

Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling

En wat het Engelse recht ons daarover kan leren

NTBR 2016/25

In de arresten *Burger/Brouwer* en *Pollen/Linssen* bepaalde de Hoge Raad dat een contractpartij zijn vermogensschade bestaande uit zijn tevergeefs gemaakte kosten kan verhalen op zijn wederpartij, indien door wanprestatie van deze wederpartij hij het met de overeenkomst nagestreefde immateriële voordeel niet heeft kunnen verwezenlijken. Voor het misgelopen immateriële voordeel zelf kent het Nederlandse recht geen schadevergoeding toe. Voor zover het mislopen van immaterieel voordeel al als een zelfstandige schadepost wordt gezien, is het in Nederland onomstreden dat dergelijk immaterieel nadeel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Een vergelijking met het Engelse recht leert ons niet alleen dat zulk nadeel een noemenswaardige schadepost vormt, die naar Engels recht meestal wel voor vergoeding in aanmerking komt, maar ook dat er overtuigende en steekhoudende argumenten zijn om zulk immaterieel nadeel te vergoeden.

1. Genotsderving en teleurstelling als schadepost

In januari 1999 nam Burger deel aan de jaarlijkse Dakar Rally, die toen nog Dakar als eindpunt had. In december huurde hij voor een krappe € 20.000 een motor van Brouwer. Naast de huur van deze motor moest Burger verschillende andere forse uitgaven doen voor de Dakar Rally, zoals het betalen van inschrijvingsgeld, het huren van een GPS en het in dienst nemen van een monteur.² De proloog en de eerste twee etappes verliepen voorspoedig, maar tijdens de derde etappe viel de motor uit. Burger moest hierdoor opgeven en miste de laatste veertien etappes. Hij begon vervolgens een civiele procedure tegen Brouwer. Brouwer zou hem een ondeugdelijke motor hebben geleverd. Als gevolg van deze wanprestatie had Burger de Dakar Rally voortijdig moeten staken en daarmee waren alle kosten die hij voor zijn deelname had gemaakt, tevergeefs geweest. Burger had immers het door hem nagestreefde immateriële voordeel niet gerealiseerd: het plezier van een succesvolle deelname aan de Dakar Rally.³

Een paar jaar later, in juni 2001, kreeg Pollen een plezierjacht geleverd van Linssen, dat hij een paar maanden eerder voor ongeveer € 1.000.000 had gekocht. Al snel bleek het plezierjacht verschillende gebreken te hebben. Zo trad tijdens het varen rookvorming op en lekten de motoren olie. Het herstel van al deze gebreken bleek geen sinecure te zijn. Pas na ruim een jaar, in november 2002, functioneerde het jacht naar behoren. Gedurende deze herstelperiode had Pollen verschillende kosten gemaakt voor het plezierjacht, zoals liggeld en verzekeringspremies. Daarbij was het jacht al sterk in waarde gedaald. In een civiele procedure vorderde Pollen schadevergoeding voor de gemaakte kosten en waardedaling, omdat deze tevergeefs waren geweest. In de herstelperiode kon hij immers niet realiseren wat hij met de aanschaf van het plezierjacht had nagestreefd: het genot van het varen met een nieuw zeiljacht.⁴

Deze voorbeelden maken duidelijk dat met overeenkomsten niet uitsluitend zuiver economische doelen worden nagestreefd, maar ook immateriële voordelen zoals plezier en genot. Door wanprestatie van de wederpartij kan dit nagestreefde plezier of genot worden misgelopen of teleurstelling worden veroorzaakt bij de schuldeiser.⁵ Burger en Pollen vorderden echter uitsluitend schadevergoeding voor de door hun geleden *vermogensschade* bestaande uit de tevergeefs gemaakte kosten. Op het eerste gezicht lijkt dat misschien opmerkelijk, aangezien het mislopen van het nagestreefde genot of plezier het feitelijke *immateriële nadeel* vormde dat door Burger en Pollen werd geleden als gevolg van de wanprestatie.

Toch valt goed te verklaren waarom Pollen en Burger geen schadevergoeding vorderden voor dit immateriële nadeel. In de Nederlandse literatuur wordt zulk nadeel in de regel niet als een zelfstandige schadepost gezien. Voor zover dit wél als zelfstandige schadepost wordt onderscheiden, is de communis opinio dat naar huidig Nederlands recht dit specifieke immateriële nadeel niet voor vergoeding in aanmerking komt, nu er geen wettelijke grondslag is om zulk nadeel te vergoeden, met name niet in artikel 6:106 BW.⁶ In tegenstelling tot andere vormen van immateriële schade,

1 Citeerwijze: M.Th. Beumers, 'Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling', NTBR 2016/25, afl. 6. Mr. drs. M.Th. Beumers is als promovendus verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Hij schrijft een rechtsvergelijkend proefschrift over de bescherming van immateriële contractuele belangen via het schadevergoedingsrecht.

2 Zie voor een overzicht van de door Burger geclaimde kosten: Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motor B.V.*), r.o. 2.13.

3 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motor B.V.*), r.o. 3.1.

4 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts B.V.*), r.o. 3.1-3.2.

5 Bij gebrek aan een goede juridische term zal ik in dit artikel steeds spreken van 'genotsderving en teleurstelling'. Anders dan in de Nederlandse literatuur gangbaar is, bedoel ik in dit artikel met 'genotsderving' het misgelopen immateriële voordeel zelf en *niet* de vermogensschade die daarmee (ook) gepaard kan gaan.

6 Artikel 6:95 BW bepaalt dat ander nadeel slechts voor vergoeding in aanmerking komt voor zover dat in de wet is bepaald. In artikel 6:106 BW vindt men vervolgens de voornaamste vormen van immateriële schade die voor vergoeding in aanmerking komen, zoals letsel en aantasting van de persoon.

zoals affectieschade⁷ en aantasting van de persoon⁸, is in de recente Nederlandse literatuur bovendien nauwelijks discussie over de vraag of het wenselijk zou zijn om de genotsderving en teleurstelling die zijn veroorzaakt door wanprestatie voor vergoeding in aanmerking te laten komen.

Het Nederlandse recht staat daarmee in contrast met het Engelse recht. In dit rechtssysteem worden genotsderving en teleurstelling wél als zelfstandige schadeposten onderscheiden. Daarbij heeft het Engelse recht de afgelopen decennia een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt en kent het tegenwoordig in veel gevallen wel schadevergoeding toe voor zulke immateriële schade. In de recente Engelse literatuur wordt bovendien gepleit voor een verdere uitbreiding van de mogelijkheden voor schuldeisers om zulke schade vergoed te krijgen. Dit verschil nodigt uit te reflecteren op het huidige Nederlandse recht. In dit artikel maak ik daarom een vergelijking tussen het Engelse en Nederlandse recht ten aanzien van de genotsderving en teleurstelling die het gevolg zijn van wanprestatie: zou, in navolging van het Engelse recht, het Nederlandse recht ruimhartiger kunnen en moeten worden in het toekennen van schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling?

Allereerst bespreek ik kort welke twee vormen van vermogensschade in casus als *Burger/Brouwer* en *Pollen/Linssen* wél voor vergoeding in aanmerking komen in Nederland (par. 2). Daarna schets ik het huidige Nederlandse recht ten aanzien van schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling (par. 3) en laat zien hoe binnen het huidige Engelse recht met zulke schade wordt omgegaan (par. 4). Het Engelse recht leert ons dat het mislopen van het nagestreefde immateriële voordeel en de teleurstelling die dat teweegbrengt, noemenswaardige immateriële schade behelst (par. 5). Bovendien vindt men in de Engelse literatuur overtuigende argumenten om zulke schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen (par. 6). Tot slot verdedig ik dat de hoofdvraag van dit artikel bevestigend moet worden beantwoord (par. 7).

2. *Burger/Brouwer* en *Pollen/Linssen*: de vergoedbaarheid van vermogensschade bij genotsderving en teleurstelling

Wanneer door wanprestatie het met de overeenkomst nagestreefde immateriële voordeel niet wordt gerealiseerd,

kunnen twee te onderscheiden vormen van vermogensschade ontstaan.

De feiten uit *Burger/Brouwer* illustreren deze schadeposten helder. Brouwer verhuurde een motor aan Burger, die niet voldeed aan de overeenkomst. Brouwer kon deze tekortkoming niet meer herstellen. De Dakar Rally was voor Burger immers na de opgave tijdens de derde etappe voorgoed voorbij. Als gevolg hiervan had Burger allereerst recht op vervangende schadevergoeding: een geldbedrag ter compensatie van de niet-ontvangen primaire prestatie (art. 6:87 lid 1 BW).⁹ Zoals gezegd, had Burger daarnaast allerlei uitgaven gedaan bij andere partijen om deel te kunnen nemen aan de Dakar Rally. Door Brouwers wanprestatie misten al deze andere uitgaven grotendeels hun doel, omdat het nagestreefde voordeel – het plezier van een succesvolle deelname aan de Dakar Rally – niet werd gerealiseerd.¹⁰

In *Burger/Brouwer* stond de vraag centraal of dergelijke tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen.¹¹ Het hof had Burgers schadevergoedingsvordering voor zijn tevergeefs gemaakte kosten afgewezen, omdat deze kosten niet zouden zijn veroorzaakt door de wanprestatie. Ze zouden immers óók zijn gemaakt, als Burger de Dakar Rally wél had uitgereden.¹² De Hoge Raad overwoog daarentegen:¹³

“Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moet missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade –

7 Het wetsvoorstel Affectieschade (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257) blijft een onderwerp van vruchtbaar debat. Zie voor een overzicht: M.R. Hebly e.a., “Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten”, *AA* 2014/2, p. 93-105 en A.J. Verheij, “Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen haanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid”, *VR* 2014/6, p. 218-227.

8 Over aantasting van de persoon schreef eerder al: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002. Meer recent is bijvoorbeeld de discussie over de vergoeding van integriteitsschade, zie o.a.: A.M. Franse, “Vergoeding van integriteitsschade”, *TvGR* 2015/1, p. 12-19; I. Giesen, “De sanctionering van schendingen van de beginselen van burgerlijk procesrecht”, *NTBR* 2016/1, p. 1 en A.M. Overheul, “Vergoeding van integriteitsschade mede bezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief”, *TVvP* 2016/1, p. 1-9.

9 M.M. Stolp, *Ontbinding, Schadevergoeding en Nakoming* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, p. 176 en G.T. de Jong e.a., *SBR – Deel 4 Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 181-182, 185. Nu het een wederkerige overeenkomst betrof, had Burger eveneens de overeenkomst met Brouwer kunnen ontbinden en zo *de facto* hetzelfde resultaat kunnen bereiken. Zie hierover o.a. Stolp 2007, p. 176-178.

10 A.L.M. Keirse, “De boot gemist: aanspraak op vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten”, *Contracteren* 2009/2, p. 34-35 en S.D. Lindenbergh, *Monografieën BW – B34 Schadevergoeding [1] Algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2014, p. 64-65. Dit was eerder al betoogd door: A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss.), Deventer: Æ. E. Kluwer 1965, p. 203-204 en R. Overeem, *Smartegeld: Een rechtsvergelijkende beschouwing over de vergoeding van niet-economische schade*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 20.

11 De kosten die de schuldeiser maakt aan de goederen en diensten van zijn wanpresterende schuldeiser zelf zouden óók kunnen worden gezien als tevergeefs gemaakte kosten. Ook deze uitgaven missen namelijk hun doel door de wanprestatie. Bijvoorbeeld, de huursom die Burger betaalde aan Brouwer voor de motor was eveneens tevergeefs, omdat door Brouwers wanprestatie óók deze kosten van Burger hun doel – succesvolle deelname aan de Dakar Rally – miste. De Hoge Raad lijkt geen scherp onderscheid te maken tussen uitgaven aan goederen en diensten van de schuldenaar zelf en aan die van derden (r.o. 3.3.2.). Hof 's-Hertogenbosch, dat na verwijzing over deze zaak moest oordelen, maakte zulk onderscheid ook niet. Hij behandelde de huur van de motor bij Brouwer en de andere kosten gemaakt bij derden (inschrijfgeld, huur GPS etc) alle als tevergeefs gemaakte kosten (Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, *NJ* 2008/56, r.o. 2.16).

12 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55, m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motor B.V.*), r.o. 5.7 van het hof. Zie over dit verweer ook de annotatie van Hijma, par. 3 en 4 bij dit arrest.

13 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55, m.nt. Hijma en JA 2005/25, m.nt. Keirse (*Burger/Brouwer Motor BV*) r.o. 3.3.1. Zie ook: Hijma, par. 2 en Keirse, par. 4-5 in hun annotaties bij deze zaak.

die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen.”

Burger werd in het gelijk gesteld en kreeg na verwijzing schadevergoeding toegewezen voor zijn tevergeefs gemaakte kosten.¹⁴

Een paar jaar later moest de Hoge Raad oordelen over de eventueel tevergeefs gemaakte kosten die Pollen aan zijn plezierjacht had gependend. De Hoge Raad herhaalde eerst zijn hierboven genoemde overweging uit *Burger/Brouwer*.¹⁵ Hij voegde daar vervolgens aan toe dat de mate waarin gemaakte kosten tevergeefs zijn geweest evenredig is aan de mate waarin het nagestreefde immateriële voordeel is misgelopen door de schuldeiser. Het nieuwe plezierjacht van Pollen was niet volledig onbruikbaar geweest tijdens de herstelperiode. Pollen had zelfs in grote mate van zijn plezierjacht kunnen genieten in die tijd. Als gevolg daarvan waren de kosten die hij gedurende de herstelperiode had gemaakt voor dit jacht ook niet volledig tevergeefs geweest.¹⁶ De Hoge Raad overwoog verder dat de eventueel tevergeefs gemaakte kosten überhaupt niet voor vergoeding in aanmerking komen wanneer een wanprestatie slechts een gering gemis van het nagestreefde immateriële voordeel veroorzaakt. Er bestaat een zekere drempel: het misgelopen immateriële voordeel moet voldoende substantieel zijn voordat tevergeefs gemaakte kosten worden vergoed.¹⁷ Terecht had het hof de vordering van Pollen afgewezen.¹⁸

3. De vergoedbaarheid naar Nederlands recht

Voor Pollen en Burger waren de tevergeefs gemaakte kosten de inzet in cassatie en bij de vaststelling daarvan speelde het misgelopen immateriële voordeel dus een belangrijke rol. De tevergeefs gemaakte kosten komen alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer de genotsderving voldoende substantieel is. Burger en Pollen vorderden echter geen schadevergoeding voor het mislopen van dit door hun nagestreefde plezier of genot *zelf*: het plezier van deelname aan de Dakar Rally en het genot van het varen in een nieuw zeiljacht.

14 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, *NJ 2008/56 (Burger/Brouwer Motors B.V.)*, r.o. 2.13 e.v. Overigens werden niet alle gevorderde kosten vergoed, omdat Burger sommige kosten onvoldoende kon bewijzen.
 15 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts B.V.)*, r.o. 3.5.
 16 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts B.V.)*, r.o. 3.6 (slot).
 17 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts B.V.)* r.o. 3.7. Voor deze overweging is vervolgens veel aandacht geweest in de Nederlandse literatuur, zie o.a. M. van Kogelenberg, “In de boot genomen: genotsderving komt niet vanzelfsprekend in aanmerking voor vergoeding als vermogensschade”, *MvV 2009/2*; Keirse *Contracteren 2009* en Lavrijssen, “Schadevergoeding wegens gederfd genot”, *Bb 2009/7*.
 18 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts B.V.)*, r.o. 3.8. Op de motivering van het hof valt het nodige af te dingen, maar de Hoge Raad vindt óók de motivering voldoende duidelijk. Het arrest van het hof sneuvelt uiteindelijk toch op een andere, voor dit artikel niet relevante, klacht.

In Nederland wordt zulke genotsderving in de regel niet als een zelfstandige schadepost gezien. Enkele auteurs stellen het mislopen van het nagestreefde immateriële voordeel gelijk aan de eventueel tevergeefs gemaakte kosten. Bloembergen stelt bijvoorbeeld:¹⁹

“De benadeelde moet zekere consumptieve genoegens missen; dat levert voor hem een schadepost op ter grootte van het bedrag, dat hij voor het verkrijgen van die genoegens had moeten besteden.”

Daarnaast zijn er auteurs die inzien dat het mislopen van plezier of genot een immaterieel nadeel vormt, maar die vervolgens concluderen dat dit samenvalt met de ontstane vermogensschade. Zo betoogt Krans, onder verwijzing naar Bloembergen, dat een geflopte vakantie geen afzonderlijke immateriële schade oplevert:²⁰

“[...] derving van reisgenot [wordt door de wetgever, *MTB*] aangemerkt als immateriële schade. Terecht vraagt Bloembergen zich af of het hier wel gaat om ander nadeel dan vermogensschade. Dit immateriële nadeel is vrijwel direct herleidbaar tot vermogensschade.”

In vergelijkbare zin concludeert Tjong Tjin Tai dat het mislopen van nagestreefd reisgenot geen daadwerkelijke immateriële schade behelst, omdat voor een vakantie immers een reissom is betaald door de gedupeerde vakantieganger.²¹ Wel wordt ingezien dat het mislopen van nagestreefd genot of plezier tot ‘de immateriële sfeer’ behoort. Deze schade wordt daarom soms gekwalificeerd als ‘twijfelschade’.²²

Andere Nederlandse auteurs maken wel onderscheid tussen het mislopen van het nagestreefde immateriële voordeel en de ontstane teleurstelling enerzijds en de veroorzaakte vermogensschade anderzijds.²³ Zo schrijft Lindenbergh, nadat hij de vergoedbaarheid van tevergeefs gemaakte kosten heeft besproken:²⁴

19 Bloembergen 1965, p. 204.
 20 H.D. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss.), Leiden: E.M. Meijers Instituut 1999, p. 255.
 21 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – 7 Bijzondere overeenkomsten Deel IV: Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014, p. 378-379.
 22 Door o.a. Lindenbergh 2014, p. 64-65, 116-117 en J.M. Barendrecht e.a., “Schade en schadeberekening in het algemeen”, Barendrecht e.a. (eds), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 46. De term ‘twijfelschade’ is geïntroduceerd door Krans 1999, p. 255.
 23 Zie o.a. Overeem 1979, p. 20; S.D. Lindenbergh, ‘Wat is de schade bij een teleurstellende ‘houseparty’ op reis?’, *NTBR 2004/5*, p. 243; Van Kogelenberg *MvV 2009*, p. 42-43; M. van Kogelenberg, “Het glas is halfvol... of halfleeg”, *NTBR 2009/3*, p. 103-104; Keirse *Contracteren 2009*, p. 35 en Hijma, par. 6 in zijn noot onder *Pollen/Linssen Yachts B.V. (NJ 2010/579)*. Hijma maakt in par. 6 van zijn noot nader onderscheid tussen gedeerde immateriële winst (het missen van plezier, ontspanning en rust) en immaterieel verlies (ergernis, teleurstelling en boosheid) die kunnen worden veroorzaakt door de wanprestatie van de wederpartij. Dit onderscheid is theoretisch goed verdedigbaar, maar zal in dit artikel niet worden gemaakt. De Engelse literatuur en rechtspraak hanteren dit onderscheid namelijk ook niet.
 24 Lindenbergh 2014, p. 65. Zie ook: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss.), Deventer: Kluwer 1998, p. 87.

“Met het voorgaande is niet gezegd dat de gebeurtenis waaruit de vermogensschade voortvloeit niet tevens ander nadeel veroorzaakt kan hebben. Zo zou het missen van [...] een reis ook kunnen worden gezien als derving van levensvreugde en kan door een dergelijke gebeurtenis tevens ergernis zijn veroorzaakt.”

Degenen die zulk onderscheid maken, komen vervolgens al snel tot de conclusie dat het mislopen van het nagestreefde immateriële voordeel en de ontstane teleurstelling naar huidig Nederlands recht slechts in zeer beperkte mate voor vergoeding in aanmerking komen. Dit volgt uit het gesloten wettelijke stelsel. Immateriële schade komt slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover dat wettelijk is bepaald (art. 6:95 BW) en nergens in de wet – met name niet in artikel 6:106 BW, waarin de voornaamste vergoedbare immateriële schadeposten zijn opgenomen – is te vinden dat genotderving en teleurstelling vergoedbare immateriële schadeposten zijn.²⁵ Dit is ook met zoveel woorden bevestigd door de Hoge Raad in *Pollen/Linssen*, waarin – *obiter dictum* – het volgende werd overwogen:²⁶

“Hierbij verdient opmerking dat ook een gering gemis van door de koper verwacht genot van een voor privé-gebruik aangeschafte zaak bij de koper veel ergernis kan teweegbrengen. Die ergernis is echter geen vermogensschade.”

Gezien het feit dat zulk nadeel geen vermogensschade is, komt het niet voor vergoeding in aanmerking.²⁷ De enige uitzondering op deze hoofdregel vormt artikel 7:510 BW, uit de van Europeesrechtelijke origine zijnde afdeling over pakketreizen,²⁸ waarin is bepaald:

“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.”

Wanneer Burger en Pollen voor het mislopen van hun nagestreefde immateriële voordeel – het plezier van deelname aan de Dakar Rally of het genot van een onberispelijk functionerend zeiljacht – schadevergoeding zouden hebben gevorderd, zou dat dus vermoedelijk zijn afgewezen.

4. Vergoedbaarheid naar Engels recht

4.1 Een zelfstandige schadepost in het Engelse contractenrecht

Naar Engels recht zou een dergelijke schadevergoedingsvordering van Burger en Pollen kansrijker zijn geweest.

Allereerst wordt in de Engelse rechtspraak en literatuur het mislopen van het immateriële voordeel of de ontstane teleurstelling scherp onderscheiden van de eventueel veroorzaakte vermogensschade.²⁹ Dat wordt bijvoorbeeld goed duidelijk in de speech van Ward LJ in *Milner v. Carnival Plc*, waarin moest worden vastgesteld welke schade met een mislukte vakantie gepaard gaat:³⁰

“In approaching the task of assessing damages, I accept that it is permissible to make the assessment under two heads, first the diminution in value and then the distress and disappointment [onderstreping MTB].”

Harris, Ogus en Phillips hebben deze immateriële schade bestaande uit het mislopen van het nagestreefde plezier en de ontstane teleurstelling in het algemeen proberen te verklaren.³¹ Zulke schade ontstaat wanneer de subjectieve waarde die de schuldeiser aan de prestatie hecht, groter is dan de objectieve marktwaarde van deze prestatie. Bijvoorbeeld: voor Burger was het plezier van een succesvolle Dakar Rally waarschijnlijk veel meer waard (de subjectieve persoonlijke waarde) dan de kosten die hij heeft moeten maken om deel te kunnen nemen (de objectieve marktprijs van het huren van een motor, GPS enzovoort). Het verschil tussen de subjectieve waarde die Burger hecht aan een succesvolle Dakar Rally en de som van de objectieve marktprijzen van alle goederen en diensten die hij heeft gehuurd of aangeschaft om deel te kunnen nemen, wordt het *consumer surplus* genoemd.³² Het behelst, anders gezegd, de ‘winst’ die hij nastreefde met al zijn gedane uitgaven. Harris, Ogus en Phillips maken een analogie met commerciële partijen. Het doel van bedrijven met hun investeringen is om zoveel mogelijk bedrijfswinst te generen. Bij schuldeisers die een immaterieel voordeel nastreven met hun overeenkomst is dat in essentie niet anders. Echter, zij investeren in producten om een bepaald immaterieel voordeel, zoals plezier of genot, te realiseren.³³ Wanneer een schuldenaar de overeenkomst niet nakomt en deze immateriële winst niet wordt gerealiseerd, bestaat de schade van de schuldeiser dus niet slechts uit de veroorzaakte vermogensschade, maar ook uit het missen van dit immateriële

25 Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 103-104 en Keirse *Contracteren* 2009, p. 35.

26 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts B.V.*), r.o. 3.7 (slot).

27 Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43; Keirse *Contracteren* 2009, p. 35 en Hijma, par. 6 in zijn noot onder *Pollen/Linssen Yachts B.V.* (*NJ* 2010/579).

28 Deze afdeling vormt de implementatie van Richtlijn 90/314/EEG betreffende pakketreizen.

29 D. Harris e.a., “Contract Remedies and the Consumer Surplus”, *The Law Quarterly Review* 1979, p. 596; E. Peel, *Treitel: The Law on Contract*, London: Sweet & Maxwell 2011, p. 1043 en S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 121.

30 Ward LJ in *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd’s Rep. 374 (CA), p. 382. Eerder al maakte Lord Denning MR dit onderscheid in *Jarvis v. Swans Tours Ltd.* [1973] 1 QB 233 (CA), p. 237.

31 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 581-610. Dit invloedrijke artikel is veelvuldig aangehaald in latere literatuur en zelfs door de House of Lords, bij monde van Lord Mustill, in *Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth* [1995] 1 AC 344 (HL), p. 360-361.

32 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 582-583.

33 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 583.

voordeel zelf of uit het ontstaan van immateriële nadelen, zoals ergernis, teleurstelling en frustratie.

Bovendien komt het mislopen van het nagestreefde immateriële voordeel of de ontstane teleurstelling in veel gevallen voor vergoeding in aanmerking naar huidig Engels recht. Er zijn daar tal van voorbeelden te vinden waarin zulke schade zich voordeed en werd vergoed, bijvoorbeeld voor het verlies van: een ontspannen en geslaagde vakantie,³⁴ het plezier van het hebben van trouwfoto's,³⁵ het genoegen van een voldoende diep zwembad,³⁶ de rust die een straatverbod voor een stalkende ex-vriend met zich meebrengt³⁷ en het genot van een rustig landgoed op het Engelse platteland.³⁸

4.2 Een hoofdregel met twee uitzonderingen

In beginsel geldt in het Engelse contractenrecht hetzelfde uitgangspunt als in het Nederlandse recht: de genotsderving en teleurstelling die zijn veroorzaakt door wanprestatie komen niet voor vergoeding in aanmerking.³⁹ Deze hoofdregel werd algemeen verwoord in *Addis v. Gramophone*, een uitspraak van de House of Lords uit 1906, die tot op de dag van vandaag geldend recht is.⁴⁰ De afgelopen eeuw is deze regel dan ook veelvuldig herhaald en toegepast.⁴¹ In het recentere *Watts v. Morrow* bijvoorbeeld liet Bingham LJ geen enkel misverstand bestaan:⁴²

“A contract-breaker is not in general liable for any distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension or aggravation which his breach of contract may cause to the innocent party.”

Op dit uitgangspunt bestaan echter twee uitzonderingen. Al voor *Addis v. Gramophone* had de House of Lords bepaald dat schadevergoeding kon worden toegekend voor het eventuele fysieke ongemak (*physical inconvenience*) dat is veroorzaakt door wanprestatie. Dit volgt uit *Hobbs v. London & South Western Railway Co*, een geschil dat allereerst ons beeld van gebrekkige service van hedendaagse treinvervoerders enigszins kan relativeren. We schrijven 1874. De familie Hobbs, een echtpaar met twee jonge kinderen, nam

een late trein uit de dienstregeling van London & South Western Railway Co. Een paar stations voor de bestemming van de familie besloot het vervoersbedrijf onverwachts zijn trein niet langer door te laten rijden. De familie Hobbs strandde en kon, omdat het ondertussen na middernacht was, geen vervangend vervoer meer vinden. Er zat voor het echtpaar en de jonge kinderen niets anders op dan om door de regen de laatste vijf mijl naar huis te lopen. De House of Lords kende vervolgens schadevergoeding toe voor de fysieke ontberingen die de familie had moeten doorstaan als gevolg van de wanprestatie van de treinvervoerder.⁴³

Schadevergoeding voor fysiek ongemak is met enige frequentie toegekend gedurende de afgelopen eeuw.⁴⁴ Bovendien kreeg deze regel in de loop der jaren meer om het lijf. Ook de teleurstelling, ergernis en frustratie die het directe gevolg zijn van het door de wanprestatie ontstane fysieke ongemak komen inmiddels voor vergoeding in aanmerking.⁴⁵ Zodoende wordt schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling die voortvloeien uit fysiek ongemak tegenwoordig gezien als een uitzondering op de hoofdregel van *Addis v. Gramophone*. Bingham LJ vat dit bondig samen:⁴⁶

“But the rule [uit *Addis v. Gramophone*, *MTB*] is not absolute. [...] damages are in my view recoverable for physical inconvenience and discomfort caused by the breach and mental suffering directly related to that inconvenience and discomfort.”

De tweede uitzondering werd pas in de jaren zeventig van de vorige eeuw voor het eerst aanvaard in *Jarvis v. Swans Tours Ltd*. Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling kan ook worden toegekend wanneer de niet-nagekomen overeenkomst juist tot doel heeft de schuldeiser plezier, ontspanning, rust of een ander immaterieel voordeel te verschaffen.⁴⁷

In augustus 1969 boekte Jarvis, een jonge advocaat, een tweeweekse skivakantie naar Zwitserland via Swans Tours Ltd. De brochure van dit reisbureau beloofde een ‘house party holiday’. Dat wilde zeggen: overdag ‘op de latten’ en ‘s avonds grote huisfeesten in de *Alpenhütte*-bar van het hotel, een jodelavond, een welkomsteest en tal van andere sociale activiteiten. De daadwerkelijke vakantie van Jarvis leek echter in niets op deze in de brochure geschetste ‘house party holiday’. Allereerst stelde het skigebied rond het hotel wei-

34 *Jarvis v. Swans Tours Ltd* [1973] 1 QB 233 (CA) en *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd's Rep. 374 (CA).

35 Het sprekende voorbeeld uit de Schotse jurisprudentie, dat in de Engelse rechtspraak veel is aangehaald en ook is toegepast: *Diesen v. Samson* [1971] SLT 49 (Sh.Ct.).

36 *Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth* [1995] 1 AC 344 (HL).

37 *Heywood v. Wellers* [1976] QB 446 (CA).

38 *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

39 Het betreft een uitgangspunt van het Engelse contractenrecht. In het Engelse *tort law* gelden afwijkende regels. Zie over dit verschil: A.S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2004, hfdst. 13.

40 *Addis v. Gramophone* [1909] 1 AC 488 (HL). Over dit uitgangspunt is veel geschreven, zie voor duidelijke en heldere omschrijvingen: Burrows 2004, p. 324-325; S. Harder, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 90-91; Peel 2011, p. 1038-1039 en Rowan 2012, p. 122. In Nederland besteedde Krans 1999, p. 242-244 aandacht aan dit leerstuk.

41 Meer recent in bijvoorbeeld: *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* [1987] ICR 700 (CA); *Hayes v. James & Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815 (CA) en *Johnson v. Gore Wood* [2002] 2 AC 1 (HL).

42 *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA), p. 1445.

43 Cockburn CJ, p. 116; Blackburn J, p. 120-121; Mellor J, p. 123 en Archibald J, p. 124 in *Hobbs v. London and South Western Railway Co* (1875) L.R. 10 QB 111 (QB).

44 Bijv. in *Bailey v. Bullock* [1950] 2 All ER 1167 (KB) en *McCall v. Abelesz* [1976] 1 QB 585.

45 *Sinds Perry v. Sidney Phillips & Son* [1982] 1 WLR 1297 (CA) is dit algemeen aanvaard. Zie: Lord Denning MR, p. 1302-1303; Oliver LJ, p. 1304-1305 en Kerr LJ, p. 1307 in deze uitspraak. Zie ook: Burrows 2004, p. 328-329; Harder 2010, p. 93 en Rowan 2012, p. 124.

46 *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA), p. 1445.

47 Harder 2010, p. 95-97 en H. McGregor e.a., *McGregor on Damages*, London: Sweet and Maxwell 2014, p. 80-81. Zie over deze uitspraak eveneens Lindenbergh *NTBR* 2004, die het arrest kwalificeerde als een Europese klassieker.

nig voor, maar de avonden waren de grootste teleurstelling. De eerste week waren er maar weinig andere gasten en de tweede week was Jarvis zelfs helemaal alleen in het hotel. Er waren geen feesten, de *Alpenhütte*-bar was (op één avond na) gedurende zijn gehele verblijf gesloten, de jodelavond viel tegen en andere beloofde activiteiten werden afgelast. De vakantie was een absolute flop.⁴⁸

De Court of Appeal kende, naast een vergoeding voor het verschil in waarde tussen de vakantie waarop Jarvis contractueel recht had en de vakantie die hij daadwerkelijk had 'genoten', ook schadevergoeding toe voor het gemiste vakantieplezier en Jarvis' teleurstelling. Lord Denning MR overwoog:⁴⁹

"In a proper case damages for mental distress can be recovered in contract [...]. One such case is a contract for a holiday or any other contract to provide entertainment and enjoyment."

Deze nieuwe uitzondering is vervolgens veelvuldig toegepast in geschillen waarbij een schuldeiser door de wanprestatie van zijn wederpartij niet het immateriële voordeel realiseerde waarvoor hij de overeenkomst was aangegaan.⁵⁰ Bingham LJ ziet het dan ook als de andere uitzondering op het uitgangspunt van *Addis v. Gramophone*:⁵¹

"Where the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded if the fruit of the contract is not provided or if the contrary result is procured instead."

Ondanks het stringente uitgangspunt van *Addis v. Gramophone*, bestaan er in het Engelse recht dus reeds sinds lange tijd mogelijkheden voor schuldeisers om met succes schadevergoeding te vorderen voor genotsderving en teleurstelling die zijn veroorzaakt door wanprestatie. De onvermijdelijke vraag was vervolgens wat de reikwijdte van deze uitzonderingen is. Moeten ze beperkt of juist ruim worden uitgelegd? In het (voor de common law) recente *Farley v. Skinner* liet de House of Lords zich hierover uit en koos voor een zeer ruime interpretatie.⁵²

4.3 *Farley v. Skinner*: een ruime interpretatie van beide uitzonderingen

Farley, een succesvol zakenman, wilde zich samen met zijn vrouw terugtrekken op het Engelse platteland. Farleys oog

viel op 'The Riverside House', een landgoed dat in het hart van de *country side* ligt. Voordat Farley zijn droomhuis aanschafte, liet hij het taxeren en onderzoeken door een professionele *surveyor*: Skinner.

In de buurt van het landgoed ligt de Londense luchthaven Gatwick en daar maakte Farley zich destijds zorgen over. Hij kwam daarom met Skinner overeen dat laatstgenoemde eveneens zou onderzoeken of de luchthaven geluidsoverlast veroorzaakte. In zijn uiteindelijke taxatie- en onderzoeksrapport noteerde Skinner dat er waarschijnlijk geen geluidsoverlast zou zijn.

Vertrouwend op dit rapport schafte Farley het landgoed vervolgens aan voor £ 420,000 en renoveerde het. Nadat hij en zijn vrouw intrek hadden genomen, bleek er wel degelijk ernstige geluidsoverlast van vliegtuigen te zijn. Een nieuw onderzoek wees uit dat een *beacon* van luchthaven Gatwick de oorzaak was. Deze *beacon* stond zeer dicht bij het landgoed. Wanneer het druk was op de luchthaven, cirkelden vliegtuigen om de *beacon* heen totdat er ruimte was om te landen, wat de nodige herrie op het landgoed tot gevolg had.⁵³

Een juridische procedure tot aan de *House of Lords* volgde. In eerdere instanties kwam vast te staan dat Skinner zijn contractuele verplichting om de mogelijke geluidsoverlast te onderzoeken, ondeugdelijk was nagekomen en dat Farley nooit tot de koop zou zijn overgegaan als hij van de ernstige geluidsoverlast zou hebben geweten. Het geschil spitte zich toe tot de vraag welke schade Farley vergoed kon krijgen. Hoewel Skinner de geluidsoverlast had onderschat, klopte zijn taxatie van de waarde van het landgoed wel. Farley had het landgoed dus niet voor een te hoge prijs aangeschaft. Verder was Farley niet voornemens om nogmaals te verhuizen, dus ook de kosten daarvan kon hij niet verhalen op Skinner. Hij had, met andere woorden, geen vermogensschade geleden door de wanprestatie. Farley was van mening dat hij wél immateriële schade leed. Hij werd immers iedere dag geconfronteerd met de geluidsoverlast van vliegtuigen. Hierdoor genoot hij in aanmerkelijk mindere mate van zijn nieuwe landgoed dan hij had verwacht. Als Skinner zorgvuldig de mogelijke geluidsoverlast had onderzocht, had Farley het landgoed nooit aangeschaft en deze schade nooit geleden.⁵⁴

Farley betoogde allereerst dat zijn schade onder de eerste uitzondering op *Addis v. Gramophone* viel. De door hem ervaren geluidsoverlast zou fysiek ongemak vormen en hierdoor genoot hij in aanzienlijk mindere mate van zijn nieuwe landgoed. Farley stelde recht te hebben op schadevergoeding voor dit fysieke ongemak en voor de genotsderving en teleurstelling die het tot gevolg had.

48 Lord Denning MR in *Jarvis v. Swans Tours Ltd* [1973] QB 233 (CA), p. 235-237.

49 Lord Denning MR in *Jarvis v. Swans Tours Ltd* [1973] QB 233 (CA), p. 237-238.

50 Zie voor meer vakantieleed *Jackson v. Horizon Holidays Ltd* [1975] 1 WLR 1468 (CA) en *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd's Rep 374 (CA). Echter, ook in gevallen die geen vakanties betroffen, is deze uitzondering toegepast, bijv. in: *Heywood v. Wellers* [1976] QB 446 (CA); *Hamilton-Jones v. David & Snape* [2004] 1 WLR 924 (Ch.D.) (over falende advocaten) en *Perry v. Sidney Phillips & Son* [1982] 1 WLR 1297 (CA) (over een foutief bouwkundig rapport).

51 *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA), p. 1445.

52 Lord Steyn, par. 1 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

53 Lord Steyn, par. 2-7 en Lord Scott, par. 62-69 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

54 Lord Steyn, par. 8-11 en Lord Scott, par. 70-73 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

De meerderheid van de rechters in de Court of Appeal wees Farleys stelling van de hand. Zij achtten geluidsoverlast geen fysiek ongemak, maar een zuiver subjectieve vorm van ergernis. Farley ergerde zich aan het geluid van vliegtuigen, maar leed geen fysieke pijn, hinder of ongemak. Het enkele feit dat Farleys zintuigen – en dan met name zijn gehoor – werden geprikkeld door de overvliegende vliegtuigen was onvoldoende om van fysiek ongemak te spreken.⁵⁵

De House of Lords zag de door Farley geleden geluidsoverlast van vliegtuigen daarentegen unaniem wél als een vorm van fysiek ongemak en achtte de interpretatie van de Court of Appeal te beperkt.⁵⁶ De House of Lords interpreteerde de uitzondering aanzienlijk ruimer. Lord Scott overwoog zelfs:⁵⁷

“[...] if the cause of the inconvenience or discomfort is a sensory (sight, touch, hearing, smell etc) experience, damages can [...] be recovered.”

Het is niet helder waar de grens tussen fysiek ongemak enerzijds en puur subjectieve teleurstelling en ergernis anderzijds precies ligt na deze beslissing. Wel is het duidelijk dat de House of Lords een ruime uitleg geeft aan fysiek ongemak. Daarmee werden de mogelijkheden voor een schuldeiser om met succes schadevergoeding te vorderen voor genotsoverlast en teleurstelling al aanzienlijk vergroot door de House of Lords.⁵⁸

De House of Lords breidde deze mogelijkheden nog veel verder uit in *Farley v. Skinner*. Farley deed ook op de tweede uitzondering op de hoofdregel van *Addis v. Gramophone* een beroep. Hij en Skinner waren overeengekomen dat laatstgenoemde de mogelijke geluidsoverlast zou onderzoeken. Hiermee beoogde Farley zich van het genot van een rustig en vredig landgoed te verzekeren. Het doel van de overeenkomst was dus mede om een bepaald immaterieel voordeel te realiseren. Door Skinners wanprestatie liep Farley dit voordeel mis en hij had, naar zijn mening, daarom recht op schadevergoeding.

De meerderheid in de Court of Appeal wees ook deze stelling af. Zij legden ook deze uitzondering beperkt uit. Alleen wanneer een overeenkomst tot kerndoel ('the very object of the contract') heeft om immaterieel voordeel te verschaffen, bijvoorbeeld een vakantie of trouwfoto's, zou deze uitzondering van toepassing zijn. Slechts in zulke gevallen zou er recht op schadevergoeding zijn voor het door de wanprestatie misgelopen immateriële voordeel of de daardoor

ontstane teleurstelling.⁵⁹ De overeenkomst tussen Skinner en Farley had daarentegen tot kerndoel om de waarde van het landhuis te taxeren en was daarmee hoofdzakelijk economisch van aard. Daarom kon, volgens de Court of Appeal, geen schadevergoeding voor genotsoverlast en teleurstelling worden toegekend aan Farley.⁶⁰

Ook deze uitzondering interpreteerde de House of Lords aanzienlijk ruimer. Een schuldeiser heeft niet alleen recht op schadevergoeding voor genotsoverlast en teleurstelling wanneer het kerndoel van de overeenkomst het verschaffen van een bepaald immaterieel voordeel is, maar zodra de geschonden verbintenissen van de overeenkomst dit tot doel hebben. Het is daarbij niet relevant of deze geschonden verbintenissen de kern van de overeenkomst vormen.⁶¹ Lord Steyn vatte het als volgt samen:⁶²

“There is no reason in principle or policy why the scope of recovery in the exceptional category should depend on the object of the contract as ascertained from all its constituents parts. It is sufficient if a major or important object of the contract is to give pleasure, relaxation or peace of mind.”

Skinner was contractueel verplicht om de mogelijke geluidsoverlast te onderzoeken. Deze verbintenis had tot doel om Farley te verzekeren dat hij van een rustig en vredig landgoed zou kunnen genieten. Deze verplichting was niet deugdelijk nagekomen door Skinner en als gevolg daarvan had Farley het nagestreefde immateriële voordeel niet gerealiseerd. Farley had volgens de House of Lords ook op grond van de tweede uitzondering recht op schadevergoeding.⁶³

5. Een eerste les: een zelfstandige en noemenswaardige schadepost

De vergelijking tussen beide rechtssystemen biedt interessante perspectieven voor het Nederlandse recht.

Allereerst blijkt uit de Engelse rechtspraak en literatuur dat het mislopen van het met de overeenkomst nagestreefde immateriële voordeel of de ontstane teleurstelling als een

55 Zie het meerderheidsstandpunt van Stuart-Smith LJ, par. 15-18 en Mummery LJ, par. 36-38 in *Farley v. Skinner* [2000] PNLR 441 (CA).

56 Lord Steyn, par. 30; Lord Browne-Wilkinson, par. 32; Lord Clyde, par. 38; Lord Hutton, par. 60 and Lord Scott, par. 85 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 733 (HL).

57 Lord Scott, par. 85 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 733 (HL).

58 E. McKendrick en M. Graham, "The Sky's the Limit: Contractual Damages for Non-Pecuniary Loss", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2002, p. 164-165; Burrows 2004, p. 330; Harder 2010, p. 94-95 en Rowan 2012, p. 124-125.

59 Stuart-Smith LJ, par. 23-24 en Mummery LJ, par. 41-42 in *Farley v. Skinner* [2000] PNLR 441 (CA). Zie ook over dit arrest: D. Capper, "Damages for Distress and Disappointment – The Limits of *Watts v. Morrow*", *The Law Quarterly Review* 2000, p. 553-557 en Harder 2010, p. 97.

60 Stuart-Smith LJ, par. 24 en Mummery LJ, par. 41-42 in *Farley v. Skinner* [2000] PNLR 441 (CA). In *Knott v. Bolton* (1995) WL 1081914, Independent, May 8 1995 (Official Transcript) (CA) werd deze uitzondering op vergelijkbare wijze geïnterpreteerd. E. MacDonald, "Contractual Damages for Mental Distress", *The Journal of Contract Law* 1994, p. 142-147 en Capper LQR 2000, p. 556 bekritiseerden deze interpretatie al.

61 Lord Steyn, par. 24; Lord Browne-Wilkinson, par. 32; Lord Clyde, par. 41-42; Lord Hutton, par. 51, 52, 54 en Lord Scott, par. 106-107 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL). Zie ook: McKendrick en Graham LMCLQ 2002, p. 163-164; Harder 2010, p. 97-98 en Rowan 2012, p. 124.

62 Lord Steyn, par. 24 (slot) in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

63 McKendrick en Graham LMCLQ 2002, p. 163-164; A. Tettenborn, "Non-Pecuniary Loss: the Right Answer, but Bad Reasoning?", *The Journal of Obligations and Remedies* 2003, p. 94-95; Peel 2011, p. 1041 en Rowan 2012, p. 124.

zelfstandige immateriële schadepost kan worden gezien náást de eventueel veroorzaakte vermogensschade. In de Engelse literatuur is een algemene verklaring voor het ontstaan van deze immateriële schade te vinden en wordt scherp onderscheid gemaakt tussen beide schadeposten. In het Engelse recht is dan ook geen twijfel – zoals die in de Nederlandse literatuur nog lijkt te bestaan – over de aard van de schade bij het mislopen van immaterieel voordeel: een schuldeiser lijdt simpelweg én vermogensschade én ander nadeel. Burger leidde naar Engels recht bijvoorbeeld vermogensschade bestaande uit het niet-ontvangen van de gehuurde motor en immateriële schade bestaande uit het mislopen van het nagestreefde plezier van succesvolle deelname aan de Dakar Rally.

Verder laat het Engelse recht zien dat genotsderving en teleurstelling zich in een grote verscheidenheid van gevallen kunnen voordoen. Uit de Engelse jurisprudentie blijkt dat met tal van overeenkomsten een bepaald immaterieel voordeel wordt nagestreefd, van geslaagde vakanties tot geluidsluwe landgoederen. Het Engelse recht laat bovendien zien dat genotsderving en teleurstelling die het gevolg zijn van wanprestatie een noemenswaardig en serieus nadeel kunnen vormen voor een schuldeiser. Dit plaatst de stilgevallen Nederlandse discussie hierover in een ander licht. De rechtsvergelijking kan die discussie nieuw leven inblazen, nu blijkt dat er goede redenen zijn deze schade onder ogen te zien.

6. Een tweede les: sterke argumenten om de genotsderving en teleurstelling voor vergoeding in aanmerking te laten komen

De vergelijking roept ook meteen de prangende vervolgvraag op of genotsderving en teleurstelling die het gevolg zijn van wanprestatie naar Nederlands recht eveneens voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. In de recente Nederlandse literatuur is nauwelijks tot geen discussie over deze vraag.⁶⁴ Uitsluitend in de oudere Nederlandse literatuur en in de Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe BW vindt men enkele algemeen geformuleerde argumenten, die hoofdzakelijk pleiten tegen de vergoeding van zulke schade.

Opnieuw tekent een verschil met Engeland zich af. Daar is de afgelopen jaren juist veel discussie geweest over genotsderving en teleurstelling en is bovendien betoogd dat het uitgangspunt van *Addis v. Gramophone* volledig zou moe-

ten worden losgelaten. Volgens deze auteurs zou de hoofdregel juist moeten zijn dat genotsderving en teleurstelling wél voor vergoeding in aanmerking komen.⁶⁵ Naar mijn mening vormt deze Engelse literatuur een verrijking voor de stilgevallen Nederlandse discussie. Bovendien ontkrachten de daarin aangevoerde argumenten de rechtvaardiging die in Nederland van oudsher wordt gegeven voor het niet voor vergoeding in aanmerking laten komen van immateriële schade zoals genotsderving en teleurstelling.

In de Engelse literatuur is de discussie de afgelopen jaren allereerst in een perspectief geplaatst dat ook voor het Nederlandse recht relevant is. Aangezien genotsderving en teleurstelling als zelfstandige schadeposten worden gezien, is in het Engelse debat het beginsel van volledige compensatie centraal komen te staan: met schadevergoeding wordt beoogd de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de overeenkomst in ieder opzicht deugdelijk zou zijn nagekomen. Dit beginsel ligt ook aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht ten grondslag.⁶⁶

Dit geldt vanzelfsprekend voor vermogensschade. Wanneer door wanprestatie een bedrijf winst derft of met extra kosten wordt geconfronteerd, zal de schuldenaar deze schade in beginsel volledig moeten vergoeden. Het is vervolgens lastig om in te zien waarom dat anders zou moeten zijn als door de wanprestatie geen vermogensschade wordt veroorzaakt, maar een bepaald immaterieel voordeel niet wordt verwezenlijkt door de schuldeiser of wanneer hij teleurgesteld achterblijft. Ook dit vormen feitelijk nadelen die zijn veroorzaakt door de wanprestatie en ook daarvoor zou in beginsel compensatie moeten worden geboden door de wederpartij die wanprestatie pleegt.⁶⁷

Dit perspectief heeft grote invloed gehad op het Engelse debat en kan dat ook in Nederland hebben. Het *niet* voor vergoeding in aanmerking laten komen van het misgelopen immateriële voordeel of de ontstane teleurstelling blijkt dan de uitzondering op het beginsel van volledige compensatie te zijn en niet het *wel* voor vergoeding in aanmerking laten komen ervan. Het is een dergelijke uitzondering die een rechtvaardiging behoeft.⁶⁸

“It is thus not the general availability but the general unavailability of damages for non-pecuniary loss that conflicts with the basic principle and needs to be justified.”

Argumenten ten faveure van schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling zijn er overigens wel. Zo zou-

64 De meeste auteurs melden slechts dat genotsderving en teleurstelling over het algemeen niet voor vergoeding in aanmerking komen op grond van artikel 6:95 BW. Op de vraag of dat wenselijk is, gaan ze vervolgens niet in (zie o.a. Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43; Keirse *Contracteren* 2009, p. 37 en Hijma, par. 6 in zijn noot onder *Pollen/Linssen Yachts B.V.* (NJ 2010/579)). Lindenbergh 1998, p. 116-117; Krans 1999, p. 253, 254-257 en Lindenbergh *NTBR* 2004 lijken geen voorstander te zijn van de vergoeding van dergelijke schade, maar motiveren hun standpunt nauwelijks. Zo is Lindenberghs voornaamste kritiek op artikel 7:510 BW dat het slecht in het verder strenge wettelijke systeem van artikel 6:95 en 6:106 BW past. Hij gaat echter niet in op de vraag of dit systeem *an sich* wenselijk is.

65 N. Enonchong, “Breach of Contract and Damages for Mental Distress”, *The Oxford Journal of Legal Studies* 1996, p. 633-634; Tettenborn *JOR* 2003, p. 95-100; Burrows 2004, p. 332-333 en Harder 2010, p. 99-100.

66 Zie over dit uitgangspunt in het Nederlandse recht o.a. Lindenbergh 2014, p. 8.

67 MacDonald *JCL* 1994, p. 134-135; Enonchong *OJLS* 1996, p. 630; Burrows 2004, p. 332-333 en Harder 2010, p. 104-105.

68 Harder 2010, p. 105.

den aanbieders door het toekennen van schadevergoeding voor zulk nadeel een economische prikkel krijgen om na te komen, ook wanneer met hun goederen of diensten 'slechts' een immaterieel voordeel wordt nagestreefd. Deze prikkel ontbreekt in het huidige Nederlandse recht.⁶⁹ Maar eigenlijk zou de vraag dus moeten worden omgedraaid: waarom zouden – in afwijking van het beginsel van volledige compensatie – genotsderving en teleurstelling die het gevolg zijn van wanprestatie, *niet* voor vergoeding in aanmerking moeten komen?

Zoals gezegd, kan voor een dergelijke rechtvaardiging worden geput uit de Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe BW en oudere Nederlandse literatuur. De daarin aangevoerde argumenten zijn ten dele destijds al weerlegd, maar opnieuw biedt de recente Engelse literatuur nieuwe inzichten om ze te ontkrachten.

Een principieel argument uit de Nederlandse literatuur is dat immateriële schade zich niet in geld laat uitdrukken. Het is onmogelijk om genotsderving en teleurstelling goed te maken met een geldbedrag en zulk nadeel zou derhalve niet voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe BW is dit argument, bij monde van de Minister van Justitie, geuit:⁷⁰

“Geld en zieleleed zijn te ongelijke grootheden dan dat zij tegen elkaar dienen opgewogen te worden.”

Dit argument is zowel zwak als achterhaald. Het is zwak, omdat volledige compensatie weliswaar onmogelijk is bij immaterieel nadeel, maar een gebrekkige of onvolledige compensatie nog altijd te prefereren valt boven helemaal geen compensatie; schadevergoeding vormt misschien een schrale troost, maar het is beter dan niets.⁷¹ Het is achterhaald, omdat naar huidig recht reeds tal van immateriële schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen. Als schadevergoeding compensatie kan bieden voor het verlies van een oog, dan kan zij dat ook voor het mislopen van het plezier van deelname aan de Dakar Rally.

Er zijn ook enkele meer praktische argumenten aangevoerd die tegen het vergoeden van genotsderving en teleurstelling pleiten.⁷² Een veelgehoord argument, dat tevens tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe BW naar voren

is gebracht, is dat de berekening van schadevergoeding voor immateriële schade onmogelijk zou zijn.⁷³ De vraag of een schuldeiser genot heeft gederfd of is teleurgesteld, is sterk afhankelijk van zijn subjectieve beleving. Het vaststellen van de hoogte van de schade is daarmee volstrekt willekeurig en zal leiden tot rechtsonzekerheid.⁷⁴ Vaak gaat dit argument gepaard met een angst voor excessief hoge schadevergoedingsbedragen, die vervolgens hoge kosten voor wanpresterende aanbieders tot gevolg zouden hebben.⁷⁵ Opnieuw geldt dat deze problemen zich evengoed voordoen bij immateriële schadeposten die naar huidig recht wel voor vergoeding in aanmerking komen en waar dat kennelijk niet als doorslaggevend bezwaar meer wordt gezien. In de Engelse rechtspraak zijn dergelijke argumenten met dezelfde redenering weerlegd:⁷⁶

“I know that it [genotsderving en teleurstelling, *MTB*] is difficult to assess in terms of money, but it is no more difficult than the assessment which the courts have to make every day in personal injury cases for loss of amenities.”

Om die reden maken deze argumenten weinig indruk in een pleidooi tegen het vergoeden van genotsderving en teleurstelling. Ze pleiten bovendien voornamelijk vóór consistentie en bescheidenheid bij het toekennen van schadevergoeding voor zulke schade en niet tegen het vergoeden ervan an sich.⁷⁷ In de Engelse rechtspraak ziet men dit onder ogen. Daar is simpelweg overwogen dat de schadevergoedingsbedragen voor teleurstelling en genotsderving “restrained” en “modest” moeten blijven. Lord Steyn zag – om het nog concreter te maken – grofweg £ 10,000 als het maximale schadevergoedingsbedrag voor zulk nadeel.⁷⁸ Het hoeft dus ook in Nederland niet ingewikkeld te zijn om tot een bescheiden en consistent systeem van schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling te komen.

Een ander algemeen argument dat met enige regelmaat in stelling is gebracht, zo ook tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe BW, houdt in dat het aantal juridische procedures verder zal toenemen en het (contractuele) aansprakelijkheidsrecht verder zal uitdijen wanneer im-

69 Enonchong *OJLS* 1996, p. 632 en Harder 2010, p. 109. In de Nederlandse literatuur wees Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 106 op het voordeel van een dergelijke positieve prikkel.

70 Van Zeben e.a. *Parl. Gesch. boek 6 NBW* 1981 (MvA II), p. 372.

71 In Nederland betoogden L.E.H. Rutten, *Mr. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – 4. verbintenissenrecht, deel 1. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 192 en M.J.P. Verburgh, “Rechtvraag 65 – privaatrecht/smartegeld”, *AA* 1975/4, p. 327 dit eind jaren zeventig al.

72 Verburgh *AA* 1979 stelde over precies dit onderwerp een *Ars Aequi*-rechtsvraag. In zijn antwoord weerlegde hij een hele reeks aan praktische argumenten die door studenten werden aangedragen tegen schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling. Zie voor een overzicht van de argumenten uit de parlementaire geschiedenis: Verheij 2002, p. 32-33 en Lindenberg 1998, p. 66-68.

73 In de parlementaire stukken vindt men dit argument op Van Zeben e.a. *Parl. Gesch. boek 6 NBW* 1981, p. 371 (vraagpunt 11) en, p. 372 (VV II). Zie verder in de Nederlandse literatuur: Verburgh *AA* 1975, p. 327 en Rutten 1978, p. 192. In Engelse literatuur: A.S. Burrows, “Mental distress damages in contract – a decade of change”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 1985, p. 133; Enonchong *OJLS* 1996, p. 629-630; Burrows 2004, p. 333; Harder 2010, p. 106 en Rowan 2012, p. 123.

74 Enonchong *OJLS* 1996, p. 631 en Harder 2010, p. 108-109.

75 In de parlementaire geschiedenis is deze angst voor hoge schadevergoedingsbedragen en hoge kosten voor ondernemers en verzekeraars ook terug te zien: Van Zeben e.a. *Parl. Gesch. boek 6 NBW* 1981 (MvA II), p. 372. Zie verder: Harder 2010, p. 105-106.

76 Lord Denning MR in *Jarvis v. Swans Tours Ltd.* [1973] QB 233 (CA), p. 237. Zie ook: Lord Mustill in *Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] AC 344 (HL), p. 361: “[...] in several fields the judges are well accustomed to putting figures to intangibles, and I see no reason why the imprecision of the exercise should be a barrier, if that is what fairness demands.”

77 Enonchong *OJLS* 1996, p. 631-632 en Harder 2010, p. 105-106, 107-108.

78 *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL), par. 26.

materiële schade zoals genotsderving en teleurstelling voor vergoeding in aanmerking komt.⁷⁹ Dergelijke *floodgate*-argumenten hebben allereerst een inherente zwakte, zoals Harder overtuigend heeft betoogd:⁸⁰

“But the floodgate argument is as weak as it is common. Where a particular remedy should in principle be available, it makes little sense to deny it on the ground that, if available, it would actually be pursued.”

Bovendien kent het recht voldoende andere leerstukken waarmee een potentieel excessieve groei van het aansprakelijkheidsrecht of het aantal rechtszaken kan worden beperkt, zoals het leerstuk van de redelijke toerekening of de schadebeperkingsplicht.⁸¹

Met behulp van deze inzichten uit het Engelse recht, kan dus veel worden afgedongen op de rechtvaardiging voor de zeer beperkte mogelijkheden die het Nederlandse recht aan schuldeisers biedt om hun genotsderving en teleurstelling te verhalen op hun wanpresterende wederpartij. Het uitgangspunt van volledige compensatie brengt met zich mee dat zulke schade in beginsel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. In de Nederlandse literatuur zijn vervolgens geen overtuigende argumenten te vinden om op dit beginsel een uitzondering te maken.

7. Naar een ruimhartiger Nederlands schadevergoedingsrecht

In het Nederlandse recht worden de genotsderving en teleurstelling die het gevolg zijn van wanprestatie in de regel niet als schadepost gezien en komt zulke schade sowieso maar in zeer beperkte mate voor vergoeding in aanmerking. Het Engelse recht laat zien dat het anders kan. Daar wordt zulke schade duidelijk onderscheiden van vermogensschade en zijn legio voorbeelden van gevallen te vinden waarin een schuldeiser serieus en noemenswaardig immaterieel voordeel misliep of werd teleurgesteld. Door de ruime interpretatie die de House of Lords in *Farley v. Skinner* gaf aan de uitzonderingen op de hoofdregel uit *Addis v. Gramophone*, biedt het Engelse recht schuldeisers tegenwoordig in veel gevallen de mogelijkheid om zulke schade te verhalen. In de literatuur is bovendien overtuigend betoogd dat deze hoofdregel volledig moet worden losgelaten. Een enkeling verwacht zelfs dat een dergelijke beslissing van de Supreme Court aanstaande is.⁸²

Waar het mislopen van het nagestreefde plezier en genot van Burger en Pollen naar Engels recht dus naar alle waarschijnlijkheid voor vergoeding in aanmerking zou komen,

zouden zij in Nederland vermoedelijk met lege handen staan.⁸³ In navolging van het Engelse recht, moet het Nederlandse recht naar mijn mening ruimhartiger worden met het toekennen van schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling.⁸⁴ Door het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW lijken de marges hiervoor op het eerste gezicht beperkt, nu deze schade niet in het algemeen onder één van de wettelijke grondslagen kan worden gebracht, met name niet die van artikel 6:106 BW. Daarentegen zijn wat betreft de immateriële schade bestaande uit genotsderving en teleurstelling de grenzen van het huidige wettelijke systeem tot op heden nog niet opgezocht.⁸⁵ We weten niet wat de Hoge Raad zou hebben geoordeeld als Burger en Pollen wél gemotiveerd schadevergoeding hadden gevorderd voor hun misgelopen plezier en genot. Alleen de rechtspraak kan, door in een civiele procedure schadevergoeding hiervoor te vorderen, een antwoord op de vraag naar de vergoedbaarheid van genotsderving en teleurstelling uitlokken.

Voor de onderbouwing van een dergelijke vordering kan niet alleen inspiratie worden geput uit de Engelse rechtspraak en literatuur, maar ook uit artikel 7:510 BW, op grond waarvan schadevergoeding voor gederfd reisgenot bij pakketreizen kan worden gevorderd. Wie meent dat deze bepaling vanwege haar Europeesrechtelijke wortels wezensvreemd is aan het Nederlandse recht, miskent niet alleen de verwevenheid van de Nederlandse en Europese rechtsorde, maar ook dat de vergoedbaarheid van deze schadepost een idee lijkt te zijn geweest van de Nederlandse wetgever zelf.⁸⁶ Deze bepaling kan daarom als inspiratie dienen – en als argument worden gebruikt – voor een algemeen recht op schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling. Wat rechtvaardigt dat wél de derving van reisgenot voor vergoeding in aanmerking komt, maar de derving van het plezier van een geslaagde deelname aan de Dakar Rally niet? Het lijkt nogal arbitrair en willekeurig om het recht op schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling te beperken tot uitsluitend (pakket)reisovereenkomsten. Naar mijn mening ligt een analoge toepassing van deze bepaling op andere gevallen waarin zulke schade zich voordoet, dan ook voor de hand.⁸⁷

79 Onder andere door de Nederlandse Minister van Justitie, zie: Van Zeven e.a. *Parl. Gesch. boek 6 NBW* 1981, p. 387 (Eindverslag I). Zie ook: Lindenbergh 1998, p. 67-68. In Engelse literatuur: Harder 2010, p. 110 en Rowan 2012, p. 123.

80 Harder 2010, p. 110-111.

81 Enonchong *OJLS* 1996, p. 632.

82 McGregor e.a. 2014, p. 84-85.

83 Of Pollens vordering zou slagen naar Engels recht is onzeker. Het Engelse recht kent meer in het algemeen een *de minimis principle* en een vergaande plicht tot *mitigation*.

84 De vraag waar de grenzen vervolgens precies moeten liggen, is een terechte en ingewikkelde vervolgvraag, die helaas de omvang van dit artikel te buiten gaat. Men kan zich voorstellen dat, net zoals in het Engelse recht, het schadevergoedingsbedrag bescheiden blijft.

85 Met betrekking tot andere immateriële schadeposten zijn de grenzen wel reeds opgezocht. Zie voetnoot 6 en 7.

86 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22506, nr. 3, p. 17-18 (MvT) en Krans 1999, p. 254. De Richtlijn (90/314/EEG betreffende pakketreizen) rept niet over immateriële schadevergoeding. Pas later, in HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*), besliste het Hof van Justitie dat de richtlijn ook voorzag in een schadevergoedingsvordering voor het derven van reisgenot.

87 Hiermee zou precies worden gedaan wat Lindenbergh 1998, p. 117 (voetnoot 120) vreest: “Bovendien is het denkbaar dat het voorbeeld van artikel 7:510 wordt gebruikt als ‘breekijzer’ voor de toekenning van smartengeld in andere gevallen die niet onder art. 106 te brengen zijn [...]”