

Smartegeld bij tekortkomingen in de nakoming van een verbinten^{is}

*S.D. Lindenbergh**

1. INLEIDING

Art. 7.4.2 (2) Unidroit Principles¹ en art. 4.501 (2) PECL² erkennen ieder een recht op vergoeding van ‘non-pecuniary damages’ bij ‘non-performance’ van een overeenkomst. In de comments op de Lando Principles wordt zeer beknopt weergegeven wat de stand van zaken is met betrekking tot, kort gezegd, het smartegeld bij wanprestatie³ in een aantal Europese landen.⁴ Met betrekking tot het Nederlandse recht wordt opgemerkt:

‘(...) Dutch law will only allow damages for non-pecuniary loss if it is provided for by statute. (...) In (...) the Netherlands non-pecuniary damages are mostly available in tort but the rules such as BW art. 6:106 (...) may in certain cases also apply to contracts, see on Dutch law BW art. 6:95 and 6:106 (...)’.⁵

Deze weergave van de stand van zaken met betrekking tot het smartegeld bij wanprestatie in Nederland blinkt uit in beknoptheid en zet aan tot nieuwsgierigheid. In deze bijdrage zal meer uitgebreid worden

* Mr. S.D. Lindenbergh is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. De bepaling luidt: ‘Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, pain and suffering or emotional distress’.
2. De bepaling luidt: ‘The loss for which damages are recoverable includes:
(a) non-pecuniary loss; and
(b) future loss which is reasonably likely to occur’.
3. In aansluiting op het (juridisch) spraakgebruik wordt steeds van wanprestatie gesproken, wanneer een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbinten^{is} uit overeenkomst wordt bedoeld.
4. De comments op de Unidroit Principles bevatten geen nadere gegevens over het smartegeld in nationale rechtssystemen.
5. Ole Lando and Hugh Beale, *The Principles of European Contract Law*, p. 233.

ingegaan op die stand van zaken. Daartoe zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de wettelijke regeling, aan de verhouding tussen wanprestatie en onrechtmatige daad in dit verband en aan enkele bijzondere contracten. Maar eerst is er enige aandacht voor het oude recht.

2. HET OUDE RECHT

Onder het oude recht werd de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade als gevolg van een onrechtmatige daad op betrekkelijk ruime schaal erkend.⁶ Over de vraag onder welke omstandigheden die mogelijkheid bij wanprestatie bestond, heerste verschil van mening.⁷ De jurisprudentie vertoonde een ongeordend beeld. Zo werd bijvoorbeeld een vergoeding voor immateriële schade toegekend bij het zoekraken van een huwelijksreportage,⁸ maar werd een dergelijke vergoeding afgewezen in een geval waarin tijdens een crematieplichtigheid een verkeerde kist en bloemen voor een andere overledene aanwezig bleken.⁹

In enkele gevallen werd het recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie door de wet expliciet erkend. Zo heeft in het arbeidsrecht artikel 1637w BW (oud), waarin een recht op smartegeld werd toegekend wanneer opzettelijk of door schuld was gehandeld in strijd met een contractuele verplichting, aanleiding gegeven tot een gevarieerde jurisprudentie.¹⁰ Daarnaast valt nog te denken aan toekenning van vergoedingen voor 'niet op geld waardeerbare schade' op grond van art. 16 WCAO, art. 3 lid 4 van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten en art. 10 van de Wet op de ondernemingsovereenkomsten.¹¹

6. Sinds HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem). Vgl. ook de door Bloembergen in *Onrechtmatige Daad* (oud) IIA aant. 13 e.v. vermelde literatuur en jurisprudentie.
7. Vgl. de door G.J. de Groot, *Contractenrecht* (oud), nrs 945 e.v. vermelde literatuur.
8. Ktg. Rotterdam 28 december 1977, Prg. 1978, 1307.
9. Rb. Haarlem, 14 december 1982, NJ 1983, 395.
10. Vgl. voor een onderzoek naar die jurisprudentie: L. Schreuders, *Smartegeld bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst*, *Sociaal Recht* 1992-1, p. 4 e.v.
11. Van de genoemde bepalingen is alleen art. 1637w BW (oud) bij de invoering van het NBW geschrapt.

3. HUIDIG RECHT

a. Uitgangspunten

In het huidige recht is in art. 6:95 BW voor alle schadevergoedingsverplichtingen, ongeacht hun ontstaansgrond, bepaald dat vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade plaatsvindt, voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Dit betekent in de eerste plaats dat gekozen is voor vergoeding van immateriële schade op (wettelijk) beperkte schaal, hetgeen ertoe leidt dat vele soorten immateriële schade onvergoed zullen blijven. In de tweede plaats is fundamenteel de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie erkend en lijkt de onder het oude recht levende strijdvraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, bij wanprestatie recht op een dergelijke vergoeding bestaat, te zijn beslecht. Het is echter de vraag of met deze royaal ogende methode op het punt van het smartegeld ‘winst is geboekt’, nu de gevallen waarin de wet vergoeding van immateriële schade mogelijk maakt zijn beperkt tot enkele specifiek omschreven categorieën.

b. Gevallen waarin een recht op vergoeding bestaat

Art. 6:106 BW bepaalt in zijn algemeenheid in welke gevallen ander nadeel dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt. In dit kader is vooral het bepaalde onder a en b van art. 6:106 lid 1 BW van belang:¹²

‘Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:

- a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
- b. indien de benadeelde lichamenlijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast’.

In het onder a beschreven geval is het oog vooral gericht op de intentie waarmee het nadeel wordt toegebracht. Van het opzettelijk toebrengen van immaterieel nadeel mag men m.i. in het algemeen aannemen dat het behoort tot de ‘schrijnende gevallen’ waarin (ook) van het schadevergoedingsrecht een reactie niet kan worden gemist. De bepaling zal echter niet vaak kunnen worden toegepast, omdat zij

12. Het bepaalde onder c betreft de aantasting van de nagedachtenis van een overledene, hetgeen moeilijk is voor te stellen als gevolg van een tekortkoming in de nakoming.

vergt dat het opzet is gericht op het toebrengen van immateriële schade, hetgeen een vordering veelal op bewijsproblemen zal doen stranden.¹³ Niettemin moet toepassing van deze bepaling ook mogelijk worden geacht bij opzettelijke wanprestatie, gericht op het toebrengen van immateriële schade.¹⁴

Veruit de belangrijkste categorie van gevallen is in het artikel onder b beschreven. Het betreft daar steeds aantastingen van de persoon. Deze kunnen bestaan uit toegebracht lichamelijk letsel, aantasting van eer en goede naam of uit andersoortige persoonsaantastingen. De 'open' geformuleerde restcategorie 'aantasting in de persoon op andere wijze' mag volgens de parlementaire geschiedenis bij art. 6:106 BW niet te ruim worden opgevat: het kan gaan om het toebrengen van ernstige psychische storingen,¹⁵ maar ook inbreuken op de privacy zijn er onder te brengen.¹⁶ Vele soorten nadelen als gevolg van wanprestatie, zoals ergernis of verdriet wegens ondeugdelijke of vertraagde nakoming, kunnen hier naar alle waarschijnlijkheid niet onder gebracht worden.

Recentelijk oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat aan de ouders van een jong kind een bedrag aan smartegeld toekwam in verband met de gevolgen voor hen van een ernstige verwonding van hun kind als gevolg van een medische fout.¹⁷ Toewijzing van het bedrag werd gebaseerd op wanprestatie van het ziekenhuis en de artsen jegens de ouders. Met betrekking tot het smartegeld overwoog de rechtbank dat wanprestatie naar oud recht en naar huidig recht een recht op vergoeding van immateriële schade geeft.¹⁸ Naar huidig recht is het echter de vraag of het betreffende geval kan worden gebracht onder één van de omschrijvingen van artl. 106 BW. Vooral nu in de parlementaire geschiedenis na rijp beraad op zowel 'technische' als meer 'beleidsmatige' gronden ervoor is gekozen een recht op smartegeld wegens

13. Vgl. ook: MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380 en Eindverslag I, p. 389.

14. Zie in dezelfde zin: Bouman en Van Wassenauer van Catwijk, Mon. Nieuw BW B-37, p. 94.

15. Eindverslag I Parl. Gesch. Boek 6, p. 389: '... ook aantasting van de persoon door het toebrengen van psychische storingen, mits deze ernstig genoeg zijn om van "aantasting" van de persoon te spreken.'

16. MvA II Parl. Gesch. Boek 6, p. 380. Vgl. over dit begrip ook H.J. Vetter, Aantasting in de persoon volgens art. 6:106. Welke persoon? Te PAS-bundel, 1992, p. 147-152 en HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 29C (Ontvanger/Bos).

17. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, NJkort 1995, 35).

18. Vgl. r.o. 16 van het vonnis.

‘affectieschade’ — dat wil zeggen verdriet door verwonding of overlijden van naasten — te verwerpen.¹⁹

4. WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD

In artikel 6:106 BW wordt niet aangegeven waaruit het nadeel bestaat, maar wordt volstaan met een limitatieve opsomming van gevallen waarin het nadeel voor vergoeding in aanmerking komt. Aldus biedt de door art. 6:95 BW geopende poort naar de vergoeding van immateriële schade slechts toegang aan die gevallen die voldoen aan de omschrijving van art. 6:106 BW.²⁰ Dit betekent in de praktijk dat de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie weinig ‘zelfstandige betekenis’ toekomt, omdat zij door de werking van art. 6:106 BW grotendeels²¹ wordt beperkt tot gevallen waarin tevens sprake is van onrechtmatig handelen.²² Bij lichamelijk letsel zal immers steeds sprake zijn van inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit, terwijl bij schending van eer en goede naam en aantastingen in de persoon op andere wijze ook steeds tevens zal zijn gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Wil zijn voldaan aan één der in art. 6:106 lid 1 sub b BW genoemde omschrijvingen, dan zal de schadeveroorzakende gedraging derhalve tevens voldoende grond opleveren voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. In die gevallen zal immers ook onafhankelijk van de tussen partijen bestaande contractuele verhouding het toebrengen van letsel of andersoortige persoonsaantastingen onrechtmatig zijn.²³

19. Vgl. Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 388-389 en MvA I Inv. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1273-1277.

20. Of aan die van een van de (weinige) andere wetsbepalingen die een recht op vergoeding van immateriële schade toekennen, zie daarover hierna onder 5.

21. Afgezien van het praktisch minder relevante geval van opzettelijk toegebrachte immateriële schade.

22. Men zij er overigens op bedacht dat dit de mogelijkheid om langs contractuele weg buiten de in art. 6:106 BW omschreven gevallen een recht op smartegeld te creëren onverlet laat, vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 332-333. Dit betekent ook dat men door een contractuele rechtskeuze voor de ‘principles’ de daarin ruimer geformuleerde mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie van toepassing kan verklaren.

23. Vgl. het door de Hoge Raad geformuleerde criterium voor samenloop van aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad, waarbij het gaat om de vraag of een handeling ‘onafhankelijk van een tussen partijen bestaande con-

5. EEN UITZONDERING

Het burgerlijk wetboek biedt naast art. 6:106 BW nog op één andere plaats een opening naar de vergoeding van immateriële schade. Het betreft art. 7:510 BW dat zelfs expliciet voor wanprestatie is geschreven:

‘Een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die hem kan worden toegerekend, verplicht de reisorganisator mede tot vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, voor zover door die tekortkoming derving van reisgenot is veroorzaakt’.²⁴

In de Memorie van Toelichting wordt het bestaan van dit artikel als volgt gemotiveerd:

‘Allerlei ongerief — lawaai, stank, een alternatief onderkomen, enz. — waarmee de reiziger redelijkerwijs niet behoeft rekening te houden, kan het reisgenot ernstig bederven. Het is op zijn minst twijfelachtig of dit zou zijn te brengen onder «aantasting van de persoon» als bedoeld in artikel 106 lid 1 onder b. Het is evenwel billijk en het wordt in de praktijk ook als zodanig ervaren, dat zulke immateriële schade aan de reiziger wordt vergoed, indien zij aan de reisorganisator moet worden toegerekend (...)’.²⁵

Het artikel biedt derhalve ook een recht op vergoeding van immateriële schade in gevallen die niet voldoen aan de omschrijvingen van art. 6:106 BW. Waar het artikel en de toelichting spreken van derving van reisgenot, valt te betwijfelen of het wel gaat om ander nadeel dan vermogensschade. Het reisgenot kan immers worden gezien als tegenprestatie voor de reissom en kan derhalve heel wel in geld worden uitgedrukt.²⁶ Met de terugbetaalde reissom kan de reiziger zich bovendien opnieuw reisgenot verwerven. Ook de schade die bijvoorbeeld ontstaat door vermindering van huurgenot door een wanprestatie van de verhuurder wordt wel aangemerkt als vermogensschade, juist omdat de waarde van het gederfde huurgenot zich laat

tractuele verhouding — hetgeen wil zeggen onafhankelijk van een schending van contractuele normen — onrechtmatig is’, HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta).

24. De omvang van de vergoeding is krachtens art. 7:511 BW beperkt tot ten hoogste eenmaal de reissom.

25. MvT TK 22 506, nr. 3, p. 17/18.

26. Zie ook: R. Overeem, Smartegeld, p. 20, A.R. Bloembergen, Monografie NBW, B-34, p. 62 en L.G. Eykman, Smartegeld, WPNR 5572, 462.

uitdrukken in de huurprijs.²⁷ De 'extra' ergernis die een wanprestatie door de reisorganisator kan meebrengen,²⁸ kan weliswaar worden aangemerkt als ander nadeel dan vermogensschade, maar onderscheidt zich niet wezenlijk van het nadeel dat door andersoortige wanprestaties wordt geleden²⁹ en niet onder één van de omschrijvingen van art. 6:106 zal kunnen worden gebracht. De bevoorrechte positie van de reiziger in dit opzicht laat zich derhalve 'dogmatisch' niet goed verklaren. Daar komt nog bij dat onder het oude recht in dergelijke gevallen slechts op beperkte schaal vergoedingen zijn toegekend, zodat de noodzaak van deze bijzondere behandeling in twijfel kan worden getrokken. Het hangt ongetwijfeld samen met de hoge waardering die vrijetijdsbesteding en reizen in onze maatschappij genieten, dat juist bij de reisovereenkomst een dergelijke vergoeding 'in de praktijk als billijk wordt ervaren',³⁰ maar het wringt toch dat aan de reiziger wordt gegeven, wat aan andere (en vaak veel ernstiger) gedupeerde contractspartijen wordt onthouden.

6. GEÉN UITZONDERING

a. Smartegeld en arbeidsovereenkomst

Onder het oude recht werd het bestaan van een (algemeen) recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie wel beargumenteed met een verwijzing naar art. 1637w BW (oud).³¹ Dat artikel bood een recht op vergoeding van immateriële schade wanneer opzettelijk of door schuld was gehandeld in strijd met een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Met de invoering van art. 6:106 BW is dat artikel evenwel vervallen,³² omdat er 'geen reden' was een bijzondere regel over immateriële schade bij de arbeidsovereenkomst op te nemen naast art. 6:106 BW. De Sociaal

27. Vgl. bijvoorbeeld A-G Leijten in zijn conclusie bij HR 17 juni 1994, NJ 1994, 670, p. 3226 l.k.

28. Overeem, t.a.p., spreekt in dit verband van 'reisverdriet'.

29. Men denke bijvoorbeeld aan een huwelijksdiner dat door de erbarmelijke kwaliteit van het voedsel of van de bediening op een fiasco uitloopt, aan de levering van een ondeugdelijk filmrolletje, etc.

30. De vergoeding op grond van art. 7:510 kan er bovendien toe bijdragen de beperkingen in de vergoeding van vermogensschade te 'verzachten'. Deze zal immers veelal tot driemaal de reissom zijn beperkt (vgl. art. 7:509).

31. Vgl. bijvoorbeeld Overeem, t.a.p. p. 58.

32. Bij wet van 28 december 1989, Stb. 616.

Economische Raad had nog in overweging gegeven de in art. 1637w BW (oud) neergelegde norm te handhaven, omdat zij niet uitgesloten achtte dat art. 6:106 BW van een beperkter strekking was dan art. 1637w BW (oud) en omdat de bepaling van 1637w BW (oud) in de praktijk een nuttige functie vervulde.³³ In de memorie van toelichting bij de vaststelling van titel 7.10 wordt deze suggestie als volgt gepasseerd:

‘Nu zal in het algemeen immateriële schade die door de werknemer wordt geleden als gevolg van een schending door de werkgever van diens verplichtingen voor vergoeding in aanmerking komen wanneer het aantasting van de persoon betreft. Voor zover dat niet het geval is, rijst de vraag waarom werknemers meer behoefte zouden hebben aan vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade dan andere slachtoffers die niet iets hebben ondergaan als «aantasting van de persoon». Het begrip is ruim. Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kan eronder vallen. Evenmin verzet de wet zich er bijvoorbeeld tegen dat een werknemer voor schadevergoeding op grond van artikel 106 in aanmerking komt omdat hij nadeel lijdt als gevolg van een ten onrechte opgelegde schorsing. Ook is er geen grond om voor de enkele overtreding van een veiligheidsvoorschrift vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade toe te kennen zolang niet het daardoor opgeroepen gevaar zich heeft verwezenlijkt. De gronden voor schrapping van het artikel zijn daarom nog steeds geldig’.³⁴

Met betrekking tot (immaterieel) nadeel ontstaan door schending van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst is derhalve gekozen voor de exclusieve werking van art. 6:106 BW. Opvallend is dat in de memorie van toelichting op dit punt ineens vrij ruimhartig wordt omgegaan met het begrip ‘aantasting in de persoon’. Dat staat in schril contrast met hetgeen in de parlementaire geschiedenis omtrent art. 6:106 BW met betrekking tot dat begrip werd opgemerkt.³⁵ Het is m.i. ook zeer de vraag of die gevallen daar onder zijn te brengen die onder het oude recht leidden tot vergoedingen op basis van art. 1637w BW (oud).³⁶ Die jurisprudentie wekt de indruk dat de ver-

33. SER-advies titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst, 1991, nr 20, p. 18.

34. MvT TK 23 438, nr. 3 p. 10.

35. Zie hiervoor onder 2b.

36. Men denke aan: het onthouden van vakantie (Ktg. Haarlem, NJ 1940, 692), van een getuigschrift (Ktg. Amsterdam 18 september 1919, RBA IX 1 en 2), van een dienstwoning (Rb. Middelburg 27 oktober 1943, NJ 1944, 82) of van wachtgeld (Ktg. Rotterdam, 31 mei 1990, Prg. 1990, 3575). Vgl. ook: Ktg. Sneek 24 oktober 1979, Prg. 1981, p. 537 (vergoeding van immateriële schade wegens schrik, ondervonden door de dreiging als strafbaar deviezensmokkelaar te worden misbruikt) en Ktg. Amsterdam 6 augustus 1981, Prg. 1982, p. 287 (vergoeding

plichting tot vergoeding van immateriële schade nogal eens werd opgelegd om de ernst van de normschending te benadrukken. Dan ligt de nadruk echter meer op normhandhaving dan op herstel van schade.³⁷

De opmerking in de memorie van antwoord dat de wet zich niet verzet tegen vergoeding van nadeel als gevolg van een ten onrechte opgelegde schorsing, komt merkwaardig voor. Het gaat er immers niet om of de wet zich tegen een dergelijke vergoeding *verzet*, maar juist om de vraag of de wet op vergoeding van immateriële schade in dat geval *recht geeft*.³⁸ Leidt de schorsing niet tot een aantasting in de persoon, dan is vergoeding van immateriële schade uitgesloten.³⁹ Het vervallen van art. 1637w BW (oud) pleegt dan ook te worden gezien als een beperking van de mogelijkheden tot vergoeding van immateriële schade.⁴⁰ Ik acht deze beperking niet onterecht. In de eerste plaats heeft de wetgever gekozen voor een beperkte mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade. Dit uitgangspunt heeft nu eenmaal als consequentie dat in vele gevallen immateriële schade onvergoed blijft. Bij de keuze van de omschrijvingen van art. 6:106 BW is m.i. in het algemeen de ernst van de gevolgen voor de gelaedeerde richtinggevend geweest en gelden lichamelijk letsel en andere (ernstige) persoonsaantastingen terecht als uitgangspunt. In de tweede plaats bestaat er — buiten een ‘wetshistorisch’ argument — m.i. geen goede grond om voor de arbeidsovereenkomst een ander regime te laten gelden dan voor andere overeenkomsten. Schending van verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst is m.i. niet op voorhand ernstiger dan schending van andersoortige contractuele verplichtingen en wie een aparte smartegeldbepaling in het arbeidsrecht wil handhaven ter versterking van de positie van de werknemer, heeft m.i. evenmin sterke argumenten. Voorzover het smartegeld kan dienen als sanctie tegen schendingen van persoonlijkheidsrechten, biedt ook art.

van immateriële schade wegens het ‘afdanken’ van een trouwe werknemer).

37. Met betrekking tot art. 16 WCAO komt men dezelfde gedachte wel tegen. Vgl. Asser-Kortmann-De Leede-Thunissen, 1994, p. 330.

38. Vgl. art. 6:95.

39. Tenzij werd geschorst met het oogmerk immateriële schade toe te brengen, vgl. art. 106 lid 1 sub a.

40. Vgl. Schadevergoeding (Deurvorst) art. 106 aant. 37 en de daar vermelde literatuur.

106 lid 1 sub b daartoe mogelijkheden. Voor het overige is het smartegeld als sanctiemiddel m.i. niet geschikt.

b. De belastingrechter bewaakt de grenzen van art. 6:106 BW

Naast vergoedingen op grond van art. 1637w BW (oud) zijn (en worden) nog al eens tamelijk forse vergoedingen voor immateriële schade toegekend op grond van art. 7A:1639w BW.⁴¹ De groei van dit terrein is vooral gevoed door de gedachte dat het vanuit fiscaal oogpunt aantrekkelijk zou zijn een groot bedrag onder de vlag van 'immateriële schade' toe te kennen,⁴² terwijl kantonrechters deze praktijk ook niet plegen af te keuren. Niettemin bestaat er in het licht van art. 6:95 BW slechts recht op deze vergoedingen voorzover zij voldoen aan één der omschrijvingen van art. 6:106 BW, nu art. 7A:1639w BW zelf geen recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade biedt. Het wekt dan ook weinig verbazing dat deze praktijk door de belastingrechter steeds meer aan banden wordt gelegd. Deze hoeft zich volgens de Hoge Raad zich niet gebonden te achten aan de kwalificatie van de vergoeding door de kantonrechter als 'vergoeding voor immateriële schade'.⁴³ Daarnaast dient hij volgens de Hoge Raad steeds te toetsen of het nadeel verband houdt met de dienstbetrekking. Slechts wanneer het nadeel 'geen of onvoldoende verband houdt met de dienstbetrekking' is de vergoeding onbelast. Zo betekent het feit dat iemand door een onvrijwillig ontslag 'psychisch leed' ondervindt nog niet dat een vergoeding daarvoor onbelast is.⁴⁴

De vraag of (on)voldoende verband met de dienstbetrekking aanwezig is, wordt wel beantwoord aan de hand van het criterium of het schadeveroorzakend handelen van de werkgever ook buiten de sfeer van de arbeidsverhouding als onrechtmatig jegens de belanghebbende is aan te merken.⁴⁵ Hier valt op dat met behulp van een sa-

41. Het betreft hier geen vergoeding op grond van wanprestatie, maar op grond van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden.

42. In 1987 sanctioneerde de Hoge Raad een uitspraak van het hof dat een vergoeding 'ter betering van eer en goede naam' van de werknemer onvoldoende verband houdt met de dienstbetrekking om die vergoeding aan te merken als te zijn genoten uit dienstbetrekking (HR 24 juni 1987, BNB 1987, 248).

43. Aldus de Hoge Raad in HR 26 mei 1993, BNB 1993, 233.

44. Vgl. HR 14 april 1993, BNB 1993, 210.

45. Vgl. onder meer Hof 's-Gravenhage 29 september 1992, V-N 1993, p. 299 e.v.

menloopcriterium wordt getoetst of een bepaald nadeel voldoende verband houdt met een bepaalde bron om belast te worden. Dit heeft tot gevolg dat het enthousiasme om royale vergoedingen voor ‘immateriële schade’ overeen te komen of toe te kennen zienderogen afneemt,⁴⁶ waardoor ook hier het smartegeld de facto tot binnen de grenzen van art. 6:106 BW wordt teruggebracht. Over het algemeen kan immers worden gezegd dat vergoedingen voor immateriële schade die voldoen aan de eisen van art. 6:106 BW voortvloeien uit normschendingen die steeds tevens als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt.⁴⁷ Zo zouden de criteria van art. 6:106 BW ook kunnen dienen ter oriëntatie voor de belastingrechter die zich buigt over de vraag of een onder de vlag van ‘smartegeld’ toegekende vergoeding voor belasting in aanmerking komt. Daarbij kunnen m.i. niet alleen de criteria van art. 6:106 BW richtinggevend zijn,⁴⁸ maar ook de op grond van dat artikel toegekende bedragen. Wel moet worden aangetekend dat het hier slechts kan gaan om een (globale) oriëntatie, omdat zowel de uitleg van die criteria als de omvang van de op basis van artikel 6:106 BW toegekende bedragen slechts éinig, doch niet veel houvast bieden.

7. TOT BESLUIT

Doorgaans is niemand blij met een wanprestatie. Vaak leidt zij zelfs tot grote ergernis en woede, soms tot nog ernstiger gevolgen. Naar Nederlands recht is het recht op vergoeding voor dergelijke nadelen sterk beperkt.

Volgens het Nederlandse recht is er — naast de praktisch weinig relevante gevallen van opzettelijk toegebrachte immateriële schade — slechts plaats voor smartegeld wanneer een wanprestatie leidt tot schrijnende gevolgen in de vorm van lichamelijk letsel of andersoortige persoonsaantastingen. Slechts de gedupeerde reiziger wordt — merkwaardig genoeg — door art. 7:510 BW iets genereuzer behandeld. In de overige gevallen zal er steeds tevens sprake zijn van

alsmede J. Rensema, *Schadevergoeding en afkoopsom*, Fiscale monografieën nr. 13, Deventer 1994, p. 114.

46. Vgl. ‘De gouden handdruk garandeert nog geen geluk.’ Account, maart 1995, p. 24-25.

47. Zie hiervóór onder 3.

48. Een voorzichtige aanzet hiertoe lijkt te worden gegeven door J. Rensema, In eer en goede naam geleden schade, WFR 1995, 6134, p. 82.

onrechtmatig handelen. De vraag of er naar Nederlands recht bij wanprestatie een recht op smartegeld bestaat, kan derhalve worden beantwoord met een volmondig ja *en* nee.

De Unidroit Principles en de PECL lijken met de algemene erkenning van een recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie wat royaler. Zij kennen geen algemene grens zoals art. 6:95 BW en beperken het recht op vergoeding niet met behulp van bepaalde ‘delictsomschrijvingen’ zoals art. 6:106 BW dat doet, maar volstaan met het erkennen van een recht op vergoeding en een enuntiatieve opsomming van vormen van immateriële nadelen.