

## De uitleg van het schadebegrip in overnamecontracten

### Inleiding

Professionele partijen investeren in duidelijke contracten met een reden. Zij zijn op zoek naar een duidelijke risico-verdeling op basis waarvan zij toekomstig gedrag mede zullen afstemmen.<sup>1</sup> Dit geldt met name ook voor overnamecontracten, waarbij partijen veel geld en tijd investeren in het opstellen daarvan.

Vaak wordt door partijen lang onderhandeld over de bewoordingen en de omvang van het schadebegrip. De hamvraag luidt: welke schade wordt uiteindelijk wél en welke schade wordt niet vergoed bij een tekortkoming onder een contract? De toenemende invloed van de Anglo-Amerikaanse cultuur<sup>2</sup> heeft tot gevolg dat in overnamecontracten steeds vaker een definitie opduikt die met veel bewoordingen een invulling probeert te geven aan het schadebegrip. In andere overnamecontracten wordt juist aangesloten bij de wet, meer specifiek bij afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek. Als gevolg van een eventuele 'rituele dans' gedurende de onderhandelingen bevindt het eindresultaat zich meestal ergens op de glijdende schaal tussen deze twee uitersten. De definitieve interpretatie van het schadebegrip zal in beide gevallen uiteindelijk aan de rechter zijn.

Maar wat is er dan uiteindelijk afgesproken? Op welke wijze zal een rechter het contractueel bedongen schadebegrip uitleggen? Welke vormen van schade komen in dat geval voor vergoeding in aanmerking en op welke wijze kan de rechter de hoogte van de schade dan nog beïnvloeden? Voorgaande vragen zullen hierna aan de orde komen, mede door het bespreken van een aantal opvallende en minder opvallende definities van het schadebegrip. Deze bijdrage tracht enige verschillen en hun gevolgen in kaart te brengen, zonder daarbij de illusie te hebben volledig te kunnen zijn. Ik benadruk dat ik mij hierbij zal beperken tot overnamecontracten. Eerst zal ik kort de algemene regeling van het schadevergoedingsrecht schetsen, daarna bespreek ik enkele voorbeelden van schadedefinities uit de praktijk en sluit ten slotte af met een korte beschouwing.

### Afdeling 6.1.10 BW

Een algemene regeling voor de inhoud en de omvang van wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding die elders in de wet hun grondslag vinden, zoals neergelegd in afdeling 6.1.10 BW, is op 1 januari 2002 in de wet opgenomen bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Echter, het begrip schade is noch in de wet, noch in de parlementaire

1. Vgl. R.P.J.L. Tjittes, Terug naar de tekst, Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, WPNR (2007) 6709, p. 422.
2. R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005, p. 2-29.

stukken uitgewerkt (behoudens het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel, zoals neergelegd in artikel 6:95 BW). Wel ligt in die stukken besloten dat de wetgever hier het oude recht heeft willen continueren.<sup>3</sup>

Het hoofddoel van schadevergoeding is om de benadeelde zo veel mogelijk te plaatsen in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust niet zou hebben plaatsgevonden. Aan het schadevergoedingsrecht ligt het beginsel van *volledige* schadevergoeding ten grondslag, dat onder meer betekent dat in beginsel alle vermogensschade, inhoudende zowel geleden verlies als gederfde winst, moet worden vergoed (zie art. 6:96 BW), maar ook schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (art. 6:97 BW) en zelfs toekomstige schade (art. 6:105 BW). Daarnaast biedt de wet ook ruimte voor vergoeding van ander nadeel (voornamelijk bestaande uit immateriële schade).

Zoals hiervoor gesteld, betreft afdeling 6.1.10 BW *wettelijke* verplichtingen tot *schadevergoeding*. Berust de verplichting tot schadevergoeding rechtstreeks op een rechtshandeling, zoals bij een verzekeringsovereenkomst of een boetebeding, dan worden de inhoud en omvang van die verplichting niet beheerst door afdeling 6.1.10 BW. In dat geval gaat het niet om een wettelijke, maar om een contractuele verplichting tot schadevergoeding, waarvan de inhoud en omvang dienen te worden bepaald aan de hand van de inhoud en strekking van de overeenkomst zélf, althans door uitleg daarvan. Wordt een verbintenis uit overeenkomst niet nagekomen, dan verbinden de artikelen 6:74 BW e.v. daaraan onder omstandigheden het gevolg van een verplichting tot schadevergoeding. Hoewel dan de contractuele verhouding de basis vormt voor de 'oorspronkelijke' verbintenis, is het de wet die hier de verplichting tot schadevergoeding in het leven roept. Daarop zijn de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW dan ook wél van toepassing.<sup>4</sup>

Afdeling 6.1.10 BW is van regelend recht met uitzondering van artikel 6:109 lid 1 BW, dat de rechter het matigingsrecht toekent. Het staat partijen daarom in beginsel vrij om een regeling omtrent schadevergoeding te treffen die afwijkt van afdeling 6.1.10 BW. Partijen kunnen dus overeenkomen dat een bepaalde soort schade niet voor vergoeding in aanmerking komt of – omgekeerd – dat een partij zich verbindt tot vergoeding van andere schade dan krachtens de wet zou moeten worden vergoed, waarbij dan met name wordt bedoeld op niet-vermogensschade.<sup>5</sup> Bijvoorbeeld met betrekking tot artikel 6:95 BW laat de parlementaire

geschiedenis hier duidelijk ruimte voor een afwijkende regeling en benadrukt ze dat het artikel van regelend recht is, hoewel dat wel gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW:

'Het artikel [art. 6:95 BW, JMM] staat niet aan een contractuele verplichting tot vergoeding van ander nadeel dan krachtens de wet zou moeten worden vergoed, in de weg. Een zodanige verplichting levert evenwel geen wettelijke verplichting op, zodat de onderhavige afdeling daarop niet van toepassing is.'<sup>6</sup>

De wet stelt echter ook de gebruikelijke grenzen aan de contractsvrijheid. Zo zijn contractuele afspraken in strijd met de wet, openbare orde of goede zeden van rechtswege nietig (art. 3:40 BW) en kan de werking van dergelijke afspraken worden beperkt door de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW). Uiteindelijk zal door uitleg dienen te worden vastgesteld in hoeverre door het beding wordt afgevoerd van afdeling 6.1.10 BW; voor het overige blijft deze regeling van toepassing.<sup>7</sup>

#### Enkele voorbeelden van schadedefinities

Bij het onderhandelen over garanties (en/of andere contractuele verplichtingen) in het kader van een commercieel overnamecontract streven partijen naar een (evenwichtige) risicoverdeling. Daarbij ligt het natuurlijk voor de hand dat een verkoper zo veel mogelijk zijn risico wenst te beperken en zo min mogelijk verplichtingen onder het contract op zich wenst te laten rusten. Een koper zal van de verkoper zo veel mogelijk toezeggingen, garanties of andere verplichtingen eisen, juist om zijn risico zo klein mogelijk te houden.

Voordat men toekomt aan het bepalen van wat schade is en wat niet, dient eerst te worden vastgesteld of er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (de zogenaamde wanprestatie) en, zo ja, of die wanprestatie onder de gegeven omstandigheden aan de schuldeiser kan worden toegerekend. Slechts in het geval aan deze twee voorwaarden is voldaan, komt men toe aan de beoordeling welke vormen van schade voor vergoeding in aanmerking komen of welke juist op grond van de wet dan wel contractueel zijn uitgesloten.

Gezien het internationale karakter van de overnamepraktijk wordt het merendeel van de contracten tegenwoordig in het Engels opgesteld, zelfs als het contract uitsluitend tussen Nederlandse partijen wordt gesloten en Nederlands recht van toepassing is. Het is vaak de koper die de pen voert en als eerste een conceptcontract aan de andere partij voorlegt.

3. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 6:95, aant. 4.

4. A.R. Bloembergen & S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Monografieën Nieuw BW, nr. B34, Deventer: Kluwer 2001, nr. 22.

5. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding* (losbl.), Deventer: Kluwer, afd. 6.1.10.Inl., aant. 61.

6. C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981, p. 333.

7. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding* (losbl.), Deventer: Kluwer, afd. 6.1.10.Inl., aant. 62.

Deze bepalingen zullen hoogstwaarschijnlijk een kopersvriendelijk karakter hebben. Ik zal enkele voorbeelden daarvan bespreken:

*'Damages shall be fixed at the total cost of any and all compensation and remedial action required to put the Purchaser in the position in which it would have been in, if the relevant Seller's Breach had not occurred. For the avoidance of doubt, it is hereby agreed that the Damages shall include liability for all costs incurred by the Purchaser relating to the prevention or limitation of any loss or damage resulting from or arising as a result of any Seller's Breach and in particular, but without limitation, shall include all legal and other costs incurred in instructing and retaining professional advisors.'*

Op het eerste gezicht zoekt deze clausule geen aansluiting bij de wet (afdeling 6.1.10 BW). De eerste zin van deze clausule verraadt al zijn herkomst: deze zin legt een van de hoofddoelen van het schadevergoedingsrecht tussen partijen vast. In beginsel is in geval van wanprestatie de schuldenaar verplicht tot vergoeding van het zogenoemde positieve contractsbelang. Dat wil zeggen dat de schuldeiser door de schadevergoeding in de positie moet worden gebracht alsof het contract goed was nagekomen. Zijn gehele schade dient immers te worden vergoed.

De tweede zin sluit aan bij artikel 6:96 lid 2 onder a en b BW. Artikel 6:96 lid 1 BW verdeelt ten eerste vermogensschade in de categorieën geleden verlies en gedeelde winst. Lid 2 van het artikel kleurt het begrip vermogensschade verder in. Op grond van lid 2 sub a komen voor vergoeding in aanmerking de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van de schade. Sub b biedt een basis voor de vergoeding van redelijke kosten die gemaakt zijn ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Hieronder vallen zowel expertisecosten als kosten van juridisch advies en het verzamelen van bewijs.<sup>8</sup> Voorts verdient opmerking dat de aangehaalde clausule uitdrukkelijk niet gelimiteerd is (*but without limitation*). Dit biedt de koper de mogelijkheid om het schadebegrip ruim te interpreteren en dus aan te vullen met de mogelijkheden die de wet daartoe schept.

Artikel 6:96 lid 2 BW vereist, in tegenstelling tot deze schadeclausule (*all (...) costs*), dat de gevorderde kosten 'redelijk' zijn. Deze toets is een zogenoemde dubbele redelijkheidstoets, dat wil zeggen dat niet alleen het maken van kosten redelijkerwijs verantwoord moet zijn, maar ook de omvang van de kosten moet redelijk zijn.<sup>9</sup> Wat onder redelijke kosten valt is moeilijk te zeggen en dient bepaald te worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In ieder geval wegen mee de moeilijkheidsgraad van

de zaak, de daadwerkelijk verrichte werkzaamheden en het (financiële) belang van de zaak.<sup>10</sup> Voor zover contractspartijen artikel 6:96 BW niet uitdrukkelijk uitsluiten, heeft de rechter de vrijheid deze dubbele redelijkheidstoets toe te passen. Bovendien zullen vaak de redelijke kosten die een rechter toekent veel lager uitvallen dan de werkelijk gemaakte kosten, aangezien de rechter bij vaststelling van de vergoeding uitgaat van de forfaitaire bedragen van Rapport Voor-werk II.<sup>11</sup> In voorkomende gevallen verdient het aanbeveling om contractueel af te wijken van de vergoeding van kosten op basis van Rapport Voor-werk II.

Een ander voorbeeld met een (minder uitgesproken) kopersvriendelijk karakter:

*'In case of a Breach, Seller shall only be liable towards Purchaser for any and all damages of Purchaser within the meaning of section 6:96 DCC (vermogensschade) resulting from such Breach.'*

Deze clausule zoekt uitdrukkelijk aansluiting bij de wet, meer specifiek bij artikel 6:96 BW. Daarmee wordt beoogd de definitie van schade te beperken tot vermogensschade, dus met uitsluiting van ander nadeel, zoals bedoeld in artikel 6:95 BW. De poging de schade in te perken wordt extra benadrukt door gebruik van het woord 'only'. De vraag is echter op welke wijze de te vergoeden schade hierdoor wordt beperkt. Met de woorden 'ander nadeel' verwijst de wet namelijk met name naar immateriële schade.<sup>12</sup> In de context van een overnamecontract is het niet goed denkbaar dat vergoeding van immateriële schade ex artikel 6:106 BW snel aan de orde zal zijn. Op het eerste gezicht lijkt het verschil met artikel 6:95 BW vanuit deze (contractuele) optiek dan ook meer van tekstuele aard te zijn. Nader beschouwd ziet de keuze voor artikel 6:96 BW in plaats van artikel 6:95 BW dan ook op iets anders: aangezien artikel 6:95 BW van regeland recht, is laat dit artikel ruimte om krachtens overeenkomst naast vermogensschade, vergoeding van ander nadeel overeen te komen dan krachtens de wet zou moeten worden vergoed.<sup>13</sup> Door aan te haken bij artikel 6:96 BW wordt beoogd ook deze vormen van 'ander nadeel' uit te sluiten.

Door in de definitie van schade te verwijzen naar artikel 6:96 BW, zonder daarbij een specifieke regeling te treffen voor de kosten, beperkt een koper zijn verhaalsmogelijk-

8. W.J.G. Oosterveen, *Burgerlijk Wetboek Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, art. 6:96 BW, aant. 3.

9. Van Zeben/du Pon 1981, p. 333.

10. S.D. Lindenberg & T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 6:96, aant. 193 en tevens Rapport Voor-werk II, aanbeveling II.

11. Rapport van de werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake de buitengerechtigde kosten, zoals gewijzigd in november 2000, tarieven aangepast aan de euro in 2002. Dit rapport is te vinden op <http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/Rechtbanken/Haarlem/Voor+juristen/Informatie+civiel+voor+de+advocatuur/Rapport+Voor-werk+II.htm>.

12. Oosterveen 2007, art. 6:95 BW, aant. 3.

13. Van Zeben/du Pon 1981, p. 333.

heden. Zoals hiervoor reeds uiteengezet biedt artikel 6:96 lid 2 BW alleen een basis voor de vergoeding van de 'redelijke kosten' en kleurt de rechter dit begrip in aan de hand van de forfaitaire bedragen uit het Rapport Voor-werk II. De kans is groot dat bij een aanzienlijk financieel belang de gemaakte kosten een veelvoud zullen zijn van de vergoeding die op basis van Rapport Voor-werk II worden toegekend.

Een voorbeeld met een verkopersvriendelijk karakter:

'In the event of a breach of any of the Warranties or any non-fulfillment of any obligation of the Seller under this Agreement (a *Breach*), the Seller shall be liable to the Purchaser for any damage (vermogensschade) within the meaning of section 6:96 DCC directly resulting from a Breach, provided, however, that the Seller shall not be liable for any indirect damages, loss of anticipated profits or other consequential damages (*Damages*).'

Deze clausule sluit, net als het vorige voorbeeld, in beginsel aan bij artikel 6:96 BW. De clausule beperkt echter aanzienlijk de mate waarin de benadeelde schadevergoeding kan claimen door het uitsluiten van indirecte schade (*indirect damages*), gederfde winst (*loss of anticipated profits*), dan wel andere gevolgschade (*other consequential damages*).

Ik merk op dat de begrippen indirecte schade, gederfde winst en gevolgschade niet vast omlind zijn door jurisprudentie of in de literatuur. Het zijn begrippen waarvoor in de praktijk verschillende definities worden gebruikt en die tot veel discussie leiden. Vanuit de optiek van een koper kan dat strategisch voordeel opleveren door als een 'kapstok' te dienen voor schade waarvan de vergoedbaarheid twijfelachtig te noemen is. Streeft men naar rechtszekerheid, dan verdient het aanbeveling het gebruik van deze begrippen te vermijden. Staat de andere partij erop dat de termen gebruikt worden, neem dan daarnaast een definitie van deze begrippen op die minder ruimte laat voor tweërlei uitleg.

Indirecte en directe schade zijn geen wettelijke begrippen. Dat brengt met zich dat de wet de vergoeding van indirecte schade (en gevolgschade) ook niet beperkt. Zonder nadere concrete invulling is daarom niet duidelijk wat hieronder moet worden verstaan. Doorgaans wordt onder indirecte schade verstaan gederfde winst, gemiste besparingen, immateriële schade en gevolgschade zoals schade door bedrijfsstagnatie.<sup>14</sup> Als men besluit beide termen te definiëren, kan men kiezen om de ene term zo uitputtend mogelijk met concrete voorbeelden te beschrijven en de andere term vervolgens negatief te definiëren (bijvoorbeeld: 'Indirecte Schade omvat alles wat geen Directe Schade is', of anders-

om). Op deze wijze wordt getracht ruimte voor een andere interpretatie dan een tekstuele te voorkomen.

Gederfde winst vormt samen met geleden verlies de vermogensschade als bedoeld in artikel 6:96 BW en omvat de winst die de benadeelde is misgelopen door de niet-nakoming van het contract. Heeft de schuldeiser door de niet-nakoming winst gederfd, dan moet deze hem in beginsel worden vergoed.<sup>15</sup> Gederfde winst is in het algemeen veel moeilijker te bepalen dan het geleden verlies. De winst van een onderneming is van veel factoren afhankelijk en het is vaak lastig om het schadebrengende feit te isoleren. Bovendien is het dikwijls niet mogelijk om met zekerheid vast te stellen dat zonder de wanprestatie wél winst was gemaakt. Daarom zal, bij gebreke van een contractuele regeling daartoe, een waarschijnlijkheidsberekening nodig zijn waarvoor artikel 6:97 BW de wettelijke basis vormt, welk artikel de rechter een grote vrijheid toekent zowel bij de begroting van de schade als bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden. Daarnaast is de rechter bij toepassing van dit artikel niet gebonden aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht, terwijl deze bepaling hem bovendien in belangrijke mate ontheft van zijn motiveringsplicht.<sup>16</sup>

Gevolgschade wordt wel omschreven als de bijkomende schade die de schuldeiser door de tekortkoming in zijn overige vermogen lijdt en omvat in ieder geval gederfde winst en indirecte schade. Gevolgschade wordt ook aangeduid als schade die door gebreken in de aan de schuldeiser afgeleverde zaak (bijvoorbeeld in het geval van een activa/passiva-transactie), in het overige vermogen van de schuldeiser of aan diens lichaam of gezondheid wordt toegebracht.<sup>17</sup> Gevolgschade kenmerkt zich ook door de direct schadelijke gevolgen van de wanprestatie (bijvoorbeeld door ondeugdelijkheid van geleverde grondstoffen wordt bedrijfsschade geleden omdat machines worden beschadigd en het bedrijf moet worden stilgelegd). Deze schadelijke gevolgen vloeien voort uit de schending van een nevenverplichting van de schuldenaar om te voorkomen dat hij, los van de eigenlijke prestatie, schade aan het vermogen van de schuldeiser toebrengt.

Hoe indirect de schade ook moge zijn, de wet bepaalt in artikel 6:98 BW dat de schade moet kunnen worden toegerekend. Dit artikel luidt:

'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

14. C.E. Drion, *Internet en e-commerce*, Boom modellen en commentaar, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 60.

15. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005, p. 276.

16. Van Zeben/du Pon 1981, p. 339.

17. Asser/Hartkamp 4-I, Deventer: Kluwer 2004, nr. 330.



Zonder causaal verband is er dus geen toerekening van schade. De aard van de aansprakelijkheid (bijvoorbeeld wanprestatie of onrechtmatige daad) kan meebrengen dat de schade ruim dan wel beperkt moet worden toegerekend.<sup>18</sup>

Bij bepaling of de schade toerekenbaar is op grond van artikel 6:98 BW speelt mede een rol hoever het schadelijk gevolg van de gebeurtenis verwijderd is: hoe minder ver, hoe eerder toerekening gerechtvaardigd is. Dat laat onverlet dat ver verwijderde schade toch voorzienbaar kan zijn, maar indien toerekening van dergelijk ver verwijderde schade niet wenselijk wordt geacht, kan zij worden beperkt met behulp van dit nabijheidscriterium. Toerekening van gevolgschade op grond van artikel 6:98 BW is eerder gerechtvaardigd naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is en derhalve beter voorzienbaar.<sup>19</sup> Daarbij is van belang dat de toerekening van de schade van artikel 6:98 BW zowel ziet op de omvang als op de vestiging van de aansprakelijkheid.<sup>20</sup>

De bewijslast met betrekking tot het causaal verband tussen de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd, zo volgt uit de hoofdregel van artikel 150 Rv, rust in beginsel op de benadeelde eiser. Hij zal dus in beginsel ook moeten bewijzen dat tussen die gebeurtenis en de schade *conditio sine qua non*-verband bestaat. *Conditio sine qua non*-verband is een minimumvereiste dat over het algemeen aan het causaal verband gesteld moet worden, maar dat vaak ruim geïnterpreteerd wordt. Causaal verband zonder *conditio sine qua non* is dus onmogelijk. Omgekeerd is het bestaan van een *conditio sine qua non*, zonder dat toerekening van de schade of aansprakelijkheid plaatsvindt, echter goed mogelijk. Verder verdient opmerking dat artikel 6:98 BW op zichzelf geen aansprakelijkheid kan scheppen voor schade die op grond van de wet niet voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>21</sup>

Tot slot, een schadeclausule uit de praktijk met een opmerkelijk compromis als eindresultaat (gebaseerd op het hiervoor behandelde verkopersvriendelijke voorbeeld):

'In the event of a breach of any of the Warranties under this Agreement (a *Breach*), the Seller shall be liable to the Purchaser for any damage (vermogensschade) within the meaning of section 6:96 DCC resulting from a Breach (*Damages*). In that case, the Seller shall be obliged to make all such payments to the Purchaser as may be required for the Purchaser to be brought in the position it would have been in if a Breach would not have occurred, it being understood that any liability of

the Seller for loss of profit or other consequential damages shall be calculated on the basis of section 6:98 DCC.'

Een van de verschillen met de hiervoor aangehaalde clausule is de vergoeding van het positief contractbelang, dat wil zeggen dat de schuldeiser in de positie moet worden gebracht alsof het contract behoorlijk was nagekomen. Verder is uit de eerste zin het woord *directly* verwijderd. Deze wijzigingen openen de deur voor indirecte schade, waaronder gedeerde winst en andere gevolgschade. De beperkende zinsnede die dergelijke schade beoogde uit te sluiten is tevens verwijderd. Voorts is expliciet overeengekomen dat de rechter bij de bepaling van gedeerde winst of andere gevolgschade rekening zal moeten houden met de toerekeningsleer van artikel 6:98 BW, waarvan de kenmerken en de mogelijke gevolgen bij de hiervoor aangehaalde clausule reeds zijn besproken.

#### Slot

Ten aanzien van het schadebegrip bestaat in beginsel een grote mate van contractsvrijheid. Alle wettelijke bepalingen zijn van regelend recht, behalve het matigingsrecht ex artikel 6:109 BW. De rechter heeft echter eveneens een grote mate van vrijheid om schade vast te stellen en toe te rekenen. Er bestaat geen (eensluidende) definitie van schade. Kiest een partij voor rechtszekerheid, dan kan schade het best nauwkeurig in het contract worden gedefinieerd door gebruik van schadevormen die éénvoudig vast te stellen zijn en de rechter dus geen ruimte laat voor een uitgebreide toetsing aan de hand van afdeling 6.1.10 BW, en dan met name de artikelen 6:97 en 6:98 BW. Kiest men voor maximale risicotoedeling aan de andere partij, wees dan beducht op de verschillende mogelijkheden die de wet de rechter biedt om schade nader aan te vullen, maar ook op de artikelen en beginselen (zoals de redelijkheid en billijkheid) die er op zijn gericht het begrip schade te kunnen beperken.

Mr. J.M. Möller  
Loyens & Loeff

18. Hartkamp 2005, p. 280.

19. A.S. Hartkamp 2005, p. 280.

20. HR 3 juni 2005, NJ 2005, 334 (r.o. 4.47).

21. HR 3 juni 2005, NJ 2005, 334, en R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 6:98, aant. 3.