dat dit voor een wederpartij waarschijnlijk een haast onmogelijke opgave zal blijken te zijn.³⁴

In *The Royal Devon & Exeter NHS v. ATOS* schiep O'Farrell J een eerste precedent voor een recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten in het geval dat een benadeelde geen omzet maar een onstoffelijk voordeel nastreeft. Een ziekenhuis in Exeter gaf ATOS, een ICT-bedrijf, de opdracht om een elektronisch patiëntendossier op te zetten en vervolgens voor een periode van vijf jaar te beheren. Voor deze ICT-dienst betaalde het ziekenhuis £4.939.207. Het bleek al vrij snel dat het systeem van ATOS geenszins aan de

30 Teare J, par. 56 in *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB).

31 Deane J, p. 127 in *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation* (1991) 84 CLR 64 (HCA).

32 Zie bijvoorbeeld: McGregor 2014, p. 43 en Beale e.a. 2018, p. 1808 (voetnoot 150). Zie eerder al: Owen *CLJ* 1985, p. 26.

33 Kramer 2017, p. 544-546 en Kramer 2017b, p. 242 (voetnoot 76).

34 Owen *CLJ* 1985, p. 26.

verwachtingen voldeed. Het nieuwe systeem was te langzaam en door verschillende softwarefouten verdwenen er medische dossiers en raakte patiëntengegevens kwijt. Het ziekenhuis vordert vervolgens schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten. Deze kosten bestonden niet alleen uit de uitgaven aan het elektronische patiëntendossier zelf, maar ook uit de investeringen die waren gedaan om de computers van het ziekenhuis geschikt te maken voor het nieuwe systeem van ATOS.

ATOS had tijdens de onderhandelingen bedongen dat hij, wanneer hij zijn contractuele verplichtingen niet zou nakomen, niet aansprakelijk zou zijn voor eventuele 'loss of profits, business, revenue, goodwill or anticipated savings'. Hij stelt zich daarom op het standpunt dat hij ook de gevorderde schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten niet hoeft te vergoeden. Uit *Omak Maritime v. The Mamola Challenger* volgt immers dat:

'The basis of such claim is a rebuttable presumption that if the Contract had been performed, the Trust would have received revenue, savings or other benefits from the EMR system that would have enabled the Trust to recoup its expenditure.'³⁵

Met andere woorden, door een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten te vorderen doet het ziekenhuis in wezen een beroep op het bewijsvermoeden dat hij met het nieuwe elektronische patiëntendossier een omzet zou hebben gerealiseerd waarmee hij ten minste zijn investeringen zou hebben terugverdiend. Hij vordert dus in feite schadevergoeding voor gederfde omzet en voor zulke schade is ATOS op grond van het exoneratiebeding niet aansprakelijk.

O'Farrell J ziet dat anders. ATOS heeft gelijk dat ook een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten tot doel heeft om de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest in het hypothetische geval dat de overeenkomst zou zijn nagekomen. Het Engelse recht biedt de benadeelde enkel de mogelijkheid zich te beroepen op het bewijsvermoeden dat, wanneer zijn wederpartij zou zijn nagekomen, hij ten minste zijn gedane investeringen zou hebben terugverdiend.³⁶ Ze overweegt vervolgens dat:

'A claim for wasted costs can be explained as compensation for the loss of the bargain based on a rebuttable presumption that the value of the contractual benefit must be at least equal to the amount that the claimant is prepared to expend in order to obtain such benefit. That presumption applies equally to cases of non-pecuniary benefit where the claimant does not expect or aim to make a profit.'³⁷

35 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 52.

36 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 56-57.

37 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 58.

Dit bewijsvermoeden geldt dus eveneens wanneer de benadeelde een onstoffelijk voordeel is misgelopen. In zulke gevallen is, zo vervolgt O'Farrell J,

'[...] the anticipated benefit [...] not a financial gain that could defray the costs incurred but rather a non-pecuniary benefit for which the claimant is prepared to incur such costs. In cases where a party does not expect to make a financial gain, it is the non-pecuniary "benefit" that is assigned a notional value equivalent to at least the amount of expenditure'.³⁸

Kortom, het vermoeden is dat de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel ten minste gelijk is aan de uitgaven die zijn gedaan om dit voordeel te verkrijgen. De wederpartij heeft ook in zulke gevallen het recht om dit vermoeden te weerleggen, aldus O'Farrell J:

'In the case of a contract where no financial gains were expected, the recoupment in question would not be payments but alternative gains, such as use or enjoyment. To establish a bad bargain in such a case, the defendant would have to show that the value of the asset or other performance promised was less than the expenditure incurred by the claimant.'³⁹

Volgens O'Farrell streefde het ziekenhuis met het nieuwe elektronische patiëntendossier geen winst na, maar een onstoffelijk voordeel, namelijk een gebruiksvriendelijk en goedwerkend patiëntendossier voor zijn artsen en verplegers. Dat betekent dat

'[...] the claim for wasted expenditure is based on a rebuttable presumption, not that the EMR system would produce revenues to defray such expenditure, but rather that the use of the EMR system was worth at least the expenditure incurred'.⁴⁰

Zulk gemist onstoffelijk voordeel viel niet onder het exonatiebeding van ATOS, dat immers uitsluitend repte over gederfde winst en gemiste opbrengsten. Het ziekenhuis had dus recht op schadevergoeding voor het gemiste onstoffelijke voordeel van een goedwerkend elektronisch patiëntendossier. Het stond het ziekenhuis vrij de waarde van dit onstoffelijke voordeel te begroten aan de hand van de gedane uitgaven om dit voordeel te verkrijgen.⁴¹

38 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 62.

39 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 68.

40 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 63.

41 *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC), par. 69-70.

8.3.2 Een leerstuk in zijn kinderschoenen

Daarmee schept *The Royal Devon & Exeter NHS v. ATOS* een duidelijk precedent voor het recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten in het geval dat een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen. Dit recht staat echter nog in zijn kinderschoenen en het is moeilijk te voorspellen hoe deze aanspraak zich verder zal ontwikkelen in het Engelse recht.

Wel biedt de rechtspraak over de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten in gevallen van gederfde winst enig houvast om het mogelijke toepassingsbereik te bepalen. Zo lijkt uit *Parker v. SJ Berwin & Co* te volgen dat een benadeelde geen beroep kan doen op het vermoeden dat hij zijn kosten zou hebben terugverdiend wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van een inspanningsverbintenis, in dit specifieke geval de inspanningsverbintenis van een advocaat om financiering te zoeken voor een overname van de voetbalclub Leicester City.⁴² Het is mogelijk dat zulke precedënten ook van toepassing zijn wanneer de benadeelde geen winst maar een onstoffelijk voordeel is misgelopen.

Om een vergelijkbare reden kan ook de discussie over de vraag of een benadeelde naast een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten gelijktijdig schadevergoeding voor zijn gederfde winst toegewezen kan krijgen, van belang zijn. In met name de oudere literatuur is verdedigd dat dit niet mogelijk is. Een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten plaatst de benadeelde immers in de positie waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou zijn aangegaan, terwijl een vergoeding van gederfde winst hem in de positie plaatst waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Daarmee sluiten deze vorderingen elkaar logisch uit. Een benadeelde kan niet gelijktijdig schadevergoeding vorderen voor zijn negatieve én zijn positieve contractsbelang.⁴³ Tegenwoordig gaat men over het algemeen ervan uit dat ook een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten uiteindelijk tot doel heeft de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Een deel van de literatuur is dan ook van mening dat het wel degelijk mogelijk is om een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten te combineren met een vergoeding van gederfde winst, mits er geen dubbele compensatie plaatsvindt.⁴⁴ Daarvan is slechts sprake wanneer een benadeelde zowel een vergoeding krijgt voor zijn tevergeefs gemaakte kosten als voor zijn misgelopen omzet, maar niet wanneer zijn tevergeefs

42 *Parker v. SJ Berwin & Co (A firm)* [2009] PNLR 17 (QB), par. 76 (Hamblen J).

43 Treitel LQR 1992, p. 228, maar zie ook Beatson e.a. 2016, p. 572-574 en McGregor 2014, p. 51-53. Zeker de overwegingen van Evershed LJ, p. 303-305 en Jenkins LJ, p. 309-312 in *Cullinane v. British "Rema" Manufacturing Co. Ltd.* [1954] 1 QB 292 (QB) bieden steun voor deze interpretatie en ook de overwegingen van Lord Denning in *Anglia Television v. Reed* [1972] 1 Q.B. 1972 (CA), p. 60 dragen daaraan bij.

44 Harris e.a. 2002, p. 130-131; McLauchlan NZLR 2007, p. 424-425; McLauchlan LQR 2011, p. 27; Tettenborn LMCLQ 2011, p. 2-3; Peel 2015, p. 1128-1129 en Beale e.a. 2018, p. 1811.

gemaakte kosten en zijn nettowinst worden gecompenseerd.⁴⁵ Deze laatste opvatting in de literatuur biedt steun voor de gedachte dat een benadeelde die een onstoffelijk voordeel is misgelopen naast een vergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten ook recht heeft op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel. Zo verdedigt Kramer dat de tevergeefs gemaakte kosten om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen een goed beginpunt zijn om de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel te bepalen, maar dat het de benadeelde vervolgens vrijstaat om te bewijzen dat het voordeel hem méér waard is. Hij moet, met andere woorden, bewijzen dat hij een consumentensurplus zou hebben gerealiseerd. Volgens Kramer biedt de rechtspraak over mislukte vakanties een precedent voor deze mogelijkheid om beide vorderingen te combineren. Gedupeerde vakantiegangers krijgen immers in de regel naast een vergoeding voor (een deel van) de betaalde reissom – deze betaalde reissom kan worden gezien als een tevergeefs gedane uitgave – ook smartengeld voor het gemiste plezier van hun vakantie.⁴⁶

Kramer raakt daarmee aan de achterliggende vraag hoe dit nieuwe recht op tevergeefs gemaakte kosten bij gemist onstoffelijk voordeel zich zal gaan verhouden tot andere leerstukken in het schadevergoedingsrecht, met name het recht op smartengeld bij wanprestatie. Het is bijvoorbeeld de vraag hoe het recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten zich verhoudt tot de hoofdregel uit *Addis v. Gramophone* dat immateriële schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Men kan zich ook afvragen hoe het vaststellen van de waarde van gemist onstoffelijk voordeel aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten zich verhoudt tot de overweging van Lord Steyn in *Farley v. Skinner* dat het door rechters toegekende smartengeld op grond van de *object of the contract*-uitzondering ‘modest’ en ‘restrained’ moet blijven, en in de regel niet meer dan £ 10.000 zal bedragen.⁴⁷

Het recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten bij gemist onstoffelijk voordeel lijkt eveneens aan te schurken tegen de tamelijk omstreden aanspraak uit het onrechtmatige daadsrecht op schadevergoeding voor de ‘loss of use’ van een zaak. Er zijn enkele precedents in het Engelse recht waaruit volgt dat bij een onrechtmatige beschadiging van een zaak – zoals een schip,

45 Een rekenvoorbeeld: een aannemer plaatst een nieuwe badkamer voor een prijs van €10.000 en maakt €8.000 aan kosten voor deze verbouwing. Zijn opdrachtgever betaalt vervolgens niet. De aannemer kan ervoor kiezen om schadevergoeding te vorderen voor zijn gemiste omzet van €10.000, maar kan dan uiteraard geen schadevergoeding meer vorderen voor zijn tevergeefs gemaakte kosten. Immers, deze tevergeefs gemaakte kosten zijn al verdisconteerd in de omzet van €10.000. Er zou dan, met andere woorden, sprake zijn van dubbele compensatie. Dat is echter niet het geval als hij schadevergoeding vordert voor zijn tevergeefs gemaakte kosten van €8.000 en zijn nettowinst (€10.000 – €8.000 = €2.000). Zie in de rechtspraak: Sir Ross Cranston in *A. v. B.* [2018] EWHC 2325 (Comm), onder ‘Question 1: loss of profits, wasted expenditure and compensatory principle’.

46 Kramer 2017, p. 544-546.

47 Lord Steyn, par. 26 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

een bus of een auto – een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor het tijdelijk missen van het gebruik van deze zaak, zelfs wanneer hij deze zaak niet voor commerciële doeleinden zou hebben ingezet.⁴⁸ In een deel van deze precedënten berekende de rechter de waarde van zulk tijdelijk gebruik aan de hand van de kosten die de benadeelde heeft gemaakt om de zaak te onderhouden en beschikbaar te hebben.⁴⁹ Ten aanzien van dit recht op schadevergoeding staan nog de nodige vragen open. De schaarse rechtspraak is bovendien omstreden en niet eenduidig.⁵⁰ Ook is er vrijwel geen rechtspraak over het eventuele recht op een vergoeding van zulke schade in het geval van een wanprestatie.⁵¹ Er zijn echter duidelijke parallellen tussen dit omstreden leerstuk en het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten bij gemist onstoffelijk voordeel, die de vraag oproepen hoe beide leerstukken zich tot elkaar verhouden.

8.4 TUSSENCONCLUSIE

In het huidige Engelse recht staan dus nog tal van vragen open over het toepassingsbereik van het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten in gevallen dat een benadeelde een onstoffelijk voordeel is misgelopen. Ook de verhouding van dit leerstuk met andere leerstukken is nog verre van duidelijk. Tot op heden zijn er nauwelijks precedënten en is het moeilijk te voorspellen hoe dit nieuwe recht zich verder zal ontwikkelen. De gedachte dat de kosten die een benadeelde heeft gemaakt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, een indicatie kunnen zijn van de waarde van dit voordeel, is echter ook het Engelse recht niet meer vreemd. Het Engelse recht lijkt zo een voorzichtige eerste stap te hebben gezet in de richting van een algemeen recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten in gevallen dat een benadeelde door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.

48 Deze lijn in de rechtspraak begint met gevallen waarin schepen van publieke organen, zoals havenautoriteiten en de marine, beschadigd raken en daardoor tijdelijk onbruikbaar zijn, zie met name: *The Greta Holme* [1897] AC 596 (HL) en *The Marpessa* [1907] AC 214. Ook in latere rechtspraak ging het steeds om organisaties die met een publieke taak, zoals openbaar vervoer, belast waren, zie bijvoorbeeld *Birmingham Corporation v. Sowsbery* [1970] RTR 84 (CA). Pas recent is deze lijn in de rechtspraak toegepast bij private partijen, zie *Beechwood Birmingham Ltd v Hoyer Group UK Ltd* [2011] QB 357 (CA).

49 Zie daarover Kramer 2017, p. 195.

50 Zie daarover Kramer 2017, p. 194-200 en Burrows 2019, p. 216.

51 Zie eigenlijk uitsluitend: *Alexander v. Rolls Royce Motor Cars Ltd* [1996] RTR 95 (CA) en daarover: Sir Potter P *Beechwood Birmingham Ltd v Hoyer Group UK Ltd* [2011] QB 357 (CA), par. 48 en Burrows 2019, p. 216, die ervan uitgaan dat in zulke gevallen sprake is van een vergoeding van immateriële schade.