

**VERBINTENISSENRECHT**

mr. M.C. van Leyenhorst

**Gederfde winst en positief contractsbelang**

Indien een partij haar verplichtingen uit een overeenkomst niet behoorlijk nakomt, pleegt zij wanprestatie. In beginsel leidt dit tot een verplichting tot vergoeding van de door de andere partij geleden schade (art. 6:74 BW). Een zelfde plicht tot vergoeding van schade kan voortvloeien uit een onrechtmatige daad. De schade die in deze gevallen op grond van de wet vergoed zou kunnen moeten worden bestaat uit het geleden verlies, de gederfde winst en, onder omstandigheden, de immateriële schade (art. 6:95-96 BW). De immateriële schade wordt in dit artikel verder buiten beschouwing gelaten.

In literatuur en jurisprudentie wordt regelmatig een ander, niet op de wet gebaseerd, onderscheid gemaakt tussen verschillende typen schadevergoeding. Het gaat dan om het onderscheid tussen (het vergoeden van) het positief en het negatief contractsbelang. Vergoeding van het positief contractsbelang houdt in dat de benadeelde in de financiële positie wordt gebracht waarin zij zou hebben verkeerd indien de overeenkomst naar behoren zou zijn nagekomen. Het positief belang komt voor vergoeding in aanmerking bij bijvoorbeeld een vordering uit wanprestatie, een vordering tot ontbinding van een overeenkomst en bij onbevoegde volmacht (zie over dit laatste artikel 3:70 BW en Juridisch up to Date, nummer 15, 1 september 2005). Vergoeding van het positief contractsbelang is niet hetzelfde als vergoeding van gederfde winst, ook al zijn er situaties waarin de twee op hetzelfde resultaat uitkomen.

Bij vergoeding van het negatief contractsbelang wordt alleen de schade vergoed die de benadeelde heeft geleden, los van de (niet-)totstandkoming of de (niet-)nakoming van de overeenkomst. Bijvoorbeeld: in een geval waarin onderhandelingen in strijd met het recht zijn afgebroken, en waarin de benadeelde reeds kosten heeft gemaakt in het kader van die onderhandelingen, is het negatief contractsbelang gelijk aan de gemaakte kosten. Het positief contractsbelang is dan (in die situatie wel...) gelijk aan de gederfde winst (de winst die de benadeelde zou hebben gemaakt indien de overeenkomst tot stand zou zijn gekomen en behoorlijk zou zijn nagekomen).

Aan de hand van het arrest van de Hoge Raad d.d. 16 september 2005 (Hoge Raad 16 september 2005, RvdW 2005,100, LJN: AT3490, C04/112HR) zal nader op de verschillende termen worden ingegaan. Het geschil betrof een overeenkomst van aanneming van werk. Bouwbedrijf Vloet was door een Limburgse stichting (hierna "SPOB") ingeschakeld om de gevelbeplating van een door de stichting te realiseren nieuwbouw te leveren en monteren. De aanneemprijs was NLG 59.000,-. SPOB stelde dat het beplatingswerk niet deugdelijk was uitgevoerd en ontbond de overeenkomst met Vloet wegens wanprestatie. In reconventie vorderde Vloet betaling van de nog openstaande facturen.

In alle rechterlijke instanties (Rechtbank, Gerechtshof en Hoge Raad) wordt vastgesteld dat het beplatingswerk inderdaad niet goed was uitgevoerd. SPOB kiest ervoor de overeenkomst te

ontbinden, en vordert daarnaast aanvullende schadevergoeding. SPOB had ook kunnen kiezen voor een vordering tot nakoming (plus eventueel aanvullende schadevergoeding), of voor een vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding (plus eventueel aanvullende schadevergoeding).

SPOB kiest echter, zoals gezegd, voor ontbinding van de overeenkomst, met aanvullende schadevergoeding, op grond van een aan Vloet toerekenbare tekortkoming. Deze vorderingen worden in alle drie de instanties toegewezen. Ten aanzien van de gevolgen van die ontbinding en de toegewezen aanvullende schadevergoeding kiezen Rechtbank en Hof echter een benadering die geen steun vindt bij de Hoge Raad.

Zowel de Rechtbank als het Hof oordelen dat de overeenkomst wordt ontbonden. De rechters oordelen dat SPOB recht heeft op vervangende schadevergoeding ter grootte van de herstelkosten, gesteld op ongeveer NLG 34.000,-.

Vloet stelde in reconventie dat het door haar aan SPOB te betalen bedrag aan schadevergoeding verminderd zou moeten worden met het bedrag dat SPOB nog schuldig was aan Vloet op basis van de gesloten overeenkomst. Immers, SPOB had de door Vloet verzonden facturen deels niet betaald, waardoor er nog ongeveer NLG 28.000 openstond. Deze vordering in reconventie (tot betaling van de nog openstaande facturen ad ongeveer NLG 28.000,-) werd afgewezen. Rechtbank en Hof oordeelden dat SPOB geen voordeel had genoten van de prestatie van Vloet, waarvoor NLG 28.000,- was gefactureerd, en dat de stichting die facturen daarom niet hoefde te betalen. Daarbij overwogen deze rechters dat SPOB de haar toegewezen schadevergoeding ad NLG 34.000,- geheel zou moeten betalen aan een derde om het beplatingswerk alsnog goed uitgevoerd te krijgen.

Vloet gaat in cassatie. Het bouwbedrijf stelt dat de uitkomst van de beslissingen van de Rechtbank en het Hof zou zijn dat SPOB voordeel zou genieten van het feit dat de overeenkomst niet goed is nagekomen. Immers, SPOB krijgt de gewenste beplating tegen betaling van herstelkosten aan een derde ad NLG 34.000,-, die echter voor rekening van Vloet komen, waarbij SPOB NLG 28.000,- minder aan Vloet hoeft te betalen dan oorspronkelijk was overeengekomen.

De Hoge Raad geeft Vloet gelijk. Hij stelt eerst vast dat het Gerechtshof SPOB schadevergoeding op basis van het positief contractsbelang heeft toegekend: namelijk een zodanig bedrag waarmee SPOB in staat wordt gesteld de door Vloet verschuldigde prestatie alsnog (door een derde) te laten uitvoeren. SPOB wordt daardoor dus in de financiële positie gebracht waarin zij zou hebben verkeerd indien de overeenkomst goed zou zijn nagekomen. De Hoge Raad oordeelt dat, indien een dergelijke schadevergoeding (het positief contractsbelang) wordt toegewezen, dat dan ook betekent dat de bedongen tegenprestatie verschuldigd blijft. Anders gezegd: als Vloet er via betaling van schadevergoeding voor zorgt dat SPOB – uiteindelijk – een goede gevelbeplating krijgt (zij het via een andere leverancier), dan heeft Vloet recht op betaling van de overeengekomen prijs. Het andersluidende oordeel van het Gerechtshof zou ertoe leiden dat SPOB door de wanprestatie van Vloet en door de daarop volgende vergoeding van het positief contractsbelang, in een gunstiger financiële positie zou komen te verkeren dan indien Vloet de overeenkomst naar behoren zou hebben uitgevoerd. En daarvoor biedt de wet geen grondslag. De Hoge Raad deed de zaak zelf af: de aan SPOB gegunde schadevergoeding bleef in stand, maar SPOB werd in reconventie veroordeeld tot betaling van de nog openstaande facturen.

Deze casus illustreert dat het vergoeden van het positief contractsbelang niet gelijk staat aan het vergoeden van gederfde winst. SPOB ontving schadevergoeding op basis van het positief contractsbelang, zonder dat zij door de wanprestatie van Vloet winst had gederfd. Er zijn ook gevallen te bedenken waarin het positieve contractsbelang wèl gelijk is aan de gederfde winst; denk aan het hierboven genoemde voorbeeld van de afgebroken onderhandelingen. Ook is het mogelijk dat gederfde winst onderdeel uitmaakt van het negatief contractsbelang, dus los van de gesloten overeenkomst. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat men een koopovereenkomst sluit waarbij de koper de gekochte goederen opslaat in zijn loods. Indien de koopovereenkomst achteraf nietig blijkt te zijn zou het negatief contractsbelang kunnen bestaan uit de winst die de koper zou hebben gemaakt indien hij de – nu nutteloos benutte – opslagruimte winstgevend geëxploiteerd zou hebben.

Tenslotte: een vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang kan ook in geval van een onrechtmatige daad worden toegewezen. Onlangs wees het Hof Amsterdam een arrest waarin dit aan de orde kwam (Gerechtshof Amsterdam, 23 juni 2005, NJ Feitenrechtspraak 2005,336). Het betrof een geval waarin een koper onder een valse naam 200 harddisks bestelde en geleverd kreeg van een verkoper. De verkoper slaagde erin 195 van die harddisks terug te krijgen, welke hij vervolgens aan derden kon verkopen, zij het voor een lagere prijs dan de prijs die de oplichter met de verkoper was overeengekomen. De verkoper stelde een vordering tegen de oplichter in voor vergoeding van het positief contractsbelang (in casu gelijk aan de gederfde winst), hoewel de grondslag voor de vordering niet wanprestatie was, maar onrechtmatige daad. Het Gerechtshof oordeelde dat dit mogelijk was, in aanmerking nemende dat de onrechtmatige daad mede bestond in het aangaan van een overeenkomst die, indien zij geldig was geweest, de verkoper winst zou hebben opgeleverd. Overigens werd een vordering van de verkoper tot vergoeding van – ook – de financieringskosten ten aanzien van de aankoop van de 200 harddisks, afgewezen. Het Hof overwoog m.i. terecht dat de verkoper die kosten ook had moeten maken indien de overeenkomst met de oplichter wel naar behoren was gesloten en nagekomen. Nu het positief contractsbelang reeds als schadevergoeding was toegekend, konden deze kosten niet ook nog eens voor vergoeding in aanmerking komen.