



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Beumers, M.T.

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Beumers, M.T.

Title: De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Issue Date: 2021-06-30

De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

M.T. BEUMERS

Een contractspartij kan met een overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreven, zoals vakantieplezier of woongenot. Als zij dit voordeel misloopt, omdat de wederpartij haar contractuele verplichtingen niet nakomt, rijst de vraag of en hoe haar immateriële belangen worden beschermd in het schadevergoedingsrecht. Sinds het einde van de negentiende eeuw heeft zich in Nederland geleidelijk een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel ontwikkeld. Onomstreden is deze rechtsontwikkeling allerm minst. Zo is er discussie over de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel – of het vermogensschade of ander nadeel is – en bestaat er vooralsnog geen consensus over het antwoord op de vraag of zulke schade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen en, zo ja, onder welke voorwaarden. Bovendien is er verschil van mening over de vraag hoe gemist onstoffelijk voordeel moet worden begroot.

Dit onderzoek gaat op deze vragen in. Het Nederlandse recht wordt gespiegeld aan het Duitse en het Engelse recht, waar de rechtspraak en de literatuur voor vergelijkbare vragen staan. Deze rechtsvergelijking mondt uit in een pleidooi voor een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.

Dit is een boek in de Meijers-reeks. De reeks valt onder verantwoordelijkheid van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Het onderzoek werd verricht in het kader van het facultaire onderzoeksprogramma 'Coherent Privaatrecht'.

*De bescherming van immateriële contractuele
belangen in het schadevergoedingsrecht*

De bescherming van immateriële
contractuele belangen in het
schadevergoedingsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen woensdag 30 juni 2021
klokke 16:15 uur

door

Marten Theodoor Beumers

geboren te Woerden

in 1990

Promotoren: prof. mr. W.H. van Boom
prof. mr. A.G. Castermans

Promotiecommissie: prof. mr. T. Hartlief (Universiteit Maastricht)
prof. mr. J. Hijma
prof. mr. H.B. Krans
prof. mr. S.D. Lindenberg (Erasmus Universiteit Rotterdam)
prof. mr. V. Mak

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2021 M.T. Beumers | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressie-regeling van Stichting Reprecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprecht.nl). Voor het vervoelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uwo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-962-5

ISBN 978-90-8974-605-4 (e-book)

NUR 822

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN

xi

DEEL I – IMMATERIËLE CONTRACTUELE BELANGEN EN GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL	1
1 INLEIDING	3
1.1 Onderwerp en aanleiding	3
1.2 Doelstellingen en hoofdvraag	5
1.3 Methodologie	6
1.3.1 Een rechtsvergelijkende methode	6
1.3.2 De beantwoording van de normatieve vraag	10
1.4 Afbakening	11
1.4.1 Wanprestatie	11
1.4.2 Schadevergoeding en het stelsel van remedies bij wanprestatie	12
1.4.3 Nadere afbakening	13
1.5 Plan van behandeling	15
2 IMMATERIËLE CONTRACTUELE BELANGEN EN GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL	19
2.1 Ongrijpbare begrippen?	19
2.2 Recht en belang	22
2.3 Immateriële contractuele belangen en gemist onstoffelijk voordeel	24
2.3.1 Immateriële belangen en economische belangen	24
2.3.2 Een aantasting van een immaterieel contractueel belang en gemist onstoffelijk voordeel	27
2.4 Rechtseconomische inzichten over onstoffelijk voordeel	28
2.4.1 De tevergeefs gemaakte kosten en het consumentensurplus	28
2.4.2 Willingness to pay	31
2.4.3 De economische waarde van gemist onstoffelijk voordeel	33
2.5 Tussenconclusie	34

DEEL II – SMARTENGELD	35
3 SMARTENGELD IN NEDERLAND	37
3.1 Inleiding	37
3.2 De hoofdregel – geen schadevergoeding voor meer of minder sterk psychisch onbehagen	38
3.2.1 Het gesloten stelsel	38
3.2.2 Meer of minder sterk psychisch onbehagen	40
3.2.3 Smartengeld in het Oud BW	43
3.2.3.1 Meijers' elfde vraag	43
3.2.3.2 De parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW	50
3.3 De uitzondering – pakketreizen	54
3.3.1 Van een nationaalrechtelijke uitzondering ...	54
3.3.2 ... naar een Europeesrechtelijke aanspraak	56
3.4 Aantasting in de persoon op andere wijze	59
3.4.1 Ruimte voor rechtsontwikkeling	59
3.4.2 Groningse Oudejaarsrellen en Baby Kelly	59
3.4.3 De reikwijdte van de nieuwe subcategorie	61
3.4.3.1 De aard en ernst van de normschending	61
3.4.3.2 De nadelige gevolgen van de normschending	63
3.4.4 Het belang voor overeenkomsten waarmee onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd	66
3.5 Tussenconclusie	68
4 SMARTENGELD IN DUITSLAND	69
4.1 Inleiding	69
4.2 De hoofdregel – een gesloten stelsel	70
4.2.1 De hoofdregel van § 253 BGB	70
4.2.2 Een tegengeluid	72
4.2.2.1 Algemeen	72
4.2.2.2 Overeenkomsten waarmee onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd	75
4.3 De uitzondering – pakketreizen	78
4.3.1 Geharmoniseerd recht	78
4.3.2 Een metamorfose	79
4.3.2.1 Verspilte vakantiedagen	79
4.3.2.2 Een wettelijke regeling	81
4.3.2.3 Een metamorfose	83
4.3.3 De uitzondering van § 651n lid 2 BGB	84
4.3.4 Analoge toepassing	87
4.4 Verdere bescherming binnen het wettelijke stelsel (en daarbuiten)	89
4.4.1 § 253 lid 2 BGB	89
4.4.1.1 De hervorming van het schadevergoedingsrecht	89
4.4.1.2 De beschermde rechtsgoederen	89
4.4.1.3 Het beschermingsdoel van de overeenkomst	91

4.4.2	Schadevergoeding voor schending van het algemene persoonlijkheidsrecht	92
4.4.3	Contractsuitleg	95
4.5	Tussenconclusie	98
5	SMARTENGELD IN ENGELAND	99
5.1	Inleiding	99
5.2	De hoofdregel – geen smartengeld bij wanprestatie	99
5.3	De oude uitzondering – fysiek ongemak	101
5.3.1	Een recht op smartengeld bij wanprestatie uit de negentiende eeuw	101
5.3.2	<i>Farley v. Skinner</i>	103
5.4	De nieuwe uitzondering – <i>the object of the contract</i>	105
5.4.1	Van een frontale aanval op <i>Addis v. Gramophone ...</i>	105
5.4.2	... naar een nieuwe uitzondering	107
5.4.3	<i>Farley v. Skinner</i>	111
5.4.4	Het huidige toepassingsbereik van de <i>object of the contract</i> -uitsluiting	113
5.4.4.1	Een vergoeding voor een zelfstandige schadepost	113
5.4.4.2	Een algemeen toepassingsbereik	114
5.4.4.3	Wanneer is het een doel van de overeenkomst om een onstoffelijk voordeel te verschaffen?	116
5.4.5	Een algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie	118
5.5	Tussenconclusie	
	DEEL III – VERMOGENSSCHADE	123
6	VERMOGENSSCHADE IN NEDERLAND	125
6.1	Inleiding	125
6.2	Het Oud BW – een academische discussie	126
6.2.1	Twee samenhangende debatten	126
6.2.2	Gederfd woongenot in Tilburg en Utrecht	128
6.2.3	Een algemene aanvaarding van een ruim vermogensschadebegrip in de Nederlandse literatuur	130
6.2.4	Een zuiver academisch idee	132
6.3	Het Nieuw BW – aanvaarding in de rechtspraak	133
6.3.1	Twee uitgangspunten	133
6.3.2	Grenzen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel	137
6.3.2.1	Een algemene aanvaarding van een ruim vermogensschadebegrip	137
6.3.2.2	De additionele redelijkheidstoets	138
6.3.2.3	Het onstoffelijke voordeel is ondanks de wanprestatie (deels) verkregen	140

6.3.2.4	Ook zonder de wanprestatie was het onstoffelijke voordeel niet verkregen	146
6.3.3	De begroting van de schade	148
6.4	Combineren van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel en smartengeld	150
6.5	Tussenconclusie	152
7	VERMOGENSSCHADE IN DUITSLAND	155
7.1	Inleiding	155
7.2	De commercialiseringsgedachte	156
7.2.1	Het gemiste genot van een cruise als vermogensschade	156
7.2.2	Gederfd gebruiksgenot van goederen	159
7.2.2.1	Inleiding	159
7.2.2.2	Voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen	159
7.2.2.3	Onbruikbaarheid van het goed zelf	165
7.2.2.4	Voelbaarheid	167
7.2.2.5	Gedeeltelijk derven van het gebruiksgenot	169
7.2.2.6	Toepasselijkheid in het contractenrecht	171
7.2.3	Begroting	172
7.3	De frustratieleer	173
7.3.1	De tevergeefs gemaakte kosten aan de cruise als vermogensschade	173
7.3.2	Het rentabiliteitsvermoeden	176
7.4	Een nieuwe paragraaf in het BGB	180
7.4.1	De nieuwe § 284 BGB: een wettelijke bepaling over tevergeefs gemaakte kosten	180
7.4.2	Positief of negatief contractsbelang	180
7.4.3	Het toepassingsbereik van § 284 BGB	182
7.4.3.1	Een algemene contractenrechtelijke regeling	182
7.4.3.2	Uitgaven	183
7.4.3.3	Gerechtvaardigd vertrouwen	186
7.4.3.4	Billijkheidstoets	188
7.4.3.5	Tevergeefs	189
7.4.3.6	De uitgaven hebben hun doel bereikt ondanks de wanprestatie	191
7.4.3.7	Ook zonder wanprestatie zouden de uitgaven tevergeefs zijn geweest	192
7.4.4	Een alternatief voor Schadenersatz statt der Leistung	194
7.5	Tussenconclusie	197

8	VERMOGENSSCHADE IN ENGELAND	199
8.1	Inleiding	199
8.2	De <i>reliance measure</i>	199
8.2.1	Een keuze tussen twee alternatieve wijzen van schadebegroting bij wanprestatie	199
8.2.2	Een rentabiliteitsvermoeden	205
8.3	Tevergeefs gemaakte kosten en gemist onstoffelijk voordeel	208
8.3.1	Een eerste precedent	208
8.3.2	Een leerstuk in zijn kinderschoenen	212
8.4	Tussenconclusie	214
DEEL IV – NAAR EEN ALGEMEEN RECHT OP SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL		215
9	GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF	217
9.1	Inleiding	217
9.2	Smartengeld	218
9.3	Vermogensschade	222
9.4	De bescherming van immateriële contractuele belangen in het huidige recht	228
9.4.1	Geen volledige bescherming van immateriële contractuele belangen ...	228
9.4.2	... maar wel een rechtsontwikkeling naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel	231
9.5	Tussenconclusie	233
10	NAAR EEN ALGEMEEN RECHT OP SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL	235
10.1	Een omstreden ontwikkeling in het Nederlandse recht	235
10.1.1	De vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel ter discussie	235
10.1.2	De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel	238
10.2	Immateriële contractuele belangen en compensatie	241
10.2.1	Het vermogensrecht en immateriële belangen	241
10.2.2	Schadevergoeding en gemist onstoffelijk voordeel	245
10.3	De onvolkomenheid van de compensatiefunctie	247
10.3.1	De compensatiefunctie onder vuur	247
10.3.2	Geringe immateriële schade verdwijnt vanzelf	248
10.3.3	Geld en immateriële schade zijn ongelijke grootheden	249
10.3.4	Het bestaan van immateriële schade kan niet objectief worden vastgesteld	252
10.3.5	Immateriële schade is niet te becijferen	254
10.3.6	Naar een volledige vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel	256
10.4	De vermeende negatieve economische gevolgen	256
10.4.1	Recht en economie	256
10.4.2	Efficiënte contractsbreuk	259

10.4.2.1 De theorie van efficiënte contractsbreuk	259
10.4.2.2 Efficiënte contractsbreuk en immateriële schade	260
10.4.3 Schadevergoeding, verzekering en prijsverhoging	260
10.4.3.1 Schadevergoeding als verzekering	261
10.4.3.2 Verzekering en immateriële schade	263
10.4.4 Conflicterende doelstellingen	265
10.5 Het gevaar van een oeverloze uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht	267
10.5.1 De noodzaak van een rechtvaardiging	267
10.5.2 Een onvermijdelijk offer	269
10.5.3 Contractuele relativiteit	272
10.5.3.1 Het beschermingsdoel van de overeenkomst	272
10.5.3.2 De <i>Schutzzwecklehre</i> in het Duitse recht	273
10.5.3.3 De <i>assumption of responsibility</i> in het Engelse recht	276
10.5.3.4 De contractuele relativiteit in het Nederlandse recht	281
10.5.4 Een middenweg	283
10.6 Een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is niet nodig	284
10.6.1 Voldoende bescherming buiten het schadevergoedingsrecht	284
10.6.2 Bescherming binnen het stelsel van remedies	284
10.6.2.1 Nakoming, vervangende schadevergoeding en ontbinding	284
10.6.2.2 Voorkomen is beter dan genezen	288
10.6.2.3 Niet goed, geld terug	291
10.6.3 Het boete- en smartengeldbeding	298
10.6.4 Een leemte in het Nederlandse recht	300
10.7 Tussenconclusie	300
 11 CONCLUSIE	 303
11.1 Gemist onstoffelijk voordeel: een bedrieglijk eenvoudig probleem	303
11.2 Tussen immateriële schade ...	305
11.3 ... en vermogensschade	307
11.4 Naar een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie	309
11.5 Het bredere perspectief	315
 SUMMARY (ENGELSE SAMENVATTING)	 319
LITERATUUR	327
RECHTSPRAAK	349
PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS	359
APPENDICES	361
1 Recht, belang en economisch of onstoffelijk voordeel	363
2 De waarde van gemist onstoffelijk voordeel	365
CURRICULUM VITAE	367

Lijst van afkortingen

<i>A&V</i>	Aansprakelijkheid & Verzekering
<i>AA</i>	Ars Aequi Maandblad
<i>aant.</i>	aantekening
<i>AB</i>	AB Rechtspraak Bestuursrecht
<i>ABRvS</i>	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
<i>AcP</i>	Archiv für die civilistische Praxis
<i>A-G</i>	advocaat-generaal
<i>AG</i>	Amtsgericht
<i>Arch BR</i>	Archiv für burgerliches Recht
<i>art.</i>	artikel(en)
<i>AV&S</i>	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
<i>B</i>	Baron
<i>BB</i>	Bedrijfsjuridische Berichten
<i>BeckRS</i>	C.H. Beck Rechtsprache
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof
<i>Bopz</i>	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
<i>BT-Drs.</i>	Bundestag Drucksache
<i>BVerG</i>	Bundesverfassungsgericht
<i>BW</i>	Burgerlijk Wetboek
<i>BWKJ</i>	BW-krant Jaarboek
<i>CJ</i>	Chief Justice
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>Colombia LR</i>	Colombia Law Review
<i>Corn LR</i>	Cornell Law Review
<i>DB</i>	Der Betrieb
<i>diss.</i>	dissertatie
<i>e.a.</i>	en anderen
<i>e.v.</i>	en volgende
<i>ECLI</i>	European Case Law Identifier
<i>Edin LR</i>	Edinburgh Law Review
<i>ERPL</i>	European Review of Private Law
<i>GS</i>	Groene Serie
<i>HR</i>	Hoge Raad der Nederlanden
<i>HvJ</i>	Hof van Justitie van de Europese Unie
<i>ICLQ</i>	International & Comparative Law Quarterly
<i>J Obl & R</i>	Journal of Obligations and Remedies
<i>J</i>	Justice

<i>JA</i>	Jurisprudentie Aanprakelijkheid
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBL</i>	Journal of Business Law
<i>JCL</i>	Journal of Contract Law
<i>Jher. Jb.</i>	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>jo.</i>	juncto
<i>Jur. Ar.</i>	Juristische Arbeitsblätter
<i>JuS</i>	Juristische Schulung
<i>JZ</i>	Juristenzeitung
<i>KG</i>	Kammergericht
<i>Kg</i>	Kantongerecht
<i>King's LJ</i>	King's Law Journal
<i>LG</i>	Landesgericht
<i>LJ</i>	Lord/Lady Justice of Appeal
<i>LMCLQ</i>	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LS</i>	Legal Studies
<i>m.nt.</i>	met annotatie
<i>MDR</i>	Monatsschrift für Deutsches Recht
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>Mon. (N)BW</i>	Monografieën (Nieuw) Burgerlijk Wetboek
<i>MvA</i>	Memorie van Antwoord
<i>MvT</i>	Memorie van Toelichting
<i>MvV</i>	Maandblad voor Vermogensrecht
<i>NbBW</i>	Nieuwbrief BW
<i>NJ</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>NJB</i>	Nederlands Juristenblad
<i>NJF</i>	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
<i>NJOZ</i>	Neue Juristische Online-Zeitschrift
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NJW-RR</i>	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
<i>nr.</i>	nummer
<i>NTBR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
<i>NTHR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Handelrecht
<i>NZLR</i>	New Zealand Law Reports
<i>NZULR</i>	New Zealand Universities Law Review
<i>NZV</i>	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
<i>OJLS</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht
<i>OUCLJ</i>	Oxford University Commonwealth Law Journal
<i>p.</i>	pagina
<i>par.</i>	paragraaf
<i>Parl. Gesch.</i>	Parlementaire Geschiedenis
<i>P-G</i>	procureur-generaal
<i>Prg.</i>	Praktijkgids
<i>PvJ</i>	Het Paleis van Justitie
<i>R&R</i>	Rechtsfilosofie & Rechtstheorie

r.o.	rechtsoverweging
<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rb	Rechtbank
red	redactie
resp.	respectievelijk
<i>RFR</i>	Rechtspraak Familierecht
RG	Reichsgericht
rl.	regel
<i>RM</i>	Rechtsgeleerd Magazijn
<i>RMThemis</i>	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
<i>RvdW</i>	Rechtspraak van de Week
<i>S&S</i>	Schip & Schade
<i>San Diego LR</i>	San Diego Law Review
TM	Toelichting Meijers
<i>Toronto LJ</i>	The University of Toronto Law Journal
<i>TvC</i>	Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken
<i>TvPr</i>	Tijdschrift voor Privaatrecht
<i>TvVP</i>	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
<i>VerS</i>	Versicherungsrecht
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
<i>w.</i>	Weekblad van het Recht
<i>WPNR</i>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	WR, Tijdschrift voor Huurrecht
<i>ZfS</i>	Zeitschrift für Schadensrecht
<i>ZGS</i>	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>ZRP</i>	Zeitschrift für Rechtspolitik

DEEL I

Immateriële contractuele belangen en gemist
onstoffelijk voordeel

1 | Inleiding

1.1 ONDERWERP EN AANLEIDING

Overeenkomsten worden gesloten met een reden. Wanneer een contractspartij een overeenkomst aangaat, hoopt zij daar op enigerlei wijze beter van te worden. Zij verwacht, met andere woorden, dat de overeenkomst haar een voordeel zal opleveren.¹ Dat voordeel kan bijvoorbeeld winst zijn. De overeenkomst is een economisch vehikel, dat contractspartijen in staat stelt om omzet te generen en zo winst te maken. In beroemde Nederlandse arresten gaat het dan ook geregeld over overeenkomsten waarin een contractspartij een economisch belang heeft. Zo kocht Haviltex van Ermes een steekschuimsnijmachine met de bedoeling om de winst van zijn onderneming te vergroten.² Maar winst is niet de enige reden voor contractspartijen om een overeenkomst te sluiten. Met een aanzienlijk deel van de in het dagelijkse verkeer gesloten overeenkomsten streven contractspartijen allerlei onstoffelijke voordelen na.³ Men boekt vakanties naar exotische bestemmingen en dicht bij huis, koopt huizen op het platteland en in het bruisende centrum van een stad, neemt advocaten in de arm om van echt te scheiden en om omgangsregelingen met kinderen vast te stellen, huurt cateraars in voor huwelijken en promotiefeesten, en bestelt nieuwe boeken en kaartjes voor theatervoorstellingen of bioscoopfilms.

Wanneer de wederpartij vervolgens haar contractuele verplichtingen niet nakomt, kan dat tot gevolg hebben dat een contractspartij het door haar nagestreefde voordeel misloopt en daardoor nadeel ondervindt. Voor een contractspartij die met een overeenkomst winst nastreeft, zal dat nadeel in de regel bestaan uit vermogensschade. Hoewel de begroting van gederfde winst zeker geen sinecure is, is het in het Nederlandse recht onomstreden dat zulk nadeel voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is anders wanneer het door de wanprestatie ontstane nadeel bestaat uit gemist onstoffelijk voordeel.

1 Krans 1999, p. 36 omschrijft het als volgt: 'Contractanten willen in enig opzicht zichzelf ontplooiën of "vooruitkomen", persoonlijk of bedrijfsmatig. Ze beogen een progressie.'

2 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 m.nt. CJHB (*Haviltex*). Dat Haviltex winst nastreefde, bleek uitdrukkelijk uit de gesloten overeenkomst. Een deel van de koopprijs zou betaald worden 'in de vorm van 10% van de met de machine te behalen winst totdat dit bedrag betaald zal zijn of de machine niet meer bij Haviltex in gebruik is', welk winstpercentage telkens betaald zou worden na het bekend zijn van de winstcijfers over het voorafgaande jaar.

3 Zie voor de in dit proefschrift gebezigde terminologie: § 2.3.1 en appendix 1.

Dit proefschrift gaat over de mogelijkheden die een benadeelde heeft om met succes schadevergoeding te vorderen wanneer hij door een wanprestatie het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen.

Er is aanleiding genoeg om aan dit onderwerp een proefschrift te wijden. De afgelopen jaren is er namelijk zowel in de rechtspraak als in de literatuur het nodige te doen geweest om schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie. In *Burger/Brouwer Motors*, een arrest uit 2006, besteedde de Hoge Raad voor het eerst enkele uitvoerige overwegingen aan zulk nadeel.⁴ Door dit arrest belandde de ontwikkeling van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in een stroomversnelling. Niet alleen in de lagere rechtspraak ziet men sindsdien veelvuldig geschillen over zulke schadevergoedingsvorderingen, maar ook de Hoge Raad liet zich nadien in een relatief korte tijd nog enkele malen over schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel uit, zoals in *Pollen/Linssen Yachts*, in *Liander/Heiloo* en in een prejudiciële procedure over de gaswinning in Groningen.⁵ Deze ontwikkeling in de jurisprudentie is in de literatuur niet onopgemerkt gebleven. Er is sinds *Burger/Brouwer Motors* een reeks aan artikelen en annotaties verschenen over schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Desalniettemin staan er in de rechtspraak en de literatuur nog vragen open. Zo is er discussie over de vraag of gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade of immateriële schade moet worden gekwalificeerd. Ook zijn de meningen verdeeld over de vraag of zulke schade wel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen en, zo ja, onder welke voorwaarden. Bovendien is het nog niet duidelijk hoe de door de Hoge Raad opgeworpen vereisten aan zulke vergoedingen moeten worden begrepen en wordt er verschillend gedacht over de juiste begrotingswijze.

Het valt goed te verklaren dat er nog zoveel onduidelijkheid bestaat over schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie en dat de meningen in de literatuur nog zo uiteenlopen. In het Nederlandse recht is gemist onstoffelijk voordeel pas betrekkelijk recent in de belangstelling komen te staan, zeker in vergelijking met het Duitse en het Engelse recht. Hoewel er reeds sinds de negentiende eeuw rechtspraak is over het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, is de Hoge Raad voor *Burger/Brouwer Motors* nauwelijks gevraagd zich over zulk nadeel uit te laten. In de sporadische gevallen dat gemist onstoffelijk voordeel in cassatie aan de orde kwam, zoals in *Unitas* en *Voorste Stroom III*, waren de overwegingen van

4 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

5 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*); HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*).

de Hoge Raad summier.⁶ Ook in de literatuur viel schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel lange tijd een stiefmoederlijke behandeling ten deel. Zulke schade komt zeker ter sprake in oudere proefschriften, handboeken en artikelen, maar in de regel slechts als een betrekkelijk klein deelonderwerp.⁷

Deze relatief late rechtsontwikkeling in Nederland is opmerkelijk. Overeenkomsten waarmee contractspartijen onstoffelijk voordeel nastreven, zijn immers bepaald geen curiositeit. Enkele belangrijke benoemde overeenkomsten, zoals koop, huur en opdracht, worden veelvuldig aangegaan met het doel om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. De bestedingen van consumenten, die vrijwel uitsluitend zulke voordelen nastreven met de door hun gesloten overeenkomsten, vormen een essentieel onderdeel van de Nederlandse economie. Niet voor niets staat consumentenbescherming de laatste decennia – niet alleen in Nederland, maar ook in Europa – hoog op de politieke en rechtswetenschappelijke agenda. Of een benadeelde bij wanprestatie recht heeft op schadevergoeding voor het door hem gemiste onstoffelijke voordeel is dus zonder twijfel een maatschappelijk en economisch relevante vraag.

1.2 DOELSTELLINGEN EN HOOFDVRAAG

Het eerste en descriptieve doel van dit proefschrift is dan ook om de ontwikkeling van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie – en het denken daarover in de literatuur – op systematische wijze te beschrijven. Zo’n beschouwing ontbreekt vooralsnog in het Nederlandse juridische discours. De Nederlandse rechtsontwikkeling is bovendien niet uniek. De Duitse en Engelse rechtspraak en literatuur staan voor vergelijkbare vragen ten aanzien van de kwalificatie, vergoedbaarheid en begroting van gemist onstoffelijk voordeel. In beide rechtssystemen is bovendien al langere tijd aandacht voor deze schadevergoedingsrechtelijke vragen. De uitgebreide Duitse en Engelse rechtspraak en literatuur over gemist onstoffelijk voordeel bieden belangrijke inzichten en geven verdieping aan het Nederlandse juridische debat. Om die reden beschrijft dit proefschrift niet alleen de Nederlandse rechtsontwikkeling, maar behandelt het ook op systematische wijze de ontwikkelingen die zich in het Duitse en het Engelse recht hebben voorgedaan.

Dit proefschrift heeft ook een normatief doel. Het gaat niet alleen in op de vraag hoe het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zich sinds het einde van de negentiende eeuw heeft ontwikkeld, maar ook

6 HR 29 januari 1937, NJ 1937/570, m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*) en HR 31 december 1937, NJ 1938/517 m.nt. EMM (*Unitas*). Ook in het latere arrest HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, NJ 1994/670 (*St. Joseph/Van Fessem*) is de overweging over gemist woongenot ronduit apodictisch.

7 Zo maakt bijvoorbeeld zowel Lindenbergh 1998 in zijn proefschrift over smartengeld als Krans 1999 in zijn proefschrift over schadevergoeding bij wanprestatie maar weinig woorden vuil aan dit onderwerp.

op de normatieve vraag of het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende bescherming biedt aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden. Een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat het huidige Nederlandse recht veel te ver gaat met het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Ik zie dat anders. In dit proefschrift verdedig ik de stelling dat het voor een adequate bescherming van de immateriële belangen die contractspartijen in een overeenkomst kunnen hebben, noodzakelijk is dat benadeelden een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel krijgen toegekend.

1.3 METHODOLOGIE

1.3.1 Een rechtsvergelijkende methode

Dit proefschrift heeft een rechtsvergelijkend karakter. Een aanzienlijk deel van de hoofdstukken gaat over Engels en Duits recht. De rechtsvergelijking dient verschillende doelen. Allereerst plaatst een beschrijving van de ontwikkelingen in het Engelse en het Duitse schadevergoedingsrecht het Nederlandse recht in een breder perspectief. Het laat zien dat het Nederlandse recht niet uniek is en de rechtspraak en literatuur van onze buurlanden zich voor vergelijkbare vragen en problemen gesteld zien. De omvangrijke literatuur en jurisprudentie uit deze rechtsstelsels zorgen verder voor een verdieping van het Nederlandse juridische debat. Verschillende vragen en problemen die in het Nederlandse recht simpelweg nog niet boven zijn komen drijven, zijn in het Engelse en het Duitse recht reeds aan de orde gekomen in de rechtspraak en vervolgens uitvoerig bediscussieerd in de literatuur. Tot slot bieden het Engelse en het Duitse recht argumenten en oplossingen die ook voor het Nederlandse recht relevant zijn.

De rechtsvergelijking in dit proefschrift heeft dus als voornaamste doel om een bijdrage te leveren aan de verdere ontwikkeling van het Nederlandse recht. Dit is uiteindelijk een proefschrift over het Nederlandse schadevergoedingsrecht, dat beoogt bij te dragen aan het nationale juridische debat over schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Het Engelse en Duitse recht dienen daarbij als inspiratiebron, waaraan het Nederlandse recht wordt gespiegeld.⁸ Het proefschrift streeft er bijvoorbeeld niet naar de verschillen en overeenkomsten tussen de drie rechtsstelsels te verklaren of om een oordeel

8 Zweigert & Kötz 1996, p. 45-46 noemen dit 'Rechtsvergeleichung auf nationaler Basis'. Zelf vinden ze het nastrevenswaardiger om rechtsvergelijking op *internationale* basis te verrichten, waarin gezocht wordt naar universele juridische begrippen en leerstukken en waarin alle onderzochte rechtssystemen kritisch worden geëvalueerd, maar ze erkennen ook de in dit proefschrift gehanteerde methode als een vorm van rechtsvergelijkend onderzoek. Ook volgens Oderkerk *RabelsZ* 2015, p. 605 kan rechtsvergelijking worden ingezet om één rechtsstelsel te evalueren.

te geven over de vraag of het Duitse en het Engelse recht voldoende bescherming bieden aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen.⁹ In de Nederlandse literatuur en rechtspraak bestaat een lange traditie om voor de beantwoording van schadevergoedingsrechtelijke vragen inspiratie te zoeken in het buitenland. Zo ging P-G Berger in 1943 in op Engels, Duits en Frans recht in zijn conclusie voor het standaardarrest over smartengeld bij letsel.¹⁰ Ruim zestig jaar later besprak ook P-G Hartkamp uitvoerig de jurisprudentie uit deze rechtsstelsels in zijn conclusie voor het eerste Nederlandse arrest over *wrongful life*.¹¹ Ook in proefschriften, handboeken en artikelen over het schadevergoedingsrecht putten auteurs van oudsher inspiratie uit het buitenland. Voor de Tweede Wereldoorlog deden bijvoorbeeld Drucker (in 1889), Ribbius (in 1905) en Greebe (in 1935) dat al en meer recent Overeem (in 1979) en Verheij (in 2003). Dit onderzoek past in deze traditie.

Het doel van de rechtsvergelijking verklaart ook de in dit proefschrift gemaakte methodologische keuzes.¹² Het verklaart allereerst waarom er gekozen is om een vergelijking te maken met het Engelse en het Duitse recht. Deze twee rechtsstelsels zijn vanuit een Nederlands perspectief interessant, omdat ze een belangrijke eigenschap met het Nederlandse recht gemeen hebben: het recht op smartengeld is van oudsher in belangrijke mate beperkt of zelfs uitgesloten, met name in het contractenrecht. Het is daardoor in geen van deze rechtsstelsels vanzelfsprekend dat een benadeelde die als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, recht heeft op schadevergoeding. Deze beperking van het recht op smartengeld heeft niet alleen geleid tot de nodige discussie in de literatuur over de kwalificatie, vergoedbaarheid en begroting van gemist onstoffelijk voordeel, maar ook tot ingewikkelde en omstreden jurisprudentie. Het Duitse en Engelse recht staan, met andere woorden, voor zeer vergelijkbare schadevergoedingsrechtelijke problemen. Bovendien is in beide landen de rechtsontwikkeling al veel eerder begonnen en daardoor al verder gevorderd dan in Nederland. Dat maakt deze twee rechtsstelsels uitermate geschikt om inspiratie uit te putten.¹³

Zweigert en Kötz formuleerden in hun beroemde handboek over rechtsvergelijking de vuistregel dat bij rechtsvergelijkend onderzoek naar klassieke

9 Zie over de mogelijke doelstellingen die rechtsvergelijkend onderzoek kan hebben: Oderkerk *RabelsZ* 2015, p. 599-602. Deze doelstellingen kunnen uiteenlopen. Sommige auteurs leggen de nadruk op het verklaren van overeenkomsten en verschillen tussen rechtsstelsels, zie bijvoorbeeld: Husa 2015, p. 147-154. Andere auteurs gebruiken rechtsvergelijking om tot een normatief oordeel te komen over wenselijk recht, zie bijvoorbeeld: Zweigert & Kötz 1996, p. 46-47.

10 P-G Berger, p. 613-619 in zijn conclusie voor HR 21 mei 1943, NJ 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*).

11 P-G Hartkamp, sub 23-31 in zijn conclusie voor HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*).

12 Volgens Oderkerk *RabelsZ* 2015, p. 599-601 is de vraag welke rechtsvergelijkende methodologie het meest geschikt is afhankelijk van het doel van de rechtsvergelijking.

13 Oderkerk *RabelZ* 2015, p. 605.

civielrechtelijke vraagstukken, bijvoorbeeld binnen het contractenrecht, in beginsel ook het Franse recht moet worden betrokken.¹⁴ Toch behandelt dit proefschrift geen Frans recht en ook zijn kleine broertje, Belgisch recht, blijft buiten beschouwing. Volgens Oderkerk is het namelijk alleen zinvol om inspiratie te putten uit een ander rechtsstelsel wanneer de rechtsontwikkeling daar verder gevorderd is.¹⁵ Daarnaast moet het onderzochte probleem binnen een rechtsstelsel niet op een totaal andere wijze het hoofd worden geboden. Het Franse en Belgische recht voldoen niet aan deze twee criteria. In het Franse en Belgische recht komt in beginsel alle schade voor vergoeding in aanmerking, waardoor schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel geenszins problematisch is. Als gevolg hiervan is er in het Franse en Belgische recht nauwelijks juridisch debat over zulke schade.¹⁶ Het Belgische recht lost problemen over de vergoedbaarheid van immateriële schade, bijvoorbeeld van affectieschade, bovendien op een andere wijze op, namelijk door toepassing van het belangvereiste. In het Belgische recht spitst de discussie zich toe op de vraag welke belangen het burgerlijke recht beschermt en welke niet.¹⁷ Om deze redenen is ervoor gekozen geen vergelijking met het Franse of het Belgische recht te maken.

In dit proefschrift is een functionele rechtsvergelijking gemaakt. Bij een functionele vergelijking worden de rechtsregels uit de onderzochte rechtsstelsels vergeleken die eenzelfde functie vervullen. De achterliggende gedachte van deze methode is dat in alle onderzochte rechtsstelsels hetzelfde sociaaleconomische probleem bestaat en dat er binnen deze rechtsstelsels rechtsregels zijn die de *functie* hebben om dit probleem op te lossen. Zulke rechtsregels met eenzelfde functie kunnen vervolgens worden vergeleken.¹⁸ Het beginpunt van iedere functionele rechtsvergelijking is daarom een bepaald sociaaleconomisch probleem, dat feitelijk – dat wil zeggen los van de nationale juridische begrippenkaders van de onderzochte rechtsstelsels – is gedefinieerd. Vervolgens wordt vergeleken hoe de rechtsstelsels dit niet-juridisch gedefinieerde sociaaleconomische probleem het hoofd proberen te bieden.¹⁹ In dit proefschrift is het mislopen van onstoffelijk voordeel als gevolg van een wanpresta-

14 Zweigert & Kötz 1996, p. 40-41.

15 Oderkerk *RabelsZ* 2015, p. 605.

16 Ter illustratie, in zijn omvangrijke proefschrift van een kleine 1300 pagina's over 'schadevergoeding wegens wanprestatie' in het Belgische recht besteedt Verkempinck 2017, p. 745-751 slechts zes pagina's aan het probleem, die vervolgens voor het grootste gedeelte over buitenlands recht gaan.

17 Zie daarover uitgebreid: Bocken e.a. 2018, p. 131-139.

18 Zweigert & Kötz 1996, p. 33-35 zijn belangrijke grondleggers van deze methode. Hoewel er kritiek is op de functionele methode, is het toch ook vandaag de dag nog de belangrijkste rechtsvergelijkende methode, zie hierover: Husa 2015, p. 119-124 en Siems 2015, p. 32-35.

19 Zie over deze methode: Öricü 2012, p. 561-564; Husa 2015, p. 149 en Siems 2015, p. 32-33. Oderkerk *RabelsZ* 2015, p. 612-613 en Michaels 2019, p. 368-370 maken nog nader onderscheid tussen een 'factual' en een 'problem-solving approach'.

tie het onderzochte feitelijke sociaaleconomische probleem.²⁰ Onderzocht is steeds of een benadeelde in de onderzochte rechtsstelsels recht heeft op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie zulk voordeel is misgelopen. Hoe de eventuele vergoeding waar een benadeelde aanspraak op kan maken vervolgens wordt gekwalificeerd of genoemd in een rechtsstelsel, is daarbij niet relevant.²¹ In enkele gevallen heeft een benadeelde die onstoffelijk voordeel is misgelopen weliswaar recht op schadevergoeding, maar niet omdat hij zulk voordeel is misgelopen. De vergoeding heeft dan een andere juridische grondslag. Zo heeft een benadeelde in het Nederlandse recht aanspraak op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Dit recht op smartengeld kan in sommige gevallen, zoals zal blijken, ook enige compensatie bieden voor gemist onstoffelijk voordeel, hoewel zulke vergoedingen niet om die reden worden toegekend. Het onderzoek beperkt zich dus niet tot de vraag of er in juridische zin een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bestaat.²² De gekozen benadering geeft een completer beeld van het Nederlandse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht en geeft beter inzicht in hoeverre benadeelden de mogelijkheid hebben om met succes schadevergoeding te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

De rechtsvergelijking beperkt zich wel tot het *schadevergoedingsrecht* van Nederland, Duitsland en Engeland. Het doel van dit onderzoek is immers om de rechtsontwikkeling van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te beschrijven en te beoordelen of het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende bescherming biedt aan immateriële contractuele belangen.²³ Hoewel het Engelse en het Duitse recht dus misschien ook buiten het schadevergoedingsrecht benadeelden een recht op een vergoeding geven wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, zijn deze mogelijkheden voor dit onderzoek niet zo relevant en worden dus ook niet besproken. Voor dit proefschrift zijn uitsluitend de Engelse en Duitse ideeën over het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel van belang. Om dezelfde reden richt dit proefschrift zich uitsluitend op de *juridische* mogelijkheden in Engeland en Duitsland om schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te krijgen en niet op eventuele maatschappelijke praktijken, gewoontes of gebruiken die benadeelden zouden kunnen compenseren voor gemist onstoffelijk voordeel. Vanuit sociologisch oogpunt is het ongetwijfeld interessant om te weten hoe contractspartijen buiten het recht

20 Zie daarover: hoofdstuk 2.

21 Zweigert & Kötz 1996, p. 33.

22 De nationaalrechtelijke perceptie van de functie van een bepaalde regel is immers niet doorslaggevend voor het antwoord op de vraag welke functie deze regel daadwerkelijk vervult bij het oplossen van een probleem, aldus Husa 2015, p. 152-153.

23 In § 10.6 zet ik uiteen waarom er zonder recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een leemte zou ontstaan in de rechtsbescherming van benadeelden.

om eventuele fouten bij de uitvoering van een overeenkomst redresseren, maar dit proefschrift beperkt zich tot de mogelijkheden die het recht hun aanreikt.²⁴

Tot slot verdient de gebruikte terminologie in dit proefschrift nog enige aandacht. Citaten zijn steeds onvertaald gelaten, maar de hoofdstukken over Engels en Duits recht zijn wel in het Nederlands geschreven. Gekozen is om juridische begrippen uit deze rechtsstelsels waar mogelijk te vertalen naar equivalenten uit het Nederlandse juridische jargon. Zo wordt 'breach of contract' in dit proefschrift vertaald naar 'wanprestatie'. Volgens Oderkerk schuilt daarin een methodologisch gevaar. Door *breach of contract* te vertalen naar wanprestatie kan de schijn worden gewekt dat voor dit Engelse leerstuk dezelfde vereisten gelden als voor het gekozen equivalent uit het Nederlandse juridische jargon. Dat is alleen niet zo. De Nederlandse wanprestatie vereist namelijk toerekenbaarheid van de tekortkoming aan de schuldenaar, terwijl de Engelse *breach of contract* een dergelijke vereiste helemaal niet stelt.²⁵ Met name uit het oogpunt van leesbaarheid is toch besloten om zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij het Nederlandse juridische jargon. Ook bij deze keuze speelt mee dat dit proefschrift zich uiteindelijk toespitst op het Nederlandse recht. Wel is hier de waarschuwing op haar plaats dat de gebezigde vertaalde termen in dit proefschrift moeten worden begrepen binnen de context van hun eigen rechtsstelsel.

1.3.2 De beantwoording van de normatieve vraag

Na de rechtsvergelijking tussen het Nederlandse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht volgt in het tiende hoofdstuk van dit proefschrift een pleidooi voor de aanvaarding van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in het Nederlandse recht. Dit hoofdstuk is normatief. Vanuit een intern juridisch perspectief wordt bepleit dat in het Nederlandse recht benadeelden een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zouden moeten hebben. Daarvoor worden eerst twee onomstreden normatieve uitgangspunten van het huidige Nederlandse recht geïdentificeerd, namelijk dat binnen het contractenrecht immateriële belangen erkend en beschermd worden en dat geleden schade volledig moet worden gecompenseerd.²⁶ Hoewel dat uiteraard goed mogelijk zou zijn, stelt dit proefschrift deze twee uitgangspunten zelf niet ter discussie. Vanuit deze twee uitgangspunten wordt vervolgens beargumenteerd dat in Nederland een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou moeten worden aanvaard, althans dat er geen overtuigende argumenten zijn om dat niet te doen.

24 Zie hierover in het algemeen Oderkerk *RabelZ* 2015, p. 615-616.

25 Oderkerk *RabelsZ* 2015, p. 616-617.

26 Zie respectievelijk: § 10.2.1 en § 10.2.2.

In dit pleidooi zal geregeld verwezen worden naar oplossingen, argumenten en ideeën uit het Duitse en het Engelse recht. Omdat ook in deze rechtsstelsels dezelfde twee normatieve uitgangspunten – het contractenrecht beschermt immateriële belangen en schade moet volledig worden vergoed – zijn aanvaard, zijn deze inzichten uit Engeland en Duitsland zeer bruikbaar voor het Nederlandse debat. Uit het feit dat deze rechtsstelsels zich op een bepaalde wijze hebben ontwikkeld, volgt uiteraard niet dwingend dat het Nederlandse recht dat ook zou moeten doen, maar aan ontwikkelingen uit deze rechtsstelsels komt wel betekenis toe.

Daarnaast wordt er in het pleidooi gebruik gemaakt van rechtseconomische literatuur. Er is in het tiende hoofdstuk uitgebreid aandacht voor de economische gevolgen van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Rechtseconomische inzichten zijn weliswaar niet doorslaggevend in het bredere normatieve debat over de wenselijkheid van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, maar ze komen wel degelijk enig gewicht toe.²⁷ De rechtseconomie speelt op deze manier een belangrijke rol in het onderzoek. Zij vervult in dit proefschrift bovendien op conceptueel niveau een essentiële functie. Aan de hand van rechtseconomische literatuur is het namelijk mogelijk te concretiseren wat de waarde van gemist onstoffelijk voordeel is. De rechtseconomie helpt zo om tot een definitie van gemist onstoffelijk voordeel te komen, aan de hand waarvan het Nederlandse, Duitse en Engelse recht op een zinvolle wijze met elkaar kunnen worden vergeleken.²⁸ Daarnaast wordt aan de hand van deze definitie in het tiende hoofdstuk inzichtelijk gemaakt waarom de andere remedies bij wanprestatie onvoldoende bescherming bieden aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen.²⁹

1.4 AFBAKENING

1.4.1 Wanprestatie

Het feit dat een contractspartij geen economisch, maar een onstoffelijk voordeel nastreeft, kan leiden tot discussies over de vraag of een overeenkomst naar behoren is nagekomen. Zo kan er een geschil ontstaan over de vraag of een voor een sinterklaasviering ingehuurd Sinterklaas aan zijn contractuele verplichtingen heeft voldaan. Een bedrijf dat voor zijn tachtig zakelijke contacten en hun kinderen een sinterklaasfeest organiseerde, was bijvoorbeeld allerm minst tevreden. De ingehuurd Sinterklaas was nors, kortaf tegen de kinderen en zijn verhaal ‘had geen duidelijke spanningsboog’. Zijn Pieten

²⁷ Zie: § 10.4.

²⁸ Zie: § 2.4 en 2.5.

²⁹ Zie: § 10.6.2.

zetten de aanwezige kinderen bovendien aan tot het strooien van snoepgoed op de marmeren vloer van het kantoor, terwijl het bedrijf naar eigen zeggen had aangegeven dat niet te willen. Een vader kreeg een jutezak over zijn hoofd – pedagogisch onverantwoord, aldus het bedrijf – en een meisje dat moest huilen, werd niet getroost. De rechtbank was daarentegen van oordeel dat de Sinterklaas en Pieten binnen de grenzen van hun artistieke vrijheid waren gebleven en daarmee hun contractuele verplichtingen gewoon waren nagekomen.³⁰ Juist bij overeenkomsten waarmee een contractspartij onstoffelijk voordeel nastreeft, zoals een geslaagd optreden van Sinterklaas, kan het ingewikkeld zijn om te bepalen of er een wanprestatie is gepleegd. Het is niet altijd eenvoudig om te beoordelen of een pakketreis, een concert of een diner voldoet aan de contractuele verwachtingen. Aan zulke vragen wordt in dit proefschrift geen aandacht besteed. Het onderzoek richt zich niet op de vestigingsfase, maar op de vraag of een benadeelde recht heeft op schadevergoeding wanneer is komen vast te staan dat de wederpartij inderdaad haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen.

1.4.2 Schadevergoeding en het stelsel van remedies bij wanprestatie

Een benadeelde is niet uitsluitend aangewezen op het schadevergoedingsrecht wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verplichtingen en hij daardoor het nagestreefde onstoffelijke voordeel misloopt of dreigt mis te lopen. Mits aan de daarvoor geldende wettelijke vereisten is voldaan, staan een benadeelde ook andere remedies ter beschikking. Zo kan hij bij de rechter nakoming van de contractuele verplichtingen vorderen, de overeenkomst ontbinden of de niet-geleverde contractuele prestatie omzetten in een vervangende schadevergoeding. Het uitgangspunt is bovendien dat een benadeelde een vrije keuze heeft tussen deze vorderingen.³¹

Dit proefschrift spitst zich toe op één van deze remedies: het recht op schadevergoeding. Het descriptieve doel van het onderzoek is immers om te vergelijken hoe in het huidige Nederlandse, Duitse en Engelse *schadevergoedingsrecht* de immateriële contractuele belangen van benadeelden worden

30 Rb Groningen 17 november 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB7405, NJF 2007/541 (*Sinterklaas-optreden*). Een overweging uit de beoordeling (r.o. 5.6) kan de lezer mijns inziens niet worden onthouden: ‘Zo staat het Sinterklaas – solidair met de kinderen en wat minder met vader en moeder – soms vrij om de kinderen aan te sporen gezagsondermijnende dingen te doen die ze thuis met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet mogen, zoals het strooien en gooien met snoep. In dat kader past – daargelaten of de desbetreffende scène een cultureel hoogtepunt was – heel goed dat een stoute vader in de zak van Sinterklaas wordt gestopt.’

31 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. De Hoge Raad maakt wel een voorbehoud: ‘De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.’

beschermd. Voor de andere remedies bij wanprestatie, zoals het recht op nakoming en van ontbinding, is daarom in de eerste negen hoofdstukken van dit proefschrift geen aandacht. Het loont tijdens het lezen van deze hoofdstukken om steeds in het achterhoofd te houden dat – zeker in het Nederlandse en het Duitse recht – benadeelden ook andere remedies ter beschikking staan. Deze remedies kunnen namelijk in bepaalde gevallen op een alternatieve wijze in de bescherming van immateriële contractuele belangen voorzien. Zo kan een contractspartij door nakoming te vorderen in enkele gevallen voorkomen dat zij het met een overeenkomst nagestreefde onstoffelijk voordeel misloopt.³² De terugbetalingsverplichting die in het Nederlandse en het Duitse recht ontstaat na de ontbinding van een overeenkomst, kan op haar beurt een deel van de schade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel wegnemen.³³

De door deze andere remedies geboden bescherming aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden komt pas in het tiende hoofdstuk van dit proefschrift aan de orde.³⁴ In het debat over de wenselijkheid van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel komt namelijk betekenis toe aan de vraag of deze andere remedies niet reeds voldoende in de bescherming van immateriële contractuele belangen kunnen voorzien. In dat kader wordt uitgebreid stilgestaan bij de vraag welke bescherming de andere remedies kunnen bieden aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden. Het geduld van lezers met interesse in de verhouding tussen schadevergoeding enerzijds en nakoming en ontbinding anderzijds wordt in dit proefschrift dus enigszins op de proef gesteld. Dit proefschrift bespreekt eerst hoe de bescherming van immateriële contractuele belangen zich in het schadevergoedingsrecht heeft ontwikkeld en richt zich pas daarna op de vraag welke rol binnen het stelsel van remedies is weggelegd voor het schadevergoedingsrecht bij de bescherming van zulke belangen.³⁵

1.4.3 Nadere afbakening

Verder heeft schadevergoeding uit onrechtmatige daad in dit onderzoek een ondergeschikte rol. Zeker in het Nederlandse recht is jurisprudentie en literatuur over het recht op schadevergoeding bij onrechtmatige daad ook relevant voor het contractuele schadevergoedingsrecht.³⁶ Het onderzoek spitst zich

32 Zie daarover uitgebreid: § 2.3.2 en 10.6.2.1 en 10.6.2.2.

33 Zie daarover uitgebreid: § 10.6.2.1 en 10.6.2.3.

34 Zie: § 10.6.2.

35 Waar zich in de eerste negen hoofdstukken vragen ten aanzien van andere remedies opdringen, zal daar verwezen worden naar de relevante paragraaf in het tiende hoofdstuk.

36 Afdeling 6.1.10 BW geeft immers een algemene regeling voor schadevergoeding. Er is daardoor in het huidige Nederlandse recht geen reden meer te denken dat beslissingen over schadevergoeding bij onrechtmatige daad geen toepassing zouden hebben wanneer het om een wanprestatie gaat. In het Engelse en het Duitse recht is schadevergoeding bij

echter toe op gemist onstoffelijk voordeel dat het gevolg van een wanprestatie is.

Bovendien is gekozen om aan twee specifieke onstoffelijke voordelen minder aandacht te besteden. Ook lichamelijke en geestelijke gezondheid zijn onstoffelijke voordelen die een contractspartij met een overeenkomst kan nastreven. Als een arts een geneeskundige behandelingsovereenkomst niet naar behoren nakomt – hij maakt bijvoorbeeld een fout tijdens een operatie – kan de patiënt het nagestreefde onstoffelijke voordeel bestaande uit een verbetering van zijn gezondheid mislopen. Dit is in feite een ingewikkelde manier om te zeggen dat hij niet geneest en letsel oploopt. Over geestelijk en lichamelijk letsel en de daaruit voortvloeiende schade is al zeer veel geschreven. Een uitgebreide behandeling van letsel zou weinig meer toevoegen aan het juridische debat. Hoewel letsel tal van schadevergoedingsrechtelijke vragen oproept, bijvoorbeeld over de hoogte van het smartengeld en de begroting van gederfd verdienvermogen, is het bovendien niet meer omstreden dat benadeelden in zulke gevallen recht hebben op smartengeld of op een vergoeding van vermogensschade. Dat is niet anders in Duitsland en Engeland. De juridische vragen waar dit proefschrift zich op richt, spelen daarmee niet wanneer een wanprestatie letsel tot gevolg heeft. Daarom is voor lichamelijk en geestelijk letsel maar zeer beperkt aandacht in dit proefschrift. Eenzelfde lot valt reputatieschade ten deel. Voor zulke schade geldt zelfs al langer dat de vergoedbaarheid niet omstreden is.³⁷ Hoewel een aantasting van de eer en goede naam zeker het gevolg kan zijn van een wanprestatie, lijkt reputatieschade verder toch in de regel het gevolg te zijn van onrechtmatig gedrag, zoals privacy-schendende perspublicaties.³⁸

Dit onderzoek beperkt zich in beginsel niet tot bepaalde overeenkomsten. Gemist onstoffelijk voordeel doet zich naar zijn aard alleen vaker voor bij pakketreizen dan bij aandelentransacties. Daardoor is voor sommige overeenkomsten, zoals koop, huur en opdracht, meer aandacht dan voor andere overeenkomsten. Om dezelfde reden gaat het in dit proefschrift veel over consumentengeschillen en aanzienlijk minder over geschillen tussen rechtspersonen. Dit proefschrift gaat ten slotte niet in op de zelfstandige schadevergoedingsregelingen die sommige bijzondere overeenkomsten bij wanprestatie kennen, zoals de arbeidsovereenkomst en de vervoerovereenkomst.

onrechtmatige daad nog gescheiden van schadevergoeding bij wanprestatie, maar ook in die rechtsselsels put men voor het contractuele schadevergoedingsrecht inspiratie uit jurisprudentie over de onrechtmatige daad.

37 De Hoge Raad erkende een recht op smartengeld bij belediging reeds in 1881, zie: HR 13 mei 1881, *w.* 4638.

38 Zie bijvoorbeeld recent de spraakmakende zaak over een publicatie van GeenStijl: Rb Amsterdam 25 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5130, NJF 2018/462.

1.5 PLAN VAN BEHANDELING

Dit proefschrift bestaat uit vier delen. Na deze inleiding (hoofdstuk 1) volgt in het eerste deel nog een hoofdstuk waarin nader wordt geconcretiseerd wat nu in een niet-juridische zin moet worden verstaan onder immateriële contractuele belangen en onstoffelijk voordeel. Een contractspartij heeft een immaterieel belang in de door haar gesloten overeenkomst wanneer zij een onstoffelijk voordeel nastreeft, zoals plezier, genot of comfort. Er is vervolgens sprake van een aantasting van dit belang wanneer een benadeelde door de wanprestatie van zijn wederpartij het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel misloopt. De rechtseconomische literatuur biedt enige algemene inzichten over de waarde van zulk gemist onstoffelijk voordeel. Deze waarde is ten minste gelijk aan de uitgaven die een benadeelde heeft gedaan – bij de wederpartij zelf en bij eventuele derden – om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen en zal in de regel zelfs iets hoger zijn. Ook contractspartijen die een onstoffelijk voordeel nastreven met een overeenkomst, hopen immers om een surplus te realiseren (hoofdstuk 2).

In het tweede deel van dit proefschrift wordt vervolgens onderzocht of, en zo ja wanneer, een benadeelde in Nederland, Duitsland en Engeland recht heeft op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Het Nederlandse recht biedt sinds de invoering van het Nieuw BW een benadeelde slechts in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij zulk voordeel is misgelopen (hoofdstuk 3). In het Duitse recht – dat een belangrijke inspiratiebron is geweest voor het schadevergoedingsrecht van het Nieuw BW – had een benadeelde lange tijd, één belangrijke uitzondering daargelaten, zelfs helemaal geen recht op smartengeld bij wanprestatie. Pas na de millenniumwisseling heeft de Duitse wetgever deze mogelijkheden enigszins verruimd. Wel gaan in de Duitse literatuur al langer stemmen op om het recht op smartengeld bij wanprestatie te verruimen, juist ook voor benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen (hoofdstuk 4). In het huidige Engelse recht hebben benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen ruime mogelijkheden om smartengeld te vorderen. Ook in het Engelse recht is weliswaar al sinds het begin van de twintigste eeuw de hoofdregel dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht op smartengeld heeft, maar in dit rechtsstelsel zijn in de loop der jaren twee belangrijke uitzonderingen op dit uitgangspunt aanvaard in de jurisprudentie (hoofdstuk 5).

Het zou een vertekend beeld geven als de rechtsvergelijking zich zou beperken tot een bespreking van het recht op smartengeld van Nederland, Duitsland en Engeland. Ook in het Nederlandse en het Duitse recht hebben benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, onder omstandigheden recht op schadevergoeding. In deze rechtsstelsels wordt namelijk een zodanig ruime interpretatie aan het vermogensschadebegrip gegeven dat ook het missen van onstoffelijk voordeel kan leiden tot vermogens-

schade. Over deze verruiming van het vermogensschadebegrip gaat het derde deel van dit proefschrift. In het Nederlandse recht is – eerst in de literatuur en na de invoering van het Nieuw BW ook in de rechtspraak – in het algemeen aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade kan worden gekwalificeerd (hoofdstuk 6). In het Duitse recht had zich eerder al een vergelijkbare ontwikkeling voorgedaan, maar werd de gedachte dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade kan zijn, in aanzienlijk beperktere mate erkend in de rechtspraak. De Duitse wetgever heeft met de modernisering van het Duitse verbintenissenrecht benadeelden een algemeen recht gegeven op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij door een wanprestatie het met deze kosten nagestreefde onstoffelijke voordeel zijn misgelopen (hoofdstuk 7). In het Engelse recht heeft het vermogensschadebegrip tot op heden geen vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt, maar ook in dit rechtstelsel heeft de laatste jaren het idee postgevat dat de waarde van onstoffelijk voordeel kan worden begroot aan de hand van de kosten die een benadeelde heeft gemaakt om zulk voordeel te verkrijgen (hoofdstuk 8).

In het vierde en laatste deel van dit proefschrift wordt allereerst een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse recht en het Engelse en Duitse recht gemaakt. Er zijn enkele duidelijke verschillen tussen deze rechtstelsels. Zo lopen de vereisten voor het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel uiteen. Bovendien is de dogmatische inpassing van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in ieder rechtstelsel verschillend. Een belangrijke overeenkomst tussen de drie rechtstelsels is dat een benadeelde weliswaar in geen van de onderzochte landen met lege handen achterblijft wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, maar lang niet altijd volledig wordt gecompenseerd voor het door hem gemiste onstoffelijke voordeel. Dat is niet verbazingwekkend. Er is sinds het einde van de negentiende eeuw al een lange weg afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen. De drie rechtstelsels laten sindsdien een duidelijke rechtsontwikkeling zien naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Weliswaar verliep deze verruiming in alle drie de rechtstelsels anders – soms via een ruimere interpretatie van het vermogensschadebegrip en soms via een uitbreiding van het recht op smartengeld – maar het is onmiskenbaar dat de mogelijkheden voor benadeelden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen, geleidelijk zijn uitgebreid (hoofdstuk 9). Deze rechtsontwikkeling is zeker niet onomstreden en roept normatieve vragen op. In de Nederlandse literatuur is verzet tegen de verruiming van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, ongeacht of deze verruiming nu via het recht op smartengeld of via het vermogensschadebegrip heeft plaatsgevonden. In het laatste hoofdstuk verdedig ik juist dat een verruiming moet worden toegejuicht. Het Nederlandse recht zou naar mijn idee zelfs nog een stap verder moeten gaan om tot een adequate bescherming van de immateriële belangen van contractspartijen te komen. Het staat tegenwoordig buiten

kijf dat het burgerlijke recht ook de immateriële belangen van contractspartijen beoogt te beschermen. Het schadevergoedingsrecht heeft het doel de juridisch erkende belangen van benadeelden te beschermen door geleden schade zo volledig mogelijk te compenseren. Daaruit volgt dat een benadeelde in beginsel ook zijn gemiste onstoffelijke voordeel volledig vergoed zou moeten krijgen. Toch zijn de mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen nog beperkt in het Nederlandse recht. Ter rechtvaardiging van deze beperking zijn in de rechtspraak, de literatuur en de parlementaire geschiedenis grofweg vier argumenten te vinden. Geen van deze argumenten blijkt bij nadere bestudering overtuigend te zijn. Zo valt er het nodige af te dingen op het argument dat het onmogelijk is om gemist onstoffelijk voordeel te compenseren met een geldbedrag. Ook het argument dat zulke vergoedingen negatieve economische consequenties zouden hebben, blijkt helemaal niet hard te maken. De rechtseconomische literatuur is namelijk verdeeld over de economische gevolgen van een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Het eventuele gevaar van een oeverloze uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht kan met de algemene schadevergoedingsrechtelijke leerstukken het hoofd worden geboden, met name met het in Nederland tamelijk onderontwikkelde leerstuk van de contractuele relativiteit. Een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is bovendien noodzakelijk, omdat de andere remedies niet altijd voldoende bescherming bieden aan de immateriële belangen van contractspartijen. Het is evenmin realistisch te verwachten dat contractspartijen zelf in eventuele leemtes in de bescherming van hun belangen zullen voorzien. Zonder een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bestaat er dus een leemte in de bescherming van immateriële contractuele belangen (hoofdstuk 10). De conclusie van dit proefschrift is dan ook dat het Nederlandse recht aan benadeelden een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou moeten toekennen (hoofdstuk 11).

2 Immateriële contractuele belangen en gemist onstoffelijk voordeel

2.1 ONGRIJPBARE BEGRIPPEN?

Tijdens Abidjan-Nice, een motorrally in Libië, verdwaalde de Franse coureur Thierry Sabine in de Ténéréwoestijn. Redding kwam ternauwernood. Zijn omzwervingen door de woestijn inspireerde Sabine om een jaarlijkse meerdaagse rally door de Sahara te organiseren. Op Tweede Kerstdag 1978, twee jaar na zijn redding, ging de allereerste Dakar Rally van start, onder het motto: 'A challenge for those who go. A dream for those who stay behind.'¹ In 1998 ging ook Burger deze *challenge* aan. Hij verscheen aan de start van de Dakar Rally met een rallymotor. Deze motor had hij gehuurd van Brouwer Motors. Brouwer Motors had zich contractueel verplicht om een rallymotor te leveren die geschikt was voor een barre, meerdaagse tocht door de woestijn, maar het aan Burger geleverde exemplaar vertoonde al snel na aanvang van de Dakar Rally allerlei gebreken. Halverwege de derde etappe viel de rallymotor door technische mankementen uit, waardoor het Burger niet lukte de etappe binnen de tijdslimiet uit te rijden. Dit had diskwalificatie tot gevolg, wat betekende dat Burger niet meer mocht meedoen aan de resterende veertien etappes. Hij miste dus een groot deel van de Dakar Rally.²

Niet iedereen besteedt zijn vrije tijd zo avontuurlijk als Burger. In 1971 boekte een Duitse eigenaar van een kledingfabriek bij een reisbureau een tweeweekse vliegvakantie naar de Roemeense Zwarte Zeekust voor zichzelf, zijn vrouw en hun twee kinderen. Niet alleen waren het hotel en de dienstverlening van het reisbureau ondermaats, ook waren het strand en de zee in de buurt van het hotel aanzienlijk minder mooi dan het reisbureau had voorgespiegeld. De vakantie voldeed, met andere woorden, geenszins aan de verwachtingen van de fabrikseigenaar en zijn gezin.³

Ook Farley zocht rust en ontspanning toen hij na zijn pensionering op zoek ging naar een vrijstaande woning op het Engelse platteland. In 1990 viel zijn oog op het 'Riverside House' in het plaatsje Blackboys. Hij nam Skinner, een

1 Zie het 'historic book' over de Dakar Rally, dat online te raadplegen is, voor meer informatie: http://netstorage.leguipede.fr/ASO/motorSports_dak/DAK19-GuideHistorique-UK-PROD%20Interactif.pdf (laatst bezocht op 5 september 2019).

2 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

3 BGH 10 oktober 1994, NJW 1995, 40.

surveyor, in de arm, niet alleen om het landhuis te taxeren, maar ook om te onderzoeken of de nabijgelegen luchthaven Gatwick in en rond het landhuis geluidsoverlast veroorzaakte. In zijn rapport concludeerde Skinner vervolgens dat de luchthaven nauwelijks te horen was. Nadat Farley na een ingrijpende verbouwing zijn nieuwe woning begin 1991 had betrokken, bleek al snel dat ten aanzien van de geluidsoverlast Skinners rapport er volstrekt naast zat. In de buurt van het landhuis stond een radiobaken waar vliegtuigen omheen cirkelden wanneer er nog geen ruimte was om te landen. Met name in de vroege ochtend, de avond en in het weekend verstoorden deze cirkelende vliegtuigen de rust in het Riverside House ingrijpend.⁴

Door een totaal andere reden raakte ook het dagelijkse leven van Heywood ernstig verstoord. Haar ex-vriend, een oud-politieagent, viel haar met enige regelmaat lastig door haar te volgen, tegen haar wil haar huis te betreden en haar te mishandelen. Zij schakelde een advocaat van het kantoor Wellers in om een straat- en contactverbod voor haar ex-vriend te regelen. Door een ernstige beroepsfout van haar advocaat wees de rechter het verzoek tot een straat- en contactverbod af, waardoor de stalkende ex-vriend nog eens drie jaar lang ongehinderd zijn gang kon gaan.⁵

In deze vier voorbeelden heeft de benadeelde contractspartij steeds een *immaterieel belang* in de door haar gesloten overeenkomst en loopt zij als gevolg van de wanprestatie door haar wederpartij het door haar nagestreefde *onstoffelijke voordeel* mis. De immateriële contractuele belangen van de contractspartijen uit de vier voorbeelden lopen uiteen: van het verkrijgen van een straat- en contactverbod voor een ex-vriend tot het deelnemen aan de Dakar Rally. Bij commerciële transacties is het doel van overeenkomsten uiteindelijk steeds hetzelfde, namelijk om rechtstreeks – bijvoorbeeld door verkoop van kantoormeubelen aan klanten – of op meer of minder indirecte wijze – door reclames op televisie – een onderneming winstgevend te maken en te houden. Immateriële contractuele belangen zijn daarentegen heterogeen. De ene contractspartij wil deelnemen aan de Dakar Rally, terwijl de andere contractspartij liever op het strand van de Zwarte Zee ligt. De ene contractspartij heeft een straatverbod nodig voor een ex-vriend, terwijl de andere wil weten of een nabijgelegen luchthaven geluidsoverlast veroorzaakt in een landhuis dat hij overweegt te kopen. De persoonlijke voorkeuren en omstandigheden van contractspartijen zijn verschillend en daarmee ook de onstoffelijke voordelen die zij met de door hun gesloten overeenkomst nastreven. In een moderne liberale samenleving zijn mensen vrij om – binnen de grenzen van de wet – naar eigen inzicht te bepalen hoe ze hun leven willen leiden en waar ze hun tijd en geld aan willen besteden.⁶ De lijst van mogelijke immateriële belangen in een overeenkomst is dan ook net zo lang als de lijst aan opvattingen over de vraag wat een goed

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

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

6 Zie hierover bijvoorbeeld Dworkin 2000, p. 237-280.

leven is. Daarnaast kan een contractspartij in iedere overeenkomst een of meerdere immateriële belangen hebben, van een koopovereenkomst van een auto⁷ tot een overeenkomst met een advocaat⁸ en van een geneeskundige behandelingsovereenkomst⁹ tot een reisovereenkomst.¹⁰ Zelfs in een op het eerste oog zuiver commerciële transactie kan een contractspartij een achterliggend immaterieel belang hebben. Een boer herstructureert met zijn bank de financiering van zijn veehouderij om zo de continuïteit van zijn onderneming te waarborgen. Dat lijkt op het eerste oog een zuiver commerciële aangelegenheid, maar het is goed mogelijk dat een van de redenen voor de veehouder om nieuwe financiering te regelen, is dat hij zijn oudste zoon een gezond bedrijf wil nalaten. De financieringsovereenkomst dient in dat geval ook een immaterieel belang van de veehouder.

Deze diversiteit maakt dat immateriële belangen iets ongrijpbaars hebben. In dit hoofdstuk probeer ik desalniettemin een algemene definitie van immateriële contractuele belangen en van onstoffelijk voordeel te geven. Eerst leg ik uit dat contractuele belangen moeten worden onderscheiden van contractuele rechten (§ 2.2). Vervolgens formuleer ik een definitie van het begrip immaterieel contractueel belang. Volgens deze definitie heeft een contractspartij een immaterieel belang in een overeenkomst, wanneer zij met deze overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreeft. Haar immateriële contractuele belang is aangetaast wanneer zij, door een wanprestatie van haar wederpartij, het nagestreefde onstoffelijke voordeel misloopt (§ 2.3). Tot slot werk ik aan de hand van rechtseconomische literatuur het begrip onstoffelijk voordeel nader uit. Dit resulteert in enkele belangrijke inzichten over de economische waarde van onstoffelijk voordeel. Deze inzichten maken het mogelijk om het Nederlandse schadevergoedingsrecht met het Duitse en het Engelse schadevergoedingsrecht te vergelijken (§ 2.4).

Het is belangrijk om te benadrukken dat dit hoofdstuk uitsluitend een niet-juridische definitie geeft van immateriële contractuele belangen en van onstoffelijk voordeel. Zoals in de inleiding is uitgelegd, maakt dit proefschrift een functionele rechtsvergelijking en wordt onderzocht hoe het schadevergoedingsrecht van de drie onderzochte rechtssystemen op een feitelijk sociaaleconomisch probleem reageren. Het is daarom noodzakelijk om eerst te concretiseren wat

7 Bijvoorbeeld het Duitse arrest BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542 en het Engelse arrest *Jackson v. Chrysler Acceptances* [1978] RTR 474 (CA).

8 Bijvoorbeeld het Duitse arrest KG 17 januari 2005, NJW 2005, 1284 en de Engelse vonnissen *Hamilton-Jones v. David & Snape (a firm)* [2004] 1 WLR 924 (Ch) en *Hermann v. Withers LLP* [2012] EWHC 1492 (Ch).

9 Bijvoorbeeld het Duitse arrest BGH 9 november 1993, NJW 1994, 127 en het Engelse arrest *Yearworth v. North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA Civ 37 (CA).

10 Bijvoorbeeld het Duitse arrest BGH 11 januari 2005, NJW 2005, 1047 en het Engelse arrest *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd's Rep 374 (CA).

in dit proefschrift wordt bedoeld met immateriële contractuele belangen en onstoffelijk voordeel.¹¹

De in dit hoofdstuk geformuleerde definities van immateriële contractuele belangen en gemist onstoffelijk voordeel staan dan ook volledig los van de eventuele juridische erkenning en kwalificatie ervan in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht. Het staat immers niet op voorhand vast dat een bepaald feitelijk-economisch belang van een contractspartij ook juridisch wordt erkend in een rechtsstelsel en, zo ja, hoe dat belang dan vervolgens wordt gekwalificeerd. Een duidelijk voorbeeld is het belang in een zakje cocaïne met een 'straatwaarde' van tachtig euro. In feitelijk-economische zin heeft de eigenaar van dit zakje onmiskenbaar een belang in zijn cocaïne. Als hij het zakje door de fout van een ander zou kwijtraken, zou hij in feitelijk-economische zin tachtig euro armer zijn. Naar Nederlands recht zou hij echter geen recht hebben op schadevergoeding voor dit feitelijk-economische nadeel. Het Nederlandse recht erkent economische belangen in verboden middelen namelijk niet. Deze belangen zijn niet-rechtmatig, waardoor er geen recht op schadevergoeding bestaat bij een aantasting ervan.¹² Voor een functionele rechtsvergelijking met het Duitse en het Engelse recht zou het dan ook noodzakelijk zijn om dit belang in het zakje cocaïne onafhankelijk van het Nederlandse recht te definiëren. Pas zodra dit belang op een dergelijke 'jurisdictieneutrale' wijze is gedefinieerd, kan onderzocht worden of ook in het Duitse en het Engelse recht het feitelijk-economische belang in het kwijtgeraakte zakje cocaïne juridisch wordt erkend of niet. Het doel van dit hoofdstuk is dus om nader uit te werken wat in een niet-juridische zin onder immateriële contractuele belangen en onstoffelijk voordeel moet worden verstaan.

2.2 RECHT EN BELANG

Een overeenkomst vertelt ons welke contractuele verplichtingen op de partijen rusten en, omgekeerd, welke rechten zij aan deze overeenkomst kunnen ontleen. Burger was contractueel verplicht om een huursom te voldoen en Brouwer Motors had een contractueel recht op betaling. Brouwer Motors was op zijn beurt verplicht om een bepaalde periode een voor de Dakar Rally geschikte rallymotor ter beschikking te stellen. Burger had het recht op het gebruik van een geschikte rallymotor gedurende deze periode. Zowel Burger als Brouwer Motors had een of meer redenen om deze overeenkomst aan te gaan. De bedongen contractuele rechten dienden een of meer van hun belangen. Burger had een rallymotor nodig om deel te nemen aan de Dakar Rally. Het belang van Brouwer Motors in de overeenkomst was naar alle waarschijn-

11 Zie daarover uitgebreid § 1.3.1.

12 Zie over niet-rechtmatige schade: Bloembergen 1965, p. 29-35 en recenter Haazen *WNPR* 2009, p. 827-836.

lijkheid economisch van aard. Door de verhuur van motoren hoopte hij winst te maken.

Het is cruciaal om contractuele *rechten* te onderscheiden van de achterliggende *belangen* in zulke rechten. Een contractueel recht geeft uitsluitend aan op welke prestatie een contractspartij aanspraak heeft, maar zegt in beginsel niets over de reden waarom zij dit recht heeft bedongen. Uiteraard is het in veel gevallen mogelijk om aan de hand van de bedongen contractuele rechten een inschatting te maken welke belangen een partij in een overeenkomst heeft. Wanneer een consument bij een reisbureau het contractuele recht bedingt op een vlucht naar Boekarest, op busvervoer naar de kust en op een verblijf van twee weken in een hotel aan de Zwarte Zee, valt er een aardige inschatting te maken wat het achterliggende belang van deze contractant is.

Het contractuele recht en de achterliggende belangen in dat recht hangen dus zeker samen, maar het is essentieel recht en belang conceptueel te onderscheiden. Mensen hebben allerlei feitelijke belangen. Ze proberen dagelijks hun uiteenlopende levensbehoeften te vervullen en verschillende levensdoelen te verwezenlijken, zoals het beëindigen van stalking door een ex-vriend of het deelnemen aan de Dakar Rally. Het aangaan van een overeenkomst is een manier om dat te doen. Partijen zullen alleen de moeite nemen met elkaar te onderhandelen en een overeenkomst te sluiten, wanneer zij verwachten dat dit een of meer van hun belangen dient. Het contractuele recht is, anders gezegd, een middel om een doel te verwezenlijken. Het is dan ook goed mogelijk dat hetzelfde contractuele recht uiteenlopende achterliggende belangen dient. Een autohandelaar verkoopt drie identieke auto's. Het contractuele recht van zijn kopers is steeds hetzelfde: zij hebben recht op de levering van een bepaald automodel. De achterliggende belangen van deze kopers kunnen daarentegen uiteenlopen. De eerste koper is een autoverhuurbedrijf dat zijn wagenpark wil uitbreiden en dat zo hoopt meer winst te maken. De tweede koper heeft de auto nodig om naar zijn werk te gaan en zijn kinderen naar school te brengen. De derde koper wil de auto schenken aan zijn dochter, die net haar rijbewijs heeft gehaald.

Deze onderliggende belangen van contractspartijen in de door hun gesloten overeenkomsten – en niet het contractuele recht dat dit belang dient¹³ – staan centraal in dit proefschrift. Vergeleken wordt of en in hoeverre het Nederlandse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht een specifieke groep van deze belangen van contractspartijen beschermt, namelijk hun immateriële belangen. Een nadere afbakening van zulke immateriële belangen is dan ook noodzakelijk.

13 Met name in de Engelse literatuur is de laatste jaren veel aandacht geweest voor de bescherming van (de nakoming van) contractuele rechten. Zie bijvoorbeeld: Friedman *LQR* 1995, p. 628-654; Coote *CLJ* 1997, p. 537-570; Webb *OJLS* 2006, p. 41-71 en Rowan 2013, p. 2-3.

2.3 IMMATERIËLE CONTRACTUELE BELANGEN EN GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL

2.3.1 Immateriële belangen en economische belangen

In het Nederlandse recht lijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad te volgen dat het gebruiksgenot van een zeiljacht als een economisch belang moet worden gekwalificeerd, terwijl in het Duitse recht ditzelfde gebruiksgenot van een zeiljacht juist wordt gezien als een immaterieel belang.¹⁴ Het gebruiksgenot van zeiljachten is daarmee een helder voorbeeld van het feit dat het Nederlandse, Duitse en Engelse recht hetzelfde feitelijke belang juridisch verschillend kunnen kwalificeren. Bovendien is deze kwalificatievraag lang niet altijd onomstreden. Met name in het Duitse recht is, rond de invoering van het BGB in 1900, uitvoerig gedebatteerd over de vraag welke belangen als een economisch belang hebben te gelden en welke niet.¹⁵ Voor het rechtsvergelijkende onderzoek is het, zoals gezegd, noodzakelijk om tot een niet-juridische definitie van immateriële contractuele belangen te komen, die losstaat van de uiteenlopende juridische kwalificaties van zulke belangen in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht.

In dit proefschrift hanteer ik de volgende definitie: een contractspartij heeft een immaterieel contractueel belang in een overeenkomst, indien zij met deze overeenkomst niet een economisch voordeel – zoals winst of het in eigendom verkrijgen van een waardevol beleggingsobject – nastreeft, maar beoogt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, zoals plezier, genot of rust. Burger huurde de rallymotor niet met het doel om enig economisch voordeel te verkrijgen, maar omdat hij wilde meedoen aan de Dakar Rally. Het doel van de overeenkomst was uitsluitend om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen: het plezier van deelname aan de Dakar Rally. Anders gezegd, Burger zou geen cent rijker zijn geweest als Brouwer Motors zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, maar wel gelukkiger.

Het in dit proefschrift gehanteerde onderscheid tussen immateriële belangen en economische belangen is dus gelegen in wat een benadeelde nastreeft met een overeenkomst. Wanneer een benadeelde met een overeenkomst probeert zijn vermogen te vergroten, streeft hij economisch voordeel na. Hij heeft dan een economisch belang in de overeenkomst. De autodealer die een auto verkoopt aan een klant, is een typisch voorbeeld daarvan. De autodealer heeft in de koopovereenkomst een duidelijk economisch belang. De overeenkomst levert hem immers onmiddellijk omzet op en vergroot daarmee rechtstreeks

14 Zie het Nederlandse arrest HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*) en, in tegenovergestelde zin, de Duitse arresten BGH 15 november 1983, *NJW* 1984, 724, p. 725 (III) en OLG Schleswig 8 april 2004, *NJOZ* 2005, 4905, p. 4909-4910.

15 Zie voor een overzicht: Küppers 1976, p. 5-17 en Göthel *AcP* 2005, p. 36-66.

zijn vermogen. Een benadeelde heeft een immaterieel belang in een overeenkomst, wanneer hij geen vermogensvermeerdering, maar een onstoffelijk voordeel nastreeft. Een typisch voorbeeld hiervan is de reisovereenkomst. Een vakantieganger boekt een pakketreis niet om zijn vermogen te doen laten groeien. Integendeel, een vakantie zal zijn vermogen in de regel doen krimpen. De voordelen die een vakantieganger hoopt te realiseren met de overeenkomst zijn onstoffelijk van aard, bijvoorbeeld rust, ontspanning en plezier. De vakantieganger heeft dus een immaterieel belang in de overeenkomst.

De werkelijkheid is uiteraard weerbarstiger dan deze twee typische voorbeelden. Zo zal de autodealer ook overeenkomsten sluiten die hem niet rechtstreeks een vermogensvermeerdering opleveren. Zo heeft hij bijvoorbeeld medewerkers in dienst, maakt hij reclame in een regionaal nieuwsblad en huurt hij een showroom op een bedrijventerrein. Al deze overeenkomsten leiden niet rechtstreeks tot vermogensvermeerdering. Integendeel, zulke investeringen doen in eerste instantie zijn vermogen krimpen. Dit proefschrift neemt als uitgangspunt dat hij ook in zulke overeenkomsten uitsluitend een economisch belang heeft. Het doel van deze uitgaven is immers om uiteindelijk een omzet te realiseren waarmee hij deze kosten terugverdiend en daarbovenop een nettowinst realiseert. Hoewel deze overeenkomsten niet onmiddellijk tot een vermogensvermeerdering leiden, is dat wel het uiteindelijke doel dat de autodealer met ze nastreeft. Het zijn, met andere woorden, investeringen. Daarin is ook het fundamentele verschil gelegen met bijvoorbeeld de uitgaven van Burger. Burger ging ook tal van contractuele verplichtingen aan, maar dat waren geen investeringen. Hij streefde immers niet na om deze uitgaven terug te verdienen en een nettowinst te realiseren. Zijn achterliggende belang in de overeenkomsten was het verkrijgen van het plezier van deelname aan de Dakar Rally. Daarmee had hij uitsluitend een immaterieel belang in de overeenkomsten. Doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of een contractspartij een economisch of een immaterieel belang in een overeenkomst heeft, is dus niet of de overeenkomst tot een rechtstreekse vermogensvermeerdering leidt, maar met welk achterliggend doel zij de overeenkomst is aangegaan: vermogensvermeerdering of het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel.

In de praktijk zal het lang niet altijd eenvoudig zijn om te bepalen met welk doel een contractspartij een overeenkomst aangaat. Stel dat de autodealer ook de lokale voetbalvereniging, waar zijn dochtertje voetbalt, sponsort door een reclamebord langs de zijlijn te huren. Enerzijds zou men kunnen zeggen dat hij deze uitgave doet om de lokale voetbalclub op de been te houden en dat hij daarmee een immaterieel belang in de overeenkomst heeft. Anderzijds kan men net zo goed volhouden dat hij met het gehuurde bord gewoon reclame maakt voor zijn autobedrijf en hij dus wel degelijk een economisch belang in de overeenkomst heeft. Waarschijnlijk is het allebei waar. De autodealer streeft naamsbekendheid na en een reclamebord bij de voetbalclub helpt hem daarbij, maar hij draagt de voetbalclub van zijn dochter ook een warm

hart toe. Hij heeft immers geen reclamebord bij de lokale hockey- of korfbalvereniging laten plaatsen en zou ook nooit op het idee zijn gekomen dat bij de voetbalclub te doen als zijn dochter daar niet met zoveel plezier zou voetballen.

Er zijn tal van overeenkomsten waarin een contractspartij zowel economische als immateriële belangen heeft. Zo zal de aanschaf van een nieuwe keuken de waarde van een huis verhogen – dat is een economisch belang – maar de huiseigenaar ook het plezier van een nieuwe keuken verschaffen, wat zonder twijfel een immaterieel belang is.¹⁶ De vraag welke belangen een contractspartij nastreeft en welk belang de voornaamste reden voor haar is geweest om een overeenkomst aan te gaan, kan in een juridische procedure allerlei ingewikkelde (bewijsrechtelijke) vragen oproepen.¹⁷ Dergelijke problemen komen in de volgende hoofdstukken nog aan bod. Op dit moment volstaat het om te benadrukken dat dit proefschrift zich richt op de eventuele immateriële contractuele belangen van een contractspartij en het onstoffelijke voordeel dat zij met een overeenkomst nastreeft.

In de eerste appendix van dit proefschrift is een schematische weergave opgenomen van de verhouding tussen het economische belang en economisch voordeel enerzijds en het immateriële belang en onstoffelijk voordeel anderzijds. Het is goed om te beseffen dat dit geen wettelijke termen zijn en ook geen termen betreft die in de jurisprudentie een vaste betekenis hebben. In dit proefschrift is geprobeerd een zo uniform mogelijk begrippenapparaat te gebruiken, maar zeker in de bespreking van de nationale rechtsstelsels is soms gekozen om bij de in de literatuur en rechtspraak meer courante terminologie aan te sluiten. Daarom is in het schema ook een opsomming van enkele synoniemen te vinden die in de literatuur en rechtspraak van de verschillende rechtsstelsels ook gangbaar zijn voor de in dit proefschrift gehanteerde terminologie. Zo worden bijvoorbeeld economische belangen soms ook wel geldelijke, materiële of vermogensbelangen genoemd en is het niet ongebruikelijk om onstoffelijk voordeel ook immaterieel voordeel te noemen.¹⁸

16 Het roept ook allerlei fundamentele vragen op. Meijers *Themis* 1905, p. 453 en Polak 1949, p. 26 wezen er reeds op dat het vermogen uiteindelijk niet meer is dan een middel om allerlei immateriële behoeften in het leven te vervullen. De autodealer streeft vermogensvermeerdering na, zodat hij in een mooi huis kan wonen, uit eten kan gaan, twee weken op vakantie kan en tal van andere onstoffelijke voordelen kan verkrijgen. Uit deze visie op vermogen volgt dat uiteindelijk alle belangen immateriële belangen zijn en dat alle schade immateriële schade is, omdat ook een vermogensvermindering uiteindelijk tot gevolg heeft dat de mogelijkheden van een benadeelde om onstoffelijke voordelen te verkrijgen, worden verminderd. Zie recent hierover: Lindenberg 2020, p. 149. Toch is het wel zo praktisch om vermogensschade en ander nadeel uit elkaar te houden, al was het maar omdat het BW dat doet.

17 Zie daarover met name de Duitse literatuur: § 7.4.3.7.

18 Zie appendix 1.

2.3.2 Een aantasting van een immaterieel contractueel belang en gemist onstoffelijk voordeel

Van een aantasting van een immaterieel contractueel belang is sprake wanneer een contractspartij, als gevolg van een wanprestatie door haar wederpartij, het door haar nagestreefde onstoffelijke voordeel niet verkrijgt.¹⁹ Een wanprestatie kan tot gevolg hebben dat een contractspartij het nagestreefde onstoffelijke voordeel misloopt, maar dat hoeft zeker niet het geval te zijn. Alle drie de onderzochte rechtsstelsels bieden contractspartijen die worden geconfronteerd met een wanprestatie door hun wederpartij, mogelijkheden om een (verdere) aantasting van hun immateriële contractuele belang te voorkomen of te beperken. In het Nederlandse recht kan een contractspartij veelal nakoming van de overeenkomst vorderen. Als Burger tijdig zou hebben ontdekt dat met de geleverde motor iets mis was, zou hij Brouwer Motors via de rechter hebben kunnen dwingen om – eventueel onder last van een dwangsom – alsnog met een geschikte rallymotor over de brug te komen.²⁰ Ook heeft een contractspartij onder omstandigheden recht op een vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt om een aantasting van haar immateriële belang te voorkomen of te beperken. Er is geen tijd meer om een nieuwe rallymotor te regelen, maar vlak voor de eerste etappe kan Burger wel een spoedreparatie laten verrichten aan de gebrekkige motor door een plaatselijke garage. Ook zulke reparatiekosten kan Burger onder omstandigheden vergoed krijgen.²¹

Het stelsel van contractuele remedies, niet in de laatste plaats het schadevergoedingsrecht zelf, biedt een contractspartij dus mogelijkheden om het mislopen van een onstoffelijk voordeel te voorkomen of te beperken. Op deze

19 Anders dan in Nederland, ziet men in de ons omringende rechtsstelsels een vergelijkbaar verband tussen de aantasting van een belang enerzijds en het nadeel dat daaruit voortvloeit anderzijds. Dat blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit het voorontwerp van het nieuwe Belgische aansprakelijkheidsrecht. Art. 5:171 § 1 van dit voorontwerp bepaalt dat ‘schade bestaat uit de economische en niet-economische weerslag van de aantasting van een juridisch beschermd belang’. In de Memorie van Toelichting, p. 141-149, maken de voorontwerpers een vergelijking met het belangvereiste in het Duitse schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad (§ 823 BGB). Bloembergen 1965, p. 25 was in zijn proefschrift kritisch over zo’n abstract en ‘uiterst vaag’ begrip van schade dat ‘iedere vastheid’ mist. Hij (p. 22-26) definieerde schade als een vermindering in een object. Dat object kan iemands vermogen zijn of een ‘– het vermogen niet rakende – vermindering in zijn lustgevoelens’. De meeste Nederlandse auteurs volgen tot op de dag van vandaag Bloembergens definitie van schade, zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2014, p. 46-48.

20 Op grond van artikel 3:296 BW kan een contractspartij haar wederpartij dwingen haar contractuele verplichtingen na te komen.

21 Op grond van artikel 6:96 lid 2 sub a BW heeft een contractspartij recht op een vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt ter voorkoming of beperking van dreigende schade. In de Nederlandse literatuur bestaat consensus dat ook de redelijke kosten ter voorkoming en beperking van *immateriële* schade voor vergoeding in aanmerking komen, zie bijvoorbeeld: Bloembergen 1965, p. 204, Keirse 2003, p. 280-281 en Asser/Sieburgh 6-II 2017/28a. Terughoudender: Lindenbergh 1998, p. 89-90.

wijze bieden het Nederlandse, Duitse en Engelse recht al enige bescherming aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen.²² Dit proefschrift spitst zich toe op de gevallen waarin het immateriële contractuele belang is aangetast als gevolg van een wanprestatie en de benadeelde het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen. Door de wanprestatie van Brouwer Motors miste Burger een groot deel van de Dakar Rally en was daardoor het nagestreefde onstoffelijke voordeel onomkeerbaar misgelopen. Het rechtsvergelijkende deel van dit proefschrift richt zich op de vraag of in het Nederlandse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht een benadeelde aanspraak heeft op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie dit gemiste onstoffelijke voordeel is misgelopen en, zo ja, hoe hoog die vergoeding vervolgens uitvalt.

Het begrip onstoffelijk voordeel lijkt net zo ongrijpbaar en diffuus als het begrip immaterieel contractueel belang. Toch is het mogelijk om aan de hand van rechtseconomische literatuur een nadere invulling te geven aan dit begrip. Nog belangrijker, deze literatuur biedt inzicht in de economische waarde van onstoffelijk voordeel. Dit geeft houvast bij de bepaling van de omvang van het geleden nadeel wanneer een benadeelde door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.

2.4 RECHTSECONOMISCHE INZICHTEN OVER ONSTOFFELIJK VOORDEEL

2.4.1 De tevergeefs gemaakte kosten en het consumentensurplus

Richard woont in een rijtjeshuis dat, zo blijkt na taxatie, een marktwaarde heeft van € 200.000. Een investeerder toont belangstelling in Richards woning en vraagt hem voor welk bedrag hij zijn huis van de hand zou willen doen. Richard vertelt de investeerder vervolgens dat hij zijn huis niet voor minder dan € 300.000 wil verkopen.

Het zou een vergissing zijn om te concluderen dat Richard niet rationeel is, omdat hij meer vraagt voor zijn woning dan deze op de huizenmarkt zou opleveren. Het voorbeeld maakt slechts inzichtelijk dat de woning Richard kennelijk € 100.000 méér waard is dan de objectieve marktprijs van zijn woning. Anders gezegd, het huis heeft voor hem een subjectieve waarde die de objectieve marktprijs overstijgt.²³ In de rechtseconomische literatuur noemt men dit verschil tussen de objectieve marktprijs van een goed en de subjectieve waarde die iemand toekent aan dat goed het *consumentensurplus*. De objectieve marktprijs van Richards huis wordt bepaald door marktwerking of, anders

22 Zie § 10.6.2 over de vraag of deze mogelijkheden voldoende zijn om immateriële contractuele belangen te beschermen.

23 Dit voorbeeld is ontleend aan Posner 2011, p. 70. Zie ook: Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141.

gezegd, door de vraag en het aanbod van woningen in de omgeving waar hij woont. De subjectieve waarde

‘is how much someone is willing to pay for it, or if he has it already, how much money he demands for parting with it’.²⁴

De subjectieve waarde die Richard aan zijn huis hecht, is dus niet noodzakelijkerwijs gelijk aan de objectieve marktprijs van zijn huis. Zolang de objectieve marktprijs lager is dan de subjectieve waarde, zal Richard niet geneigd zijn het huis te verkopen. Dat betekent niet dat Richard irrationeel is. Het huis is Richard simpelweg meer waard dan andere marktdeelnemers bereid zijn ervoor te betalen.²⁵

Dit principe gaat ook in het overeenkomstenrecht op. Wanneer een contractspartij een overeenkomst sluit met het doel een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, betekent dit dat voor deze contractspartij de subjectieve waarde van dit voordeel hoger is dan de prijs die zij ervoor moet betalen. Een ontspannen vakantie aan de Roemeense Zwarte Zeekust was de Duitse fabrikseigenaar blijkbaar meer waard dan de reissom die het reisbureau in rekening bracht. Een straatverbod voor haar stalkende ex-vriend was Heywood meer waard dan de prijs die advocatenkantoor Wellers in rekening bracht voor rechtsbijstand. Met hun overeenkomst streefden deze partijen een consumentensurplus na: een positief verschil tussen de subjectieve waarde die zij aan het onstoffelijke voordeel hechten en de marktprijs die zij ervoor moeten betalen.²⁶ Zou de prijs van het nagestreefde onstoffelijke voordeel hoger liggen dan de subjectieve waarde, dan zouden zij de overeenkomst nooit zijn aangegaan.²⁷

Voor het verkrijgen van het onstoffelijke voordeel is een contractspartij in sommige gevallen uitsluitend met de wanpresterende wederpartij zelf een overeenkomst aangegaan. Voor zijn vakantie naar Roemenië sloot de Duitse fabrikseigenaar alleen een overeenkomst met een reisorganisator, die zich contractueel verplichtte de gehele reis te verzorgen. In dat geval is het consumentensurplus het verschil tussen de verschuldigde reissom (de objectieve marktprijs van de vakantie) en het verwachte plezier van de vakantie (de subjectieve waarde van de vakantie).²⁸ In andere gevallen moet een contractspartij om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen niet alleen een contractsprijs betalen aan haar wanpresterende wederpartij, maar moet zij eveneens uitgaven bij *derden* doen. Zo huurde Burger niet alleen een rallymotor bij Brouwer Motors, maar betaalde hij ook inschrijvingsgeld aan de organisatie van de Dakar Rally en boekte hij overnachtingen bij verschillende hotels langs het

24 Posner 2011, p. 15.

25 Posner 2011, p. 70. Zie ook: Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141.

26 Harris, Ogus & Phillips *LQR* 1979, p. 582-584; Muris *JLS* 1983, p. 381; Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141-1143 en Posner 2011, p. 167-168.

27 Posner 2011, p. 19 en 167-168. Zie ook: Tröger *ZIP* 2006, p. 2239.

28 Harris, Ogus & Phillips *LQR* 1979, p. 582-584.

parcours. Burger moest dus meer kosten maken dan slechts de huursom voor een rallymotor, maar in essentie is zijn situatie niet anders dan die van de Duitse fabrikseigenaar. Het nagestreefde onstoffelijke voordeel – deelname aan de Dakar Rally – was hem meer waard dan de totale uitgaven die hij moest doen om dit onstoffelijke voordeel te verkrijgen. In zulke gevallen vallen deze uitgaven uiteen in twee te onderscheiden componenten, namelijk enerzijds de contractsprijs die een contractspartij heeft betaald aan haar wanpresterende wederpartij zelf en anderzijds de kosten die zij heeft gemaakt bij *derden* om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. De waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel belooft in zulke gevallen *ten minste* het totaal van deze uitgaven gedaan bij de wederpartij zelf en bij eventuele derden.

Contractspartijen streven bovenop hun totale uitgaven een consumentensurplus na.²⁹ In de Nederlandse juridische literatuur is het consumentensurplus wel eens ‘immateriële winst’ genoemd.³⁰ Het consumentensurplus vertoont gelijkenissen met ‘gewone’ nettowinst. Commerciële partijen streven met de door hun gesloten overeenkomsten immers ook een surplus na. Uiteindelijk is het doel van iedere commerciële onderneming om onder de streep van de jaarrekening een nettowinst te kunnen noteren. Een fabrikseigenaar schaft machines aan, koopt grondstoffen in en neemt medewerkers in dienst, omdat hij verwacht dat hij al deze kosten zal terugverdienen en *daarbovenop* nog een nettowinst zal realiseren. Bij overeenkomsten waarmee een contractspartij een onstoffelijk voordeel nastreeft, is dat in essentie niet anders, behalve dan dat het nagestreefde surplus immaterieel van aard is.

Een deel van de literatuur verdedigt, zoals gezegd, dat de subjectieve waarde van het voordeel het bedrag is dat iemand maximaal bereid is uit te geven om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen: zijn *willingness to pay*. Stel dat de fabrikseigenaar bereid was geweest maximaal € 1.500 uit te geven aan een vakantie in Roemenië. Een reissom boven dat bedrag had hij te hoog gevonden. Bij zo’n hoge prijs had hij de reis niet geboekt en was hij ergens anders op vakantie gegaan. Stel verder dat de door het reisbureau gevraagde reissom slechts € 1.200 bedroeg. De fabrikseigenaar was dus best bereid geweest om een hoger bedrag uit te geven aan zijn vakantie naar Roemenië, maar de objectieve marktprijs van zo’n vakantie bedroeg maar € 1.200. In dat geval, zo is de gedachte, is zijn consumentensurplus of immateriële winst dus € 300, namelijk het verschil tussen de reissom en het bedrag dat de fabriekseigenaar maximaal bereid was geweest om uit te geven aan de vakantie.³¹

29 Beumers *NTBR* 2016, p. 172-173.

30 Hijma, par. 6, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*). Zie in de Duitse literatuur: Maslow 2015, p. 165.

31 Harris, Ogus & Phillips *LQR* 1979, p. 582-584. In vergelijkbare zin: Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 2.2.

2.4.2 Willingness to pay

Het bestaan van het consumentensurplus zelf staat eigenlijk niet ter discussie in de rechtseconomische literatuur. Het vaststellen van de subjectieve waarde aan de hand van iemands willingness to pay – het maximale bedrag dat iemand bereid is uit te geven om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen – is daarentegen wel omstreven.

Een bezwaar van meer praktische aard is dat de willingness to pay van een individuele contractspartij nauwelijks objectief te bepalen is. In het bovengenoemde voorbeeld werd aangenomen dat de fabriekseigenaar maximaal € 1.500 wilde uitgeven aan zijn vakantie, maar het is de vraag hoe men in bijvoorbeeld een civiele procedure zo'n bedrag zou moeten vaststellen. Uit de feiten zal niet snel blijken wat iemand maximaal bereid was geweest om uit te geven aan een onstoffelijk voordeel.³² Uiteraard kan de benadeelde daarover achteraf verklaren, maar zulke verklaringen zijn niet op een objectieve wijze te controleren. Daardoor ligt het gevaar van overdrijving op de loer. Als de willingness to pay van de fabriekseigenaar enkel aan de hand van zijn eigen verklaringen daarover kan worden bepaald, is er een risico dat hij de subjectieve waarde van een vakantie in Roemenië – bewust of onbewust – te hoog inschat.³³

In de literatuur zijn ook meer fundamentele bezwaren tegen de begroting van onstoffelijk voordeel aan de hand van de willingness to pay geuit, die allemaal zijn terug te voeren op het feit dat iemands willingness to pay niet alleen wordt bepaald door hoeveel waarde hij hecht aan een onstoffelijk voordeel, maar ook wordt beïnvloed door zijn inkomens- en vermogenspositie. Allereerst wijst de literatuur erop dat iemands willingness to pay altijd zijn begrenzing vindt in zijn *ability to pay*. Het kan voorkomen dat een onstoffelijk voordeel voor de benadeelde weliswaar een hogere subjectieve waarde heeft dan de totale kosten die nodig zijn om het voordeel te verkrijgen, maar dat hij deze kosten simpelweg niet kan opbrengen vanwege een gebrek aan financiële middelen.³⁴ Zo was het jarenlang een diep gekoesterde wens van Habiba ben Salah, een Nederlands-Marokkaanse vrouw die bekend is geworden van het televisieprogramma 'Groeten uit Holland', om op bedevaart naar Mekka te gaan. Ze was ook zeker bereid de kosten die met de bedevaart gepaard gaan, te maken, maar ze had het geld simpelweg niet.³⁵

32 Posner 2011, p. 167-168. In de rechtseconomie wordt het consumentensurplus meestal geaggregeerd gebruikt, bijvoorbeeld in onderzoek naar kartels en monopolies. Het bepalen van een individueel consumentensurplus is aanzienlijk ingewikkelder.

33 Zie over dit gevaar bij het begroten van de subjectieve waarde van een prestatie met name Muris *JLS* 1983, p. 382. Zie ook: Posner 2011, p. 15, 163.

34 Posner 2011, p. 19 en, eerder, Kronman *JLS* 1980, p. 233-234.

35 Zie: <https://nos.nl/artikel/2294467-meer-dan-een-tv-ster-habiba-veranderde-kijk-op-marokkaanse-vrouwen.html> (laatst bezocht 11 september 2019).

Iemands vermogen en inkomen begrenzen niet alleen, maar beïnvloeden ook de willingness to pay. Het marginale nut van geld neemt immers af, naarmate het vermogen en het inkomen groeien. Des te meer vermogen en inkomen iemand heeft, des te minder nut heeft iedere extra verdiende euro voor hem of, anders gezegd, hoe minder iedere extra euro hem nog ‘waard’ is.³⁶ Voor een horecamedewerker die het minimumloon verdient en nauwelijks vermogen heeft, is een loonsverhoging van tweehonderd euro per maand substantieel. Zijn bestedingsruimte neemt relatief gezien aanzienlijk toe door zo’n loonsstijging. De extra tweehonderd euro hebben voor hem dan ook veel nut: ze verbeteren zijn levensgeluk in substantiële mate. Een loonsverhoging van tweehonderd euro verbetert het levensgeluk van voetballer Sergio Agüero – hij verdient bij Manchester City een slordige dertien miljoen euro per jaar – daarentegen nauwelijks. Aan zijn enorme vermogen en riant inkomen voegt een extra tweehonderd euro per maand weinig tot geen nut meer toe. De ene tweehonderd euro is daarmee de andere tweehonderd euro niet.

Dat heeft ook invloed op hun willingness to pay. Het is goed mogelijk dat Sergio Agüero bereid is aanzienlijk meer te betalen voor een onstoffelijk voordeel dan de horecamedewerker, niet zozeer omdat dit onstoffelijke voordeel hem gelukkiger maakt dan de horecamedewerker, maar omdat het geld dat hij eraan uitgeeft, voor hem een lager marginaal nut heeft.³⁷ De horecamedewerker spaart wekenlang maaltijden uit zijn mond om een kaartje te kunnen kopen voor een concert van zijn favoriete Colombiaanse zanger Maluma in AFAS live. Hij droomt er al jaren van om zijn idool te zien optreden. Het concert is voor hem een onvergetelijke ervaring, waar hij nog jaren van nageniet. Hij kan de kosten van het kaartje – zeg € 200 – maar net opbrengen. Sergio Agüero verveelt zich op een donderdagmiddag en ziet toevallig een kaartje voor hetzelfde concert voorbijkomen, dat die avond plaatsvindt.³⁸ Het maakt hem niet uit of hij driehonderd, zeshonderd of tweeduizend euro moet betalen om het concert bij te wonen. Hij is wel benieuwd naar de veelgeprezen zanger en besluit naar Nederland te vliegen om een uurtje te gaan kijken. Als hem maandag op de training door zijn medespelers wordt gevraagd wat hij van Maluma vond, is hij al bijna weer vergeten dat hij naar het concert is geweest. In de rechtseconomische literatuur betwijfelt men of kan worden volgehouden dat het enkele feit dat Sergio Agüero bereid is meer te betalen voor het concert dan de horecamedewerker, ook betekent dat het concert voor hem een hogere subjectieve waarde heeft dan voor de horecamedewerker. De

36 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151 en Posner 2011, p. 15.

37 Posner 2011, p. 15-16, 18.

38 Deze casus is minder vergezocht dan men in eerste instantie misschien zou denken, zie: <https://nos.nl/artikel/2195294-aguero-mist-chelsea-uit-door-auto-ongeluk-in-amsterdam.html> (laatst bezocht op 14 augustus 2020).

horecamedewerker is veel gelukkiger geworden door het concert dan Sergio Agüero, terwijl zijn willingness to pay aanzienlijk lager was.³⁹

2.4.3 De economische waarde van gemist onstoffelijk voordeel

Willingness to pay lijkt om die reden een ongeschikte maatstaf om de subjectieve waarde van onstoffelijk voordeel te bepalen.⁴⁰ Het begroten van de precieze hoogte van het consumentensurplus mag dan weliswaar ingewikkelder zijn dan het op het eerste oog lijkt, maar het staat buiten kijf dat het consumentensurplus bestaat. Als er géén consumentensurplus is voor een contractspartij, is zij niet bereid de benodigde kosten te maken om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Welke subjectieve waarde Burger precies hechtte aan deelname aan de Dakar Rally is dus misschien niet goed objectief vast te stellen, maar wel kan worden aangenomen dat deze waarde ten minste gelijk is aan – en naar alle waarschijnlijkheid hoger is dan – de door hem gemaakte kosten. Als dat niet zo zou zijn, zou Burger nooit hebben meegedaan aan de Dakar Rally.

De subjectieve waarde van onstoffelijk voordeel is voor iedereen verschillend. Genoeg mensen peinzen er niet over om voor de lol dagenlang met een rallymotor door de Sahara te ploeteren, laat staan om daarvoor diep in de buidel – Burgers totale uitgaven aan de Dakar Rally beliepen meer dan € 34.000⁴¹ – te tasten. Maar Burger was wel bereid deze uitgaven te doen, wat de conclusie rechtvaardigt dat deelname aan de Dakar Rally hem kennelijk wel meer waard was dan deze kosten. Zoals gezegd, streeft iedereen, afhankelijk van zijn persoonlijke omstandigheden en voorkeuren, andere onstoffelijke voordelen na. De een besteedt zijn geld het liefst aan de Dakar Rally, terwijl de ander zijn geld liever steekt in een zwembad in zijn tuin.⁴² Weer een ander zou aan de Dakar Rally noch een eigen zwembad zoveel geld uitgeven, maar geeft voor dat geld dan wel weer een groots huwelijksfeest.⁴³ Deze contractspartijen verschillen weliswaar van mening over de vraag welke onstoffelijke voordelen nastrevenswaardig zijn, maar voor alle drie geldt dat ze kennelijk liever het onstoffelijke voordeel hebben, dan dat ze een geldsom op hun

39 Dit is een variatie op het voorbeeld van Dworkin *JLS* 1980, p. 199-200, die in zijn artikel de vraag centraal stelt of recht wel welvaartmaximalisatie – zorgen dat degene die bereid is het meest te betalen voor een goed of dienst deze ook in handen krijgt – zou moeten nastreven. Zie over deze discussie ook: Posner *JLS* 1979, p. 103-140; Kronman *JLS* 1980, p. 227-242 en Posner *JLS* 1980, p. 243-252. Zie verder: Posner 2011, p. 15-16, 18.

40 Posner 2011, p. 16 wijst er wel op dat subjectieve waarde maar moeilijk op een andere wijze kan worden begroot. Anders: Ben-Shahar & Porat *Columbia LR* 2018, p. 1915-1918.

41 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o 2.13.

42 *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL).

43 *OLG Brandenburg* 15 maart 2004, NJW-RR 2005, 253.

bankrekening hebben staan ter hoogte van de totale kosten die nodig zijn om dit voordeel te verkrijgen.

2.5 TUSSENCONCLUSIE

De rechtseconomische literatuur helpt zo om het probleem te concretiseren dat in dit proefschrift centraal staat. Uit deze literatuur volgt dat de waarde van het onstoffelijke voordeel in ieder geval gelijk is aan de door de contractspartij gemaakte kosten om dit voordeel te verkrijgen. Deze kosten vallen vervolgens uiteen in twee verschillende componenten. Ze omvatten allereerst de prijs die een contractspartij aan haar wederpartij heeft betaald. Daarnaast moet zij in sommige gevallen kosten bij derden maken om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Tot slot laat deze literatuur zien dat het verkrijgen van het onstoffelijke voordeel een contractspartij naar alle waarschijnlijkheid een consumentensurplus of immateriële winst zou hebben opgeleverd. Deze drie componenten samen vormen de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel. In de tweede appendix is een schematische weergave van de opbouw van de waarde van gemist onstoffelijk voordeel opgenomen.⁴⁴

Wanneer een benadeelde door een wanprestatie van zijn wederpartij het nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen, belooft zijn nadeel dus *ten minste* de door hem tevergeefs gemaakte kosten – de aan de wederpartij betaalde contractsprijs samen met eventuele bij derden gemaakte kosten om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen – *plus* eventueel een gedeerd consumentensurplus. Door deze concretisering wordt het mogelijk om het Nederlandse, Duitse en Engelse recht adequaat met elkaar te vergelijken. Daarvoor moet eerst de vraag worden beantwoord of en, zo ja, wanneer een benadeelde in Nederland, Duitsland en Engeland recht heeft op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.

44 Zie appendix 2.

DEEL II

Smartengeld

3 | Smartengeld in Nederland

3.1 INLEIDING

Het missen van onstoffelijk voordeel lijkt op het eerste gezicht in de ‘gevoels-sfeer’ te liggen.¹ Wanneer een benadeelde door de fout van een ander onstoffelijk voordeel is misgelopen, zoals het plezier van deelname aan de Dakar Rally of het genot van een woonhuis, is hij niet armer maar ongelukkiger. Hij realiseert het nagestreefde genot of plezier niet en ervaart daardoor mogelijk spanning, frustratie en boosheid. Zijn wederpartij tast, met andere woorden, zijn levensgeluk aan. Zulk nadeel kan worden gekwalificeerd als immateriële schade. In dit tweede deel van het proefschrift staat daarom de vraag centraal of en, zo ja, wanneer een benadeelde die als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, recht heeft op smartengeld.

Het is in het Nederlandse recht niet eenvoudig voor een benadeelde om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij onstoffelijk voordeel is misgelopen als gevolg van een wanprestatie. Met de invoering van het Nieuw BW heeft de wetgever het recht op schadevergoeding voor immateriële schade beperkt ‘tot de gevallen waar zij niet gemist kan worden’, zoals bij letsel en bij aantastingen van de eer en goede naam.² Er is bovendien een bestendige lijn in de rechtspraak dat geen recht op smartengeld bestaat wanneer een benadeelde slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel misloopt, heeft hierdoor slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld (§ 3.2). Wel heeft het Nederlandse recht zich de afgelopen decennia ontwikkeld en zijn de mogelijkheden voor een benadeelde om met succes smartengeld te vorderen toegenomen. Allereerst introduceerde de wetgever een recht op smartengeld voor het geval dat een reisorganisator tekortschiet in de nakoming van een pakketreisovereenkomst (§ 3.3). Bovendien is tegenwoordig algemeen aanvaard dat een benadeelde ook recht heeft op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Hoewel de precieze reikwijdte van dit

1 Aldus Hijma, par. 3, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*).

2 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 387. Recent is het in artikel 6:107 en 6:108 BW eveneens mogelijk gemaakt om zogenaamde affectieschade vergoed te krijgen bij verwonding of overlijden van een naaste. Voor dit proefschrift is affectieschade minder relevant en zal dus slechts zijdelings ter sprake komen.

in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen nieuwe recht op smartengeld nog niet is uitgekristalliseerd, lijkt ook dit de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen te hebben verruimd voor benadeelden (§ 3.4).

3.2 DE HOOFDREGEL – GEEN SCHADEVERGOEDING VOOR MEER OF MINDER STERK PSYCHISCH ONBEHAGEN

3.2.1 Het gesloten stelsel

‘Smartengeld wegens wanprestatie zal niet vaak worden toegekend’, concludeerde Krans in zijn proefschrift over schadevergoeding bij wanprestatie.³ In het huidige contractuele schadevergoedingsrecht speelt de vergoeding van immateriële schade nauwelijks een rol van betekenis.⁴ De verklaring voor deze bescheiden rol is allereerst gelegen in twee met elkaar samenhangende eigenschappen van het wettelijke stelsel van schadevergoeding voor immaterieel nadeel. Het stelsel is gesloten en geeft een benadeelde maar in een beperkt aantal gevallen recht op smartengeld.

Artikel 6:95 BW bepaalt dat een benadeelde alleen recht heeft op een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade – op smartengeld dus – voor zover dat wettelijk is bepaald. Het stelsel van schadevergoeding voor immateriële schade is gesloten: immateriële schade komt alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer uit een wettelijke bepaling volgt dat een recht op smartengeld bestaat.⁵ Dat betekent *a contrario* dat wanneer er geen geval voorligt waarin de wet een benadeelde aanspraak op smartengeld geeft, een benadeelde geen recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade. Een rechter mag geen smartengeld toekennen wanneer een wettelijke grondslag voor een dergelijke vergoeding ontbreekt.⁶ Door dit gesloten stelsel houdt de wetgever de regie in handen. Exclusief hij is bevoegd om te bepalen in welke gevallen benadeelden recht hebben op smartengeld en in welke gevallen niet. Het staat rechters niet vrij om het recht op schadevergoeding voor immateriële schade volledig naar eigen inzicht te ontwikkelen, maar ze zijn gebonden aan de door de wetgever bepaalde kaders. De Hoge Raad onthoudt zich dan ook principieel

3 Krans 1999, p. 239.

4 Lindenberg 1998, p. 239.

5 Lindenberg 1998, p. 75-78 is van mening dat er alleen een recht op smartengeld bestaat wanneer een wet expliciet bepaalt dat ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Een wet die uitsluitend bepaalt dat de schade naar billijkheid moet worden vastgesteld, geeft een benadeelde naar zijn mening geen recht op smartengeld, omdat niet uitdrukkelijk staat geschreven dat ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. De Hoge Raad is in het verleden wel eens soepeler geweest, zie HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. De Boer (W./Staat).

6 Artikel 6:95 BW strekt zich enkel uit over wettelijke rechten op schadevergoeding. Het staat partijen vrij een *contractueel* recht op smartengeld overeen te komen, zie: Lindenberg 1998, p. 70 en Krans 1999, p. 261-263.

van het aanvaarden van een recht op smartengeld wanneer een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt. Zo wees voor de herziening van artikel 6:107 en 6:108 BW de Hoge Raad vorderingen voor een vergoeding van affectieschade steevast af met de overweging dat een wettelijke grondslag voor zulke vergoedingen ontbrak. De beantwoording van de vraag of affectieschade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, was voorbehouden aan de wetgever, aldus de Hoge Raad. Het stond hem niet vrij die vraag te beantwoorden.⁷

In artikel 6:106 BW geeft de wetgever vervolgens in algemene zin – dat wil zeggen voor alle wettelijke rechten op schadevergoeding, zoals voor onrechtmatige daad en wanprestatie – een limitatieve opsomming van gevallen waarin een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade.⁸ De meest voorkomende gevallen zijn te vinden in sub b van dit artikel, waarin is bepaald dat een recht op smartengeld bestaat bij lichamelijk of geestelijk letsel.⁹ Ook in het geval van een aantasting van zijn eer en goede naam heeft een benadeelde recht op smartengeld.¹⁰ Verder is in sub a bepaald dat een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade wanneer de aansprakelijke partij het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen. Daarvan is niet reeds sprake wanneer iemand opzettelijk een norm overtreedt, bijvoorbeeld wanneer een contractspartij willens en wetens een overeenkomst niet nakomt omdat zij een gunstigere overeenkomst kan sluiten met een ander.¹¹ De aansprakelijke partij moet het oogmerk hebben om de benadeelde immateriële schade toe te brengen. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeeld iemand die opzettelijk zaken met een affectieve waarde van een benadeelde vernietigt met het oogmerk hem leed te berokkenen.¹² Een boze echtgenoot die tijdens een echtscheidingsprocedure brieven en foto's van overleden familieleden van zijn partner weggooidde om haar zo emotioneel te raken, was bijvoorbeeld op grond van sub a verplicht om smartengeld te

7 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.2.

8 In artikel 6:106 BW staat uitsluitend *in welke gevallen* een benadeelde recht heeft op vergoeding van zijn immateriële schade, maar in het artikel wordt niet bepaald *welke immateriële schade* voor vergoeding in aanmerking komt. Artikel 6:106 BW is, anders gezegd, een slagboom die toegang verschaft tot een vergoeding van *alle* geleden immateriële schade. De slagboom gaat bijvoorbeeld open wanneer het slachtoffer lichamelijk letsel heeft opgelopen. Zijn aanspraak op smartengeld is dan niet beperkt tot een vergoeding voor zijn letsel, maar strekt zich uit over al zijn immateriële schade. In vergelijkbare zin: Lindenberg 1998, p. 79-80; Lindenberg in zijn noot onder HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 (*Blauw oog*) en Lindenberg NTBR 2019, p. 123.

9 Geestelijk letsel is een aantasting in de persoon 'op andere wijze' zoals bedoeld in sub b.

10 Volgens sub c hebben de erfgenamen van iemand wiens of wier eer of goede naam is aangetast in sommige gevallen recht op smartengeld.

11 Zwitser *RMThemis* 2005, p. 72 pleit voor een ruimere toepassing van sub a, met name in gevallen dat een contractspartij uit winstbejag veelvuldig opzettelijk wanprestatie pleegt. Dit idee heeft tot op heden geen navolging gekregen in de jurisprudentie.

12 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 378.

betalen.¹³ Ook een enkele wettelijke bepaling buiten het BW, bijvoorbeeld in het Wetboek van Strafvordering, geeft een benadeelde recht op smartengeld.¹⁴

3.2.2 Meer of minder sterk psychisch onbehagen

Zo op het eerste gezicht lijkt het Nederlandse schadevergoedingsrecht een benadeelde nauwelijks mogelijkheden te bieden om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.¹⁵ Dat beeld wordt versterkt door een bestendige lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van meer of minder sterk psychisch onbehagen.

Deze lijn vindt haar oorsprong in het Oud BW. De Vries en Franke zijn gezamenlijk eigenaar van Diamij BV, maar zijn al enige tijd verwickeld in een machtsstrijd. Dat leidt tot een bitter conflict tussen de twee zakenpartners. In zijn pogingen om Franke 'eruit te werken', handelt De Vries onrechtmatig, met name door de medewerkers van Diamij op te zetten tegen Franke. De Vries scheldt Franke uit en beledigt hem in het bijzijn van alle medewerkers. De Vries stookt de medewerkers zelfs op tot een wilde staking, waarbij ze Franke de toegang tot het bedrijfsterrein van Diamij blokkeren. Franke vordert onder meer smartengeld voor dit onheuse gedrag van De Vries. De Hoge Raad wijst zijn vordering af met de overweging dat:

'[...] een onrechtmatig handelen of een wanprestatie waardoor iemand in zijn vermogensrechten wordt aangetast, veelal door het slachtoffer in de ontwikkeling van het geschil ondervonden zal worden als een aantasting in zijn persoonlijke waardigheid en gepaard zal gaan met een zich persoonlijk gekwetst voelen. Het zou [...] de strekking van de wetbepalingen die tot vergoeding der schade verplichten te buiten gaan om onder te vergoeden schade tevens zulke verschijnselen van psychische aard te brengen'.¹⁶

Na de invoering van het Nieuw BW handhaafde de Hoge Raad deze rechtsregel. In het slot van artikel 6:106 sub b BW is bepaald dat een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer hij 'op andere wijze' in zijn persoon is aangetast. Dat riep de vraag op wanneer van zulke 'andere' persoonsaantastingen sprake is.

13 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2134, RFR 2015/98, r.o. 5.10. Zie ook: HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, NJ 2002/216 m.nt. Vranken (Oogmerk).

14 Zie bijvoorbeeld artikel 89 lid 1 Sv en artikel 35 Bopz (oud).

15 Krans 1999, p. 239 en 253 suggereert dat in het geval van een onrechtmatige daad eerder aan de vereisten van artikel 6:106 BW zal zijn voldaan.

16 HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4540, NJ 1984/631 (Franke/De Vries), r.o. 3.3.

De Hoge Raad koos voor een strikte interpretatie. In 1979 concludeert de inspecteur van de Belastingdienst dat Bos te weinig inkomstenbelasting heeft afgedragen en legt hem een aanzienlijk hogere aanslag op. Het bezwaar van Bos wijst de Belastingdienst af en ook het beroep bij de rechtbank heeft geen succes. De Belastingdienst legt ondertussen executoriaal beslag op een drietal onroerende zaken van Bos. Uiteindelijk vernietigt het hof, in hoger beroep, alsnog het besluit van de Belastingdienst en stelt de belastingaanslag op nihil, waardoor de eerder gelegde beslagen onrechtmatig zijn. In een civiele procedure vordert Bos vervolgens onder meer smartengeld voor de stress en spanning die deze onrechtmatige beslaglegging heeft veroorzaakt. Het hof wijst deze vordering af:

[Het] psychisch onbehagen van Bos, dat samenhangt met het lijden door hem van vermogensschade, kan echter niet worden aangemerkt als immateriële schade, die voor vergoeding in aanmerking komt. Immers een handelen, waardoor iemand – zoals Bos – in zijn vermogensrechten wordt aangetast, zal veelal door het slachtoffer worden ervaren als een aantasting in zijn persoonlijke waardigheid en gepaard gaan met een zich persoonlijk gekwetst voelen, doch zulke verschijnselen van psychische aard kunnen niet worden beschouwd als een aantasting van de persoon, die aanspraak op schadevergoeding geeft.¹⁷

De Hoge Raad laat dit oordeel vervolgens in stand.¹⁸ Twee jaar later overweegt de Hoge Raad in *Wrongful birth* dat geen sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze wanneer een benadeelde door een normschending slechts ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ ervaart.¹⁹ Voor een dergelijke persoonsaantasting is vereist dat een benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen, dat wil zeggen, lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld dat objectief kan worden vastgesteld.²⁰ Dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ ervaart, ontwikkelde zich de afgelopen decennia tot een belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht.²¹ In recente lagere rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden waarin rechters smartengeldvorderingen op grond van dit uitgangspunt afwijzen, variërend van ongerecht-

17 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*), r.o. 19-20 (Hof).

18 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*), r.o. 5.

19 HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145 m.nt. CJHB (*Wrongful birth*).

20 Dat blijkt uit HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3. Voor dit arrest was er discussie over de vraag wanneer sprake is van geestelijk letsel, zie: Lindenberg *NJB* 1998, p. 354 en Kottenhagen *NTBR* 1998, p. 138-139. Zie verder: HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, NJ 2005/168 m.nt. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*), r.o. 5.2.3.

21 Zie recent: Lindenberg *NTBR* 2019, p. 124.

vaardigde demoties door werkgevers²² tot beschadigingen van zaken met affectieve waarde²³ en van vertraagde vluchten²⁴ tot burenruzies.²⁵

Voor een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, leidt dit uitgangspunt er toe dat zijn mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen in belangrijke mate zijn beperkt. De lagere rechtspraak illustreert dat. Een vliegschool verwijderde ten onrechte een leerling van de pilotenopleiding en pleegde zodoende wanprestatie. De leerling liep hierdoor het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel mis: het behalen van de bevoegdheid tot verkeersvlieger.²⁶ Hij vorderde in een civiele procedure onder meer smartengeld voor de frustratie die de onterechte verwijdering had teweeggebracht. Het hof wees deze vordering af omdat de leerling slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen ervoer en niet kon aantonen dat hij geestelijk letsel had opgelopen.²⁷

Sinds de invoering van het Nieuw BW staat de Nederlandse literatuur over het algemeen positief tegenover het uitgangspunt dat het ervaren van meer of minder sterk psychisch onbehagen geen aanspraak geeft op smartengeld. Het uitgangspunt is lange tijd nauwelijks ter discussie gesteld.²⁸ Ook het gesloten stelsel van schadevergoeding voor immaterieel nadeel is eigenlijk niet omstreden.²⁹ Pas de afgelopen jaren lijkt de discussie over de wenselijkheid van een recht op smartengeld in gevallen dat een benadeelde slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren – en dan meer specifiek wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen – op gang te komen.³⁰ Deze consensus in de Nederlandse literatuur is vanuit historisch

22 Rb Utrecht 2 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU6603, r.o. 4.13.

23 Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11367, r.o. 4.7 (over een autoradio-collectie) en Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4461, *NJF* 2005/518, r.o. 3.7.5 en Rb Arnhem 10 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR8832, r.o. 9 (over de beschadiging van tuinplanten).

24 Rb Haarlem 18 december 2018, ECLI:NL:RBHAA:2001:AD8163, *VR* 2003/84, r.o. 5.6.

25 Rb Midden-Nederland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:318, r.o. 4.6 en Rb Leeuwarden 14 september 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BT2357, r.o. 6.1. Ook in het bestuursrecht verwijst men veelvuldig naar dit uitgangspunt, zie bijvoorbeeld: ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3445, *AB* 2018/49 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Alcoholslot*), r.o. 11.2.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.23. Men kan discussiëren over de vraag in hoeverre een opleiding tot piloot (uitsluitend) een onstoffelijk voordeel is.

27 Aldus Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.31. Zie ook: Rb Rotterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6130, r.o. 5.4.1; Rb Middelburg 23 mei 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX5374, r.o. 5.1-5.2 en Hof Den Haag 14 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1107, r.o. 7.1-7.2.

28 Schut *RMThemis* 1990, p. 305-306; Schut 1991, p. 291 en Krans 1999, p. 253, maar zie ook: Verheij *RMThemis* 1999, p. 339-350. Zie over de afwezigheid van een uitgebreide discussie: Beumers *NTBR* 2016, p. 169-170.

29 Lindenbergh 1998, p. 68 en 130-131.

30 Zie bijvoorbeeld: Verheij *AV&S* 2017, p. 111-113; Engelhard e.a. *NTBR* 2018, p. 1-3 (met name over het gesloten stelsel zelf); Lindenbergh *NTBR* 2019, p. 126 en Katan *NTBR* 2019, p. 145-147 (over verspilde vrije tijd).

perspectief opmerkelijk. Voor de invoering van het Nieuw BW – en dan met name voor de Tweede Wereldoorlog – liepen de meningen over de vraag of, en zo ja in hoeverre, benadeelden recht zouden moeten hebben op smartengeld sterk uiteen. Het Nederlandse recht leek zich op een bepaald moment zelfs in een totaal andere richting te ontwikkelen.

3.2.3 Smartengeld in het Oud BW

3.2.3.1 Meijers' elfde vraag

Het elfde vraagpunt dat Meijers het parlement en de regering in 1952 voorlegde, ging over de vergoedbaarheid van immateriële schade:

‘Moet aan een ieder het recht gegeven worden op een geldelijke tegemoetkoming voor een hem onrechtmatig berokkend leed (zogenaamde ideële schade)?’³¹

Deze vraag kwam niet uit de lucht vallen. Voor de Tweede Wereldoorlog had de vergoedbaarheid van immateriële schade de nodige inkt doen vloeien in de Nederlandse literatuur. Ook in de rechtspraak waren enkele belangrijke ontwikkelingen geweest en zelfs de wetgever had zich al tweemaal met smartengeld beziggehouden. Voordat Meijers de opdracht kreeg een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen, werd het Nederlandse recht steeds ruimhartiger in het toekennen van vergoedingen voor immateriële schade. Er leek zich zelfs een algemeen recht op smartengeld te ontwikkelen, juist ook voor gevallen waarin een benadeelde enkel meer of minder sterk psychisch onbehagen ervoer.

De wet en rechtspraak

In het Oud BW bepaalde noch artikel 1280 OBW, de bepaling over wanprestatie, noch artikel 1401 OBW, de bepaling over de ‘gewone’ onrechtmatige daad, uitdrukkelijk of een benadeelde recht had op smartengeld. In beide artikelen stond uitsluitend dat een benadeelde recht had op een vergoeding van zijn schade, zonder te verduidelijken of daaronder ook immateriële schade moest worden begrepen. Op grond van tekstuele en historische uitleg van deze bepalingen kwamen de meeste auteurs – ook voorstanders van een algemeen recht op smartengeld – tot de conclusie dat met het begrip schade in deze artikelen niet mede immateriële schade werd bedoeld.³²

31 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 371.

32 Meijers *Themis* 1905, p. 451; Ribbuis 1905, p. 85-98 en Greebe 1935, p. 155-159, maar zie anders: Drucker *RM* 1889b, p. 401-402.

In de eerste helft van de twintigste eeuw wezen ook lagere rechters smartengeldvorderingen over het algemeen af.³³ Oldendarp besloot een deel van zijn woonhuis te verhuren. Hij maakte vervolgens een kapitale inschattingfout toen hij een huurovereenkomst sloot met ene Jansen. Jansen bleek namelijk een verschrikkelijke huurder te zijn. Zo sloot hij het water en het gas af in Oldendarps deel van de woning en blokkeerde Oldendarps deur naar de gedeelde keuken, zodat hij en zijn vrouw niet meer in hun eigen keuken konden komen. Toen Oldendarp op een dag op het toilet zat, spijkerde Jansen de deur van de wc dicht en sloot Oldendarp op. Oldendarps smartengeldvordering voor de frustratie, de angst en het ongemak die Jansen had veroorzaakt, wees het hof af. Het hof overwoog dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam.³⁴

Toch ontwikkelde zich sinds het einde van de negentiende eeuw een recht op smartengeld in Nederland. De ontwikkelingen speelden zich af binnen twee bijzondere regelingen van het onrechtmatige daadsrecht. In 1881 oordeelde de Hoge Raad dat een benadeelde bij onrechtmatige belediging – dat in artikel 1408 als een bijzondere onrechtmatige daad een eigen wettelijke regeling had in het Oud BW – recht had op smartengeld voor aantastingen van zijn eer en goede naam.³⁵ In 1943 wees de Hoge Raad bovendien een baanbrekend arrest over artikel 1407 OBW. Dit wetsartikel regelde welke schade voor vergoeding in aanmerking kwam wanneer een slachtoffer letsel opliep als gevolg van een onrechtmatige daad. Zowel de lagere rechtspraak als de literatuur was verdeeld over de vraag of een slachtoffer dat letsel had opgelopen door een onrechtmatige daad, recht had op een vergoeding van zijn immateriële schade.³⁶ In *Van Kreuningen/Bessem* oordeelde de Hoge Raad dat een benadeelde op grond van artikel 1407 OBW ook recht had op smartengeld. De Hoge Raad overwoog dat bij letsel ‘een vergoeding voor ideële schade als redelijk en billijk valt te beschouwen’. Om die reden gaf hij er de voorkeur aan om in artikel 1407 OBW een recht op een vergoeding van zulke schade te lezen, hoewel getwijfeld kon worden of de wetgever dat ook zo had bedoeld.³⁷

Van Kreuningen/Bessem joeg het juridische debat over de vergoedbaarheid van immateriële schade aan. Voor het eerst erkende de Hoge Raad dat benadeelden bij letsel aanspraak konden maken op smartengeld en vergrootte daarmee de mogelijkheden om met succes een vergoeding van hun immateriële

33 Uitgebreider daarover: Drucker *RM* 1889b, p. 401-402.

34 Hof Arnhem 22 mei 1923, *NJ* 1923 p. 1269. Zie ook: Kg Amsterdam 23 juli 1930, *NJ* 1931, p. 265 over een echtpaar dat door de burens werd beschimpt en uitgelachen vanwege een weinig charmante foto in de Telegraaf.

35 HR 13 mei 1881, *w.* 4638. Zie hierover: Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 195-196; Land/*De Sarvoornin Lohman IV* 1907, p. 332 en Van Brakel 1948, p. 662.

36 Zie de conclusie van P-G Berger voor HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*), p. 613-618 voor een overzicht van de omvangrijke literatuur en jurisprudentie van lagere rechters over dit onderwerp.

37 HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*), p. 613.

schade te vorderen aanzienlijk. Sommige auteurs meenden dat de beslissing van de Hoge Raad zich beperkte tot gevallen van letsel.³⁸ Andere auteurs interpreteerden *Van Kreuning/Bessem* ruimer en lazen in het arrest een aanvaarding van een algemeen recht op smartengeld.³⁹ Later zou blijken dat deze laatste lezing van het arrest ietwat optimistisch was⁴⁰, maar het was wel duidelijk dat de Hoge Raad ervoor openstond om het recht op smartengeld verder te ontwikkelen.⁴¹

Literatuur

Sinds de negentiende eeuw was er een stroming in de Nederlandse literatuur die zich tegen het vergoeden van immateriële schade verzette. Deze auteurs onderschreven de oudere jurisprudentie van lagere rechters waarin smartengeldvorderingen werden afgewezen en waren kritisch over de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van artikel 1407 en 1408 OBW. Zo verdedigde Land al in de negentiende eeuw dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Het was naar zijn mening onmogelijk om leed, zoals verdriet of gederfde levensvreugde, met een geldbedrag goed te maken. Bovendien zouden eventuele toegekende smartengeldbedragen volstrekt willekeurig zijn, omdat immateriële schade zich niet in geld laat uitdrukken.⁴² Andere auteurs deelden de opvatting van Land en voegden aan zijn betoog het argument toe dat een vergoeding van immateriële schade zou neerkomen op privaatrechtelijke bestraffing, omdat het immateriële nadeel zelf niet met een geldbedrag kan worden weggenomen.⁴³

Er is echter ook altijd een tegengeluid geweest in de Nederlandse literatuur. Tussen 1889 en 1892 wijdde Drucker bijvoorbeeld drie omvangrijke artikelen aan immateriële belangen in het Nederlandse vermogensrecht. Hij zette allereerst uiteen dat het Nederlandse vermogensrecht – in het bijzonder ook het contractenrecht⁴⁴ – de immateriële belangen van partijen beschermt en ook zou moeten beschermen.⁴⁵ Vervolgens betoogde hij dat het voor een adequate bescherming van immateriële belangen noodzakelijk is dat ook immateriële

38 Van Brakel 1948, p. 658-659.

39 Bloembergen *Advocatenblad* 1952, p. 50 neemt dat bijvoorbeeld zonder veel omhaal aan. Zie ook: Wolfsbergen 1946, p. 192; Jansen *NJB* 1951, p. 790-791 en Asser/*Kamphuisen & Van Andel* 1960, p. 406. Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952, p. 33 was voorzichtiger, maar dacht wel dat de vraag weer 'open' lag.

40 Zie bijvoorbeeld: HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4540, *NJ* 1984/631, r.o. 3.3 (*Franke/De Vries*).

41 Daar wijst Meijers het parlement en de regering ook op tijdens het debat over dit vraagpunt, zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 376.

42 Land *PvJ* 1893, afl. 47, p. 2.

43 Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 195 en Land/*De Savornin Lohman IV* 1907, p. 35-41. Zie later: Van Brakel 1948, p. 75-76 en Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952, p. 33-34.

44 Drucker *RM* 1892, p. 176-242 (het derde artikel).

45 Drucker *RM* 1889a, p. 1-21 (het eerste artikel).

schade voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁶ Het was in zijn optiek arbitrair om een onderscheid te maken tussen vermogensschade en immateriële schade. Het is niet te rechtvaardigen dat een wanpresterende contractspartij triviale vermogensschade wel moet vergoeden, maar niet schadeplichtig is wanneer zij ernstige en ingrijpende immateriële schade berokkent:

‘Slaat iemand mijn ouden aschbak stuk, dan kan ik van hem schadevergoeding eischen; tast hij mij aan in mijne persoonlijkheid, krenkt hij mij in mijne dierbaarste rechten, dan treedt hij zegevierend uit het strijdperk!’⁴⁷

Drucker was niet overtuigd van de traditionele argumenten tegen het vergoeden van immateriële schade.⁴⁸ Hij erkende dat een geldbedrag nooit een precies equivalent kan bieden voor de geleden immateriële schade en dat schadevergoeding het leed nooit volledig kan wegnemen. Dat neemt niet weg, aldus Drucker, dat een geldbedrag enige compensatie kan bieden voor immateriële schade. Een geldbedrag stelt de benadeelde immers in staat zijn levensgeluk op een andere wijze te vergroten. Dat extra levensgeluk biedt enige verzachting voor het aangedane leed.⁴⁹ Drucker bestreed ook het argument dat het moreel verwerpelijk is om immateriële schade in geld uit te drukken. Hij vond het door tegenstanders geschetste beeld dat een dader met smartengeld inbreuken op hogere morele waarden, zoals het leven, de gezondheid of de eer, kan ‘afkopen’, niet terecht. Allereerst zullen lang niet altijd zulke hogere morele waarden in het geding zijn.

‘Wanneer ik van Groningen naar Amsterdam reis met eene mij geschonken kaart voor eene luisterrijke muziekkuitvoering of tooneelvoorstelling, en ik kom door grof verzuim der spoorwegdirectie zooveel te laat aan, dat ik het verwachte kunstgenot moet missen – is er dan iets laakbaars in, wanneer ik mij door de Maatschappij eene som gelds laat betalen?’

Zelfs een ‘streng moralist’ kan daar toch geen bezwaar tegen hebben, aldus Drucker.⁵⁰ Maar zelfs bij aantastingen van hogere waarden, zou smartengeld toegekend moeten worden. Schadevergoeding is in zulke gevallen zeker een gebrekkig middel, maar dat is geen argument om een benadeelde dan maar met lege handen achter te laten, niet in de laatste plaats omdat van smartengeld een preventieve werking zou kunnen uitgaan.⁵¹ Smartengeld voorkomt dat iemands immateriële belangen zonder enige repercussies kunnen worden

46 Drucker *RM* 1889b, p. 375-411 (het tweede artikel).

47 Drucker *RM* 1889b, p. 404. Zie ook: Meijers *Themis* 1905, p. 462-454 en Wolfsbergen *NJB* 1933, p. 582-583.

48 Drucker *RM* 1889b, p. 401 en Drucker *RM* 1892, p. 236-237.

49 Drucker *RM* 1889b, p. 402-403.

50 Drucker *RM* 1889b, p. 403-404.

51 Drucker *RM* 1889b, p. 404-405.

geschonden. Een blik op het buitenlandse recht – met name Engeland – en op de smartengeldbedragen die Nederlandse rechters reeds toekenden op grond van artikel 1408 OBW liet bovendien zien dat rechters heel goed in staat bleken om op een prudente wijze immateriële schade in geld uit te drukken.⁵²

Drucker stond zeker niet alleen. Ook andere auteurs – zoals Meijers zelf⁵³ – pleitten voor een algemeen recht op smartengeld.⁵⁴ Als deze auteurs al restricties aan het recht op smartengeld nodig vonden, zagen deze beperkingen op de gevallen waarin hogere morele waarden in het geding waren. Zo was Greebe een fel tegenstander van een recht op smartengeld voor het leed en verdriet van nabestaanden van een verongelukt slachtoffer. In zulke gevallen kon een geldbedrag geen enkele verlichting of compensatie bieden.⁵⁵ Maar buiten gevallen van affectieschade, pleitte hij juist voor een algemeen recht op smartengeld, met name ook voor gevallen waarin een benadeelde slechts plezier of genot is misgelopen. Voor zulke alledaagse immateriële schade kan een geldbedrag wel degelijk compensatie bieden. Met een geldbedrag kan de benadeelde zichzelf genoegens verschaffen die opwegen tegen het geleden immateriële nadeel.⁵⁶ Zelfs fervente tegenstanders van het recht op smartengeld gaven toe dat geld een adequate compensatie kan bieden wanneer er geen hogere morele waarden in het geding zijn.⁵⁷ Juist de wenselijkheid van een recht op smartengeld voor wat tegenwoordig ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ wordt genoemd, was eigenlijk nauwelijks omstreden in de literatuur.

De regering en het parlement

Het meest opvallend is misschien wel dat aan het begin van de twintigste eeuw de regering en ook een meerderheid van het parlement verklaarde voorstanders waren van een algemeen recht op smartengeld. Dat blijkt uit twee belangrijke wetgevingsprojecten uit die tijd.

Het eerste wetgevingsproject betrof de politiek beladen hervorming van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.⁵⁸ Een onderdeel van deze hervorming was de invoering van artikel 1637w OBW. Deze bepaling gaf zowel de werkgever als de werknemer recht op smartengeld wanneer de andere partij tekortschoot in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. De regering over-

52 Drucker RM 1889b, p. 405-407. Daar voegden latere auteurs aan toe dat ook bij de begroting van vermogensschade de rechter soms voor een haast onmogelijke opgave staat, zie: Meijers *Themis* 1905, p. 453; Ribbius 1905, p. 74-79 en Greebe 1935, p. 143.

53 Meijers *Themis* 1905, p. 452-454.

54 Ribbius 1905, p. 74-82; Wolfsbergen *NJB* 1933, p. 586-587; Greebe 1935, p. 141-154 en Wolfsbergen 1946, p. 186-191. Bloembergen *Advocatenblad* 1952, p. 51-52 lijkt ook deze mening te zijn toegedaan. In een later artikel is hij echter behoudender, zie Bloembergen *NJB* 1970, p. 125-130.

55 Greebe 1935, p. 146-147.

56 Greebe 1935, p. 141-142.

57 Land *PvJ* 1893, afl. 47, p. 1 en Land/*De Savornin Lohman IV* 1907, p. 39-40.

58 De ontwerper van de nieuwe regeling was overigens Drucker.

woog dat bij een wanprestatie van een arbeidsovereenkomst zich geregeld immateriële schade zal voordoen. Werknemers en werkgevers zouden om die reden ook zulke schade vergoed moeten kunnen krijgen. Het zou niet te rechtvaardigen zijn wanneer een wanpresterende partij aan het betalen van een vergoeding voor immateriële schade zou 'ontsnappen'.⁵⁹ Het parlement was verdeeld over de voorgestelde bepaling, maar een meerderheid stemde uiteindelijk in met de invoering van artikel 1637w OBW.⁶⁰

Het Oud BW voorzag daarmee in een tamelijk specifiek recht op smartengeld voor werknemers en werkgevers.⁶¹ Tijdens de parlementaire behandeling waren de voor- en tegenstanders het er over eens dat het voorgestelde artikel 1637w OBW aan een fundamentele juridische vraag raakte, namelijk aan de vraag of immateriële schade in het algemeen voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Tegenstanders, zoals Van Veen, vreesden dat de invoering van artikel 1637w OBW meteen ook een aanvaarding zou betekenen van het algemene uitgangspunt dat alle immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Immers, als men aanvaardt dat bij een tekortkoming in de nakoming van een arbeidsovereenkomst recht op smartengeld bestaat, is er geen overtuigende reden meer om een benadeelde bij een wanprestatie van andere benoemde of onbenoemde overeenkomsten het recht op smartengeld te ontfangen. Voor zo'n algemeen recht op smartengeld voelde Van Veen weinig.⁶² Voorstanders van artikel 1637w OBW, onder wie Minister van Justitie Van Raalte, waren eveneens van mening dat de nieuwe bepaling raakte aan deze fundamentele vraag over de vergoedbaarheid van immateriële schade. Het feit dat een benadeelde geen algemeen recht op smartengeld had, zagen zij als een fundamentele leemte in het Nederlandse recht. Zij waren van mening dat juist ook voor andere overeenkomsten in een recht op smartengeld zou moeten worden voorzien. Het voorgestelde artikel 1637w OBW bood naar hun

59 Bles 1908, p. 356.

60 Zie Bles 1908, p. 368. Alle bekende argumenten passeren de revue. Lohman (Bles 1908, p. 361) stelt zich op het standpunt dat het onmogelijk is immateriële schade goed te maken met een geldbedrag, laat staan om zulke schade te begroten. Van Doorn (Bles 1908, p. 360-361) en Van Veen (Bles 1908, p. 362) vonden dat het recht op smartengeld neerkwam op een privaatrechtelijke boete en vreesden voor frivole en triviale vorderingen van werknemers. De Minister van Justitie, Van Raalte, (Bles 1908, p. 362-363) antwoordt vervolgens dat geld weliswaar nooit een equivalent kan zijn van het aangedane immateriële leed, maar wel enige compensatie kan bieden. Ook wees hij erop dat de wanprestatie van een arbeidsovereenkomst ernstige en serieuze immateriële schade tot gevolg kan hebben en niet noodzakelijkerwijs triviaal is. Drucker (Bles 1908, p. 366-367) voegt daaraan toe dat de nieuwe bepaling geen boete behelst, maar daadwerkelijk compensatie beoogt te bieden voor het geleden immateriële nadeel.

61 De parlementsleden wilden juist ook aan de werkgever een recht op smartengeld geven. Iedereen wist immers 'hoeveel ravage een onvoorzichtige dienstbode in ons huis kan aanrichten', aldus De Savornin Lohman. Het waren andere tijden.

62 Van Veen (Bles 1908, p. 361-362).

idee een uitgelezen kans om deze leemte in ieder geval binnen het arbeidsrecht alvast weg te nemen.⁶³

Enkele jaren later deed de regering ook daadwerkelijk een poging om benadeelden meer in het algemeen aanspraak te geven op een vergoeding van hun immateriële schade. Het wetsvoorstel Regout is vooral bekend vanwege de voorgestelde verruiming van het onrechtmatigheidsbegrip, maar bevatte ook het verstrekkende voorstel om benadeelden bij een onrechtmatige daad recht te geven op smartengeld. De Minister van Justitie stelde voor om in artikel 1401 lid 3 OBW het volgende op te nemen:

‘De verschuldigde schadevergoeding wordt, ook indien en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeerbaar is, door den regter in billijkheid naar de omstandigheden bepaald.’⁶⁴

De Minister van Justitie wilde dat het buiten kijf kwam te staan dat bij een onrechtmatige daad ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking moest komen. Het zou een ‘grof onrecht’ zijn wanneer alleen vermogensschade voor vergoeding in aanmerking zou komen. In veel gevallen heeft een onrechtmatige daad geen verlies van ‘guldens en centen’ tot gevolg, maar leidt het tot zwaarwegende immateriële schade. Een dader zou niet vrijuit moeten gaan als hij slechts immateriële schade veroorzaakt.⁶⁵ Tegenstanders van deze bepaling vreesden dat artikel 1401 lid 3 OBW zou uitmonden in privaatrechtelijke beboeting van daders.⁶⁶ De Minister van Justitie verzekerde vervolgens dat de bepaling tot doel had compensatie te bieden voor de geleden immateriële schade en juist geen bestraffend karakter had.⁶⁷

Het voorgestelde derde lid van artikel 1401 OBW deed in de juridische literatuur maar weinig inkt vloeien, zeker in vergelijking met het felle debat over het eerste lid van dit artikel. Zo besteedt Van Eijssell in zijn beroemde kritische artikel over het wetsvoorstel Regout maar weinig aandacht aan dit deel van het voorstel.⁶⁸ De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel

63 Minister van Justitie Van Raalte (Bles 1908, p. 363) en Van den Bergh (Bles 1908, p. 358). In de literatuur is vervolgens ook altijd discussie geweest over de precieze reikwijdte van artikel 1637w OBW. Een deel van de auteurs zag artikel 1637w OBW als een uitzondering op de regel dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Immers, het feit dat dit artikel in de wet is opgenomen, laat zien dat immateriële schade buiten het arbeidsrecht niet voor vergoeding in aanmerking komt. Anderen zagen, meer in lijn met het betoog van de Minister van Justitie, artikel 1637w OBW als een gedeeltelijke codificatie van een algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie, zie over deze discussie: Asser/Rutten 1978, p. 191.

64 *Weekblad van het Recht* 1911/9099, p. 1 (l.k.) (Ontwerp van Wet). Zie uitgebreider over dit wetsontwerp: Jansen AA 2014, p. 522-523.

65 *Weekblad van het Recht* 1911/9099, p. 2 (r.k.) (Memorie van Toelichting).

66 *Weekblad van het Recht* 1913/9313, p. 4 (m.k.) (Voorlopig Verslag).

67 *Weekblad van het Recht* 1913/9459, p. 4 (l.k.) (Memorie van Antwoord).

68 Van Eijssell *Themis* 1911, p. 587-594.

Regout staakt op een gegeven moment en wordt in de jaren daarna niet meer hervat. Anders dan over het begrip onrechtmatige daad, laat in de decennia na dit wetsvoorstel noch de Hoge Raad noch de wetgever zich uit over de vraag of immateriële schade in het algemeen voor vergoeding in aanmerking komt of zou moeten komen.⁶⁹ Pas na Meijers' elfde vraag buigen de regering en het parlement zich weer over dit vraagstuk.

3.2.3.2 *De parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW*

Het voorlopige antwoord van de Minister van Justitie op Meijers' elfde vraag vormt een duidelijke breuk met deze eerdere wetsvoorstellen en ontwikkelingen in de rechtspraak en de literatuur. De minister antwoordt namelijk: 'nee'. Benadeelden zouden geen recht moeten hebben op smartengeld. Het is naar zijn mening onwenselijk en onmogelijk om immateriële schade in een geldsom uit te drukken. De minister wees verder op de economische gevolgen van het toekennen van smartengeld. De 'kwistige' wijze waarop Belgische rechters smartengeld toekenden, zou grotendeels verklaren waarom in België de verzekeringspremies voor auto's driemaal zo hoog waren.⁷⁰

De meerderheid van de vaste commissie voor privaatrecht van de Tweede Kamer vond het daarentegen 'alleszins redelijk' dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking zou komen.⁷¹ Nu slechts een minderheid van de commissie zijn standpunt onderschreef, zag de minister zich genooddaakt om het parlement tegemoet te komen. Dat deed hij met zichtbare tegenzin. Hij stelde voor het recht op smartengeld in het Nieuw BW te handhaven voor de gevallen waarin zo'n aanspraak op dat moment al in de wet of de rechtspraak was erkend, maar 'verder zou hij niet willen gaan'. Hij sprak zich uitdrukkelijk uit tegen een recht op smartengeld bij wanprestatie.⁷² In het daaropvolgende debat in de Tweede Kamer onderschreef een meerderheid van het parlement het aangepaste antwoord van de minister op Meijers' elfde vraagpunt.⁷³ Een enkeling – meer specifiek Gerbrandy, die op dat moment parlements lid is voor de ARP⁷⁴ – betreurde het dat de minister was teruggekomen op zijn 'stringente' standpunt dat er helemaal geen recht op een vergoeding van immateriële schade zou moeten bestaan.⁷⁵

69 HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

70 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372.

71 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372.

72 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372-273.

73 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 377.

74 Tijdens de oorlog was hij premier van de regering in ballingschap. Recent is Gerbrandy in het nieuws geweest omdat hij betrokken zou zijn geweest bij de voorbereidingen van een uiteindelijk afgeblazen staatsgreep, waarbij onder meer de leider van de Partij van de Arbeid, Vorrink, zou worden geliquideerd.

75 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 374.

Het driemanschap introduceerde vervolgens in artikel 6.1.9.1 van het ontwerp-Meijers een gesloten stelsel en nam in artikel 6.1.9.11 de gevallen op waarin een benadeelde recht op smartengeld zou krijgen. De wettelijke gevallen genoemd in artikel 6.1.9.11 weken af van de gevallen waarin de wet en de rechtspraak een recht op smartengeld destijds reeds hadden erkend. Zo voegde het driemanschap een nieuw recht op smartengeld toe voor het geval dat de aansprakelijke partij het oogmerk had om de benadeelde immateriële schade te berokkenen.⁷⁶ Artikel 1408 OBW gaf uitsluitend in het geval van onrechtmatige belediging benadeelden recht op smartengeld voor aantastingen van hun eer en goede naam. In het wetsontwerp kregen benadeelden in het algemeen, dus ook buiten gevallen van onrechtmatige belediging, recht op smartengeld voor zulke aantastingen.⁷⁷ Bovendien gaf het ontwerp recht op smartengeld bij 'persoonsaantastingen op andere wijze', waarvan, zo bleek tijdens de parlementaire behandeling, onder andere bij schendingen van de privacy sprake is. Ook dat was nieuw.⁷⁸ Artikel 1637w OBW kwam daarentegen niet meer terug en is uiteindelijk geschrapt.⁷⁹

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet waarom de eerder door het parlement en de regering uitgezette lijn om benadeelden uitsluitend recht op smartengeld te geven in de gevallen waarin dat reeds was aanvaard in de wet of in de rechtspraak, werd losgelaten. De koerswijziging stuitte noch in het parlement noch bij de Minister van Justitie op bezwaren. De vaste commissie voor privaatrecht en strafrecht van de Tweede Kamer vond het gesloten stelsel van smartengeld aanvaardbaar en was van mening dat de voorgestelde regeling rechters voldoende armslag gaf om recht te doen.⁸⁰ Het parlementaire debat spitste zich toe op de specifieke gevallen waarin een benadeelde een recht op smartengeld kreeg toegekend. Een fundamentele discussie over het gesloten stelsel zelf of over de vraag in welke gevallen een benadeelde recht zou moeten hebben op smartengeld en in welke gevallen niet, vond niet meer plaats.

In de literatuur werd het ontbreken van een principieel debat over het voorgestelde stelsel van schadevergoeding voor immaterieel nadeel ook opgemerkt. Volgens Overeem was de totstandkoming van de wettelijke regeling van smartengeld in 'nevelen gehuld' en was de ratio ervan niet helder.⁸¹ Ook was er meer inhoudelijke kritiek op de voorgestelde regeling. Een deel van deze kritiek richtte zich op het gesloten stelsel zelf. Zo vreesde Langemeijer

76 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 374.

77 Het parlement lag van deze uitbreiding niet wakker, zie bijvoorbeeld de reactie van Haas-Berger, *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 384.

78 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 379.

79 Zie, kritisch, over deze afschaffing: Van den Beuken *Sociaal Recht* 1992, p. 8-12.

80 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332 en 379. Tijdens een van de vergaderingen met de Minister van Justitie steekt wel weer het idee de kop op dat smartengeld helemaal niet voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, zie: *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 382.

81 Overeem 1979, p. 48-53.

dat de rechtsontwikkeling 'als het ware zou worden bevroren in de stand, die zij op een willekeurig ogenblik heeft bereikt'.⁸² Ook Van Schellen was bang dat de nieuwe regeling de rechtsontwikkeling zou 'afknellen'.⁸³ Een deel van de literatuur voelde om die reden meer voor een open stelsel. Artikel 6.1.9.11 van het ontwerp zou geen limitatieve, maar een enuntiatieve opsomming moeten zijn van gevallen waarin een benadeelde recht heeft op smartengeld. Rechters zouden vervolgens het vertrouwen moeten krijgen om het recht op schadevergoeding voor immaterieel nadeel verder te ontwikkelen.⁸⁴ Volgens Bolweg hoefde eigenlijk alleen de aanhef van artikel 6.1.9.11 van het ontwerp te worden gehandhaafd. De bepaling zou eenvoudigweg moeten luiden:

'Voor nadeel, dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdend met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen'.⁸⁵

Bolweg wilde daarmee het recht op smartengeld met name uitbreiden naar gevallen waarin een benadeelde slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Hij noemde als voorbeelden van gevallen waarin de nieuwe regeling ten onrechte niet voorzag in een recht op smartengeld, woningoverlast door burens, in het water gevallen vakanties en een door een klunzige kelner geruïneerd diner.⁸⁶ Bolweg stond zeker niet alleen. Ook andere auteurs pleitten ervoor om een benadeelde juist ook bij meer of minder sterk psychisch onbehagen, bijvoorbeeld bij mislukte vakanties of bij kwijtgeraakte trouwfoto's, recht te geven op smartengeld.⁸⁷

Deze kritische geluiden in de literatuur bereikten ook de regering.⁸⁸ De senaat nodigde de regering uit om te reageren op de door Overeem geuite kritiek. De regering stelde zich vervolgens op het standpunt dat het door Overeem voorgestelde open stelsel van vergoeding voor immateriële schade zou leiden tot 'een vrijwel onbeperkte aansprakelijkheid voor ideële schade'. Dat botste met de grondgedachte van de nieuwe regeling, die een 'excessieve ontwikkeling van vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade beoogt te voorkomen'. Dat doel werd bereikt door het recht op smartengeld te beperken tot gevallen waarin dat niet gemist kon worden.⁸⁹ Het tegengaan van

82 A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 14 november 1958, *NJ* 1959/15 m.nt. LEHR (*Van Breugel/Romunde*), p. 72.

83 Van Schellen *RMThemis* 1984, p. 411.

84 Overeem 1979, p. 51 en Van Schellen *RMThemis* 1984, p. 411.

85 Pitlo/Bolweg 1974, p. 312.

86 Pitlo/Bolweg 1974, p. 311-312.

87 Overeem 1979, p. 50-51 en 58-59. Van Schellen *RMThemis* 1984, p. 411 en Van der Veen *AA* 1989, p. 245-247. Minder expliciet: Asser/Rutten 1978, p. 192 en Asser/Rutten 1983, p. 92-93.

88 Er waren zeker ook voorstanders van het gesloten stelsel, zie bijvoorbeeld: Bloembergen *NJB* 1970, p. 125-130.

89 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 387.

een excessieve uitdijning van het recht op smartengeld ziet men tegenwoordig als de ratio van artikel 6:95 en 6:106 BW.⁹⁰ In de parlementaire geschiedenis zoekt men echter tevergeefs naar een uitleg waarom nu juist de gevallen die zijn opgesomd in artikel 6:106 BW, de gevallen zijn waarin een vergoeding van immateriële schade niet gemist kan worden en waarom dat in alle andere gevallen, bijvoorbeeld bij gederfd genot of plezier, wel kan.⁹¹

Tijdens het debat in de Tweede Kamer meende de Minister van Justitie dat de voorgestelde beperking van het recht op smartengeld in overeenstemming was met de in Nederland heersende rechtsovertuiging.⁹² Na de Tweede Wereldoorlog leek de houding van lagere rechters ten aanzien van smartengeld echter geleidelijk te veranderen. Er waren zeker nog lagere rechters die smartengeldvorderingen afwezen met de overweging dat zulke schade slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals bij letsel of belediging, voor vergoeding in aanmerking kwam.⁹³ Andere lagere rechters waren ruimhartiger met het toekennen van smartengeld, met name in gevallen dat een benadeelde als gevolg van een wanprestatie nagestreefd onstoffelijk voordeel misliep. Zo is er een aantal uitspraken waarin gedupeerde vakantiegangers smartengeld krijgen toegewezen voor het vakantiegenot dat zij misliepen als gevolg van een wanprestatie door hun reisbureau.⁹⁴ Ook de trouwfotograaf die een foto-rolletje kwijtraakte, was smartengeld verschuldigd aan het bruidspaar dat het door zijn fout zonder trouwfoto's moest stellen. De kantonrechter overwoog:⁹⁵

90 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 1998, p. 66-68.

91 Een verklaring kan zijn dat het bij de in de wet opgesomde gevallen in de regel gaat om ernstige immateriële schade. Een deel van de literatuur verdedigt ook dat uitsluitend bij zulke ernstige gevallen immateriële schade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, zie bijvoorbeeld: Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952, p. 33-34; Wachter 1978, p. 49 en recent Lindenbergh 2020, p. 143. Deze theorie verklaart goed waarom meer of minder sterk psychisch onbehagen niet voor vergoeding in aanmerking komt, maar is niet helemaal sluitend. Ook tamelijk triviale immateriële schade komt naar huidige recht voor vergoeding in aanmerking, zoals het leed dat gepaard gaat met een blauw oog (zie HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 m.nt. Lindenbergh (*Blauw oog*), r.o. 3.5) of de schaamte die het onterecht afgaan van een detectiepoortje tegen winkeldiefstal veroorzaakt (Kg Zwolle 22 augustus 1995, *TvC* 1996/2, p. 121, zie hierover Verheij *RMThemis* 1999, p. 341). Sommige vormen van ernstige immateriële schade komen daarentegen weer niet voor vergoeding in aanmerking, aldus Verheij *RMThemis* 1999, p. 341-343 en Verheij 2002, p. 433-434.

92 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 379.

93 Hof Arnhem 5 december 1967, ECLI:NL:GHARN:1967:AB7117, NJ 1969/501 (*Martens/Vermaire*).

94 Kg Utrecht 21 augustus 1972, NJ 1973/31 (*Goudriaan/Boers*); Geschillencommissie ANVR 24 juli 1973, ECLI:NL:XX:1973:AE3024, NJ 1974/384 en Kg Zaandam 11 april 1991, ECLI:NL:KTGZAA:1991:AI8466, *PrG*. 1991/3503 (*Hollanders/Gaudelle Vacancess*); Rb Amsterdam 14 november 1990, *Smartengeldgids* 1997/888; Hof Amsterdam 27 juni 1996, *Smartengeldgids* 1997/88 en Kg Maastricht 5 juli 1989, *Smartengeldgids* 1997/879. Zie ook: Rb Groningen 30 september 1970, NJ 1971/403 (*Hengelsportvereniging De Delle/Lich-Ijs BV*).

95 Kg Rotterdam 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, *PrG*. 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*).

‘Nu ook naar Nederlands recht een geldsom als vergoeding voor niet op geld waardeerbare schade geen onbekende figuur meer is en er ook geen reden is om in de contractuele sfeer onder de schade, bedoeld in artikel 1282 BW uitsluitend stoffelijke schade te verstaan en zelfs in artikel 1637w BW een wettelijke grondslag voor een niet op geld waardeerbare schade is te vinden voor het geval een der partijen bij de overeenkomst opzettelijk of door schuld in strijd met een harer verplichtingen heeft gehandeld, bestaat er voldoende grond om ook in het onderhavige geval aan eiser een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe te kennen.’

Desalniettemin is uiteindelijk de wettelijke regeling uit het ontwerp-Meijers nagenoeg onveranderd in het Nieuw BW terechtgekomen. Daarmee eindigde deze nieuwe ontwikkeling in de lagere rechtspraak.⁹⁶ In de jurisprudentie begon de hoofdregel dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren, tot ontwikkeling te komen. Maar, opmerkelijk genoeg, introduceerde de wetgever rond de invoering van het Nieuw BW opeens ook een nieuw recht op smartengeld, dat juist met deze hoofdregel botste.

3.3 DE UITZONDERING – PAKKETREIZEN

3.3.1 Van een nationaalrechtelijke uitzondering ...

Rond het jaar dat het Nieuw BW het levenslicht zag, voerde de wetgever ook enkele bepalingen in over de pakketreisovereenkomst om zo de Europese richtlijn betreffende pakketreizen te implementeren.⁹⁷ De wetgever besloot ook artikel 7:510 BW (oud) in deze regeling op te nemen:

‘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.’

De wetgever introduceerde daarmee een nieuw geval waarin een benadeelde aanspraak kon maken op smartengeld. De Minister van Justitie vond de invoering van deze nieuwe bepaling noodzakelijk, omdat het ‘op zijn minst twijfelachtig’ was of gederfd reisgenot – dat door allerlei ongerief, zoals stank

96 Zie bijvoorbeeld: Rb Amsterdam 14 december 1982, ELCI:NL:RBAMS:1982:AC3908, NJ 1983/395 (*Crematie*), waarin anticiperend op het Nieuw BW een smartengeldvordering van nabestaanden jegens een uitvaartonderneming wordt afgewezen. De uitvaartondernemer had bij een crematie de kisten van twee overledenen verwisseld, waardoor de nabestaanden niet hun echtgenoot en vader hadden gecremeerd, maar een willekeurige derde.

97 Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten.

en lawaai, kan worden veroorzaakt – voor vergoeding in aanmerking kwam, terwijl een vergoeding van immateriële schade in zulke gevallen wel billijk zou zijn.⁹⁸ In artikel 7:511 BW (oud) maximeerde de wetgever het smartengeld-bedrag tot eenmaal de betaalde reissom.

Artikel 7:510 BW (oud) vormde een uitzondering op het uitgangspunt dat een benadeelde geen recht op smartengeld heeft wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Krans en Lindenbergh waren om die reden kritisch over het nieuwe artikel. De bepaling bedreigde de coherentie van het gesloten en restrictieve stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW. Het was volgens hen maar moeilijk te rechtvaardigen dat een teleurgestelde vakantieganger wel recht had op smartengeld, terwijl benadeelden zo'n aanspraak bij een wanprestatie van andere overeenkomsten werd ontzegd.⁹⁹ Er bestond bovendien vrees dat lagere rechters artikel 7:510 BW (oud) analoog zouden toepassen op andere gevallen waarin een benadeelde als gevolg van een wanprestatie genot of plezier was misgelopen.¹⁰⁰

Die angst lijkt ongegrond te zijn geweest. Na de invoering van artikel 7:510 BW (oud) is weliswaar met enige regelmaat smartengeld toegekend wanneer een pakketreis in het water viel door de fout van een reisorganisator, maar rechters pasten artikel 7:510 BW (oud) restrictief toe.¹⁰¹ Zo wees een rechter de smartengeldvordering af van een benadeelde die uitsluitend een appartement en verder geen andere reisdiensten boekte bij een reisorganisator. Van een pakketreis is pas sprake wanneer de reisorganisator zich verplicht meer dan één reisdienst te verzorgen.¹⁰² Vereist is dat hij naast een overnachting bijvoorbeeld ook het vervoer naar de vakantiebestemming of een excursie regelt. Wanneer een reiziger alleen een hotel of appartement boekt, is dus geen sprake van een pakketreis en had een benadeelde geen recht op smartengeld op grond van artikel 7:510 BW (oud).¹⁰³

98 *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22506, nr 3 (*MvT*), p. 17-18.

99 Lindenbergh 1995, p. 76-77; Lindenbergh 1998, p. 117; Krans 1999, p. 256 en Lindenbergh *NTBR* 2004, p. 243-244. Zie recenter: Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 103-104. Dit argument kan uiteraard ook worden omgedraaid. Het feit dat een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer een reisovereenkomst niet wordt nagekomen, pleit ervoor om in vergelijkbare gevallen buiten het reisrecht benadeelden ook recht te geven op smartengeld. Zie daarover: Beumers *NTBR* 2016, p. 178.

100 Lindenbergh 1998, p. 117, voetnoot 120.

101 Rb Midden-Nederland 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5053, *NJF* 2016/471, r.o. 4.12; Rb Rotterdam 28 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10955, r.o. 4.5; Rb Amsterdam 9 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ0842, r.o. 4.41; Rb Rotterdam 1 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP1417, *NJF* 2011/115, r.o. 5.9; Rb Den Bosch 4 november 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BO3601, r.o. 2.15; Hof Amsterdam 6 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1478, *NJF* 2006/497, r.o. 4.11; Kg Den Haag 14 juli 2000, ECLI:NL:KTGSGR:2000:AJ0094, *Prg.* 2000, r.o. 22 en Kg Groenlo 25 mei 1998, ECLI:NL:KTGGNL:1998:AI9713, *Prg.* 1998/4982 m.nt. A.J.J. van der Heiden, r.o. 4.6.

102 Aldus ook het huidige artikel 7:500 BW.

103 Kg Zaandam 12 juni 1997, *TvC* 1998, p. 144-146 en Rb Haarlem 18 december 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AD8163, *VR* 2003/84, r.o. 5.6.

Artikel 7:510 BW (oud) gaf benadeelden die nagestreefd onstoffelijk voordeel misliepen als gevolg van een wanprestatie in een tamelijk specifiek, maar wel veelvoorkomend geval recht op smartengeld. Bij de recente implementatie van een nieuwe Europese richtlijn betreffende pakketreizen is artikel 7:510 BW (oud) uit het BW verdwenen.¹⁰⁴ Op het eerste gezicht lijkt het erop dat de wetgever dit recht op smartengeld daarmee heeft afgeschaft, maar niets is minder waar.

3.3.2 ... naar een Europeesrechtelijke aanspraak

In de huidige afdeling over de pakketreisovereenkomst zoekt men tevergeefs naar een bepaling die teleurgestelde vakantiegangers uitdrukkelijk recht geeft op smartengeld voor gederfd reisgenot. Bij de implementatie van de nieuwe richtlijn zijn de oude artikelen 7:510 en 7:511 BW geschrapt. Volgens een deel van de literatuur is het om die reden op zijn minst onzeker of een gedupeerde reiziger nog recht heeft op schadevergoeding voor gederfd reisgenot.¹⁰⁵ Artikel 6:95 BW vereist immers een wettelijke grondslag voor een recht op smartengeld. Door de schrapping van artikel 7:510 BW (oud) zou die grondslag zijn verdwenen. Zo lijkt Tjong Tjin Tai te suggereren dat de wetgever heeft beoogd om het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot af te schaffen.¹⁰⁶

Naar mijn mening is deze twijfel over het voortbestaan van dit recht op smartengeld ongegrond. Het nieuwe artikel 7:511 lid 2 BW – dat hetzelfde luidt als artikel 14 lid 2 van de nieuwe Richtlijn – bepaalt dat bij een wanprestatie een teleurgestelde reiziger recht heeft op een passende schadevergoeding van de reisorganisator voor ‘alle schade’ die hij heeft opgelopen. In zijn considerans laat de Europese wetgever er geen misverstand over bestaan dat ‘ook immateriële schade dient te worden vergoed’ en dat ‘deze kan bestaan uit schadevergoeding voor een derving van reis- of vakantiegenot ten gevolge van aanzienlijke problemen bij de uitvoering van de desbetreffende reisdiensten’.¹⁰⁷ De Europese wetgever sluit zo aan bij eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie. In 1997 ging de tienjarige Simone Leitner samen met haar ouders op vakantie naar Turkije.¹⁰⁸ Haar ouders hadden deze vakantie geboekt via het

104 Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen.

105 Katan *NTBR* 2019, p. 145-146. Zie ook: Kruiswijk Jansen *VR* 2018, p. 317-318; Van Wees *TvC* 2019, p. 66-70; De Leeuw & Tersteeg *Contracteren* 2019, p. 67-68 en Lindenberg 2020, p. 143.

106 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/532-533. Het gederfd reisgenot wordt via de prijsvermindering al goedge maakt, aldus Tjong Tjin Tai. Zie ook: Van Wees *TvC* 2019, p. 66-70 en eerder Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/529.

107 Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen, overweging 34.

108 HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*), par. 7-8.

reisbureau TUI. In de eerste week eet Simone in het hotel een met salmonella besmette maaltijd en loopt een ernstige voedselvergiftiging op, waardoor ze noodgedwongen de rest van haar vakantie met hoge koorts en hevige buikgriep in haar hotelkamer doorbrengt. In eerste aanleg wijst de Oostenrijkse rechter haar schadevergoedingsvordering voor gedeerd reisgenot af met de overweging dat naar Oostenrijks recht zulke immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. In hoger beroep vraagt de rechter zich af of artikel 5 van de oude Richtlijn betreffende pakketreizen een gedupeerde reiziger eveneens aanspraak geeft op een vergoeding van zijn immateriële schade. Hij legt deze vraag voor aan het Hof van Justitie. Het Hof antwoordt vervolgens bevestigend: ook de immateriële schade van een teleurgestelde vakantieganger moet worden vergoed wanneer een reisorganisator tekortschiet in de nakoming van een pakketreisovereenkomst.¹⁰⁹ Het blijkt nergens uit dat men bij de herziening van de Richtlijn betreffende pakketreizen op deze beslissing uit *Leitner/TUI* wilde terugkomen.¹¹⁰

Uit het Europese recht volgt dus dat onder ‘alle schade’ in de zin van artikel 7:511 lid 2 BW ook immateriële schade, zoals gedeerd reisgenot, moet worden begrepen. Zo legt in ieder geval de Nederlandse wetgever het nieuwe artikel uit. In de Memorie van Toelichting van de implementatiewet benadrukt de Minister van Justitie dat op grond van artikel 7:511 lid 2 BW ook immateriële schade, zoals gedeerd reisgenot, voor vergoeding in aanmerking komt.¹¹¹ Van Wees heeft de vraag opgeworpen of zulke richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:511 lid 2 BW het restrictieve stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW niet teveel geweld aandoet en daarmee *contra legem* is. Uit artikel 6:95 en 6:106 BW volgt volgens Van Wees dat immateriële schade alleen voor vergoeding in aanmerking komt wanneer de wet dat expliciet bepaalt. Nu artikel 7:511 lid 2 BW niet met zoveel woorden zegt dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt, zou een zodanige richtlijnconforme uitleg van deze bepaling in strijd kunnen zijn met het Nederlandse recht.¹¹²

Naar mijn idee is richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:511 lid 2 BW gewoon geoorloofd. Het is namelijk allerm minst zeker of het altijd vereist is dat een aanspraak op smartengeld uitdrukkelijk in de tekst van een wettelijke bepaling staat geschreven. Er lijkt ruimte te zijn om onder omstandigheden een recht op smartengeld uit een wetsbepaling af te leiden, hoewel een dergelij-

109 HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*), par. 23-24.

110 Kruiswijk Jansen VR 2018, p. 317-318 werpt de vraag op of de Europese wetgever het recht op smartengeld heeft willen beperken tot vakanties met *aanzienlijke* problemen. Dat lijkt mij van niet. De considerans lijkt een vakantie met aanzienlijke problemen vooral als een voorbeeld te gebruiken. Bovendien zou dit een breuk vormen met *Leitner/TUI*, waar een dergelijke beperking niet is aangebracht door het Hof van Justitie. Als een dergelijke beperking was voorgestaan, was dat ongetwijfeld uitdrukkelijker in de richtlijntekst of considerans ter sprake gekomen.

111 *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34688, nr. 3 (*MvT*), p. 33.

112 Van Wees *TvC* 2019, p. 69-70. Hij baseert zich met name op Lindenbergh 1998, p. 75-78.

ke aanspraak niet uitdrukkelijk wordt genoemd in de tekst van de bepaling. De tekst van artikel 6:95 BW en ook de parlementaire geschiedenis staan daaraan in ieder geval niet in de weg.¹¹³ Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad is hier steun voor te vinden. Zo oordeelde de Hoge Raad dat artikel 35 Bopz een patiënt die ten onrechte gedwongen is opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis, eveneens aanspraak geeft op smartengeld, hoewel de tekst van dit artikel dat niet uitdrukkelijk bepaalt. Dat is gerechtvaardigd, volgens de Hoge Raad, omdat de wetgever met artikel 35 Bopz heeft beoogd om te voldoen aan de internationale verplichtingen uit artikel 5 lid 5 van het EVRM. Op grond van deze verdragsrechtelijke bepaling heeft iemand die ten onrechte in hechtenis is genomen, recht op een vergoeding van zijn immateriële schade.¹¹⁴ Een vergelijkbare redenering gaat naar mijn idee op voor artikel 7:511 lid 2 BW. In de Memorie van Toelichting staat uitdrukkelijk vermeld dat onder alle schade ook immateriële schade moet worden begrepen. Het is daarnaast evident dat de wetgever hiermee beoogt een richtlijn te implementeren, die de Staat uitdrukkelijk voorschrijft om in een recht op smartengeld te voorzien. Bovendien blijkt uit de Memorie van Toelichting niet dat de wetgever de wil heeft gehad om het recht op smartengeld uit artikel 7:510 BW (oud) af te schaffen. Het was beter geweest om het recht op een vergoeding van immateriële schade expliciet in de wet te noemen – als was het maar om onduidelijkheid te voorkomen¹¹⁵ – maar het ontbreken van een dergelijke expliciete bepaling staat niet aan een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:511 lid 2 BW in de weg.

Ook in het huidige recht kan een gedupeerde reiziger dus met succes smartengeld vorderen wanneer hij door een wanprestatie van zijn reisorganisator het nagestreefde reisgenot misloopt. Deze aanspraak vindt haar oorsprong in het nationale recht, maar tegenwoordig ligt haar grondslag in een Europese richtlijn. Voor een gedupeerde reiziger maakt dat niets uit. Bij wanprestatie verkeert hij in een uitzonderingspositie ten opzichte van contractspartijen die een andere overeenkomst zijn aangegaan. Hij heeft immers recht op smartengeld zonder dat hij aan de strenge vereisten van artikel 6:106 BW hoeft te voldoen. Door recente ontwikkelingen in de rechtspraak over artikel 6:106 BW blijven echter ook contractspartijen die geen pakketreisovereenkomst zijn aangegaan, maar door een wanprestatie wel onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, tegenwoordig lang niet altijd meer met lege handen achter.

113 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332 zegt dat de wetgever uitdrukkelijk moet bepalen of een benadeelde recht heeft op smartengeld. Nergens staat dat hij verplicht is dat expliciet in een *wet* zelf te bepalen en dat hij niet kan volstaan door in de Memorie van Toelichting uit te leggen dat onder schade ook immateriële schade moet worden begrepen.

114 Zie 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, *NJ* 1997/682 m.nt. De Boer (*W./Staat*), r.o. 3.3. Kritisch over dit arrest: Van Boom *A&V* 1997, p. 46-47 en Lindenbergh 1998, p. 75-78.

115 Van Wees *TvC* 2019, p. 69-70.

3.4 AANTASTING IN DE PERSOON OP ANDERE WIJZE

3.4.1 Ruimte voor rechtsontwikkeling

Niet alleen bij lichamelijk letsel of bij een aantasting van de eer of goede naam heeft een benadeelde recht op smartengeld, maar ook wanneer hij 'op andere wijze' in zijn persoon is aangetast, zo blijkt uit de tekst van artikel 6:106 sub b BW. Volgens Lindenbergh zorgt deze laatste categorie voor enige 'rek' in het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW.¹¹⁶ De categorie is immers ruim geformuleerd: ook *alle* andere persoonsaantastingen geven een benadeelde recht op een vergoeding van zijn immateriële schade. Bovendien heeft de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van artikel 6:106 BW nauwelijks nadere invulling gegeven aan deze categorie.

Na de invoering van het Nieuw BW heeft de Hoge Raad wel een nadere invulling gegeven. Hij oordeelde allereerst dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze wanneer de benadeelde geestelijk letsel oploopt door de fout van een ander.¹¹⁷ Recenter aanvaardde de Hoge Raad dat ook buiten gevallen van geestelijk letsel een benadeelde op andere wijze in zijn persoon kan zijn aangetast. Daarmee schiep hij een nieuwe subcategorie van gevallen waarin een benadeelde recht heeft op smartengeld.

3.4.2 Groningse oudejaarsrellen en Baby Kelly

Tijdens de parlementaire behandeling vroeg een parlementslid aan de Minister van Justitie of een schending van iemands privacy kwalificeerde als een aantasting in de persoon op andere wijze, waarop de minister antwoordde dat dit inderdaad een persoonsaantasting is in de zin van artikel 6:106 BW.¹¹⁸ Vlak voor de invoering van het Nieuw BW aanvaardde ook de Hoge Raad dat een benadeelde recht heeft op smartengeld bij een privacyschending.¹¹⁹ Een uitgever publiceerde zonder toestemming een naaktfoto van een jonge vrouw op de achterkant van een naturistengids. Omdat de uitgever zodoende een ernstige inbreuk op de privacy van deze vrouw had gemaakt, was hij verplicht smartengeld te betalen, aldus de Hoge Raad.¹²⁰

In de jaren daarna veralgemeniseerde de Hoge Raad in twee baanbrekende arresten – *Groningse oudejaarsrellen* en *Baby Kelly* – deze nieuwe uitzondering.

¹¹⁶ Lindenbergh 1998, p. 129.

¹¹⁷ Zie daarover § 3.2.1.

¹¹⁸ *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 379 en 380.

¹¹⁹ Zie HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*), r.o. 3.5 en HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, NJ 1992/58 (*K./Staat*), r.o. 3.4.

¹²⁰ HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*), r.o. 3.5.

In de eerste zaak belaagde op oudejaarsavond een groep jongeren het huis van een lokale politicus. De jongeren gooiden stenen naar zijn huis en bestookten de ramen met vuurwerk. De politicus en zijn vrouw stonden doodsangsten uit in hun belegerde woning. Zij belden de politie voor hulp, maar die reageerde pas na vier uur op hun melding. Volgens de rechtbank was dit trage politieoptreden onrechtmatig jegens de politicus en zijn vrouw. Hoewel het echtpaar geen aantoonbaar psychisch letsel had opgelopen, kende de rechtbank de politicus en zijn vrouw toch smartengeld toe. Deze beslissing hield in sprongcassatie stand. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank terecht geoordeeld dat bij een 'zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning' benadeelden op andere wijze in hun persoon aangetast kunnen zijn.¹²¹ Een jaar later deed de Hoge Raad uitspraak in *Baby Kelly*. Een verloskundige vergat een prenataal onderzoek te verrichten en stelde daardoor niet vast dat een vrouw zwanger was van een ernstig gehandicapt kind. Als de vrouw van deze ernstige handicap zou hebben geweten, zou ze de zwangerschap hebben afgebroken. Nadat de baby gehandicapt ter wereld is gekomen, vorderen haar ouders in een civiele procedure onder meer een vergoeding voor hun immateriële schade. Door het prenatale onderzoek te vergeten, heeft de verloskundige de vrouw de mogelijkheid ontnomen om de zwangerschap af te breken en om de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen. Daarmee is haar zelfbeschikkingsrecht geschonden. De Hoge Raad is het daar mee eens:

'Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht [moet] worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.'¹²²

In de literatuur leidt men uit deze twee arresten af dat een benadeelde ook recht heeft op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht op ernstige wijze wordt geschonden. In zulke gevallen hoeft een benadeelde niet aan te tonen dat hij geestelijk letsel heeft opgelopen door de fout van een ander. In recente jurisprudentie legt de Hoge Raad het als volgt uit. Een benadeelde is in zijn persoon aangetast wanneer hij geestelijk letsel oploopt, maar

121 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrelen*), r.o. 3.11.

122 HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9.

‘[...] daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen dat van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is’.¹²³

Daarmee staat buiten kijf dat in het huidige recht in twee te onderscheiden gevallen sprake kan zijn van een aantasting in de persoon op andere wijze. Naast geestelijk letsel, kunnen ook de aard en de ernst van een normschending en de gevolgen daarvan leiden tot een aantasting in de persoon. Het Nederlandse recht biedt benadeelden daarmee meer mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen dan voorheen. De nieuwe subcategorie van persoons-aantastingen is echter nog verre van uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.

3.4.3 De reikwijdte van de nieuwe subcategorie

3.4.3.1 De aard en ernst van de normschending

De Hoge Raad geeft in zijn recentste arresten een ‘nogal open’ criterium.¹²⁴ Zo maakt de Hoge Raad geen onderscheid tussen verschillende soorten normen en lijkt zo in potentie bij een schending van iedere norm ruimte te bieden om een aantasting in de persoon op andere wijze aan te nemen. Volgens Lindenberg is het echter onaannemelijk dat de Hoge Raad met zijn open criterium een verruiming ten opzichte van zijn eerdere jurisprudentie voor ogen heeft gehad. Ook naar huidig recht zal waarschijnlijk niet iedere ernstige schending van een norm – zoals een opzettelijke wanprestatie door een verkoper van een auto – een aantasting in de persoon op andere wijze opleveren.¹²⁵ Ook naar huidig recht zal het moeten gaan om ‘een normschending, die naar zijn aard een fundamenteel persoonsbelang raakt’, aldus Lindenberg. Anders gezegd, ondanks de ruimere formulering van de Hoge Raad, blijft het vereist dat een persoonlijkheidsrecht van de benadeelde is geschonden.¹²⁶

123 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (*EBI*), r.o. 4.2.1. Zie in hetzelfde jaar: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.2. Het arrest HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 m.nt. Lindenberg (*Blauw oog*), r.o. 3.5 is de voorloper van dit arrest. Zie over de subtiele verschillen: Lindenberg *NTBR* 2019, p. 122.

124 Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125.

125 Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125-126.

126 Lindenberg *NTBR* 2019, p. 126. Lindenberg ziet wel ruimte om in andere schrijnende gevallen een recht op smartengeld te aanvaarden. Hij noemt als voorbeeld gevallen waarin de geschonden norm juist beoogt iemands immateriële belangen te beschermen. Hij beperkt dit vervolgens wel tot gevallen waarin de norm beoogt te voorkomen dat iemand extra leed ondervindt, zoals de zorgvuldige nakoming van een overeenkomst door een begrafenisondernemer. Normen die beogen immaterieel voordeel te verschaffen, zoals contractuele normen uit reisovereenkomsten, vallen er buiten.

In de Nederlandse jurisprudentie zijn inmiddels tal van geschreven en ongeschreven persoonlijkheidsrechten erkend. De rechtspraak over persoonlijkheidsrechten is casuïstisch en een algemene definitie van het persoonlijkheidsrecht ontbreekt vooralsnog. In de literatuur gaat men er vanuit dat er een algemeen recht op bescherming van de menselijke persoonlijkheid bestaat, waaruit vervolgens meer specifieke rechten kunnen worden afgeleid, zoals het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, autonomie, een eerlijk proces en vrijheid van meningsuiting.¹²⁷ Het algemene persoonlijkheidsrecht is daarmee een open en ruim begrip, dat mede wordt beïnvloed door grondrechten en mensenrechten. In de Nederlandse literatuur en jurisprudentie zijn de persoonlijkheidsrechten tot op heden relatief onderbelicht gebleven.¹²⁸ Volgens een deel van de literatuur leidt niet de schending van ieder persoonlijkheidsrecht tot een aantasting in de persoon op andere wijze zoals bedoeld in artikel 6:106 sub b BW. 'Som-mige persoonlijkheidsrechten zijn fundamenteeler dan andere', aldus Hart-lief.¹²⁹ Een benadeelde heeft alleen recht op smartengeld bij schendingen van persoonlijkheidsrechten die de meest essentiële persoonsbelangen bescher-men. Dat zijn de persoonlijkheidsrechten die raken aan de autonomie en de vrijheid van een benadeelde.¹³⁰ Lindenberg contrasteert zulke fundamentele persoonlijkheidsrechten met de persoonlijkheidsrechten die betrekking hebben op zelfontplooiing, zoals het recht van vereniging, vrijheid van meningsuiting en het recht op onderwijs. Schendingen van persoonlijkheidsrechten uit deze laatste groep zouden geen aantasting in de persoon zoals bedoeld in artikel 6:106 sub b BW tot gevolg hebben.¹³¹ Bij mijn weten, heeft de rechter zich tot op heden niet uitgesproken over de vraag of ook een schending van zulke zelfontplooiingsrechten een aantasting in de persoon op andere wijze kunnen meebrengen.¹³²

Het criterium van de Hoge Raad maakt verder duidelijk dat behalve aan de aard van het geschonden recht ook aan de ernst van de normschending gewicht toekomt.¹³³ Dat leek al te volgen uit de oudere rechtspraak van de

127 Lindenberg 1998, p. 150-151; Lindenberg *TvPr* 1999, p. 1672-1675; Verheij 2002, p. 490 en Van Dam 2015, p. 153.

128 Lindenberg *TvPr* 1999, p. 1673 en Abas *NTBR* 2007, p. 196.

129 Hartlief *AV&S* 2008, p. 243.

130 Verheij *RMThemis* 1999, p. 342-346; Verheij 2002, p. 492-494; Hartlief *NTBR* 2005, p. 238-249; Hartlief *AV&S* 2008, p. 241 en Nguyen *NJB* 2009, p. 1815.

131 Lindenberg 1998, p. 156 en Lindenberg *TvPr* 1999, p. 1694-1695.

132 In de eerdere arresten van de Hoge Raad ging het steeds om schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Daar nam de Hoge Raad steeds aan dat sprake was van een persoonsaantasting. Daaruit volgt niet noodzakelijkerwijs dat bij schendingen van andere normen geen sprake kan zijn van een persoonsaantasting.

133 Dat de ernst van de normschending van belang is, verdedigden reeds Lindenberg 1998, p. 155; Lindenberg *TvPr* 1999, p. 1694-1695; Verheij 2002, p. 277-278; Hartlief *AV&S* 2008, p. 244 en Nguyen *NJB* 2009, p. 1815. Andere auteurs meenden dat de ernst van de norm-

Hoge Raad, waarin meermaals werd overwogen dat een benadeelde in zijn persoon was aangetast, omdat er een 'ernstige' of 'grove' schending van zijn fundamentele persoonlijkheidsrecht had plaatsgevonden.¹³⁴ In de literatuur lijkt men het er over eens te zijn dat in ieder geval de mate van schuld mede bepalend is om te beoordelen of een normschending ernstig is. Bij opzet of bewuste roekeloosheid zal eerder sprake zijn van een persoonsaantasting dan bij risicoaansprakelijkheid.¹³⁵ Ook aan andere factoren komt volgens deze literatuur gewicht toe bij de beoordeling van de ernst van de normschending, zoals de hiervoor besproken aard van het geschonden recht.¹³⁶ Over één van deze factoren lopen de meningen sterk uiteen in de Nederlandse literatuur.

3.4.3.2 De nadelige gevolgen van de normschending

In *Baby Kelly* overwoog de Hoge Raad dat een zo ingrijpende aantasting van een zo fundamenteel recht moet 'worden aangemerkt als een persoonsaantasting'.¹³⁷ Een deel van de literatuur leidde uit deze overweging af dat het recht op smartengeld reeds bestaat zodra een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is aangetast, zelfs als dat verder geen nadelige gevolgen heeft voor de benadeelde. De schending van het fundamentele recht is de relevante schade, aldus Van Dam.¹³⁸ De enkele schending van een fundamenteel recht geeft een benadeelde al een aanspraak op smartengeld.¹³⁹ Deze interpretatie is gegrond op de achterliggende gedachte dat bij schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten de ratio van het toekennen van smartengeld niet zozeer is gelegen in het bieden van compensatie voor geleden nadeel, maar in rechtshandhaving. Het doel van smartengeld is in deze gevallen het handhaven van

schending minder, of zelfs niet, van belang is: Van Dam 2015, p. 166-168; Nguyen *NJB* 2009, p. 1816; Abas *NTBR* 2007, p. 198 en Giesen 2014, p. 67.

134 De Hoge Raad refereert vaak aan de ernst van de normschending: HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, *NJ* 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*) r.o. 3.5: 'ernstige aantasting in haar persoon'; HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, *NJ* 1992/58 (*K./Staat*), r.o. 3.4: 'een grove inbreuk'; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*), r.o. 3.11: 'zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon'; HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9: 'zo ingrijpende aantasting' en HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147 m.nt. Lindenbergh (*Blauw oog*); r.o. 3.5: 'bijzondere ernst van de normschending'.

135 Uitgebreid hierover: Lindenbergh *NTBR* 2019, 127-128.

136 Lindenbergh 1998, p. 156-157; Lindenbergh *TvPr* 1999, p. 1694-1695; Verheij 2002, p. 488-497 en Nguyen *NJB* 2009, p. 1815.

137 HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9. Zie ook: HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851, *NJ* 2013/479 (*Parool/Rex de P.*), r.o. 3.4.2.

138 Van Dam 2015, p. 168-169.

139 Van Dam 2015, p. 196; Hartlief *NTBR* 2005, p. 238-239 en Hartlief *AV&S* 2008, p. 244. Zie ook: Lindenbergh 2005, p. 325. De meeste van deze auteurs zien bij de begroting van de schade wel een rol voor de ernst van de gevolgen weggelegd.

fundamentele rechten. Dat wordt bereikt door een dader schadevergoeding te laten betalen zodra hij zulke rechten schendt. Rechtshandhaving voorkomt dat fundamentele rechten ‘weerloos’ zijn.¹⁴⁰ In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad deze interpretatie echter van de hand gewezen:

‘Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.’¹⁴¹

Een tot levenslang veroordeelde gedetineerde zat enkele maanden ten onrechte in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) in plaats van het detentieregime voor Gedetineerde met hoog Vlucht- of Maatschappelijk risico (GVM). Hij vorderde daarom in een civiele procedure smartengeld. Naar zijn mening had de Staat een fundamenteel persoonlijkheidsrecht geschonden, namelijk de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het hof oordeelde dat weliswaar dit fundamentele recht van de gedetineerde was geschonden, maar dat niet is komen vast te staan dat deze schending ook tot nadeel of immateriële schade heeft geleid. De gedetineerde slaagde er namelijk niet om het verschil tussen het detentieregime van de EBI en dat van het GVM aan te tonen. Daarom wees het hof zijn vordering af. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.¹⁴²

De Hoge Raad overweegt dat een benadeelde ‘met concrete omstandigheden zal moeten onderbouwen’ dat hij in zijn persoon is aangetast. Hij moet, anders gezegd, aannemelijk maken dat hij daadwerkelijk immaterieel nadeel heeft geleden door de normschending.¹⁴³ Over de vraag hoe een benadeelde dat precies moet doen, heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten, maar wel heeft hij in een ander arrest aangegeven wat *niet* volstaat. Woningeigenaren uit het gaswinningsgebied in Groningen hebben in verschillende procedures de NAM aansprakelijk gesteld, onder meer voor de immateriële schade die is veroorzaakt door de door gaswinning ontstane aardbevingen. Volgens deze woningeigenaren schendt de NAM hun persoonlijkheidsrecht, namelijk het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, meer specifiek het recht op ongestoord genot van de eigen woning. In een prejudiciële procedure over

140 Zie met name: Verheij *VR* 2013, p. 269-271. Zie verder onder meer Hartlief *NTBR* 2005, p. 232-248; Hartlief *AV&S* 2008, p. 237-247; Emaus 2013, p. 85-89; Giesen 2014, p. 59-62 en Van Dam 2015, p. 169.

141 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.2. A-G Hartlief had nog een vurig pleidooi gehouden om een andere richting op te gaan. Kritisch over de door Hartlief voorgestelde richting was reeds: Jansen *WPNR* 2017, p. 44-45. De overweging is vervolgens herhaald in: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.2 en HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.4.5.

142 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.3.2.

143 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie over het belang van de nadelige gevolgen: Lindenberg 2011, p. 94 en Verheij *AV&S* 2017, p. 110.

deze gaswinningsproblematiek vroeg de verwijzende rechter aan de Hoge Raad onder meer wanneer een benadeelde de gevolgen van zo'n normschending met voldoende concrete omstandigheden heeft onderbouwd. In een eerdere procedure vond de rechtbank het voldoende wanneer een benadeelde in het getroffen aardbevingsgebied woonde en een persoonlijke verklaring gaf over de invloed die de aardbevingen op hem hadden.¹⁴⁴ De Hoge Raad is van mening dat uitsluitend zo'n verklaring van een woningeigenaar uit het gaswinningsgebied niet volstaat.¹⁴⁵ Een benadeelde zal dus met meer concrete gegevens moeten komen.¹⁴⁶

Niet in alle gevallen rust op de benadeelde een plicht om het door hem geleden immateriële nadeel met objectieve omstandigheden te onderbouwen. In voorkomend geval, zo overweegt de Hoge Raad,

'[...] kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen'.¹⁴⁷

Als voorbeelden van zulke gevallen noemt de Hoge Raad *Baby Kelly* en *Groningse oudejaarsrellen*. De ouders van Kelly hoefden, met andere woorden, niet te bewijzen dat de fout van de verloskundige tot immateriële schade had geleid. Gezien de ernst van de schending van hun zelfbeschikkingsrecht mocht de rechter simpelweg aannemen dat de ouders nadelige gevolgen hadden ondervonden. De rechter mocht ook aannemen dat het uitblijven van hulp door de politie grote angst veroorzaakte bij de door relschoppers belaagde politicus.¹⁴⁸ In de jurisprudentie zal verder moeten uitkristalliseren in welke gevallen een benadeelde de immateriële schade met concrete omstandigheden moet onderbouwen en wanneer de rechter, gezien de aard en ernst van de normschending, het bestaan van zulke schade mag aannemen.¹⁴⁹

144 Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, NJF 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*), r.o. 4.4.8-4.4.9.

145 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.5.

146 Zie: Kg Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490, JAR 2019/241, r.o. 17-24 waarin een benadeelde hierin wel slaagt.

147 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie ook: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.2 en HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.4.5.

148 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie ook: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.6 waarin zo'n aanname uitdrukkelijk wordt opengehouden voor de woningeigenaren uit (bepaalde delen van) het aardbevingsgebied.

149 Zie hierover: Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125-126 en 127-128 die denkt dat toch vooral de ernst van de normschending doorslaggevend zal blijven. Zie ook Lindenberg, par. 11-19, in zijn noot onder HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 (EBI).

3.4.4 Het belang voor overeenkomsten waarmee onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd

De nieuwe categorie van aantastingen in de persoon op andere wijze roept dus nog de nodige vragen op, maar het begint wel duidelijk te worden dat deze categorie meer mogelijkheden biedt om met succes smartengeld te vorderen aan benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. Omdat de buitengrenzen van de nieuwe categorie nog niet helder zijn, is het lastig om in algemene zin te zeggen in welke mate deze mogelijkheden zijn verruimd voor hen. Toch biedt de lagere rechtspraak al enige relevante inzichten.

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer omvat mede het recht op het ongestoorde genot van de eigen woning. In de lagere rechtspraak is met enige regelmaat smartengeld toegekend aan een bewoner van een huis die ernstige overlast ervoer. De overlast vormde volgens deze rechters een ernstige schending van het recht op het ongestoorde genot van de eigen woning, waardoor de bewoner in zijn persoon was aangetast en recht had op smartengeld. In sommige van deze gevallen was de schending het gevolg van onrechtmatig handelen. Zo kende de rechtbank smartengeld toe aan huiseigenaren uit het Groningse aardbevingsgebied, omdat de NAM door de gaswinning hun recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer had geschonden.¹⁵⁰ Ook het gezin dat uitwerpselen en afval bij zijn burens over de schutting wierp – dat is uiteraard onrechtmatig – schond het recht op ongestoord woongenot van deze burens en was verplicht hun immateriële schade te vergoeden.¹⁵¹ Maar ook in het contractenrecht zijn voorbeelden te vinden. In een huurhuis heerste een rattenplaag. De bewoner vroeg zijn woningbouwcorporatie verschillende malen om wat tegen de ratten te doen, maar deze gaf steeds geen gehoor. De rechtbank oordeelde dat de woningbouwcorporatie daarmee haar verplichtingen uit de huurovereenkomst niet nakwam en ook haar huurders fundamentele persoonlijkheidsrecht op het ongestoorde genot van zijn eigen woning schond. De huurder kreeg om die reden smartengeld toegewezen.¹⁵² In een andere zaak maakte een aannemer grove fouten bij het plaatsen van een dakkapel, waardoor er ernstige lekkages ontstonden. Hij weigerde vervolgens tien jaar lang om de dakkapel te herstellen. Ook deze wanprestatie leidde tot een schending van het recht op het ongestoorde genot van de eigen woning.¹⁵³ Het is dus goed mogelijk dat een benadeelde die

150 Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, NJF 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*), r.o. 4.4.6.

151 Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, NJF 2016/435, r.o. 3.18. Voor oudere jurisprudentie, zie: Verheij 2002, p. 279.

152 Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3155, WR 2013/120 m.nt. De Waal (*Rattenplaag*), r.o. 4.6 en r.o. 4.12. Zie ook: Rb Almelo 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK2816, r.o. 4.1.

153 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8130 (*Dakkapel*), r.o. 2.30.

door een wanprestatie het door hem nagestreefde woongenot misloopt, recht heeft op smartengeld omdat eveneens zijn recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is geschonden.

Het is in meer gevallen denkbaar dat door een wanprestatie een fundamenteel persoonlijkheidsrecht wordt geschonden. Een vader die zijn kinderen ontvoerde naar het buitenland, moest de immateriële schade van de moeder vergoeden, omdat hij haar recht op een gezinsleven had geschonden.¹⁵⁴ Ook een stalker was verplicht smartengeld te betalen, omdat hij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van zijn slachtoffer schond.¹⁵⁵ Dit zijn uiteraard onrechtmatige daden, maar zulke schendingen kunnen ook het gevolg zijn van een wanprestatie. Een advocaat maakt een beroepsfout, waardoor de rechter het door zijn cliënt gevorderde straatverbod voor een stalker afwijst. Als gevolg hiervan blijft de stalker zijn cliënt lastigvallen. Het is te verdedigen dat de beroepsfout van de advocaat leidt tot een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van zijn cliënt.¹⁵⁶ Ook in de medische sfeer kunnen wanprestaties gemakkelijk leiden tot schendingen van persoonlijkheidsrechten, ook wanneer de gemaakte fout geen letsel tot gevolg heeft. *Baby Kelly* is daar een goed voorbeeld van. Door de nalatigheid van de verloskundige schoot het ziekenhuis tekort in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Deze wanprestatie leidde niet tot letsel bij de moeder van Kelly, maar wel tot een schending van haar zelfbeschikkingsrecht. Om die reden had de moeder van Kelly recht op smartengeld.¹⁵⁷ Met een vergelijkbare overweging is in enkele gevallen smartengeld toegekend aan patiënten die niet goed waren geïnformeerd over de risico's van een operatie.¹⁵⁸

Deze voorbeelden laten zien dat de nieuwe categorie van persoonsaantastingen in potentie de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen aanzienlijk verruimt voor een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Hoe groot deze verruiming uiteindelijk zal blijken te zijn, is op dit moment moeilijk te voorspellen. Het is niet waarschijnlijk dat de nieuwe subcategorie zo ruim zal zijn dat alle wanprestaties die ertoe leiden dat een benadeelde onstoffelijk voordeel misloopt, ook een aantasting in de persoon op andere wijze meebrengen. Wanneer een wanprestatie bijvoorbeeld

154 Hof Arnhem 22 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47 (*Kinderontvoering*), r.o. 2.9.

155 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2723, JA 2016/88 m.nt. Schreuder (*Stalking*), r.o. 2.8.

156 Zulke gevallen zijn te vergelijken met HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*). Daar schond de politie indirect de persoonlijke levenssfeer van een politicus door niet tijdig op te treden tegen relschoppers.

157 HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9.

158 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, r.o. 2.12.

leidt tot een mislukte vakantie, het kwijtraken van trouwfoto's of een vroegtijdige diskwalificatie in de Dakar Rally, zal toch niet snel een persoonlijkheidsrecht in het geding zijn.¹⁵⁹

3.5 TUSSENCONCLUSIE

Over het algemeen blijft dus de conclusie gerechtvaardigd dat in het huidige Nederlandse recht benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, slechts in uitzonderlijke gevallen recht hebben op smartengeld. Voor de invoering van het Nieuw BW leek de rechtspraak gaandeweg ruimhartiger te worden, maar met de invoering van het gesloten stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW is deze ontwikkeling in de jurisprudentie abrupt ten einde gekomen. De huidige lijn van de Hoge Raad is dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Op deze hoofdregel bestaat wel een uitzondering voor pakketreisovereenkomsten. Een gedupeerde vakantieganger heeft recht op smartengeld voor gederfd reisgenot wanneer een reisorganisator een pakketreisovereenkomst niet nakomt. Met de recente wijziging van de afdeling over pakketreizen in het BW is, anders dan in de literatuur wordt verdedigd, dit recht op smartengeld niet afgeschaft door de wetgever. Bovendien heeft een benadeelde die onstoffelijk voordeel is misgelopen recht op smartengeld wanneer de wanprestatie eveneens tot een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht heeft geleid. Wanneer van een schending van een fundamenteel recht kan worden gesproken, is nog niet volledig uitgekristalliseerd, maar uit de huidige rechtspraak blijkt al wel dat deze nieuwe subcategorie benadeelden zeker enige bescherming van hun immateriële contractuele belangen kan bieden, bijvoorbeeld bij gederfd woongenot.

159 In die zin ook Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125-126.

4 | Smartengeld in Duitsland

4.1 INLEIDING

Artikel 6:95 BW is ‘geïmporteerde waar’.¹ De bepaling is geïnspireerd op § 253 van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch.² Ook in het Duitse recht heeft een benadeelde uitsluitend recht op een vergoeding van zijn immateriële schade wanneer dat wettelijk is bepaald. De wetgever introduceerde deze hoofdregel al bij de invoering van het BGB en heeft het sindsdien steeds gehandhaafd (§ 4.2.1). Tegelijkertijd is § 253 BGB altijd omstreden geweest in de Duitse literatuur. De beperkte vergoedbaarheid van immateriële schade is in algemene zin bekritiseerd. Bovendien pleit een deel van de literatuur voor een specifieke aanspraak op smartengeld bij wanprestatie. Een benadeelde zou recht moeten hebben op smartengeld, wanneer een overeenkomst tot doel heeft hem onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar hij dit voordeel door de wanprestatie van zijn wederpartij is misgelopen (§ 4.2.2). Tot op heden bestaat zo’n algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie niet, maar bij één specifieke benoemde overeenkomst heeft een benadeelde wel recht op een vergoeding van zijn immateriële schade (§ 4.2.3). Op grond van § 651n BGB heeft een gedupeerde reiziger bij een wanprestatie van een pakketreisovereenkomst recht op smartengeld. Hoewel het BGH analoge toepassing van § 651n BGB op andere reisovereenkomsten onder omstandigheden toestaat, heeft de benadeelde die met een overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreeft, in de meeste gevallen geen recht op smartengeld (§ 4.3). Sinds de hervorming van het schadevergoedingsrecht in 2002 heeft een benadeelde niet alleen bij een onrechtmatige daad, maar óók bij wanprestatie recht op een vergoeding van zijn immateriële schade bij een ‘Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung’. Op het eerste oog lijkt dit een belangrijke uitbreiding van de rechten van teleurgestelde contractspartijen te zijn, maar bij nadere beschouwing blijkt dat ook na deze hervorming contractspartijen nauwelijks aanspraak hebben op smartengeld wanneer zij onstoffelijk voordeel zijn misgelopen als gevolg van een wanprestatie (§ 4.4.1-§ 4.4.2). Een deel van de Duitse literatuur is van mening dat een recht op een vergoeding van immateriële schade onder

1 Overeem 1979, p. 49.

2 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 378 (*Toelichting-Meijers*).

omstandigheden kan worden afgeleid uit de door partijen gesloten overeenkomst zelf (§ 4.4.3).

4.2 DE HOOFDREGEL – EEN GESLOTEN STELSEL

4.2.1 De hoofdregel van § 253 BGB

Sinds de invoering van het BGB is de eerste zin van § 253 BGB³ onveranderd gebleven:

‘Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.’

Het Duitse recht kent dus een gesloten stelsel van smartengeld. Uitsluitend wanneer dat wettelijk is bepaald, heeft een benadeelde recht op een vergoeding van zijn immateriële schade. Dit betekent *a contrario* dat wanneer een wettelijke grondslag ontbreekt, een benadeelde geen recht heeft op zo'n vergoeding.⁴ Verder volgt uit § 253 BGB een analogieverbod. Een wettelijke bepaling die een benadeelde recht geeft op smartengeld kan niet analoog worden toegepast op een vergelijkbaar geval dat buiten het toepassingsbereik van deze wettelijke regeling valt. Uit § 253 BGB volgt immers dat de beslissing in welke gevallen een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade en in welke gevallen niet, is voorbehouden aan de wetgever. Het staat rechters niet vrij om door middel van analoge toepassing het recht op smartengeld te verruimen.⁵ Zowel bij de invoering als bij latere hervormingen van het BGB is de Duitse wetgever steeds terughoudend geweest met het toekennen van zulke wettelijke rechten op smartengeld, met name in het contractenrecht. Zo bestond er gedurende de twintigste eeuw geen algemeen recht op schadevergoeding voor immateriële schade bij wanprestatie. Slechts in uitzonderlijke gevallen had een contractspartij recht op smartengeld.⁶ Dit veranderde pas toen de wetgever in 2002 besloot om § 847 BGB (oud) – de paragraaf waarin was geregeld in welke gevallen een slachtoffer van een onrechtmatige daad recht had op een vergoeding van zijn immateriële schade – te veralgemeniseren en om benadeelden bij wanprestatie in dezelfde gevallen als bij onrechtmatige daad recht op smartengeld toe te kennen.⁷

3 In 2002 voegde de wetgever wel een lid toe aan deze bepaling, zie daarover § 4.4.1.

4 *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 7.

5 *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 7.

6 Van deze uitzonderingen is naar huidige verkeersopvattingen de oude § 1300 BGB zonder twijfel het opvallendst. Het gaf een verloofde vrouw ‘van onbesproken gedrag’, recht op zogenoemd ‘Kranzgeld’ wanneer zij gedurende de verloving het bed had gedeeld met haar verloofde en deze vervolgens zonder goede reden de verloving had verbroken.

7 BT-Drs. 14/7752. Zie over dit voorstel: Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1031-1032.

Uit de parlementaire geschiedenis van het BGB blijkt dat de wetgever destijds twee redenen had om het recht op schadevergoeding voor immateriële schade te beperken tot enkele in de wet geregelde gevallen. Allereerst zou een algemeen recht op smartengeld lagere rechters een 'soevereiniteit' geven, die het Duitse recht vreemd was in de negentiende eeuw. Lagere rechters zouden dan namelijk een discretionaire bevoegdheid krijgen om naar eigen inzicht de omvang van immateriële schade te begroten. Het *Reichsgericht* zou onvoldoende in staat zijn om de uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid te corrigeren.⁸ Men vreesde dat dit zou leiden tot 'Franse toestanden'. In Frankrijk zouden rechters namelijk 'jeden Maßstab verloren' zijn.⁹ Ten tweede zou het aannemen van een algemeen recht op smartengeld indruisen tegen de in 'betere kringen van de samenleving' heersende verkeersopvattingen van die tijd. Deze verkeersopvattingen van de hogere standen van de Duitse samenleving zouden zich verzetten tegen het met geld compenseren van smart. Smartengeld zou uitsluitend 'die schlechteren Elemente' tot voordeel strekken, zou winstbejag, egoïsme en begeerte bevorderen en zou leiden tot talrijke chicaneuze gerechtelijke procedures.¹⁰

De consensus in de moderne literatuur is dat deze oorspronkelijke redenen om het recht op smartengeld te beperken grotendeels achterhaald zijn. De rol van de Duitse rechter is in de loop der jaren fundamenteel veranderd: het staat tegenwoordig niet meer ter discussie dat rechters een discretionaire bevoegdheid hebben – en zouden moeten hebben – om naar eigen inzicht geleden schade te begroten.¹¹ Ook de Duitse verkeersopvattingen zijn sinds de negentiende eeuw fundamenteel gewijzigd. Het toekennen van smartengeld vindt men tegenwoordig niet meer amoreel of verwerpelijk.¹² Voor de hoofdregel van § 253 BGB *zelf* is desalniettemin – zij het om andere redenen dan die in de parlementaire geschiedenis naar voren zijn gebracht – ook tegenwoordig nog steun.¹³ Zo vrezen voorstanders van deze bepaling een te grote uitdijning van het schadevergoedingsrecht wanneer alle immateriële schade voor vergoeding in aanmerking zou komen.¹⁴ Het feit dat het onmogelijk is voor feitenrechters om immateriële schade precies te begroten en daarmee om de door hen toegekende smartengeldbedragen te controleren, is ook tegenwoordig een belangrijk argument ten faveure van § 253 BGB.¹⁵ Bovendien is er onverminderd angst voor onaangename en onsmakelijke gerechtelijke procedures

8 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*).

9 Mugdan 1899, p. 517 (*Materialien II, Protokolle*).

10 Mugdan 1899, p. 517 (*Materialien II, Protokolle*).

11 Nörr AcP 1958, p. 2-3; Coing JZ 1958, p. 558-559; Wiese 1964, p. 13-14; Hohloch 1981, p. 439 en Lange/Schiemann 2003, p. 426.

12 Nörr AcP 1958, p. 2-3; Coing JZ 1958, p. 558-559; Wiese 1964, p. 14-16; Hohloch 1981, p. 439-440; Lange/Schiemann 2003, p. 426 en Maslow 2015, p. 107.

13 Voor een overzicht: Maslow 2015, p. 107.

14 Lange/Schiemann 2003, p. 426-427.

15 Lange/Schiemann 2003, p. 426.

en misbruik door benadeelden.¹⁶ Ook zou het toekennen van smartengeld leiden tot een stijging van de prijzen van goederen en diensten. Een aanbieder loopt een groter aansprakelijkheidsrisico wanneer hij bij wanprestatie ook immateriële schade moet vergoeden. Tegen dit risico zal hij zich willen verzekeren, wat vervolgens zijn weerslag vindt in de door hem gevraagde prijs voor zijn goederen en diensten.¹⁷

4.2.2 Een tegengeluid

4.2.2.1 Algemeen

De hoofdregel van § 253 BGB is altijd omstreden geweest. Al in de negentiende eeuw bestond er een stroming in de Duitse literatuur die pleitte voor een algemeen recht op schadevergoeding voor immateriële schade, juist ook in het contractenrecht. Deze stroming bestreed in de eerste plaats de dominante opvatting in de oudere Duitse literatuur¹⁸ dat van een verbintenis pas sprake kan zijn wanneer de prestatie waartoe de verbintenis verplicht een economische waarde heeft.¹⁹ Deze oudere Duitse literatuur was van mening dat het vermogensrecht uitsluitend vermogensbelangen beschermt.²⁰ Er is geen sprake van een verbintenis wanneer een contractspartij een prestatie bedingt die geen vermogenswaarde heeft maar haar uitsluitend onstoffelijk voordeel verschaft, zoals een vakantieganger die een hotelkamer met uitzicht boekt, een verhuurder die contractueel vastlegt dat zijn huurder geen piano mag spelen en een gezin dat kaartjes koopt voor een speeltuin. Zulke bedingen zijn niet in rechte afdwingbaar, omdat het plezier van een mooi uitzicht, een rustig huis of toegang tot een speeltuin geen vermogensvermeerdering tot gevolg heeft. Wanneer zulke prestaties uitblijven, is er dus ook geen recht op een vergoeding van eventuele immateriële schade.²¹ Von Jhering vond allereerst deze interpretatie van het begrip vermogensbelang te beperkt. Hoewel contractuele prestaties zoals die van de hotelgast, de verhuurder en het gezin, geen vermogensvermeerdering tot gevolg hebben, kunnen zulke prestaties wel degelijk een economische waarde hebben. De contactspartijen in deze voorbeelden hebben immers uitgaven moeten doen om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. De contractuele prestaties hebben, met andere woorden, geld gekost, waardoor ze wel degelijk een economische waarde hebben. De beperkte interpretatie van het begrip vermogensbelang zou er volgens Von Jhering ten onrechte toe

16 *Lange/Schiemann* 2003, p. 426.

17 *Honsell JuS* 1976, p. 228.

18 Een opvatting van de zogenoemde Historische School.

19 Zie Göthel *AcP* 2005, p. 49 voor een overzicht.

20 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 43-44.

21 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 43-49.

leiden dat al het vermogen van een benadeelde dat is omgezet in onstoffelijke voordelen onbeschermd blijft.²²

Von Jhering bekritiseerde niet alleen deze enge interpretatie van het begrip vermogensbelang, maar bestreed ook de achterliggende gedachte dat het verbintenissenrecht uitsluitend de vermogensbelangen van een contractspartij – en dus niet zijn immateriële belangen – zou beschermen. Voor de bescherming van de bindende kracht van overeenkomsten is het onontbeerlijk dat een benadeelde ook recht heeft op schadevergoeding wanneer hij slechts immateriële schade lijdt als gevolg van een wanprestatie. Von Jhering erkent dat geld niet het precieze equivalent is van de geleden immateriële schade, maar wijst erop dat een geldbedrag wel ‘Satisfaktion’ kan bieden aan een benadeelde.²³ Von Jhering stond zeker niet alleen.²⁴ Een deel van de literatuur deelde zijn opvatting dat geld en onstoffelijke voordelen, zoals plezier, gezondheid en eer, weliswaar ongelijke grootheden zijn, maar dat een geldbedrag wel degelijk enige compensatie kan bieden voor immateriële schade. Een vergoeding stelt de benadeelde immers in staat op een andere wijze zijn levensgeluk te vergroten.²⁵ Smartengeld werd gezien als een ‘Gegenvorteil’. Voorstanders verschilden enigszins van mening over de functie van smartengeld. Een deel van de literatuur benadrukte dat smartengeld genoegdoening biedt voor het geschonden rechtsgevoel van de benadeelde en wees op de preventieve werking van smartengeld, terwijl het andere deel van de literatuur de nadruk legde op de compensatiefunctie. Zij deelden de opvatting dat zulke vergoedingen geenszins privaatrechtelijke boetes zijn of een bestraffende functie hebben, zoals tegenstanders van een algemeen recht op smartengeld regelmatig aanvoerden.²⁶

Precies deze aan populariteit winnende rechtsopvatting wilde de wetgever met de invoering van § 253 BGB de kop indrukken. Een inperking van het recht op smartengeld was, volgens de wetgever, nodig

‘[...] da gegenwärtig eine lebhaftige Strömung zu Gunsten einer solchen Entschädigung besteht’.²⁷

Wel aanvaardde de wetgever dat ook sprake kan zijn van een verbintenis, wanneer de prestatie waartoe deze verbintenis verplicht geen vermogenswaar-

22 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 49.

23 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 50-53 en Von Jhering 1881, p. 84-86.

24 Zie Göthel *AcP* 2005, p. 51-53 voor een uitgebreid overzicht.

25 Von Wächter 1874, p. 74-75 en Köhler *Arch. BR* 1891, p. 257-258 wezen erop dat het feit dat iets niet volledig in geld kan worden uitgedrukt, er niet toe kan leiden dat er helemaal niets betaald hoeft te worden. Men moet proberen het nadeel zoveel mogelijk te benaderen. Het is ook niet mogelijk om de intrinsieke waarde van een kunstwerk of een wetenschappelijke ontdekking in een geldsom te vatten, maar dat betekent niet dat de kunstenaar en de wetenschapper daarom niet betaald hoeven te worden.

26 Göthel *AcP* 2005, p. 51-53.

27 Mugdan 1899, p. 515 (*Materialien II, Protokolle*).

de heeft, maar uitsluitend onstoffelijk voordeel verschaft.²⁸ Maar, zo overweegt de wetgever, uit deze aanvaarding volgt geenszins dat

'[...] bei Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein soll'.²⁹

Een deel van de Duitse literatuur vond deze overwegingen van de wetgever inconsequent. Wanneer men eenmaal aanvaardt dat het verbintenissenrecht ook immateriële belangen beschermt, moet men benadeelden bij de aantasting van zulke belangen ook een recht op smartengeld geven.³⁰ Door § 253 BGB wordt de bescherming van immateriële belangen ten onrechte achtergesteld bij de bescherming van vermogensbelangen.³¹ Het BGB zou daarmee materialistisch zijn, omdat het uitsluitend bescherming biedt aan de vermogenspositie van de benadeelde, maar geen oog heeft voor zijn geestelijke welbevinden.³² Smartengeld zou een benadeelde in staat stellen zijn levensgeluk op een andere wijze te vergroten. Geld vormt, volgens Von Gierke, immers 'den Schlüssel für ideale Genüsse'.³³

Ondanks deze fundamentele kritiek vindt men, zoals gezegd, § 253 BGB ook in het huidige BGB terug. In de naoorlogse literatuur stond het gesloten stelsel zelf eigenlijk nauwelijks meer ter discussie. Zo was Hohloch, die ter voorbereiding op een voorgenomen hervorming van het BGB door de Minister van Justitie was gevraagd een advies te schrijven over het Duitse schadevergoedingsrecht, zeer kritisch over het toenmalige § 253 BGB. Hij deed tal van voorstellen om het recht op smartengeld te verruimen, maar hij adviseerde ook om het gesloten stelsel *zelf* te behouden.³⁴ Recente kritiek in de literatuur richt zich met name op de gevallen waarin de wet niet voorziet in een recht op een vergoeding van immateriële schade, maar dat wel zou moeten doen. Zo wordt er in de Duitse literatuur al decennia gepleit om wettelijk te bepalen

28 De discussie over wat een vermogensbelang en wat een immaterieel belang is, verloor daardoor enigszins haar relevantie. Voor een overzicht van de Duitse literatuur, zie Küppers 1976, p. 5-17. Hij laat zien dat dit debat in wezen de voorloper is van de discussie over de vraag waar de grens tussen vermogensschade en ander nadeel ligt.

29 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*).

30 Braschos 1979, p. 130.

31 Coing JZ 1958, p. 560; Wiese 1964, p. 12-13 en Stoll 1965, p. 125.

32 Stoll 1965, p. 61 onder verwijzing naar Von Liszt. Zowel voor- als tegenstanders schermen overigens met het verwijt van materialisme. Men kan namelijk evengoed volhouden dat materialisme wordt aangewakkerd als men ieder immaterieel nadeel of voordeel in geld probeert uit te drukken, zie: Lange/Schiemann 2003, p. 426-427. Honsell JuS 1976, p. 226 wijst erop dat om precies die reden in (ondertussen voormalige) Oostbloklanden geen recht op smartengeld bestond. Het uitdrukken van ideële waarde in geld is het toppunt van bourgeoisie.

33 Von Gierke 1917, p. 83. In vergelijkbare zin: Von Gierke 1888, p. 196-198; Nörr AcP 1958, p. 2; Wiese 1964, p. 14 en Braschos 1979, p. 131.

34 Hohloch 1981, p. 439-440. Zie eerder ook: Nörr AcP 1958, p. 4-5, 16 en Wiese 1964, p. 61.

dat bij ernstige schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht een benadeelde aanspraak heeft op smartengeld.³⁵ Vóór de hervorming van het BGB in 2002 richtte een deel van de kritiek in de literatuur zich op het feit dat bij onrechtmatige daad in bepaalde gevallen een recht op smartengeld bestond, maar bij wanprestatie niet.³⁶ Met de hervorming van het schadevergoedingsrecht is dit verschil tussen onrechtmatige daad en wanprestatie verdwenen, maar sinds de negentiende eeuw gaan er in de literatuur stemmen op om bij wanprestatie nog een stap verder te gaan.

4.2.2.2 Overeenkomsten waarmee onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd

In de kern komt het in de literatuur bepleite voorstel er op neer om een contractspartij ook een recht op smartengeld toe te kennen, wanneer een overeenkomst tot doel heeft om haar onstoffelijk voordeel verschaffen, maar zij dit voordeel is misgelopen doordat haar wederpartij haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen.

De oorsprong van dit idee ligt in het voorontwerp van het BGB. Voorontwerper Von Kübel overwoog dat een contractspartij bij wanprestatie recht zou moeten hebben op een vergoeding van haar immateriële schade wanneer de door haar bedongen prestatie geen vermogenswaarde heeft, maar haar slechts onstoffelijk voordeel beoogt te verschaffen. Zonder zo'n aanspraak zou de rechtsbescherming van contractspartijen die met een overeenkomst onstoffelijk voordelen nastreven, tekortschieten. Het zou immers betekenen dat een contractspartij met lege handen achterblijft, wanneer het vorderen van nakoming van de contractuele verplichtingen niet meer mogelijk is. Wanneer men eenmaal aanvaardt dat ook sprake kan zijn van een verbintenis wanneer de prestatie waartoe de verbintenis verplicht geen economische waarde heeft, moet een benadeelde bij een aantasting van zijn immateriële contractuele belangen ook recht hebben op een vergoeding van zijn immateriële schade.³⁷ Von Kübel deed een concreet voorstel:

‘Ist der Schuldner durch einen Vertrag zu einer Leistung verpflichtet, welche keinen Vermögenswerth hat, so ist der Gläubiger wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit Schadensersatz in Geld nach billigem Ermessen, jedoch nicht über den Betragen von 6000 M. zu fordern berechtigt.’³⁸

Zoals gezegd, stond de wetgever afwijzend tegenover een recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie. Bovendien deelde hij niet de opvatting dat zonder dit voorgestelde recht op smartengeld een leemte zou ontstaan

35 Zie daarover: MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 5.

36 Braschos 1979, p. 1 wijdde nog de helft van zijn proefschrift aan deze vraag. Zie ook: Wiese 1964, p. 10-11 en Hohloch 1981, p. 438.

37 Schubert 1980, p. 17-19. Zie ook: Maslow 2015, p. 104-106.

38 Mugdan 1899, p. 515 (*Materialien II, Protokolle*).

in de rechtsbescherming van teleurgestelde contractspartijen. Een contractspartij kan immers tijdens de onderhandelingen een boete of een recht op een vergoeding van haar immateriële schade bedingen.³⁹ Dit argument heeft de Duitse literatuur nooit kunnen overtuigen. Binnen het huidige economische verkeer is het idee dat een consument een boete of een recht op smartengeld kan bedingen 'op zijn best naïef te noemen', aldus Schiemann.⁴⁰ Wanneer een consument een overeenkomst aangaat met een commerciële partij zal er in de regel helemaal geen ruimte zijn om te onderhandelen over de algemene voorwaarden, zeker niet wanneer hij contracteert met een grote aanbieder.⁴¹ Bovendien zullen de meeste leken niet eens weten dat er een mogelijkheid bestaat om een contractueel recht op smartengeld te bedingen.⁴²

Sinds de invoering van het BGB gaan er dan ook stemmen op om een wettelijk recht op smartengeld aan het BGB toe te voegen dat contractspartijen bij wanprestatie aanspraak geeft op een vergoeding van hun immateriële schade, wanneer zij met hun overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreven. In zijn advies aan de Minister van Justitie uit 1987 stelde Hohloch een nieuw wettelijk recht op smartengeld voor dat vergelijkbaar is met Von Kübels voorstel uit het voorontwerp van het BGB. Hohloch adviseerde om aan § 253 BGB toe te voegen dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt

'[...] wenn der Schutz oder die Förderung der immateriellen Interessen Gegenstand einer besonderen Vereinbarung oder Pflichtenstellung des Schädigers war'.⁴³

Hohloch brengt een essentiële beperking aan die andere voorstanders in de regel ook verdedigen: de wederpartij is pas aansprakelijk voor immateriële schade wanneer de bescherming of bevordering van immateriële belangen binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst valt.⁴⁴ Deze beperking – die bij sommige voorstanders op het Engelse recht is geïnspireerd⁴⁵ – moet voorkomen dat bijvoorbeeld bij 'gewone' koopovereenkomsten, de wanpresterende verkoper aansprakelijk is voor alle gemiste onstoffelijke voordelen en al het geleden immateriële nadeel van zijn koper. De verkoper zou zich in beginsel niet moeten hoeven te bekommeren om alle mogelijke immateriële doelen die zijn koper nastreeft met het gekochte goed. Het mislopen van onstoffelijke voordelen en de eventuele ergernis en frustratie die het gevolg

39 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*).

40 Lange/Schiemann 2003, p. 426. Zie ook: Voß ZRP 1999, p. 453 en Maslow 2015, p. 171-172.

41 Wagner 2006, p. 52 en Maslow 2015, p. 171-172.

42 Wiese 1964, p. 11 en Maslow 2015, p. 171.

43 Hohloch 1981, p. 374.

44 Stoll 1965, p. 148-149; Schmitz 1980, p. 253-258; Thüsing *VerS* 2001, p. 296-297; Wagner *JZ* 2004, p. 330 en Wagner 2006, p. 53. Een vergelijkbare uitzondering bepleit in wezen Maultzsch *JZ* 2010, p. 944-945.

45 Zie bijvoorbeeld: Schmitz 1980, p. 253-258; Thüsing *VerS* 2001, p. 290-292 en Maslow 2015, p. 180.

zijn van zijn wanprestatie zouden in beginsel voor risico van de koper moeten blijven.⁴⁶ Dat wordt slechts anders wanneer de contractspartijen het verwezenlijken van onstoffelijk voordeel binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst hebben gebracht en de verkoper het risico op het ontstaan van immateriële schade bij wanprestatie heeft overgenomen.⁴⁷

De hamvraag is dan vervolgens wanneer van zulke risico-overname sprake zou zijn. In de literatuur zijn een paar algemene lijnen te ontwaren. Het enkele feit dat de wederpartij kon voorzien dat de benadeelde onstoffelijke voordelen nastreefde met een overeenkomst, is nog niet voldoende om haar aansprakelijk te houden voor de geleden immateriële schade. Ook het feit dat de benadeelde aan zijn wederpartij kenbaar heeft gemaakt dat hij met de overeenkomst immateriële doelen nastreeft, volstaat nog niet voor aansprakelijkheid.⁴⁸ Er moeten daarnaast concrete omstandigheden zijn waaruit blijkt dat de wederpartij zich heeft verplicht de immateriële belangen van de benadeelde te waarborgen. Met andere woorden, het realiseren van onstoffelijk voordeel moet een 'beschermingsdoel' (*Schutzzweck*) van de overeenkomst zijn.⁴⁹ Dat kan bijvoorbeeld blijken uit het feit dat de contractsprijs hoger is dan gebruikelijk, uit mededelingen van de wederpartij die bij de benadeelde het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij zijn onstoffelijke voordeel zou verkrijgen, uit garanties van de wederpartij of uit additionele bedongen contractuele verplichtingen die ter bescherming van zijn immateriële contractuele belang dienen.⁵⁰ Riedel geeft als voorbeeld een transportbedrijf dat in opdracht een juweel met grote emotionele waarde vervoert. Wanneer de opdrachtgever niets mededeelt over de emotionele waarde van het sieraad, is het transportbedrijf niet aansprakelijk voor de eventuele immateriële schade wanneer het het juweel tijdens het vervoer kwijtraakt. Stelt de opdrachtgever het transportbedrijf daarentegen op de hoogte van de grote emotionele waarde van het juweel en garandeert het transportbedrijf, bijvoorbeeld tegen een hogere vergoeding, extra goed op het sieraad te zullen letten, dan is het transportbedrijf wel aansprakelijk voor de immateriële schade van de opdrachtgever wanneer het het sieraad vervolgens alsnog verliest.⁵¹

Bovendien aanvaardt een deel van de literatuur dat bepaalde overeenkomsten er naar hun aard toe strekken de immateriële belangen van een van de contractspartijen te waarborgen. Bij zulke overeenkomsten vallen de immateriële contractuele belangen inherent binnen het beschermingsbereik van de

46 Braschos 1979, p. 143-145; Ströfer 1982, p. 229-230; Riedel 2003, p. 165 en Maslow 2015, p. 182-183. Zie met name ook: Thüsing *VerS* 2001, p. 296.

47 Maslow 2015, p. 180-181 en 183.

48 Braschos 1979, p. 145; Ströfer 1982, p. 217; Riedel 2003, p. 165 en Maslow 2015, p. 183-184.

49 Braschos 1979, p. 145 stelt voorop dat partijen het uiteraard ook gewoon op papier kunnen zetten, maar dat dit nauwelijks gebeurt.

50 Braschos 1979, p. 145-147; Ströfer 1982, p. 229-230; Riedel 2003, p. 172-173 en Maslow 2015, p. 183-187.

51 Riedel 2003, p. 165.

overeenkomst. In deze gevallen heeft de benadeelde dus in beginsel wel aanspraak op smartengeld wanneer zijn wederpartij de overeenkomst niet nakomt.⁵² Als voorbeeld van zo'n overeenkomst voert de literatuur steevast de pakketreisovereenkomst aan. Het is evident dat een vakantieganger met zo'n overeenkomst hoofdzakelijk onstoffelijk voordeel nastreeft en hij immateriële schade lijdt wanneer de reisorganisator zijn contractuele verplichtingen niet nakomt.⁵³ Andere voorbeelden die veelvuldig naar voren komen zijn huur- of cateringovereenkomsten met betrekking tot feestlocaties⁵⁴ en de tamelijk specifieke overeenkomst tot het invriezen en bewaren van sperma van mannen die door een geplande geneeskundige behandeling onvruchtbaar dreigen te worden.⁵⁵ Ook overeenkomsten in de familierechtelijke sfeer, zoals convenanten tussen gescheiden ouders over de omgang met hun kinderen, rekent men tot zulke 'sachtypische' overeenkomsten.⁵⁶

Hohlochs voorgestelde toevoeging aan § 253 BGB heeft het uiteindelijke wetsvoorstel niet gehaald. Toch is dit in de literatuur bepleite idee niet zuiver academisch gebleven. In het huidige Duitse recht heeft een teleurgestelde contractspartij bij één benoemde overeenkomst wel aanspraak op een vergoeding van haar immateriële schade. Deze benoemde overeenkomst heeft bovendien bij uitstek tot doel een onstoffelijk voordeel te verschaffen: de pakketreisovereenkomst.

4.3 DE UITZONDERING – PAKKETREIZEN

4.3.1 Geharmoniseerd recht

In het Duitse recht heeft een vakantieganger recht op schadevergoeding voor gederfd reisgenot wanneer een reisorganisator zijn contractuele verplichtingen uit een pakketreisovereenkomst niet nakomt. Ook in Duitsland volgt dat sinds *Leitner/TUI* simpelweg uit het Europese recht. Toch is het interessant uitgebreider stil te staan bij het Duitse recht op schadevergoeding voor gederfd reisgenot, dat in het huidige BGB is te vinden in § 651n lid 2 BGB en voorheen in § 651f lid 2 BGB. Net zoals in Nederland, bestond er in Duitsland namelijk al vóór *Leitner/TUI* een nationaalrechtelijke aanspraak op schadevergoeding bij mislukte vakanties. De ontwikkeling van dit Duitse recht op schadevergoeding is bovendien interessant omdat het een heuse metamorfose heeft ondergaan. Het BGH zag de geleden schade eerst nog als een vorm van vermogensschade,

52 Maslow 2015, p. 187-189 en, in zekere zin, Schmitz 1980, p. 257. Zie ook: Braschos 1979, p. 147-149 en Riedel 2003, p. 168-169, die in veel beperkte mate het bestaan van zulke overeenkomsten aannemen.

53 Ströfer 1982, p. 225-227; Riedel 2003, p. 169 en Maslow 2015, p. 189-192.

54 Wagner JZ 2004, p. 330.

55 Maslow 2015, p. 192-193.

56 Braschos 1979, p. 148 en Riedel 2003, p. 170.

maar gaandeweg veranderde zijn visie. Tegenwoordig kwalificeert het BGH de vordering van § 651n lid 2 BGB als een vergoeding van immateriële schade voor gederfd vakantiegenot.

4.3.2 Een metamorfose

4.3.2.1 *Verspilde vakantiedagen*

In het *Seereise-fall* kregen twee echtgenoten schadevergoeding voor het feit dat zij het tijdens een cruise naar de Canarische eilanden zonder hun bagage moesten stellen. Het BGH kwalificeerde de door het echtpaar geleden schade als vermogensschade, maar maakte onvoldoende duidelijk waar die vermogensschade precies in gelegen was: het gemiste genot van de cruise zelf of de tevergeefs gemaakte kosten om het plezier van de cruise te verkrijgen. In zijn latere jurisprudentie over het tijdelijk missen van het gebruiksgenot van een goed aanvaardde het BGH de commercialiseringsgedachte. Het gemiste gebruiksgenot zelf, zoals dat van een auto of een huis, vormt onder omstandigheden vermogensschade.⁵⁷ In latere jurisprudentie over mislukte vakanties kwalificeerden lagere rechters daarentegen de tevergeefs gemaakte kosten om het vakantiegenot te verkrijgen als de te vergoeden schade. Zij leken daarmee juist de frustratieleer te aanvaarden.⁵⁸

Toch begon ook in deze jurisprudentie de commercialiseringsgedachte gaandeweg een essentiële rol te spelen. Wanneer iemand met een inkomen op vakantie wil, zal hij vrije dagen moeten opnemen. Als de vakantie vervolgens door een fout van de reisorganisator in het water valt, is het opnemen van deze vakantiedagen tevergeefs geweest. In de literatuur en de jurisprudentie ontstond discussie over de vraag of vrije dagen een vermogenswaarde hebben en daarmee of het tevergeefs opnemen van zulke dagen – net zoals het tevergeefs voldoen van een reissom – vermogensschade is voor een benadeelde. Het OLG Frankfurt meende van wel en baseerde zijn oordeel hoofdzakelijk op de commercialiseringsgedachte: een vrije dag is op zichzelf weliswaar een onstoffelijk voordeel, maar heeft in het huidige maatschappelijke verkeer een duidelijke economische waarde. Verlof is, met andere woorden, gecommuniceerd.⁵⁹ Deze overweging was niet onomstreden.⁶⁰ Andere lagere rechters

⁵⁷ Zie uitgebreid hierover: § 7.2.1 en 7.3.1.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld: LG Freiburg 24 mei 1972, *NJW* 1972, 1719, p. 1920-1921 (b). In de literatuur: Bartl *NJW* 1972, p. 511 en Grunsky *JZ* 1973, p. 425-426.

⁵⁹ OLG Frankfurt 17 februari 1967, *NJW* 1967, 1372, p. 1372-1373. Zie ook: KG 10 oktober 1969, *NJW* 1970, 474, p. 474; OLG Frankfurt 11 november 1972, *NJW* 1973, 470, p. 473; OLG Köln 17 januari 1973, *NJW* 1973, 1083, p. 1084-1085 en OLG Köln 5 december 1973, *NJW* 1974, 561, p. 561-562. In de literatuur: Mammey *NJW* 1969, p. 1152-1153.

⁶⁰ Heldrich *NJW* 1967, p. 1737-1740; Landwehrmann *NJW* 1970, p. 1867-1869 en Landwehrmann *NJW* 1972, p. 1204.

waren van mening dat het tevergeefs opnemen van vrije dagen geen vermogensschade, maar immateriële schade tot gevolg had. Zij wezen zulke schadevergoedingsvorderingen voor verspilde vakantiedagen dan ook af.⁶¹

In 1974 komt deze kwalificatievraag bij het BGH voor te liggen. De eigenaar van een kledingfabriek boekt bij een reisbureau een vakantie naar de Roemeense Zwarte Zeekust. De vakantie in Roemenië voldoet geenszins aan zijn verwachtingen, met name het hotel en de badplaats niet. De fabriekseigenaar vordert vervolgens in een civiele procedure niet alleen zestig procent van de reissom terug, maar ook een vergoeding voor 'Vertane Urlaubszeit'. Deze schadepost berekent hij door zestig procent te nemen van het bedrag dat hij kwijt was om gedurende zijn vakantie in Roemenië een zaakwaarnemer aan te stellen in zijn fabriek. Het BGH

[...] folgt der herrschenden Meinung, wonach Urlaub schon als solcher Vermögenswert besitzt, jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, daß es sich um Erholungsurlaub handelt, der der Erhaltung oder Wiedererlangung der Arbeitskraft dient, wenn der Urlaub durch Arbeitsleistung verdient oder durch besondere Aufwendungen für eine Ersatzkraft ermöglicht wird'.⁶²

Deze beslissing van het BGH is gegrond op de commercialiseringsgedachte. Net zoals het gebruiksgenot van een auto, zijn in het huidige economische verkeer vakantiedagen gecommmercialiseerd, omdat ze tegen betaling 'gekocht' kunnen worden en zodoende een zekere vermogenswaarde hebben.⁶³ Dat is evident bij werknemers in loondienst, aldus het Hof. Door arbeid te verrichten bouwt een werknemer vakantiedagen op. De vakantiedagen worden in zekere zin 'meeverdiend' met het salaris. Dat blijkt onder andere uit het feit dat niet-opgenomen vakantiedagen aan het einde van een dienstbetrekking worden uitbetaald.⁶⁴ Voor zelfstandigen gaat volgens het BGH een vergelijkbare redenering op. Hoewel zij geen vakantiedagen hoeven op te nemen, kost vrij nemen hun wel geld. Zij kunnen gedurende de dagen dat zij op vakantie zijn immers geen omzet draaien of moeten een tijdelijke vervanger inhuren.⁶⁵ Voor zowel de zelfstandige als iemand in loondienst heeft een vrije dag dus een economische waarde. Wanneer een werknemer of zelfstandige zulke dagen tevergeefs opneemt, lijdt hij dan ook vermogensschade.⁶⁶

61 KG 25 november 1971, *NJW* 1972, 769; LG Freiburg 24 mei 1972, *NJW* 1972, 1719 en OLG Düsseldorf 29 oktober 1973, *NJW* 1974, 150.

62 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 41 (2).

63 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 41 (2.a).

64 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 41-42 (2.b.aa).

65 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 42 (2.b.bb).

66 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 42 (2.c). Net zoals bij andere tevergeefs gemaakte kosten stuit men bij verspilde vakantiedagen op een causaliteitsprobleem. Immers, als de reisorganisator zijn verplichtingen wel zou zijn nagekomen, zou de vakantieganger ook zijn vakantiedagen hebben opgenomen. In andere uitspraken stond dit causaliteitsprobleem aan een vergoeding in de weg, maar het BGH stapt in deze zaak over dat probleem heen.

Een belangrijke consequentie van deze overwegingen van het BGH was dat uitsluitend vakantiegangers die een inkomen verdienden aanspraak konden maken op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen. Gedupeerde reizigers zonder inkomen hadden geen recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen, omdat 'vrij nemen' hun niets kost.⁶⁷ Hoewel het BGH onbetaald werk in het huishouden gelijkstelde aan een betaalde baan, was de literatuur kritisch over het onderscheid tussen werkende en niet-werkende vakantiegangers.⁶⁸ Ook voor werklozen, gepensioneerden en studenten kan een vakantie van grote waarde zijn. Het enkele feit dat zij geen inkomen hebben, rechtvaardigt niet dat zij geen enkele aanspraak kunnen maken op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen.⁶⁹ In het verlengde hiervan bekritiseerden deze auteurs het feit dat de hoogte van de schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen inkomensafhankelijk was. Naarmate een gedupeerde meer verdient, 'kost' een vrije dag hem meer. Hoe meer iemand verdiende, des te hoger zijn schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen uitviel. Ook dat was moeilijk te billyken. Het enkele feit dat iemand een bescheiden inkomen heeft, betekent niet dat zijn vakantiedag 'minder waard' is dan een vakantiedag van iemand met een riant salaris.⁷⁰ Een andere stroming in de literatuur betwijfelde juist of vakantiedagen van iemand met een inkomen überhaupt wel gecommercialiseerd zijn. Verlof is een hoogstpersoonlijk recht. Een werknemer kan zijn vrije dagen in de regel niet laten uitbetalen door zijn werkgever of verkopen aan een derde. Daarmee wijkt het genot van vrije dagen af van het gebruiksgenot van een zaak, zoals dat van auto's en woningen, dat namelijk vrij verhandelbaar is en ook een duidelijke marktwaarde heeft. Verspilde vakantiedagen zijn volgens deze auteurs dus gewoon immateriële schade.⁷¹

4.3.2.2 Een wettelijke regeling

Eind jaren zeventig besloot de Duitse wetgever een wettelijke regeling ten aanzien van de pakketreisovereenkomst op te nemen in het BGB. In het kader

Ook in de literatuur richt de discussie zich niet op dit causaliteitsprobleem. Stoll *JZ* 1975, p. 252-253 wijst er wel op.

67 Zie bijvoorbeeld: OLG Köln 5 december 1973, *NJW* 1974, 561, p. 561-562. Een verspilde zaterdag of zondag leverde om een vergelijkbare reden geen vermogensschade op, zie: BGH 19 november 1982, *NJW* 1982, 377, p. 378 (II.1.a-c). Kritisch daarover: Grunsky *NJW* 1975, p. 610.

68 BGH 12 mei 1980, *NJW* 1980, 1947, p. 1946-1949 (II.1.4).

69 Stoll *JZ* 1975, p. 255; Honsell *JuS* 1976, p. 226; Tolk 1977, p. 39, 101-102 en Schulte 1978, p. 76. In vergelijkbare zin: Grunsky *NJW* 1975, p. 610.

70 Stoll *JZ* 1975, p. 255 en Küppers 1976, p. 158. Zie eerder al: Landwehrmann *NJW* 1970, p. 1869.

71 Stoll *JZ* 1975, p. 253; Küppers 1976, p. 149-150; Honsell *JuS* 1976, p. 227 en Blaurock *NJW* 1980, p. 1949.

van deze nieuwe wettelijke regeling introduceerde hij onder meer § 651f lid 2 BGB:

‘Wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.’

Op het eerste gezicht lijkt deze nieuwe bepaling uitsluitend een codificatie te zijn van de jurisprudentie over verspilde vakantiedagen. Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met deze bepaling hoofdzakelijk beoogde om de in de jurisprudentie ontwikkelde schadevergoedingsaanspraak voor verspilde vakantiedagen in de wet vast te leggen.⁷² Een deel van de literatuur nam daarom aan dat § 651f lid 2 BW geen uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen inhield.⁷³

De parlementaire geschiedenis was alleen niet eenduidig. De wetgever gaf ook aanleiding om § 651f lid 2 BGB wel degelijk als een verruiming van het recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen te zien. Zo gaf hij aan dat de nieuwe bepaling ertoe strekte om ook reizigers zonder inkomen, zoals studenten en gepensioneerden, een recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen te bieden.⁷⁴ Mede om die reden schrijft § 651f lid 2 BGB geen ‘starre’ begrotingsmaatstaf aan de hand van het inkomen van de vakantieganger voor, aldus de wetgever, maar zijn alle omstandigheden van het geval van belang bij de begroting, zoals de betaalde reissom, de mate waarin de vakantie is verstoord en de mate van verwijtbaarheid van de reisorganisator.⁷⁵ Een ander deel van de literatuur zag in de nieuwe bepaling daarom wel degelijk een uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen. Bovendien gaf § 651f lid 2 BGB volgens deze auteurs – in afwijking van de eerdere jurisprudentie – vakantiegangers recht op smartengeld en niet op een vergoeding van hun vermogensschade. De nieuwe bepaling vormde in deze visie een wettelijk recht op een vergoeding van immateriële schade, zoals bedoeld in § 253 BGB.⁷⁶ Ook over de kwalificatievraag was de parlementaire geschiedenis ambivalent. De wetgever expliciteerde enerzijds dat § 651f lid 2 BGB vakantiegangers een recht op schadevergoeding voor vermogensschade bestaande uit verspilde vakantiedagen biedt, maar gaf anderzijds aan dat ook ‘immateriële Momente’ van belang zijn bij de begroting van deze vermogensschade.⁷⁷

72 BT-Drs. 8/786, p. 30.

73 Bartl *NJW* 1979, p. 1388 en Teichmann *JZ* 1979, p. 740.

74 BT-Drs. 8/786, p. 30.

75 BT-Drs. 8/786, p. 30 en BT-Drs. 8/2343, p. 19.

76 Zie bijvoorbeeld: Blaurock *NJW* 1980, p. 1950 en Burger *NJW* 1980, p. 1253-1254.

77 BT-Drs. 8/786, p. 30.

4.3.2.3 Een metamorfose

Het BGH koos al vrij snel na de invoering van § 651f lid 2 BGB voor een ruime uitleg van de nieuwe bepaling. Zo besliste het BGH al in 1982 dat de nieuwe bepaling ook vakantiegangers zonder inkomen, zoals scholieren, recht gaf op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen.⁷⁸ Ook liet het BGH de 'starre' begrotingsmaatstaf aan de hand van het inkomen varen. Door de invoering van § 651f lid 2 BGB waren rechters 'wezenlijk vrijer' om de tevergeefs opgenomen vakantiedagen te begroten, aldus het BGH.⁷⁹

Het bleef vervolgens lange tijd een open vraag hoe de schade bestaande uit verspilde vakantiedagen diende te worden begroot en welke omstandigheden daarbij een doorslaggevende rol speelden. Er waren grofweg twee stromingen in de literatuur en de rechtspraak.⁸⁰ Een deel van de literatuur hield vast aan het inkomen als doorslaggevende factor bij de schadebegroting en deed suggesties hoe tot een fictieve economische waarde van vrije dagen van vakantiegangers zonder inkomen kon worden gekomen.⁸¹ Ook een deel van de feitenrechters bleef het inkomen als uitgangspunt nemen.⁸² Zo kende het OLG Frankfurt aan alle vakantiegangers een standaardbedrag per verspilde vrije dag toe. Dit standaardbedrag was gebaseerd op het gemiddelde netto-inkomen van de Duitse beroepsbevolking.⁸³ Een ander deel van de literatuur meende daarentegen dat de betaalde reissom richtinggevend zou moeten zijn bij de schadebegroting, aangezien de reissom beter dan het inkomen reflecteert welke waarde een vakantie voor een benadeelde heeft.⁸⁴ Bovendien voorkomt een begroting aan de hand van de betaalde reissom dat in gevallen waar vergelijkbare vakanties op vergelijkbare wijze worden verstoord, iemand met een hoog inkomen een hogere schadevergoeding krijgt dan iemand met een laag inkomen.⁸⁵ Ook deze begrotingswijze zag men terug in de lagere rechtspraak.⁸⁶

In 2005 laat uiteindelijk ook het BGH zich uit over de schadebegroting van verspilde vakantiedagen. Het Hof overweegt allereerst dat het inkomen van

78 BGH 21 oktober 1982, *NJW* 1983, 218, p. 219-220 (II.1-2).

79 BGH 25 maart 1982, *NJW* 1982, 1522, p. 1522. Onder het nieuwe recht stond het rechters bijvoorbeeld vrij om de betaalde reissom mee te wegen, zie: BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 35, p. 37 (II.2.a).

80 Voor een overzicht zie: Benderf *NJW* 1986, p. 1721.

81 Zie met name: Benderf *NJW* 1986, p. 1722-1725.

82 Zie bijvoorbeeld: LG Stuttgart 16 januari 1986, *NJW-RR* 1986, 349, p. 350.

83 OLG Frankfurt 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451, p. 1451-1454.

84 Zie bijvoorbeeld: Stoll *JZ* 1975, p. 255; Küppers 1976, p. 158 en Blaurock *NJW* 1980, p. 1950.

85 Om die reden ging OLG Frankfurt 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451, p. 1451-1454 al uit van een standaardbedrag per dag, ongeacht iemands vermogenspositie.

86 Zie bijvoorbeeld: AG Frankfurt 29 oktober 1985, *NJW* 1986, 348, p. 348-349. Vóór de invoering van § 651f lid 2 BW al: OLG Frankfurt 2 december 1980, *NJW* 1981, 827 (in cassatie vernietigd). Later is hetzelfde hof kritisch over deze beslissing OLG Frankfurt, 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451, p. 1453.

vakantiegangers geen geschikte maatstaf is voor de schadebegroting en komt expliciet terug op zijn eerdere rechtspraak waarin het inkomen wel als een relevante omstandigheid was aangemerkt.⁸⁷ De betaalde reissom is daarentegen, zo vervolgt het Hof, wel een geschikte begrotingsmaatstaf omdat

‘[...] der Reisepreis zeigt, wieviel Geld der mit der geplanten Reise verbundene immaterielle Gewinn dem Kunden wert war’.⁸⁸

Het BGH koos daarmee voor een schadebegroting op basis van de reissom in plaats van het inkomen van de vakantieganger.⁸⁹ Het BGH liet zo eigenlijk ook het idee varen dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen, omdat zijn vrije dagen een zekere vermogenswaarde hebben. Deze ingewikkelde constructie was vóór de invoering van § 651f lid 2 BGB nodig om gedupeerde reizigers schadevergoeding toe te kennen, aldus het BGH. De immateriële schade bestaande uit het gederfde reisgenot kwam immers, bij gebrek aan een wettelijke grondslag, niet voor vergoeding in aanmerking. Door § 651f lid 2 BGB veranderde dat. Mede in het licht van *Leitner/TUI*, kwam het BGH tot de conclusie dat naar huidig recht een benadeelde op grond van deze bepaling recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade bestaande uit gederfd reisgenot.⁹⁰

4.3.3 De uitzondering van § 651n lid 2 BGB

Daarmee was de metamorfose van het toenmalige § 651f lid 2 BGB – tegenwoordig § 651n lid 2 BGB – tot een zelfstandig recht op smartengeld voor gederfd reisgenot een feit. Dit recht bestaat tegenwoordig naast een eventueel recht op prijsvermindering, ontbinding of een vergoeding van vermogensschade. Zo heeft een benadeelde naast teruggave van (een deel van) de reissom ook recht op smartengeld voor gemist vakantiegenot.⁹¹ Deze vergoeding biedt, in de woorden van het BGH, immers een vergoeding voor het gederfde ‘immateriële Gewinn’, terwijl de prijsvermindering alleen de lagere economische waarde van de geleverde vakantie ten opzichte van de overeengekomen vakantie tot uitdrukking brengt.⁹²

87 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.aa).

88 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.bb).

89 Tonner *JZ* 2005, p. 736; Führich *MDR* 2009, p. 911-912 en Maslow 2015, p. 124-125.

90 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.aa). Zie eerder al: OLG Hamm 5 februari 1998, *NJW-RR* 1998, 1668-1669.

91 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1048 (II.2.a). In die zin ook: Führich *MDR* 2009, p. 911-912; Maslow 2015, p. 114-115 en *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 651f, rl. 42. Kritisch daarover waren nog: Honsell *JuS* 1976, p. 228; Ströfer 1982, p. 257-264 en Ady *ZGS* 2003, p. 16-17.

92 Maslow 2015, p. 196-197. Zie ook: BGH 29 mei 2018, *NJW* 2018, 3173, p. 3173-3174, rl. 18 (I.2.b).

In lijn met het idee dat § 651n lid 2 BGB een benadeelde recht geeft op smartengeld voor gederfd vakantiegenot, liet het BGH een in eerdere jurisprudentie ontwikkeld vereiste voor schadevergoeding voor verspilde vakantie-dagen varen. In eerdere rechtspraak toetste het BGH nog of vakantiedagen wel echt *tevergeefs* waren opgenomen. Dat betekende onder meer dat wanneer een benadeelde de voor de mislukte vakantie opgenomen vrije dagen op een andere wijze nuttig had besteed – bijvoorbeeld door ergens anders op vakantie te gaan of door zijn vrije dagen te verzetten – hij geen recht had op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen. De vrije dagen waren dan toch nuttig gebleken en daarmee niet *tevergeefs* opgenomen.⁹³ In 2005 ging het BGH om en overwoog dat de benadeelde recht heeft op schadevergoeding op grond van § 651f lid 2 BGB, ongeacht hoe hij zijn vrije dagen uiteindelijk heeft besteed. Zodra de geboekte reis niet doorgaat of niet aan de verwachtingen voldoet, staat het vast dat het door de benadeelde nagestreefde reisgenot niet is verkregen en daarmee dat hij immateriële schade lijdt. Dat hij vervolgens door eigen inspanningen nog iets van zijn vrije dagen weet te maken, gaat de reisorganisator niets aan.⁹⁴ Het was bovendien gebruikelijk om de hoogte van de schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen te verminderen wanneer de gedupeerde vakantieganger na bijvoorbeeld een annulering de vrije dagen thuis had doorgebracht. Deze thuis doorgebrachte vrije dagen, zo was de gedachte, hadden de benadeelde toch nog enige ontspanning en rust verschaft, waardoor ze niet volledig waren verspild.⁹⁵ Ook van deze ‘thuisvakantiekorting’ nam het BGH expliciet afstand.⁹⁶

Voor een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot moet wel aan een zekere drempel zijn voldaan.⁹⁷ Een benadeelde heeft volgens het huidige § 651n lid 2 BGB pas recht op smartengeld wanneer zijn vakantie ‘vereitelt of erheblich beeinträchtigt’ is. Het vakantiegenot moet, anders gezegd, in voldoende substantiële mate zijn misgelopen. Dat is zeker het geval wanneer de geboekte vakantie helemaal niet doorgaat, bijvoorbeeld omdat de reisorganisator voor aanvang van de reis te kennen geeft dat hij de geboekte vakantie toch niet georganiseerd krijgt of slechts met zodanige aanpassingen dat de vakantieganger dit in redelijkheid niet hoeft te aanvaarden. Zo hoefde een benadeelde die een vakantie had geboekt naar een specifiek eiland op de Malediven, er

93 Zie met name BGH 19 november 1982, *NJW* 1982, 377, p. 378 (II.1.a-c) over iemand die zijn vakantiedagen kon verzetten. In de literatuur was iets vergelijkbaars verdedigd voor mensen die hun vakantie ergens anders hadden doorgebracht, zie bijvoorbeeld Bartl *NJW* 1979, p. 388.

94 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.a.2).

95 Zie bijvoorbeeld: BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 35, p. 36 (I.4.b.).

96 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1050 (II.3.b.3). Zie: Fühlich *MDR* 2009, p. 909-910 en *MiKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 53.

97 Er is nog enige discussie over de vraag of deze drempel niet in strijd is met het Europese recht, nu *Leitner/TUI* aanspraak geeft op smartengeld voor gederfd reisgenot zonder zo’n drempel. Zie daarover bijvoorbeeld: Fühlich *MDR* 2009, p. 907 en *MiKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 51.

geen genoegen mee te nemen dat zijn reisorganisator geen vliegticket meer naar dit eiland kon bemachtigen en hem daarom op een ander eiland van het archipel wilde onderbrengen.⁹⁸ Buiten zulke gevallen van annulering, heeft een gedupeerde vakantieganger uitsluitend recht op smartengeld voor gederfd vakantiegenot wanneer zijn vakantie in substantiële mate is aangetast door de fout van de reisorganisator. Voor deze toets is de hoogte van de toegekende prijsvermindering niet meer doorslaggevend. Voorheen namen lagere rechters een wezenlijke aantasting pas aan bij een prijsvermindering van meer dan vijftig procent, maar deze kwantitatieve benadering heeft het BGH recent verworpen.⁹⁹ Een rechter moet toetsen in welke mate de fout van de reisorganisator de vakantie van de benadeelde negatief heeft beïnvloed. Daarbij zijn het samenstel van de overeengekomen reisdiensten en het doel van de reisovereenkomst van belang alsook de aard en de duur van de aantasting van de reis.¹⁰⁰ Een flinke prijsvermindering is een indicatie dat sprake is van een wezenlijke aantasting van een vakantie, maar andersom gaat deze redenering niet op. Een geringe prijsvermindering is geenszins een indicatie dat het reisgenot slechts in geringe mate is aangetast. Zo was sprake van een wezenlijke aantasting van het reisgenot bij een stel dat drie à vier vakantiedagen aan de Turkse kust in een smerig en onhygiënisch hotel verbleef, maar waarvoor de reisorganisator voor de daaropvolgende zeven à acht dagen een nieuw hotel had geregeld. Anders dan bij prijsvermindering, kan een rechter voor de vaststelling of sprake is van een wezenlijke derving van het reisgenot zich niet beperken tot een afweging van de 'slechte' vakantiedagen tegen de 'goede' vakantiedagen.¹⁰¹

98 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1047-48 (II.2.a-c). Zie *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 48 en *Führich MDR* 2009, p. 907-908.

99 BGH 14 mei 2013, *NJW* 2013, 3170, p. 3172, rl. 31-38 (II.4.a-b) en BGH 21 november 2017, *NJW* 2018, 789, p. 790, rl. 13 (III.1). Zie daarover: *Tonner JZ* 2005, p. 736; *Führich MDR* 2009, p. 908-909; *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 49-50 en *Bergmann NJW* 2018, p. 791.

100 BGH 14 mei 2013, *NJW* 2013, 3170, p. 3172, rl. 31-38 (II.4.a-b). Zie ook: *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 49; *Bergmann NJW* 2018, p. 791 en *Staudinger & Schröder NJW* 2018, p. 908-909.

101 BGH 21 november 2017, *NJW* 2018, 789, p. 790, rl. 16-219 (III.2). Dit heeft ook invloed op de begroting van het gederfde reisgenot. Zie BGH 29 mei 2018, *NJW* 2018, 3173, p. 3173-3174, rl. 12-22 (I.2.b), waarin het BGH oordeelt dat het niet doorgaan van een reis niet betekent dat de hoogte van de schadevergoeding voor gederfd genot gelijk is aan eenmaal de contractsprijs en bij een wezenlijke aantasting van de vakantie altijd lager dan dat moet uitvallen. Die logica geldt alleen voor prijsvermindering. Bij schadevergoeding voor gederfd reisgenot gaat het om de negatieve ervaringen van een reiziger. Het gederfde vakantiegenot kan in het geval van een week lang verblijven in een 'horrorhotel' groter zijn dan wanneer iemand gewoon is thuisgebleven, zie daarover ook: *Maslow* 2015, p. 124-125 en *Führich NJW* 2018, p. 371. Anders nog: *Tonner JZ* 2005, p. 736.

4.3.4 Analoge toepassing

Het toepassingsbereik van § 651n lid 2 BGB lijkt op het eerste oog bescheiden. Een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot bestaat uitsluitend bij wanprestatie van een pakketreisovereenkomst en van zo'n overeenkomst is pas sprake wanneer een reisorganisator zich verplicht om voor één vakantie twee of meer verschillende reisdiensten te verzorgen, zoals vervoer, overnachtingen of een toeristische uitstapje.¹⁰² Vrijwel meteen na de invoering van de wettelijke regeling ten aanzien van de pakketreisovereenkomst overwoog het BGH echter dat § 651f lid 2 BGB onder omstandigheden analoog kan worden toegepast.

Een vrouw boekte via een reisbureau een vakantiewoning in Denemarken. Ze selecteerde het huisje uit een omvangrijke catalogus van het reisbureau. Bij aankomst in Denemarken bleek het huisje met talrijke gebreken behept te zijn en besloot zij meteen rechtsomkeert te maken. In een civiele procedure vorderde de vrouw vervolgens schadevergoeding op grond van § 651f lid 2 BGB. Aangezien het reisbureau zich slechts tot het leveren van één reisdienst had verplicht, was geen sprake van een pakketreisovereenkomst en was § 651f lid 2 BGB niet rechtstreeks van toepassing. Het BGH zag in dit geval wel aanleiding om deze bepaling analoog toe te passen. Voor het antwoord op de vraag of een reisbureau smartengeld voor gederfd vakantiegenot moet vergoeden zou het niet doorslaggevend moeten zijn hoeveel diensten het heeft geleverd, maar of het als een reisorganisator heeft opgetreden of slechts als bemiddelaar, aldus het BGH. Zodra het reisbureau op eigen naam een overeenkomst aangaat en de verantwoordelijkheid op zich neemt dat de aangeboden vakantiewoning beschikbaar is en in goede staat verkeert, treedt het in de hoedanigheid van reisorganisator op en vindt § 651f lid 2 BGB analoog toepassing. Net zoals bij een pakketreis, neemt een reisbureau in zulke gevallen namelijk de contractuele verantwoordelijkheid op zich om een vakantie mogelijk te maken, omdat het zich verplicht een voor de vakantie 'wezenlijke prestatie' te leveren.¹⁰³ Dat het toepassingsbereik van § 651f lid 2 BGB is beperkt tot pakketreizen vormt een door de wetgever ongewilde leemte in de wet. Het belang van een consument en het door hem in het reisbureau gestelde vertrouwen zijn niet wezenlijk anders wanneer hij in plaats van een

102 Zie: § 651a BGB e.v. De Europese Richtlijn kent overigens tal van nuances, die hier niet in detail besproken worden.

103 Het BGH 17 januari 1985, NJW 1985, 906, p. 906-907 (I.2.b) overweegt dat de wetgever de pakketreisovereenkomst als *Leitbild* zag voor gevallen waarin een aanbieder de organisatie van een reis op zich neemt, maar daarmee niet wilde uitsluiten dat andere overeenkomsten ook een element van reisorganisatie kunnen bevatten. Omgekeerd is het naar Duits recht ook niet zo dat het enkele feit dat een aanbieder zich verplicht om meer dan één reisdienst te leveren, automatisch betekent dat hij de reisorganisatie op zich neemt en de regeling omtrent pakketreizen van toepassing is. Zie daarover: Maslow 2015, p. 112 en *MiKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 651a. rl. 8.

pakketreis uitsluitend een vakantiewoning of een hotel via een reisbureau boekt.¹⁰⁴

De analoge toepassing van § 651n lid 2 BGB is niet noodzakelijkerwijs beperkt tot overeenkomsten waarin een reisbureau zich uitsluitend heeft verplicht tot het regelen van een vakantiewoning of een hotelovernachting. Ook bij het aanbieden van andere reisdiensten, zoals de verhuur van een zeiljacht of een camper, kan een benadeelde recht hebben op smartengeld voor gederfd reisgenot op grond van § 651n lid 2 BGB, volgens het BGH.¹⁰⁵ De vraag is steeds of de aanbieder van de reisdienst de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen om een vakantie voor zijn wederpartij mogelijk te maken en daarmee als reisorganisator heeft opgetreden.¹⁰⁶ De ruimte tot analoge toepassing van de regeling voor pakketreizen is, met andere woorden, begrensd tot andere gevallen van reisorganisatie.¹⁰⁷ Van zulke reisorganisatie is bijvoorbeeld geen sprake wanneer de aanbieder zich uitsluitend verplicht tot het vervoer naar de vakantiebestemming, bijvoorbeeld per boot of per vliegtuig.¹⁰⁸ Ook in gevallen waarin een benadeelde rechtstreeks een overeenkomst sluit met een eigenaar van een vakantiewoning of een hotel, kan men twijfelen of deze eigenaar zich heeft verplicht tot de organisatie van een vakantiereis.¹⁰⁹

Uit deze begrenzing tot gevallen van reisorganisatie volgt bovendien dat analoge toepassing op overeenkomsten waarmee een benadeelde een ander onstoffelijk voordeel dan reisgenot nastreeft, is uitgesloten. Tijdens een vuurwerkshow op een bruiloft gaat het vreselijk mis. Een deel van de vuurpijlen schiet recht op de bruiloftsgasten af. Een deel van de gasten wordt geraakt en moet per ambulance naar het ziekenhuis. Het bruidspaar loopt zelf geen letsel op, maar vordert van de eigenaar van de trouwlocatie, die het feest inclusief het vuurwerk had georganiseerd, schadevergoeding voor het gederfde plezier van de bruiloft. In rechte beroept het bruidspaar zich onder andere op analoge toepassing van § 651f lid 2 BGB. Deze bepaling vindt, volgens OLG Brandenburg, echter geen analoge toepassing buiten het reisrecht.¹¹⁰ Contractspartijen die een ander onstoffelijk voordeel dan reisgenot nastreven, moeten terugvallen op het algemene recht op smartengeld bij wanprestatie.

104 BGH 9 juli 1992, *NJW* 1992, 3158, p. 3160 (IV); BGH 23 oktober 2012, *NJW* 2013, 308, p. 310-311 (II.2.a) en BGH 20 mei 2014, *NJW* 2014, 2955, p. 2955 (II.1). Zie ook: Fühlich *MDR* 2009, p. 907.

105 Zie daarover: Martis *MDR* 1998, p. 1381-1382 en Maslow 2015, p. 118-120.

106 BGH 29 juni 1995, *NJW* 1995, 2629, p. 2630 (III.2-3).

107 BGH 17 januari 1985, *NJW* 1985, 906, p. 907 (I.1-2).

108 Zie bijvoorbeeld OLG Düsseldorf 3 december 1992, *VerS* 1993, 892 en OLG Hamm 5 februari 1998, *NJW-RR* 1998, 1668-1669. Zie ook: Martis *MDR* 1998, p. 1381-1382; Fühlich *MDR* 2009, p. 907 en Maslow 2015, p. 119-120 met verdere verwijzingen.

109 Fühlich *MDR* 2009, p. 907; Maslow 2015, p. 120-123 en *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 651f, rl. 44 voor verdere verwijzingen.

110 OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253, p. 254. Een beroep op analoge toepassing van § 651f lid 2 BGB werd ook afgewezen in een geval waarin door de fout van een kaartverkoper het plezier van een concert van de Backstreet Boys was misgelopen.

4.4 VERDERE BESCHERMING BINNEN HET WETTELIJKE STELSEL (EN DAARBUITEN)

4.4.1 § 253 lid 2 BGB

4.4.1.1 *De hervorming van het schadevergoedingsrecht*

Het recht op smartengeld bij wanprestatie is in 2002 ingrijpend gewijzigd. In dat jaar hervormde de Duitse wetgever het schadevergoedingsrecht en voegde aan § 253 BGB een tweede lid toe:

‘Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.’

Vóór deze hervorming had een benadeelde uitsluitend wanneer hij schadevergoeding vorderde op grond van onrechtmatige daad recht op smartengeld bij een aantasting van zijn lijf, gezondheid, vrijheid of seksuele zelfbeschikking. Wanneer hij schadevergoeding vorderde op grond van wanprestatie had hij geen recht op smartengeld. Met zijn hervorming wilde de wetgever dit verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad opheffen.¹¹¹ Deze hervorming lijkt op het eerste oog een ingrijpende verbetering van de rechtspositie van contractspartijen te zijn. Toch is volgens de Duitse literatuur de rechtspositie van benadeelden niet wezenlijk veranderd. Wanneer binnen een contractuele verhouding het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking wordt aangetast, handelt de wanpresterende contractspartij in de regel óók onrechtmatig jegens de benadeelde. Ook voor de hervorming had een contractspartij recht op smartengeld wanneer de wanprestatie van haar wederpartij eveneens een onrechtmatige daad vormde.¹¹² Voor een contractspartij is het voornaamste voordeel van de hervorming dat zij niet meer hoeft te stellen en te bewijzen dat haar wederpartij óók onrechtmatig heeft gehandeld, maar kan volstaan met een vordering uit wanprestatie.¹¹³

4.4.1.2 *De beschermde rechtsgoederen*

Bovendien is de bescherming die § 253 lid 2 BGB aan teleurgestelde contractspartijen biedt maar bescheiden. Ten eerste geeft § 253 lid 2 BGB uitsluitend bij de aantasting van bepaalde rechtsgoederen aanspraak op smartengeld, waarvan het lijf en de gezondheid ongetwijfeld de twee belangrijkste zijn. Met name aantasting van het lijf wordt ruim geïnterpreteerd in de Duitse jurispru-

111 BT-Drs. 14/7752, p. 14-16.

112 Karczewski *VerS* 2001, p. 1072 en Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1032.

113 Karczewski *VerS* 2001, p. 1072 en Neuner *JuS* 2013, p. 578.

dentie, waardoor dit meer omvat dan slechts lichamelijk of geestelijk letsel.¹¹⁴ Zo ziet het BGH een ongewenste zwangerschap als gevolg van een mislukte sterilisatie als een aantasting van het lijf van de zwangere vrouw.¹¹⁵ Ook de ongewilde vernietiging van ingevroren sperma van een man die door een kankerbehandeling onvruchtbaar dreigt te worden, stelt het BGH gelijk aan een aantasting van het lijf van deze patiënt.¹¹⁶ Door deze ruime interpretatie heeft een contractspartij in enkele gevallen ook recht op smartengeld wanneer zij geen lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen, maar een ander immaterieel contractueel belang van haar is geschaad door de wanprestatie.¹¹⁷

Buiten gevallen van aantasting van het lijf of de gezondheid heeft een benadeelde slechts recht op smartengeld bij een aantasting van zijn vrijheid en zijn seksuele zelfbeschikking. Aantasting van de seksuele zelfbeschikking doet zich hoofdzakelijk voor wanneer iemand zich onrechtmatig gedraagt in de zin van § 825 BGB. Deze buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond bepaalt dat iemand schadeplichtig is wanneer hij door arglist, bedreiging of misbruik van een afhankelijkheidsrelatie een slachtoffer dwingt seksuele handelingen te verrichten of te dulden.¹¹⁸ Vrijheid in de zin van § 253 lid 2 BGB heeft het BGH altijd restrictief geïnterpreteerd en omvat uitsluitend aantastingen van de ‘körperliche Fortbewegungsfreiheit’. Hiervan is sprake wanneer een benadeelde op onrechtmatige wijze in zijn fysieke bewegingsvrijheid wordt gehinderd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een gijzeling of bij onrechtmatige hechtenis door het openbaar ministerie. Aantastingen van iemands vrijheid in ruime zin, zoals de vrijheid tot economische ontplooiing of de vrijheid om het leven naar eigen inzicht in te richten, vallen hier niet onder.¹¹⁹

114 Aantasting van de geestelijke gezondheid legt de Duitse rechtspraak wel streng uit. Een bruid wier bruiloft niet doorging vanwege een dubbele boeking van de trouwlocatie, voldeed niet aan dit criterium. Dat de bruid ‘tagelang nach diesem Desaster geweint’ had en ‘wochenlang über das Ereignis nicht sprechen können, ohne Weinkrämpfe zu bekommen’, volstond niet om een aantasting van de geestelijke gezondheid aan te nemen, aldus OLG Saarbrücken 20 juli 1998, *NJW* 1998, 2912.

115 Schubert 2013, p. 72-74 en *Staudinger/Schiemann* 2017, p. 290, rl. 21 met verdere verwijzingen.

116 BGH 9 november 1993, *NJW* 1994, 127, p. 128 (II.2.b). Deze ruime uitleg van aantasting van het lijf stuit op veel kritiek in de literatuur. Het zou in deze zaken niet gaan om een aantasting van het lijf, maar om een aantasting van een persoonlijkheidsrecht van de patiënt, namelijk het recht op voortplanting en gezinsplanning, zie bijvoorbeeld: Laufs & Reiling *NJW* 1994, p. 775 en *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823 rl. 169-172.

117 Volgens Schubert 2013, p. 72-74 probeert het BGH met deze verruiming van het begrip aantasting van het lijf in wezen een leemte in de bescherming van immateriële contractuele belangen te verhelpen. Zij verwijst naar OLG Frankfurt 25 april 2002, *NJW* 2002, 2253 waarin een benadeelde smartengeld krijgt toegewezen voor een aantasting van zijn gezondheid, die erin bestond dat hij twee uur lang niet naar de wc kon in een hogesnelheidstrein. Zie ook: Taupitz *NJW* 1995, p. 747-748; Voß ZRP 1999, p. 452-454 en Maslow 2015, p. 133-135.

118 Schubert 2013, p. 75-76; Neuner *JuS* 2013, p. 580; *Staudinger/Schiemann* 2017, p. 290 en *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 23-26.

119 Schubert 2013, p. 74-75; Neuner *JuS* 2013, p. 580 en *Staudinger/Schiemann* 2017, p. 290, rl. 21 en *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, rl. 210.

4.4.1.3 Het beschermingsdoel van de overeenkomst

Ten tweede moet het waarborgen van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking een beschermingsdoel (*Schutzzweck*) van de overeenkomst zijn. Anders gezegd, uit de contractuele afspraken en de overige omstandigheden moet volgen dat de wederpartij instond voor de bescherming van deze rechtsgoederen van de benadeelde. Vallen het waarborgen van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking buiten het beschermingsbereik van de overeenkomst, dan heeft de benadeelde geen recht op smartengeld, zelfs wanneer het ontstaan van de geleden immateriële schade voorzienbaar was voor zijn wederpartij.¹²⁰

Voor bepaalde overeenkomsten is het evident dat deze tot doel hebben om een in § 253 lid 2 BGB genoemd rechtsgoed te beschermen. Zo heeft een geneeskundige behandelingsovereenkomst zonder twijfel tot doel het lijf en de gezondheid van de patiënt te beschermen.¹²¹ Bij andere overeenkomsten is dat minder vanzelfsprekend, bijvoorbeeld bij overeenkomsten tussen advocaten en hun cliënten. Op Tweede Kerstdag 2002 steekt een vijfjarige tweeling sterretjes af. Dat gaat kennelijk goed mis, want de door hun ouders gehuurde gezinswoning brandt als gevolg hiervan volledig uit. De verhuurder stelt de ouders van de tweeling aansprakelijk. Zij wenden zich vervolgens tot een advocaat, die hun een onjuist juridisch advies geeft. Hij vertelt de ouders dat hun aansprakelijkheidsverzekeraar de schade niet dekt, omdat sprake zou zijn van grove nalatigheid bij hun toezicht op de tweeling. Achteraf blijkt daar niets van te kloppen en stellen de ouders hun advocaat aansprakelijk voor zijn beroepsfout. Zij vorderen onder meer schadevergoeding voor het geestelijke letsel dat het onjuiste juridische advies heeft veroorzaakt. De 'Dauerpanik' over het feit dat ze economisch geruïneerd zouden zijn als hun verzekeraar niet zou uitkeren, had tot aantoonbare psychische klachten geleid bij de ouders. Het BGH wijst hun vordering desalniettemin af. De contractuele verplichtingen van hun advocaat hadden namelijk uitsluitend tot doel hun financiële belangen te waarborgen. Zijn opdracht was om de ouders te adviseren over hun aansprakelijkheid voor de vermogensschade van de verhuurder van de afgebrande huurwoning. Hun geestelijke gezondheid viel buiten het beschermingsbereik van de overeenkomst. De advocaat was daarom niet aansprakelijk voor het door zijn beroepsfout veroorzaakte geestelijke letsel van de ouders.¹²² Daarmee is volgens het BGH niet gezegd dat advocaten nooit aansprakelijk kunnen zijn voor de immateriële schade van hun cliënten. Onder omstandigheden kan de bescherming van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking wel binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst tussen

120 Podewils *LMK* 2009 en Neuner *JuS* 2013, p. 578.

121 Schiemann *JZ* 2011, p. 526. In die zin ook: Taupitz *NJW* 1995, p. 747-748 en Voß *ZRP* 1999, p. 452-454.

122 BGH 9 juli 2009, *JZ* 2011, 524, p. 526 (II.3.b.2).

een cliënt en zijn advocaat vallen. Laat bijvoorbeeld een strafrechtadvocaat na om een verzoek tot vrijstelling van voorlopige hechtenis in te dienen, dan heeft zijn nodeloos in hechtenis genomen cliënt recht op smartengeld vanwege een aantasting van zijn vrijheid. Het beschermingsdoel van een overeenkomst tussen een verdachte en zijn strafrechtadvocaat is namelijk mede het waarborgen van de vrijheid van deze verdachte.¹²³ Uit de overwegingen van het BGH leidt men in de Duitse literatuur af dat een benadeelde in beginsel geen recht heeft op smartengeld op grond van § 253 lid 2 BGB, zodra een overeenkomst in de eerste plaats zijn economische belangen dient, zelfs wanneer het voorzienbaar is dat een wanprestatie immateriële schade tot gevolg kan hebben. Het BGH werpt zo een wezenlijke extra drempel op voor benadeelden die smartengeld vorderen op grond van wanprestatie.¹²⁴

Een contractspartij die een onstoffelijk voordeel nastreeft met de overeenkomst, kan in enkele gevallen dus op grond van § 253 lid 2 BGB met succes smartengeld vorderen van haar wederpartij. Met name bij overeenkomsten in de medische sfeer en bij overeenkomsten met advocaten lijkt deze bepaling enige bescherming te bieden. Verder zijn de mogelijkheden voor benadeelden beperkt, vooral omdat § 253 lid 2 BGB één essentieel rechtsgoed *niet* noemt: het algemene persoonlijkheidsrecht.

4.4.2 Schadevergoeding voor schending van het algemene persoonlijkheidsrecht

De Duitse wetgever koos er bij de invoering van het BGB bewust voor om benadeelden geen recht te geven op smartengeld bij een aantasting van hun algemene persoonlijkheidsrecht. De Duitse verkeersopvattingen van de negentiende eeuw verzetten zich tegen een recht op smartengeld voor aantastingen van de persoonlijkheid, met name voor aantastingen van de eer.¹²⁵ Een van voornaamste punten van kritiek in de Duitse literatuur is altijd geweest dat § 253 BGB niet voorzag in een recht op smartengeld voor aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht. Er werd zelfs betoogd dat § 253 BGB hierdoor in strijd was met artikel 1 en 2 van de *Grundgesetz*, die de Duitse staat opdragen om het algemene persoonlijkheidsrecht van zijn burgers te waarborgen. Het feit dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld bij een schending van zijn algemene persoonlijkheidsrecht, zou aan deze bescherming afbreuk doen.¹²⁶

123 BGH 9 juli 2009, JZ 2011, 524, p. 525, r.l. 14 (II.3.b.1). Daarmee bevestigt het BGH de beslissing van KG 17 januari 2005, NJW 2005, 1284. Zie ook: Maslow 2015, p. 130-131.

124 Faust JuS 2010, p. 70. Kritisch hierover: Schiemann JZ 2011, p. 526-527 en Neuner JuS 2013, p. 578.

125 Neuner JuS 2013, p. 581 en Schubert 2013, p. 82-83. Zie ook: Stoll 1965, p. 58-59.

126 Zie daarover reeds: Stoll 1965, p. 49-50.

Toch zag de wetgever er bij zijn hervorming van af om het algemene persoonlijkheidsrecht toe te voegen aan de in § 253 lid 2 BGB opgesomde rechtsgoederen. De voornaamste reden hiervoor was dat zich sinds de jaren vijftig – buiten de regeling van § 253 BGB om – al een recht op smartengeld voor aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht had ontwikkeld in de jurisprudentie.¹²⁷ In 1954 besliste het BGH allereerst dat het algemene persoonlijkheidsrecht ‘ein sonstiges Recht’ is zoals bedoeld in § 823 BGB, wat betekent dat een schending ervan onrechtmatig is en de benadeelde aanspraak geeft op schadevergoeding.¹²⁸ In 1958 aanvaardde het Hof vervolgens dat bij een aantasting van het algemene persoonlijkheidsrecht een benadeelde óók recht heeft op smartengeld. Artikel 1 en 2 van de Duitse grondwet garanderen immers dat eenieder het recht heeft op ‘die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit’ en daarmee op bescherming van zijn algemene persoonlijkheidsrecht. Als een benadeelde bij een inbreuk op dit recht geen aanspraak op smartengeld zou hebben, zou de bescherming van dit grondwettelijke recht tekortschieten, aldus het BGH.¹²⁹ Ondanks het analogieverbod van § 253 BGB, paste het BGH in zijn eerste arresten § 847 BGB (oud) analoog toe op gevallen waarin een algemeen persoonlijkheidsrecht van de benadeelde was geschonden. Tegenwoordig baseert het Hof het recht op smartengeld rechtstreeks op artikel 1 en 2 van de Duitse grondwet.¹³⁰

Aan dit in de jurisprudentie ontwikkelde recht op smartengeld bij onrechtmatige schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht wilde de wetgever niet tornen. Enerzijds erkende hij daarmee het recht op smartengeld bij onrechtmatige aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht, maar anderzijds verruimde hij dit recht op smartengeld niet, met name niet naar het contractenrecht.¹³¹ Naar huidig Duits recht heeft een contractspartij uitsluitend recht op schadevergoeding voor een aantasting van haar persoonlijkheidsrecht, wanneer het gedrag van haar wederpartij eveneens onrechtmatig is in de zin van § 823 BGB. Een deel van de literatuur is van mening dat de benadeelde óók recht op smartengeld voor schendingen van zijn algemene persoonlijkheidsrecht zou moeten hebben wanneer hij schadevergoeding vordert op grond van wanprestatie. De wetgever heeft volgens deze auteurs een kans laten liggen

127 BT-Drs. 14/7752, p. 25.

128 BGH 25 mei 1954, NJW 1954, 1404.

129 BGH 14 februari 1958, NJW 1958, 827, p. 830 (II); BGH 18 maart 1959, NJW 1959, 1269, p. 1272 (III.3) en BGH 19 september 1961, NJW 1961, 2059, p. 2050 (2).

130 Zie daarover onder andere: Lange/Schiemann 2003, p. 450, 452; Neuner JuS 2013, p. 580-581; Schubert 2013, p. 83-85 en Staudinger/Schiemann 2017, p. 303, r1 51. Hoewel het omzeilen van het analogieverbod altijd omstreden is geweest in de literatuur (zie bijvoorbeeld: Wiese 1964, p. 37-59 met verdere verwijzingen), is het Bundesverfassungsgericht van oordeel dat het door de beugel kan, zie: BVerG 14 februari 1973, NJW 1973, 1221.

131 BT-Drs. 14/7752, p. 25. Zie ook: Karczewski VerS 2001, p. 1072; Diederichsen VerS 2005, p. 437 en Schubert 2013, p. 85-86.

om het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad en wanprestatie volledig te harmoniseren.¹³²

Hoewel het dus zeker niet is uitgesloten dat een benadeelde binnen een contractuele verhouding recht heeft op smartengeld voor een schending van zijn algemene persoonlijkheidsrecht, zijn voorbeelden hiervan in de jurisprudentie schaars. Een eerste verklaring hiervoor kan zijn dat de jurisprudentie over schadevergoeding voor schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht hoofdzakelijk betrekking heeft op onrechtmatige publicaties, zoals het zonder toestemming gebruiken van foto's en privacy-schennende boulevardpers.¹³³ Het algemene persoonlijkheidsrecht is weliswaar veelomvattend, maar in het Duitse schadevergoedingsrecht is het tot op heden alleen bij onrechtmatige publicaties tot ontwikkeling gekomen.¹³⁴ Bovendien heeft een benadeelde uitsluitend recht op smartengeld voor schendingen van zijn algemene persoonlijkheidsrecht wanneer aan strenge voorwaarden is voldaan. Niet alleen moet het onmogelijk zijn de aantasting op een andere wijze ongedaan te maken – bij onrechtmatige publicaties kan dat soms door middel van een rectificatie – er moet ook een 'zwaarwegende' aantasting van het algemene persoonlijkheidsrecht voorliggen. Bij de beoordeling of een aantasting zwaarwegend is, komt, naast aan de 'Bedeutung und Tragweite' van de aantasting, gewicht toe aan de mate van schuld en de beweegredenen en motieven van de dader.¹³⁵

Desalniettemin ziet een deel van de literatuur ruimte voor benadeelden om binnen contractuele verhoudingen met succes smartengeld te vorderen voor schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht, met name in gevallen van fouten bij medische behandelingen, zoals sterilisaties en vruchtbaarheidsbehandelingen, en in gevallen waarin een patiënt onvoldoende is voorgelicht over de risico's van een operatie.¹³⁶ In de lagere rechtspraak zijn echter nauwelijks voorbeelden te vinden van een teleurgestelde contractspartij die smartengeld vordert op grond van een schending van haar algemene persoonlijkheidsrecht. Het algemene persoonlijkheidsrecht van een bruidspaar was niet geschonden toen de bruiloft voortijdig en op akelige wijze eindigde doordat een vuurwerkshow een deel van de bruiloftsgasten verwondde.¹³⁷

132 Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1033; Wagner *NJW* 2002, p. 2056-2057 en Wagner *JZ* 2004, p. 331.

133 BGH 14 februari 1958, *NJW* 1958, 827 ging over het onrechtmatige gebruik van een foto van een ruiter voor een middel ter bevordering van onder meer seksuele prestaties. BGH 15 november 1994, *NJW* 1995, 861 had betrekking op publicaties over Caroline van Monaco in een tabloid.

134 Schubert 2013, p. 89-91. Zij ziet nog enige ruimte voor toepassing van deze regel op gevallen van stalking.

135 Zie, met verdere verwijzingen, BGH 24 november 2009, *NJW* 2010, 763, p. 763-764, r.l. 10-11 (II.1). Zie ook: Lange/Schiemann 2003, p. 450-451; Neuner *JuS* 2013, p. 580-581; Schubert 2013, p. 88-89 en Staudinger/Schiemann 2017, p. 306-307, r.l. 58-59.

136 Taupitz *NJW* 1995, p. 7548-749; Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1033 en Katzenmeier 2002, p. 124-127. Kritisch: Laufs & Reiling *NJW* 1994, p. 775-776 en Schubert 2013, p. 73.

137 OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253, p. 254.

AG Reinbek kende wel smartengeld toe voor de schending van het algemene persoonlijkheidsrecht van een huurder die zonder geldige reden door zijn verhuurder eigenhandig uit zijn woning was gezet. Het algemene persoonlijkheidsrecht omvat ook het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Met de onrechtmatige uitzetting had de verhuurder de persoonlijke levenssfeer van zijn huurder in zwaarwegende mate geschonden.¹³⁸

Het recht op smartengeld voor aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht lijkt in potentie enige bescherming te kunnen bieden aan teleurgestelde contractspartijen, maar dit idee heeft tot op heden geen vlucht genomen in de Duitse rechtspraak of literatuur. Buiten het reisrecht zijn de mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen voor gemist onstoffelijk voordeel bescheiden.¹³⁹ Een stroming binnen de Duitse literatuur zoekt daarom niet binnen het wettelijke stelsel naar mogelijkheden om tot een recht op smartengeld voor teleurgestelde contractspartijen te komen, maar richt haar blik op de mogelijkheden die contractsuitleg kan bieden.

4.4.3 Contractsuitleg

Een belangrijk argument voor de wetgever om benadeelden bij wanprestatie een wettelijk recht op smartengeld te ontzeggen, is dat het contractspartijen vrijstaat om zelf contractuele sancties overeen te komen. Een contractspartij kan zelf voorzien in de bescherming van haar immateriële contractuele belangen door een boete of een recht op smartengeld te bedingen. De hoofdregel van § 253 BGB beperkt de partijautonomie niet en staat aan de geldigheid van een contractueel recht op smartengeld niet in de weg.¹⁴⁰ In het kader van een schikking neemt een arts (we schrijven 1952) de contractuele verplichting op zich om aan zijn buurman smartengeld te betalen voor de aantasting van diens eer. De eer van de buurman was geschonden doordat de arts echtbreuk had gepleegd met de buurvrouw. In een civiele procedure voert de arts vervolgens aan dat deze contractuele afspraak nietig is, onder andere omdat de buurman op grond van het wettelijke stelsel helemaal geen aanspraak kon maken op smartengeld. Volgens het BGH belet § 253 BGB het contractspartijen echter niet om zich contractueel te verplichten smartengeld te betalen voor immateriële schade die binnen het wettelijke stelsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. De contractuele plicht van de arts was gewoon geldig.¹⁴¹

Contractspartijen komen in de praktijk zelden uitdrukkelijk zulke smartengeldbedingen overeen. Wel kan onder omstandigheden aan de hand van

138 AG Reinbek 20 mei 2008, *BeckRS* 2008, 12225, r.l. 17-18 (I.3.b).

139 Maslow 2015, p. 131-133. Zie bijvoorbeeld over verpeste huwelijksfeestjes: OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253 en OLG Saarbrücken 20 juli 1998, *NJW* 1998, 2912.

140 Voß *ZRP* 1999, p. 453; *Lange/Schiemann* 2003, p. 428.

141 BGH 12 juli 1955, *BeckRS* 1955, 31199748 (II.3.c)

zogenaamde *erläuternden Vertragsauslegung* uit de verklaringen en gedragingen van de contractspartijen worden afgeleid dat zij een contractueel recht op smartengeld zijn overeengekomen. In de literatuur verdedigt men bijvoorbeeld dat uit het geven van een garantie ten aanzien van een contractuele prestatie die uitsluitend een immaterieel belang dient, kan worden afgeleid dat de wederpartij zich heeft verbonden om smartengeld te betalen indien zij deze contractuele verplichting vervolgens niet nakomt.¹⁴² Ook in de jurisprudentie is dit eenmaal aangenomen. Een kaartverkoper die garandeerde dat de kaartjes voor de Oscaruitreikingen bij aankomst in het hotel in Los Angeles aan de kopers zouden worden overhandigd, was ook aansprakelijk voor de immateriële schade van de kopers toen het hem uiteindelijk toch niet lukte de beloofde kaartjes te bemachtigen. Uit de door hem gegeven garantie leidde de rechter af dat de kaartverkoper en zijn klanten waren overeengekomen dat in het geval van wanprestatie de kaartverkoper óók een vergoeding zou betalen voor het gemiste genot van de Oscars, hoewel hij daar op grond van het wettelijke stelsel niet toe gehouden was.¹⁴³

Toch zal het lang niet altijd zo zijn dat uit de gedragingen en verklaringen van de contractspartijen een contractueel recht op smartengeld kan worden afgeleid. Het enkele feit dat een contractspartij zich verplicht tot een prestatie waarmee haar wederpartij een onstoffelijk voordeel nastreeft, is volgens de meeste auteurs onvoldoende om aan te nemen dat een smartengeldbeding is overeengekomen. Wanneer iemand zich contractueel verbindt een prestatie te leveren die zijn wederpartij uitsluitend tot een onstoffelijk voordeel strekt, verbindt hij zich daarmee niet automatisch om smartengeld te betalen voor het mislopen van dit onstoffelijke voordeel wanneer hij tekortschiet in de nakoming van deze verplichting. Het zou een fictie zijn om aan te nemen dat wanneer iemand zich verplicht een prestatie te leveren, hij zich daarmee ook meteen verplicht meer schadevergoeding te betalen dan waartoe hij wettelijk gehouden is.¹⁴⁴

Een deel van de literatuur is desalniettemin van mening dat zelfs zonder zulke gedragingen en verklaringen een contractueel recht op smartengeld voor misgelopen onstoffelijk voordeel kan bestaan. Een overeenkomst kan namelijk ongewilde leemtes bevatten die er toe leiden dat de overeenkomst zodanig onvolledig is dat deze geen recht doet aan wat partijen werkelijk met hun overeenkomst willen bereiken. In zulke gevallen moet een rechter door middel van *ergänzende Vertragsauslegung* nagaan welke aanvullende hypothetische afspraken de contractspartijen zouden moeten maken om hun werkelijke

142 Maslow 2015, p. 172.

143 OLG Köln 12 november 1993, NJW-RR 1994, 687, p. 688. De immateriële schade begrootte de rechter vervolgens op de tevergeefs gemaakte kosten.

144 Honsell *JuS* 1976, p. 228; Tolk 1977, p. 1976; Braschos 1979, p. 120; Maslow 2015, p. 173. Zie anders echter: Schmitz 1979, p. 232 en Wagner *JZ* 2004, p. 330. Het is niet helemaal duidelijk waar Stoll *JZ* 1975, p. 255 op doelt.

bedoelingen met de overeenkomst wel te realiseren.¹⁴⁵ Zulke aanvulling is volgens sommige auteurs ook nodig bij overeenkomsten waarmee een van de partijen *uitsluitend* onstoffelijk voordeel nastreeft en de overeenkomst het verkrijgen van dit voordeel ook als beschermingsdoel (*Schutzzweck*) heeft. Als de partijen in deze gevallen niets afspreken over het recht op schadevergoeding bij wanprestatie, blijft het immateriële contractuele belang grotendeels onbeschermd. Zodra nakoming van de overeenkomst niet meer mogelijk is, staat de benadeelde immers met lege handen. Hij kan dan geen nakoming meer vorderen en hij heeft ook geen recht op schadevergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel. Aangezien de contractspartijen wel de bedoeling hadden om dit immateriële contractuele belang van de benadeelde te waarborgen, bevat de overeenkomst een ongewilde leemte. In zulke gevallen kan men aannemen dat het de hypothetische wil van de contractspartijen is dat deze leemte wordt opgevuld met een adequate sanctie, namelijk een contractueel recht op smartengeld.¹⁴⁶

Deze gedachte is niet onomstreden. Een ander deel van de literatuur wijst erop dat, wanneer contractspartijen het nalaten om contractueel bepaalde rechtsgevolgen te regelen, in beginsel het aanvullende recht bepaalt wat de rechtsgevolgen zijn. Het aanvullende recht kan niet zomaar worden omzeild door aan de hand van *ergänzende Vertragsauslegung* afwijkende hypothetische contractuele regelingen te construeren.¹⁴⁷ Juist over het recht op smartengeld bij wanprestatie is het aanvullende recht altijd glashelder geweest, volgens deze auteurs. Uit § 253 BGB volgt dat er bij wanprestatie in beginsel geen recht op smartengeld bestaat. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bovendien duidelijk dat de wetgever ervoor heeft gekozen om bij wanprestatie benadeelden geen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel te bieden. De wetgever schrapte namelijk een voorgestelde bepaling uit het voorontwerp dat aan contractspartijen in zulke gevallen wel een recht op smartengeld toekende. Het regelend recht vult de leemte in zulke overeenkomsten dus gewoon aan, waardoor voor *ergänzende Vertragsauslegung* geen ruimte meer is.¹⁴⁸ De rechtspraak heeft zich nog niet over deze mogelijkheid tot *ergänzende Vertragsauslegung* gebogen¹⁴⁹ Het is tot op heden dus niet duidelijk of deze mogelijk-

145 Riedel 2003, p. 163, 164-165 en 177 en Maslow 2015, p. 173.

146 Stoll JZ 1975, p. 255; Küppers 1976, p. 156; Taupitz NJW 1995, p. 747-748; Voß ZRP 1999, p. 454-455; Lange/Schiemann 2003, p. 428 en Riedel 2003, p. 164-176.

147 In algemene zin: MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, BGB § 157, r. 26-59.

148 Braschos 1979, p. 121-122; Maultzsch JZ 2010, p. 943-944 en Maslow 2015, p. 173-177. Riedel 2003, p. 177-178 wijst erop dat de oorspronkelijke regeling van § 253 BGB omstreden was en bovendien dat § 651n BGB een aanwijzing is dat de wetgever immateriële belangen wenst te beschermen. Kritisch daarover is dan weer Maslow 2015, p. 176, die erop wijst dat de wetgever het in 2002 kennelijk niet nodig vond om § 253 BGB aan te passen.

149 Wel passeerde het idee tweemaal *obiter dictum* de revue bij het BGH. Kritisch: BGH 12 mei 1980, NJW 1980, 1947, p. 1947-1948 (II.1.b.). Positiever: BGH 11 januari 1983, NJW 1983, 1107, p. 1108 (II.1.b.).

heid uitsluitend een academisch idee is of daadwerkelijk enige bescherming kan bieden aan contractspartijen.

4.5 TUSSENCONCLUSIE

Sinds de invoering van het BGB in 1900 is het lange tijd de hoofdregel geweest in het Duitse recht dat een benadeelde die schadevergoeding vorderde op grond van wanprestatie helemaal geen aanspraak kon maken op smartengeld. Tot 2002 was het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot bij een tekortkoming in de nakoming van een pakketreisovereenkomst de enige belangrijke uitzondering op deze hoofdregel. Dit recht op schadevergoeding voor gederfd reisgenot heeft in het Duitse recht een metamorfose ondergaan. In eerste instantie zagen rechters zulke schade als een vorm van vermogensschade bestaande uit de verspilde vakantiedagen van vakantiegangers met een inkomen, maar gaandeweg veranderde hun visie. Tegenwoordig kwalificeert het BGH gederfd reisgenot als immateriële schade. In het huidige Duitse recht passen rechters de bepaling die gedupeerde vakantiegangers recht geeft op smartengeld bij pakketreizen bovendien analoog toe op andere reisovereenkomsten. In 2002 verruimde de Duitse wetgever het recht op smartengeld bij wanprestatie. Tegenwoordig hebben benadeelden bij wanprestatie in dezelfde gevallen recht op smartengeld als bij een onrechtmatige daad. Voor benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen heeft deze hervorming weliswaar slechts tot een bescheiden verbetering van hun rechtspositie geleid, maar hun mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen zijn zonder twijfel ruimer geworden.

Toch blijft het algemene beeld dat benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen slechts in uitzonderlijke gevallen recht hebben op smartengeld. In de Duitse literatuur is al sinds de invoering van het BGB de nodige kritiek op de beperkte mogelijkheden voor benadeelden om bij wanprestatie met succes smartengeld te vorderen, met name ook in gevallen waarin zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. In de literatuur – en zelfs in enkele wetsontwerpen – zijn voorstellen gedaan om benadeelden een recht op smartengeld te geven wanneer een overeenkomst tot doel heeft hun onstoffelijk voordeel te verschaffen. Tot op heden heeft de Duitse wetgever deze voorstellen echter niet overgenomen.

5 | Smartengeld in Engeland

5.1 INLEIDING

Sinds het begin van de twintigste eeuw is de hoofdregel in het Engelse contractenrecht dat benadeelden bij wanprestatie geen recht hebben op smartengeld (§ 5.2). Toch biedt het huidige Engelse recht benadeelden aanzienlijk ruimere mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen dan het huidige Nederlandse en Duitse recht. In de Engelse rechtspraak zijn namelijk gaandeweg twee belangrijke uitzonderingen op de hoofdregel aanvaard. De oudste van deze uitzonderingen vindt haar oorsprong in de negentiende eeuw. Een benadeelde heeft wel recht op smartengeld wanneer een wanprestatie heeft geleid tot fysiek ongemak. Hoewel aan deze eerste uitzondering een steeds ruimere uitleg is gegeven in de rechtspraak, raakte zij sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw overschaduwde door een nieuwe uitzondering (§ 5.3). Op grond van deze nieuwe uitzondering heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer het een *object of the contract* is om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Ook aan deze nieuwe uitzondering is in de loop der jaren een steeds ruimere uitleg gegeven. Desalniettemin blijft smartengeld bij wanprestatie tot op heden een uitzondering in het Engelse recht. Een deel van de literatuur is van mening dat deze hoofdregel zou moeten worden losgelaten, maar die stap heeft de Supreme Court vooralsnog niet gezet (§ 5.4).

5.2 DE HOOFDREGEL – GEEN SMARTENGELD BIJ WANPRESTATIE

Aan het begin van de twintigste eeuw werkt Addis als de manager van de vestiging in Calcutta voor het platenlabel ‘The Gramophone Company’. In 1905 beëindigt het platenlabel de arbeidsovereenkomst. Hoewel er een opzegtermijn van zes maanden is afgesproken, vervangt het platenlabel Addis meteen en stelt het per direct een nieuwe manager aan. Het label zet Addis op het eerste schip terug naar Engeland, waardoor Addis zijn functie niet meer kan oefenen gedurende de overeengekomen opzegtermijn. Addis vordert vervolgens in een civiele procedure onder meer smartengeld voor de vernederende wijze waarop hij is ontslagen en voor de opgelopen reputatieschade. De rechters van het House of Lords wijzen zijn vordering unaniem af met de

overweging dat bij wanprestatie een benadeelde geen recht heeft op smartengeld.¹

Tegenwoordig zien de rechtspraak en de literatuur *Addis v. Gramophone* als het voornaamste precedent voor de hoofdregel dat bij wanprestatie een benadeelde uitsluitend recht heeft op schadevergoeding voor zijn vermogensschade en geen aanspraak kan maken op smartengeld.² Reeds in de negentiende eeuw duikt deze regel op in de overwegingen van rechters.³ In *Hobbs v. London & South Western Railway Co* – een arrest uit 1853 – overwoog Mellor J bijvoorbeeld:

‘For mere inconvenience, such as annoyance and loss of temper, or vexation, or for being disappointed in a particular thing which you have set your mind upon [...] you cannot recover damages.’⁴

Dit is tot op de dag van vandaag het uitgangspunt in het Engelse recht. Na *Addis v. Gramophone* ontstond er een bestendige lijn in de rechtspraak ten aanzien van deze hoofdregel. Zo overwoog Bingham LJ⁵ in *Watts v. Morrow*:

‘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.’⁶

Toen vlak na de millenniumwisseling deze hoofdregel in een procedure bij het House of Lords ter discussie werd gesteld, schaarden de rechters zich unaniem achter de overweging van Bingham.⁷ Ook zij zagen geen overtuigende reden om het uitgangspunt los te laten dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op smartengeld. Zeker in zuiver commerciële geschillen zou volgens Lord Cooke het uitgangspunt moeten blijven dat ‘contract-breaking is treated as an incident of commercial life which players in the game are expected to meet with mental fortitude’.⁸

1 *Addis v. Gramophone* [1909] 1 AC 488 (HL).

2 Enonchong *OJLS* 1996, p. 619-625 is van mening dat uit *Addis v. Gramophone* helemaal niet zo’n algemene regel kan worden afgeleid. De ratio is volgens hem veel beperkter dan veelal wordt aangenomen. Wat daar ook van zij, in het huidige recht interpreteert de rechtspraak en de literatuur *Addis v. Gramophone* wel ruim.

3 *Hamlin v. Great Northern Railway Co* (1856) 1 H & N 408.

4 *Hobbs v. London & South Western Railway Co* (1875) LR 10 QB 111 (QB).

5 Bingham was toen nog rechter in de Court of Appeal. Enkele jaren later wordt hij rechter in het House of Lords en verkrijgt hij de bijhorende titel ‘Lord’.

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

7 Niet alleen Lord Bingham – ondertussen rechter in het House of Lords – zelf, p. 38, maar ook Lord Cooke, p. 49 en Lord Goff, p. 42 verdedigen dit standpunt in *Johnson v. Gore Wood* [2002] 2 AC 1 (HL). Zie ook: *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

8 *Johnson v. Gore Wood* [2002] 2 AC 1 (HL), p. 49.

Desondanks hebben benadeelden die als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen in het huidige Engelse recht ruime mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen. In de jurisprudentie zijn namelijk eveneens twee uitzonderingen op deze hoofdregel aanvaard.

5.3 DE OUDE UITZONDERING – FYSIEK ONGEMAK

5.3.1 Een recht op smartengeld bij wanprestatie uit de negentiende eeuw

De oudste van deze twee uitzonderingen vindt haar oorsprong in de negentiende eeuw. In 1866 monstert matroos Burton voor twaalf maanden aan op het schip de *Thames*, waarvan Pinkerton de kapitein is. Burton bedingt dat het schip gedurende de reis uitsluitend commercieel wordt ingezet. Tijdens de reis breekt er oorlog uit tussen Peru en Spanje en besluit Pinkerton zijn schip in te zetten om de Peruvianen van munitie te voorzien, waardoor hij en zijn matrozen toch in een gewapend conflict verzeild raken. Wanneer Burton klaagt dat dit in strijd is met de overeenkomst, zet Pinkerton hem meteen van boord en laat hem achter in een Peruviaanse haven. Het kost Burton vervolgens heel wat moeite om weer terug in Engeland te komen. De rechters van de Court of Exchequer waren unaniem van mening dat Burton recht had op smartengeld voor het ongemak dat hij had ervaren als gevolg van de contractsbreuk door Pinkerton.⁹ In dezelfde lijn past een beslissing van de Queen's Bench over een gezin dat door de fout van een spoorwegmaatschappij strandt op het verkeerde station. Hobbs koopt voor zichzelf en zijn gezin kaartjes voor een treinrit van Wimbledon naar Hampton Court. Door een fout van de spoorwegmaatschappij komt de trein niet in Hampton Court maar in Esher aan, dat drie mijl verderop ligt. Omdat het bij aankomst op Esher tegen middernacht is, kan Hobbs geen vervangend vervoer meer regelen naar zijn huis in Hampton Court. Er zit voor het gezin daarom niets anders op dan door de regen naar huis te lopen. De rechters van de Queen's Bench waren unaniem van mening dat Hobbs en zijn gezin recht hadden op smartengeld voor dit ongemak.¹⁰

Ook na *Addis v. Gramophone* bleven rechters bij wanprestatie smartengeld toekennen voor fysiek ongemak. *Bailey v. Bullock* is daar een voorbeeld van. Bailey is eigenaar van een woonhuis, maar omdat hij in zijn onderneming woont – hij heeft een hotel – verhuurt hij dit huis. Op een gegeven moment verkoopt Bailey zijn hotel en wil hij zelf het verhuurde huis betrekken. Hij geeft zijn advocaat de opdracht om de huurovereenkomst op te zeggen en om het woonhuis te laten ontruimen. De advocaat laat echter na deze opzeg-

⁹ *Burton v. Pinkerton* (1867) LR 2 Exch 340.

¹⁰ Cockburn CJ, p. 116; Blackburn J, p. 120-121; Mellor J, p. 123 en Archibald J, p. 124 in *Hobbs v. London & South Western Railway Co* (1885) LR 10 QB 111 (QB).

ging en ontruiming te regelen, waardoor Bailey en zijn gezin een tijd lang geen woning tot hun beschikking hebben. Het gezin woont daarom enkele jaren noodgedwongen bij Baileys schoonouders, voordat een andere advocaat de opzegging en ontruiming uiteindelijk regelt. Voor het ontstane fysieke ongemak – de woning van de schoonouders was veel te krap – vordert Bailey vervolgens smartengeld. Het advocatenkantoor stelt zich op het standpunt dat uit *Addis v. Gramophone* volgt dat bij wanprestatie geen recht op smartengeld bestaat. Barry J ziet dat anders. Naar zijn mening vormen *Burton v. Pinkerton* en *Hobbs v. London & South Western Railway Co* duidelijke precedents voor de rechtsregel dat een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer hij fysiek ongemak heeft ervaren als gevolg van een wanprestatie. In *Addis v. Gramophone* is het House of Lords niet op deze oudere precedents teruggekomen en daarmee is dit specifieke recht op smartengeld blijven bestaan.¹¹

Tegenwoordig ziet men het recht op smartengeld voor fysiek ongemak dan ook als een uitzondering op de hoofdregel. In *Watts v. Morrow* legt Bingham LJ niet alleen uit wat de hoofdregel is, maar geeft hij ook aan welke uitzonderingen erop zijn aanvaard. Een benadeelde heeft, zo vat hij samen, wel recht op smartengeld ‘for physical inconvenience and discomfort caused by the breach and mental suffering directly related to that inconvenience and discomfort’.¹²

In *Watts v. Morrow* betrof het een wanprestatie van een *surveyor*. Wanneer iemand geïnteresseerd is in een te koop aangeboden huis, is het in Engeland niet ongebruikelijk om een *surveyor* in te schakelen, die bijvoorbeeld een bouwkundig onderzoek verricht en de waarde van het huis inschat. Deze *surveyors* zien nog wel eens iets belangrijks over het hoofd. Fouten van *surveyors* zijn daarom met enige regelmaat de aanleiding geweest voor een civiele procedure. In *Perry v. Sidney Phillips & Son*, bijvoorbeeld, rapporteert een *surveyor* aan Perry dat de cottage waarin hij geïnteresseerd is, geen grote gebreken heeft. Perry koopt vervolgens het huisje en ontdekt al snel dat niet alleen het dak lekt, maar ook dat de septic tank in de tuin gebarsten is en een enorme stank verspreidt. Het duurt even voordat Perry financieel in staat is om al deze gebreken aan zijn nieuwe huis te verhelpen. Perry krijgt smartengeld toegewezen voor het ongemak dat hij heeft ervaren in de periode dat zijn huis in slechte staat verkeerde en voor de ‘mental distress’ die dat ongemak heeft veroorzaakt.¹³ Ook in *Watts v. Morrow* kreeg een koper van een huis smartengeld voor het fysieke ongemak toegekend dat was ontstaan

11 *Bailey v. Bullock* [1950] 2 All ER 1167 (KB), p. 1169-1171. Zie ook: *Pereira v. Vandiyar* [1953] 1 WLR 672 (CA).

12 Bingham LJ, p. 1445 in *Watts v. Morrow* [1992] 1 WLR 1421 (CA). Zie ook: Slaughter LJ in *Hayes v. James & Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815 (CA), p. 823-824.

13 Kerr LJ, p. 1307 en Oliver LJ, p. 1304 in *Perry v. Sidney Phillips & Son* [1982] 1 WLR 1297 (CA). Lord Denning formuleerde het recht op smartengeld aanzienlijk ruimer, zie daarover: § 5.4.1.

doordat hij een tijd lang in een huis woonde met allerlei forse gebreken die zijn surveyor niet waren opgevallen tijdens het bouwkundige onderzoek.¹⁴

De eerste uitzondering op de hoofdregel is dus dat een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie fysiek ongemak ondervindt. Deze uitzondering riep de onvermijdelijke vraag op wat eigenlijk onder fysiek ongemak moet worden verstaan. In 2001 boog het House of Lords zich voor het eerst over deze vraag. De aanleiding was opnieuw een onjuist rapport van een surveyor.

5.3.2 *Farley v. Skinner*

In 1990 valt Farleys oog op een landgoed op het Engelse platteland. Hij nadert zijn pensioen en wil zijn oude dag doorbrengen in een rustige omgeving. Het landgoed, met daarop een tennisbaan, een croquetveld en een boomgaard, lijkt daarvoor op het eerste gezicht perfect. Voordat hij het landgoed koopt, geeft Farley surveyor Skinner de opdracht om het landgoed en het daarop gelegen landhuis te inspecteren en te taxeren. Verder geeft hij Skinner de specifieke opdracht om te onderzoeken of het vliegverkeer van de nabijgelegen luchthaven Gatwick geluidsoverlast veroorzaakt. Als het landgoed onder een drukke vliegroute zou liggen, zou Farley namelijk van de koop willen afzien. In zijn rapport schrijft Skinner vervolgens dat het vliegverkeer nauwelijks te horen is op het landgoed. Vertrouwend op dit rapport schaft Farley het landgoed aan en voert een grondige renovatie uit. Als hij na deze verbouwing intrek neemt in zijn landhuis, blijkt er wel degelijk forse geluidsoverlast van vliegtuigen te zijn. Skinner heeft tijdens zijn onderzoek gemist dat in de buurt van het landgoed een radiobaken staat. Vliegtuigen cirkelen om dit baken heen wanneer zij nog niet kunnen landen op de luchthaven, wat zich vooral voordoet in de ochtend, in de avond en in het weekend.¹⁵

Farley begint een civiele procedure waarin hij schadevergoeding vordert. Hij stelt zich op het standpunt dat hij door het onjuiste rapport te veel heeft betaald voor het landgoed. Gedurende de procedure blijkt dat, hoewel Skinner geen rekening heeft gehouden met de geluidsoverlast, zijn schatting van de waarde van het landgoed correct is. Farley besluit daarom subsidiair smartengeld te vorderen.¹⁶

Hij stelt zich onder meer op het standpunt dat hij als gevolg van Skinners wanprestatie fysiek ongemak ervaart. Hij hoort in zijn huis immers steeds het harde en hinderlijke geluid van laag overvliegende vliegtuigen. De meer-

14 Gibson LJ, p. 1440 en Bingham LJ, p. 1445 in *Watts v. Morrow* [1992] 1 WLR 1421 (CA). Zie ook: *Patel v. Hooper & Jackson* [1999] 1 WLR 1792 (CA), p. 1806 (Nourse LJ) en *Hoadley & Anor v Edwards* [2001] PNLR 41 (Ch), p. 779-791 (Evans-Lombe J).

15 Lord Steyn, par. 1-11 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

16 Lord Steyn, par. 12-13 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

derheid van de Court of Appeal is van mening dat Farley een te ruime uitleg geeft aan het begrip fysiek ongemak. Farley vindt de geluidsoverlast ongetwijfeld hinderlijk, maar dat maakt het door hem ervaren ongemak nog niet fysiek van aard. Het enkele feit dat het geluid van vliegtuigen onprettig is voor het gehoor, volstaat niet om van fysiek ongemak te spreken.¹⁷ Zo overweegt Stuart-Smith LJ:

‘All distress, annoyance, frustration, vexation and so on is a reaction to things perceived through the senses, usually of sight or hearing. But that does not make the distress physical.’¹⁸

Farley vecht deze beslissing met succes aan bij het House of Lords. De vijf rechters van het House of Lords die over deze zaak beslissen, aanvaarden Farleys ruime interpretatie van fysiek ongemak wel. Lord Steyn en Lord Clyde zijn van mening dat substantiële geluidsoverlast kan leiden tot fysiek ongemak. De door Farley ervaren geluidsoverlast was voldoende ernstig om van fysiek ongemak te spreken.¹⁹ Lord Hutton en Lord Scott definiëren fysiek ongemak als iedere onaangename zintuigelijke waarneming. Het door Farley gehoorde geluid van vliegtuigen kwalificeert als een dergelijke onaangename prikkeling van de zintuigen, in dit geval zijn gehoor. Lord Scott vat het bondig samen:²⁰

‘If the cause of the inconvenience or discomfort is a sensory (sight, touch, hearing, smell etc.) experience, damages can, subject to the remoteness rules, be recovered.’

Fysiek ongemak moet wel worden onderscheiden van ‘mere disappointment’ over het feit dat de overeenkomst niet is nagekomen. Een benadeelde heeft geen recht op smartengeld voor de enkele teleurstelling dat een overeenkomst niet is nagekomen.²¹ Lord Scott overweegt:

‘If the cause is no more than disappointment that the contractual obligation has been broken, damages are not recoverable even if the disappointment has led to a complete mental breakdown.’²²

17 Stuart-Smith LJ, par. 15-19 en Mummery LJ, par. 37-39 in *Farley v. Skinner (No 2)* [2000] PNLR 441 (CA). Clarke LJ, par. 60-63 was van mening dat Farley wel fysiek ongemak had ervaren. Hij zag een duidelijke parallel met *Perry v. Sidney Phillips & Son*, waar de benadeelde hinder ondervond van de stank van een gebarsten septic tank.

18 *Farley v. Skinner (No 2)* [2000] PNLR 441 (CA), par. 17.

19 Lord Steyn, par. 30 en Lord Clyde, par. 37 en 40 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

20 Lord Scott, par. 85 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL). Zie ook: Lord Hutton, par. 61: ‘The aircraft noise was something which affected the plaintiff through his hearing and can be regarded as having a physical effect upon him, and on the evidence which was before him I consider that it was open to the judge to find that the plaintiff suffered physical inconvenience and discomfort.’

21 Lord Scott, par. 85; Lord Clyde, par. 37 en, meer in het algemeen, Lord Steyn, par. 18 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

22 Lord Scott, par. 85 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

Uit de overwegingen van Lord Scott en Lord Hutton blijkt dat aan fysiek ongemak een ruime interpretatie moet worden gegeven.²³ Na *Farley v. Skinner* is dan ook met enige regelmaat smartengeld voor fysiek ongemak toegekend aan een benadeelde, met name in gevallen van woningoverlast.²⁴ Volgens een deel van de literatuur is de huidige interpretatie van fysiek ongemak zo ruim, dat het nauwelijks meer mogelijk is fysiek ongemak te onderscheiden van zuiver psychologische teleurstelling en ergernis. Immers, alle ergernis, ongemak, teleurstelling en boosheid zijn uiteindelijk een gevolg van een zintuigelijke waarneming. Het House of Lords maakt onvoldoende duidelijk waar fysiek ongemak ophoudt en puur psychologisch leed begint.²⁵ In de literatuur is ook de meer fundamentele vraag gesteld wat eigenlijk rechtvaardigt dat juist voor fysiek ongemak een uitzondering op de hoofdregel wordt gemaakt. Het House of Lords legt niet uit wat de ratio van het recht op smartengeld voor fysiek ongemak is.²⁶ In de recente literatuur en rechtspraak is het debat over het recht op smartengeld voor fysiek ongemak enigszins naar de achtergrond verschoven. De oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat zich sinds de jaren zeventig in snel tempo een nieuwe uitzondering op de hoofdregel begon te ontwikkelen, die het recht op smartengeld bij wanprestatie aanzienlijk verder heeft verruimd.²⁷

5.4 DE NIEUWE UITZONDERING – *THE OBJECT OF THE CONTRACT*

5.4.1 Van een frontale aanval op *Addis v. Gramophone* ...

De nieuwe uitzondering vindt haar oorsprong in een geschil over een tegenval-lende skivakantie. Jarvis, een jonge advocaat, boekt voor zichzelf een skivakan-tie bij Swan's Tours. De reisbrochure van Swan's Tours belooft een verblijf in een authentiek Zwitsers hotel, waar iedere avond een feest in de bar is en waar tal van activiteiten, zoals een jodelavond, worden georganiseerd. De gastheer zou bovendien goed Engels spreken. De reis zou daarmee, volgens de brochure, uitermate geschikt zijn voor jongvolwassenen die alleen op vakantie gaan en anderen willen ontmoeten. Bovendien zou in de buurt van het hotel een groot skigebied met een goed uitgeruste skiverhuur zijn. De daadwerkelijke skivakantie van Jarvis lijkt in niets op de vakantie zoals die in de brochure wordt aangeprezen. Het skigebied ligt ver van het hotel en heeft helemaal geen goede skiverhuur. Er zijn in het hotel nauwelijks feesten,

23 McKendrick & Graham *LMCLQ* 2002, p. 164-165 en Hartshorne *JCL* 2006, p. 129.

24 Zie voor een overzicht: Andrews e.a. 2017, par. 22-024.

25 Phang *JBL* 2003, p. 379-380 en Andrews e.a. 2017, par. 22-023-22-025.

26 Chandler & Devenney *LS* 2008, p. 144-149 en Harder 2010, p. 94-95.

27 Zie bijvoorbeeld: Bingham LJ in *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA), p. 1445. Zie ook: Andrews 2017, par. 22-023.

de jodelavond wordt afgelast en de laatste week van zijn verblijf is Jarvis de enige gast in het hotel. Zelfs een praatje met de gastheer zit er niet in, want deze spreekt maar een paar woorden Engels.

Jarvis vordert vervolgens in een civiele procedure schadevergoeding, niet alleen voor het waardeverschil tussen de vakantie die hem was beloofd en de vakantie die hij daadwerkelijk heeft genoten, maar ook voor zijn teleurstelling en ongenoegen over de tegenvallende vakantie. Lord Denning²⁸, die door de andere rechters wordt gevolgd, geeft Jarvis gelijk:

'In a proper case damages for mental distress can be recovered in contract, just as damages for shock can be recovered in tort. One such case is a contract for a holiday, or any other contract to provide entertainment and enjoyment. If the contracting party breaks his contract, damages can be given for the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach.'²⁹

Jarvis v. Swan's Tours schiep daarmee een precedent voor het toekennen van smartengeld in gevallen waarin een overeenkomst die tot doel heeft om de benadeelde plezier of genot te verschaffen, niet wordt nagekomen.³⁰ Vrijwel meteen begonnen rechters dit nieuwe precedent toe te passen op allerlei vergelijkbare gevallen waarin een benadeelde met een overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreeft.³¹ In *Heywood v. Wellers* maakte een advocaat een beroepsfout, waardoor Heywoods gerechtelijke verzoek tot een straat- en contactverbod voor een stalkende ex-vriend werd afgewezen. Hierdoor kon deze ex-vriend haar nog eens drie jaar lang ongehinderd lastigvallen. De Court of Appeal overwoog unaniem dat zij recht had op smartengeld. Heywood streefde met de gesloten overeenkomst immers een onstoffelijk voordeel na, namelijk het beëindigen van de stalking en het hervinden van gemoedsrust. Door de fout van haar advocaat was ze dat onstoffelijke voordeel misgelopen.³² In *Jackson v. Chrysler Acceptances* leverde een autodealer een gezinsauto met allerlei gebreken aan Jackson. Jackson had deze auto aangeschaft voor een vakantie in Frankrijk, die door de gebrekkige gezinsauto niet kon doorgaan. Omdat hij de autoverkoper expliciet had medegedeeld dat hij met de gezinsauto op vakantie wilde gaan, kreeg Jackson smartengeld toegewezen voor het gemiste vakantieplezier.³³ Ook de drie zussen die met een beheerder van een begraafplaats waren overeengekomen dat naast het graf van hun moeder vier graven

28 Lord Denning was ook Master of the Rolls, vrij vertaald, president van de Court of Appeal.

29 *Jarvis v. Swans Tours Ltd* [1973] QB 233 (CA), p. 235-237.

30 Er was al een oudere Schotse zaak (*Diesen v. Samsom* [1971] SLT 49) over een geboekte trouwfotograaf die niet kwam opdagen op een huwelijksceremonie en om die reden smartengeld moest betalen aan het bruidspaar dat daardoor geen trouwfoto's had.

31 Zie bijvoorbeeld ook nog: *Jackson v. Horizon Holidays Ltd* [1975] 1 WLR 1468 (CA) (mislukte vakantie) en *Sampson v. Floyd* [1989] WL 650282 (CA) (verhuurder stoort woongenot van zijn huurder).

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

33 *Jackson v. Chrysler Acceptances Ltd* [1978] RTR 474 (CA).

zouden worden gereserveerd voor hun vader en henzelf, hadden recht op smartengeld toen de begraafplaats daar per vergissing iemand anders liet begraven.³⁴

In de jurisprudentie ontwikkelde zich al snel de regel dat een benadeelde recht had op smartengeld zodra de geleden immateriële schade voorzienbaar was voor zijn wederpartij. Zo overwoog Lawson J in *Cox v. Philips Industries* onomwonden:

'I can see no reason in principle why, if a situation arises which within the contemplation of the parties would have given rise to vexation, distress and general disappointment and frustration, the person who is injured by a contractual breach should not be compensated in damages for that breach.'³⁵

De vaandeldrager bij deze 'frontale aanval' op de hoofdregel van *Addis v. Gramophone* was Lord Denning.³⁶ In verschillende van zijn speeches overwoog hij dat immateriële schade – net zoals vermogensschade – voor vergoeding in aanmerking komt, zodra zulk nadeel voorzienbaar is voor de wederpartij.³⁷ Zijn benadering kreeg navolging in de rechtspraak.³⁸ In de literatuur werd echter opgemerkt dat deze lijn in de rechtspraak moeilijk te verenigen was met de hoofdregel uit *Addis v. Gramophone* – een bindend precedent van het House of Lords – dat bij wanprestatie immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt.³⁹ Rond 1990 begint ook de Court of Appeal terughoudender te worden met het toekennen van smartengeld bij wanprestatie.

5.4.2 ... naar een nieuwe uitzondering

Bliss is een orthopedisch chirurg in het ziekenhuis van de South East Thames Regional Health Authority. Hij is verwikkeld in een arbeidsconflict met zijn leidinggevende en stuurt enkele boze brieven naar het ziekenhuis, die zodanig onbeschoft en beledigend zijn dat zijn leidinggevende twijfels krijgt over de geestelijke gesteldheid van Bliss. Hij verplicht Bliss om mee te werken aan een psychologisch onderzoek om te bepalen of hij nog wel geschikt is voor zijn functie. Dat weigert Bliss. Hij begint een civiele procedure tegen het ziekenhuis, waarin hij zich op het standpunt stelt dat het ziekenhuis wanpresta-

34 *Reed v. Madon* [1989] 1 Ch 408 (CD).

35 *Cox v. Phillips Industries Ltd* [1976] 1 WLR 638 (QB), p. 644.

36 Carty MLR 1976, p. 244-245 noemde het 'the outright attack' van Lord Denning tegen *Addis v. Gramophone*.

37 Lord Denning, p. 459 en James LJ, p. 461 in *Heywood v. Wellers* [1976] QB 446 (CA) en Lord Denning, p. 1301-1302 in *Perry v. Sidney Philips & Son* [1982] 1 WLR 1297 (CA).

38 Morritt J, p. 426 in *Reed v. Madon* [1989] 1 Ch 408 (CD) en Faye J in *Buckley v. Lane Herdman & Co* [1977] CLY 3143.

39 Dawson NZULR 1984, p. 257-260. Zie ook: Burrows LMCLQ 1984, p. 131.

tie heeft gepleegd door hem te dwingen een psychologisch onderzoek te ondergaan. Hij vordert onder meer smartengeld voor stress en frustratie. Dillon LJ is van mening dat het ziekenhuis zijn contractuele verplichtingen niet is nagekomen, maar wijst de smartengeldvordering af. De hoofdregel is, volgens hem, dat bij wanprestatie een benadeelde geen recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade. De overweging van Lawson J in *Cox v. Philips Industries* is dan ook onjuist. Immateriële schade komt niet reeds voor vergoeding in aanmerking zodra deze schade voorzienbaar is. Immateriële schade komt bij wanprestatie uit beleidsoverwegingen niet voor vergoeding in aanmerking. Dillon LJ erkent dat op deze hoofdregel uitzonderingen bestaan. Zo bestaat er volgens hem wel een recht op smartengeld wanneer 'the contract which has been broken was itself a contract to provide peace of mind or freedom from distress'. De arbeidsovereenkomst tussen Bliss en het ziekenhuis kan echter niet als een dergelijke overeenkomst worden gekwalificeerd.⁴⁰

Deze overweging van Dillon LJ kreeg bijval in *Hayes v. James & Charles Dodd*. Een advocaat geeft onjuiste en onvolledige informatie aan zijn cliënten over een bedrijfspand dat zij willen kopen om een garagebedrijf te beginnen. Anders dan de advocaat heeft medegedeeld, is het bedrijfspand helemaal niet geschikt voor de exploitatie van een garage, waardoor het nieuwe bedrijf van zijn cliënten al snel failliet gaat. Slaughton LJ wees de smartengeldvordering van de gedupeerde cliënten af. Hij was

'[...] not convinced that it is enough to ask whether mental distress was reasonably foreseeable as a consequence, or even whether it should reasonably have been contemplated as not unlikely to result from a breach of contract'.⁴¹

Alleen wanneer het een doel van de overeenkomst is om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, zoals plezier of rust, heeft een benadeelde recht op smartengeld. Uit beleidsoverwegingen komt immateriële schade in andere gevallen, met name in zuiver commerciële geschillen, niet voor vergoeding in aanmerking:

'I would not view with enthusiasm the prospect that every shipowner in the Commercial Court, having successfully claimed for unpaid freight or demurrage, would be able to add a claim for mental distress suffered while he was waiting for his money'.⁴²

In *Watts v. Morrow* bevestigt Bingham LJ deze striktere lijn in de rechtspraak. De hoofdregel dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt,

40 Dillon LJ, p. 717-718 in *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* [1987] ICR 700 (CA) en daarover Carty MLR 1986, p. 244-245.

41 *Hayes v. James & Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815 (CA), p. 824.

42 *Hayes v. James & Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815 (CA), p. 823.

‘[...] is not founded on the assumption that such reactions are not foreseeable, which they surely are or may be, but on considerations of policy’.

Op deze hoofdregel, zo vervolgt Bingham LJ, bestaat wel een uitzondering:

‘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.’⁴³

Harder ziet in deze overwegingen de geboorte van de nieuwe uitzondering op *Addis v. Gramophone*.⁴⁴ Bij wanprestatie heeft een benadeelde in beginsel geen recht op smartengeld, tenzij de niet-nagekomen overeenkomst als ‘very object’ heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen, zoals gemoedsrust, ontspanning of plezier. De overeenkomsten die bijvoorbeeld Jarvis, Heywood en Jackson waren aangegaan, hadden dit doel. In *Watts v. Morrow* overwogen Bingham LJ en Gibson LJ daarentegen dat een standaardovereenkomst tussen een potentiële koper van een woning en een surveyor niet tot doel heeft om deze potentiële koper een onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar slechts om de waarde van het huis te bepalen en de financiële risico’s van een eventuele aanschaf in kaart te brengen.⁴⁵

In de jaren na *Watts v. Morrow* is door benadeelden veelvuldig een beroep gedaan op de nieuwe uitzondering. Rechters namen lang niet altijd aan dat een overeenkomst tot doel heeft de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Zij gaven juist een tamelijk strikte uitleg aan de nieuwe uitzondering. Zo oordeelde de Court of Appeal dat een overeenkomst om een prestigieuze auto (een Rolls Royce) te repareren niet tot doel had om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen.⁴⁶ Ook voor overeenkomsten tussen advocaten en hun cliënten namen rechters dit in de regel niet aan wanneer een advocaat hoofdzakelijk was ingeschakeld om de economische belangen van zijn cliënt te behartigen.⁴⁷ Zulke overeenkomsten vielen daarentegen wel onder het bereik van de *object of the contract*-uitzondering, wanneer een cliënt de overeenkomst met zijn advocaat was aangegaan om een onstoffelijk voor-

43 Bingham LJ, p. 1445 in *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA).

44 Harder 2010, p. 96. Bridges LJ, p. 463-464 in *Heywood v. Wellers* [1976] QB 446 (CA) lijkt in essentie reeds te toetsen of het een doel van de overeenkomst was om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In de literatuur werd ook al verdedigd dat in werkelijkheid deze toets werd aangelegd door rechters: Yates *MLR* 1973, p. 535-541; Jackson *ICLQ* 1977, p. 503-509 en Burrows *LMCLQ* 1984, p. 124-126.

45 Bingham LJ, p. 1445 en Gibson LJ, p. 1401-1402 in *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA).

46 *Alexander v. Rolls Royce Motor Cars Ltd* [1996] RTR 95 (CA). Een ander voorbeeld: is *Brancett v. Beaney* [1992] 24 HLR 348 (CA), p. 355-356.

47 *Johnson v. Gore Wood & Co (a firm)* [2002] 2 AC 1 (HL) en *Channon v Lindley Johnstone (a firm)* [2002] EWCA, 353 (CA).

deel te verwezenlijken, zoals het voorkomen van een onterechte strafrechtelijke veroordeling.⁴⁸

Het vereiste dat de overeenkomst tot doel moet hebben om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, ontwikkelde zich na *Watts v. Morrow* dus tot een wezenlijke drempel voor benadeelden. In de jurisprudentie kreeg een strikte interpretatie van deze uitzondering gaandeweg de overhand. Een benadeelde had volgens sommige rechters uitsluitend recht op smartengeld wanneer het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel de *hoofddreden* was geweest om de overeenkomst aan te gaan, zoals bij reisovereenkomsten. Wanneer dit slechts een bijkomende reden was om een overeenkomst te sluiten, had hij geen recht op smartengeld. Zo wees de Court of Appeal unaniem de smartengeldvordering van Knott af. Knott had architect Bolton de opdracht gegeven om voor hem een woonhuis te ontwerpen. Hij verzocht Bolton om binnen het ontwerp een ruime en grootse trap in de hal van deze nieuwe woning op te nemen, zodat deze hal er imposant zou uitzien. Nadat het huis is opgeleverd, blijkt dat Bolton daar niet in is geslaagd. Knott vordert vervolgens smartengeld. Hij stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst tot doel had om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen, namelijk het plezier van een imposante hal in zijn woning. Volgens Russell LJ slaagt Knotts beroep op de nieuwe uitzondering niet:

‘The very object of the contract entered into by Mr. Terence Bolton was to design for the Knotts their house. As an ancillary of that of course it was in the contemplation of Mr. Bolton and of the Knotts that pleasure would be provided, but the provision of pleasure to the occupiers of the house was not the very object of the contract.’⁴⁹

In de literatuur werd destijds al opgemerkt dat deze strikte interpretatie slecht te verenigen was met eerdere jurisprudentie, zoals *Jackson v. Chrysler Acceptances*. Voor Jackson was het hoofddoel van de koopovereenkomst immers het in eigendom verkrijgen van een auto en was het plezier van een vakantie in Frankrijk ook slechts een nevendoel.⁵⁰ Deze strikte interpretatie was ook moeilijk te verenigen met de latere beslissing van het House of Lords in *Ruxley Electronics v. Forsyth*. Daar kreeg een benadeelde smartengeld toegewezen omdat het door een aannemer aangelegde zwembad minder diep was dan afgesproken. Ook deze overeenkomst had als hoofddoel een zwembad in de tuin realiseren. Het plezier van het verkrijgen van een diep zwembad was, net zoals het plezier van een grootse en wijde trap, slechts een nevendoel van

48 *McLeish v. Amoo-Gottfried* (1994) 10 PN 102 (QB). Zie ook: *Rey v. Graham & Oldham (a firm)* [1999] WL 1805468 (QB) (over een persoonlijk faillissement).

49 Russell LJ, p. 127-130 in *Knott v. Bolton* [1995] 45 Const LR 127 (CA).

50 Zie bijvoorbeeld: Macdonald *JCL* 1994, p. 146-147.

deze aannemingsovereenkomst. Desalniettemin kenden de rechters van het House of Lords smartengeld toe.⁵¹

5.4.3 *Farley v. Skinner*

In *Farley v. Skinner* ging het ook over de vraag of deze strikte interpretatie van de *object of the contract*-uitzondering wel klopte. Anders gezegd, hoe moesten de woorden van Bingham LJ in *Watts v. Morrow*, die het had over 'the very object of the contract', worden begrepen. Farley legde aan zijn smartengeldvordering namelijk niet alleen ten grondslag dat hij fysiek ongemak had ervaren, maar ook dat de overeenkomst tussen hem en Skinner tot doel had om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen: het plezier van een landgoed in een rustige omgeving. Nu hij als gevolg van Skinners wanprestatie dit onstoffelijke voordeel niet had verkregen, had hij ook op grond van de nieuwe uitzondering recht op smartengeld.

De meerderheid van de Court of Appeal hanteerde een strikte interpretatie en wees ook het beroep van Farley op de nieuwe uitzondering af. Het hoofddoel van de door Farley gesloten overeenkomst was immers om de waarde van het landgoed te taxeren. Skinners opdracht om de eventuele geluidsoverlast te onderzoeken behelsde slechts een nevenverplichting in hun overeenkomst. Het verkrijgen van het plezier van een rustig en vredig landgoed was daarmee ook niet het hoofddoel van de overeenkomst. Volgens de meerderheid van de Court of Appeal ging de uitzondering uitsluitend op wanneer een overeenkomst als hoofddoel heeft om een onstoffelijk voordeel te verschaffen, zoals bij vakantiereizen.⁵² Stuart-Smith LJ zag bovendien geen relevant verschil tussen de overeenkomst van Farley en Skinner en de overeenkomst die in *Watts v. Morrow* centraal stond. Ook in dit geval ging het om 'an ordinary surveyor contract'. In eerdere jurisprudentie was al bepaald dat het niet een doel van

51 Zie met name de overwegingen van Lord Lloyd, p. 373-375, in *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL). Het is niet onomstreden in de Engelse literatuur en rechtspraak voor welke schade Forsyth schadevergoeding kreeg toegekend. Sommige auteurs en rechters zijn van mening dat Forsyth een vergoeding kreeg voor het deels missen van de contractuele prestatie zelf – een zwembad van een bepaalde diepte – en niet voor zijn gemiste plezier van dat zwembad. Zo leest bijvoorbeeld Lord Scott, par. 79, in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL) het arrest. De vraag of het missen van de contractuele prestatie zelf, ongeacht of dat enig nadeel tot gevolg heeft voor een contractspartij, vergoedbare schade is, is omstreden in het Engelse recht, zie daarover met name *Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518 (HL). Zie in de literatuur hierover met name: McKendrick CPL 1999, p. 72-73; Webb OJLS 2006, p. 57-61 en Winterton LMCLQ 2012, p. 449-450.

52 Stuart-Smith LJ, par. 24 en Mummery LJ, par. 41-43 in *Farley v. Skinner* (No 2) [2000] PNLR 441 (CA). Zij pasten *Knott v. Bolton* [1995] 45 Const. LR 127 (CA) toe. Clarke LJ, par. 71-80 gaf een *dissenting opinion*.

zulke overeenkomsten is om een onstoffelijk voordeel te verschaffen aan de potentiële koper.⁵³

Het House of Lords gaf daarentegen een ruimere interpretatie aan de nieuwe uitzondering. Een recht op smartengeld bestaat niet slechts wanneer het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel het hoofddoel van de overeenkomst is, maar reeds wanneer dat een belangrijke reden voor de benadeelde is geweest om de overeenkomst aan te gaan.⁵⁴ Lord Steyn overweegt:

'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 constituent parts. It is sufficient if a major or important object of the contract is to give pleasure, relaxation or peace of mind.'⁵⁵

Farley had Skinner de uitdrukkelijke opdracht gegeven om de eventuele geluidsoverlast van de nabijgelegen luchthaven te onderzoeken, met het doel te verzekeren dat hij een landgoed in een rustig gebied kocht. Een belangrijk doel van de overeenkomst was dus om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Om die reden had Farley ook op grond van de nieuwe uitzondering recht op smartengeld. Juist door deze specifieke opdracht om de geluidsoverlast te onderzoeken, week de overeenkomst tussen Farley en Skinner af van een gebruikelijke overeenkomst tussen een surveyor en zijn klanten, aldus het House of Lords. Er was zodoende wel degelijk een relevant verschil tussen dit geschil en *Watts v. Morrow*.⁵⁶

Wel houdt het House of Lords vast aan de regel dat het oordeel of immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt niet uitsluitend afhangt van de voorzienbaarheid van zulke schade. De hoofdregel dat immateriële schade in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt, blijft tot op heden gehandhaafd. Een benadeelde heeft pas recht op smartengeld wanneer hij aantoonst dat een belangrijk doel van de overeenkomst het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel is. Ook na *Farley v. Skinner* blijft dit een zelfstandig vereiste naast het vereiste dat de immateriële schade voorzienbaar moet zijn geweest.⁵⁷ Lord Hutton geeft rechters enige algemene richtlijnen om dit vereiste te toetsen:

53 Stuart-Smith LJ, par. 24 in *Farley v. Skinner (No 2)* [2000] PNLR 441 (CA).

54 Lord Steyn, par. 24; Lord Clyde par. 43 en Lord Hutton, par. 53 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL). Ook volgens Lord Scott, par. 106-107, heeft Farley recht op schadevergoeding, maar hij is van mening dat deze vergoeding compensatie biedt voor het missen van de contractuele prestatie zelf (zie hierboven: voetnoot 51). Lord Browne-Wilkinson, par. 32, sluit zich aan bij zowel Lord Steyn als Lord Scott.

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

56 Lord Steyn, par. 28-29, Lord Clyde, par. 42, 46 en Lord Hutton, par. 56 in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

57 Zie met name: Lord Steyn, par. 15 en Lord Hutton, par. 54, in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

'I consider that as a general approach it would be appropriate to treat as cases falling within the exception and calling for an award of damages those where: (1) the matter in respect of which the individual claimant seeks damages is of importance to him, and (2) the individual claimant has made clear to the other party that the matter is of importance to him, and (3) the action to be taken in relation to the matter is made a specific term of the contract.'⁵⁸

Het House of Lords geeft dus een ruime interpretatie aan de nieuwe uitzondering, maar houdt eveneens vast aan de hoofdregel uit *Addis v. Gramophone*. Een cruciale vraag blijft daarom wat nu de precieze reikwijdte van deze uitzondering is. Dat is tot op heden geen uitgemaakte zaak.

5.4.4 Het huidige toepassingsbereik van de *object of the contract*-uitzondering

5.4.4.1 Een vergoeding voor een zelfstandige schadepost

Zo is er discussie over de vraag voor welke schadepost de schadevergoeding die op grond van de nieuwe uitzondering wordt toegekend, nu precies compensatie biedt. Lord Scott overwoog in *Farley v. Skinner* namelijk – obiter dictum – het volgende:

'I would add that if there had been an appreciable reduction in the market value of the property caused by the aircraft noise, Mr Farley could not have recovered both that difference in value and damages for discomfort. To allow both would allow double recovery for the same item.'⁵⁹

Met andere woorden, wanneer een benadeelde reeds een vergoeding heeft gekregen voor het verschil tussen de onjuiste taxatiewaarde in het rapport en de werkelijke waarde van het huis, zou hij ook meteen gecompenseerd zijn voor het verminderde genot van de woning. Deze gedachte is zeker niet onomstreden. De Court of Appeal overwoog in een vergelijkbaar geval juist dat er twee afzonderlijke schadeposten zijn te onderscheiden. Een advocaat licht zijn cliënt, Hermann, onjuist in over een woonhuis dat hij overweegt te kopen. De advocaat vertelt hem dat de eigenaar van het te koop aangeboden woonhuis ook mag gebruikmaken van een nabijgelegen gemeenschappelijke tuin. Nadat hij het huis heeft gekocht, blijkt dat Hermann helemaal geen toegang tot deze tuin heeft. Naast een vergoeding voor het waardeverschil, vordert Hermann smartengeld. Newey J overweegt over het combineren van deze schadeposten vervolgens:

58 Lord Hutton, par. 54, in *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

59 *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL), par. 109. In die zin (obiter dictum): Ramsey J, par. 264 en 325 in *Harrison v. Shepherd Homes Ltd* [2011] EWHC 1811 (TCC).

‘The Hermanns’ non-pecuniary loss is, as it seems to me, distinct from the reduction in the value of 37 Ovington Square. The loss of value would have affected the Hermanns regardless of whether they had been buying it as a home. They would have been entitled to be compensated for it even if 37 Ovington Square had been acquired as an investment. Since, however, the Hermanns purchased 37 Ovington Square to live there, they have also suffered non-pecuniary loss. This loss has to be additional to the diminution in value.’⁶⁰

Ook bij tegenvallende vakanties is het gebruikelijk om een benadeelde schadevergoeding toe te kennen voor zowel het verschil in waarde tussen de reis die hem was beloofd en de reis die hij daadwerkelijk heeft genoten als voor het eventuele gemiste plezier en genot van zijn vakantie. Zo overwoog Ward LJ in een geschil over een cruise die geenszins aan de verwachtingen voldeed:

‘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.’⁶¹

Ook in de literatuur gaat men ervan uit dat een benadeelde recht heeft op smartengeld, naast een eventuele vergoeding voor het verschil in waarde tussen de beloofde en de uiteindelijke geleverde prestatie.⁶²

5.4.4.2 Een algemeen toepassingsbereik

Na *Farley v. Skinner* bleven rechters smartengeld toekennen in gevallen waarin in eerdere rechtspraak al was beslist dat ze onder de *object of the contract*-uitzondering vielen. Zo kreeg in *Milner v. Carnival* een echtpaar smartengeld omdat een geboekte cruise geenszins aan de verwachtingen voldeed.⁶³ Ook het advocatenkantoor David & Snape moest smartengeld betalen aan een moeder wier kinderen door hun vader naar Tunesië waren ontvoerd. Door een beroepsfout van een advocaat van dit kantoor had de vader een kans gekregen om met de kinderen per vliegtuig naar het buitenland te reizen.⁶⁴

In de literatuur en rechtspraak gaat men ervan uit dat de uitzondering algemener toepassing kan vinden. Zo is het toepassingsbereik niet beperkt tot bepaalde bijzondere overeenkomsten, zoals reisovereenkomsten of overeenkomsten van opdracht, maar strekt het zich in beginsel uit over het gehele

60 *Hermann v. Withers LLP* [2012] EWHC 1492 (Ch), par. 128.

61 *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd’s LR 374 (CA), par. 42. Zie ook: Lord Denning, p. 237 in *Jarvis v. Swans Tours* [1973] QB 233 (CA).

62 McGregor 2014, p. 83-84 en Peel 2015, par. 1167-1168. Anders: O’Sullivan CLJ 1995, p. 498.

63 *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd’s Rep. 374 (CA).

64 *Hamilton-Jones v. David & Snape (a firm)* [2011] 1 Lloyd’s Rep. 374 (CA). Zie ook: *Hermann v. Withers LLP* [2012] EWHC 1492 (Ch) en *Dawn Gladys Normington v. Palmers Solicitors* [2009] EWHC 2036 (Ch).

overeenkomstenrecht.⁶⁵ Uit *Jackson v. Chrysler Acceptances* blijkt bijvoorbeeld dat ook bij een koopovereenkomst een benadeelde recht kan hebben op smartengeld wanneer hij met het gekochte goed een onstoffelijk voordeel nastreeft.⁶⁶ Uit enkele overwegingen ten overvloede van het House of Lords, kan worden afgeleid dat de uitzondering ook niet beperkt is tot specifieke immateriële voordelen, zoals het plezier van een vakantie. Zo overwoog Lord Cooke in *Johnson v. Gore Wood* dat de uitzondering niet is beperkt tot overeenkomsten die tot doel hebben 'pleasure and the like' te verschaffen, maar bijvoorbeeld ook toepassing kan vinden bij 'breaches of contracts for status such as membership of a trade union or a club [...]'.⁶⁷ In *Johnson v. Unisys* overwoog Lord Millet dat de uitzondering van toepassing is op alle overeenkomsten die 'the provision of enjoyment, comfort, peace of mind or other non-pecuniary personal or family benefits' tot doel hebben.⁶⁸ Een goed voorbeeld van deze algemenere toepassing van de *object of the contract*-uitsondering is *Yearworth v. North Bristol NHS Trust*. Een ziekenhuis behandelde enkele mannelijke kankerpatiënten. Een mogelijke bijwerking van de chemotherapie was dat deze mannen onvruchtbaar konden worden. Voordat hun behandeling aanving, hadden deze patiënten daarom sperma laten invriezen en opslaan door het ziekenhuis. Op een dag vielen door een stroomstoring de vriezers van het ziekenhuis tijdelijk uit, waardoor het opgeslagen sperma van de patiënten verloren ging. Vijf ondertussen behandelde en onvruchtbaar geworden patiënten vorderden smartengeld van het ziekenhuis. De Court of Appeal, bij monde van Judge LJ, overwoog dat het ziekenhuis was tekortgeschoten in de nakoming van een bewaarnemingsovereenkomst. Nu de patiënten met hun overeenkomsten een onstoffelijk voordeel nastreefden – het behoud van de mogelijkheid om biologische kinderen te verwekken – hadden ze op grond van de nieuwe uitzondering recht op smartengeld.⁶⁹

Verder lijken alle soorten immateriële schade, zoals angst, frustratie, boosheid en ergernis, voor vergoeding in aanmerking komen. Er wordt, met andere woorden, geen onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten immateriële schade.⁷⁰ Uit de overwegingen in de rechtspraak dat een benadeelde op grond van de *object of the contract*-uitsondering smartengeld krijgt voor zijn 'mental distress' leiden sommige auteurs af dat een benadeelde moet aantonen dat zijn immateriële leed voldoende ernstig is. De enkele teleurstelling dat een

65 Andrews e.a. 2017, p. 462-467 en Kramer 2017, p. 525-527. Een bijzonder voorbeeld is *Haysman v. Mrs Rogers Films Ltd* [2008] EWHC 2494 (QB). Daar ging het om een overeenkomst waarin een huiseigenaar zijn huis tijdelijk ter beschikking stelt aan een filmstudio om daar een film op te nemen.

66 *Jackson v. Chrysler Acceptances Ltd* [1978] RTR 474 (CA). Zie ook: Kramer 2017, p. 537.

67 *Johnson v. Gore Wood* [2002] 2 AC 1 (HL), p. 49.

68 *Johnson v. Unisys* [2001] 1 AC 518 (HL), p. 547.

69 *Yearworth v. North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA QB 1 (CA), par. 57-59.

70 Expliciet: Kramer 2017, p. 540-541. Harder 2010, p. 95 en Andrews e.a. 2017, p. 461-462 lijken dat impliciet aan te nemen.

overeenkomst niet is nagekomen, voldoet volgens deze auteurs immers niet.⁷¹ Het is de vraag of dat inderdaad zo is. In geen enkele van de uitspraken waarin werd aangenomen dat het een doel van de overeenkomst was om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, sneuvelde de vordering van een benadeelde vervolgens omdat zijn immateriële schade onvoldoende ernstig was.

5.4.4.3 Wanneer is het een doel van de overeenkomst om een onstoffelijk voordeel te verschaffen?

Het vereiste dat het een doel van de overeenkomst moet zijn om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, lijkt daarmee het doorslaggevende criterium te zijn. De benadeelde die smartengeld vordert op grond van de *object of the contract*-uitzondering, zal moeten aantonen dat hij de overeenkomst is aangegaan met het doel om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Over het antwoord op de vraag hoe een benadeelde dat moet doen, lopen de meningen in de rechtspraak en de literatuur uiteen.

De striktste uitleg van de *object of the contract*-uitzondering is dat de contractspartijen moeten zijn overeengekomen dat de benadeelde een onstoffelijk voordeel wordt verschaft. De benadeelde moet het onstoffelijke voordeel, met andere woorden, hebben bedongen.⁷² Deze opvatting is bijvoorbeeld terug te zien in de overwegingen van Gibson LJ in *Watts v. Morrow*:

'No doubt house buyers hope to enjoy peace of mind and freedom from distress as a consequence of the proper performance by a surveyor of his contractual obligation to provide a careful report, but there was no express promise for the provision of peace of mind or freedom from distress and no such implied promise was alleged.'⁷³

In de literatuur is opgemerkt dat zulke bedingen in de praktijk zelden zullen voorkomen. Deze interpretatie zou meebrengen dat een benadeelde veelal geen recht op smartengeld zou hebben. Een contractspartij verbindt zich in de regel namelijk niet om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar slechts om goederen of diensten te leveren, die de benadeelde vervolgens in staat zouden moeten stellen om het door hem nagestreefde onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Zo is een reisbureau in de regel niet contractueel verplicht om te zorgen dat de benadeelde geniet van een plezierige en ontspannen vakantie, maar slechts om een vlucht, een hotel en enkele excursies te regelen. Dit pakket aan reisdiensten stelt de benadeelde in staat om een ontspannen vakantie te

71 Zie bijvoorbeeld: Enonchong *OJLS* 1996, p. 636-637 en Hartshorne *JCL* 2006, p. 121-122.

72 Zie over deze interpretatie: Poh *LQR* 1989, p. 45; Macdonald *JCL* 1996, p. 142-143 en Ogilvie *JBL* 2009, p. 256.

73 *Watts v. Morrow* [1991] 1 *WLR* 1421 (CA), p. 1442. Zie ook: Russell LJ in *Knott v. Bolton* [1995] 45 *Const LR* 127 (CA), p. 129.

hebben, maar er is geen contractuele bepaling waarin de reisorganisator ontspanning, rust en vermaak belooft aan zijn klant.⁷⁴

Een dergelijke strikte interpretatie lijken rechters dan ook niet hanteren. Ze kennen ook smartengeld toe wanneer het verschaffen van onstoffelijk voordeel niet contractueel is bedongen door de benadeelde. De meest ruime interpretatie van de uitzondering wordt echter ook van de hand gewezen. Het is niet zo dat een benadeelde recht op smartengeld heeft zodra zijn wederpartij kan voorzien dat hij immateriële schade zal lijden wanneer zij haar contractuele verplichtingen niet nakomt. De uitzondering vereist een zelfstandige toets, die niet neerkomt op een toetsing van de voorzienbaarheid van de geleden immateriële schade. Zo is het voor een luchtvaartmaatschappij voorzienbaar dat de annulering van een vlucht voor de passagiers immateriële schade, zoals teleurstelling of ergernis, tot gevolg kan hebben, maar dat maakt nog niet dat het een doel van de gesloten vervoerovereenkomsten is om een onstoffelijk voordeel te verschaffen aan de passagiers.⁷⁵ Ook over overeenkomsten tussen advocaten en cliënten overwogen rechters dat het weliswaar voorzienbaar kan zijn dat een beroepsfout tot immateriële schade leidt, maar dat het daarmee nog geen doel van deze overeenkomsten is om een onstoffelijk voordeel te verschaffen aan de cliënt, met name niet wanneer een advocaat is ingeschakeld om hoofdzakelijk de commerciële belangen van zijn cliënt te behartigen.⁷⁶

Er is geen eenstemmigheid in de Engelse rechtspraak en literatuur over de vraag hoe dan wel moet worden getoetst of het een doel van de overeenkomst is dat de benadeelde een onstoffelijk voordeel verkrijgt. In *Farley v. Skinner* lijkt zowel Lord Hutton als Lord Steyn zich op het standpunt te stellen dat een benadeelde expliciet aan zijn wederpartij moet hebben medegedeeld dat hij met een bepaalde contractuele afspraak een onstoffelijk voordeel nastreeft. Farley had Skinner verteld dat hij een landgoed wilde kopen in een rustige omgeving en dat hij hem om die reden de opdracht gaf de eventuele geluidsoverlast van de luchthaven te onderzoeken. Deze mededeling in combinatie met deze specifieke opdracht was volgens Lord Hutton en Lord Steyn dan ook het relevante verschil tussen dit geschil en de eerdere beslissingen over de aansprakelijkheid van surveyors, waarin steeds was geoordeeld dat de benadeelde geen recht had op smartengeld op grond van de *object of the*

74 Macdonald JCL 1994, p. 143-144; Tettenborn J *Obl & R* 2003, p. 100; Lewis *King's LJ* 2008, p. 124 en Harder 2010, p. 99.

75 *Graham v. Thomas Cook* [2012] EWHC Civ 1355 (CA), par. 25 (Toulson LJ). Zie ook: *Harrison v. Shepherd Homes Ltd* [2011] EWHC 1811 (TCC), par. 321-325 (Ramsey J). Zie ook: *Blackwood & Others v. Saunders & Co* [2007] EWHC 3504 (QB), par. 46-47 (Hawkesworth J). In de literatuur: Lawson 2016, p. 93.

76 *Siddiqui v. James & Charles Dodd* [2006] EWHC 1295 (QB), par. 166 (Williams J) en *Howell-Smith v. Official Solicitor* [2006] PNLR 21, par. 28-3 (Pill LJ).

contract-uitzondering.⁷⁷ Volgens andere auteurs is het onder omstandigheden mogelijk dat een benadeelde ook recht heeft op smartengeld wanneer hij niet expliciet heeft medegedeeld dat hij met een contractueel beding onstoffelijk voordeel nastreeft. Het kan namelijk zo vanzelfsprekend zijn dat het een doel van de overeenkomst is om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, dat hij dit niet meer uitdrukkelijk hoeft mede te delen aan zijn wederpartij. Een benadeelde die een vakantie boekt bij een reisbureau hoeft niet te vertellen dat hij met de overeenkomst een prettige vakantie nastreeft. Dat zou voor beide partijen reeds duidelijk moeten blijken uit de inhoud van de overeenkomst.⁷⁸ In *Hamilton-Jones v. David & Snape* kwam Neuberger J tot een vergelijkbare conclusie. Volgens Neuberger kon het advocatenkantoor ook zonder nadere mededelingen van Hamilton-Jones uit haar opdracht opmaken dat het doel van de overeenkomst was 'to retain custody over her children for her own pleasure and peace of mind'.⁷⁹

5.4.5 Een algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie

Hoewel er dus nog altijd vragen zijn over de precieze reikwijdte van de *object of the contract-uitzondering*, kan over het algemeen worden gezegd dat benadeelden in het huidige Engelse contractenrecht ruime mogelijkheden hebben om met succes smartengeld te vorderen. Het uitgangspunt blijft weliswaar dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade, maar door deze nieuwe uitzondering – zeker in combinatie met het recht op smartengeld bij fysiek ongemak⁸⁰ – wordt deze hoofdregel in belangrijke mate genuanceerd.⁸¹

Een deel van de literatuur is desalniettemin kritisch over de hoofdregel van *Addis v. Gramophone*.⁸² Deze auteurs stellen voorop dat het schadevergoedingsrecht tot doel heeft om een benadeelde volledige compensatie te bieden voor de door hem geleden schade. Ook in het Engelse schadevergoedingsrecht is een fundamenteel uitgangspunt dat 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.

77 Capper *LQR* 2000, p. 553-55; McKendrick & Graham *LMCLQ* 2002, p. 163 en Capper *LQR* 2002, p. 194.

78 Phang *JBL* 2003, p. 380-384; Chandler & Devenney *LS* 2008, p. 129-144 en Lewis *King's LJ* 2008, p. 122-125.

79 *Hamilton-Jones v. David & Snape (a firm)* [2004] 1 WLR 924 (Ch), par. 61. Zie ook: *Glen Haysman v Mrs Rogers Films Ltd* [2008] EWHC 2494 (QB), par. 24 (Sweeting QC). Uitgebreid hierover: Tettenborn *J. Obl. & R.* 2003, p. 99-100 en Lawson 2016, p. 93-95.

80 Zie hierboven: voetnoot 23.

81 Hartshorne *JCL* 2006, p. 118-138 spreekt zelfs van een ondergraving van de hoofdregel. Zie ook, minder stellig: Andrews e.a. 2017, p. 464.

82 Zie reeds: Beumers *NTBR* 2016, p. 169-178.

In *Robinson v. Harman*, het belangrijkste precedent voor dit beginsel, overwoog Parke B:

‘The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.’⁸³

Voor vermogensschade is dit uitgangspunt vanzelfsprekend en onomstreden in het huidige Engelse recht. Wanneer een contractspartij haar contractuele verplichtingen niet nakomt, is zij in beginsel verplicht alle vermogensschade van de benadeelde volledig te vergoeden. De rechtsregel uit *Addis v. Gramophone* is strijdig met dit uitgangspunt van volledige compensatie. De hoofdregel ontzegt benadeelden immers het recht op vergoeding van hun schade wanneer zij geen vermogensschade, maar immateriële schade lijden. Het compensatiebeginsel schrijft juist voor dat *alle* schade gecompenseerd moet worden, ongeacht of de schade immaterieel is of niet.⁸⁴ De hoofdregel dat immateriële schade niet wordt vergoed, is daarmee een uitzondering op *Robinson v. Harman* die een nader rechtvaardiging behoeft, aldus Harder.⁸⁵

‘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.’

In de literatuur is erop gewezen dat Bingham LJ in *Watts v. Morrow* weliswaar overweegt dat de hoofdregel van *Addis v. Gramophone* is ingegeven door beleidsoverwegingen, maar dat hij nalaat om uit te leggen wat deze beleids-overwegingen dan precies zijn. Ook in andere uitspraken zoekt men tevergeefs naar zulke achterliggende beleidsoverwegingen.⁸⁶

Er zijn volgens deze auteurs ook helemaal geen overtuigende beleidsargumenten tegen de algemene vergoedbaarheid van immateriële schade bij wanprestatie. Een van oudsher zwaarwegend argument tegen een algemeen recht op smartengeld is dat het voor rechters onmogelijk is om immateriële schade te begroten. Zulk nadeel is immers volledig afhankelijk van de subjectieve beleving van de benadeelde.⁸⁷ Het begroten van zulke schade zou daarmee een volstrekt willekeurige exercitie zijn. Het toekennen van smartengeld in deze gevallen zou daardoor leiden tot rechtsonzekerheid.⁸⁸ Vaak gaat dit

83 *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex 850 (ex), p. 855.

84 Macdonald *JCL* 1994, p. 134-135; Enonchong *OJLS* 1996, p. 628; Burrows 2004, p. 332-333 en Harder 2010, p. 104-105.

85 Harder 2010, p. 105.

86 Macdonald *JCL* 1994, p. 139; Beale 1996, p. 224-226 en Enonchong *OJLS* 1996, p. 631.

87 Zie over dit argument: Burrows *LMCLQ* 1984, p. 133; Enonchong *OJLS* 1996, p. 629-630; Burrows 2004, p. 333; Harder 2010, p. 106 en Rowan 2013, p. 123.

88 Zie over dit argument: Enonchong *OJLS* 1996, p. 631 en Harder 2010, p. 108-109.

argument gepaard met een angst voor excessief hoge schadevergoedingsbedragen, die weer een aanzienlijke verhoging van de contractsprijzen tot gevolg zouden hebben.⁸⁹ Dit argument overtuigt volgens deze auteurs niet omdat in het huidige recht al in tal van gevallen smartengeld wordt toegekend door rechters, met name in het onrechtmatige daadsrecht. Uit deze bestaande praktijk blijkt dat het niet onmogelijk is om een geldbedrag toe te kennen voor immateriële schade noch dat zulke vergoedingen leiden tot willekeur, rechts-onzekerheid of hogere contractsprijzen. In deze gevallen is juist gebleken dat met consistentie en bescheidenheid bij het toekennen van smartengeld het gevaar van subjectiviteit grotendeels kan worden ondervangen.⁹⁰ Ook bij de ontwikkeling van de *object of the contract*-uitzondering kwam de subjectiviteit van immateriële schade aan de orde. In dat verband merkte Lord Denning het volgende op:

‘I know that it 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.’⁹¹

Ook zien deze auteurs in het *floodgates*-argument – het potentiële gevaar dat het aanvaarden van een algemeen recht op smartengeld zou leiden tot een oeverloze uitdijing van het schadevergoedingsrecht – geen overtuigende reden om benadeelden bij wanprestatie een recht op smartengeld te ontzeggen. Harder wijst allereerst op een fundamentele zwakte van dit argument:

‘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.’⁹²

Bovendien achten deze auteurs de kans op een enorme uitdijing klein. Allereerst zullen veel partijen niet geneigd zijn een procedure te beginnen, omdat de proceskosten hoog zijn en de hoogte van hun vorderingen bescheiden. Bovendien kan een eventuele uitdijing worden tegengegaan met de reeds bestaande leerstukken die de schadevergoedingsplicht beperken, zoals eigen schuld, de schadebeperkingsplicht en voorzienbaarheid.⁹³ Dit deel van de literatuur is dan ook van mening dat er geen additionele beperkingen – zoals dat het een doel van de overeenkomst moet zijn om de benadeelde een onstof-

89 Zie over dit argument: Enonchong *OJLS* 1996, p. 631 en Harder 2010, p. 105-106.

90 Burrows *LMCLQ* 1984, p. 133; Macdonald *JCL* 1994, p. 139; Enonchong *OJLS* 1996, p. 631-632; Phang *JBL* 2003, p. 349-350; Lewis *King LJ* 2008, p. 129-133 en Harder 2010, p. 105-106, 107-108.

91 Lord Denning in *Jarvis v. Swans Tours* [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.’

92 Harder 2010, p. 110-111.

93 Enonchong *OJLS* 1996, p. 632; Phang *JBL* 2003, p. 352-355 en Harder 2010, p. 110-113.

felijk voordeel te verschaffen of dat een benadeelde fysiek ongemak heeft ervaren – moeten worden gesteld aan het recht op smartengeld bij wanprestatie. Met andere woorden, immaterieel nadeel zou onder dezelfde voorwaarden als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Daarmee delen zij in essentie Lord Dennings opvatting dat een benadeelde in beginsel recht zou moeten hebben op smartengeld zodra het voor zijn wederpartij voorzienbaar is dat een eventuele wanprestatie tot immateriële schade zal leiden.⁹⁴ Volgens sommige auteurs is het slechts een kwestie van tijd voordat het uitgangspunt dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, helemaal wordt losgelaten in het Engelse recht, maar tot op heden heeft de Supreme Court deze stap nog niet gezet.⁹⁵

5.5 TUSSENCONCLUSIE

Hoewel de hoofdregel dus tot op heden is gebleven dat bij wanprestatie geen recht op smartengeld bestaat, hebben benadeelden in het huidige Engelse recht ruime mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. Een benadeelde heeft allereerst recht op smartengeld wanneer hij door de wanprestatie fysiek ongemak heeft ervaren. Dit recht op smartengeld stamt al uit de negentiende eeuw en is ook tegenwoordig nog een uitzondering op de hoofdregel. Bovendien wordt aan deze uitzondering een ruime uitleg gegeven. Iedere onaangename zintuigelijke waarneming, zoals stank en herrie, kan worden gekwalificeerd als een vorm van fysiek ongemak. Daarnaast is sinds de jaren zeventig een nieuwe uitzondering op de hoofdregel tot ontwikkeling gekomen, die haar oorsprong vindt in geschillen over mislukte vakanties. Een benadeelde heeft ook recht op smartengeld wanneer het een doel van de overeenkomst is om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Deze uitzondering heeft tegenwoordig een algemeen toepassingsbereik. Zo kan een benadeelde zich er ook op beroepen wanneer de overeenkomst slechts gedeeltelijk tot doel heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Bovendien is de uitzondering niet beperkt tot bepaalde type overeenkomsten of specifieke onstoffelijke voordelen. Getoetst hoeft slechts te worden of de overeenkomst tot doel heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Het is nog niet helemaal duidelijk wat die toetsing precies inhoudt, maar wel is zeker dat het niet volstaat dat het voor de wederpartij voorzienbaar was dat de benadeelde bij een wanprestatie het nagestreefde onstoffelijke voordeel zou kunnen mislopen. Een deel van de literatuur is daar kritisch over. Deze auteurs willen benadeel-

94 Beale 1996, p. 224-226; Enonchong *OJLS* 1996, p. 634-636; Phang *JBL* 2003, p. 352-355; Burrows 2004, p. 332-333; Hartshorne *JCL* 2006, p. 137-138; Lewis *King LJ* 2008, p. 133-134 en Harder 2010, p. 114.

95 Phang *JBL* 2003, p. 372-373 en McGregor e.a. 2014, p. 84-85.

den recht geven op smartengeld zodra zulk nadeel bij het aangaan van de overeenkomst voorzienbaar is voor de wederpartij, maar zo ver gaat de Supreme Court vooralsnog niet.

DEEL III

Vermogensschade

6 | Vermogensschade in Nederland

6.1 INLEIDING

Wanneer uitsluitend zou worden gekeken naar de mogelijkheden voor een benadeelde om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, lijkt het Engelse schadevergoedingsrecht de immateriële contractuele belangen van benadeelden aanzienlijk beter te beschermen dan het Nederlandse en het Duitse schadevergoedingsrecht. De vergelijking van het recht op smartengeld van deze drie rechtsstelsels geeft echter een vertekend beeld. Het vertelt namelijk maar het halve verhaal. Ook in het Nederlandse en het Duitse recht heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, recht op schadevergoeding. In Nederland en Duitsland wordt het vermogensschadebegrip namelijk zodanig ruim geïnterpreteerd dat het missen van onstoffelijk voordeel vergoedbare vermogensschade tot gevolg kan hebben. Het derde deel van dit proefschrift gaat daarom over deze verruiming van het vermogensschadebegrip.

In Nederland is het debat over het vermogensschadebegrip onlosmakelijk verbonden met de discussie over de vergoedbaarheid van immateriële schade. Een deel van de kritiek op Druckers pleidooi voor een algemeen recht op smartengeld richtte zich namelijk op zijn strikte interpretatie van wat vermogensschade is en wat niet. In een aanzienlijk deel van de gevallen waarvan Drucker meende dat een benadeelde immateriële schade leed, zou volgens andere auteurs juist sprake zijn van vermogensschade. Zeker na de Tweede Wereldoorlog ontstond er in de Nederlandse literatuur consensus over een ruime interpretatie van het begrip vermogensschade (§ 6.2). Na de invoering van het Nieuw BW aanvaardde ook de Hoge Raad expliciet – en in navolging daarvan feitenrechters – dit ruimere begrip, waarin ook gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade wordt gekwalificeerd. Deze verruiming van het vermogensschadebegrip is van recente datum en nog volop in ontwikkeling. Het roept dan ook tal van vragen op, bijvoorbeeld ten aanzien van de beperkingen aan dit recht op schadevergoeding, de juiste begrotingswijze en de verhouding met smartengeld (§ 6.3-6.4).

6.2 HET OUD BW – EEN ACADEMISCHE DISCUSSIE

6.2.1 Twee samenhangende debatten

Van 1843 tot en met 1911 stopte iedere trein op het traject tussen Utrecht en Amsterdam, zelfs internationale treinen, op het station van Nieuwersluis. Dat was opmerkelijk, omdat dit plaatsje toentertijd nog geen tweehonderd zielen telde. De reden dat Nieuwersluis zo'n bijzonder goede treinverbinding had, was gelegen in een overeenkomst tussen Doude van Troostwijk en De Nederlandsche Rijnspoormaatschappij, die het traject exploiteerde. De spoorlijn lag voor een deel op het landgoed van Doude van Troostwijk, dat in de buurt van Nieuwersluis lag. Hij had uitsluitend toestemming willen geven voor de aanleg van een spoorlijn op zijn landgoed onder de voorwaarde dat alle treinen op het nieuwe traject ook zouden stoppen in zijn woonplaats. De spoorwegmaatschappij ging akkoord met dit beding, dat vervolgens in artikel 8 van de door hun gesloten gebruiksovereenkomst werd neergelegd.

Vanaf 1873 kwam de spoorwegmaatschappij artikel 8 niet meer volledig na. In dat jaar besloot zij namelijk om een van de sneltreinen tussen Utrecht en Amsterdam niet meer te laten stoppen op station Nieuwersluis. In een civiele procedure vorderde Doude van Troostwijk vervolgens onder meer schadevergoeding wegens wanprestatie. De spoorwegmaatschappij stelde zich op het standpunt dat Doude van Troostwijk geen vergoedbare schade leed als gevolg van haar tekortkoming in de nakoming van artikel 8. Het Provinciaal Gerechtshof van Utrecht zag dat anders en overwoog dat:

'De [...] stipulatie eene geldelijke waarde vertegenwoordigt, daar men [...] moet aannemen, dat als dat beding niet was gemaakt een grootere geldelijke schadevergoeding of andere voordeelen hadden kunnen bedongen zijn; [en] gevolgelijk door de niet-naleving van de verbintenis uit den aard der zaak schade wordt veroorzaakt, daar de contractant moet geacht worden alsdan het voor dat beding in der tijd minder ontvangen geld te hebben gemist, zonder daarvoor het beoogde genot te hebben gehad [...].'¹

Volgens Drucker kende het Provinciaal Hof Doude van Troostwijk daarmee een vergoeding voor zijn immateriële schade toe. Doude van Troostwijk had immers geen economisch belang in artikel 8 van de overeenkomst, maar streefde met dit beding uitsluitend onstoffelijk voordeel na: het gemak van een goede treinverbinding in zijn woonplaats. Door de wanprestatie was zijn vermogen niet aangetast en leed hij geen vermogensschade. De tekortkoming in de nakoming van artikel 8 had wel tot gevolg dat Doude van Troostwijk een onstoffelijk voordeel misliep en immateriële schade leed. Het arrest liet

1 Provinciaal Gerechtshof Utrecht, 26 april 1875, *w.* 3850 (*Doude van Troostwijk/De Nederlandsche Rijnspoor-maatschappij*), p. 4.

volgens Drucker zien dat Nederlandse rechters steeds vaker bereid waren om smartengeldvorderingen toe te wijzen.² De wijze waarop Drucker onderscheid maakte tussen vermogensschade en immateriële schade vond navolging. Zo gaf Meijers de volgende definities:

‘Ideeel schade is de schade, aangebracht ten opzichte van de bevrediging van onze behoeften of de voorkoming van leed, onverschillig welke behoeften of welk leed dit betreft (fysiek, intellectueel of moreel); materiele schade is de schade, aangebracht ten opzichte van vermogensrechtelijke [objecten] in staat om onze behoeften te bevredigen of leed te voorkomen.’³

Een benadeelde lijdt pas vermogensschade als hij in financiële zin slechter af – anders gezegd, armer – is door de fout van een ander.⁴ Wanneer een benadeelde een onstoffelijk voordeel misloopt, lijdt hij dus geen vermogensschade maar immateriële schade, omdat hij geen cent armer is dan hij zou zijn geweest als hij dit onstoffelijke voordeel wel zou hebben verkregen:

‘Indien een barbier ons niet scheert, lijdt men alleen ideeel en geen materiele schade, omdat eene behoefte van ons niet bevredigd wordt zonder dat wij echter eene schade kunnen aantoonen ten aanzien van vermogensrechtelijke objecten.’⁵

Al voor de Tweede Wereldoorlog trokken sommige auteurs deze kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel als immateriële schade in twijfel. Zo was Greebe van mening dat het door Doude van Troostwijk gemiste onstoffelijke voordeel vermogensschade vormde. Doude van Troostwijk had immers een financieel offer moeten brengen om zichzelf het gemak van een treinstation in zijn woonplaats te verschaffen. Hij had, zo was de gedachte, zonder dit beding een hogere prijs voor het gebruik van zijn land kunnen bedingen. Greebe was om een vergelijkbare reden kritisch over een vonnis van rechtbank Rotterdam. Ulrich had in een huurovereenkomst bedongen dat zijn verhuurder, Baksteen (nomen est omen), de gehuurde woning zou laten verven voordat Ulrich het huis zou betrekken. Baksteen kwam deze contractuele verplichting vervolgens niet na. De rechtbank wees de schadevergoedingsvordering van Ulrich af, omdat Baksteens wanprestatie niet had geleid tot enige kosten of tot gederfde winst. Volgens de rechtbank vorderde Ulrich in wezen schadevergoeding voor schade aan zijn ‘aesthetisch gevoel’ en zulke immateriële schade

2 Drucker *RM* 1892, p. 237.

3 Meijers *Themis* 1905, p. 451.

4 Meijers *Themis* 1905, p. 452-453 merkt op dat vermogen uiteindelijk ook maar een middel is om immateriële verlangens en behoeften te bevredigen. Het is, met andere woorden, een middel om gelukkiger te worden. Het had, naar zijn idee, iets vreemds dat het Nederlandse recht wel een vergoeding bood als de middelen van een benadeelde om onstoffelijke voordelen te verkrijgen worden aangetast, maar niet wanneer een benadeelde deze onstoffelijke voordelen *zelf* worden ontnomen.

5 Meijers *Themis* 1905, p. 451.

komt niet voor vergoeding in aanmerking.⁶ Deze kwalificatie van de rechtbank was volgens Greebe onjuist. Weliswaar liep Ulrich uitsluitend een onstoffelijk voordeel mis – het plezier van wonen in een netjes geveerd huis – maar voor dat voordeel had hij een financieel offer gebracht. De huurprijs van een goed geveerde woning ligt immers hoger dan die van een huis waar de verf van de kozijnen bladert. Ulrich betaalde dus wel een huurprijs voor een goed geveerde woning, maar ontving dat voordeel niet. Anders gezegd, als hij deze contractuele verplichting niet zou hebben bedongen, zou hij om een lagere huurprijs hebben kunnen vragen.⁷ Het door Ulrich gemiste onstoffelijke voordeel kwalificeert om die reden als vermogensschade. Van Goudoever verdedigde, meer in het algemeen, dezelfde gedachte:

‘Veelal zal men zich om bedingen als de vermelde te verkrijgen opofferingen hebben getroost. Men liet iets vallen op de prijs, opdat de wederpartij zich zou verbinden de treinen te doen stoppen, het schilderij ten toon te stellen, den hond thuis te houden. In ieder geval moeten die opofferingen weder goed worden gemaakt, als het doel niet wordt bereikt.’⁸

Het debat over de vergoedbaarheid van immateriële schade wakkerde zo dus ook de discussie aan over de vraag welk nadeel nog als vermogensschade kan worden gezien en welk nadeel niet. In 1937 komt deze discussie over het vermogensschadebegrip in een stroomversnelling. In dat jaar wijst de Hoge Raad namelijk twee arresten over onrechtmatige woningoverlast: *Voorste Stroom III* en *Unitas*.⁹

6.2.2 Gederfd woongenot in Tilburg en Utrecht

De Voorste Stroom is een riviertje dat door Tilburg stroomt en dat in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw ernstig vervuild was. De stank die van de vervuilde rivier afkwam, penetreerde ook het huis van Bloemink, die daar overlast van ondervond. Zij vorderde in rechte schadevergoeding van de gemeente Tilburg, omdat de gemeente haar publieke taak om de rivier schoon te houden, niet nakwam. Nobel woonde naast studentenvereniging Unitas. De leden van deze Utrechtse studentenvereniging veroorzaakten ernstige geluidsoverlast, met name in de avond en in de nachtelijke uren. Ze gaven vrijwel iedere werkdag een feest, waarbij ze ‘ergerlijk en overdreven’ luidruchtig waren, aldus Nobel. Zo zongen ze met luide stemmen, maakten dansmuziek, stampten op de vloer en bonsden met stoelen en tafels tegen de

6 Rb Rotterdam 1 oktober 1900, w. 1900, 7525, p. 1-2.

7 Greebe 1935, p. 4-8.

8 Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 196.

9 HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*) en HR 31 december 1937, NJ 1938/517 m.nt. EMM (*Unitas*).

tussenmuur met Nobels huis. In beide zaken ging het in cassatie onder meer over de vraag of Bloemink en Nobel wel vergoedbare schade hadden geleden. Door de overlast waren hun huizen niet beschadigd en geen van beiden had enige extra kosten hoeven maken. Bovendien waren hun huizen niet aantoonbaar in waarde gedaald. Bloemink en Nobel stelden zich op het standpunt dat hun woongenot was verminderd en dat deze derving van woongenot op zichzelf vergoedbare schade was.¹⁰ De Hoge Raad ging daar in mee en overwoog in beide arresten dat:

‘Daargelaten hoe verre strekking aan het begrip schade in de art. 1401-1403 mag worden toegekend, in ieder geval daaronder begrepen is de door onrechtmatige daden of verzuimen van daden veroorzaakte vermindering of ontneming van het genot, waarop iemand krachtens tot zijn vermogen behorende rechten aanspraak vermag te maken.’¹¹

Volgens Meijers verruimde de Hoge Raad met deze overweging het recht op smartengeld aanzienlijk.¹² In zijn visie moet het gemiste genot van een woning immers worden gekwalificeerd als een vorm van immateriële schade. Bloemink noch Nobel was in financiële zin slechter af door de onrechtmatige hinder: hun huizen waren niet beschadigd of minder waard geworden en ze hadden ook geen andere kosten gemaakt. Omdat hun vermogen niet was aangetast – ze waren niet armer geworden – leden ze geen vermogensschade. Wel waren Bloemink en Nobel ongelukkiger dan ze zonder de stank respectievelijk de herrie zouden zijn geweest. Door de onrechtmatige overlast waren ze het ongestoorde genot van hun woning kwijtgeraakt. In deze overweging erkende de Hoge Raad, aldus Meijers, voor het eerst dat bij een onrechtmatige daad ook zulke immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt.¹³

Een deel van de literatuur was het niet eens met Meijers’ kwalificatie van gederfd woongenot als een vorm van immateriële schade. Het ongestoorde genot van een woning is weliswaar een onstoffelijk voordeel, maar dit voordeel heeft een economische waarde. Wie zichzelf het genot van een woonhuis wil verschaffen, zal in de regel geld moeten uitgeven. Hij zal een huis moeten kopen of een huursom moeten betalen. Met andere woorden, woongenot heeft

10 Het hof had Bloeminks schadevergoedingsvordering voor gederfd woongenot toegewezen. Zie: P-G Besier, sub 3-6, in zijn conclusie voor HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*), p. 569, l.k., Nobels vordering werd echter afgewezen, zie HR 31 december 1937, NJ 1937/517 m.nt. EMM (*Unitas*), p. 694 r.k.

11 HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*), p. 782-783 en HR 31 december 1937, NJ 1938/517 m.nt. EMM (*Unitas*), p. 695.

12 Meijers, p. 784, in zijn noot onder HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 (*Voorste Stroom III*) vroeg zich nog wel af in hoeverre deze beslissing analoog kon worden toegepast, bijvoorbeeld op gevallen waarin het genotsrecht niet voortkwam uit een eigendomsrecht, maar uit een contractueel recht. Zie daarover verder nog: Jansen *NJB* 1951, p. 784 en Polak 1949, p. 22.

13 Meijers, p. 783-784 in zijn noot onder HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 (*Voorste Stroom III*). Zie ook: Wolfsbergen 1946, p. 191-193 en Vriesendorp *WPNR* 1954, p. 13-14.

een marktprijs. Volgens deze auteurs lijdt een benadeelde geen immateriële schade maar vermogensschade wanneer hij het genot van een woning derft als gevolg van een onrechtmatige daad. In deze visie verruimde de Hoge Raad met zijn overwegingen niet het recht op smartengeld, maar erkende hij dat ook gemist woongenot moet worden gezien als vermogensschade.¹⁴

Wat de Hoge Raad nu precies bedoelde met zijn overwegingen in *Voorste Stroom III* en *Unitas* is nooit helemaal duidelijk geworden en houdt de gemoe-deren tot op de dag van vandaag bezig.¹⁵ In de juridische literatuur groeide in de jaren na deze arresten de steun voor de opvatting dat gemist onstoffelijk voordeel met een economische waarde, zoals woongenot, vermogensschade is. De parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW illustreert dit.

6.2.3 Een algemene aanvaarding van een ruim vermogensschadebegrip in de Nederlandse literatuur

Op Meijers' elfde vraagpunt reageerde de Minister van Justitie terughoudend. Het recht op smartengeld moest aanzienlijk worden ingeperkt. De minister vond het wel billijk om binnen redelijke grenzen de kosten te vergoeden die een benadeelde heeft gemaakt om immaterieel nadeel te verminderen of op te heffen.¹⁶ Artikel 6.1.19 lid 2 van het Ontwerp-Meijers voorzag in een dergelijke kostenvergoeding, maar bevatte daarnaast een belangrijke toevoeging:

‘Uitgaven welke door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, hun doel missen, moeten binnen de grenzen der redelijkheid worden vergoed.’¹⁷

14 Hofmann/Drion 1959, p. 148 en Bloembergen 1965, p. 16-17, 78. Zie ook: Jansen *NJB* 1951, p. 783 en Polak 1949, p. 22. In HR 29 januari 1937, *NJ* 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*) redeneren het hof (p. 779-780) en P-G Besier (p. 781, l.k.) op een vergelijkbare wijze. Het hof en de P-G benadrukken dat woongenot een economische waarde heeft, omdat men geld moet uitgeven, bijvoorbeeld huursommen of hypotheekrente, om zulk voordeel te verkrijgen. Het verlies van woongenot vormt dan ook vermogensschade, of in ieder geval schade die in geld kan worden uitgedrukt. Het hof wijst de vordering tot vergoeding van de waardevermindering af met de overweging dat met de toegekende vergoeding voor het gederfde woongenot reeds compensatie voor deze schade is geboden. Bloemink klaagt in cassatie niet over deze specifieke beslissing van het hof, maar P-G Besier onderschrijft in zijn conclusie deze overweging van het hof wel. Sommige auteurs kwamen daarom tot de conclusie dat Bloemink in werkelijkheid schadevergoeding kreeg voor de waardevermindering van de woning. Zie Asser/Losecaat *Vermeer III* 1958, p. 196; Jansen *NJB* 1951, p. 783 en later Lindenbergh 1998, p. 87-88. Ook Meijers *AA* 1952, p. 22 vindt dit in een later artikel een overtuigende alternatieve verklaring. Zie uitgebreid (en anders) over de verhouding tussen waardevermindering en gederfd woongenot: Beumers *NTBR* 2017, p. 190-191.

15 Zie bijvoorbeeld de verschillende interpretaties van deze arresten van Verheij *AV&S* 2017, p. 111-112 en van Beumers *NTBR* 2017, p. 168-169.

16 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372-373.

17 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332.

In de Toelichting-Meijers staat uitgelegd waarom deze toevoeging nodig was:

‘Heeft iemand normale kosten gemaakt om zich een zeker genot te verschaffen, b.v. voor een vakantieverblijf of voor het bijwonen van een concert, en mist hij door schuld van degene die het vervoer daarheen op zich had genomen, dit genot, dan is het billijk dat hij, hoewel hij geen vermogensschade heeft geleden, in ieder geval vergoeding ontvangt voor de tevergeefs gemaakte kosten.’¹⁸

Met andere woorden, een recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten was noodzakelijk omdat een benadeelde die een zeker genot misliep, anders geen enkele vergoeding zou krijgen. Aan deze redenering ligt de visie van Meijers ten grondslag dat gederfd genot geen vermogensschade is, maar immateriële schade die niet voor vergoeding in aanmerking komt. Bloembergen vond deze kwalificatie van gederfd genot als immateriële schade ‘ondeugdelijk’.¹⁹ Uit het feit dat iemands vermogen niet is achteruitgegaan, vloeit niet automatisch voort dat hij geen vermogensschade heeft geleden. Door een wanprestatie of onrechtmatige daad kan een benadeelde ‘consumptieve genoegens’ mislopen die een zekere economische waarde hebben. Deze genoegens hebben economische waarde, omdat iemand in de regel geld moet uitgeven om zulke genoegens te verkrijgen.²⁰ Gemist genot is dus vermogensschade, aldus Bloembergen:

‘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.’²¹

Het voorgestelde tweede lid van artikel 6.1.9.1 van het Ontwerp-Meijers was volgens hem overbodig. Anders dan het Ontwerp-Meijers veronderstelt, is het gemiste genot van een vakantie of een concert geen immateriële schade maar vermogensschade, die gewoon voor vergoeding in aanmerking komt.²² De Minister van Justitie was dezelfde mening toegedaan. Ook hij zag gemist onstoffelijk voordeel dat tegen betaling kan worden verkregen als vermogensschade.²³ Bloembergens ruime interpretatie van het begrip vermogensschade werd in de jaren daarna over het algemeen omarmd in de juridische literatuur, terwijl Meijers’ striktere interpretatie gaandeweg terrein verloor.²⁴ In 1998

18 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332.

19 Bloembergen 1965, p. 204.

20 Bloembergen 1965, p. 19 en 78.

21 Bloembergen 1965, p. 204.

22 Bloembergen 1965, p. 204.

23 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

24 Zie bijvoorbeeld de naslagwerken *Hofmann/Van Opstall* 1976, p. 176-177 en *Asser/Rutten* 1978, p. 191. Ook *Lindenbergh* 1998, p. 85-87 verdedigt deze opvatting. Zie daarentegen ook: *Pitlo/Bolweg* 1974, p. 309-310 en later *Verheij* 2002, p. 279, 332-333 en *Verheij AV&S* 2017, p. 111-112.

schreef Lindenbergh dat er tegenwoordig nog maar ‘weinig aanhang’ is te vinden voor Meijers’ visie.²⁵ Tien jaar later bestempelde Keirse zijn visie zelfs als ‘achterhaald’.²⁶

6.2.4 Een zuiver academisch idee

Dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade vormt, was dus al ruim voor de invoering van het Nieuw BW de heersende opvatting in de Nederlandse literatuur. In de feitenrechtspraak na *Unitas* en *Voorste Stroom III* was dat echter lange tijd niet het geval. Daar drong de ruime interpretatie van het begrip vermogensschade pas na de invoering van het Nieuw BW door.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het Hof van Arnhem uit 1967. Door een wanprestatie van Martens kon Vermaire, een gepensioneerde en invalide sergeant eerste klasse van de Marine, geen gebruik meer maken van zijn auto, een Goggomobil.²⁷ Voor het gemiste gebruiksgenot van zijn auto vorderde Vermaire schadevergoeding. Net zoals het genot van een woning, is het gebruik van een auto een onstoffelijk voordeel dat een duidelijke economische waarde heeft. Zulk gebruik kan immers tegen betaling van een marktprijs worden verkregen, bijvoorbeeld door een auto te huren of te kopen. Volgens de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip leed Vermaire dan ook vermogensschade. Het hof overwoog daarentegen

‘[...] dat de [...] vordering van Vermaire [...] naar ‘s Hof’s opvatting strekt tot vergoeding van zg. ideele schade, mitsdien schade, die het vermogen niet raakt’.²⁸

En zulke schade komt niet voor vergoeding in aanmerking, vervolgde het hof.²⁹ Een vergelijkbare beperkte interpretatie van het begrip vermogensschade is terug te zien in de jurisprudentie over mislukte vakanties. Ook vakantiegenot is een onstoffelijk voordeel met een economische waarde. Het kan immers worden verkregen door een reissom te betalen aan een reisbureau. In de Nederlandse literatuur wordt dan ook al jaren verdedigd dat gederfd vakantiegenot

25 Lindenbergh 1998, p. 85.

26 Keirse *Contracteren* 2009, p. 34.

27 Een Goggomobil is een zogenoemde ‘dwergauto’, een model zeer kleine auto’s dat in de jaren zestig en zeventig populair is geweest.

28 Hof Arnhem 5 december 1967, ECLI:NL:GHARN:1967:AB7117, NJ 1969/501 (*Martens/Vermaire*).

29 Ook Rb Groningen 30 september 1970, ECLI:NL:RBGRO:1970:AC5050, NJ 1971/403 (*De Delle/Lich-Ijs NV*) kwalificeerde het gemiste gebruiksgenot van een pachtrecht (van het viswater van een hengelsportvereniging) als immateriële schade, maar overwoog (obiter dictum) dat zulke schade wel voor vergoeding in aanmerking kwam. Zie ook: Overeem 1979, p. 21-22.

vermogensschade vormt.³⁰ Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw – toen mislukte vakanties voor het eerst de inzet van civiele procedures werden – tot op heden kwalificeren lagere rechters gemist vakantiegenot daarentegen steevast als een vorm van immateriële schade.³¹

Toen de wetgever artikel 7:510 BW (oud) invoerde – de bepaling die teleurgestelde vakantiegangers recht gaf op smartengeld wanneer zij het reisgenot van een pakketreis waren misgelopen door de wanprestatie van hun reisorganisator – richtte een deel van de kritiek in de literatuur zich op deze kwalificatie van gederfd reisgenot als immateriële schade. Volgens deze auteurs was de nieuwe bepaling overbodig, omdat gemist vakantiegenot gewoon vergoedbare vermogensschade is. De kwalificatie van de wetgever was onjuist en daarmee ook zijn conclusie dat er een leemte in de rechtsbescherming van vakantiegangers bestond.³² Toch lijkt het erop dat de kwalificatie van de wetgever beter aansloot bij de lagere rechtspraak over gemist vakantiegenot dan de kwalificatie die in de literatuur werd verdedigd. Lange tijd lijkt de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip een zuiver academisch idee te zijn geweest. Behalve misschien in de ambigue en omstreden overwegingen uit *Unitas* en *Voorste Stroom III*, was er in de jurisprudentie lange tijd nauwelijks steun te vinden voor de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip. Na de invoering van het Nieuw BW veranderde dat.

6.3 HET NIEUW BW – AANVAARDING IN DE RECHTSPRAAK

6.3.1 Twee uitgangspunten

Tegenwoordig is de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip ook in de rechtspraak algemeen aanvaard. Die aanvaarding begon met *St. Joseph/Van Fessem*. In dat arrest overweegt de Hoge Raad voor het eerst dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade kan zijn. De bovenbuurman van Van Fessem veroorzaakte ernstige geluidsoverlast. Van Fessem klaagde daarover verschillende malen bij woningbouwvereniging *St. Joseph*, die zowel haar verhuurder was als die van haar luidruchtige bovenbuurman. De woningbouwvereniging deed echter niets met haar meldingen. Het hof zag in dit stilzitten van *St. Joseph* een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst. Vervolgens overwoog het hof dat Van Fessem recht had op een vergoeding

30 Overeem 1979, p. 20 en Bloembergen 1982, p. 64. Zie ook: Lindenberg 1998, p. 116-117; Krans 1999, p. 254-255 en *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014/529.

31 Zie § 3.3.1. Overigens ook bij ander misgelopen onstoffelijk voordeel kwalificeren lagere rechters het nadeel meestal als immateriële schade. Zie bijvoorbeeld: *Kg Rotterdam* 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, *Prg.* 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*) en *Rb Amsterdam* 14 december 1982, ECLI:NL:RBAMS:1982:AC3908, *NJ* 1983/395 (*Crematie*).

32 Zie: Lindenberg 1998, p. 116-117; Krans 1999, p. 254-255 en *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014/529.

van haar gederfde woongenot. Het hof was van oordeel dat zulke genotsderiving vermogensschade is. Volgens de Hoge Raad getuigt deze overweging van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting, maar hij gaf verder geen uitleg waarom gederfd woongenot vermogensschade is en hoe zulke schade vervolgens moet worden begroot.³³

In *Burger/Brouwer Motors* deed de Hoge Raad dat wel. Na zijn vroegtijdige diskwalificatie vorderde Burger in een civiele procedure tegen Brouwer Motors schadevergoeding voor alle kosten die hij had gemaakt om deel te kunnen nemen aan de Dakar Rally, zoals aan de inschrijving, aan hotelovernachtingen en aan een navigatiesysteem. Het hof wees zijn vordering af. Tussen de wanprestatie van Brouwer Motors en Burgers kosten bestond geen causaal verband. Immers, ook als Brouwer Motors een deugdelijke motor ter beschikking zou hebben gesteld – en hij dus zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen – zou Burger deze uitgaven om mee te doen aan de Dakar Rally hebben gedaan. Zijn uitgaven aan de Dakar Rally zijn, met andere woorden, niet veroorzaakt door de wanprestatie van Brouwer Motors, maar vrijwillig gedaan door Burger.³⁴ In cassatie klaagt Burger dat het hof heeft miskend dat hij vermogensschade heeft geleden. Hij is immers een onstoffelijk voordeel – het plezier van deelname aan de Dakar Rally – misgelopen, waarvoor hij aanzienlijke kosten heeft gemaakt. Het missen van dit onstoffelijke voordeel is vermogensschade, dat moet worden gesteld op de uitgaven die hij heeft gedaan om dat voordeel te verkrijgen.³⁵ De Hoge Raad geeft Burger gelijk en overweegt:

‘Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – 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.’³⁶

In deze lange en ingewikkelde overweging formuleert de Hoge Raad twee uitgangspunten. Hij stelt allereerst voorop dat het missen van ‘niet op geld waardeerbaar’ onstoffelijk voordeel als vermogensschade moet worden aange-

33 HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, NJ 1994/670 (*St. Joseph/Van Fessem*). A-G Leijten geeft in zijn conclusie meer uitleg: ‘Dat schade door derving van huurgenot, aantasting in een verbintenisrechtelijk recht, waarvoor met vermogen betaald moet worden (huursom) oplevert vermogensschade.’

34 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 5.8 (Hof).

35 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), middelonderdeel 1 a en b.

36 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.1. De Hoge Raad herhaalt dit uitgangspunt in HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.5.

merkt indien iemand uitgaven heeft gedaan om zulk voordeel te verkrijgen. Daarmee geeft de Hoge Raad een ruime interpretatie aan het begrip vermogensschade. In navolging van de literatuur, kwalificeert ook de Hoge Raad onstoffelijk voordeel dat tegen betaling verkregen kan worden als vermogensschade. Ten tweede geeft de Hoge Raad een uitgangspunt voor de begroting van zulk gemist onstoffelijk voordeel. De waarde van dit voordeel zal in beginsel moeten worden gesteld op de uitgaven die zijn gedaan om het voordeel te verkrijgen en die door de wanprestatie hun doel hebben gemist. Het gemiste onstoffelijke voordeel moet dus worden begroot aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten.

De Hoge Raad verwijst in zijn overwegingen zowel naar de tevergeefs gemaakte kosten als naar het gemiste onstoffelijke voordeel. Daardoor zou men kunnen twijfelen over wat de Hoge Raad nu ziet als de te vergoeden vermogensschade: het gemiste onstoffelijke voordeel zelf of de kosten die tevergeefs zijn gemaakt om dat onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Zoals uit het volgende hoofdstuk blijkt, heeft deze vraag in de Duitse literatuur tot een uitvoerig debat geleid. In de Nederlandse literatuur is over dit vraagpunt daarentegen nog maar weinig discussie geweest. Auteurs maken niet altijd een scherp onderscheid tussen het onstoffelijke voordeel zelf en de tevergeefs gemaakte kosten om dat voordeel te verkrijgen.³⁷ In *Burger/Brouwer Motors* is de Hoge Raad zelf ook niet helemaal consistent: in de ene overweging lijkt hij het gemiste onstoffelijke voordeel als de te vergoeden schade aan te merken, maar in een andere overweging kwalificeert hij juist de tevergeefs gemaakte kosten als de schadepost.³⁸

De algemene opvatting in de literatuur lijkt desalniettemin te zijn dat niet de tevergeefs gemaakte kosten, maar het gemiste onstoffelijke voordeel de te vergoeden vermogensschade is.³⁹ De kosten staan immers, zoals het hof

37 Zie bijvoorbeeld: Keirse *NTBR* 2011, par. 2.3 en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/30e. A-G Spier in zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*) ziet de tevergeefs gemaakte kosten als de schade. Zie ook: Verheij *AV&S* 2017, p. 113-114.

38 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.2: 'Uit hetgeen hiervoor in 3.3.1 is overwogen, volgt dat dergelijke kosten schade vormen [...] en iets verder [...] juist dat de schade (de tevergeefs gemaakte kosten)'.

39 Keirse, par. 7, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *JA* 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*); Hijma, par. 3-4, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*); A-G Wuisman, sub 2.4, in zijn conclusie voor HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*); Keirse *Contracteren* 2009, p. 34-35; Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 40; Lavrijsen *BB* 2009, p. 65; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2014/529; Lindenberg 2014, p. 64-65; Beumers *NTBR* 2017, p. 188-189; Van der Werff *NTHR* 2017, p. 295-296; A-G Hartlief, sub 3.12 en 3.20, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 m.nt. Lindenberg (*Liander/Heiloo*) en Lindenberg 2020, p. 140-142, 144. In die zin al: Bloembergen 1965, p. 203-204, die het overbodig vond om tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking te laten komen, juist omdat het gemiste onstoffelijke voordeel al vermogensschade vormt.

in *Burger/Brouwer Motors* reeds overwoog, niet in causaal verband met de wanprestatie. De benadeelde heeft de kosten immers vrijwillig gemaakt en zou deze uitgaven ook hebben gedaan als de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. Er is daarentegen wel een causaal verband tussen de wanprestatie en het door hem gemiste onstoffelijke voordeel. Het gemiste onstoffelijke voordeel is om die reden de te vergoeden vermogensschade. De tevergeefs gemaakte kosten dienen vervolgens slechts als een handvat om de waarde van dit voordeel te begroten.⁴⁰ Keirse vat het bondig samen:

‘Gemist voordeel kan aldus kwalificeren als vermogensschade en laat zich kwantificeren aan de hand van de gelden die ter verkrijging van dat voordeel tevergeefs zijn besteed.’⁴¹

De rechtspraak geeft over het algemeen een vergelijkbare uitleg aan *Burger/Brouwer Motors*. In recente arresten overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat het gemiste onstoffelijke voordeel de te vergoeden schade is.⁴² Ook de meeste lagere rechters lijken het gemiste onstoffelijke voordeel als de te vergoeden schade aan te merken.⁴³ Dat blijkt onder meer uit het feit dat rechters gemist onstoffelijk voordeel niet altijd begroten aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten, maar ook alternatieve begrotingswijzen toepassen. Zo overwoog de Hoge Raad in een recent arrest dat gederfd woongenot ook op een andere wijze kan worden begroot, namelijk door het verschil te nemen tussen de huurwaarde van een woning met overlast en de huurwaarde van deze woning in het hypothetische geval dat er geen overlast zou zijn.⁴⁴ Ook lagere rechters begroten de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel lang niet altijd aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten, maar schatten bijvoorbeeld simpelweg hoeveel het onstoffelijke voordeel waard is.⁴⁵

40 Keirse, par. 6-7, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*); Hijma, par. 3-4, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*) en Keirse *Contracteren* 2009, p. 35.

41 Keirse *Contracteren* 2009, p. 35.

42 Zie bijvoorbeeld: HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1776, NJ 2018/399 (*Kennis in Irak*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.3.

43 Rb Arnhem 23 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1779, JA 2008/107; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020, r.o. 4.15; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308, r.o. 5.27-5.28; Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, NJF 2016/435, r.o. 3.14 en Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.7.

44 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.3 en 2.12.4. Zie eerder: Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802, NJF 2007/279, r.o. 3.5 en Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBLER:2010:BO2583, r.o. 4.15-4.19.

45 In *St. Joseph/Van Fessem* deed het Hof dat bijvoorbeeld, zie HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, NJ 1994/670 (*St. Joseph/Van Fessem*). In de lagere rechtspraak: Rb Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14351, r.o. 4.34. Maar zie anders: Hof Arnhem-

6.3.2 Grenzen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

6.3.2.1 Een algemene aanvaarding van een ruim vermogensschadebegrip

Hoewel Burger het plezier van de Dakar Rally misliep als gevolg van een wanprestatie, sloot de Hoge Raad in zijn overwegingen niet uit dat ook bij een onrechtmatige daad gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking kan komen. In de lagere rechtspraak is vervolgens ook in gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheid schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toegekend aan benadeelden. A-G Hartlief verdedigt in een van zijn conclusies weliswaar dat schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel meer op haar plaats is bij wanprestatie dan bij onrechtmatige daad⁴⁶, maar de Hoge Raad lijkt tot op heden geen enkel onderscheid tussen beide grondslagen te maken bij de toepassing van dit nieuwe leerstuk.⁴⁷ De Hoge Raad overwoog in *Burger/Brouwer Motors* daarnaast in algemene bewoordingen dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is en beperkte het nieuwe leerstuk niet tot specifieke onstoffelijke voordelen of tot bepaalde overeenkomsten of gevalstypen.⁴⁸ In de recente rechtspraak is dan ook schadevergoeding toegekend voor zeer uiteenlopende gemiste onstoffelijke voordelen, zoals voor het gemiste plezier van een woning, een zeiljacht, een paard en een sportschoolabonnement.⁴⁹

De Nederlandse rechtspraak lijkt de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip daarmee in algemene zin te hebben aanvaard. Een benadeelde kan in beginsel schadevergoeding vorderen voor ieder onstoffelijk voordeel dat hij door de fout van een ander is misgelopen. In zijn conclusie voor *Burger/Brouwer Motors* waarschuwde A-G Spier dat met de aanvaarding van dit ruime

Leeuwarden 18 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3314, r.o. 6.14-6.15 en Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BU2841, r.o. 4.12, die zulke vorderingen afwijzen, omdat de benadeelden niets stellen over de kosten die zij tevergeefs hebben gemaakt.

46 Zie A-G Hartlief, sub 3.19, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

47 In HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.3 bijvoorbeeld lijkt de Hoge Raad geen gewicht toe te kennen aan het feit dat het een onrechtmatige daad betreft.

48 Lindenbergh 2020, p. 138. Lindenbergh, par. 14, in zijn noot onder HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 (*Liander/Heiloo*) stelt een dergelijke beperking voor ten aanzien van natuurschoon.

49 Over het lidmaatschap van een sportclub: Rb Arnhem 23 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1779, JA 2008/107, r.o. 4.12 en 4.13. Er zijn opvallend veel zaken over zeiljachten: Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BU2841, r.o. 4.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308, r.o. 5.27-5.28; Rb Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4051, r.o. 2.3-2.4 en Rb Midden-Nederland 11 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9618, S&S 2016/41, r.o. 3.3. Over een paard: Rb. Noord-Nederland 7 maart 2006, ECLI:NL:RBNNE:2014:982, r.o. 4.21.

vermogensschadebegrip de ‘doos van Pandora’ zou worden geopend.⁵⁰ Ook Keirse wees op de potentieel enorme kosten voor aansprakelijke partijen die de aanvaarding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel met zich kunnen meebrengen. Zij geeft als voorbeeld het geval dat Burger door het defect aan de rallymotor voor langere tijd in het ziekenhuis zou zijn beland, waardoor hij allerlei onstoffelijke voordelen zou zijn misgelopen. Terwijl hij in het ziekenhuis ligt, derft hij bijvoorbeeld het woongenot van zijn ruime appartement, kan hij niet meer naar de sportschool en mist hij een dansvoorstelling in de schouwburg. Burger zou recht hebben op een bedrag ter hoogte van alle uitgaven die hij aan het verkrijgen van al deze gemiste onstoffelijke voordelen heeft besteed. ‘Afhankelijk van de levensstijl van de betrokkene’, vervolgt Keirse, kan de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij ‘flink in de papieren lopen’.⁵¹ Desalniettemin is de Hoge Raad tot op heden niet op zijn algemene aanvaarding van het ruime vermogensschadebegrip teruggekomen. Wel bracht hij op het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel enkele beperkingen aan.

6.3.2.2 De additionele redelijkheidstoets

Zo formuleerde de Hoge Raad in *Burger/Brouwer Motors* zelf meteen een in potentie aanzienlijke beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Hij overwoog:

‘Indien deze schade op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.’⁵²

Net zoals bij iedere andere schadepost, volstaat het niet om enkel een causaal verband tussen de fout en het gemiste onstoffelijke voordeel aan te tonen. Op grond van artikel 6:98 BW moet het ook redelijk zijn om de schade toe te rekenen aan degene die een onrechtmatige daad of wanprestatie heeft gepleegd. Daarbij is niet alleen relevant of deze schadepost voorzienbaar was, maar spelen alle omstandigheden van het geval een rol, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade en de mate van schuld.⁵³ Ook voor gemist onstoffelijk voordeel geldt dat het redelijk moet zijn om het aan de dader toe te rekenen.

50 A-G Spier, sub 4.8 en 5.12, in zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

51 Keirse *Contracteren* 2009, p. 36.

52 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.1 en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.5.

53 Zie over redelijke toerekening: Holthuijsen-van der Kop *WNPR* 2015, p. 520-527.

Tot zover niets nieuws. De Hoge Raad voegt voor gemist onstoffelijk voordeel echter een additionele redelijkheidstoets toe. De Hoge Raad stelt voorop dat het uitgangspunt is dat – net zoals bij andere schadeposten – de dader het gemiste onstoffelijke voordeel in beginsel *geheel* dient te vergoeden wanneer het redelijk is om het aan hem toe te rekenen. Vervolgens biedt de Hoge Raad de mogelijkheid om van dit uitgangspunt af te wijken in het geval dat een volledige vergoeding van het gemiste onstoffelijke voordeel onredelijk zou zijn. De begroting van gemist onstoffelijk voordeel vindt immers plaats aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten om dat voordeel te verkrijgen. Zulke uitgaven kunnen excessief hoog zijn geweest.⁵⁴ Zo geven sommige bruidsparen een klein fortuin uit aan hun huwelijk. Wanneer zij door de fout van een ander het onstoffelijke voordeel van een geslaagd huwelijksfeest mislopen – de trouwlocatie is per ongeluk tweemaal verhuurd door de eigenaar⁵⁵ – hebben zij in beginsel recht op een vergoeding ter hoogte van al hun uitgaven aan het huwelijk. Aan de hand van deze kosten moet de rechter namelijk bepalen wat de waarde van het gemiste plezier van het huwelijksfeest is. Met de extra redelijkheidstoets biedt de Hoge Raad de wanpresterende verhuurder van de trouwlocatie de mogelijkheid om aan te voeren dat volledige vergoeding van het gemiste onstoffelijke voordeel onredelijk is, omdat de tevergeefs gemaakte kosten aan het huwelijksfeest exorbitant waren. Het kan onder omstandigheden onredelijk zijn om hem op te laten draaien voor bijvoorbeeld het bedrag dat is betaald voor een peperduur optreden van een bekende zanger tijdens het huwelijksfeest.⁵⁶

De Hoge Raad introduceerde deze additionele redelijkheidstoets reeds in *Burger/Brouwer Motors*, maar tot op heden zijn in de rechtspraak, bij mijn weten, geen voorbeelden van toepassingen ervan te vinden. Ook in de literatuur heeft de additionele redelijkheidstoets niet op veel belangstelling mogen rekenen.⁵⁷ Vooral nog is de rol van deze beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel dus bescheiden.

54 Hijma, par. 5-6, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*) Zie ook: Keirse, par. 10, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*).

55 Zoals het geval was in OLG Saarbrücken 20 juli 1998, NJW 1998, 2912.

56 Wie genoeg geld heeft, kan bijvoorbeeld Beyoncé boeken voor zijn of haar huwelijksfeestje. Zie: <https://www.trouw.nl/nieuws/india-in-de-ban-van-miljardairshuwelijk-met-optreden-van-beyonce~b2d9bd15/>.

57 Zo maken A-G Hartlief, sub 3.16 en 3.20 (c), in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*) en Lindenbergh 2020, p. 145-146 geen onderscheid tussen toerekening op grond van artikel 6:98 BW en de additionele redelijkheidstoets uit *Burger/Brouwer Motors*.

6.3.2.3 Het onstoffelijke voordeel is ondanks de wanprestatie (deels) verkregen

In zijn latere jurisprudentie ontwikkelde de Hoge Raad een beperking die op het eerste oog meer om het lijf heeft. Het is zeker niet altijd zo dat een benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel volledig misloopt door de fout van een ander. Het kan voorkomen dat hij ondanks deze fout een deel van dit voordeel toch verkrijgt. Zo had Burger, ondanks de gebrekkige rallymotor, kunnen deelnemen aan de eerste etappes van de Dakar Rally. Het plezier van de Dakar Rally was hem niet volledig ontgaan door de wanprestatie van Brouwer Motors. A-G Spier zag daarin een aanleiding om Burgers schadevergoedingsvordering af te wijzen. Het zou volgens hem te ingewikkeld zijn om de geleden schade te begroten wanneer het nagestreefde onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk is misgelopen door een benadeelde.⁵⁸ De Hoge Raad besliste daarentegen dat Burger recht had op schadevergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, maar overwoog dat na verwijzing onder ogen zou moeten worden gezien 'welke betekenis toekomt aan het stadium van de rally waarin Burger is uitgevallen'.⁵⁹ Het hof stelde na verwijzing vast dat Burger ongeveer 1.500 kilometer had uitgereden van de rally, die dat jaar ongeveer 10.000 kilometer lang was. Burger had het plezier van de Dakar Rally dus voor 85 procent gemist, aldus het hof. Daaruit volgde dat Burgers uitgaven niet geheel maar slechts voor dit percentage tevergeefs waren geweest. Het hof waardeerde het gemiste onstoffelijke voordeel daarom op 85 procent van Burgers totale kosten aan de Dakar Rally.⁶⁰

In *Pollen/Linssen Yachts* liet de Hoge Raad zich nogmaals uit over het gedeeltelijk missen van onstoffelijk voordeel. Pollen kocht een duur zeiljacht van scheepsbouwer Linssen Yachts. Nadat het was opgeleverd, bleek het nieuwe schip enkele kleine mankementen te vertonen. Zo lekten de motoren olie en ook was er rookontwikkeling in de motorkamer. Het duurde meer dan een jaar voordat Linssen Yachts deze en enkele andere kleine gebreken aan het zeiljacht had verholpen. Gedurende deze reparatieperiode had Pollen zijn nieuwe zeiljacht vrijwel zonder problemen kunnen blijven gebruiken. Toch vorderde Pollen schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Hij stelde zich op het standpunt dat hij zijn nieuwe zeiljacht niet precies had kunnen gebruiken zoals hij dat vooraf had voorgenomen. Hij had in het eerste jaar minder snel en minder ver kunnen varen dan hij had gewild. Wel had hij in het eerste jaar allerlei kosten gemaakt voor zijn nieuwe zeiljacht, zoals aan liggeld en aan verzekeringspremies. Ook was zijn zeiljacht al een groot deel

58 A-G Spier, sub 5.1 en 5.12, in zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

59 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.4.

60 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 2.9.

van zijn handelswaarde verloren in dat eerste jaar. Nu hem het plezier van zijn nieuwe zeiljacht deels was ontgaan, waren deze kosten en de afschrijving op zijn jacht tevergeefs geweest. Het hof wees Pollens vordering af. De Hoge Raad greep in cassatie de gelegenheid aan om twee rechtsregels te formuleren voor gevallen waarin benadeelden het nagestreefde onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk mislopen door de fout van een ander.⁶¹

Proportionaliteit

In zijn overwegingen stelt de Hoge Raad voorop dat wanneer een onstoffelijk voordeel slechts gedeeltelijk is misgelopen door een benadeelde, de uitgaven die hij heeft gedaan om dit voordeel te verkrijgen ook maar gedeeltelijk tevergeefs zijn geweest. Om die reden is de waarde van het gemiste voordeel in zulke gevallen niet zonder meer gelijk aan de gedane uitgaven.⁶² In de literatuur leest men – in lijn met de beslissing van het hof in de verwijzingszaak van *Burger/Brouwer Motors* – in deze overweging de rechtsregel dat wanneer onstoffelijk voordeel gedeeltelijk is misgelopen, de schade maar een proportioneel deel van de gedane uitgaven bedraagt.⁶³ Lagere rechters interpreteren *Pollen/Linssen Yachts* op een vergelijkbare wijze, bijvoorbeeld in gevallen van onrechtmatige woningoverlast. Zij nemen in zulke gevallen zowel de mate waarin het woongenot is misgelopen door de benadeelde alsmede de duur van de hinder mee in de schadebegroting. Zo was het tamelijk asociale gezin dat vuilnis en uitwerpselen bij zijn burens over de schutting wierp, verplicht schadevergoeding te betalen voor het gederfde woongenot van de getergde burens. De waarde van dit woongenot begrootte de rechter aan de hand van de maandelijks betaalde hypotheekrente. Bij de begroting van de schade nam de rechter allereerst mee dat de burens het woongenot van hun huis niet volledig was ontgaan door het asociale gedrag van het gezin, maar dat slechts hun tuin onbegaanbaar was geworden. De burens waren het woongenot volgens de rechter slechts voor vijftig procent misgelopen, waardoor de betaalde hypotheekrente slechts voor de helft tevergeefs was geweest. De overlast van de asociale burens eindigde bovendien na 53 maanden. De schade van de burens beliep volgens de rechter om die reden 53 maal de helft van hun maandelijks hypotheekrente.⁶⁴

Zulke precieze berekeningen zijn gebruikelijk in de lagere rechtspraak, met name in gevallen waarin een benadeelde tijdelijk het gebruiksgenot van

61 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.1-3.2.

62 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.6.

63 Hijma, par. 4-5, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*); Beumers *NTBR* 2016, p. 171; Beumers *NTBR* 2017, p. 189 en A-G Hartlief, sub 3.20, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

64 Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, NJF 2016/435, r.o. 3.14.

een zaak misloopt, zoals dat van een huis, een auto of een zeiljacht.⁶⁵ Een recent arrest van de Hoge Raad duidt erop dat rechters ook verplicht zijn om uitvoerig en precies te motiveren in welke mate het onstoffelijke voordeel is misgelopen door de benadeelde. Tijdens reparatiewerkzaamheden aan het stroomnet raakt netbeheerder Liander de wortels van een oude eik in de gemeente Heiloo. De eik raakt hierdoor beschadigd, maar hoeft niet vervangen te worden. Wel verliest de eik 'esthetische waarde' of, simpeler gezegd, hij staat er minder mooi bij. De boom staat in de publieke ruimte en dient geen economisch belang van de gemeente. De oude eik heeft juist het doel Heiloo mooier en leefbaarder te maken. De aanwezigheid van een mooie boom is daarmee een onstoffelijk voordeel, aldus het hof. In navolging van een boom-taxateur, begroot het hof de waarde van dit onstoffelijke voordeel op het totaal aan kosten dat de gemeente in het verleden voor de aanschaf en het onderhoud van de eik heeft gemaakt.⁶⁶ Het hof beslist vervolgens:

'Indien een beschadiging ertoe leidt dat een boom voortijdig uitvalt of deze al dan niet tijdelijk zijn functie niet of minder goed kan vervullen – bijvoorbeeld in esthetisch opzicht, doordat hij minder fraai oogt of minder privacy of beschutting biedt, dan wel in ecologisch opzicht – kunnen *deze kosten* worden geacht hun doel in zoverre te hebben gemist.'⁶⁷

In cassatie houdt deze overweging geen stand. De Hoge Raad overweegt:

'Indien een boom wordt beschadigd zonder dat dit noodzaakt tot vervanging, laat dit onverlet dat die boom tot het moment van de beschadiging de functie die hij voordien had steeds in volle omvang heeft vervuld en nadien ten dele nog vervult. Daarom kan de begroting van de schade niet worden gestoeld op het uitgangspunt dat de kosten die in het verleden zijn gemaakt om het genot van de boom te verkrijgen en te behouden, geacht moeten worden hun doel te hebben gemist.'⁶⁸

Het hof kon er dus niet zonder meer van uitgaan dat alle kosten die in het verleden zijn gemaakt voor de aanschaf en het onderhoud van de beschadigde eik, tevergeefs waren toen deze boom op een later moment beschadigd werd. Het is goed mogelijk dat een deel van deze kosten, zoals het jaarlijks snoeien van de eik, helemaal niet tevergeefs zijn geweest, omdat de boom pas jaren later beschadigd is geraakt. De aanname van het hof dat *alle* uitgaven van de

65 Zie bijvoorbeeld: Rb Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126, r.o. 2.14; Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 12-13; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020, r.o. 4.15 en Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.6-9.8.

66 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh en JA 2018/29 m.nt. Hebly (*Liander/Heiloo*), r.o. 3.1.

67 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3235, r.o. 4.12.

68 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh en JA 2018/29 m.nt. Hebly (*Liander/Heiloo*), r.o. 3.4.2.

gemeente aan de eik deels tevergeefs waren, is, met andere woorden, te kort door de bocht. Volgens A-G Hartlief had het hof voor iedere afzonderlijke uitgave aan de eik moeten nagaan of en, zo ja, in welke mate deze tevergeefs was als gevolg van de beschadiging van de wortels door de graafwerkzaamheden van Liander. Het hof had veel concreter en preciezer het gemiste onstoffelijke voordeel – de aanwezigheid van een onbeschadigde oude eik in Heiloo – moeten begroten. De door het hof gehanteerde benadering was volgens A-G Hartlief te algemeen en te abstract.⁶⁹ Wanneer een benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk misloopt, zal de rechter de waarde van het gemiste gedeelte van dit onstoffelijke voordeel dus zo concreet mogelijk moeten begroten.

In rechtens relevante mate gemist

In *Pollen/Linssen Yachts* bracht de Hoge Raad nog een andere beperking aan. Gemist onstoffelijk voordeel komt alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer de benadeelde het voordeel ‘in rechtens relevante mate’ is misgelopen. Bij zaakschade bijvoorbeeld kan het zijn dat aan dit vereiste niet is voldaan wanneer de zaak slechts een zeer korte tijd onbruikbaar is, bijvoorbeeld omdat deze een kleine reparatie behoeft. Ook wanneer het functieverlies van de zaak gering is, kan het zijn dat de benadeelde het onstoffelijke voordeel niet in rechtens relevante mate is misgelopen, aldus de Hoge Raad. Het hof had daarom de vordering van Pollen terecht afgewezen. De reparaties aan het zeiljacht waren steeds van korte duur geweest en bovendien had Pollen zijn zeiljacht grotendeels kunnen gebruiken zoals hij had voorgenomen. Hij had het plezier van zijn zeiljacht niet in rechtens relevante mate gemist en om die reden geen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.⁷⁰

Met deze extra drempel lijkt de Hoge Raad te willen voorkomen dat ieder tijdelijk of gering verlies van onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking komt. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag wanneer onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen.⁷¹ Volgens Hijma heeft de Hoge Raad de lat hoog willen leggen. De boodschap aan lagere rechters is dat ze terughoudend moeten zijn en alleen schadevergoeding mogen toekennen wanneer het onstoffelijke voordeel in ‘overwegende mate’ is misgelopen.⁷² Bovendien ziet Hijma minder ruimte om schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen in gevallen van een koop van een goed, zoals een zeiljacht. De uitgaven zijn in zulke gevallen hoofdzakelijk gedaan om de eigendom van het goed te verkrijgen

69 A-G Hartlief, sub 4.10-4.12, in zijn noot onder HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

70 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.7-3.8.

71 Lavrijssen BB 2009, p. 65-66 en Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43.

72 Hijma, par. 7-8, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*).

– een vermogensbestanddeel met economische waarde – en niet zozeer om een onstoffelijk voordeel te verwezenlijken.⁷³ A-G Wuisman lijkt daarentegen een veel lagere drempel voor ogen te hebben. Alleen wanneer het functieverlies van een zaak van zeer geringe duur is of van zeer geringe betekenis, moet de schadevergoedingsvordering voor gederfd gebruiksgenot worden afgewezen. Hij wil met name voorkomen dat een consument die een zaak koopt direct een schadevergoedingsvordering kan instellen wanneer de zaak niet meteen onberispelijk functioneert. Niet ieder ‘wisewasje’ moet meteen tot een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel leiden, te meer omdat bij consumentenkoop de verkoper eerst in de gelegenheid moet worden gesteld om de zaak te repareren. Hij vergelijkt de door hem voorgestelde drempel met die van artikel 6:265 lid 1 BW en artikel 7:22 lid 1 sub a BW. In deze artikelen is bepaald dat een benadeelde geen recht heeft op ontbinding of vervanging van een gekochte zaak, wanneer het gebrek van te geringe betekenis is. In de jurisprudentie zijn die twee uitzonderingen juist altijd bijzonder restrictief toegepast. Bovendien benadrukt Wuisman dat het aanvaarden van een drempel op gespannen voet staat met het beginsel van volledige compensatie. Uit zijn conclusie valt af te leiden dat hij vrij snel wil aannemen dat onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen. Zo laat hij bewust ruimte om ook bij het tijdelijk missen van gebruiksgenot schadevergoeding toe te kennen.⁷⁴

De rechtspraak van de Hoge Raad biedt weinig aanknopingspunten om te bepalen hoe hoog of laag de drempel nu precies is. Burger miste het grootste gedeelte van de Dakar Rally. Het was evident dat hij in rechtens relevante mate het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel was misgelopen. Ook Pollens zaak was helder. Pollen kreeg nauwelijks bewezen dat hij inderdaad zijn zeiljacht niet had kunnen gebruiken zoals hij dat had voorgenomen.⁷⁵ Lagere rechters nemen, in lijn met de visie van A-G Wuisman, betrekkelijk snel aan dat een benadeelde het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen, zowel in gevallen dat het onstoffelijke voordeel slechts gedurende een korte periode is gemist als in gevallen dat het onstoffelijke voordeel maar gedeeltelijk is misgelopen. De man die het vanwege reparaties vijf weken zonder zijn zeiljacht moest stellen, miste in rechtens relevante mate

73 Hijma, par. 9, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts). Zie hierover ook: Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43 en Van der Werff *NTHR* 2017, p. 296.

74 A-G Wuisman, sub 2.6-2.8, in zijn conclusie voor HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (Pollen/Linssen Yachts). Kritisch over de drempel zijn ook Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43 en Lavrijssen *BB* 2009, p. 66-67. Lindenberg 2020, p. 146-147 stelt voor om de vraag of het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen af te laten hangen van verschillende omstandigheden, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard en ernst van het nadeel, de vraag of het genot alsnog verworven kan worden en de mate waarin de uitgaven hun doel hebben gemist.

75 Zie: Keirse *Contracteren* 2009, p. 36-38 en Hijma, par. 8, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts).

het gebruiksgenot van dit jacht.⁷⁶ Ook de automobilist die 34 dagen helemaal geen gebruik kon maken van zijn auto, voldeed aan de drempel.⁷⁷ Ook wanneer het onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk wordt misgelopen, nemen lagere rechters vrij snel aan dat dit voordeel in rechtens relevante mate is gemist. Dat wordt met name duidelijk in gevallen van gederfd woongenot. Zo oordeelde de rechtbank dat de woningeigenaren uit het Groningse gaswinningsgebied in rechtens relevante mate het woongenot van hun huis misliepen. Door de aardbevingen klemde de deuren en ramen, werden de kamers tochtig en kregen de muren last van vochtplekken, maar de wooneigenaren konden wel gewoon in hun huis blijven wonen. De rechtbank wees het argument van de NAM dat de woningeigenaren om die reden niet in rechtens relevante mate het genot van hun woning waren misgelopen, van de hand.⁷⁸ Andere lagere rechtspraak laat een vergelijkbaar beeld zien. Woningeigenaren van wie het woongenot van hun huis gedeeltelijk is aangetast, maar die wel in hun huis blijven wonen, krijgen in de regel schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toegekend. Hoewel de woningen gewoon bewoonbaar zijn en het woongenot slechts gedeeltelijk wordt aangetast door de hinder, oordelen rechters in deze zaken dat het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen, zelfs wanneer de overlast tijdelijk van aard is.⁷⁹

Kortom, rechters leggen de lat niet bijzonder hoog. Aan de drempel lijkt uitsluitend niet voldaan te zijn wanneer een benadeelde het onstoffelijke voordeel slechts in geringe mate en bovendien maar gedurende een korte periode misloopt.⁸⁰ De Hoge Raad heeft zich na *Pollen/Linssen Yachts* niet meer expliciet uitgelaten over de vraag wanneer onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen door een benadeelde. Het is daarom moeilijk te zeggen of ook de Hoge Raad van mening is dat deze drempel zo laag ligt.⁸¹ De conclusie lijkt desalniettemin gerechtvaardigd dat snel voldaan is aan het

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308, r.o. 5.27-5.28.

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020, r.o. 4.15.

78 Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, *NJF* 2017/155, r.o. 4.5.5. Zie verder: Beumers *NTBR* 2017, p. 188-180 en, kritischer, Van der Werff *NTHR* 2017, p. 296.

79 Rb Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126, r.o. 2.14 en Rb. Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.6-9.8. Over tijdelijke hinder: Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 12-13; Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, *NJF* 2016/435, r.o. 3.14 en Rb Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14351, r.o. 4.34.

80 Nog soepeler: Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBLER:2010:BO2583 r.o. 4.17-18.

81 Men zou in HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 m.nt. Lindenberg (Liander/Heiloo), r.o. 3.4.2 een aanwijzing kunnen lezen dat de Hoge Raad vereist dat het genot in substantiële mate wordt gemist. Aan de andere kant zweeg de Hoge Raad over het vereiste dat het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate moet zijn gemist in een recente prejudiciële procedure over het gederfde woongenot veroorzaakt door de gaswinning in Groningen. De rechtbank had daar wel uitdrukkelijk een vraag over gesteld. De Hoge Raad vond het kennelijk niet nodig om de rechtbank op dat punt bij te sturen, zie: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.1.-2.12.4

vereiste dat een benadeelde het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate moet zijn misgelopen.

6.3.2.4 Ook zonder de wanprestatie was het onstoffelijke voordeel niet verkregen

Brouwer Motors voerde nog een ander argument aan waarom de vordering van Burger zou moeten worden afgewezen. De helft van alle deelnemers aan de Dakar Rally haalt de eindstreep niet en valt ergens tijdens de Dakar Rally voortijdig uit. Zelfs als hij een deugdelijke rallymotor zou hebben geleverd, betoogde Brouwer Motors, zou er een aanzienlijke kans zijn geweest dat Burger door een andere oorzaak was uitgevallen of gediskwalificeerd. In dat geval was hij het onstoffelijke voordeel van deelname aan de Dakar Rally óók misgelopen en waren zijn uitgaven net zo goed tevergeefs geweest. De Hoge Raad overweegt dat het enkele statistische gegeven dat vijftig procent van de deelnemers uitvalt, niet volstaat om te bewijzen dat Burger in een later stadium van de Dakar Rally vanwege een andere oorzaak zou zijn uitgevallen. Om die stelling te bewijzen moest Brouwer Motors met meer concrete feiten en omstandigheden komen.⁸² Na verwijzing lukt het Brouwer Motors niet om hard te maken dat Burger door een andere oorzaak zou zijn uitgevallen of gediskwalificeerd.⁸³

Deze overwegingen van de Hoge Raad laten zien dat het feit dat het onstoffelijke voordeel ook zonder wanprestatie zou zijn misgelopen, van invloed kan zijn op de schadevergoedingsplicht van de wederpartij. Het compensatiebeginsel brengt mee dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen de feitelijke situatie waarin de benadeelde verkeert na de wanprestatie en de hypothetische situatie waarin de benadeelde zou zijn geweest indien zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. Als in de hypothetische situatie zonder wanprestatie de benadeelde het onstoffelijke voordeel door een andere oorzaak zou zijn misgelopen, lijdt hij dus geen schade. Hij is dan simpelweg niet slechter af dan hij zou zijn geweest zonder de wanprestatie. Als Brouwer Motors had bewezen dat Burger met een deugdelijke motor hoe dan ook in de vijfde etappe was uitgevallen in plaats van de derde, had Burger dus slechts recht gehad op een vergoeding voor het gemiste plezier van vijf etappes, in plaats van voor het plezier van de gehele Dakar Rally.⁸⁴

Wanneer onzekerheid bestaat over de vraag of de benadeelde het onstoffelijke voordeel zonder de wanprestatie zou hebben verkregen, kan hij – net

82 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.3-3.4.

83 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 2.8.

84 Hijma, par. 10, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*); Keirse, par. 14, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*) en Lindenberg 2020, p 148-149.

zoals in andere schadegevallen – terugvallen op het leerstuk van verlies van een kans. Een benadeelde zal er soms niet in slagen te bewijzen dat hij zonder de wanprestatie inderdaad een bepaald onstoffelijk voordeel zou hebben verkregen, maar wel kunnen aantonen dat hij een kans op het verkrijgen van dit voordeel is misgelopen. Stel dat Burger er niet in was geslaagd om aannemelijk te maken dat hij met een deugdelijke rallymotor de Dakar Rally helemaal zou hebben uitgereden en daarmee ook niet dat hij het plezier van de Dakar Rally zou zijn misgelopen als gevolg van de wanprestatie van Brouwer Motors. Burger zou in dat geval het standpunt kunnen innemen dat hij met een deugdelijke rallymotor op zijn minst een betere kans zou hebben gehad om de rally helemaal uit te rijden en dat door de wanprestatie van Brouwer Motors hem deze kans is ontnomen.⁸⁵ Het verlies van zo'n kans op een beter resultaat – dat kan ook vermeden nadeel zijn – vormt in het Nederlandse recht vergoedbare schade. De waarde van een verloren kans wordt in de regel begroot op een percentage van het nagestreefde voordeel. Dat percentage is een inschatting van de kans dat het voordeel zou zijn verkregen wanneer de wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen.⁸⁶ In de lagere rechtspraak is het leerstuk van verlies van een kans een enkele maal toegepast in gevallen waarin een benadeelde onstoffelijk voordeel misliep. Een eigenares van een appartement diende bij de gemeente Amsterdam een verzoek in om iets te doen tegen de trillings- en geluidsoverlast die de onder haar woning gevestigde supermarkt veroorzaakte. De gemeente wees dit verzoek af, maar motiveerde dit besluit onvoldoende. De gemeente had het verzoek tot handhaving namelijk afgewezen zonder een voorgeschreven trillings- en geluidsonderzoek te doen. De eigenares vordert vervolgens schadevergoeding voor gederfd woongenot. Het was maar de vraag of, wanneer het onderzoek wel zou zijn gedaan door de gemeente, de uitkomst zou zijn geweest dat de trillings- en geluidsnormen werden overschreden door de supermarkt. Zouden deze normen niet zijn overschreden, dan zou de gemeente niet hebben ingegrepen en zou de vrouw het woongenot net zo goed zijn misgelopen. De rechtbank acht het aannemelijk – zij baseert haar oordeel op andere metingen – dat er een kans van zestig procent was dat uit dit voorgeschreven onderzoek zou zijn gekomen dat de trillings- en geluidsnormen wel degelijk werden overschreden door de supermarkt. In dat geval had de gemeente moeten handhaven. De eigenares kon dus weliswaar niet aantonen dat wanneer de gemeente het voorgeschreven onderzoek zou hebben verricht de gemeente daarna zou hebben opgetreden tegen de vermeende trillings- en geluidsoverlast, maar wel dat de kans op handhaving door de gemeente zestig procent zou zijn geweest als dit onderzoek zou zijn uitgevoerd. Door de fout van de gemeente was die kans haar volledig ontnomen. Deze verloren kans begroot de rechtbank vervolgens door zestig procent te nemen van de waarde van

85 Wisman *BB* 2005, p. 87.

86 Zie uitgebreid over dit leerstuk: Nuninga *NTBR* 2019, p. 41-52.

het gedeeltelijk gemiste woongenot, wat door de rechtbank was gesteld op twintig procent van de betaalde huursommen gedurende de periode dat de supermarkt overlast had veroorzaakt.⁸⁷

6.3.3 De begroting van de schade

In *Burger/Brouwer Motors* gaf de Hoge Raad ook een uitgangspunt om de waarde van het onstoffelijke voordeel te begroten. Aangesloten wordt bij de uitgaven die een benadeelde heeft gedaan om het voordeel te verkrijgen. Bloembergen bepleitte reeds dat een benadeelde recht had op een schadevergoeding

‘[...] ter grootte van het bedrag, dat hij voor het verkrijgen van deze genoegens had moeten besteden’.⁸⁸

Tijdens de parlementaire behandeling ging ook de Minister van Justitie ervan uit dat de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel kan worden gesteld op de tevergeefs gemaakte kosten.⁸⁹ De achterliggende gedachte van deze begrotingsmaatstaf is dat de kosten die een partij maakt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen reflecteren wat de objectieve economische waarde van dit voordeel is. In de literatuur is opgemerkt dat deze aanname niet altijd opgaat. Neem bijvoorbeeld iemand die het plezier van een concert mist. Als hij voor het concert een kaartje heeft gekocht via de organisator van het concert, klopt de aanname dat het uitgegeven bedrag om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen de objectieve marktwaarde van het gemiste genot van het concert reflecteert. Het is echter goed mogelijk dat iemand het concertkaartje cadeau heeft gekregen en dus helemaal geen uitgaven heeft gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen, terwijl dit voordeel wel degelijk een economische waarde heeft.⁹⁰ Hetzelfde geldt voor iemand die – door zijn eigen onoplettendheid – voor een veel te hoog bedrag een kaartje heeft gekocht van een louche tussenhandelaar.⁹¹ De minister gaf om die reden al aan dat

87 Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.6. Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.19.

88 Bloembergen 1965, p. 204.

89 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

90 Lindenbergh 1998, p. 85 en Wisman *BB* 2005, p. 88-89.

91 In *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333 geeft de minister het vergelijkbare voorbeeld van een benefietconcert. De prijs van zulke kaartjes zou hoger zijn dan de economische waarde van het onstoffelijke voordeel – het concert – en daarmee niet goed de waarde van zulk voordeel reflecteren (zie ook: Spier 1990, p. 28-29). Zoals Lindenbergh 1998, p. 85 en Keirse *Contracteren* 2009, p. 35 terecht opmerken is dit voorbeeld wat ongelukkig. Het kopen van een kaartje voor een benefietconcert heeft deels het karakter van een gift. Als het concert niet doorgaat of tegenvalt, is de betaalde ‘prijs’ voor het kaartje uiteraard niet volledig tevergeefs geweest. De koper van het kaartje had immers deels (of zelfs met name) tot doel

er ruimte moet zijn om het onstoffelijke voordeel op een andere manier te begroten wanneer dat nodig is.⁹² Ook de Hoge Raad lijkt in *Burger/Brouwer Motors* de begroting aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten als een uitgangspunt, maar niet als een harde regel te zien.

In lijn met dit uitgangspunt begroten lagere rechters de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel in de regel aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten van de benadeelde, maar maken zij soms uitzonderingen. Een goed voorbeeld daarvan is de begroting van gemist woongenot. Lagere rechters begroten het gemiste woongenot niet altijd aan de hand van de uitgaven die de benadeelde tevergeefs heeft gedaan om zulk voordeel te verkrijgen, zoals de betaalde hypotheekrente, maar op basis van de verloren huurwaarde van de woning.⁹³ In zijn recente beantwoording van de prejudiciële vragen over de Groningse gaswinning geeft de Hoge Raad ook de voorkeur aan deze alternatieve begrotingsmaatstaf:

‘De door het derven van woongenot geleden vermogensschade van de bewoner die eigenaar van de woning is, bestaat in beginsel in het over de maanden waarin het woongenot is gederfd, berekende verschil tussen i) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien hij de woning zou hebben gehuurd in de huidige situatie waarin bodembewegingen hebben plaatsgevonden en nog kunnen plaatsvinden, hetgeen betekent dat die huur is afgestemd op de omstandigheid dat zich bodembewegingen hebben voorgedaan en nog kunnen voordoen, en ii) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien van bodembewegingen geen sprake zou zijn.’⁹⁴

Ook wanneer een benadeelde tijdelijk het gebruiksgenot van een zaak, zoals een auto of een zeiljacht, is misgelopen door de fout van een ander, begroten rechters het gemiste onstoffelijke voordeel lang niet altijd aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten. In plaats daarvan begroten ze de waarde van het gemiste gebruiksgenot op basis van de hypothetische huurprijs die de benadeelde zou hebben moeten betalen om een vervangende zaak te huren.⁹⁵

Deze uiteenlopende begrotingswijzen in de lagere rechtspraak maken duidelijk dat rechters uiteindelijk steeds bezig zijn om de waarde van het

om het goede doel te steunen.

⁹² *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

⁹³ Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802 *NJF* 2007/279, r.o. 3.5 en Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 12. Beumers *NTBR* 2017, p. 190 is positief over deze wijze van begroting. Rijnhout & Rotscheid *TvVP* 2019, p. 60-61 voelen meer voor een begroting aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten.

⁹⁴ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.4 (begin) en, voor een vergelijkbare overweging voor huurders, r.o. 2.12.4 (slot).

⁹⁵ Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BO2583, r.o. 4.15. Dit werd in de literatuur al bepleit door Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 44 en Lavrijssen *BB* 2009, p. 67. Anders: Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BU2841, r.o. 4.12 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3314, r.o. 6.15.

gemiste onstoffelijke voordeel zo nauwkeurig mogelijk te begroten. De door de benadeelde tevergeefs gemaakte kosten zijn daarbij weliswaar een belangrijk hulpmiddel, maar zijn zeker niet altijd doorslaggevend.

6.4 COMBINEREN VAN SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL EN SMARTENGELD

Met zijn beslissing in *Burger/Brouwer Motors* lijkt de Hoge Raad een oud debat in de Nederlandse literatuur te beslechten. Gemist onstoffelijk voordeel moet worden aangemerkt als vermogensschade. Niet Meijers, maar Bloembergen heeft gelijk. De vraag of gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade of ander nadeel is, lijkt op het eerste oog immers digitaal: het is of het een of het ander. Het paradoxale aan het huidige Nederlandse recht is dat ook Meijers geen ongelijk lijkt te hebben.

Pakketreizen illustreren deze paradox helder. In deze gevallen heeft het gemiste onstoffelijke voordeel – het plezier van een vakantie – een duidelijke economische waarde. Om vakantiegenot te verkrijgen moet iemand in de regel immers uitgaven doen, zoals het betalen van een reissom aan een reisorganisator. Het gemiste vakantiegenot valt daarom binnen de huidige definitie van vermogensschade.⁹⁶ Toen de wetgever artikel 7:510 BW (oud) invoerde, richtte een deel van de kritiek in de literatuur zich op de wetgevers kwalificatie van gederfd vakantiegenot als een vorm van immateriële schade.⁹⁷ Zo schreef Krans:⁹⁸

‘Derving van reisgenot [wordt door de wetgever] 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.’

Een deel van de literatuur bekritiseert niet alleen de wetgevers kwalificatie van gederfd vakantiegenot als immateriële schade, maar suggereert ook dat wanneer een benadeelde een vergoeding krijgt voor het gemiste onstoffelijke voordeel als vermogensschade zijn schade geheel wordt weggenomen.⁹⁹ De benadeelde heeft, met andere woorden, naast een vergoeding van zijn vermogensschade bestaande uit het gemiste onstoffelijke voordeel, geen recht meer op smartengeld, omdat hij zijn schade al als vermogensschade volledig vergoed

⁹⁶ Bloembergen 1982, p. 62 en 64.

⁹⁷ Lindenbergh 1998, p. 116-117 en *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV** 2014/529.

⁹⁸ Krans 1999, p. 254-255.

⁹⁹ In vergelijkbare zin wordt bepleit dat wanneer de overeenkomst (gedeeltelijk) wordt ontbonden, de teruggave van (een deel van) de koopsom al voldoende compensatie biedt. Zie daarover uitgebreid: § 10.6.2.3.

heeft gekregen.¹⁰⁰ Een ander deel van de literatuur ziet dat anders. Deze auteurs aanvaarden dat het gemiste vakantiegenot vermogensschade is, maar zijn van mening dat een benadeelde daarnaast ook nog immateriële schade kan lijden. Zo betoogde Overeem dat het uitsluitend vergoeden van de economische waarde van een vakantiereis geen volledige compensatie biedt aan een benadeelde. Wanneer de benadeelde de door hem betaalde reissom terugkrijgt, is hij immers nog niet gecompenseerd voor het eventuele 'reisverdriet' dat de mislukte vakantie heeft veroorzaakt.¹⁰¹ Lindenbergh neemt een vergelijkbaar standpunt in. Nadat hij heeft verdedigd dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is, schrijft hij:

'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.'¹⁰²

Ook in de rechtspraak is de vraag opgekomen of een benadeelde nog recht heeft op smartengeld naast een vergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel als vermogensschade. In het huidige recht staat het buiten kijf dat gemist woongenot vermogensschade is. Een benadeelde heeft bij een aantasting van zijn fundamentele persoonlijkheidsrecht op het ongestoorde genot van zijn eigen woning eveneens recht op smartengeld.¹⁰³ In de lagere rechtspraak hebben overlastveroorzakers het standpunt verdedigd dat een benadeelde geen recht heeft op zowel een vergoeding van zijn gederfde woongenot als vermogensschade als op smartengeld voor een aantasting van het ongestoorde genot van zijn eigen woning. Een benadeelde kan deze vorderingen niet combineren, omdat beide vergoedingen compensatie bieden voor dezelfde schade. Lagere rechters hebben deze redenering stevast van de hand gewezen:

'[Een deel van] de eigenaarslasten komt als materiële schade voor vergoeding in aanmerking, naast eventueel voor dezelfde overlast toegekend smartengeld. De vergoeding van materiële schade dient ter compensatie van de afwezigheid van woongenot, het smartengeld dient ter compensatie van de ergernis en gederfde levensvreugde over het feit dat het woongenot ten gevolge van onrechtmatige ernstige hinder gedurende een langere periode afwezig is geweest.'¹⁰⁴

100 Bloembergen 1965, p. 204; Krans 1999, p. 254-255; *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV* 2014/529 en *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV* 2018/532 en 533.

101 Overeem 1979, p. 20.

102 Lindenbergh 2014, p. 65.

103 Zie § 3.4.4.

104 Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802, *NJF* 2007/279, r.o. 3.3 en Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, *NJF* 2016/435, r.o. 3.16.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat feitenrechters in gevallen van woningoverlast over het algemeen zowel een vergoeding voor vermogensschade bestaande uit gedeeld woongenot als smartengeld voor de aantasting van het ongestoorde genot van de eigen woning toekennen. Zij zien kennelijk geen probleem in het combineren van deze twee vergoedingen.¹⁰⁵ Hoewel de NAM en de Staat in de prejudiciële procedure over de gaswinning in Groningen aanvoerden dat het toekennen van beide schadevergoedingsvorderingen tot overcompensatie van gedupeerde woningeigenaren zou leiden, sluit ook de Hoge Raad niet uit dat een benadeelde beide vorderingen kan combineren.¹⁰⁶ Deze lijn in de rechtspraak kan overwegend op instemming rekenen in de literatuur.¹⁰⁷ Een ander deel van de literatuur ziet ook in dit geval een potentieel risico op dubbele compensatie.¹⁰⁸

In het huidige recht heeft Bloembergen dus gelijk, maar dat betekent niet dat Meijers ongelijk heeft. Gemist onstoffelijk voordeel is zonder twijfel vermogensschade, maar een benadeelde kan daarnaast recht hebben op smartengeld wanneer hij zulk voordeel is misgelopen. Uiteraard moet de wet de benadeelde dan wel recht geven op smartengeld, wat lang niet altijd het geval zal zijn. Zo is het klip en klaar dat Pollen geen recht had op smartengeld voor het gemiste plezier van zijn nieuwe zeiljacht.¹⁰⁹ Maar als de wet een benadeelde recht geeft op smartengeld, staat het feit dat hij eveneens met succes schadevergoeding kan vorderen voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel als vermogensschade niet aan een vergoeding van zijn immateriële schade in de weg.

6.5 TUSSENCONCLUSIE

In het Nederlandse recht is sinds het begin van de twintigste eeuw gaandeweg een ruimer vermogensschadebegrip aanvaard. Over dit ruimere begrip ontstond eerst consensus in de literatuur en na de invoering van het Nieuw BW – dat het recht op smartengeld in belangrijke mate heeft beperkt – is ook in de rechtspraak een ruimere uitleg aan het vermogensschadebegrip gegeven. Tegenwoordig wordt gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade gekwa-

105 Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 14-17; Rb Gelderland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4142, r.o. 7A en Rb Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, NJF 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*), r.o. 4.4-4.5.

106 In HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*) rept de Hoge Raad bijvoorbeeld met geen woord over het bestaan van een dergelijke beperking.

107 Niet alleen van mij, zie Beumers *NTBR* 2017, p. 191-192, maar ook van A-G Wissink, sub 2.14-2.15, in zijn conclusie voor HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1410, *RvdW* 2011/427 en van A-G Wattel, sub 4.8.13 en 4.8.22 in zijn conclusie voor HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*).

108 Verheij *AV&S* 2017, p. 116-117 en Lindenbergh 2020, p. 142.

109 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.7.

lificeerd in het Nederlandse recht. Deze vermogensschade moet in beginsel worden begroot op de te vergeefs gemaakte kosten die de benadeelde heeft gemaakt om dit voordeel te verkrijgen, maar in de lagere rechtspraak – en recent ook door de Hoge Raad – worden ook weleens alternatieve begrotingswijzen gehanteerd. In het huidige Nederlandse recht is in algemene zin aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel een vorm van vermogensschade is. Bovendien gelden er geen strenge additionele vereisten. Allereerst geldt er een additionele redelijkheidstoets. Volgens de Hoge Raad kan het zo zijn dat het weliswaar redelijk is om het gemiste onstoffelijke voordeel op grond van artikel 6:98 BW toe te rekenen aan de wanpresterende wederpartij, maar dat het niet redelijk is om haar het gemiste onstoffelijke voordeel *volledig* te laten vergoeden. Deze redelijkheidstoets is nog niet toegepast in latere jurisprudentie en lijkt daarmee geen grote hindernis te vormen voor benadeelden die schadevergoeding vorderen voor gemist onstoffelijk voordeel. De Hoge Raad ontwikkelde ook de regel dat gemist onstoffelijk voordeel alleen voor vergoeding in aanmerking komt wanneer zulk voordeel in rechtens relevante mate wordt misgelopen door de benadeelde. De literatuur is verdeeld over de vraag wanneer kan worden gezegd dat gemist onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen, maar de lagere rechtspraak lijkt vrij snel aan te nemen dat daarvan sprake is. Ook dit vereiste lijkt dus in de praktijk niet zoveel om het lijf te hebben. De andere beperkingen die aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel worden gesteld, vloeien in essentie gewoon voort uit de algemene regels van schadebegroting. Zo komt gemist onstoffelijk voordeel slechts deels voor vergoeding in aanmerking, wanneer een benadeelde het onstoffelijke voordeel ondanks de wanprestatie toch gedeeltelijk heeft weten te verkrijgen. Daarnaast heeft een benadeelde geen recht op schadevergoeding als hij het onstoffelijke voordeel ook zonder de wanprestatie niet zou hebben verkregen.

Hoewel een deel van de literatuur vreest voor dubbele compensatie, sluit een schadevergoedingsvordering voor gemist onstoffelijk voordeel niet uit dat een benadeelde daarnaast nog aanspraak kan maken op smartengeld. Bijvoorbeeld bij het gederfde genot van een pakketreis heeft een benadeelde dus zowel recht op smartengeld als recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Kortom, in het Nederlandse recht hebben benadeelden tegenwoordig een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel als een vorm van vermogensschade, dat nauwelijks aan additionele vereisten of beperkingen gebonden lijkt te zijn.

7 | Vermogensschade in Duitsland

7.1 INLEIDING

In het Duitse recht begroten rechters vermogensschade in beginsel aan de hand van de zogenoemde *Differenzhypothese*. Deze begrotingsmethode schrijft een vergelijking tussen twee vermogensposities voor. Allereerst moet de rechter bepalen wat het totale vermogen van de benadeelde is na de fout van de aansprakelijke partij, zoals een onrechtmatige daad of een wanprestatie. Dit huidige vermogen na de fout moet hij vervolgens vergelijken met het totale vermogen dat de benadeelde zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat de aansprakelijke partij geen fout zou hebben gemaakt. Uit deze *Gesamtvermögensvergleich* blijkt vervolgens of de benadeelde vermogensschade heeft geleden en, zo ja, hoeveel.¹

Op dit uitgangspunt bestaan tegenwoordig twee belangrijke uitzonderingen in het geval dat een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen. Beide uitzonderingen kwamen vlak na de Tweede Wereldoorlog tot ontwikkeling. In 1952 besluit een Duits echtpaar op een cruise te gaan naar de Canarische eilanden. Het cruiseschip vertrekt vanuit Rotterdam. Door een fout van de Duitse douane blijft de bagage van het echtpaar, die vooruit was gestuurd naar Nederland, steken in het douanepot van het grensplaatsje Emmerich. Als gevolg hiervan bereikt de bagage de haven niet op tijd en moeten de echtgenoten het de achttien dagen op zee zonder hun bagage stellen, waardoor zij aanzienlijk minder van hun vakantie genieten. Een *Gesamtvermögensvergleich* zou tot de conclusie leiden dat de echtgenoten geen vermogensschade hebben geleden. Hun vermogenspositie is immers niet veranderd door de fout van de douane. De echtgenoten zijn net zo arm of rijk als ze zouden zijn geweest wanneer hun bagage wel zou zijn meegekomen op het cruiseschip. Weliswaar liepen ze het plezier van hun cruise naar de Canarische eilanden voor een deel mis, maar dat is volgens de traditionele *Differenzhypothese* geen vermogensschade. In zijn arrest over dit geschil geeft het BGH voor het eerst een ruimere interpretatie aan het vermogensschadebegrip:

‘Bei dem mit der Seereise erstrebten und normalerweise erzielten Genuß handelt es sich nicht um einen rein immateriellen, ideellen Wert, vielmehr ist ein solcher

1 Würthwein 2001, p. 1-3; Bitter *AcP* 2005, p. 745-746 en Benecke & Pils *Jur. Ar.* 2007, p. 242.

„Genuß“ angesichts dessen, daß er in aller Regel nur durch entspr. Vermögensaufwendungen „erkauft“ werden kann und auch hier tatsächlich erkauft worden ist, in gewissem Umfang kommerzialisiert, so daß eine Beeinträchtigung dieses Genusses auch eine Beeinträchtigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten – Vermögenswerten – Äquivalentes darstellt.²

Deze overweging vormt het begin van een omvangrijk debat in de Duitse literatuur, dat uiteindelijk uitmondt in twee verschillende theorieën over het vermogensschadebegrip: de *Kommerzialisierungsgedanke* (de commercialiseringsgedachte) en de *Frustrationlehre* (de frustratieleer).³ Volgens beide theorieën leidt het mislopen van onstoffelijk voordeel niet slechts tot immateriële schade maar ook tot vermogensschade. Beide ruime interpretaties van het vermogensschadebegrip zijn altijd omstreden geweest in de literatuur en rechtspraak, maar desondanks heeft zowel de commercialiseringsgedachte als de frustratieleer uiteindelijk haar weerslag gevonden in het Duitse recht.⁴ In het huidige recht kan het daarom zo zijn dat een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, vermogensschade lijdt die voor vergoeding in aanmerking komt. Reeds sinds de jaren zestig van de vorige eeuw aanvaardt de Duitse rechtspraak de commercialiseringsgedachte (§ 7.2.1) in bepaalde gevallen waarin een benadeelde het gebruiksgenot van een goed tijdelijk is misgelopen (§ 7.2.2 en § 7.2.3). De frustratieleer werd daarentegen lange tijd niet aanvaard in de rechtspraak (§ 7.3). Pas toen aan het begin van dit millennium de wetgever besloot om met deze lijn in de rechtspraak te breken en hij § 284 opnam in het BGB, is ook de frustratieleer geldend recht geworden (§ 7.4).

7.2 DE COMMERCIALISERINGSGEDACHTE

7.2.1 Het gemiste genot van een cruise als vermogensschade

De commercialiseringsgedachte houdt in essentie in dat alle gemiste onstoffelijke voordelen die in het economische verkeer tegen betaling verkregen kunnen worden, als vermogensschade kwalificeren. Grunsky vat het bondig samen:

‘Ein Vermögensschaden ist immer dann gegeben, wenn dem Geschädigten ein Vorteil entzogen worden ist, der gegen Geld erworben werden kann. Ist dies der Fall, so spielt es keine Rolle, ob der Vorteil seinerseits dem Gelderwerb des Geschädigten oder nu der Bequemlichkeit diene.’⁵

2 BGH 7 mei 1956, NJW 1956, 1234, p. 1235.

3 Hagen JZ 1983, p. 833 noemt de *Seereise-fall* de ‘geestelijk vader’ van deze ontwikkeling in het Duitse recht.

4 Hagen JZ 1983, p. 833.

5 Grunsky 1968, p. 86.

De commercialiseringsgedachte breidt daarmee het vermogensschadebegrip uit naar alle door de fout van een ander verloren onstoffelijke voordelen die tegen betaling verkregen kunnen worden, zoals het plezier van een goed aangeklede cruise naar de Canarische eilanden.⁶ De fout van de douane leidt er weliswaar niet toe dat het echtpaar armer is geworden – er staat, bij wijze van spreken, net zoveel geld op de bankrekening – maar haar fout resulteert wel in het verlies van een onstoffelijk voordeel met een economische waarde. Daarom is ook het verlies van zulk voordeel vermogensschade.⁷

In de literatuur lopen de meningen vervolgens uiteen over de vraag wat nu precies gecommmercialiseerd is: het onstoffelijke voordeel zelf of de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed die een benadeelde in staat stelt onstoffelijk voordeel te verkrijgen.⁸ Het verschil tussen deze twee interpretaties kan verduidelijkt worden aan de hand van het voorbeeld van een auto die door een verkeersfout van een ander beschadigd raakt en daardoor tijdelijk onbruikbaar is. Volgens de eerste interpretatie van de commercialiseringsgedachte vormt het concreet gemiste gebruiksgenot van een auto – het snel en comfortabel naar het werk reizen – de vermogensschade.⁹ Volgens de tweede interpretatie is niet deze snelle en comfortabele autorit naar het werk gecommmercialiseerd, maar de abstracte gebruiksmogelijkheid die een auto biedt of, anders gezegd, het gebruiksrecht van de auto. De vermogensschade is gelegen in de aantasting van de gebruiksmogelijkheid van de auto, die een benadeelde in staat stelt om snel op zijn werk te komen.¹⁰ Hoewel het verschil tussen de twee interpretaties misschien subtiel en ietwat academisch lijkt, is veel onenigheid over de commercialiseringsgedachte terug te voeren op dit interpretatieverschil.¹¹

Zeker de eerste interpretatie is omstreden. Het missen van genot, plezier of gemak heeft geen nadelige invloed op iemands vermogenspositie en vormt gewoon immateriële schade, aldus tegenstanders van de commercialiseringsgedachte.¹² Bovendien 'koopt' een benadeelde nooit het onstoffelijke voordeel zelf, maar slechts een goed dat hem in staat stelt zulk voordeel te realiseren. Een autoverhuurder verplicht zich niet tot het bieden van een snelle en comfortabele reis, maar slechts tot het tijdelijk in gebruik geven van een auto. Of de benadeelde het onstoffelijke voordeel verkrijgt, is vervolgens van veel meer afhankelijk dan slechts het hebben van deze gebruiksmogelijkheid. Of iemand

6 Wiese 1964, p. 17-18.

7 Grunsky 1968, p. 83-85.

8 Würthwein 2001 schreef over uitsluitend deze vraag een meer dan vierhonderd pagina's tellend proefschrift. Zie eerder: Larenz 1969, p. 158.

9 Zie bijvoorbeeld impliciet: Stoll JZ 1976, p. 282-283 en Hagen JZ 1983, p. 834. Expliciet: Würthwein 2001, p. 292-296 en, voor gederfd reisgenot, Grunsky 1968, p. 83-85.

10 Zie bijvoorbeeld: Wiese 1964, p. 24-25; Mertens 1967, p. 156-158 en Bitter AcP 2005, p. 769-771. Zie ook, met betrekking tot het gederfde gebruiksgenot van zaken, Grunsky 1968, p. 37. Zie verder: Tolk 1977, p. 46-49.

11 Larenz 1965, p. 493-495.

12 Böhmer MDR 1964, p. 453-454 en Fielenbach NZV 2013, p. 266.

een snelle en comfortabele reis heeft, hangt bijvoorbeeld ook af van de verkeersdrukke en het rijgedrag van andere weggebruikers.¹³ Daarnaast heeft de wetgever met § 253 BGB het recht op schadevergoeding voor immateriële schade willen beperken tot enkele in de wet geregelde gevallen. Door met een ingewikkelde dogmatische constructie gemist onstoffelijk voordeel om te vormen tot vermogensschade, ondergraaft de commercialiseringsgedachte § 253 BGB en daarmee de wil van de wetgever.¹⁴ Bovendien holt de commercialiseringsgedachte deze bepaling vrijwel helemaal uit. In een moderne kapitalistische samenleving is immers vrijwel ieder onstoffelijk voordeel tegen betaling te verkrijgen. In het verlengde van dit argument is aangevoerd dat een aanvaarding van de commercialiseringsgedachte de schadevergoedingsplicht van aansprakelijke partijen in te grote mate zou doen uitdijen, met name wanneer een benadeelde ernstig letsel oploopt. Gedurende de tijd dat het slachtoffer bedlegerig is, zal hij tal van onstoffelijke voordelen mislopen. Zo kan hij bijvoorbeeld niet meer naar de sportschool, geen auto meer rijden en niet meer genieten van zijn vrijstaande woning. Al deze gemiste voordelen hebben onmiskenbaar een marktwaarde en kwalificeren volgens deze interpretatie van de commercialiseringsgedachte als vermogensschade. De aansprakelijke partij zou dan voor al dit nadeel aansprakelijk zijn.¹⁵

Ook tegen de tweede interpretatie van de commercialiseringsgedachte zijn bedenkingen geuit in de Duitse literatuur. Zo betwijfelt men of de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed – of, anders gezegd, het gebruiksrecht – een zelfstandige vermogenswaarde heeft *naast* de marktwaarde van dit goed. De eventuele gebruiksmogelijkheid van een goed is namelijk al verdisconteerd in de marktprijs. De marktprijs van een vrijstaand huis is hoger dan die van een driekamerappartement, mede omdat een vrijstaand huis meer gebruiksmogelijkheden biedt. Met andere woorden, de enkele gebruiksmogelijkheid van een goed heeft geen zelfstandige economische waarde naast de marktwaarde. Het verlies ervan vormt daardoor geen zelfstandige schadepost. De inzet van de gebruiksmogelijkheid van een goed kan uiteraard winst opleveren. Zo kan een eigenaar zijn appartement verhuren. Hij heeft uiteraard recht op schadevergoeding voor zijn misgelopen winst, wanneer hij door een beschadiging zijn appartement niet of slechts tegen een lager bedrag verhuurd krijgt. Een aantasting van het gebruiksrecht kan schade tot gevolg hebben, maar dat maakt de aantasting op zichzelf nog geen vermogensschade.¹⁶

13 Larenz 1965, p. 496-497.

14 Löwe *VerS* 1963, p. 308; Larenz *VerS* 1963, p. 312; Löwe *NJW* 1964, p. 702-703 en Böhmer *MDR* 1964, p. 453-454.

15 Zeuner *AcP* 1963, p. 392-393; Löwe *VerS* 1963, p. 308; Löwe *NJW* 1964, p. 702-703; Larenz 1969, p. 160; Tolk 1977, p. 94-95; Schulte 1978, p. 52 en Küppers 1976, p. 22-27.

16 Löwe *VerS* 1963, p. 309; Larenz 1965, p. 497-503; Stoll *JuS* 1968, p. 504-513; Tolk 1977, p. 95-96; Schiemann *JuS* 1988, p. 22-24 en Würthwein 2001, p. 219-221.

7.2.2 Gederfd gebruiksgenot van goederen

7.2.2.1 Inleiding

Aan een algemene aanvaarding van de commercialiseringsgedachte heeft het BGH zich nooit gewaagd. Het is dus zeker niet zo dat in het Duitse recht ieder gemist onstoffelijk voordeel met een economische waarde als vermogensschade wordt gekwalificeerd. Slechts voor één specifiek geval heeft het BGH aangenomen dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade kan zijn, namelijk bij het gederfde gebruiksgenot van bepaalde goederen. Het gebruiksgenot van deze goederen kan, zo oordeelde het BGH, in het economische verkeer tegen betaling worden verkregen. Het verlies van het gebruiksgenot van zulke goederen is vermogensschade. Deze aanvaarding van de commercialiseringsgedachte bij gemist gebruiksgenot is het resultaat van een lange ontwikkeling in de rechtspraak van het BGH. In deze soms grillige lijn in de rechtspraak zijn allerlei additionele vereisten en deelregels voor de vergoeding van gederfd gebruiksgenot ontstaan.

7.2.2.2 Voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen

Zo heeft een benadeelde uitsluitend recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot wanneer het om een goed gaat 'auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers derart angewiesen ist'.¹⁷ Het gemiste gebruiksgenot van luxegoederen, zoals bontmantels en zeiljachten, komt daarentegen niet voor vergoeding in aanmerking. Dit onderscheid tussen voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen heeft een lange voorgeschiedenis, waarin de verschillende senaten van het BGH enkele jaren lijnrecht tegenover elkaar stonden.

Wir leben Autos

Het begint allemaal met een relatief onschuldig ongeval op een provinciale weg. Op 18 maart 1960 maakt een wegwerker tijdens werkzaamheden een fout, waardoor de auto van een weggebruiker beschadigd raakt. Gedurende de reparaties heeft deze automobilist drie dagen geen beschikking over zijn beschadigde auto. De automobilist vordert in een civiele procedure onder meer schadevergoeding voor het tijdelijk gederfde gebruiksgenot van zijn auto. De wegwerker stelt zich op het standpunt dat het tijdelijk gemiste gebruiksgenot van een personenauto geen vermogensschade is, maar immateriële schade. Het missen van het plezier en gemak van een auto heeft voor de automobilist immers geen vermogensachteruitgang tot gevolg gehad.

17 BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 51 (III).

De derde senaat van het BGH ziet een duidelijke parallel met het echtpaar dat het zonder bagage moest stellen en geeft de automobilist gelijk:¹⁸

‘Noch stärker als [...] in dem [...] Seereise-Fall gilt der Satz, daß die Benutzungsmöglichkeit des Wagens angesichts dessen, daß sie in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen „erkauft“ werden kann, tatsächlich „kommerzialisiert“ worden ist.’

In daaropvolgende arresten hield de derde senaat van het BGH – en later ook de zesde senaat – vast aan deze nieuwe rechtsregel. Het tijdelijk gederfde gebruiksgenot van een auto kwalificeerden zij niet als immaterieel nadeel maar als vermogensschade. Dat uit een *Gesamtvermögensvergleich* geen vermogensachteruitgang blijkt, betekent niet noodzakelijkerwijs dat de benadeelde geen vermogensschade heeft geleden.¹⁹ Het genot van een auto is naar verkeersopvattingen immers een economisch voordeel, ongeacht of de benadeelde zijn auto bedrijfsmatig of privé inzet.²⁰ Dat blijkt onder meer uit het feit dat voor het verkrijgen van het genot van een auto uitgaven moeten worden gedaan, zoals aan wegenbelastingen en aan premies voor een autoverzekering.²¹ Bovendien kan de waarde van zulk genot objectief worden vastgesteld, namelijk aan de hand van de gebruikelijke huurprijs van een vergelijkbare auto. Er is, met andere woorden, een markt voor het tijdelijke gebruik van auto's.²² Wie het gebruiksgenot van een auto misloopt, lijdt dus vermogensschade.

In de literatuur reageerde men overwegend kritisch op deze nieuwe lijn in de rechtspraak, met name omdat deze in belangrijke mate was gebaseerd op de commercialiseringsgedachte. Tegenstanders wezen vooral op het gevaar dat het schadevergoedingsrecht oeverloos zou uitdijen. Wat voor het gebruiksgenot van auto's opgaat, geldt immers evengoed voor het gebruiksgenot van andere goederen. Het BGH zou daarmee § 253 BGB uithollen.²³ Mede door deze kritiek waren sommige andere senaten van het BGH, met name de vijfde, terughoudend met de analoge toepassing van de nieuwe rechtsregel op andere goederen.²⁴ De zesde senaat gaf in één van zijn arresten zelfs een alternatieve rechtvaardiging voor het recht op schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van een auto. Deze alternatieve rechtvaardiging berustte op

18 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542, p. 543 (II.2).

19 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542, p. 542-543 (I).

20 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 717; BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260, p. 1261 (II.1); BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692, p. 1693 (I). Zie ook: BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341, p. 2342 (2).

21 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542, p. 543 (II.2) en BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692, p. 1693 (I).

22 BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260, p. 1260 (II.1).

23 Zie: Böhmer *MDR* 1964, p. 453-454 en Löwe *NJW* 1964, p. 702-703.

24 Zie bijvoorbeeld: BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1630-1631 (III) en BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2040 (VI.4.b).

billijkheidsoverwegingen, die zich niet eenvoudig analoog lieten toepassen op andere goederen. In het Duitse recht heeft de benadeelde gedurende de reparatie van zijn beschadigde auto recht op een vergoeding voor de huurkosten van een vervangende auto. Het zou onbillijk zijn wanneer een spaarzame of arme benadeelde geen recht op zo'n vergoeding zou hebben, omdat hij het gederfde gebruiksgenot voor lief neemt of omdat hij simpelweg de kosten van een huurauto niet kan voorschieten. Bovendien zouden schadeveroorzakers – en hun verzekeraars – een perverse prikkel krijgen om dwars te liggen bij het vergoeden van de kosten van een huurauto. Immers, als zij het slachtoffer met succes ontmoedigen een vervangende auto te huren, vervalt hun plicht om een vergoeding te betalen.²⁵

Een algemenere toepassing

Het was dus geen uitgemaakte zaak dat de rechtspraak over beschadigde auto's analoog kon worden toegepast op andere goederen. Met name ten aanzien van woonhuizen liepen de meningen van de verschillende senaten van het BGH uiteen. De derde en later ook de achtste senaat van het BGH pasten de commercialiseringsgedachte zonder veel omhaal toe op gevallen waarin een benadeelde het genot van een woonhuis was misgelopen. Zo kreeg de eigenaar van een huis dat was gelegen naast een club voor in Duitsland gestationeerde Amerikaanse militairen schadevergoeding voor het gederfde woongenot dat door de geluidsoverlast van deze club werd veroorzaakt.²⁶ Deze senaten verwezen daarbij expliciet naar eerdere arresten waarin de commercialiseringsgedachte was aanvaard, met name ook naar de jurisprudentie over personenauto's.²⁷

De vijfde senaat van het BGH stelde zich daarentegen terughoudend op. Deze senaat overwoog dat het gederfde gebruiksgenot van een woning voor een benadeelde geen vermogensachteruitgang tot gevolg heeft. In zulke gevallen is om die reden geen sprake van vermogensschade, maar van immaterieel nadeel.²⁸ Een algemene aanvaarding van de commercialiseringsgedachte zou tot een uitdijning van het schadevergoedingsrecht leiden en § 253 BGB ondergraven.²⁹ De vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van een auto was hoofdzakelijk te rechtvaardigen vanwege specifieke billijkheidsoverwegingen en niet zozeer op grond van de commercialiseringsgedachte. Deze jurispruden-

25 BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260, p. 1261 (II.1). Zie in de literatuur: Hagen *JZ* 1983, p. 833-840.

26 BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020, p. 2021 (III).

27 BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020, p. 2021 (III) respectievelijk BGH 14 juni 1967, *NJW* 1967, 1803, p. 1803-1804 (II.6).

28 Zie met name: BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2038-2039 (VI.1).

29 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1630 (II.3.a.aa); BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775, p. 777 (II.c) en BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2040 (VI.3.b.bb).

tie kon daarom niet analoog worden toegepast op andere goederen, zoals woningen.³⁰

De vijfde senaat slaagde er in zijn eerste arresten nog in schadevergoeding voor gedeerd gebruiksgenot af te wijzen zonder tegen de nieuwe rechtsregel van de derde en de achtste senaat in te gaan. In zijn eerste twee arresten over gedeerd genot van een woning ging het om een aannemer die een nieuwe woning te laat had opgeleverd aan zijn kopers. Anders dan de eigenaren van een auto, waren de kopers nog geen eigenaar of bezitter van de woning op het moment dat ze het gebruiksgenot ervan misliepen. Dat rechtvaardigde een afwijzing van hun vorderingen, aldus de vijfde senaat.³¹ In een andere zaak had de woningeigenaar een gedeelte van zijn huis nog kunnen gebruiken tijdens de reparaties en kon de vijfde senaat de schadevergoedingsvordering om die reden afwijzen.³² Andere senaten trokken de overwegingen van de vijfde senaat – die hij wel *obiter dictum* steeds naar voren bracht – in twijfel.³³ Zo kregen de kopers van een ondergrondse garage schadevergoeding voor het gemiste gebruiksgenot ervan dat was ontstaan door een constructiefout van de aannemer.³⁴

Op den duur kon een confrontatie tussen de tegenstrijdige richtingen van de verschillende senaten niet uitblijven. Door een fout bij het afgraven van een helling op een aangrenzend perceel verzakte een woonhuis zodanig dat de gemeente het tijdelijk onbewoonbaar verklaart. Tijdens de herstelwerkzaamheden zijn de eigenaar en zijn echtgenoot gedwongen om in een camper naast hun verzakte huis te wonen. De eigenaar vordert onder meer schadevergoeding voor het tijdelijk gemiste genot van zijn woonhuis. De vijfde senaat zag zich genooddaakt om een prejudiciële vraag aan de grote senaat van het BGH te stellen, die in essentie op het volgende neerkwam: is het tijdelijk gedeerd genot van een woning vermogensschade? Zelf stelde de vijfde senaat voor deze vraag ontkennend te beantwoorden.³⁵

Goederen van centrale betekenis voor het levensonderhoud

De grote senaat zag daarentegen wel ruimte voor een algemener recht op schadevergoeding voor gedeerd gebruiksgenot. Naar zijn mening kan

‘[...] über die Fälle der Eigennutzung eines Kraftfahrzeugs hinaus jedenfalls bei Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung

30 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1630 (II.1) en 1631 (II.3.b.aa.). Zie ook: BGH, 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2040 (VI.3.b.aa.).

31 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1631 (II.3.c) en BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806-1807 (3).

32 BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775, p. 777 (II.c en II.d).

33 BGH 28 februari 1980, *NJW* 1980, 1386, p. 1386 (I en II) en BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427, p. 428 (2b).

34 BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427, p. 428 (2b).

35 BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037.

des Eigentümers derart angewiesen ist, wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus, der zeitweise Verlust ihrer Möglichkeit zum eigenen Gebrauch infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum bereits ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein'.³⁶

Met zijn beslissing breidde de grote senaat het recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot uit naar alle goederen waarvan de voortdurende beschikbaarheid essentieel is voor het dagelijkse levensonderhoud van de benadeelde, zoals auto's en woningen. De mobiliteit die een auto biedt, is in veel huishoudens van groot belang om het gezin 'draaiend te houden'. De auto is nodig om de kinderen naar school te brengen en om op tijd op het werk te verschijnen. Een woning is van vergelijkbaar belang voor het dagelijkse levensonderhoud. Anderzijds volgt uit de beslissing van de grote senaat ook een beperking: er bestaat geen recht op schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van goederen die *niet* van centrale betekenis zijn voor het levensonderhoud van de benadeelde.

Met deze overweging sloot de grote senaat zich aan bij een gedachte die reeds in eerdere arresten van het BGH besloten lag. Eén van de redenen om het missen van het gebruiksgenot van een auto als vermogensschade te kwalificeren was dat een auto niet louter comfort en plezier verschaft aan zijn eigenaar, maar vooral ook een middel is om tijd te besparen en snel ergens te komen zonder afhankelijk te zijn van het openbaar vervoer. Een auto is veelal nodig om in het levensonderhoud te voorzien.³⁷ Dat dit niet voor alle goederen geldt, schemerde al door in een arrest over een vrouw die enkele jaren het gebruiksgenot van een op maat gemaakte bontmantel moest missen, omdat door een fout van de verkopende kleermaker de mantel de vrouw niet goed paste. Volgens het BGH is het gebruiksgenot van een bontmantel immaterieel van aard. De vrouw voerde in feitelijke instanties namelijk aan dat ze de bontmantel had willen gebruiken om er chic uit te zien op feestjes. Het is bovendien ongebruikelijk om een bontmantel te huren, aldus het BGH. Het is een eigenaar van een bontmantel er immers om te doen 'nicht einen sondern seinen Pelzmantel [zu] tragen'.³⁸ Het gemiste gebruiksgenot van een privé-zwembad kwam om een vergelijkbare reden niet voor vergoeding in aanmerking. Anders dan een auto, vervult een privézwembad geen alledaagse behoeften van de benadeelde. Een zwembad is een 'liebhabelei' die vooral het immateriële levensgeluk verhoogt.³⁹ Bij zowel bontmantels als privézwembaden speelt in de overwegingen van het BGH ook mee dat er helemaal geen huurmarkt is voor het tijdelijke gebruiksgenot van zulke goederen. Dat versterkte het argument dat deze goederen niet gecommmercialiseerd zijn. Voor vakantie-

36 BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 51 (III).

37 BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542, p. 543 (II.2).

38 BGH 12 februari 1975, NJW 1975, 733, p. 734-735 (II.2.b).

39 BGH 28 februari 1980, NJW 1980, 1386, p. 1388 (II.2).

woonwagens en zeiljachten is zo'n markt er wel degelijk. Het BGH wees desalniettemin schadevergoedingsvorderingen voor het gedeeld gebruiksgenot van deze goederen eveneens af met het argument dat het hier niet ging om goederen die essentiële levensbehoeften bevredigen. Deze goederen vervullen 'Luxusbedürfnissen' en zien daarmee slechts op het vergroten van het immateriële levensgeluk van de benadeelde.⁴⁰

Deze beperking aan het recht op schadevergoeding voor gedeeld gebruiksgenot is volgens de grote senaat noodzakelijk om te voorkomen dat immateriële schade via een omweg toch voor vergoeding in aanmerking komt. Dat zou namelijk in strijd zijn met § 253 BGB. Bovendien zorgt de beperking ervoor dat rechters zuiver subjectief nadeel niet op geld hoeven te waarderen. Voor de waardebepaling van het gebruiksgenot van voor het levensonderhoud essentiële goederen, zoals auto's en huizen, zijn in de regel objectieve maatstaven voorhanden.⁴¹ De vraag of een goed van centrale betekenis is voor het dagelijkse levensonderhoud, moet de rechter aan de hand van de verkeersopvattingen bepalen.⁴²

Het door de grote senaat gemaakte onderscheid tussen voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen kan in de literatuur op de nodige kritiek rekenen. Het feit dat een rechter aan de hand van de verkeersopvattingen moet bepalen of een goed van centrale betekenis voor het dagelijkse levensonderhoud is of niet, leidt tot rechtsonzekerheid.⁴³ Dit criterium roept voor ieder goed immers de vraag op of het een luxeproduct is of niet.⁴⁴ Bovendien is het onderscheid tussen luxegoederen en 'alledaagse goederen' dogmatisch niet te rechtvaardigen. Medicus wijst erop dat voor andere vormen van vermogensschade geen onderscheid wordt gemaakt tussen alledaagse goederen en luxegoederen. Wanneer iemand onrechtmatig een zaak beschadigt, is hij aansprakelijk voor de reparatiekosten, ongeacht of het om een bescheiden gezinsauto of een peperduur zeiljacht gaat. Hij kan zich niet tegen aansprakelijkheid voor de reparatiekosten verweren met het argument dat hij 'slechts' een luxeproduct heeft beschadigd.⁴⁵ Vanuit de commercialiseringsgedachte kan dit onderscheid evenmin worden verklaard. Ook het gebruiksgenot van een luxeproduct kan namelijk een duidelijke economische waarde hebben. Waarom voor het tijdelijk missen van een zeiljacht *geen* schadevergoeding kan worden toegekend, maar voor het missen van een personenauto wel, is vanuit deze gedachte niet te verdedigen.⁴⁶ De beslissing van de grote senaat lijkt

40 Zie: BGH 15 december 1982, *NJW* 1983, 444, p. 445-446 (II.3 en II.4) en BGH 15 november 1983, *NJW* 1984, 724, p. 725 (III).

41 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 52-53 (III.4.a).

42 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 53 (III.4.b).

43 Hagen *JZ* 1983, p. 836, 840; Jahr *JZ* 1984, p. 574; Dunz *JZ* 1984, p. 1014; Schulte 1978, p. 50-53; Rauscher *NJW* 1986, p. 2014 en Fielenbach *NZV* 2013, p. 266-267.

44 Medicus 2000, p. 209-210.

45 Medicus *NJW* 1989, p. 1889-1890; Bitter *AcP* 2005, p. 744 en Fielenbach *NZV* 2013, p. 266-267.

46 In die zin: Dunz *JZ* 1984, p. 1013; Jahr *JZ* 1984, p. 574 en Würthwein 2001, p. 70.

vooral een door praktische overwegingen ingegeven compromis te zijn tussen de twee richtingen die in de rechtspraak van de verschillende senaten was ontstaan.⁴⁷

Desalniettemin handhaaft het BGH tot op heden het onderscheid tussen voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen.⁴⁸ Bovendien geldt een strenge maatstaf voor de toets of een goed naar verkeersopvattingen van centrale betekenis is voor het levensonderhoud.⁴⁹ Een camper is bijvoorbeeld geen voor het levensonderhoud essentieel goed, omdat deze hoofdzakelijk wordt gebruikt voor vakanties.⁵⁰ Een ADSL-aansluiting en een mobiele telefoon zijn wel van centrale betekenis voor het levensonderhoud. In het huidige maatschappelijke verkeer zijn beide goederen namelijk onmisbaar. Ze zijn nodig om afspraken te maken, goederen aan te schaffen en zelfs om belastingaangifte te doen.⁵¹ Een faxmachine is daarentegen wel een luxegoed, omdat faxen slechts verhoogde snelheid en extra gemak biedt ten opzichte van de reguliere post.⁵² Een motor vormt een voor het levenshoud essentieel goed, mits de motorrijder hem niet slechts hobbymatig gebruikt maar het zijn dagelijkse vervoermiddel is.⁵³ Ook in de lagere rechtspraak is voor uiteenlopende goederen – van fietsen tot privéjets en van televisies tot keukens – beslist of ze wel of geen luxeproducten zijn.⁵⁴

7.2.2.3 Onbruikbaarheid van het goed zelf

Een benadeelde heeft slechts recht op een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot als het goed *zelf* onbruikbaar is geworden door de fout van een ander. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer door een verkeersfout een auto beschadigd raakt en enkele dagen voor reparaties naar een garage moet. Het gederfde gebruiksgenot van deze auto is dan het gevolg van een beschadiging van het goed zelf. Als het gederfde gebruiksgenot daarentegen *niet* het gevolg is van de onbruikbaarheid van het goed zelf, maar de benadeelde om een andere reden het gebruiksgenot van een goed is misgelopen, heeft hij geen recht op een vergoeding.⁵⁵

47 Zwirlein *JuS* 2013, p. 489 en Pauly *MDR* 2014, p. 874.

48 BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1086 (II. 1) en BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1072-1073 (II.2.a).

49 BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1086 en BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1072-1073 (II.2.a).

50 BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1087 (II.2).

51 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073-1074 (II.2.b.bb en cc).

52 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073 (II.2.b.aa).

53 BGH 12 december 2011, *NZV* 2012, 223, p. 223 (II.2) betrof een hobbymatige motorrijder en BGH 23 januari 2018, *VerS* 2018, 490, p. 491-492 (II.2) een motorrijder die zijn motor gebruikte om naar zijn werk te gaan.

54 *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, *BGB* § 249, rl. 61-63.

55 Hagen *JZ* 1983, p. 834 en Würthwein 2001, p. 297-302.

Het geschil over een jager die ernstig gewond raakt bij een verkeersongeval, illustreert dit vereiste op een heldere wijze. In zijn vrije tijd jaagt het gewonde slachtoffer, maar door zijn verwondingen is hij daartoe een jaar lang niet in staat. Vlak voor het ongeval sloot hij voor negen jaar een pachtovereenkomst om in een groot gebied te mogen jagen. Hij vordert vervolgens schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van dit pachtrecht gedurende het jaar dat hij door zijn verwondingen niet kon jagen. Het BGH wijst zijn vordering af. Het Hof overweegt dat de gebruiksmogelijkheid van het goed zelf – het pachtrecht – niet op enigerlei wijze is aangetast door de onrechtmatige daad, maar dat de jager vanwege zijn letsel – zijn persoonlijke dispositie dus – niet in staat was het pachtrecht te gebruiken. Met andere woorden, objectief gezien kan het pachtrecht onverminderd en volledig worden benut. Het is voor de jager slechts in subjectieve zin onmogelijk om van het pachtrecht te genieten. Hij kan nog wel over het pachtrecht beschikken, bijvoorbeeld door iemand anders toestemming te geven om te jagen in het door hem gepachte gebied.⁵⁶ Dit vereiste van onbruikbaarheid van het goed zelf paste het BGH vervolgens ook toe in gevallen waarin de politie ten onrechte een rijbewijs van een automobilist had ingenomen vanwege vermeend rijden onder invloed. Ook in deze zaken wees het BGH een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van de auto af. De onrechtmatige gedraging van de politie had immers de gebruiksmogelijkheid van de auto zelf niet aangetast. De auto's waren, objectief gezien, nog net zo bruikbaar als toen hun eigenaren wel de beschikking over hun rijbewijs hadden.⁵⁷ Een deel van de literatuur voegde instemmend aan deze overweging toe dat de schade in zulke gevallen niet zozeer is gelegen in het derven van het gebruiksgenot van een goed, maar in de beperking van de persoonlijke vrijheid van het slachtoffer. Zo'n beperking van de persoonlijke vrijheid is geen vermogensschade maar zuiver immaterieel nadeel.⁵⁸

Een ander deel van de literatuur is juist kritisch over dit vereiste. Zowel de benadeelde met een beschadigde auto als de benadeelde wiens rijbewijs ten onrechte is ingenomen, kan zijn auto tijdelijk niet gebruiken. Beiden derven het gecommmercialiseerde gebruiksgenot van hun auto. Anders gezegd, ze kunnen beiden een tijdje niet de weg op met hun auto. Waarom zulk nadeel wel voor vergoeding in aanmerking komt als de oorsprong ervan ligt in de onbruikbaarheid van de auto zelf, maar niet als deze ligt in het ten onrechte innemen van een rijbewijs, laat zich niet rechtvaardigen.⁵⁹ Wanneer men aanvaardt dat gederfd gebruiksgenot vermogensschade is, moet het onder dezelfde voorwaarden voor vergoeding in aanmerking komen als alle andere

56 BGH 15 december 1970, *NJW* 1971, 796, p. 797 (3.a).

57 BGH 31 november 1974, *NJW* 1975, 347, p. 349 (IV) en BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341, p. 2342 (2).

58 Wiese 1964, p. 25-27; Mertens 1967, p. 151-153, 156-157; Grunsky 1968, p. 43-45; Tolk 1977, p. 35 en Würthwein 2001, p. 298-302.

59 Stoll *JZ* 1976, p. 282-283 en Schieman 1981, p. 54-61.

vermogensschade. Bij iedere andere vorm van vermogensschade, zoals gederfde winst, wordt geen onderscheid gemaakt tussen schade die het gevolg is van een aantasting van de gebruiksmogelijkheid van een goed zelf en schade die dat niet is. Het vereiste dat de gebruiksmogelijkheid zelf moet zijn aangetast, is daarmee een *Fremdkörper* in het Duitse schadevergoedingsrecht.⁶⁰

7.2.2.4 Voelbaarheid

De onbruikbaarheid van het goed zelf is noodzakelijk, maar nog niet voldoende om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot. Het is eveneens vereist dat de benadeelde het goed feitelijk wilde en kon gebruiken gedurende de tijd dat het onbruikbaar was. Het missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van het goed moet in het concrete geval wel door de benadeelde zijn 'gevoeld'. Hij moet er, met andere woorden, feitelijk last van hebben gehad.

Dit vereiste stelde het BGH al in zijn eerste arresten over personenauto's. Het Hof overwoog dat een benadeelde geen recht heeft op schadevergoeding voor het louter missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een auto. Een slachtoffer moet *Nutzungswillen* en *Nutzungsmöglichkeit* hebben gehad tijdens de reparaties. Het voelbaarheids criterium kan op twee verschillende wijze aan een recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot in de weg staan. Door dit vereiste heeft een benadeelde allereerst geen recht op schadevergoeding wanneer hij de beschadigde auto toch niet zou hebben gebruikt tijdens de reparaties, bijvoorbeeld omdat hij op vakantie was of omdat hij niet beschikt over een rijbewijs.⁶¹ Zelfs wanneer een benadeelde *door het ongeval zelf* geen gebruik kan maken van zijn auto, is niet aan het voelbaarheids criterium voldaan. Zo kreeg een automobilist die door het ongeval gedurende de reparatieduur van zijn auto bedlegerig was, geen schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot. Hij zou immers toch niet in staat zijn geweest zijn beschadigde auto te gebruiken.⁶² Aan het voelbaarheids criterium is daarnaast niet voldaan wanneer de benadeelde een tweede auto tot zijn beschikking heeft. Ook dan voelt hij de tijdelijke onbruikbaarheid van zijn beschadigde auto niet.⁶³

De grote senaat heeft dit voelbaarheids criterium vervolgens bevestigd. Het gederfde gebruiksgenot van goederen die van centrale betekenis voor het

60 Hagen JZ 1983, p. 836.

61 Zie: BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542 p. 544 (II.4) en BGH 15 april 1966, NJW 1966, 1260, p. 1261-1262 (II.3).

62 BGH 7 juni 1968, NJW 1968, 1778, p. 1779 (II.2). Ook aan het voelbaarheids criterium is voldaan wanneer de eigenaar van een goed er weliswaar zelf geen gebruik (meer) van maakt, maar zijn auto gewoonlijk ter beschikking stelt aan derden, zoals aan een verloofde (BGH 28 januari 1975, NJW 1975, 922) of een zoon (BGH 16 oktober 1973, NJW 1974, 33). Kritisch over deze lijn: Wiese 1964, p. 25. Positiever: Würthwein 2001, p. 296.

63 BGH 14 oktober 1975, NJW 1976, 286, p. 286 (II.1).

dagelijkse levensonderhoud zijn, komt alleen voor vergoeding in aanmerking, zo overweegt hij, '[...] sofern der Eigentümer die Sache in der Zeit ihres Ausfalls entsprechend genutzt hätte'.⁶⁴ Ook de grote senaat benadrukt dat een benadeelde geen schadevergoeding krijgt voor het louter tijdelijk missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed. De grote senaat maakt een vergelijking met het commerciële gebruik van goederen. Wanneer een benadeelde een tijdelijk onbruikbaar goed zou hebben ingezet om winst te maken, kan de aansprakelijke partij zich verweren met de stelling dat de benadeelde ook zonder de tijdelijke onbruikbaarheid van het goed helemaal geen winst zou hebben gerealiseerd. De aansprakelijke partij moet een vergelijkbaar verweer toekomen wanneer de benadeelde het tijdelijk onbruikbare goed in de privésfeer inzet.⁶⁵

Ook het voelbaarheidscriterium is in twijfel getrokken. Het schadevergoedingsrecht kent over het algemeen namelijk geen vereiste dat het slachtoffer de schade moet hebben 'gevoeld'.⁶⁶ Volgens Grunsky is het criterium dan ook onverdedigbaar. Ter illustratie maakt hij een vergelijking met zaakschade. Iemand die brand sticht in een vakantiehuisje, kan zich niet tegen zijn schadevergoedingsplicht voor de reparatiekosten verweren met het argument dat het vakantiehuisje toch al jaren leegstond en de eigenaar het huisje ook de komende jaren niet zou gebruiken. Het staat een eigenaar immers vrij om over zijn goederen te beschikken zoals hij dat zelf wil. Hoe een eigenaar zijn vakantiehuisje benut, gaat de aansprakelijke partij niets aan. Hetzelfde zou moeten gelden voor aantastingen van de gebruiksmogelijkheden van goederen.⁶⁷

De kritiek op het voelbaarheidscriterium en op het vereiste van onbruikbaarheid van het goed zelf raakt aan de onderliggende vraag wat nu precies de te vergoeden vermogensschade is in deze gevallen: het verlies van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een zaak – het verlies van de mogelijkheid om een auto te benutten, ongeacht of en hoe vaak de automobilist met zijn auto rijdt – of het concreet door de benadeelde ervaren gederfde gebruiksgenot – het tijdelijk missen van de dagelijkse comfortabele autorit naar het werk en de kinderopvang.⁶⁸ Zoals gezegd, ziet een deel van de literatuur het loutere missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed als de te vergoeden vermogensschade. Volgens deze interpretatie is het voelbaarheidscriterium niet te rechtvaardigen, omdat het een onverklaarbare additionele beperking oplegt, die het schadevergoedingsrecht in algemene zin vreemd is. Het vereiste van onbruikbaarheid van het goed zelf past wel bij deze interpretatie van de commercialiseringsgedachte. Volgens deze theorie is de

64 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 51 (III).

65 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 52 (III.2). Zie recenter: BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1087 (II.2) en BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073 (II.2.bb).

66 Zie ook: Hagen *JZ* 1983, p. 836 en Fielenbach *NZV* 2015, p. 272.

67 Grunsky 1968, p. 37. Zie ook: Bitter *AcP* 2005, p. 769-771.

68 Würthwein 2001, p. 73.

vermogensschade immers gelegen in de aantasting van de abstracte gebruiksmogelijkheid van het goed.⁶⁹ Een ander deel van de literatuur kwalificeert het concreet gemiste gebruiksgenot van een goed als de te vergoeden vermogensschade. Volgens deze interpretatie lijdt de benadeelde geen schade, wanneer weliswaar de gebruiksmogelijkheid van zijn goed door een fout tijdelijk is aangetast, maar hij toch niet van plan of in staat was het goed op enigerlei wijze te benutten. Voor aanhangers van deze interpretatie is het voelbaarheids criterium niet meer dan logisch. De benadeelde lijdt pas schade zodra hij concreet gebruiksgenot is misgelopen. Het voelbaarheids criterium geeft daar uitdrukking aan.⁷⁰ Dit deel van de literatuur loopt juist te hoop tegen het vereiste dat het goed zelf onbruikbaar moet zijn. Als het concreet gederfde gebruiksgenot de te vergoeden vermogensschade is, zou het vervolgens niet moeten uitmaken of zulk gederfd genot het gevolg is van de onbruikbaarheid van het goed zelf of niet.⁷¹

7.2.2.5 Gedeeltelijk derven van het gebruiksgenot

Een aan het voelbaarheids criterium gerelateerde vraag is of een benadeelde ook recht heeft op een vergoeding wanneer hij het gebruiksgenot van een goed slechts gedeeltelijk is misgelopen door de fout van een ander. In sommige gevallen is namelijk een goed ondanks de fout nog gedeeltelijk bruikbaar voor de benadeelde. In andere gevallen staat de benadeelde een vervangend goed ter beschikking dat minder gebruiksgenot verschaft dan het tijdelijk onbruikbare goed.

De lijn van het BGH was lange tijd niet eenduidig. Zo oordeelde het BGH dat een eigenaar die gedurende een reparatie van zijn beschadigde auto een vervangende auto uit een goedkopere klasse huurde, geen recht had op een vergoeding voor het mindere comfort dat deze kleinere huurauto bood ten opzichte van zijn beschadigde auto.⁷² Een andere eigenaar kon aantonen dat het gebruik van een auto uit een duurdere klasse (Mercedes) meer was dan een 'liefhebberij' en onmisbaar was in zijn dagelijkse leven. Hij kreeg wel een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van zijn Mercedes, hoewel hem een kleinere, mindere snelle auto (een Opel) ter beschikking stond.⁷³ Ook

69 Recent verdedigde Bitter *AcP* 2005, p. 766-775 nog dat het missen van de gebruiksmogelijkheid van een goed zelf, ongeacht of en hoe de benadeelde het goed zou hebben benut, als schade zou moeten worden gezien. Zie ook: Mertens 1967, p. 151-153, 156-157.

70 Wiese 1964, p. 24-25; Schiemann *JuS* 1988, p. 22-23 en Würthwein 2001, p. 292-296. Als men het gemiste gebruiksgenot als schadepost ziet, heeft men het voelbaarheids criterium strikt genomen niet nodig. Dat iemand het missen van de gebruiksmogelijkheid van een goed 'gevoeld' moet hebben, ligt immers al in de schadepost zelf besloten. Volgens Fielenbach *NZV* 2015, p. 272 is het criterium dan ook verwarrend en overbodig.

71 Zie hierboven voetnoot 59 en 60. Anders: Würthwein 2001, p. 297-302.

72 BGH 2 december 1966, *NJW* 1967, 552, p. 553 (II).

73 BGH 17 maart 1970, *NJW* 1970, 1120, p. 1120-1122 (II).

bij gederfd woongenot liepen de oordelen van het BGH lange tijd uiteen. De woningeigenaar die geluidsoverlast van een nabijgelegen nachtclub ondervond, kreeg van de derde senaat schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot toegekend, hoewel hij gewoon in zijn huis was blijven wonen en het genot van zijn woning dus slechts gedeeltelijk misliep.⁷⁴ De vijfde senaat van het BGH kwam in een vergelijkbaar geval tot een tegenovergesteld oordeel. Bij de bouw van een brug maakt een onderaannemer iets te fanatiek gebruik van springstof, waardoor scheuren ontstaan in een huis, met als gevolg dat deze woning deels onbewoonbaar wordt. In het andere deel van het huis kan de eigenaar echter gewoon blijven wonen en hij behelpt zich daar door in het souterrain een tijdelijk slaapvertrek voor zichzelf in te richten. De vijfde senaat overwoog dat hierdoor niet aan het voelbaarheids criterium was voldaan. De eigenaar kon immers gewoon – zij het in verminderde mate – van het huis gebruik blijven maken.⁷⁵

Grunsky vroeg zich destijds al af waarom een benadeelde met verminderd gebruiksgenot genoeg zou moeten nemen. De benadeelde heeft immers recht op het volledige gebruiksgenot van zijn goed. Hij ziet een parallel met zaak-schade. De vandaal die een Mercedes in brand steekt, kan niet volstaan met een vergoeding van een geldbedrag waarmee de benadeelde een Opel kan kopen, met het argument dat de benadeelde met een goedkopere auto óók kan autorijden.⁷⁶ In recentere jurisprudentie lijkt het BGH meer ruimte te bieden om schadevergoeding toe te kennen voor het verminderde gebruiksgenot van een goed. Alleen wanneer de benadeelde 'iets vergelijkbaars aan de beschadigde zaak' ter beschikking staat, wijst het Hof schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot af.⁷⁷ De koper van een huis kreeg schadevergoeding toegekend voor het gederfd gebruiksgenot van een nieuw gekochte maar te laat opgeleverde woning, hoewel hij in de periode dat levering uitbleef een andere, maar kleinere woning tot zijn beschikking had. Aangezien deze woning aanzienlijk kleiner was dan de niet-geleverde woning, stond de koper geen vergelijkbare woonruimte ter beschikking, aldus het BGH. Het enkele feit dat deze woning 'toereikend' was voor zijn gezin, deed aan zijn recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot niets af.⁷⁸

74 BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020, p. 2021 (III).

75 BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775, p. 777 (II.2.c). Het Hof weet deze zaak te onderscheiden van de bovengenoemde zaak door te wijzen dat het daar ging om een toepassing van § 906 BGB en niet het schadevergoedingsrecht in het algemeen. Zie eerder al: BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1631 (3.b.bb).

76 Grunsky 1968, p. 45-46.

77 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073-1074 (II.2.b.bb en cc) en BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1375-1376 (II.4).

78 BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1375-1376 (II.4). Zie ook: Pauly *MDR* 2014, p. 875.

7.2.2.6 Toepasselijkheid in het contractenrecht

Het recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot vindt zijn oorsprong in gevallen waarin een goed beschadigd raakt als gevolg van een onrechtmatige daad. Vrijwel meteen kenden rechters zulke vergoedingen ook toe in gevallen waarin het gederfde gebruiksgenot van een goed het gevolg was van een wanprestatie. Zo zag het BGH geen belemmering om bij een tekortkoming in de nakoming van een aannemingsovereenkomst schadevergoeding toe te kennen voor het gemiste gebruiksgenot van een ondergrondse garage, die door ernstige constructiefouten lange tijd onbruikbaar was.⁷⁹

In het geschil dat bij de grote senaat voorlag, was de derving van het gebruiksgenot van de verzakte woning het gevolg van een onrechtmatige daad. De grote senaat spitst zijn oordeel weliswaar toe op gevallen waarin het gederfde gebruiksgenot het gevolg is van een onrechtmatige daad, maar sluit in zijn overwegingen niet uit dat ook bij een wanprestatie gederfd gebruiksgenot voor vergoeding in aanmerking kan komen.⁸⁰ In latere jurisprudentie heeft het BGH vervolgens aanvaard dat ook bij wanprestatie schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot kan worden toegekend, bijvoorbeeld wanneer een internetprovider zijn contractuele verplichtingen jegens zijn klant gedurende een bepaalde periode niet nakomt, waardoor de klant tijdelijk verstoken is van een internetverbinding.⁸¹ In een recent arrest laat het BGH er geen misverstand over bestaan:

‘Diese für eine deliktische Haftung entwickelten Grundsätze des Großen Senats für Zivilsachen hat der BGH auf die Vertragshaftung übertragen.’⁸²

Op een ander punt was de rechtspraak van het BGH daarentegen lange tijd minder eenduidig. In gevallen waarin een aannemer een huis te laat opleverde, oordeelde de vijfde senaat van het BGH tweemaal dat geen recht bestond op een vergoeding voor gederfd woongenot. Deze senaat stelde voorop dat een koper van een huis tijdens het verzuim nog geen eigenaar van het huis is. Het recht op een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot vindt nu juist zijn grondslag in het eigendomsrecht, aldus de vijfde senaat. Een koper die een huis te laat krijgt opgeleverd, heeft daarom geen recht op een vergoeding voor zijn gederfde gebruiksgenot van deze woning.⁸³ Deze beperking zou ertoe leiden

79 BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427, p. 428 (2). Zie eerder: BGH 28 februari 1980, *NJW* 1980, 1386, p.1388 (II.2).

80 Twijfelend nog de vijfde senaat in BGH 31 oktober 1986, *NJW* 1987, 771, p. 772 (II.a.4). Zie ook: Schiemann *JuS* 1988, p. 25.

81 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072. Zie eerder de vijfde senaat (!): 21 februari 1992, *NJW* 1992, 1500, p. 1500 (II).

82 BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1374 (II.2).

83 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1631 (3.c) en BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806 (3).

dat juist bij wanprestatie een benadeelde veelal geen recht heeft op schadevergoeding voor zijn gederfde gebruiksgenot. Binnen een contractuele verhouding is de benadeelde immers veelal niet op grond van een eigendomsrecht gerechtigd tot het gebruiksgenot van een goed. Zo hebben teleurgestelde huurders slechts een contractueel recht op het gebruiksgenot en hebben kopers slechts een contractueel recht op het verkrijgen van de eigendom (en daarmee het gebruiksrecht) van het goed.

Andere senaten uitten hun twijfels over deze beperking.⁸⁴ Na het arrest van de grote senaat ontstond er gaandeweg consensus dat niet alleen eigenaren of bezitters, maar ook benadeelden die op grond van een overeenkomst gerechtigd zijn tot het gebruik van een goed, recht hebben op schadevergoeding voor hun gederfde gebruiksgenot.⁸⁵ Op grond van een echtscheidingsconvenant mocht een man samen met zijn kinderen de schoolvakanties doorbrengen in het Zwitserse vakantiehuisje van zijn ex-vrouw. In strijd met deze overeenkomst weigerde de vrouw haar ex-man toegang tot het huisje te geven. Het BGH zag in het feit dat de aanspraak op het gebruiksgenot uit een overeenkomst voortvloeit – en niet uit de eigendom of het bezit van het huisje – geen goede reden om een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot af te wijzen.⁸⁶ In 2014 rekent het BGH vervolgens definitief af met de gedachte dat bij te late oplevering van een huis geen recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot bestaat, omdat de koper nog geen bezitter of eigenaar is. Zelfs als de koper het huis uiteindelijk nooit in bezit of eigendom verkrijgt – hij heeft bijvoorbeeld de koopovereenkomst ontbonden en een ander huis gekocht – heeft hij recht op schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot voor de tijd dat de aannemer in strijd met zijn contractuele verplichtingen het huis niet aan hem heeft opgeleverd.⁸⁷

7.2.3 Begroting

In het Duitse recht hebben lagere rechters grote vrijheid om schade naar eigen inzicht te begroten.⁸⁸ Desalniettemin heeft het BGH aanwijzingen geven hoe lagere rechters het gederfde gebruiksgenot dienen te begroten. De grote senaat zette met name uiteen hoe het *niet* moet. Zo is de waarde van het gebruiksgenot niet gelijk aan de prijs die de benadeelde zou moeten betalen om op de markt een vervangende zaak te huren. Hij heeft immers geen kosten gemaakt om een vervangende zaak te huren. De prijs waarvoor de benadeelde

84 BGH 12 februari 1975, *NJW* 1975, 733, p. 734 (II.1) en later: BGH 14 juli 1982, *NJW* 1982, 2304 (over de teruggaveplicht van een personenauto).

85 Zie niet in de laatste plaats de vijfde senaat in BGH 21 februari 1992, *NJW* 1992, 1500, p. 1500 (2).

86 BGH 16 september 1987, *NJW* 1988, 251, p. 252-253 (2).

87 BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1374-1375 (II.3). Zie ook: Pauly *MDR* 2014, p. 875.

88 BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692, p. 1693 (I.2).

bereid zou zijn geweest het gebruik van zijn goed tijdelijk ter beschikking te stellen aan een derde vormt om een vergelijkbare reden geen geschikte maatstaf. De benadeelde was immers niet voornemens het goed te verhuren.⁸⁹

Het probleem van beide methoden is volgens het BGH dat een deel van de huurprijs bestaat uit nettowinst. Zulke nettowinst heeft niets te maken met de waarde van het gebruiksgenot van een goed, maar dient enkel om de vermogenspositie van de verhuurder te verbeteren. Een rechter kan de begroting van het gedeelde gebruiksgenot baseren op de gebruikelijke huurprijs van een goed, maar zal dit bedrag vervolgens moeten *bereinigen* van ondernemingswinst.⁹⁰ In de praktijk komt dat meestal neer op een korting van enkele tientallen procenten.⁹¹ Een alternatieve begrotingswijze van het gedeelde gebruiksgenot is gebaseerd op de vaste kosten die noodzakelijk zijn om het goed te verkrijgen en te behouden, zoals afschrijvingen, belastingen en verzekeringen.⁹² Aan de hand van zulke vaste lasten kan immers worden bepaald wat het gebruiksgenot van een goed een gemiddelde gebruiker ongeveer kost en daarmee wat de economische waarde ervan is. Ook deze begrotingswijze kan op de goedkeuring van de grote senaat rekenen. Het staat de rechter bovendien vrij om deze vaste kosten met een percentage op te slaan. Deze opslag is gerechtvaardigd omdat een deel van de vaste lasten zich lastig laat vaststellen.⁹³ De toelaatbaarheid van beide methoden is meermaals bevestigd door het BGH.⁹⁴

7.3 DE FRUSTRATIELEER

7.3.1 De tevergeefs gemaakte kosten aan de cruise als vermogensschade

De commercialiseringsgedachte is dus allerminst onomstreden. De overweging van het BGH in de *Seereise-fall* waarop de commercialiseringsgedachte grotendeels berust, is bovendien ambigu. De overweging kan namelijk ook anders worden uitgelegd. Het BGH overwoog namelijk niet alleen dat het genot van een zeereis tegen betaling *kan* worden verkregen, maar 'hier tatsächlich erkaufte worden ist'. Het echtpaar had een reissom betaald voor de cruise. Door de fout van de douanebeambte was deze uitgave deels tevergeefs. Een alternatieve interpretatie van de overweging is dan ook dat de vermogensschade niet is

⁸⁹ BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 54 (IV).

⁹⁰ BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 54 (IV). Bij auto's begrooten rechters schade reeds op deze manier, zie bijvoorbeeld: BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542, p. 545 (II.5).

⁹¹ *MiKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 249, rl. 79.

⁹² Zie bijvoorbeeld eerder al bij een personenauto: BGH 18 mei 1971, NJW 1971, 1692, p. 1694 (I.2.b).

⁹³ BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 54 (IV).

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: BGH 16 september 1987, NJW 1988, 251, p. 253-254 (3) en BGH 24 januari 2013, NJW 2013, 1072, p. 1074 (II.3).

gelegen in het gemiste plezier van de cruise, maar in de door de fout gefrustreerde uitgaven aan de zeereis.⁹⁵ De frustratieleer verlegt zo de blik van het gemiste onstoffelijke voordeel naar de tevergeefs gedane uitgaven. Door de tevergeefs gemaakte kosten als de te vergoeden vermogensschade te kwalificeren, voortkomt deze theorie, volgens voorstanders, dat schade die eigenlijk immaterieel van aard is, zoals gederfd reisgenot, op gekunstelde wijze wordt gekwalificeerd als vermogensschade. Anders dan de commercialiseringsgedachte respecteert de frustratieleer daarmee het onderscheid tussen vermogensschade en immaterieel nadeel en zo ook § 253 BGB. Bovendien zijn eventuele tevergeefs gemaakte kosten concreet en objectief te bepalen, waardoor de schade veel eenvoudiger te berekenen is.⁹⁶

Maar ook de frustratieleer is omstreden in de Duitse literatuur. Zo ontbreekt volgens tegenstanders van deze leer causaliteit tussen de gedane uitgaven en de fout. De echtgenoten hebben de reissom voor de cruise vrijwillig voldaan aan het reisbureau. Deze uitgave is niet veroorzaakt door de fout van de douanebeambte. De reissom zou immers ook zijn betaald in het hypothetische geval dat de echtgenoten wel beschikking zouden hebben gehad over hun bagage. Löwe biedt dit causaliteitsprobleem het hoofd door simpelweg te pleiten voor een billijkheidsuitzondering op het causaliteitsvereiste voor zulke tevergeefs gemaakte kosten.⁹⁷ Larenz bepleit daarentegen dat zo'n billijkheidsuitzondering helemaal niet nodig is. Hoewel de uitgaven zelf niet zijn veroorzaakt door de wanprestatie of de onrechtmatige daad, is er naar zijn mening wel causaal verband tussen de fout en 'de vergeefsheid' van deze uitgaven. Zonder de fout zouden de uitgaven immers een onstoffelijk voordeel hebben opgeleverd en juist als gevolg van de fout loopt de benadeelde dit voordeel mis en blijken de gedane uitgaven tevergeefs te zijn. De uitgaven zelf zijn weliswaar vrijwillig gedaan door de benadeelde, maar dat ze tevergeefs zijn geworden, was uiteraard niet zijn bedoeling. Het echtpaar wilde geen tevergeefse, maar een zinvolle uitgave doen. Dit onvrijwillige karakter van de *tevergeefs* gemaakte kosten rechtvaardigt het om zulke uitgaven gelijk te stellen aan schade en – naar analogie – voor vergoeding in aanmerking te laten komen.⁹⁸

Een andere bedenking bij de frustratieleer is dat aanvaarding ervan zou leiden tot een aanzienlijke uitdijning van de schadevergoedingsplicht van aansprakelijke partijen. Een veelgebruikt voorbeeld is het slachtoffer dat door de fout van een ander in het ziekenhuis belandt. Tal van kosten die hij tijdens zijn ziekenhuisverblijf maakt, zijn tevergeefs, zoals de huur van zijn woning,

95 Tolk 1977, p. 38.

96 Löwe *VerS* 1964, p. 310-312. Zie ook: Böhmer *MDR* 1964, p. 454.

97 Löwe *VerS* 1963, p. 310-311.

98 Larenz *VerS* 1963, p. 312-313 en Larenz 1969, p. 161. In vergelijkbare zin: Mertens 1967, p. 159. Kritisch: Zeuner *AcP* 1963, p. 392-394 en Tolk 1977, p. 109-111, die zich op het standpunt stellen dat in wezen het niet bereiken van het onstoffelijke voordeel onvrijwillig is.

de kosten voor zijn auto en zijn lidmaatschap van een sportclub. In deze periode verkrijgt hij immers het nagestreefde onstoffelijke voordeel van deze goederen en diensten niet, terwijl hij wel uitgaven heeft gedaan om deze voordelen te verkrijgen.⁹⁹ Om de uitdijning binnen de perken te houden, is door sommige voorstanders van de frustratieleer bepleit om het recht op schadevergoeding te beperken tot gevallen waarin de benadeelde met zijn uitgaven een 'concreet levensdoel' heeft nagestreefd en hij zijn gedane uitgaven uitsluitend voor het bereiken van dit concrete levensdoel heeft ingezet. Een voorbeeld van zulke uitgaven zijn de kosten van een vliegticket en een hotel voor een korte vakantie naar Napels. Wanneer de benadeelde door het opgelopen letsel niet op vakantie kan, verwezenlijkt hij een concreet levensdoel niet: Napels zien. Bovendien kan hij de uitgaven voor het vliegticket en de hotelovernachting niet op een andere wijze zinvol inzetten. Ze zijn daarmee onomkeerbaar tevergeefs geworden. Met algemene uitgaven voor levensonderhoud, zoals de aflossing van een hypotheek en de vaste lasten van een auto, streeft een benadeelde geen concreet levensdoel na, maar bevordert hij zijn welzijn in algemene zin. Zulke uitgaven zijn, volgens deze auteurs, niet tevergeefs geweest wanneer de benadeelde tijdelijk geen gebruik kan maken van zijn woning of auto. Aangezien deze kosten niet een concreet levensdoel dienen, kan de benadeelde nog op een andere wijze zinvol over deze zaken beschikken wanneer hij ze zelf vanwege het opgelopen letsel niet kan gebruiken, bijvoorbeeld door ze uit te lenen aan een vriend.¹⁰⁰ Tegenstanders van deze ingeperkte frustratieleer werpen tegen dat het onderscheid tussen uitgaven aan 'concrete levensdoelen' en voor 'het dagelijkse levensonderhoud' te onduidelijk is en daarmee in de praktijk onwerkbaar zou zijn.¹⁰¹ Het vergoeden van tevergeefs gemaakte kosten leidt verder tot moeilijk te rechtvaardigen verschillen tussen op het oog zeer vergelijkbare gevallen. Een benadeelde die voor een concert zelf een kaartje koopt, zou recht hebben op een vergoeding, terwijl de benadeelde die het concertkaartje cadeau krijgt van zijn ouders geen aanspraak zou hebben, simpelweg omdat hij geen kosten heeft gemaakt voor het concert.¹⁰²

Mede vanwege deze weerstand in de literatuur is de frustratieleer door het BGH jarenlang resoluut van de hand gewezen. Dat deed het Hof allereerst in gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheid, bijvoorbeeld in het geval van de jager die door een verkeersongeval tevergeefs geld had uitgegeven aan een pachtrecht voor een jachtgebied en in het geval van de automobilist die door een onterechte inbeslagname van zijn rijbewijs tevergeefs kosten had

99 Zeuner *AcP* 1963, p. 393-394; Stoll *JZ* 1971, p. 593 en Küppers 1976, p. 35-36.

100 Mertens 1967, p. 160. Zie ook: Larenz 1969, p. 162-164.

101 Küppers 1976, p. 34.

102 Wiese 1964, p. 28 en Küppers 1976, p. 34-35.

gemaakt voor zijn auto.¹⁰³ Enkele jaren later wees het BGH ook voor het contractenrecht de frustratieleer van de hand. Op 15 maart 1984 verhuurde een gemeente het auditorium van haar gemeentehuis aan een politieke vereniging, die daar een kleine maand later een lezing wilde organiseren. Dat veroorzaakte ophef in de gemeenteraad, omdat deze vereniging rechtsextremistisch bleek te zijn. De vereniging propageerde openlijk het nationaalsocialisme en de door haar georganiseerde lezing had als onderwerp de hooggeplaatste nazi-politicus Rudolf Hess. Naar aanleiding van deze ophef zei de gemeente de huurovereenkomst op. Volgens het BGH rechtvaardigde de ontstane ophef de opzegging door de gemeente niet. Als gevolg van de wanprestatie moest de vereniging haar lezing afzeggen. Zij vorderde in een civiele procedure schadevergoeding, hoofdzakelijk voor enkele tevergeefs gemaakte kosten aan deze lezing, zoals reclamekosten, een reeds betaald homarium voor de spreker en zijn reiskosten. Het BGH wees deze vordering af. De politieke partij maakte de kosten immers vrijwillig en de uitgaven waren niet het gevolg van de wanprestatie van de gemeente. Causaal verband ontbrak dus volgens het Hof.¹⁰⁴ In eerdere arresten had het BGH bovendien bij de afwijzing van de frustratieleer overwogen dat aanvaarding ervan zou leiden tot een te grote uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht en tot een uitholling van § 253 BGB.¹⁰⁵

Tevergeefs gemaakte kosten spelen wel sinds het begin van de twintigste eeuw een belangrijke rol in een ander leerstuk van het Duitse schadevergoedingsrecht, namelijk het zogenoemde rentabiliteitsvermoeden. Maar ook dat leerstuk biedt geen bescherming aan benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

7.3.2 Het rentabiliteitsvermoeden

Vóór de modernisering van het Duitse verbintenissenrecht kleeft aan het recht van ontbinding een groot nadeel. Het was niet mogelijk om de ontbinding van een overeenkomst te combineren met een vordering tot schadevergoeding voor de schade die als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van deze overeenkomst was ontstaan. Een benadeelde kon niet én de overeenkomst ontbinden én schadevergoeding vorderen voor zijn positieve contractsbelang.

103 BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 796 en BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341. Zie met betrekking tot woningen ook: BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805 en BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2042 (VI.3.c).

104 BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834-835 (III.2.a.cc). Ook wijst het BGH het recht voor het slachtoffer om te kiezen voor een vergoeding van vertrouwensschade van de hand (II.2.a.dd). Zie eerder al met betrekking tot het contractenrecht: BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806 (3).

105 Het gevaar van uitdijning: BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 796, p. 798 (4) en BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341, p. 2342 (2). Het gevaar van uitholling: BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2042 (VI.3.c).

Een benadeelde die als gevolg van een wanprestatie aanzienlijke schade leed, zag daarom meestal af van een ontbinding en vorderde uitsluitend schadevergoeding.¹⁰⁶

De benadeelde moest dan wel kunnen bewijzen dat hij schade had geleden als gevolg van de wanprestatie. Dat kan voor een benadeelde een lastige opgave zijn. Al aan het begin van de twintigste eeuw kwam het *Reichsgericht* benadeelde kopers daarom in de bewijslast van hun schade tegemoet. Het Hof nam aan dat de geleden schade van een benadeelde koper ten minste gelijk was aan de reeds betaalde koopprijs voor het aangeschafte goed. De reeds voldane koopprijs vormde zo de 'erster handgreiflicher Schaden' of 'Mindestschaden' bij de schadeberekening. Het *Reichsgericht* benadrukte dat de koopprijs slechts diende als een rekenmiddel om de geleden schade te begroten. Het ging dus niet, zoals bij een ontbinding van de overeenkomst, om een terugbetalingsplicht van de koopprijs.¹⁰⁷ De koopprijs zelf was namelijk geen schadepost voor de benadeelde koper, aangezien hij deze ook bij correcte nakoming door de verkoper zou hebben betaald.¹⁰⁸ De facto verzekerde het BGH zo dat de benadeelde koper wel op zijn minst 'zijn geld terugkreeg' wanneer hij schadevergoeding vorderde in plaats van ontbinding.

In deze eerste zaken nam het *Reichsgericht* aan dat de schade ten minste gelijk was aan de vooruitbetaalde koopsom. Het betrof dus steeds het geldbedrag dat de koper had voldaan aan de wanpresterende verkoper zelf. Een koper zal soms ook bij derden kosten maken om een gekocht goed te verkrijgen, bijvoorbeeld notariskosten of overdrachtsbelasting. Dat riep de vraag op of zulke uitgaven aan derden ook als 'Mindestschaden' hebben te gelden. Het *Reichsgericht* oordeelde van wel. Het idee dat de schade ten minste gelijk is aan de betaalde koopprijs en eventuele andere kosten om het gekochte goed te verkrijgen, is gegrond op de gedachte dat contractspartijen die economisch efficiënt handelen, er naar streven dat de wederzijdse prestaties waartoe een overeenkomst verplicht, een gelijke economische waarde hebben.¹⁰⁹ Alle kosten om een prestatie te verkrijgen worden, zo is de gedachte, terugverdiend met de tegenprestatie van de wederpartij.¹¹⁰ Het vermoeden is dus dat partijen met een overeenkomst iets uitruilen van een gelijke economische waarde. Het *Reichsgericht* gaf de wanpresterende contractspartij wel het recht om dit vermoeden te weerleggen door te bewijzen dat de gemaakte kosten de waarde van haar tegenprestatie overtroffen.

106 Faust 2002, p. 163.

107 Zie over deze eerste zaken: Müller-Laube *JZ* 1995, p. 439 met verdere verwijzingen.

108 Zie ook: Stoll 1977, p. 642.

109 RG 19 februari 1930, *RGZ* 127, p. 248-250.

110 BGH 21 maart 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806-1807 (3); BGH 12 december *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.aa); BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278 (II.2) en BGH 22 oktober 1999, *NJW* 2000, 506, p. 508 (III.1).

Na de Tweede Wereldoorlog hield het BGH vast aan dit rentabiliteitsvermoeden.¹¹¹ Aan de achterliggende gedachte van het vermoeden dat in een overeenkomst de prestaties en de tegenprestaties een gelijke economische waarde hebben, verbond het BGH vervolgens enkele consequenties ten aanzien van het toepassingsbereik van dit leerstuk. Zo vindt het rentabiliteitsvermoeden slechts toepassing bij wederkerige overeenkomsten, zoals koop en huur.¹¹² Bovendien overwoog het BGH dat het rentabiliteitsvermoeden niet zo algemeen is dat wordt vermoed dat alle uitgaven die een benadeelde doet met als doel winst te realiseren, zouden zijn terugverdiend bij de nakoming van de overeenkomst:

‘Eine allgemeine Vermutung, eine Beteiligung am Wirtschaftsverkehr werden rentieren, besteht nicht.’¹¹³

Wat de grenzen van het toepassingsbereik van het rentabiliteitsvermoeden zijn, blijkt goed uit een zaak over een echtpaar dat een bebouwd perceel had gekocht met het plan om daarop een discotheek te openen. De verkopers garandeerden dat het echtpaar een vergunning van de gemeente zou krijgen om op het verkochte perceel een discotheek te exploiteren. Dat bleek niet zo te zijn. De gedupeerde echtgenoten vorderden schadevergoeding voor gederfde winst, die zij, met een beroep op het rentabiliteitsvermoeden, stelden op alle tevergeefs gemaakte kosten voor de discotheek. Het BGH maakt in zijn beslissing vervolgens onderscheid tussen twee groepen van tevergeefs gemaakte kosten. Allereerst had het echtpaar kosten gemaakt om de tegenprestatie – het bebouwde perceel – te *verkrijgen*, zoals aan het passeren van een notariële akte en aan een inschrijving in het kadaster. Daarnaast had het echtpaar enkele kosten gemaakt die niet noodzakelijk waren om het perceel te verkrijgen, maar wel ‘in notwendigem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung’ stonden, zoals aan grondbelastingen, aan landmetingen en aan premies voor een brandverzekering. Voor al zulke kosten geldt het vermoeden dat zij door de tegenprestatie zouden zijn terugverdiend.¹¹⁴ Deze eerste groep kosten onderscheidt het BGH van uitgaven die niet zien op het verkrijgen van de tegenprestatie of daar noodzakelijk mee samenhangen, maar die zien op het verdere gebruik van de tegenprestatie in het economische verkeer. Voor zulke tevergeefs gemaakte kosten geldt geen rentabiliteitsvermoeden. Zij hebben immers niets meer te maken met de aanname dat de prestatie en de tegenprestatie een gelijke economische waarde hebben. Voor de uitgaven die het echtpaar deed aan een verbouwing gold daarom geen rentabiliteitsvermoeden.

111 Zie over de ontwikkeling van dit leerstuk in de jurisprudentie: Müller-Laube *JZ* 1995, p. 439-440; Weitemeyer *AcP* 2005, p. 279-281 en Meier & Jocham *JuS* 2018, p. 1168-1173.

112 BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 442, p. 443-444 (II.2.c).

113 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278-2279 (II.5a). Zie ook: BGH 22 oktober 1999, *NJW* 2000, 506, p. 508 (III.1).

114 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278 (II.3a).

den, omdat zulke uitgaven zien op de economische inzet van het geleverde perceel en niet op de verkrijging ervan.¹¹⁵ Dit beperkte toepassingsbereik van het vermoeden heeft ook gevolgen voor de wanpresterende partij die het bewijsvermoeden wil te weerleggen. Zij kan zich er niet op beroepen dat het voorgenomen economische gebruik van haar tegenprestatie – in dit geval, het exploiteren het verkochte perceel als discotheek – verliesgevend zou zijn geweest. Het bewijzen van zulke verliezen ontkracht namelijk niet het bewijsvermoeden dat de prestatie en de tegenprestatie een gelijke economische waarde hebben.¹¹⁶

Verder benadrukte het BGH dat het rentabiliteitsvermoeden slechts een bewijsregel is en geen materieel recht geeft op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten.¹¹⁷ Het rentabiliteitsvermoeden verlegt slechts een deel van de bewijslast van de gederfde winst naar de wanpresterende contractspartij. Tevergeefs gemaakte kosten dienen als een rekenmiddel om tot een vermoeden te komen wat de gederfde winst van de benadeelde ten minste zou zijn geweest. Die gederfde winst vormt dan ook de schade, overweegt het BGH.¹¹⁸

‘Im Verlust dieser Kompensationsmöglichkeit, nicht in den Aufwendungen als solchen liegt hier – genau genommen – der Nichterfüllungsschaden.’

Uit het bewijsrechtelijke karakter van het leerstuk volgt een andere beperking aan de reikwijdte van het rentabiliteitsvermoeden. Het vermoeden vindt geen toepassing wanneer de benadeelde een onstoffelijk voordeel nastreeft met de overeenkomst. Ook dat bleek uit het arrest van het BGH over de nationaalsocialistische vereniging. De vereniging deed namelijk ook een beroep op het rentabiliteitsvermoeden. Het BGH overweegt:¹¹⁹

‘Im vorliegenden Falle ist aber für die Anwendung dieser Grundsätze kein Raum, weil die Kläger mit der Nutzung der Stadthalle bzw. mit der geplanten Veranstaltung einen ideellen Zweck verfolgte und sie die dafür aufgewendeten Kosten auch bei Durchführung des Mietvertrages nicht wieder hereinbekommen hätte.’

Het rentabiliteitsvermoeden beperkt zich dus tot de gevallen waarin de benadeelde een economisch voordeel nastreeft met de overeenkomst. Wanneer een onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd – zoals het verspreiden van een politiek gedachtegoed – faalt het beroep op het rentabiliteitsvermoeden om de simpele

115 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278-2279 (II.5a).

116 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278 (II.3b).

117 BGH 21 maart 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806-1807 (3) en BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.a.aa). Zie ook: Faust 2002, 159.

118 BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.a.aa).

119 BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.a.bb).

reden dat uit de aard van het nagestreefde voordeel al volgt dat de gedane uitgaven nooit zouden zijn terugverdiend.¹²⁰

7.4 EEN NIEUWE PARAGAAF IN HET BGB

7.4.1 De nieuwe § 284 BGB: een wettelijke bepaling over tevergeefs gemaakte kosten

De beslissing over de toepasselijkheid van het rentabiliteitsvermoeden in gevallen dat een benadeelde onstoffelijk voordeel nastreeft, was omstreden in de Duitse literatuur. Benadeelden die onstoffelijke voordelen nastreven met een overeenkomst, zouden ten onrechte worden achtergesteld op contractspartijen met een economisch belang in hun overeenkomst.¹²¹ Toen rond de millenniumwisseling het Duitse verbintenissenrecht ingrijpend werd hervormd, besloot de wetgever daarom eveneens het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten ingrijpend te veranderen. De wetgever voegde § 284 BGB toe aan de bepalingen over schadevergoeding bij wanprestatie:

‘Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.’

Met deze nieuwe paragraaf schiep de wetgever een nieuw recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten bij wanprestatie. De wetgever wilde hoofdzakelijk dat, in afwijking van het oude recht, een benadeelde ook een aanspraak heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten wanneer hij met een overeenkomst een onstoffelijk voordeel nastreeft.¹²² Hij zou recht moeten hebben op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, ongeacht wat zijn belang in de overeenkomst is.¹²³

7.4.2 Positief of negatief contractsbelang

Een deel van de literatuur is van mening dat § 284 BGB de benadeelde recht geeft op een vergoeding van zijn vertrouwensschade. Volgens deze auteurs biedt de nieuwe paragraaf de benadeelde de keuze om zich in de positie te laten plaatsen waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou

120 Faust 2002, p. 159.

121 Zie bijvoorbeeld: Wiedemann 1984, p. 728-729; Stoll JZ 1987, p. 518; Schmidt 1993, p. 423-433; Müller-Laubé JZ 1995, 541-543 en Timme ZfS 1999, p. 502-503.

122 BT-Drs. 14/6040, p. 142-143.

123 BT-Drs. 14/6040, p. 142-143. Zie hierover ook: Bruch 2004, p. 19-20.

zijn aangegaan, in plaats van de positie waarin hij zou zijn geweest wanneer de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij.¹²⁴ Deze dogmatische inpassing van § 284 BGB is door een ander deel van de literatuur bestreden. Zo is het niet te rechtvaardigen om een benadeelde bij wanprestatie een keuze te geven tussen een vergoeding van zijn positieve of zijn negatieve contractsbelang. Een onbegrensd recht op een vergoeding van het negatieve contractsbelang kan er immers toe leiden dat de benadeelde beter af is dan hij zou zijn geweest bij correcte nakoming van de overeenkomst. Zo'n recht zou dus overcompensatie tot gevolg kunnen hebben.¹²⁵ De nieuwe bepaling biedt dan ook helemaal geen onbegrensd recht op vertrouwensschade. De wanpresterende contractspartij kan immers aan haar schadevergoedingsplicht ontkomen door te bewijzen dat de benadeelde ook zonder haar wanprestatie het met de overeenkomst nagestreefde voordeel niet zou hebben verkregen.¹²⁶ Op deze wijze begrenst § 284 BGB de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten tot het positieve contractsbelang, aldus deze auteurs.¹²⁷

Volgens dit deel van de literatuur heeft § 284 BGB – net zoals het recht op schadevergoeding bij wanprestatie in het algemeen – tot doel compensatie te bieden voor het positieve contractsbelang van de benadeelde.¹²⁸ De vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten heeft tot doel de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Wanneer een benadeelde winst nastreeft met een overeenkomst, houdt § 284 BGB een algemeen rentabiliteitsvermoeden in. De nieuwe paragraaf behelst in deze gevallen niet meer dan een recht van de benadeelde om zich te beroepen op het bewijsvermoeden dat hij zijn tevergeefs gemaakte kosten zou hebben terugverdiend.¹²⁹ Maar ook wanneer de benadeelde met een overeenkomst een onstoffelijk voordeel nastreeft, biedt § 284 BGB een vergoeding voor zijn positieve contractsbelang. De functie van § 284 BGB is dan anders dan in commerciële geschillen, aangezien de bepaling in deze gevallen meer is dan een bewijsvermoeden dat de tevergeefs gemaakte kosten zouden zijn terugverdiend. Het geeft de benadeelde een materieel recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten.¹³⁰ De te vergoeden schade bestaat niet uit de gedane uitgaven zelf, maar uit het 'tevergeefs worden' ervan. Zonder de wanprestatie zou het nagestreefde onstoffelijke voordeel wel zijn verkregen en daarmee zouden de uitgaven niet tevergeefs zijn geweest. Deze vergeefsheid van de uitgaven is hetgeen waarvoor § 284 BGB compensatie biedt in het geval

124 Weitemeyer *AcP* 2005, p. 282-284 en Ackermann 2007, p. 382-402.

125 Altmeyers *DB* 2001, p. 1403; Gsell 2003, p. 335-336 en Tröger *ZIP* 2005, p. 2240-2241.

126 Zie § 7.4.3.7.

127 Gsell 2003, p. 335. Bovendien kan deze theorie niet verklaren waarom zogenaamde opportunity costs niet voor vergoeding in aanmerking komen, zie: Gsell 2003, p. 334; Schwarze 2017, p. 378 en Bruch 2004, p. 24-25.

128 Gsell 2003, p. 336-337.

129 Gsell 2003, p. 335 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 5.

130 Gsell 2003, p. 321-322 en 335; *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 5.

dat een benadeelde een onstoffelijk voordeel is misgelopen.¹³¹ Het is discutabel of dit nog wel vermogensschade is. Het ‘tevergeefs worden’ van de uitgaven heeft voor de benadeelde immers geen vermogensachteruitgang tot gevolg. Volgens voorstanders van deze interpretatie kan de kwalificatievraag echter in het midden blijven.¹³² Het is immers de wetgever zelf geweest die benadeelden aanspraak op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten heeft gegeven. Daarmee is er, zoals § 253 BGB voorschrijft, een wettelijke grondslag om schadevergoeding voor eventuele immateriële schade toe te kennen.¹³³

7.4.3 Het toepassingsbereik van § 284 BGB

7.4.3.1 Een algemene contractenrechtelijke regeling

Met de invoering van § 284 BGB lijkt de frustratieleer uiteindelijk toch haar weerslag te hebben gekregen in het Duitse contractenrecht.¹³⁴ De nieuwe paragraaf strekt zich uit over het gehele contractenrecht, in het bijzonder ook over de benoemde overeenkomsten, zoals koopovereenkomsten en overeenkomsten van aanneming van werk.¹³⁵ Uit de toelichting op het regeringsontwerp blijkt verder dat § 284 BGB ook van toepassing is op niet-wederkerige overeenkomsten, zoals schenkingen.¹³⁶ In het huidige Duitse recht hebben benadeelden dus een algemeen recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.¹³⁷ Uit § 284 BGB volgen wel enkele additionele

131 Canaris *DB* 2001, p. 1820; Gsell 2003, p. 336-337; Stoppel *AcP* 2004, p. 85-88; Tröger *ZGS* 2005, p. 463; Tröger *ZIP* 2005, p. 2240-2241 en Schwarze 2017, p. 378-379. Kritisch: Ackermann 2007, p. 374-382 en 382-402 waarin hij uitlegt waarom het toch om een vergoeding van het negatieve contractsbelang gaat. Ook kritisch is Bruch 2004, p. 25-26.

132 Schwarze 2017, p. 378-379.

133 Canaris *DB* 2001, p. 1820 en Gsell 2003, p. 337.

134 De frustratieleer wordt slechts gedeeltelijk aanvaard, omdat de regeling van § 284 BGB onderdeel uitmaakt van de algemene bepalingen over schadevergoeding *bij wanprestatie*. Het recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten is daarmee beperkt tot het contractenrecht. De bepaling vindt geen toepassing wanneer tevergeefs gemaakte kosten het gevolg zijn van een onrechtmatige daad. Daarin is een belangrijke – en in de literatuur bekritiseerde – beperking van het huidige recht gelegen, zie: Gsell 2003, p. 321, 328 en Bruch 2004, p. 32-33.

135 Zie hierover: Faust 2002, p. 160-161.

136 BT-Drs. 14/6040, p. 143-144. Zie ook: Canaris *JZ* 2001, p. 517.

137 § 284 is ook van toepassing op overeenkomsten met een economisch doel. Zie: BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848, p. 2850 (II.1.c). Daarover was bij de invoering van de nieuwe paragraaf nog discussie in de literatuur. Zie: Gsell 2003; Stoppel *AcP* 2004, p. 88; Weitemeyer *AcP* 2005, p. 278-279; Emmerich 2005, p. 108; Bunzel 2007, p. 113-114; Gsell *NJW* 2006, p. 125; Tröger *ZIP* 2005, p. 2242 en Ackermann 2007, p. 415.

vereisten. Bovendien is in de literatuur nog discussie over het toepassingsbereik van deze nieuwe bepaling in het BGB.

7.4.3.2 Uitgaven

Zo is er discussie over de vraag voor welke uitgaven een benadeelde precies een vergoeding kan krijgen op grond van § 284 BGB. Een uitgave definieert men in de Duitse literatuur als ‘een vrijwillig vermogensoffer’. Een contractspartij beslist naar eigen inzicht welke uitgaven zij doet en waaraan zij haar geld spendeert. Schade is daarentegen een onvrijwillige vermogensachteruitgang.¹³⁸ Uit de tekst van § 284 BGB volgen geen beperkingen aan de tevergeefs gedane uitgaven die voor vergoeding in aanmerking komen, maar toch wordt in de literatuur van sommige uitgaven betwijfeld of ze onder het bereik van § 284 BGB vallen.

Een uitbreiding van het rentabiliteitsvermoeden bij economische overeenkomsten

Het rentabiliteitsvermoeden beperkt zich tot de uitgaven die nodig zijn om de tegenprestatie te verkrijgen en de eventuele kosten die in noodzakelijk verband staan met de uitruil van de prestatie en de tegenprestatie. Uit de tekst van § 284 BGB lijkt geen vergelijkbare beperking te volgen.¹³⁹ Ook de toelichting op het regeringsontwerp lijkt ervan uit te gaan dat § 284 BGB ziet op alle uitgaven die zijn gedaan in het vertrouwen op de nakoming van een overeenkomst. Zo kan, wanneer een kunsthandelaar een beeld niet levert, de koper op grond van de nieuwe paragraaf een vergoeding krijgen voor zijn tevergeefs gemaakte kosten aan een verbouwing van zijn huis om het kunstwerk te plaatsen. Zulke verbouwingskosten vielen niet onder het bereik van het rentabiliteitsvermoeden, aangezien ze niet zijn gemaakt om het kunstwerk te verkrijgen, maar om het op een bepaalde wijze te benutten.¹⁴⁰

Over het algemeen neemt de Duitse literatuur dan ook aan dat voor de toepassing van § 284 BGB het binnen het rentabiliteitsvermoeden gemaakte onderscheid tussen verschillende groepen uitgaven niet relevant is en dat alle tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.¹⁴¹ Ook het BGH lijkt dit onderscheid niet te hanteren bij de toepassing van § 284 BGB.¹⁴² Daarmee vormt § 284 BGB een wezenlijke verruiming van het in de jurisprudentie ontwikkelde rentabiliteitsvermoeden. Voor de uitgaven die een echtpaar had gedaan om een pand tot een discotheek te verbouwen, gold onder

138 Faust 2002, p. 161; Stoppel AcP 2004, p. 90-91 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 17-21

139 Weitemeyer AcP 2005, p. 281.

140 Faust 2002, p. 21; Weitemeyer AcP 2005, p. 281 en Bruch 2004, p. 111.

141 Canaris 2002, p. 30-31; Gsell 2003, p. 323-324; Reim NJW 2003, p. 3664; Bruch 2004, p. 64-65; Stoppel AcP 2005, p. 95; Tröger ZIP 2005, p. 2244; Schenk ZGS 2008, p. 58; Schwarze 2017, p. 383-384 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 17 en 26.

142 Zie bijvoorbeeld: BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2848.

het oude recht geen vermoeden dat deze verbouwingskosten zouden zijn terugverdiend. Op grond van het huidige § 284 BGB geldt er wel een vermoeden dat het echtpaar de gemaakte verbouwingskosten zou hebben terugverdiend met de discotheek.¹⁴³ Faust concludeert dan ook dat de wetgever afstand heeft genomen van de in de rechtspraak ontwikkelde rechtsregel dat er geen algemeen bewijsvermoeden bestaat dat bij correcte nakoming van de overeenkomst gedane investeringen zouden zijn terugverdiend.¹⁴⁴

De verrichte tegenprestatie

Het rentabiliteitsvermoeden strekt zich mede uit over de tegenprestatie die de benadeelde reeds aan zijn wederpartij heeft voldaan, zoals een vooruitbetaalde koopsom. Zoals gezegd, was het rentabiliteitsvermoeden een direct gevolg van de oude ontbindingsregeling. Die regeling gaf een benadeelde weliswaar recht op ongedaanmaking van de wederzijds verrichte prestaties, maar stond hem niet toe daarnaast nog schadevergoeding te vorderen. Met de modernisering van het verbintenissenrecht is dit verbod opgeheven. De nieuw ingevoerde § 325 BGB bepaalt uitdrukkelijk: 'das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadenersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen'. Volgens Faust ontvalt daarmee de noodzaak om ook de reeds aan de wederpartij voldane tegenprestatie onder het bereik van § 284 BGB te brengen. Een benadeelde kan immers via een ontbinding de door hem betaalde koopprijs terugkrijgen. Voor de reeds verrichte tegenprestatie zou exclusief de regeling van ontbinding moeten gelden. Om die reden zou een benadeelde de betaalde tegenprestatie niet op grond van § 284 BGB als een tevergeefs gedane uitgave vergoed moeten kunnen krijgen.¹⁴⁵ Hier is tegen ingebracht dat uit de tekst van § 284 BGB geenszins blijkt dat de reeds verrichte tegenprestatie niet als tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁴⁶ Daarnaast is het door de wetgever juist eindelijk mogelijk gemaakt om schadevergoeding en ontbinding te combineren. Nu ook § 284 BGB een vorm van schadevergoeding voor wanprestatie is, lijkt het systematisch onverdedigbaar om de ontbindingsregels exclusieve werking te geven ten opzichte van het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten.¹⁴⁷

Voor deze laatste opvatting is steun te vinden in de rechtspraak van het BGH, die weliswaar niet gaat over de betaalde koopprijs, maar wel betrekking heeft op de verhouding tussen ontbinding en schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten. Een koper van een bedrijfsauto deed allerlei uitgaven in het

143 Gsell 2003, p. 323.

144 Canaris 2002, p. 26-27 en Faust 2002, p. 165.

145 Faust 2002, p. 163, Bunzel 2007, p. 117-121 en Schenk ZGS 2008, p. 57. Zie hierover ook: Bruch 2004, p. 68-69 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, Rl. 18.

146 Stoppel *AcP* 2004, p. 91.

147 Arnold ZGS 2003, p. 431-432; Stoppel *AcP* 2004, p. 91-92 en Ellers 2005, p. 262-263. Zie in een ander verband: Gsell *NJW* 2006, p. 125.

vertrouwen dat hem een deugdelijke auto was geleverd door de autoverkoper. Hij liet de bumpers lakken, plaatste lichtmetalen velgen en schafte nieuwe banden aan. Verder installeerde hij een roetfilter, *cruise control*, een autotelefoon en een navigatiesysteem. Na een jaar begon de auto gebreken te vertonen. Omdat de verkoper deze gebreken onvoldoende verhielp, ontbond de koper de overeenkomst. Bij de ontbinding van een koopovereenkomst ontstaat er een wederzijdse plicht tot ongedaanmaking, wat voor de koper betekent dat hij de geleverde zaak moet teruggeven aan de verkoper. Contractspartijen die tot ongedaanmaking verplicht zijn, hebben op grond van § 347 lid 2 BGB recht op een vergoeding van 'noodzakelijke uitgaven' die zij hebben gedaan ten behoeve van de teruggeleverde zaak, zoals aan gewone onderhoudskosten. Daarnaast moet de verkoper die een zaak terugkrijgt, uitgaven van zijn koper vergoeden als de verkoper door deze uitgaven wordt verrijkt. Omdat de koper de door hem gekochte auto moest teruggeven aan de verkoper, kon hij aanspraak maken op een vergoeding van zulke uitgaven. Deze vergoedingsplicht van § 347 lid 2 BGB is echter veel beperkter dan het algemene recht op schadevergoeding voor tevergeefs gedane uitgaven van § 284 BGB. Deze laatste bepaling geeft immers recht op een vergoeding van alle tevergeefs gemaakte kosten die in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst zijn gemaakt. De koper van de auto beriep zich dan ook op § 284 BGB en niet op § 347 lid 2 BGB. De verkoper stelde zich op het standpunt – dat ook in de literatuur verdedigd werd¹⁴⁸ – dat bij een ontbinding § 347 lid 2 BGB exclusief van toepassing is en dat geen vergoedingsplicht bestaat op grond van § 284 BGB. Het BGH ging hierin niet mee. Het Hof overwoog dat wanneer een contractspartij naast ontbinding recht heeft op schadevergoeding voor wanprestatie, zij op grond van § 325 BGB beide remedies kan benutten. Dat betekent ook dat zij, naast de specifieke vergoedingen voor uitgaven op grond van § 347 lid 2 BGB, eveneens recht heeft op een vergoeding van haar tevergeefs gemaakte kosten op grond van § 284 BGB. Een exclusieve toepassing van § 347 lid 2 BGB zou betekenen dat, net zoals onder het oude recht het geval was, ontbinding ongunstiger zou kunnen zijn dan het vorderen van schadevergoeding. Precies dat wilde de wetgever voorkomen.¹⁴⁹ In de literatuur is daaraan toegevoegd dat de angst dat het toestaan van deze keuzemogelijkheid de ontbindingsregeling tot een dode letter zou maken onterecht is. Zo zal een benadeelde geneigd zijn voor ongedaanmaking te kiezen in plaats van voor schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten, wanneer vaststaat dat hij een verliesgevende investering heeft gedaan. Bij een vordering gebaseerd op § 284 BGB kan zijn wederpartij aan haar vergoedingsplicht ontkomen door te bewijzen dat de aan haar betaalde tegenprestatie niet zou zijn terugverdiend door de benadeel-

148 Faust 2002, p. 164.

149 BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2848, p. 2849-2850 (II.1.b). Zie ook: Gsell NJW 2006, p. 125 en Ackermann 2007, p. 416-420.

de. Bij ontbinding heeft de benadeelde daarentegen altijd recht op terugbetaling, ongeacht of zijn investering winstgevend zou zijn geweest of niet.¹⁵⁰

Opportunity costs

Uit de toelichting op het regeringsontwerp volgt wel dat zogenoemde *opportunity costs* niet onder het bereik van § 284 BGB vallen. Wanneer iemand een overeenkomst sluit, verliest hij in sommige gevallen de mogelijkheid om gelijktijdig met een andere partij in zee te gaan. Een band die toezegt op een bruiloft te spelen, kan niet op dezelfde avond ook optreden op een bedrijfsfeestje. Het laten schieten van zo'n mogelijkheid om een alternatieve overeenkomst te sluiten, kan men als een uitgave zien, die vervolgens door een wanprestatie – het bruidspaar zegt de band op het laatste moment af – tevergeefs kunnen blijken te zijn. De regering geeft in de toelichting aan dat § 284 BGB geen recht op een vergoeding voor tevergeefs gemaakte *opportunity costs* geeft, omdat daarmee de schadevergoedingsplicht van de tekortschietende wederpartij te ver zou uitdijen.¹⁵¹

7.4.3.3 *Gerechtvaardigd vertrouwen*

Paragraaf 284 BGB vereist dat de uitgaven zijn gedaan in het gerechtvaardigd vertrouwen dat de wederpartij haar contractuele verplichtingen zal nakomen. Dat betekent dat uitgaven in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen, wanneer ze zijn gedaan vóórdat de overeenkomst is gesloten. De benadeelde kan er voor het sluiten van een overeenkomst namelijk nog niet op vertrouwen dat zijn wederpartij de later gesloten overeenkomst zal nakomen. De wederpartij is op dat moment immers nog tot niets verplicht en de benadeelde kan slechts hopen dat zij bereid zal blijken tot het leveren van de prestatie. Deze investeringen zijn daarom voor eigen risico.¹⁵²

In de literatuur ziet men wel ruimte voor uitzonderingen. Stoppel verdedigt dat wanneer een benadeelde uitgaven doet op het moment dat de totstandkoming van de overeenkomst enkel nog afhangt van *zijn* wil, zijn vertrouwen in de nakoming ervan door zijn toekomstige wederpartij ook reeds gerechtvaardigd is. Hetzelfde geldt voor gevallen waarin de investeringen zijn gedaan op een moment tijdens de onderhandelingen dat een benadeelde er vanuit mag gaan dat er een overeenkomst tot stand zal komen.¹⁵³ Gsell wil een uitzondering maken voor kosten uit verplichtingen die zijn aangegaan vóór

150 Ackermann 2007, p. 419-420. Zie over het verschil tussen beide remedies ook: Arnold ZGS 2003, p. 431-432 en Tröger ZIP 2005, p. 2242.

151 BT-Drs. 14/6040, p. 144. Zie ook: Stoppel AcP 2004, p. 91; Bruch 2004, p. 70-71; Reim NJW 2003, p. 3664 en Ackermann 2007, p. 420.

152 Faust 2002, p. 162-163; Reim NJW 2003, p. 3665 en Stoppel AcP 2004, p. 96. Zie ook: Canaris JZ 2001, p. 517.

153 Stoppel AcP 2004, p. 96-97 en Tröger ZGS 2005, p. 466-467. Kritisch daarover: Bruch 2004, p. 50.

de totstandkoming van de overeenkomst maar die een benadeelde daarna nog kosteloos kan annuleren, zoals veelal het geval is bij hotelboekingen en treintickets. Weliswaar zijn zulke verplichtingen niet aangegaan in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst, maar wel kan een benadeelde deze verplichtingen *in stand hebben gelaten* in het vertrouwen dat zijn wederpartij de overeenkomst zou nakomen.¹⁵⁴ Daarnaast zijn sommige contractuele prestaties eigenlijk altijd zonder enige moeite in het economische verkeer te verkrijgen. Zo is het in de regel altijd mogelijk om ergens een auto te kopen of te huren of een nieuwe televisie aan te schaffen. Een benadeelde doet daarom soms al investeringen voor hij een overeenkomst met een specifieke aanbieder is aangegaan, in het meer algemene vertrouwen dat de benodigde prestatie alom verkrijgbaar is. De meningen zijn verdeeld over de vraag of hij in deze gevallen schadevergoeding voor zulke investeringen kan krijgen wanneer zijn uiteindelijke wederpartij haar contractuele verplichtingen niet nakomt. Sommigen menen van niet. De benadeelde heeft immers niet vertrouwd op de nakoming door de wederpartij, maar op de algemene verkrijgbaarheid van het goed of de dienst. Deze investering heeft hij daarom voor eigen risico gedaan.¹⁵⁵ Daar wordt tegen ingebracht dat het tevergeefs worden van de investering niet het resultaat is van de plotselinge onmogelijkheid de prestatie ergens te verkrijgen, maar door de wanprestatie van de wederpartij. Als de benadeelde zou hebben geweten dat zijn wederpartij niet behoorlijk zou nakomen, dan zou hij een overeenkomst met een concurrent hebben gesloten en waren zijn uitgaven niet tevergeefs geweest. Dat rechtvaardigt, aldus deze auteurs, dat ook zulke uitgaven voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁵⁶

Uitgaven die zijn gedaan ná het sluiten van de overeenkomst zullen in de regel wel voor vergoeding in aanmerking komen. Vanaf de totstandkoming van de overeenkomst kan een benadeelde er immers gerechtvaardigd op vertrouwen dat zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zal nakomen. Dat is mogelijk alleen anders wanneer de wederpartij nog de mogelijkheid heeft de overeenkomst zonder verdere verplichtingen op te zeggen.¹⁵⁷ Bovendien is het mogelijk dat een benadeelde op een zeker moment het vertrouwen verliest – of zou moeten verliezen – dat zijn wederpartij de overeenkomst zal nakomen, bijvoorbeeld omdat zij te kennen geeft dat ze met leveringsproblemen kampt. Uitgaven die na dat moment plaatsvinden, komen dan niet meer voor vergoeding in aanmerking.¹⁵⁸

154 Gsell 2003, p. 331-332 en Tröger ZGS 2005, p. 466.

155 Faust 2002, p. 162-163; Stoppel AcP 2004, p. 204 en Bunzel 2007, p. 172-176

156 Gsell 2003, p. 332; Bruch 2004, p. 50-52; Ellers 2005, p. 182-183; Tröger ZGS 2005, p. 467; Emmerich 2005, p. 110-111; Schwarze 2017, p. 383 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 23.

157 Stoppel AcP 2004, p. 96 verwijst naar vergelijkbare rechtspraak over het rentabiliteitsvermoe-den, zoals BGH 30 juni 1993, NJW 1993, 2527. Zie ook: Schwarze 2017, p. 383.

158 Canaris JZ 2001, p. 517; Stoppel AcP 2004, p. 97; Emmerich 2005, p. 110-111; Schwarze 2017, p. 383 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 22.

7.4.3.4 Billijkheidstoets

Volgens § 284 BGB moet een benadeelde niet alleen gerechtvaardigd vertrouwd hebben op de nakoming van de overeenkomst, het moet ook 'billijk' zijn dat hij bepaalde uitgaven heeft gedaan. De toelichting op het regeringsontwerp besteedt geen aandacht aan deze additionele billijkheidstoets. Ook in de jurisprudentie is dit vereiste nog niet verder uitgewerkt.¹⁵⁹ Het is dus nog ongewis welke betekenis deze billijkheidstoets precies heeft.¹⁶⁰

Volgens Canaris is de betekenis van de billijkheidstoets bescheiden. Deze toets benadrukt enkel dat de regels van eigen schuld en schadebeperking (§ 254 BGB) van overeenkomstige toepassing zijn op de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten. In die zin is de bepaling enigszins overbodig. Het is slechts een aanwijzing 'daß § 254 BGB hier besonders strikt zu handhaben ist'.¹⁶¹ De wederpartij kan in ieder geval niet op grond van de billijkheidstoets de benadeelde tegenwerpen dat de tevergeefs gedane uitgaven – voor zover dat al objectief is vast te stellen – overbodig, duur of luxueus waren, aldus Canaris. Het beginsel van partijautonomie brengt immers met zich mee dat de benadeelde vrij is om zijn geld uit te geven zoals hij dat wil, zelfs als anderen zijn uitgavenpatroon buitensporig vinden.¹⁶² Wel kan het onbillijk zijn om uitgaven te doen voordat de wederpartij verplicht is een overeenkomst na te komen, terwijl de benadeelde deze uitgaven zonder problemen had kunnen uitstellen tot ná het moment waarop zijn wederpartij moest presteren. Wanneer de benadeelde een schilderij koopt met een waarde van € 1.000 en hij, voordat het schilderij geleverd is, al een lijst bestelt voor € 2.000, kan hem niet worden tegenworpen dat hij een te dure lijst heeft aangeschaft. Het staat hem immers vrij zijn geld te besteden zoals hij dat wil. Het kan wel onbillijk zijn dat de benadeelde de lijst al heeft besteld, terwijl hij daarmee probleemloos had kunnen wachten tot het schilderij was geleverd.¹⁶³ Bovendien kan het onbillijk zijn om voor een goed of dienst veel meer te betalen dan de objectieve marktprijs. Met andere woorden, de koper van een schilderij die voor € 4.000 een lijst bestelt die ook voor € 2.000 te verkrijgen is, kan worden tegengeworpen dat het niet billijk was om dit bedrag uit te geven aan deze lijst.¹⁶⁴

159 Bruch 2004, p. 70-72 en Bunzel 2007, p. 179.

160 Sommige auteurs, zoals Stoppel *AcP* 2004, p. 96-97, interpreteren het criterium 'dat uitgaven in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst moeten zijn gemaakt' zuiver subjectief. Pas bij de billijkheidstoets willen zij onderzoeken of dat vertrouwen ook gerechtvaardigd was.

161 Canaris *JZ* 2001, p. 517. Zie ook: Bruch 2004, p. 80.

162 Canaris *JZ* 2001, p. 517; Faust 2002, p. 168-169; Gsell 2003, p. 344 en Tröger *ZIP* 2005, p. 2246-2247.

163 Canaris *JZ* 2001, p. 517; Grigoleit *ZGS* 2002, p. 123-124; Stoppel *AcP* 2004, p. 98; Fleck *JZ* 2009, p. 1051 en Schwarze 2017, p. 385. Kritisch: Ellers 2005, p. 230.

164 Fleck *JZ* 2009, p. 1052 gaat uitgebreider in op de vraag hoe ver die plicht vervolgens strekt.

De tekst van § 284 BGB lijkt een subjectieve billijkheidstoets voor te schrijven. De vraag is of het billijk was van die benadeelde om bepaalde uitgaven te doen in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst. Een deel van de literatuur verdedigt desalniettemin een (meer) objectieve billijkheidstoets. De vraag moet centraal staan of het billijk is dat de wederpartij de tevergeefs gemaakte kosten volledig draagt. De toetsing verschuift dan van de billijkheid van het gedrag van de benadeelde naar de billijkheid van de vergoedingsplicht van zijn wederpartij.¹⁶⁵ Allereerst is verdedigd dat het onbillijk kan zijn om de wederpartij op te laten draaien voor tevergeefs gemaakte kosten die volledig uit verhouding zijn met haar contractuele verplichtingen. Wanneer de benadeelde een boek koopt voor € 20 en – in het gerechtvaardigd vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst – voor € 2.000 een helikopter huurt om dat boek op te halen, zou het onbillijk zijn de boekenverkoper op te laten draaien voor de kosten van de helikopter, wanneer hij het boek niet kan leveren op de afgesproken datum.¹⁶⁶ Ook is verdedigd dat gedane uitgaven alleen voor vergoeding in aanmerking moeten komen als ze te voorzien zijn voor de wederpartij. Dat betekent dat zij alleen tevergeefs gedane uitgaven die redelijkerwijs te verwachten zijn of waarop zij bij het sluiten van de overeenkomst door de benadeelde geattendeerd is, zou moeten vergoeden.¹⁶⁷

7.4.3.5 Tevergeefs

Hoewel dat niet met zoveel woorden in § 284 BGB staat, moeten de uitgaven door de wanprestatie uiteraard tevergeefs zijn geworden. Over de vraag wanneer uitgaven tevergeefs zijn, heeft het BGH zich reeds uitgelaten. In het hierboven besproken geschil over een gebrekkige bedrijfsauto, voerde de autoverkoper aan dat de koper onvoldoende had aangetoond dat de door hem gedane uitgaven aan een autotelefoon, navigatiesysteem en nieuwe voetmatten tevergeefs waren geweest. De koper had nagelaten uiteen te zetten waarom hij deze spullen niet in een andere bedrijfsauto had kunnen installeren. Met andere woorden, het was goed mogelijk dat zijn investeringen helemaal niet

165 Gsell 2003, p. 344 en Fleck JZ 2009, p. 1046. Fleck JZ 2009, p. 1046-1048 is kritisch over deze objectieve benadering van de billijkheidstoets.

166 Reim NJW 2003, p. 3666; Grigoleit ZGS 2002, p. 123-124; Stoppel AcP 2004, p. 97-98; Ellers 2005, p. 228-229; Ackermann 2007, p. 427-428; Schwarze 2017, p. 385 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 24. Kritisch hierover Tröger ZIP 2005, p. 2246-2247 en Fleck JZ 2009, p. 1047, die een dergelijke kwantitatieve begrenzing volstrekt willekeurig vinden. Bovendien komt ook deze toets neer op de vraag of een uitgave bovenmatig of te luxueus is, waarmee – via een omweg – eigenlijk ook een inbreuk wordt gemaakt op de partijautonomie. Zie ook: Bruch 2004, p. 76-77.

167 Gsell 2003, p. 344-345; Stoppel AcP 2004, p. 98-99; Ellers 2005, p. 226-228; Ackermann 2007, p. 428-430; Schenk ZGS 2008, p. 58-59 en Schwarze 2017, p. 385. Kritisch Canaris JZ 2001, p. 517, die aanvoert dat het voorzienbaarheids criterium het Duitse recht vreemd is. Zie ook: Bruch 2004, p. 77-78 en Fleck JZ 2009, p. 1047-1048.

tevergeefs waren, omdat de aangeschafte goederen voor de gebrekkige bedrijfsauto nog op een andere wijze nuttig konden worden ingezet. Het BGH overweegt echter:¹⁶⁸

‘Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind demnach in der Regel vergeblich, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann und deshalb auch die Aufwendungen nutzlos sind. [...] Ob Zubehörteile, die der Käufer in das später wegen Mangelhaftigkeit zurückgegebene Fahrzeug hat einbauen lassen, für ihn anderweit verwendbar wären, ist für die Ersatzpflicht des Verkäufers grundsätzlich ohne Bedeutung.’

De benadeelde is niet verplicht om te bewijzen dat de door hem gedane investeringen op geen enkele andere manier meer nuttig ingezet zouden kunnen worden. Hij hoeft slechts aan te tonen dat het specifieke doel waarvoor hij de investeringen heeft gedaan, niet is bereikt. Deze gedachte vindt instemming in de literatuur.¹⁶⁹ De overweging dat een eventuele alternatieve inzet van de investering ‘grundsätzlich ohne Bedeutung’ is, vindt een deel van de literatuur echter te verstrekkend.¹⁷⁰ Op de benadeelde rust immers een plicht (*Obliegenheit*) om zijn schade te beperken.¹⁷¹ In de literatuur is verdedigd dat uit deze plicht volgt dat een benadeelde moet proberen te voorkomen dat zijn investeringen door de wanprestatie nutteloos worden, bijvoorbeeld door ze voor een ander doel in te zetten. Om die reden speelt de alternatieve wijze waarop de investeringen nog hadden kunnen worden ingezet, wel degelijk een rol. Voor overeenkomsten met een economisch doel is zo’n schadebeperkingsplicht tamelijk onproblematisch. Op de koper van een bedrijfsauto kan een plicht rusten om de aangeschafte gps-installatie en autotelefoon in een andere bedrijfsauto te installeren.¹⁷² Faust gaat echter verder. Volgens hem kan er zelfs bij overeenkomsten waarmee een onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd, een plicht bestaan om ‘er het beste van te maken’. Wanneer een echtpaar een oppas regelt en een treinkaartje koopt om naar een concert te gaan in een andere stad, maar dat concert niet doorgaat, kan op de echtgenoten een plicht rusten om ‘toch nog iets van de avond te maken’ door bijvoorbeeld naar de bioscoop te gaan.¹⁷³ Niet iedereen is van mening dat een zo verstrekk-

168 BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848, p. 2850 (II.1.e).

169 Tröger *ZIP* 2005, p. 2246; Gsell *NJW* 2006, p. 126; Bunzel 2007, p. 158-159 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, *BGB* § 284, rl. 37. Anders: Bruch 2004, p. 81-82.

170 Gsell *NJW* 2006, p. 126.

171 De schadebeperkingsplicht speelt uiteraard ook op andere manieren een rol. Zo moet een benadeelde bijvoorbeeld aangegane verplichtingen annuleren als dat nog mogelijk is of een dekkingskoop doen, zie Gsell 2003, p. 330 (voetnoot 32) en Gsell *NJW* 2006, p. 126 (voetnoot 16).

172 Faust 2002, p. 170; Reim *NJW* 2003, p. 3667; Bruch 2004, p. 82-83; Bunzel 2007, p. 159 en Schenk *ZGS* 2008, p. 60.

173 Faust 2002, p. 170-171. Zie ook: Reim *NJW* 2003, p. 3666-3667 en Bruch 2004, p. 82-84.

kende schadebeperkingsplicht bestaat. Het zou te ver gaan als het recht benadeelden verplicht hun vrije tijd op een bepaalde manier in te vullen om zo hun schade te beperken.¹⁷⁴

De meningen over de verplichting om de tevergeefs gedane uitgaven op een andere wijze in te zetten, lopen dus uiteen. Wel is er consensus over de bewijslastverdeling. De stelplicht en bewijslast dat de tevergeefs gedane investeringen op een andere wijze nog zinvol benut kunnen worden, rust in beginsel op de tekortschietende wederpartij en niet op de benadeelde.¹⁷⁵

7.4.3.6 De uitgaven hebben hun doel bereikt ondanks de wanprestatie

Het kan voorkomen dat een benadeelde, al dan niet door zijn eigen inspanningen, het nagestreefde onstoffelijke voordeel (ten dele) bereikt ondanks de wanprestatie van zijn wederpartij. In de bovengenoemde zaak van de gebrekkige bedrijfsauto had de koper een jaar lang zonder noemenswaardige problemen de wagen kunnen gebruiken voordat deze gebreken begon te vertonen en hij de koopovereenkomst ontbond. Het OLG Stuttgart overwoog dat onder normale omstandigheden de auto in vijf jaar was afgeschreven. Voor twintig procent van zijn levensduur had de koper de bedrijfsauto dus op een normale wijze kunnen gebruiken. De gemaakte kosten hadden voor eenzelfde percentage hun doel dus ook gewoon bereikt. De rechter verminderde de vergoeding voor de tevergeefs gemaakte kosten van de koper daarom met twintig procent. Het BGH liet dit oordeel in stand en onderschreef het principe van een gedeeltelijke vermindering van de schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten, wanneer de uitgaven ondanks de wanprestatie deels hun doel hebben bereiken.¹⁷⁶ Ook in de literatuur is er consensus dat in zulke gevallen een proportionele vermindering op haar plaats is.¹⁷⁷

Voor een benadeelde die door zijn eigen inspanningen erin slaagt om, ondanks de wanprestatie van zijn wederpartij, het nagestreefde onstoffelijke voordeel te verkrijgen en daarmee te voorkomen dat de kosten tevergeefs worden, geldt in beginsel hetzelfde. Stel een echtpaar heeft allerlei uitgaven gedaan om een concert bij te wonen, zoals het regelen van een babysitter, maar komt er bij de ingang van de concertzaal achter dat de bij een tussenhandelaar gekochte kaartjes ongeldig zijn. Het blijkt mogelijk om aan de deur alsnog de juiste kaarten te kopen en dat doet het echtpaar dan ook. De echtgenoten verkrijgen zo alsnog het nagestreefde onstoffelijke voordeel en daarmee zijn hun uitgaven, zoals aan het loon van de babysitter, niet tevergeefs.¹⁷⁸ Een

174 Gsell 2003, p. 329, voetnoot 31 en p. 330.

175 Faust 2002, p. 170; Reim NJW 2003, p. 3666-3667; Gsell NJW 2006, p. 126. Zie ook: Reim NJW 2003, p. 3667.

176 BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2848, p. 2850 (II.2).

177 Gsell NJW 2006, p. 127. Zie verder: Canaris 2002, p. 30-31; Gsell 2003, p. 329; Stoppel AcP 2004, p. 100; Ellers 2005, p. 206-207; Tröger ZIP 2005, p. 2244-2246 en Schwarze 2017, p. 387.

178 Zie ook: Stoppel AcP 2004, p. 100 en Ellers 2005, p. 206.

deel van de literatuur verdedigt dat uitgaven zelfs niet tevergeefs zijn, wanneer de benadeelde met de gedane uitgaven een alternatief onstoffelijk voordeel heeft weten te verkrijgen. Stel het echtpaar kan geen kaarten meer bemachtigen voor het concert, maar slaagt er toch in een gezellige avond te hebben door naar de bioscoop te gaan en vervolgens af te zakken in een café. Ook in dat geval zijn de uitgaven niet tevergeefs geweest, aldus deze auteurs.¹⁷⁹ Mochten de pogingen om 'er iets van te maken' op niets uitlopen – de film was slecht en het café al gesloten – hebben ze wel weer aanspraak op een vergoeding van hun tevergeefs gedane uitgaven.¹⁸⁰

7.4.3.7 Ook zonder wanprestatie zouden de uitgaven tevergeefs zijn geweest

De tweede hoofdzin van § 284 BGB luidt:

'Es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.'

In deze zin ligt een essentiële beperking aan het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten besloten. Een benadeelde heeft geen recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten, wanneer hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel ook zonder de wanprestatie niet zou hebben verkregen. Uit de structuur van deze zin (*es sei denn*) volgt dat de bewijslast hiervan op de wederpartij en niet op de benadeelde rust.¹⁸¹

Wanneer een benadeelde met de door hem gesloten overeenkomst winst nastreeft, is zijn vergoeding van tevergeefs gedane investeringen begrensd door de omzet die hij zou hebben gerealiseerd indien de overeenkomst zou zijn nagekomen. Deze omzet was dan immers het met de overeenkomst nagestreefde voordeel dat als gevolg van de wanprestatie niet verkregen is. Een benadeelde kan uiteraard ook schadevergoeding voor deze omzet zelf vorderen, maar dan moet hij wel bewijzen hoe groot zijn omzet zou zijn geweest. Voor een benadeelde die met een overeenkomst een economisch voordeel nastreeft, is het voordeel van § 284 BGB gelegen in de bewijslastverdeling. Hij hoeft enkel te bewijzen dat door de wanprestatie zijn investeringen tevergeefs zijn geworden. Zijn wederpartij moet dan vervolgens maar bewijzen dat de misgelopen omzet ontoereikend zou zijn geweest om deze investeringen terug te verdienen. Met andere woorden, de wederpartij moet bewijzen dat, wanneer zij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, de investeringen ook

179 Reim *NJW* 2003, p. 3666; Bruch 2004, p. 81-82 en Stoppel *AcP* 2004, p. 100-101.

180 Faust 2002, p. 171 en Bruch 2004, p. 85.

181 BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848, p. 2850-2851 (II.2 en 3).

tevergeefs zouden zijn geweest.¹⁸² In zulke gevallen behelst § 284 BGB in essentie dus een algemeen rentabiliteitsvermoeden.¹⁸³

Dat ligt anders in gevallen dat een benadeelde onstoffelijk voordeel nastreeft met een overeenkomst. Dan staat immers vast dat ook wanneer de wederpartij haar contractuele verplichtingen gewoon zou zijn nagekomen, de benadeelde zijn investeringen nooit zou hebben terugverdiend. Het doel was namelijk helemaal niet om winst te maken, maar om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Het missen van zulk voordeel komt, anders dan gederfde winst, niet voor vergoeding in aanmerking. In deze gevallen behelst § 284 BGB daarom meer dan slechts een bewijsvermoeden, maar geeft het een benadeelde een materieel recht op schadevergoeding voor zijn tevergeefs gedane uitgaven. Ook voor deze gevallen geldt dat geen recht op een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten bestaat, wanneer de benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel ook zonder de wanprestatie niet zou hebben verkregen. Stel een luchtvaartmaatschappij weigert ten onrechte een vakantieganger te vervoeren naar Bali, waardoor zijn geplande duikvakantie niet doorgaat. De vakantieganger heeft op dat moment al kosten gemaakt voor een duikcursus. Als nu achteraf blijkt dat de dag waarop de vakantieganger zou zijn aangekomen op Bali, het eiland is getroffen door een zware aardbeving, waardoor de duikvakantie sowieso niet zou hebben kunnen doorgaan, dan kan hij zijn tevergeefs gemaakte kosten niet verhalen op de luchtvaartmaatschappij. Immers, ook wanneer de luchtvaartmaatschappij hem wel naar Bali zou hebben gebracht, zouden zijn kosten aan de duikcursus tevergeefs zijn geweest. Ook in deze gevallen is het aan de wederpartij – de luchtvaartmaatschappij in dit voorbeeld – om te bewijzen dat de benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel niet zou hebben verkregen wanneer zij de overeenkomst zou zijn nagekomen.¹⁸⁴

In § 284 BGB schuilt een risico op misbruik. Wanneer de wederpartij er in slaagt te bewijzen dat bepaalde uitgaven niet zouden zijn terugverdiend, zou de benadeelde kunnen ‘vluchten’ naar een eventueel immaterieel belang in de overeenkomst.¹⁸⁵ Bijvoorbeeld, de verkoper van een pand bewijst dat de discotheek die de benadeelde van plan was te openen verliesgevend zou zijn geweest en dat de koper zijn investeringen nooit zou hebben terugverdiend. De benadeelde zou zijn vordering kunnen redden, door zich op het standpunt te stellen dat de discotheek niet tot doel had om winst te maken, maar het maatschappelijke doel had om een ontmoetingspunt voor jongeren te worden

182 Gsell 2003, p. 322-324; Reim NJW 2003, p. 3666; Bruch 2004, p. 85-86 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 29.

183 Gsell 2003, p. 326 stelt voor om de wanprestant tegemoet te komen door de bewijsverlichting van § 252 analoog toe te passen. Zie ook: Stoppel AcP 2004, p. 103 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 47.

184 Gsell 2003, p. 327-328; Reim NJW 2003, p. 3666; Bruch 2004, p. 88-89; Emmerich 2005, p. 110 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 30.

185 Gsell 2003, p. 328. In vergelijkbare zin: *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 30.

en zo de saamhorigheid in de wijk te bevorderen.¹⁸⁶ Een deel van de literatuur is om die reden van mening dat de bewijslast van het doel van een overeenkomst bij benadeelde zelf zou moeten liggen. De koper van het pand moet maar bewijzen dat hij met de discotheek inderdaad een onstoffelijk voordeel nastreefde en niet uitsluitend winst. Een complicerende factor is dat een benadeelde met een overeenkomst zowel winst als een onstoffelijk voordeel kan nastreven. Het is goed mogelijk dat degene die een discotheek wil openen dat enerzijds doet om winst te maken, maar anderzijds ook vanuit het meer idealistische streven om een ontmoetingspunt voor lokale jongeren te creëren. In zulke gevallen moet het doel waar het zwaartepunt op ligt of, anders gezegd, waar het de benadeelde 'in wezen' om te doen is, de doorslag geven.¹⁸⁷

7.4.4 Een alternatief voor *Schadenersatz statt der Leistung*

Het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten is een alternatief voor een andere vergoeding, zo blijkt uit de tekst van § 284 BGB. De benadeelde kan voor schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten kiezen in plaats van voor 'Schadenersatz statt der Leistung'.

Het Duitse contractuele schadevergoedingsrecht maakt onderscheid tussen drie soorten schade die het gevolg kunnen zijn van een wanprestatie: 'gewone' gevolgschade, vertragingsschade en schadevergoeding in plaats van de prestatie. Dit onderscheid is essentieel omdat een benadeelde pas recht op een vergoeding heeft voor vertragingsschade of op schadevergoeding in plaats van de prestatie wanneer aan additionele vereisten is voldaan.

Een deel van de schadeposten die kunnen ontstaan door een wanprestatie, kan de wederpartij goedmaken door alsnog na te komen. Een aannemer legt een houten parketvloer verkeerd waardoor de planken al na enkele dagen kromtrekken en barsten. De kromme vloer vormt een schadepost voor de koper. De aannemer zou deze schade kunnen wegnemen door de vloer opnieuw te leggen. Als de koper schadevergoeding zou vorderen voor de kromme houten vloer, zou de door hem gevraagde vergoeding dus worden gezien als schadevergoeding in plaats van de prestatie. Een vergoeding voor de beschadiging aan de net gestucte muur die is ontstaan tijdens het leggen van de vloer wordt daarentegen niet gekwalificeerd als schadevergoeding in plaats van de prestatie. Door zijn contractuele verplichting na te komen – een houten vloer leggen – kan de aannemer deze schade niet meer goedmaken. Riehm vat het als volgt samen:

¹⁸⁶ Gsell 2003, p. 329.

¹⁸⁷ Gsell 2003, p. 329-330; Bruch 2004, p. 89-92; Stoppel *AcP* 2004, p. 105-106; Ellers 2005, p. 194; Tröger *ZGS* 2005, p. 467-468 en Schenk *ZGS* 2008, p. 60.

‘Der Schadensersatz statt der Leistung [...] [umfaßt] alle Posten, die durch die Erbringung der geschuldeten Leistung noch hätten verhindert werden können.’¹⁸⁸

In het Duitse recht komt zulke schade pas voor vergoeding in aanmerking wanneer de benadeelde zijn wederpartij een redelijke termijn heeft geboden om alsnog na te komen. Hij moet, met andere woorden, zijn wederpartij in de gelegenheid stellen om door na te komen de ontstane schade weg te nemen. Omdat schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten een alternatief is voor schadevergoeding in plaats van de prestatie, geldt voor deze vergoeding in beginsel hetzelfde additionele vereiste. Een benadeelde heeft dus ook pas recht op schadevergoeding voor zijn tevergeefs gedane uitgaven aan een houten parketvloer, nadat hij de aannemer in de gelegenheid heeft gesteld om zijn fout te herstellen. Immers, als de aannemer de gebreken aan zijn eerdere werk verhelpt, zijn de gemaakte kosten ook niet meer tevergeefs.¹⁸⁹ In de literatuur is er op gewezen dat, ook wanneer zijn wederpartij de contractuele prestatie alsnog zou nakomen, de door een benadeelde gemaakte kosten reeds onomkeerbaar tevergeefs kunnen zijn. Stel dat de benadeelde een housewarming heeft georganiseerd en dat hij daarvoor al verschillende kosten heeft gemaakt. Door verschillende fouten van de aannemer is zijn woonkamer volstrekt onbegaanbaar op de dag van de housewarming en moet hij zijn feestje afblazen. De aannemer kan zijn contractuele verplichtingen alsnog nakomen, maar daarmee blijven de uitgaven van de benadeelde aan zijn feestje tevergeefs. Gsell is van mening dat in zulke gevallen de tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking moeten komen zonder dat de benadeelde de aannemer eerst in de gelegenheid heeft gesteld om alsnog zijn contractuele verplichtingen na te komen.¹⁹⁰

Een tweede gevolg van het feit dat een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten een alternatief is voor schadevergoeding in plaats van de prestatie, is dat een benadeelde een keuze zal moeten maken. Hij kan beide schadevergoedingsvorderingen niet combineren. In gevallen waarin een benadeelde met een overeenkomst winst nastreeft, is dat goed te verklaren. Voor zulke commerciële contracten fungeert § 284 BGB als een bewijsvermoeden ten aanzien van de omzet die zou zijn gerealiseerd bij correcte uitvoering van de overeenkomst. Het is niet vreemd dat een benadeelde in die gevallen moet kiezen tussen het vorderen van de misgelopen omzet – met alle bewijstechnische moeilijkheden die dat eventueel met zich meebrengt – of het gebruikmaken van het bewijsver-

188 Lorenz & Riehm 2002, p. 97.

189 Gsell 2003, p. 341-343. Dit voorbeeld is ontleend aan: BGH 15 juli 2008, *NJW* 2008, 2837, p. 2840 (3).

190 Gsell 2003, p. 341-342; Tröger ZGS 2005, p. 462-463 en Schwarze 2017, p. 381. Anders: Schenk ZGS 2008, p. 56. Ook BGH 15 juli 2008, *NJW* 2008, 2837, p. 2840 (3) lijkt in een andere richting te wijzen. Het BGH overweegt daar vrij stellig en algemeen dat tevergeefs gemaakte kosten slechts voor vergoeding in aanmerking komen wanneer aan de vereisten van schadevergoeding in plaats van de prestatie is voldaan.

moeden dat zijn omzet ten minste gelijk zou zijn geweest aan zijn tevergeefs gemaakte kosten. In deze gevallen bieden beide aanspraken vergoeding voor dezelfde schade en kan de benadeelde ze dus niet combineren. Dat zou immers tot dubbele compensatie leiden.¹⁹¹ Bij overeenkomsten waarmee de benadeelde een onstoffelijk voordeel nastreeft, is het niet noodzakelijkerwijs zo dat de schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten en schadevergoeding in plaats van de prestatie vergoeding bieden voor dezelfde schade. Een ruiter koopt een dressuurpaard voor € 10.000 en schaft bovendien tal van benodigheden aan zodat hij met zijn nieuwe paard mee kan doen aan dressuurwedstrijden. Na de koop blijkt het paard rugklachten te hebben waardoor het ongeschikt is voor de paardensport. Bovendien is het paard door de rugklachten aanzienlijk minder waard (slechts € 2.000). Schadevergoeding in plaats van de prestatie zou in dit geval neerkomen op € 8.000, waarmee het waardeverschil tussen een gezond paard en een kreupel paard is gecompenseerd. Gsell is van mening dat de tevergeefs gemaakte kosten om het onstoffelijke voordeel van deelname aan dressuurwedstrijden te verkrijgen, daarmee alleen nog niet zijn gecompenseerd. Naar haar mening heeft de dressuurruiter ook nog recht op schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten. In dit geval compenseert de vergoeding voor de tevergeefs gemaakte kosten namelijk een andere schadepost dan de schadevergoeding in plaats van de prestatie.¹⁹² Nu er geen sprake is van dubbele compensatie, moeten beide vorderingen worden toegewezen. Schwarze is van mening dat ook in deze gevallen de benadeelde een keuze moet maken en de vorderingen niet kan combineren. Immers, wanneer de dressuurruiter het waardeverschil vergoed krijgt, heeft hij – weliswaar in geld in plaats van in natura – gekregen waar hij contractueel recht op had. De uitgaven zijn daarmee niet tevergeefs geweest, aangezien de ruiter met deze vergoeding een ander paard kan aanschaffen.¹⁹³ Het BGH heeft zich over dit probleem nog niet uitgelaten.

Wel besliste het BGH dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor 'gewone' gevolgschade en vertragingsschade naast een eventuele vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten. De regeling van § 284 BGB sluit het combineren van een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten met andere vormen van schadevergoeding namelijk niet uit. Het feit dat de bovengenoemde koper van een bedrijfsauto ook schadevergoeding vorderde voor de kosten van een schade-expert, stond dan ook niet aan een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten in de weg. Zulke kosten om de schade vast te stellen zijn immers 'gewone' gevolgschade, die de benadeelde zonder problemen naast

191 Gsell 2003, p. 338. Zie ook: Schwarze 2017, p. 379 en Weitemeyer *AcP* 2005, p. 293-295.

192 Gsell 2003, p. 339-340 en Gsell *NJW* 2006, p. 126. Zie ook: Bruch 2004, p. 102-103 en, met name, Tröger *ZIP* 2005, p. 2244.

193 Schwarze 2017, p. 379. Zie ook: Weitemeyer *AcP* 2005, p. 295.

een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten toegekend kan krijgen, aldus het BGH.¹⁹⁴

7.5 TUSSENCONCLUSIE

Zowel de commercialiseringsgedachte als de frustratieleer is altijd omstreden geweest in de literatuur en heeft geleid tot een – zelfs voor onze oosterburen – omvangrijk juridisch debat. Toch hebben beide ideeën hun weerslag gekregen in het Duitse recht. Sinds de jaren zestig heeft het BGH geleidelijk de commercialiseringsgedachte aanvaard. Tegenwoordig kan een benadeelde aanspraak maken op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie het gebruiksgenot van een goed is misgelopen. Het BGH kwalificeert gemist gebruiksgenot namelijk als vermogensschade, mits aan enkele voorwaarden is voldaan. Zo moet het gaan om een voor het dagelijkse levensonderhoud essentieel goed, zoals een woonhuis of een auto. Daarnaast moet het gederfde gebruiksgenot het gevolg zijn van een aantasting van het goed zelf én moet de benadeelde de wil en de mogelijkheid hebben gehad om het goed te gebruiken in de periode dat het onbruikbaar was. Een benadeelde heeft ook recht op een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot wanneer hij het genot van zijn goed slechts gedeeltelijk is misgelopen. Door deze gedeeltelijke aanvaarding van commercialiseringsgedachte is het voor benadeelden in enkele belangrijke gevallen, zoals bij gederfd woongenot of bij gemist gebruiksgenot van een auto, al sinds halverwege de jaren tachtig mogelijk om met succes schadevergoeding te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

Met de modernisering van het Duitse verbintenissenrecht heeft de wetgever ook de frustratieleer aanvaard in het contractenrecht en daarmee de positie van benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen aanzienlijk verbeterd. Sinds de invoering van § 284 BGB hebben benadeelden immers een algemeen recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij met hun uitgaven een onstoffelijk voordeel nastreven, maar zij dit voordeel door een wanprestatie van hun wederpartij zijn misgelopen. De nieuwe paragraaf stelt weliswaar enkele additionele eisen aan het recht op een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten – zoals dat de kosten in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst moeten zijn gemaakt en dat het billijk moet zijn om de wederpartij voor deze uitgaven op te laten draaien – maar § 284 BGB zorgt ervoor dat benadeelden tegenwoordig een algemene aanspraak hebben op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten.

194 BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2488, p. 2850 (II.1.d): ‘Aufwendungsersatz ist eine Alternative allein zum Schadensersatz statt der Leistung, nicht zum Schadensersatz schlechthin’. Zie ook: Bunzel 2007, p. 226-227 en Schenk *ZGS* 2008, p. 56.

8 | Vermogensschade in Engeland

8.1 INLEIDING

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

8.2 DE RELIANCE MEASURE

8.2.1 Een keuze tussen twee alternatieve wijzen van schadebegroting bij wanprestatie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.2.2 Een rentabiliteitsvermoeden

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.3 TEVERGEEFS GEMAAKTE KOSTEN EN GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL

8.3.1 Een eerste precedent

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34 Owen *CLJ* 1985, p. 26.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.3.2 Een leerstuk in zijn kinderschoenen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

46 Kramer 2017, p. 544-546.

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

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

8.4 TUSSENCONCLUSIE

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

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

49 Zie daarover Kramer 2017, p. 195.

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

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

DEEL IV

Naar een algemeen recht op
schadevergoeding voor gemist
onstoffelijk voordeel

9 | Gemist onstoffelijk voordeel in rechtsvergelijkend perspectief

9.1 INLEIDING

Ten aanzien van de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel staat het Nederlandse schadevergoedingsrecht voor vergelijkbare vragen als het Duitse en het Engelse recht. De antwoorden die in de drie rechtssystemen zijn gegeven op deze vragen vertonen verschillen, maar ook belangrijke overeenkomsten. Zo zijn er tussen het Nederlandse en het Duitse recht opvallende gelijkenissen ten aanzien van de mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen. Het Engelse recht is juist aanzienlijk ruimhartiger met het toekennen van smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel (§ 9.2). Maar het recht op smartengeld vertelt slechts het halve verhaal. In het Nederlandse en Duitse recht is op onderling verschillende wijzen het vermogensschadebegrip zodanig ruim geïnterpreteerd dat ook gemiste onstoffelijke voordelen of de tevergeefs gemaakte kosten om zulke voordelen te verkrijgen, vermogensschade vormen. Het vermogensschadebegrip is in het Engelse recht weliswaar minder tot ontwikkeling gekomen, maar ook daar ziet men in de literatuur en jurisprudentie de gedachte terug dat de tevergeefs gemaakte kosten van een benadeelde een goede indicatie kunnen zijn van de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel (§ 9.3).

Het huidige Nederlandse recht laat benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen dus zeker niet met lege handen achter, maar biedt lang niet altijd volledige compensatie voor het gemiste onstoffelijke voordeel. Het Nederlandse recht geeft benadeelden, met andere woorden, geen algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. In het Duitse en het Engelse recht is dat niet anders (§ 9.4.1). Dat verbaast niet. In alle drie de rechtssystemen moest immers een lange weg worden afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen. In het Nederlandse, Duitse en Engelse recht doet zich sinds het einde van de negentiende eeuw een onmiskenbare rechtsontwikkeling voor naar een steeds ruimere vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel (§ 9.4.2). Deze rechtsontwikkeling roept enkele normatieve vragen op (§ 9.5).

9.2 SMARTENGELD

Voor de invoering van het Nieuw BW was in het Nederlandse recht nog een voorzichtige ontwikkeling in de lagere rechtspraak te zien naar een recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, zoals voor in het water gevallen vakanties en voor mislukte trouwfoto's.¹ Bovendien waren er wetgevingsinitiatieven en arresten van de Hoge Raad die erop leken te duiden dat het recht op smartengeld geleidelijk verder zou worden verruimd. De invoering van het Nieuw BW heeft deze ontwikkeling naar een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel in de kiem gesmoord.² In het huidige Nederlandse recht is de hoofdregel namelijk dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij als gevolg van een wanprestatie slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Dat volgt niet alleen indirect uit het gesloten stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW – dat het recht op smartengeld beperkt tot enkele in de wet bepaalde gevallen – maar is ook een bestendige lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad.³ Door deze hoofdregel heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld.

Toch laat het huidige Nederlandse recht benadeelden niet in alle gevallen met lege handen achter. Een belangrijke uitzondering op de hoofdregel is dat een teleurgestelde vakantieganger recht heeft op smartengeld voor gederfd reisgenot wanneer zijn reisorganisator een pakketreisovereenkomst niet nakomt.⁴ Daarnaast heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer zijn wederpartij door een wanprestatie te plegen eveneens inbreuk maakt op een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Hoewel de reikwijdte van deze nieuwe smartengeldcategorie nog niet volledig is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie, is op deze nieuwe grond al enkele malen smartengeld toegekend aan benadeelden die door een wanprestatie het door hen nagestreefde woongenot zijn misgelopen. Het lijkt er bovendien op dat deze nieuwe uitzondering ook benadeelden die door een wanprestatie andere onstoffelijke voordelen zijn misgelopen, onder omstandigheden aanspraak geeft op smartengeld, bijvoorbeeld wanneer door een beroepsfout van een advocaat fundamentele persoonlijkheidsrechten van zijn cliënt geschonden worden, zoals het recht op een gezinsleven of het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁵

Het Nederlandse recht op smartengeld is geïnspireerd op het Duitse recht en vertoont daarmee dan ook enkele belangrijke gelijkenissen. Ook in het Duitse recht is de hoofdregel dat immateriële schade slechts voor vergoeding

1 Zie: § 3.2.3.2.

2 Zie: § 3.2.3.1-3.2.3.2.

3 Zie: § 3.2.1-3.2.2.

4 Zie: § 3.3.

5 Zie: § 3.4.

in aanmerking komt wanneer dat wettelijk is bepaald.⁶ Na de invoering van het BGB in 1900 konden benadeelden die schadevergoeding vorderden op grond van wanprestatie lange tijd helemaal geen aanspraak op smartengeld maken.

Tot 2002 was de enige belangrijke uitzondering op deze hoofdregel dat teleurgestelde vakantiegangers recht hebben op smartengeld voor gedeerd reisgenot wanneer hun reisorganisator een reisovereenkomst niet nakomt. Deze uitzondering in het Nederlandse en Duitse recht voor mislukte vakanties – die in beide landen al voor de eerste Europese richtlijn over pakketreizen tot ontwikkeling kwam – vormt een opvallende overeenkomst tussen beide rechtstelsels. Er zijn echter ook twee verschillen. In het Duitse recht geldt een additionele drempel: het vakantiegenot moet in substantiële mate zijn misgelopen.⁷ Een dergelijk vereiste stelt het Nederlandse recht niet. In dit opzicht is het Nederlandse recht ruimhartiger. Het BGH past § 651n BGB, dat uitsluitend bij *pakketreisovereenkomsten* recht op smartengeld geeft, daarentegen analoog toe op andere gevallen van reisorganisatie, bijvoorbeeld wanneer een reisbureau alleen een vakantiehuisje voor zijn klant heeft geregeld.⁸ Nederlandse rechters passen de bepaling die bij pakketreizen een gedupeerde vakantie-ganger recht geeft op smartengeld vooralsnog niet analoog toe op andere gevallen van reisorganisatie. In dat opzicht is het Nederlandse recht dus restrictiever.

Sinds de hervorming van het schadevergoedingsrecht in 2002 heeft een benadeelde op grond van artikel § 253 lid 2 BGB ook recht op smartengeld wanneer een wanprestatie heeft geleid tot een aantasting van zijn lijf, gezondheid, vrijheid of seksuele zelfbeschikking. Voor contractspartijen die een immaterieel contractueel belang in hun overeenkomst hebben, heeft deze uitbreiding slechts tot bescheiden verbetering van hun rechtspositie geleid, met name omdat zij alleen recht op smartengeld hebben wanneer het een doel van de overeenkomst is om een van de in § 253 lid 2 BGB genoemde rechtsgoederen te beschermen. Toch biedt de nieuwe paragraaf benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, enkele nieuwe mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen, bijvoorbeeld bij beroepsfouten van advocaten. Zo kende de Duitse rechter smartengeld toe aan een verdachte die door een vergissing van zijn advocaat onnodig lang in voorlopige hechtenis had gezeten. De wanprestatie van de advocaat leidde namelijk tot een aantasting van de vrijheid van deze verdachte, terwijl de overeenkomst tussen hen juist tot doel had om zijn vrijheid te beschermen.⁹

In het Nederlandse recht heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen recht op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Hoewel in de rechtspraak dus

6 Zie: § 4.2.1.

7 Zie: § 4.3.1 en 4.3.3.

8 Zie: § 4.3.4.

9 Zie: § 4.4.1.

nog niet volledig is uitgekristalliseerd wanneer daarvan sprake is, is het wel aannemelijk dat daaronder meer valt dan een aantasting van de in § 253 BGB genoemde rechtsgoederen. Zo is in de Nederlandse rechtspraak niet alleen aangenomen dat een onterechte hechtenis een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht kan zijn, maar ook een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of het recht op een gezinsleven.¹⁰ In het Duitse recht is weliswaar in algemene zin erkend dat een onrechtmatige schending van het persoonlijkheidsrecht de benadeelde een recht op smartengeld geeft, maar ziet men in de lagere rechtspraak vooralsnog nauwelijks voorbeelden van gevallen waarin een benadeelde bij wanprestatie op deze grond smartengeld krijgt toegewezen.¹¹ Het Nederlandse recht lijkt dus in ruimere mate dan het Duitse recht smartengeld toe te kennen bij schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten die het gevolg zijn van een wanprestatie.

Een laatste verschil tussen de twee rechtssystemen is dat de Duitse literatuur aanzienlijk kritischer is over de beperkte mogelijkheden om smartengeld te vorderen dan de Nederlandse. Zeker voor de Tweede Wereldoorlog, maar ook tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW, was weliswaar een deel van de Nederlandse literatuur nog van mening dat benadeelden recht zouden moeten hebben op smartengeld wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, maar na de invoering van het Nieuw BW verstomde dit tegengeluid grotendeels.¹² De huidige Nederlandse literatuur lijkt deze beperkte mogelijkheden niet als een probleem te zien. De hoofdregel dat een benadeelde bij meer of minder sterk psychisch onbehagen geen recht heeft op smartengeld vindt tegenwoordig over het algemeen juist steun. Zo bekritiseert een deel van de Nederlandse literatuur het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot omdat deze bepaling zich slecht verhoudt met deze hoofdregel.¹³ De Duitse juridische literatuur is daarentegen sinds de invoering van het BGB in 1900 onverminderd kritisch geweest op de beperkte mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen. Aan het begin van de twintigste eeuw richtte deze kritiek zich hoofdzakelijk op de beperkte vergoedbaarheid van immateriële schade bij wanprestatie in het algemeen.¹⁴ Na de Tweede Wereldoorlog veranderde dat in een pleidooi voor de erkenning van een nieuwe grondslag om smartengeld toe te kennen. Een benadeelde zou recht moeten hebben op smartengeld wanneer het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst ligt en hij door de wanprestatie van zijn wederpartij dit voordeel vervolgens misloopt.¹⁵ In het voorontwerp van het BGB en bij een later hervor-

10 Zie: § 3.4.

11 Zie: § 4.4.2.

12 Zie: § 3.2.3.

13 Zie: § 3.2.1 en § 3.3.1.

14 Zie: § 4.2.2.1.

15 Zie: § 4.2.2.1.

mingsvoorstel is weliswaar geopperd om een dergelijk recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel in het BGB op te nemen, maar deze voorstellen hebben het uiteindelijk niet gehaald.¹⁶

Het Engelse recht is ruimhartiger. In dit rechtstelsel is de hoofdregel dat een benadeelde bij wanprestatie in beginsel geen recht heeft op smartengeld.¹⁷ Deze regel vertoont een sterke gelijkenis met het Nederlandse en Duitse gesloten stelsel, dat immers eveneens als uitgangspunt neemt dat een benadeelde *geen* recht heeft op smartengeld, tenzij uit de wet voortvloeit dat hij dat wel heeft. Anders dan in Nederland en Duitsland, heeft het Engelse rechters altijd vrijgestaan om – binnen de kaders van het precedentenstelsel – op deze hoofdregel uitzonderingen te maken. Dat is ook gebeurd. Al in de negentiende eeuw ontwikkelde zich de regel dat een benadeelde wel recht op smartengeld heeft wanneer hij door een wanprestatie fysiek ongemak heeft ervaren.¹⁸ Aan fysiek ongemak wordt tegenwoordig een ruime uitleg gegeven, waardoor bijvoorbeeld ook stank- en geluidsoverlast er onder kunnen vallen.¹⁹ Sinds de jaren zeventig ontwikkelde zich bovendien een nieuwe uitzondering in het Engelse recht. Een benadeelde heeft ook recht op smartengeld wanneer het een doel van de door hem gesloten overeenkomst is om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, maar hij dit voordeel door de wanprestatie is misgelopen. Deze rechtsontwikkeling vindt haar oorsprong in gevallen van gederfd reisgenot, maar rechters pasten deze jurisprudentie over reisovereenkomsten vrijwel meteen analoog toe op gevallen waarin benadeelden andere onstoffelijke voordelen nastreefden met een overeenkomst.²⁰ Tegenwoordig heeft deze uitzondering een algemeen karakter. Het toepassingsbereik is niet beperkt tot bepaalde overeenkomsten of bepaalde onstoffelijke voordelen.²¹ Bovendien vereist het Engelse recht niet dat een overeenkomst tot enige of voornaamste doel heeft om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te schaffen. Het volstaat als het verkrijgen van zulk voordeel één van de doelen is die de benadeelde met de overeenkomst nastreeft.²²

Zo'n algemeen recht op smartengeld in gevallen dat het een doel van een overeenkomst is om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, kent het Nederlandse recht niet. Ook het recht op smartengeld voor fysiek ongemak is het Nederlandse recht vreemd. Hoewel benadeelden naar Nederlands recht in uitzonderlijke gevallen – zoals bij een wanprestatie van een pakketreisovereenkomst of bij een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht – ook recht hebben op een vergoeding van hun immateriële schade,

16 Zie: § 4.2.2.2.

17 Zie: § 5.2.

18 Zie: § 5.3.1.

19 Zie: § 5.3.2.

20 Zie: § 5.4.1-5.4.3.

21 Zie: § 5.4.4.2.

22 Zie: § 5.4.3.

hebben zij naar Engels recht aanzienlijk ruimere mogelijkheden om met succes smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen.

Een deel van de Engelse literatuur wil zelfs nog een stap verder gaan en benadeelden bij wanprestatie een algemeen recht op smartengeld geven. Deze auteurs willen de hoofdregel uit *Addis v. Gramophone* helemaal laten varen en zo de laatste verschillen tussen de vergoedbaarheid van vermogensschade en immateriële schade opheffen.²³ In de Engelse literatuur zijn dus, net als in de Duitse literatuur, veel meer kritische geluiden te horen dan in Nederland over het beperkte recht op smartengeld.

9.3 VERMOGENSSCHADE

De mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, vertellen echter maar het halve verhaal. In het huidige Nederlandse recht heeft een benadeelde wel degelijk recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, maar wordt gemist onstoffelijk voordeel als een vorm van vermogensschade gekwalificeerd. Al sinds het begin van de twintigste eeuw is een deel van de Nederlandse literatuur kritisch over de door onder andere Drucker en Meijers verdedigde kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel als immateriële schade. De gedachte van dit deel van de literatuur is dat onstoffelijk voordeel een zekere economische waarde heeft, omdat een benadeelde in de regel financiële offers heeft moeten brengen om het voordeel te verkrijgen. Het mislopen ervan zou om die reden geen immateriële schade maar vermogensschade vormen, ondanks het feit dat zulk nadeel voor de benadeelde geen vermogensachteruitgang tot gevolg heeft.²⁴ Na de Tweede Wereldoorlog won dit ruimere vermogensschadebegrip rap terrein in de Nederlandse literatuur en tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW onderschreef ook de Minister van Justitie de stelling dat gemist onstoffelijk voordeel dat tegen betaling kan worden verkregen als vermogensschade moet worden gekwalificeerd.²⁵

Het duurde even voordat dit ruimere vermogensschadebegrip ook in de Nederlandse jurisprudentie zijn intrede deed, maar sinds de invoering van het Nieuw BW geeft ook de Hoge Raad een zodanig ruime uitleg aan vermogensschade dat ook gemist onstoffelijk voordeel daar onder kan vallen.²⁶ In *Burger/Brouwer Motors* formuleert de Hoge Raad twee belangrijke uitgangspunten. Ten eerste kwalificeert hij gemist onstoffelijk voordeel dat tegen betaling verkregen kan worden, als vermogensschade en aanvaardt hij daarmee

23 Zie: § 5.4.5.

24 Zie: § 6.2.1-6.2.2.

25 Zie: § 6.2.3.

26 Zie: § 6.2.4.

het in de literatuur verdedigde ruimere vermogensschadebegrip. Ten tweede geeft hij aan dat zulke schade in beginsel begroot moet worden aan de hand van de uitgaven die een benadeelde heeft gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen, maar die tevergeefs zijn geworden nu hij door de wanprestatie dit voordeel is misgelopen.²⁷ De Hoge Raad verruimde daarmee het vermogensschadebegrip in algemene zin. Zo beperkte hij dit recht op schadevergoeding niet tot bepaalde onstoffelijke voordelen, overeenkomsten of gevalstypen. Bovendien heeft een benadeelde ook recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel wanneer hij door een onrechtmatige daad zulk voordeel is misgelopen.²⁸ Wel bracht de Hoge Raad enkele algemene beperkingen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel aan. Allereerst geldt er een additionele redelijkheidstoets. Wanneer er excessief hoge uitgaven zijn gedaan om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, kan het onredelijk zijn om de waarde van dit voordeel te begroten aan de hand van deze uitgaven, zelfs wanneer het op grond van artikel 6:98 BW redelijk is om het gemiste onstoffelijke voordeel aan de wederpartij toe te rekenen.²⁹ Wanneer een benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel ondanks de wanprestatie toch deels heeft verkregen, zijn ook de gedane uitgaven om dit voordeel te verkrijgen slechts voor een deel tevergeefs geweest. In zulke gevallen moeten rechters de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel begroten op een deel van de gemaakte kosten dat evenredig is aan de mate waarin het onstoffelijke voordeel is misgelopen. Bovendien heeft een benadeelde alleen recht op schadevergoeding wanneer hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen. De literatuur is weliswaar verdeeld over de vraag wanneer aan dit vereiste is voldaan, maar lagere rechters lijken over het algemeen een relatief lage drempel te hanteren.³⁰ Wanneer ook zonder de wanprestatie het onstoffelijke voordeel niet zou zijn verkregen, heeft een benadeelde geen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Er ontbreekt dan immers causaal verband tussen de wanprestatie en het mislopen van het onstoffelijke voordeel.³¹

Ook een deel van de Duitse literatuur verdedigt de gedachte dat gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade zou moeten kwalificeren wanneer zulk voordeel in het economische verkeer tegen betaling kan worden verkregen. Op deze commercialiseringsgedachte is echter ook de nodige kritiek geweest. Zo zou de commercialiseringsgedachte de door de wetgever gewilde beperkingen aan het recht op smartengeld omzeilen door met een ingewikkelde dogmatische constructie een schadepost die in essentie immaterieel van aard

27 Zie: § 6.3.1. Uit latere rechtspraak blijkt dat ook alternatieve begrotingswijzen van het gemiste onstoffelijke voordeel soms aangewezen zijn (zie § 6.3.3).

28 Zie: § 6.3.2.1.

29 Zie: § 6.3.2.2.

30 Zie: § 6.3.2.3.

31 Zie: § 6.3.2.4.

is, om te vormen tot vergoedbare vermogensschade. De commercialiseringsgedachte holt zo § 253 lid 1 BGB uit en resulteert in een oeverloze uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht.³²

In de Duitse rechtspraak is de commercialiseringsgedachte dan ook in minder algemene zin aanvaard dan in het Nederlandse recht. Alleen het tijdelijk gemiste gebruiksgenot van een goed dat essentieel is voor het dagelijkse levensonderhoud, zoals een auto of een huis, wordt gekwalificeerd als vergoedbare vermogensschade. Het gederfde gebruiksgenot van luxegoederen, zoals privézwembaden en bontmantels, ziet het Duitse recht daarentegen gewoon als een vorm van immateriële schade, die niet voor vergoeding in aanmerking komt.³³ Bovendien is vereist dat de derving van het gebruiksgenot het gevolg is van een aantasting van de gebruiksmogelijkheid van een goed zelf en dat de benadeelde ook daadwerkelijk de wil en de mogelijkheid had om het goed te gebruiken in de periode dat deze onbruikbaar was.³⁴ Uit dit laatste vereiste volgt ook dat de benadeelde geen recht heeft op zo'n vergoeding wanneer hem tijdens de onbruikbaarheid van zijn goed een vergelijkbaar goed ter beschikking stond.³⁵ Hoewel daar lange tijd twijfel over bestond, staat het tegenwoordig vast dat een benadeelde ook recht heeft op een vergoeding voor tijdelijk gederfd gebruiksgenot, wanneer hij dit genot *als gevolg van een wanprestatie* is misgelopen.³⁶ Duitse rechters begroten het tijdelijk gemiste gebruiksgenot aan de hand van de prijs van een vervangend goed, waar de eventuele winst van de verhuurder vervolgens van wordt afgetrokken, of aan de hand van de kosten die nodig zijn om het tijdelijk onbruikbare goed te verkrijgen en te onderhouden.³⁷ Dit is vergelijkbaar met de wijze waarop in het Nederlandse recht de schade voor gemist onstoffelijk voordeel wordt begroot.

In het Nederlandse recht is de commercialiseringsgedachte dus in veel algemenere zin aanvaard dan in het Duitse recht. Toch heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, in het huidige Duitse recht een algemeen recht op schadevergoeding. Met de invoering van § 284 BGB heeft de Duitse wetgever de frustratieleer binnen het contractenrecht omarmd. Ook de frustratieleer geeft een ruime interpretatie aan het vermogensschadebegrip, maar anders dan de commercialiseringsgedachte ziet deze leer niet het gemiste onstoffelijke voordeel als vergoedbare vermogensschade, maar de tevergeefs uitgaven die een benadeelde heeft gedaan om dit voordeel te verkrijgen. Voorstanders van deze leer verleggen daarmee de blik van het gemiste onstoffelijke voordeel zelf naar de tevergeefs gemaakte kosten. Ook

32 Zie: § 7.2.1.

33 Zie: § 7.2.2.2.

34 Zie: § 7.2.2.3-7.2.2.4.

35 Zie: § 7.2.2.5.

36 Zie: § 7.2.2.6.

37 Zie: § 7.2.3.

de frustratieleer is omstreden in de Duitse literatuur. Net zoals de commercialiseringsgedachte zou de frustratieleer het aansprakelijkheidsrecht oeverloos doen uitdijen en § 253 lid 1 BW uithollen. Daarmee zou ook deze ruimere interpretatie van het vermogensschadebegrip de wil van de wetgever ondergraven. Een andere bedenking bij de frustratieleer is dat causaal verband tussen de gemaakte kosten en de wanprestatie zou ontbreken. Immers, ook als de wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, zou de benadeelde kosten hebben gemaakt om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Het relevante verschil is echter, zo betogen de voorstanders van de frustratieleer, dat bij een correcte nakoming van de overeenkomst deze kosten niet tevergeefs zouden zijn geweest. De schade is dan ook niet gelegen in de gemaakte kosten, maar in het 'tevergeefs worden' ervan.³⁸

De rechtspraak wees de frustratieleer lange tijd resoluut van de hand, maar in 2002 besloot de wetgever benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen toch een recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten te bieden.³⁹ De huidige § 284 BGB geeft benadeelden een recht op schadevergoeding voor het 'tevergeefs worden' van uitgaven die zijn gedaan om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Anders dan bij de commercialiseringsgedachte, beoogt de vergoeding van § 284 BGB dus geen compensatie te bieden voor het gemiste onstoffelijke voordeel zelf. Waar de Hoge Raad het recht op schadevergoeding voor benadeelden grondt op de commercialiseringsgedachte, kiest de Duitse wetgever ervoor hun aanspraak te baseren op de frustratieleer.⁴⁰ Hoewel de dogmatische inpassing dus verschillend is, hebben benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel mislopen, in het Duitse en het Nederlandse recht in de praktijk een zeer vergelijkbare aanspraak. In beide landen hebben benadeelden recht op een vergoeding ter hoogte van hun tevergeefs gemaakte kosten, wanneer zij door een wanprestatie van hun wederpartij een met de overeenkomst nagestreefd onstoffelijk voordeel niet hebben verkregen.⁴¹ In beide landen kan de wederpartij zich met succes verweren tegen aansprakelijkheid door te bewijzen dat de benadeelde het onstoffelijke voordeel ook niet zou hebben verkregen wanneer zij haar contractuele verplichtingen wel zou zijn nagekomen.⁴² Wanneer een benadeelde het onstoffelijke voordeel ondanks de wanprestatie toch deels verkrijgt, zal vergoeding in beide rechtssystemen in evenredige mate worden verminderd.⁴³ Tot slot kent zowel het Duitse als het Nederlandse recht een additionele billijkheidstoets, die rechters de ruimte geeft om op grond van billijkheidsoverwegingen bepaalde tevergeefs gemaakte kosten buiten beschouwing te laten.⁴⁴

38 Zie: § 7.3.1.

39 Zie: § 7.3.1, § 7.4.1 en § 7.4.3.1.

40 Zie: § 7.4.2.

41 Zie: § 7.4.1 en § 7.4.3.1.

42 Zie: § 7.4.3.7.

43 Zie: § 7.4.3.6.

44 Zie: § 7.4.3.4.

Maar er zijn zeker ook verschillen. Omdat in het Nederlandse recht de tevergeefs gemaakte kosten slechts worden gebruikt als een begrotingsmaatstaf, staat het een Nederlandse rechter vrij om de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel op een andere wijze te begroten dan aan de hand van deze kosten.⁴⁵ Deze vrijheid heeft een Duitse rechter bij de toepassing van § 284 BGB niet, omdat in deze paragraaf het 'tevergeefs worden' van de gemaakte kosten als de te vergoeden schade wordt aangemerkt. Om die reden is er in de Duitse literatuur en rechtspraak ook meer aandacht voor deze kosten, zoals voor de vraag welke kosten onder het bereik van § 284 BGB vallen, wanneer kosten werkelijk tevergeefs zijn en wanneer zij nog geacht kunnen worden in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst te zijn gemaakt.⁴⁶ Het belang van deze verschillen moet niet worden overschat. Het uitgangspunt in het Nederlandse recht blijft immers dat gemist onstoffelijk voordeel moet worden begroot aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten. Wanneer een Nederlandse rechter het gemiste onstoffelijke voordeel aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten begroot, komt hij voor vergelijkbare vragen te staan als zijn Duitse collega die § 284 BGB moeten toepassen. Hoewel, anders dan in Nederland, de antwoorden op veel van deze vragen in de Duitse literatuur en rechtspraak al uitvoerig zijn besproken, valt niet te verwachten dat de antwoorden in het Nederlandse recht wezenlijk anders zullen zijn. Het lijkt bijvoorbeeld niet waarschijnlijk dat een Nederlandse rechter, anders dan zijn Duitse collega, wel bereid zou zijn om tevergeefs gemaakte kosten in de schadebegroting te betrekken die de benadeelde heeft gemaakt op het moment dat hij al wist dat zijn wederpartij niet zou nakomen.⁴⁷ Het zou kunnen dat er enkele accentverschillen ontstaan wanneer het Nederlandse recht zich verder ontwikkelt, maar het Nederlandse en Duitse recht zullen naar alle waarschijnlijkheid in grote lijnen vergelijkbaar blijven.

Eén verschil tussen het Duitse en Nederlandse recht is daarentegen wel substantieel. Anders dan het Nederlandse recht, vereist het Duitse recht niet dat een benadeelde het onstoffelijke voordeel in rechte relevante mate is misgelopen. Hoewel deze drempel in het huidige Nederlandse recht niet bijzonder hoog lijkt te liggen, maakt dit additionele vereiste dat de mogelijkheden voor benadeelden om schadevergoeding te krijgen voor gemist onstoffelijk voordeel in Nederland enigszins beperkter zijn dan in Duitsland.

Een juridisch debat over de reikwijdte van het vermogensschadebegrip zoals in Nederland en Duitsland heeft in de Engelse rechtspraak en literatuur vooralsnog niet plaatsgevonden. In de Engelse rechtspraak spelen tevergeefs gemaakte kosten traditioneel uitsluitend een rol in gevallen waarin een benadeelde moeite heeft om te bewijzen dat hij door een wanprestatie winst heeft gederfd. In de oudere rechtspraak leek de benadeelde in zulke gevallen een

⁴⁵ Zie: § 6.3.3.

⁴⁶ Zie respectievelijk: § 7.4.3.2, § 7.4.3.5 en § 7.4.3.3.

⁴⁷ Zie daarover in het Duitse recht: § 7.4.3.3.

keuze te hebben tussen twee alternatieve schadevergoedingsvorderingen. Hij kon er allereerst voor kiezen om in de positie te worden geplaatst waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Hij zou in dat geval recht hebben op een vergoeding van zijn gederfde winst. Het alternatief was om in de positie te worden geplaatst waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou zijn aangegaan. In dat geval zou hij een vergoeding krijgen voor de kosten die hij in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst reeds heeft gemaakt en die door de wanprestatie tevergeefs blijken te zijn. In de literatuur en de Amerikaanse en Canadese rechtspraak werd er op gewezen dat zo'n keuzemogelijkheid tot overcompensatie kan leiden. Wanneer een benadeelde verliesgevende investeringen heeft gedaan zijn de tevergeefs gemaakte kosten namelijk hoger dan de omzet die hij bij correcte nakoming door zijn wederpartij zou hebben gerealiseerd. Anders gezegd, de benadeelde zou bij de nakoming van de overeenkomst zijn gemaakte kosten nooit hebben terugverdiend. Wanneer hem ook in zulke gevallen een recht op een volledige vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten zou worden gegeven, zou hij door deze vergoeding in een betere positie terechtkomen dan hij zou zijn geweest wanneer de overeenkomst gewoon zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. In latere rechtspraak werd de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten dan ook gemaximeerd tot het positieve contractsbelang van de benadeelde. Eventuele verliezen die de benadeelde ook zou hebben geleden bij correcte nakoming van de overeenkomst en eventueel voordeel dat de wanprestatie hem heeft opgeleverd, moeten van de tevergeefs gemaakte kosten worden afgetrokken. Toch kan het voor een benadeelde gunstig zijn om schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten te vorderen. Het is namelijk aan zijn wederpartij om te bewijzen dat de benadeelde zijn tevergeefs gemaakte kosten *niet* zou hebben terugverdiend, terwijl hij de omvang van zijn gederfde winst zelf moet bewijzen.⁴⁸

De huidige literatuur en rechtspraak gaan er dan ook vanuit dat een benadeelde geen materieel recht heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar dat hij uitsluitend het recht heeft zich te beroepen op het bewijsvermoeden dat de door hem misgelopen omzet ten minste gelijk zou zijn geweest aan de kosten die hij heeft gemaakt om die omzet te realiseren. Het doel blijft om de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest in het geval dat de overeenkomst zou zijn nagekomen, maar de benadeelde wordt wel een handje geholpen bij het bewijzen van de omvang van zijn schade.⁴⁹ Wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel nastreeft, staat het vast dat hij zijn uitgaven nooit zou hebben terugverdiend. De benadeelde streeft in zulke gevallen immers helemaal niet na om een omzet te realiseren die ten minste de gemaakte kosten dekt, maar om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. In de Duitse rechtspraak, dat een vergelijkbaar rentabili-

48 Zie: § 8.2.1.

49 Zie: § 8.2.2.

teitsvermoeden kent, kunnen benadeelden zich om die reden niet met succes beroepen op dit bewijsvermoeden in zulke gevallen.⁵⁰ De Engelse literatuur en rechtspraak lijken dat anders zien. Zij zien de tevergeefs gemaakte kosten juist als een nuttige maatstaf om de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel te begroten.⁵¹ Deze begrotingswijze van gemist onstoffelijk voordeel staat echter nog in haar kinderschoenen. Zo is het nog niet duidelijk hoe deze begrotingsmaatstaf zich verhoudt tot de overweging van Lord Steyn in *Farley v. Skinner* dat vergoedingen voor gemist onstoffelijk voordeel 'modest' en 'restrained' moeten blijven. Maar de gedachte dat de tevergeefs gemaakte kosten een indicatie van de waarde van gemist onstoffelijk voordeel kunnen zijn, is dus ook het huidige Engelse recht niet vreemd.⁵²

9.4 DE BESCHERMING VAN IMMATERIËLE CONTRACTUELE BELANGEN IN HET HUIDIGE RECHT

9.4.1 Geen volledige bescherming van immateriële contractuele belangen...

Het Nederlandse recht biedt een benadeelde dus slechts in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, maar ziet gemist onstoffelijk voordeel wel als een vorm van vergoedbare vermogensschade, die in beginsel wordt begroot op de kosten die hij tevergeefs heeft gemaakt om dit voordeel te verkrijgen. Het Nederlandse recht biedt daarmee niet in alle gevallen een volledige vergoeding voor het gemiste onstoffelijke voordeel, maar compenseert wel een aanzienlijk gedeelte ervan.

Een onstoffelijk voordeel is een benadeelde ten minste waard wat hij heeft uitgegeven om het te verkrijgen.⁵³ Als dat niet zo zou zijn geweest, zou hij deze uitgaven immers nooit hebben gedaan.⁵⁴ Sinds *Burger/Brouwer Motors* staat het buiten kijf dat in het Nederlandse recht een benadeelde voor dat deel van de waarde van het door hem gemiste onstoffelijke voordeel met succes schadevergoeding kan vorderen. Het gemiste onstoffelijke voordeel wordt gezien als vermogensschade en begroot op de kosten die een benadeelde tevergeefs heeft gemaakt om dat voordeel te verkrijgen. Alleen wanneer de benadeelde het onstoffelijke voordeel niet in rechtens relevante mate is misgelopen, ligt dat anders. In dat geval heeft een benadeelde geen recht op een vergoeding. In de huidige rechtspraak lijkt echter vrij snel te worden aangenomen dat een benadeelde in rechtens relevante mate het onstoffelijke voordeel

50 Zie: § 7.3.2.

51 Zie: § 8.3.1.

52 Zie: § 8.3.2.

53 Zie: § 2.4.1 en appendix 2.

54 Zie: § 2.4.3 en § 2.5.

is misgelopen en lijkt dit vereiste geen hoge drempel op te werpen. In het Duitse recht heeft een benadeelde bij wanprestatie tegenwoordig een vergelijkbaar algemeen recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten en heeft hij bovendien een specifiek recht op een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van goederen die essentieel zijn voor het dagelijkse levensonderhoud.

In de regel zal het nagestreefde onstoffelijke voordeel de benadeelde echter meer waard zijn dan de uitgaven die hij heeft gedaan om het voordeel te verkrijgen. De benadeelde streeft met zijn uitgaven namelijk een consumentensurplus na.⁵⁵ Voor dit gederfde consumentensurplus biedt de door de Hoge Raad ontwikkelde schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel geen compensatie. De begroting van deze schadepost vindt, zoals gezegd, plaats aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten. In het Nederlandse recht wordt de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel weliswaar ook wel eens op een andere wijze begroot – bij gederfd gebruiksgenot bijvoorbeeld aan de hand van de huurwaarde van een vervangend goed – maar bij geen enkele van de toegepaste begrotingsmaatstaven wordt rekening gehouden met het eventuele gederfde consumentensurplus van de benadeelde.⁵⁶ Dat is in het Duitse recht niet anders.⁵⁷

Hoewel dit in de Nederlandse literatuur zeker niet onomstreden is, lijkt het voor benadeelden wel mogelijk om naast een vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel ook smartengeld te vorderen. Zo is in de rechtspraak over gederfd woongenot aanvaard dat een benadeelde niet alleen recht heeft op een vergoeding van de vermogensschade bestaande uit het gederfde woongenot, maar daarnaast recht kan hebben op smartengeld voor een aantasting van zijn fundamentele recht op het ongestoorde genot van de eigen woning.⁵⁸ Doordat het mogelijk is om deze vorderingen te combineren, kan een benadeelde in enkele gevallen een bedrag aan smartengeld krijgen die enige compensatie biedt voor zijn gederfde consumentensurplus.

In het Duitse recht lijkt dat eveneens mogelijk. Zo geeft § 284 BGB de benadeelde slechts een recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar heeft hij daarnaast de mogelijkheid om een vergoeding te vorderen voor eventuele gevolgschade. Dat zou in theorie ook een vergoeding voor immateriële schade kunnen zijn.⁵⁹ Uit de rechtspraak over gederfd reisgenot blijkt duidelijk dat binnen het Duitse recht wordt erkend dat het gemiste reisgenot een hogere waarde kan hebben dan de reissom die een benadeelde heeft betaald om het reisgenot te verkrijgen. Het BGH overwoog

55 Zie: § 2.4.3 en § 2.5.

56 Zie: § 6.3.3.

57 Zie § 7.2.3 voor de begroting van gederfd gebruiksgenot. Bij § 284 BGB komen, zoals gezegd, de tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking.

58 Zie: § 6.4.

59 Zie: § 7.4.4.

expliciet dat een benadeelde naast een eventuele prijsvermindering recht heeft op smartengeld voor gederfd reisgenot. De prijsvermindering biedt slechts compensatie voor de lagere economische waarde van de tegenvallende vakantie. Het smartengeld voor gederfd reisgenot beoogt daarentegen compensatie te bieden voor het gederfde 'Immateriele Gewinn' van de gedupeerde vakantieganger.⁶⁰ In het Engelse recht ziet men smartengeld voor het gederfde vakantiegenot ook als een zelfstandige schadepost, waar een benadeelde aanspraak op kan maken *naast* een vergoeding voor de lagere economische waarde van de door het reisbureau geleverde vakantie.⁶¹

Net zoals in het Duitse recht, heeft een benadeelde in het Nederlandse recht slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Naast gevallen waarin een reisorganisator tekortschiet in de nakoming van een pakketreisovereenkomst, heeft een benadeelde alleen recht op smartengeld wanneer door de wanprestatie ook een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Alleen in zulke gevallen kan een benadeelde schadevergoeding voor de vermogensschade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel vorderen en heeft hij daarnaast nog recht op smartengeld. In andere gevallen heeft een benadeelde uitsluitend recht op een vergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel. Zo had Burger recht op een vergoeding ter hoogte van de uitgaven die hij tevergeefs had gedaan om aan de Dakar Rally deel te nemen, maar kon hij daarnaast geen smartengeld vorderen voor het gemiste plezier van de Dakar Rally. Hij had immers geen pakketreis geboekt en er was ook geen sprake van een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Burger kreeg, anders gezegd, het gemiste onstoffelijke voordeel niet volledig vergoed. Hij had wel recht op een vergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar niet voor het door hem misgelopen consumentensurplus of, anders gezegd, zijn gederfde immateriële winst.

Weliswaar zijn in het Engelse recht de mogelijkheden om smartengeld te vorderen voor gemist onstoffelijk voordeel ruimer, maar daar kennen rechters voorsnog betrekkelijk lage bedragen toe voor zulk nadeel. Het idee dat het gemiste onstoffelijke voordeel ten minste waard is wat een benadeelde tevergeefs heeft uitgegeven om het te verkrijgen – en in de regel zelfs nog meer – staat daar nog in zijn kinderschoenen.

Het huidige Nederlands recht laat benadeelden dus zeker niet met lege handen achter, maar zij hebben eveneens lang niet altijd recht op een volledige compensatie van hun gemiste onstoffelijke voordeel. Ook in het Engelse en het Duitse recht krijgen benadeelden een deel van hun gemiste onstoffelijke voordeel vergoed, maar ook slechts in uitzonderlijke gevallen de volledige waarde ervan. Het is niet verbazingwekkend dat benadeelden in geen van deze rechtssystemen een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist

60 Zie: § 4.3.3.

61 Zie: § 5.4.4.1.

onstoffelijk voordeel toekomt. Er moest immers een lange weg worden afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen.

9.4.2 ... maar wel een rechtsontwikkeling naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

De mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen zijn sinds het einde van de negentiende eeuw geleidelijk steeds verder verruimd in het Nederlandse recht. Vanaf dat moment lijkt er consensus in de literatuur te ontstaan dat een benadeelde recht zou moeten hebben op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Uit enkele wetgevingsprojecten blijkt bovendien dat zelfs de wetgever openstond voor een dergelijk algemeen recht op smartengeld.⁶² Tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW nam met name de Minister van Justitie een terughoudender standpunt in en in navolging van hem ontwikkelde zich ook in de rechtspraak de lijn dat meer of minder sterk psychisch onbehagen niet voor vergoeding in aanmerking komt. Met de invoering van artikel 6:95 BW en 6:106 BW werden de mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, in aanzienlijke mate beperkt.⁶³ De huidige Nederlandse literatuur onderschrijft deze beperking bovendien.

Maar vanaf het moment dat het Nederlandse recht een terughoudendere positie begint in te nemen ten aanzien van het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, groeit in de literatuur de steun voor de gedachte dat gemist onstoffelijk voordeel moet worden gekwalificeerd als vergoedbare vermogensschade.⁶⁴ Na de invoering van het Nieuw BW is ook in de rechtspraak algemeen aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is en daarmee voor vergoeding in aanmerking komt.⁶⁵ Bovendien aanvaardde de Nederlandse wetgever zelf vlak na de invoering van het Nieuw BW een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot in gevallen dat een pakketreis niet is nagekomen door een reisorganisator.⁶⁶ Het huidige Nederlandse recht biedt een benadeelde weliswaar lang niet in alle gevallen volledige compensatie voor het door hem misgelopen onstoffelijke voordeel, maar sinds het einde van de negentiende eeuw zijn de mogelijkheden voor deze benadeelde om met succes schadevergoeding te vorderen zonder twijfel ruimer geworden.

62 Zie: § 3.2.3.1.

63 Zie: § 3.2.3.2.

64 Zie: § 6.2.3.

65 Zie: § 6.3.

66 Zie: § 3.3.

Deze ontwikkeling in Nederland is niet uniek. In het Duitse en Engelse recht is een vergelijkbare rechtsontwikkeling naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te zien. In het Duitse recht hebben benadeelden op grond van § 253 BGB geen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, hoewel in de literatuur sinds de invoering van het BGB al voor een dergelijke aanspraak wordt gepleit.⁶⁷ Toch zijn ook daar de mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen gaandeweg verruimd, met name doordat het vermogensschadebegrip steeds ruimer is uitgelegd. Zo is het BGH sinds de jaren zestig in steeds ruimere mate gaan aanvaarden dat het gemiste gebruiksgenot van een goed als vermogensschade moet worden gekwalificeerd en daarmee voor vergoeding in aanmerking komt.⁶⁸ Ook ontwikkelde zich in de rechtspraak geleidelijk een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen.⁶⁹ De wetgever voorzag in § 651f BGB uiteindelijk zelf in een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot.⁷⁰ Na de millenniumwisseling voerde de wetgever bovendien § 284 BGB in, die benadeelden bij wanprestatie een algemeen recht geeft op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij door een wanprestatie het met deze kosten nagestreefde onstoffelijke voordeel zijn misgelopen.⁷¹

Sinds het begin van de twintigste eeuw is de hoofdregel in het Engelse recht dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op smartengeld.⁷² Ook in dat rechtstelsel hebben benadeelden sindsdien een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel gekregen. Op de hoofdregel zijn in de loop der jaren twee belangrijke uitzonderingen aanvaard. Een benadeelde heeft tegenwoordig niet alleen recht op smartengeld wanneer de wanprestatie fysiek ongemak tot gevolg heeft, maar ook wanneer de overeenkomst tot doel heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Aan beide uitzondering is een steeds ruimere uitleg gegeven in de jurisprudentie.⁷³

De geleidelijke uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verliep in ieder rechtstelsel anders. In het Nederlandse en Duitse recht werd op onderling verschillende wijze het vermogensschadebegrip steeds ruimer geïnterpreteerd, waardoor gemist onstoffelijk voordeel in steeds meer gevallen voor vergoeding in aanmerking is gekomen. In Engeland is juist het recht op smartengeld bij wanprestatie steeds verder uitgebreid. Desalniettemin tekent zich in alle drie de rechtstelsels hetzelfde beeld af. Benadeelden hebben sinds het einde van de negentiende eeuw onmiskenbaar

67 Zie: § 4.2.

68 Zie: § 7.2.2.

69 Zie: § 4.3.2.1.

70 Zie: § 4.3.2.2.

71 Zie: § 7.4.

72 Zie: § 5.2.

73 Zie: § 5.3 en § 5.4.

een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel gekregen.

9.5 TUSSENCONCLUSIE

De onmiskenbare rechtsontwikkeling die zich in alle drie de onderzochte rechtssystemen heeft voorgedaan, roept verschillende normatieve vragen op. Is deze rechtsontwikkeling niet onwenselijk? Of zou een benadeelde juist een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie moeten worden toegekend? Als wordt aanvaard dat benadeelden zo'n algemeen recht op een volledige vergoeding van hun gemiste onstoffelijke voordeel zouden moeten hebben, zou dit recht dan niet moeten worden beperkt en, zo ja, tot welke gevallen dan? Al deze vragen komen samen in de hoofdvraag van dit proefschrift: biedt het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende bescherming aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden? Dit proefschrift sluit af met een betoog over het antwoord op die vraag.

10 | Naar een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

10.1 EEN OMSTREDEN ONTWIKKELING IN HET NEDERLANDSE RECHT

10.1.1 De vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel ter discussie

In het Nederlandse recht zijn de mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen sinds het begin van de vorige eeuw steeds verder verruimd. Deze onmiskenbare rechtsontwikkeling, die zich ook in het Duitse en het Engelse recht heeft voorgedaan, is omstreden in de Nederlandse literatuur. Zo zien Krans en Lindenberg geen reden om de hoofdregel los te laten dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren.¹ Zij waren dan ook kritisch over het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot uit artikel 7:510 BW (oud), omdat deze bepaling slecht te verenigen was met deze hoofdregel.² Lindenberg sprak zelfs de vrees uit dat artikel 7:510 BW (oud) als ‘een breekijzer’ zou worden gebruikt om ook bij wanprestaties van andere overeenkomsten smartengeld voor gemist genot en plezier toe te kennen.³ Beiden lijken daarmee een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel onwenselijk te vinden.⁴

Ook op de verruiming van het vermogensschadebegrip is de nodige kritiek geweest. Zo is Lindenberg van mening dat de verloren belevingswaarde van een boom of ander natuurschoon niet als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Het gemiste plezier van een boom is namelijk – net zoals het gemiste gebruiksgenot van een auto – geen vermogensschade maar in feite gewoon immateriële schade.⁵ Ook Hartlief lijkt te vinden dat door de verruiming van het vermogensschadebegrip het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW wordt omzeild:

1 Lindenberg 1998, p. 171 en Krans 1999, p. 253. Zie eerder reeds anders: Beumers *NTBR* 2016, p. 178.

2 Lindenberg 1998, p. 116-118 en Krans 1999, p. 254-257.

3 Lindenberg 1998, p. 255.

4 Lindenberg 1998, p. 116-118 en Krans 1999, p. 254-257.

5 Lindenberg, par. 10, in zijn noot onder HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 (*Liander/Heiloo*).

‘Het gaat immers in wezen om vergoeding voor het gemis van immateriële voordelen, waarvoor in beginsel slechts in de in art. 6:106 BW opgesomde gevallen ruimte is.’⁶

Aan zulke vergoedingen dient dan ook strikt de hand te worden gehouden, aldus Hartlief:

‘Gebeurt dat niet, dan komt vergoeding van vergeefs gemaakte kosten feitelijk neer op toekenning van smartengeld buiten de in art. 6:106 BW limitatief opgesomde gevallen.’⁷

Kennelijk is Hartlief van mening dat dit onwenselijk zou zijn. Verheij laat zich in nog sterkere bewoordingen uit over de verruiming van het vermogensschadebegrip. Door gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade te kwalificeren ontstaat er naar zijn mening frictie met artikel 6:106 BW. De verruiming van het vermogensschadebegrip lijkt toch vooral ‘een truc’ te zijn om de beperkingen van het gesloten stelsel te omzeilen.⁸ Volgens Verheij heeft het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel dan ook ‘een nogal ongrijpbaar en zelfs semi-illegaal karakter’.⁹

Kortom, de huidige Nederlandse literatuur is niet overtuigd dat de geleidelijke uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een positieve ontwikkeling is geweest. Een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, ongeacht of dat als vermogensschade of als immateriële schade wordt gekwalificeerd, laat zich maar moeilijk verenigen met het gesloten en limitatieve stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW. Een dergelijk recht op schadevergoeding zou daarom niet, of slechts in uitzonderlijke gevallen, moeten bestaan.

Naar mijn mening zou het Nederlandse recht benadeelden bij wanprestatie juist een algemeen recht op een volledige vergoeding van hun gemiste onstoffelijke voordeel moeten bieden. Alleen zo kan voldoende bescherming worden geboden aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen. Het staat tegenwoordig immers buiten kijf dat het contractenrecht ook beoogt de immateriële belangen van contractspartijen te beschermen. Deze erkenning van immateriële contractuele belangen als een binnen het vermogensrecht beschermd belang heeft ook consequenties voor het schadevergoedingsrecht. De bescherming van de contractuele belangen van een benadeelde – wat het

6 A-G Hartlief, sub 3.19, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

7 A-G Hartlief, sub 3.19, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*). In vergelijkbare zin reeds Hijma, par. 3 en 4, in zijn annotatie onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*).

8 Verheij *AV&S* 2017, p. 113-114.

9 Verheij *AV&S* 2017, p. 115.

achterliggende doel van het schadevergoedingsrecht is – vergt dan namelijk dat ook gemist onstoffelijk voordeel in beginsel volledig voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen (§ 10.2). Toch kan een benadeelde in het huidige Nederlandse recht niet altijd aanspraak maken op een volledige vergoeding voor zulk nadeel. Er zijn in de literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis grofweg vier hoofdargumenten, die vervolgens in allerlei deelargumenten uiteenvallen, te onderscheiden ter rechtvaardiging van deze beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel. Geen van deze argumenten blijkt bij nadere beschouwing overtuigend te zijn. Het eerste hoofdargument komt er in de kern op neer dat, vanwege het immateriële karakter van gemist onstoffelijk voordeel, het om allerlei verschillende redenen niet mogelijk zou zijn zulk nadeel te compenseren met een geldbedrag. Naar mijn mening stelt het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel het Nederlandse recht zeker voor enkele uitdagingen, maar is het wel degelijk mogelijk om compensatie voor zulk nadeel te bieden (§ 10.3). Het tweede hoofdargument is dat het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel negatieve economische gevolgen zou hebben. Economische argumenten zijn weliswaar niet doorslaggevend in het bredere juridische debat, maar komen wel degelijk enig gewicht toe. De rechtseconomische literatuur blijkt echter verdeeld te zijn over de vraag of het toekennen van schadevergoeding voor zulk nadeel positieve dan wel negatieve economische effecten heeft. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de achterliggende normatieve vraag welke van de te verwachten economische effecten prioriteit zou moeten krijgen (§ 10.4). De potentiële oeverloze uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht vormt het derde hoofdargument. Weliswaar schuilt in iedere verruiming van het recht op schadevergoeding het gevaar van een navenante uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht, maar dat risico kan op zichzelf geen rechtvaardiging zijn om benadeelden een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontfagen. Het Duitse en het Engelse recht bieden met de *Schutzzwecklehre* respectievelijk het leerstuk van *assumption of responsibility* bovendien een nuttig en rechtvaardig instrument om ook in Nederland een eventuele uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht binnen de perken te houden (§ 10.5). Het vierde en laatste hoofdargument is dat het niet nodig zou zijn om benadeelden recht te geven op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, omdat een adequate bescherming van de immateriële contractuele belangen al op andere wijze bereikt wordt binnen het Nederlandse recht. Weliswaar heeft een benadeelde in het Nederlandse recht – zeker in vergelijking met het Engelse recht – tal van remedies tot zijn beschikking wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verplichtingen, maar ook in het huidige recht zou een benadeelde zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in enkele belangrijke gevallen met lege handen achterblijven. Ook in Nederland zou een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel dus voorzien in een leemte in de rechtsbescherming van benadeelden. Het staat partijen

weliswaar vrij om zelf contractueel te voorzien in deze leemte, maar het is niet realistisch om te verwachten dat zij dat ook zullen doen. Bovendien is het niet te rechtvaardigen dat ten aanzien van haar immateriële contractuele belangen een contractspartij opeens zelf voor een adequate bescherming moet zorgen, terwijl dat bij andere contractuele belangen niet van haar wordt gevergd (§ 10.6). Er is dus alle reden om de huidige ontwikkeling in het Nederlandse recht toe te juichen en zelfs om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verder te veralgemeniseren (§ 10.7).

10.1.2 De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel

Aan de vraag of gemist onstoffelijk voordeel vergoed zou moeten worden of niet, lijkt een belangrijke vraag vooraf te gaan: hoe moet zulk nadeel eigenlijk worden gekwalificeerd? In het Nederlandse recht wordt immers fundamenteel anders tegen de vergoeding van immateriële schade aangekeken dan tegen de vergoeding van vermogensschade. Het lijkt daarom juridisch zuiverder om gemist onstoffelijk voordeel eerst te kwalificeren en pas daarna de discussie aan te gaan over de vergoedbaarheid ervan. Toch zou dat een vergissing zijn. Uit de in dit proefschrift gemaakte rechtsvergelijking komt namelijk duidelijk naar voren dat de kwalificatievraag onlosmakelijk is verbonden met de vergoedbaarheidsvraag. De kwalificatie en de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel kunnen helemaal niet los van elkaar worden gezien.

Met name in Nederland en Duitsland is de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel omstreden. Zo is de Nederlandse wetgever verweten dat hij in artikel 7:510 BW (oud) gederfd reisgenot ten onrechte kwalificeerde als immateriële schade. Volgens een deel van de Nederlandse literatuur is gederfd reisgenot juist bij uitstek een vorm van vermogensschade. Reisgenot wordt immers in de regel tegen betaling van een reissom verkregen en heeft daarmee een duidelijke economische waarde. Wanneer een benadeelde zulk voordeel door een wanprestatie is misgelopen, lijdt hij om die reden vermogensschade en geen immateriële schade, zo is de gedachte.¹⁰ Om dezelfde reden kwalificeert een deel van de Nederlandse literatuur het gemiste gebruiksgenot van een goed, bijvoorbeeld van een woning, als vermogensschade. Ook het tijdelijke gebruiksgenot van een goed is immers in de regel tegen betaling te verkrijgen in het economische verkeer.¹¹

In de rechtspraak van het BGH werd in de jaren zestig reeds aangenomen dat het gemiste gebruiksgenot van een goed onder omstandigheden als vermogensschade kan worden gekwalificeerd. Het BGH krijgt van een deel van de Duitse literatuur juist het verwijt dat het het gemiste gebruiksgenot van een goed ten onrechte kwalificeert als vermogensschade. Wanneer een bena-

¹⁰ Zie: § 6.2.4.

¹¹ Zie: § 6.2.2-6.2.3.

deelde door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, heeft dat voor hem geen vermogensachteruitgang tot gevolg. Een *Gesamtvermögensvergleich* laat geen verschil zien tussen zijn huidige vermogen na de wanprestatie en het vermogen dat hij zou hebben gehad in het hypothetische geval dat zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. Daarom vormt gederfd gebruiksgenot gewoon immateriële schade, aldus deze auteurs.¹² Er was in de literatuur vergelijkbare kritiek op de overweging van het BGH dat een verspilde vakantiedag vermogensschade kan zijn. Ook een tegenvallende verlofdag levert immers geen vermogensachteruitgang op voor de benadeelde, maar maakt hem slechts ongelukkiger.¹³

Het debat in Nederland en Duitsland laat zien dat gemist onstoffelijk voordeel zowel kenmerken van vermogensschade als van immateriële schade heeft en eigenlijk tussen beide vormen van schade in lijkt te vallen. Zo lijkt gemist onstoffelijk voordeel zonder veel problemen in geld uit te drukken te zijn. In het economische verkeer kennen partijen met enige regelmaat economische waarde toe aan het gebruiksgenot van een auto of aan een vakantie. Dat maakt gemist onstoffelijk voordeel fundamenteel anders dan bijvoorbeeld het verlies van een naaste, dat zich aanzienlijk lastiger in geld laat uitdrukken. Als gemist onstoffelijk voordeel als immateriële schade wordt gekwalificeerd, blijft het daarmee een bijzondere vorm van immateriële schade die zich maar moeilijk laat vergelijken met bijvoorbeeld affectieschade. Maar, als gemist onstoffelijk voordeel in plaats daarvan als vermogensschade zou worden gekwalificeerd, zou het net zo goed een bijzondere vorm van vermogensschade zijn. Hoewel van gemist onstoffelijk voordeel kan worden volgehouden dat het een zekere economische waarde heeft, blijft het zo dat het verlies ervan voor de benadeelde geen vermogensachteruitgang tot gevolg heeft. Daarin verschilt gemist onstoffelijk voordeel fundamenteel van andere vormen van vermogensschade, zoals de beschadiging van een parketvloer door een klunzige verhuizer. In dat geval is er wel degelijk sprake van een vermogensachteruitgang voor de benadeelde. Terecht noemt Krans gemist onstoffelijk voordeel dan ook 'twijfelschade'.¹⁴ Het lijkt noch 'echte' vermogensschade noch 'echte' immateriële schade te zijn, maar in een tussencategorie te vallen.

Een achterliggende vraag is waarom de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel nu eigenlijk zo van belang – en daardoor zo omstrede – is in het Nederlandse en het Duitse recht. Uit de rechtsvergelijking blijkt dat de kwalificatie in deze rechtssystemen eigenlijk uitsluitend relevant is omdat gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl het als immateriële schade in de regel niet voor vergoeding in aanmerking komt. De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel heeft dus belangrijke gevolgen voor de vergoedbaarheid ervan. Achter het debat over

12 Zie: § 7.2.1.

13 Zie: § 4.3.2.1.

14 Krans 1999, p. 255.

de vraag of gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade of immateriële schade is, schuilt daarmee de normatieve vraag of benadeelden voor zulke schade een vergoeding zouden moeten krijgen of niet.

Zo is in de Nederlandse en de Duitse literatuur met enige regelmaat het verwijt gemaakt dat de verruiming van het vermogensschadebegrip in feite niets meer is dan een academische truc om de beperkingen van het gesloten stelsel te omzeilen en daarmee de wil van de wetgever.¹⁵ In zijn conclusie voor *Liander/Heiloo* overweegt A-G Hartlief in vergelijkbare zin dat het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in wezen een vergoeding van immateriële schade behelst, die de wetgever eigenlijk via artikel 6:106 BW heeft willen beperken tot enkele in de wet geregelde gevallen.¹⁶ Volgens Schulze gebruikt het BGH de commercialiseringsgedachte bij tijdelijk gederfd gebruiksgenot van goederen als een uitweg om aan de door de wetgever gestelde beperkingen aan het recht op smartengeld te ontkomen.¹⁷ Het BGH gaf ten aanzien van gederfd reisgenot zelfs met zoveel woorden toe dat de vroegere kwalificatie van verspilde vakantiedagen als een vorm van vergoedbare vermogensschade noodzakelijk was, omdat het op grond van het BGB niet mogelijk was om voor gederfd reisgenot smartengeld toe te kennen. Door de invoering van § 651f BGB (oud) kregen rechters deze mogelijk wel en kon de oude lijn in de rechtspraak dat verspilde vakantiedagen vermogensschade zijn, worden losgelaten, aldus het BGH.¹⁸

Dat de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel onlosmakelijk verbonden is met de vergoedbaarheid ervan, blijkt ook uit het debat over § 284 BGB. Een deel van de literatuur is van mening dat § 284 BGB het ‘tevergeefs worden’ van de gedane uitgaven als de te vergoeden schade aanmerkt. Critici van deze interpretatie wijzen erop dat zulke schade helemaal geen vermogensschade, maar immateriële schade is. Het tevergeefs worden van uitgaven heeft voor een benadeelde immers geen vermogensachteruitgang tot gevolg. De reactie van de voorstanders van deze interpretatie is dat dat misschien wel waar is, maar dat het er eigenlijk niet toe doet. Nu de wetgever een wettelijke grondslag heeft geschapen om zulke schade te vergoeden, kan de kwalificatie van het ‘tevergeefs worden’ van uitgaven als vermogensschade of immateriële schade in het midden blijven. Immers, zelfs als het immateriële schade zou zijn, zou § 284 BGB de vereiste wettelijke grondslag bieden voor de vergoeding ervan. Omdat vaststaat dat de wetgever *wil* dat zulke schade voor vergoeding in aanmerking komt, boet de kwalificatievraag aanzienlijk aan relevantie in.¹⁹

15 Zie voor de Duitse literatuur met name de auteurs besproken in § 7.2.1 en § 7.3.1. Zie in de Nederlandse literatuur bijvoorbeeld: Verheij *AV&S* 2017, p. 113-114.

16 A-G Hartlief, sub 3.19, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

17 Schulze *NJW* 1997, p. 3440.

18 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.aa).

19 Zie: § 7.4.2.

Het verbaast dan ook niet dat in de Engelse rechtspraak geen uitgebreid debat is geweest over het vermogensschadebegrip. Daar spitste de jurisprudentie zich immers meteen al toe op de vraag onder welke voorwaarden een benadeelde recht heeft op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel en hoe zulke immateriële schade vervolgens begroot moet worden. Ingewikkelde interpretaties van het vermogensschadebegrip waren in het Engelse recht simpelweg niet nodig om een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verder te ontwikkelen.

Kortom, de achterliggende vraag lijkt toch steeds te zijn of gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen of niet. De vraag of gemist onstoffelijk voordeel moet worden gekwalificeerd als vermogensschade, immateriële schade of iets daartussen in, wordt pas relevant wanneer dat gevolgen heeft voor de vergoedbaarheid ervan. Omgekeerd beïnvloeden de verschillen in vergoedbaarheid van vermogensschade en ander nadeel ook hoe gemist onstoffelijk voordeel wordt gekwalificeerd in een rechtsstelsel. Juist de beperkte mogelijkheden voor rechters om smartengeld toe te kennen, lijken er in het Nederlandse en het Duitse recht toe hebben geleid dat in de rechtspraak het vermogensschadebegrip is verruimd.

De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel gaat dus niet vooraf aan de vergoedbaarheid ervan, maar valt er grotendeels mee samen. In een normatieve discussie komt aan de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel dan ook geen zelfstandige betekenis toe. De aandacht kan meteen worden gericht op de achterliggende vraag of zulk nadeel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen of niet.

10.2 IMMATERIËLE CONTRACTUELE BELANGEN EN COMPENSATIE

10.2.1 Het vermogensrecht en immateriële belangen

Aan het einde van de negentiende eeuw woedde in de Nederlandse literatuur een fundamenteel debat over de vraag of voor het ontstaan van een verbintenis uit overeenkomst vereist is dat de prestatie waartoe de schuldenaar zich verplicht, voor de schuldeiser een zekere economische waarde heeft.²⁰ Deze discussie was overgewaaid uit het buitenland en dan met name uit Duitsland. Daar had een Zwitserse civielrechtelijke procedure over een spoorlijn tot debat geleid. Enkele Zwitserse kantons wilden een nieuwe spoorlijn realiseren: de Gäubahn. Verenigd in een gezamenlijk comité sloten zij een overeenkomst met spoorwegmaatschappij Die Schweizerische Centralbahn. Deze spoorwegmaatschappij verplichtte zich tot de aanleg van de door de kantons gewilde spoorlijn en kreeg in ruil daarvoor de benodigde concessies en vergunningen

20 Zie daarover: Drucker RM 1892, p. 176-242. Drucker werd zelf geïnspireerd door Von Jhering *Jh. Jb.* 1880, p. 126 e.v.

om deze spoorlijn te exploiteren. Vanwege economische tegenspoed rondde de spoorwegmaatschappij de aanleg van het nieuwe traject niet af. Het comité vorderde vervolgens in rechte nakoming van de contractuele verplichting van de spoorwegmaatschappij om een nieuwe spoorlijn te realiseren. De spoorwegmaatschappij stelde zich onder meer op het standpunt dat op haar geen afdwingbare verbintenis rustte om de spoorlijn aan te leggen, nu het realiseren ervan geen economische waarde had voor de kantons. De spoorlijn diende immers 'slechts' het publieke belang dat Zwitserland beter ontsloten zou worden en leverde het comité van kantons zelf geen enkele winst, opbrengsten of ander financieel gewin op. Om die reden zou er geen sprake zijn van een afdwingbare verbintenis. Zowel het comité als de spoorwegmaatschappij gaf verschillende rechtsgeleerden de opdracht om een juridisch advies (*Gutachten*) te geven over dit verweer. Deze adviezen vonden vervolgens hun weg naar Nederland.²¹

In Nederland was onder andere Asser van mening dat pas van een verbintenis sprake kon zijn wanneer de bedongen prestatie een zekere economische waarde heeft.²² Het vermogensrecht beschermt immers uitsluitend het vermogen. Bovendien bestond er de angst dat zonder dit vereiste van economisch belang tal van informele en vriendschappelijke beloftes en afspraken rechtens afdwingbaar zouden worden en dat het contractenrecht oeverloos zou uitdijen.²³ Volgens Drucker was de gedachte dat het privaatrecht uitsluitend het vermogen van rechthebbenden beschermt, onjuist. Er zijn immers tal van voorbeelden waaruit blijkt dat het vermogensrecht ook de immateriële belangen van contractspartijen beschermt en waarborgt. Zo kan een eigenaar ook een zaak revindiceren wanneer deze geen enkele economische, maar wel een emotionele waarde heeft, zoals een fotoalbum met familiefoto's. Een bewaarnemer is in vergelijkbare zin ook verplicht een door hem bewaarde zaak terug te geven wanneer deze geen enkele economische waarde heeft. Deze en andere voorbeelden bewezen volgens Drucker dat 'het privaatrecht zich in ruimen omvang bezighoudt met rechten, wier beteekenis niet door een zeker aantal guldens en centen kan worden voorgesteld'.²⁴ De angst dat er geen enkel criterium meer zou bestaan om de vriendschappelijke beloftes en toezeggingen te onderscheiden van rechtens afdwingbare verbintenissen, leek hem overtrokken. Aan de hand van de *wil* van partijen kan een rechter immers bepalen of zij zich contractueel hebben verbonden of niet. Bovendien zou vereist blijven dat een partij voldoende belang heeft bij het in rechte afdwingen van een verbintenis. Voldoende belang is, volgens Drucker, echter ruimer dan econo-

21 Zie voor een overzicht van deze adviezen: Drucker RM 1892, p. 195.

22 Het standpunt van Asser blijkt uit Drucker RM 1892, p. 205 en 217 en Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 8-9.

23 Zie daarover met name: Küppers 1976, p. 5-6.

24 Drucker RM 1889a, p. 18 en Drucker RM 1892, p. 214. Zie ook: Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 9.

misch belang en kan ook gelegen zijn in het verkrijgen van onstoffelijk voordeel.²⁵ Door te vereisen dat een contractspartij een economisch belang moet hebben in een contractuele verbintenis, zou een grote groep overeenkomsten niet afdwingbaar zijn, zoals een overeenkomst die een contractspartij het recht geeft een concert of theatervoorstelling bij te wonen.²⁶ Tal van overeenkomsten en individuele bedingen beogen immers uitsluitend om een contractspartij een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Door het vereiste van een economisch belang zou er een 'gevoelige leemte' in het Nederlandse recht ontstaan: 'tal van maatschappelijke behoeften zullen in hunne bevrediging worden belemmerd'.²⁷

In het Duitse recht beslechtten uiteindelijk de ontwerpers van het BGB dit fundamentele twistpunt. Ten aanzien van de wettelijke bepaling over de verbintenis overwogen zij dat 'ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers' niet tot het 'Wesen der Obligation' behoort. In een moderne samenleving strekken verbintenissen niet slechts tot het verschaffen van economisch voordeel, maar kan een contractspartij een verbintenis ook aangaan om 'idéële goederen' te verkrijgen.²⁸

Tegenwoordig lijkt ook in het Nederlandse recht de gedachte dat het vermogensrecht niet uitsluitend economische belangen, maar ook de immateriële belangen van rechthebbenden beschermt nauwelijks meer omstreden te zijn. Zo schrijft Bloembergen:

'Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling is niet vol te houden dat emotionele belangen in het vermogensrecht geen rol spelen, dat het [...] in het vermogensrecht "alleen om de poen" draait'.²⁹

Er is in de Nederlandse literatuur nog enige discussie over de vraag of ook zuiver emotionele belangen, zoals het verwerken van het verlies van een overleden kind, door het vermogensrecht worden beschermd. Het omstreden arrest *Jeffrey* en de daaropvolgende rechtspraak van de Hoge Raad over het belangvereiste bieden misschien nog enige steun voor de gedachte dat dit niet zo zou zijn.³⁰

25 Drucker RM 1892, p. 201. p. 214-215.

26 Drucker RM 1892, p. 178-192 somt een rits aan voorbeelden van overeenkomsten en bedingen op die tot onstoffelijk voordeel strekken.

27 Drucker RM 1892, p. 215.

28 Zie daarover, met verwijzingen naar de Duitse parlementaire geschiedenis: Küppers 1976, p. 5-6.

29 Bloembergen, par. 2, in zijn annotatie onder HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, NJ 2000/63 (*Bigamie*).

30 HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853 (*Jeffrey*), r.o. 3.5. Zie over dit arrest de discussie tussen Van Maanen NTBR 1999, p. 47-49 en Nieskens-Ipshording NTBR 1999, p. 137-138. Een vraag is nog in hoeverre de Hoge Raad in HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172 (*Chipshol*), r.o. 3.6 is teruggekomen van deze lijn. Zie over het belangvereiste recent, met verdere verwijzingen: Gillaerts & Keirse MvV 2020, p. 409-419.

Buiten kijf staat echter dat het Nederlandse vermogensrecht tegenwoordig ook immateriële *contractuele* belangen erkent en waarborgt. Voor het ontstaan van een verbintenis uit overeenkomst is niet vereist dat de schuldeiser een economisch belang heeft in het contractuele recht. Sterker nog, uit enkele benoemde overeenkomsten, zoals de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst, vloeien verbintenissen voort die uitsluitend immateriële belangen dienen.³¹ Het verweer van de spoorwegmaatschappij dat uit een overeenkomst geen geldige verbintenis voortvloeit wanneer de contractuele prestatie waartoe de overeenkomst verplicht, de schuldeiser geen economisch, maar slechts onstoffelijk voordeel verschaft, heeft in het huidige Nederlandse recht geen enkele kans van slagen. De gedachte bevreemdt dat op Brouwer Motors geen verbintenis zou rusten om aan Burger een rallymotor ter beschikking te stellen, omdat deze prestatie Burger slechts het onstoffelijke voordeel van deelname aan de Dakar Rally zou verschaffen. Het lijkt eveneens onverdedigbaar dat op een advocaat geen inspanningsverbintenis zou rusten om zijn cliënt zo goed mogelijk bij te staan, omdat zijn cliënt in een gerechtelijke procedure uitsluitend een immaterieel belang heeft, zoals het voorkomen van een ontvoering van zijn kinderen naar het buitenland.³²

Deze erkenning van immateriële belangen laat zich vanuit het beginsel van contractsvrijheid eenvoudig verklaren. Het zou strijdig zijn met het beginsel dat contractspartijen zelf mogen bepalen tot welke contractuele verplichtingen zij zich verbinden, als vervolgens uitsluitend de door hun gesloten overeenkomsten waarin zij een economisch belang hebben in rechte afdwingbaar zouden zijn. Het is immers goed mogelijk dat een contractspartij gebonden *wil* zijn aan een overeenkomst die haar geen economisch voordeel, maar uitsluitend onstoffelijk voordeel verschaft.³³

31 Zie: *Asser/Sieburgh* 6-I 2016/27.

32 Men kan natuurlijk verdedigen dat zowel Burger als het Comité geen immaterieel belang, maar een vermogensbelang hebben in de overeenkomst. Het recht op de motor of de aanleg van een spoorlijn heeft zeker enige economische waarde. In het Duitse recht is ook discussie geweest over de reikwijdte van het begrip vermogensbelang. Die discussie vertoont gelijkenissen met de discussie over de vraag of het missen van onstoffelijk voordeel vermogensschade of immateriële schade is, zie daarover: Küppers 1976, p. 5-17. Hoe men zulke belangen ook kwalificeert, geen discussie bestaat over de vraag of zulke belangen erkend en gewaarborgd worden in het huidige vermogensrecht.

33 Nieuwenhuis 1979, p. 63 verdedigt: 'Het autonomie-beginsel verzet zich tegen het aannemen van contractuele gebondenheid daar, waar die gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.' Het omgekeerde is in dit verband net zo goed waar. Contractsvrijheid verzet zich *ook* tegen het aannemen van contractuele *ongebondenheid*, waar die *ongebondenheid* niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.

10.2.2 Schadevergoeding en gemist onstoffelijk voordeel

De juridische erkenning van immateriële contractuele belangen heeft ook consequenties voor het schadevergoedingsrecht. Met schadevergoeding wordt geprobeerd een benadeelde zoveel als mogelijk is in de positie te plaatsen waarin hij zou hebben verkeerd als een bepaalde normschending, zoals een wanprestatie, niet zou hebben plaatsgevonden.³⁴ Daarvoor moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de benadeelde zich ná de normschending bevindt en de hypothetische situatie waarin hij zou zijn geweest wanneer de schadeveroorzaker zijn rechtsplichten, bijvoorbeeld zijn contractuele verplichtingen, wel zou zijn nagekomen. Het negatieve verschil tussen zijn huidige situatie en de hypothetische situatie zonder normschending vormt de schade van de benadeelde.³⁵ Met het toekennen van schadevergoeding wordt vervolgens beoogd deze schade zo volledig mogelijk te compenseren. Dit beginsel van volledige compensatie schrijft voor dat een benadeelde geen lager, maar zeker ook geen hoger geldbedrag zou moeten krijgen dan de door hem geleden schade.³⁶ Daaruit volgt ook dat schade zo concreet mogelijk moet worden berekend. Bij de vergelijking worden alle omstandigheden meegewogen, zodat de schade van de benadeelde zo precies en nauwkeurig mogelijk wordt benaderd.³⁷

Door een benadeelde volledige compensatie te bieden voor geleden schade, draagt het schadevergoedingsrecht bij aan het overkoepelende doel van het aansprakelijkheidsrecht: de bescherming van juridisch erkende belangen. Het recht kent aan zijn rechtssubjecten allerlei rechten toe die ertoe strekken hun belangen te beschermen.³⁸ Het recht biedt hen vervolgens allerlei mogelijkheden om deze rechten te handhaven. Zo kan een rechthebbende nakoming van rechtsplichten vorderen, eventueel onder last van een dwangsom. Het komt desondanks geregeld voor dat de primaire rechten van een rechthebbende worden geschonden, waardoor zijn belangen worden aangetast en hij schade lijdt. Schadevergoeding heeft tot doel om de ontstane schade zo volledig mogelijk te compenseren en zodoende de situatie waarin de primaire rechtsplicht zou zijn nageleefd zo goed als mogelijk is te benaderen. Het schadevergoedingsrecht biedt zagezegd 'nazorg' bij schendingen van rechtsnormen. Het draagt bij aan de handhaving van rechten en de bescherming van belangen door achteraf compensatie voor het geleden nadeel te bieden wanneer een

34 Bloembergen 1965, p. 13; Lindenbergh 2014, p. 8 en Hebly 2019, p. 30.

35 Bloembergen 1965, p. 13-20. Dit is ook vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zie recent bijvoorbeeld: HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *RvdW* 2019/286 (*Woonopperolakte*), r.o. 3.4.2.

36 Zie uitgebreider: Lindenbergh 2014, p. 17-18; Tjong Tjin Tai 2017, p. 4 en Hebly 2019, p. 30-33.

37 Zie uitgebreider: Lindenbergh 2014, p. 51-52 en Tjong Tjin Tai 2017, p. 4.

38 Bloembergen 2002, p. 14-15; Lindenbergh 2014, p. 8-11; Hebly 2019, p. 29-30, p. 31 en Van Dam 2020, p. 29.

rechtsnorm is geschonden.³⁹ Het doel van het schadevergoedingsrecht is dus niet zozeer gelegen in het vergoeden van geleden schade an sich, maar in de bescherming van juridisch erkende belangen of, zoals Van Dam het zegt:

‘Achter de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, ligt daarom de vraag welke rechten en belangen in het aansprakelijkheidsrecht worden beschermd.’⁴⁰

Het vermogensrecht erkent ook immateriële belangen. Onterecht is dan ook de conclusie van Verburg dat het doorslaggevende argument voor het vergoeden van smartengeld ‘weinig juridisch’, maar voornamelijk ‘rechtspolitiek van aard’ is.⁴¹ De juridische rechtvaardiging van smartengeld is gelegen in het feit dat het Nederlandse vermogensrecht ook de achterliggende immateriële belangen van rechthebbenden erkent en beschermt. Een slachtoffer van een verkeersongeval heeft recht op smartengeld voor het door hem opgelopen letsel, omdat het burgerlijke recht niet alleen zijn economische belangen – zoals zijn mogelijkheid om een inkomen te verwerven en de waarde van zijn auto – beschermt, maar ook zijn immateriële belang van geestelijke en lichamelijke gezondheid. De werkelijke rechtspolitieke vraag is welke belangen het burgerlijke recht zou moeten beschermen en welke niet. Zodra de keuze is gemaakt om een immaterieel belang binnen het vermogensrecht te erkennen – zoals bij de eer en goede naam of de geestelijke en lichamelijke gezondheid is gedaan – volgt daar in beginsel uit dat bij een aantasting van dat belang een benadeelde recht zou moeten hebben op een vergoeding van het daardoor ontstane immateriële nadeel.⁴²

Zoals bleek, erkent het vermogensrecht ook het immateriële belang van een contractspartij bij het verkrijgen van het met een overeenkomst nagestreefde onstoffelijke voordeel. Een contractspartij kan dan ook nakoming vorderen van contractuele verplichtingen die haar uitsluitend een onstoffelijk voordeel verschaffen. Als Burger voor aanvang van de Dakar Rally zou hebben ontdekt dat de gehuurde rallymotor niet goed functioneerde, zou hij zonder twijfel in rechte hebben kunnen afdwingen dat Brouwer Motors deze zou hebben hersteld of een vervangend exemplaar ter beschikking zou hebben gesteld. Uit deze juridische erkenning van immateriële contractuele belangen volgt dat een benadeelde in beginsel recht zou moeten hebben op schadevergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, wanneer hij dit voordeel als gevolg van een wanprestatie is misgelopen.

De ontwerpers van het BGB voelden zich genooddaakt om uit te leggen waarom het BGB wel erkende dat van een geldige verbintenis sprake kan zijn

39 Aldus Hebly 2019, p. 30.

40 Van Dam 2020, p. 29.

41 Verburg 2009, p. 17-18.

42 In die zin ook Van Dam 2020, p. 49.

wanneer deze slechts tot onstoffelijk voordeel strekt, maar een benadeelde desondanks géén recht heeft op smartengeld wanneer zijn wederpartij zulke verbintenissen niet nakomt en hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel daardoor misloopt.⁴³ Dit vormt immers een uitzondering op het beginsel dat bij een aantasting van een rechtens beschermd belang alle schade vergoed moet worden. De vraag is dus niet, zoals Verburg lijkt te impliceren, wat het toekennen van schadevergoeding in zulke gevallen rechtvaardigt, maar juist wat rechtvaardigt dat immateriële schade *niet* volledig voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁴ Een deel van de Engelse literatuur is zich hiervan eveneens bewust gebleken:

'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.'⁴⁵

Ook in het Nederlandse recht zou het uitgangspunt moeten zijn dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, tenzij er een goed argument bestaat om een benadeelde dat recht te ontfangen. Zulke argumenten zijn zeker te vinden in de literatuur, de rechtspraak en de parlementaire geschiedenis, maar geen van deze argumenten blijkt bij nadere bestudering overtuigend te zijn.

10.3 DE ONVOLKOMENHEID VAN DE COMPENSATIEFUNCTIE

10.3.1 De compensatiefunctie onder vuur

Gemist onstoffelijk voordeel heeft enkele belangrijke eigenschappen gemeen met immateriële schade. Het meest fundamentele argument ter rechtvaardiging van een beperking aan de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel komt er in de kern op neer dat compensatie van zulke schade vanwege dit immateriële karakter helemaal niet mogelijk zou zijn. In de Nederlandse literatuur bestaat er consensus over de onvolkomenheid van de compensatiefunctie in gevallen van immateriële schade.⁴⁶ Met name ten aanzien van gemist onstoffelijk voordeel valt er echter het nodige op dit onvolkomenheidsargument af te dingen.

43 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*). Zie uitgebreider: § 4.2.2.2.

44 Zie eerder reeds: Beumers *NTBR* 2016, p. 176-177.

45 Harder 2010, p. 105. Zie uitgebreider: § 5.4.5.

46 Een deel van de literatuur ziet daarin een reden om smartengeld niet of slechts terughoudend toe te kennen, zie bijvoorbeeld: Lindenberg 2014, p. 11 en eerder Lindenberg 1998, p. 50-51. Een ander deel van de literatuur verzet zich niet zozeer tegen het toekennen van smartengeld, maar is van mening dat het toekennen ervan een ander doel heeft dan het bieden van compensatie, zie met name: Verheij 2002, p. 433-444.

10.3.2 Geringe immateriële schade verdwijnt vanzelf

Volgens Verheij volgt reeds uit de aard van immateriële schade dat, behalve bij blijvend geestelijk of lichamelijk letsel, compensatie niet mogelijk is. Naar zijn mening is er namelijk een belangrijk verschil tussen vermogensschade en immateriële schade. Vermogensschade, zo betoogt hij, verdwijnt nooit vanzelf. Als een benadeelde € 100 kwijtraakt door de fout van een ander, is hij zonder schadevergoeding blijvend € 100 armer dan hij zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder deze fout. Zelfs wanneer hij door puur toeval een aanzienlijk geldbedrag verkrijgt, bijvoorbeeld door het winnen van een loterij, blijft deze benadeelde € 100 armer dan hij zou zijn geweest zonder de fout.⁴⁷ Bij immateriële schade is dat anders. 'Een inbreuk op de privacy, een aantasting van de eer en goede naam, geluidshinder en een trage afwikkeling van de schade door een verzekeraar' hebben als kenmerkend karakteristiek dat de daardoor ontstane schade vanzelf zal verdwijnen:

'Het – soms wat cynische – gezegde dat tijd alle wonden heelt, gaat hier op.'⁴⁸

Verheij vervolgt:

'Als in veel gevallen vaststaat dat de immateriële schade op termijn verdwijnt, is het vanuit [het compensatieperspectief] niet goed te rechtvaardigen dat compensatie moet plaatsvinden.'⁴⁹

Er moet immers een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie na de normschending en de hypothetische situatie dat er geen normschending zou zijn geweest. Omdat immateriële schade vanzelf verdwijnt, laat deze vergelijking op termijn geen verschil meer zien tussen beide situaties. Met andere woorden, de benadeelde lijdt, als men maar lang genoeg wacht, geen schade meer, aldus Verheij. De benadeelde hoeft dan ook niet gecompenseerd te worden.⁵⁰

Verheij ziet in zijn vergelijking een essentieel verschil tussen de situatie ná de normschending en de hypothetische situatie dat er geen normschending zou zijn geweest over het hoofd. Het komt ongetwijfeld voor dat een huurder die door een wanprestatie van zijn woningbouwcorporatie enkele maanden te kampen heeft met een rattenplaag, weer met plezier in zijn huis woont, zodra de verhuurder eindelijk iets tegen deze overlast onderneemt.⁵¹ Het is zelfs mogelijk dat de huurder op den duur vergeet hoe vervelend het was

47 Verheij 2002, p. 435. In vergelijkbare zin ook: Emmering *NJB* 1967, p. 1180-1181.

48 Verheij 2002, p. 435 en recent Verheij *NJB* 2020, p. 825.

49 Verheij 2002, p. 436.

50 Verheij 2002, p. 435-436.

51 Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3155, *WR* 2013/120 m.nt. De Waal (*Rattenplaag*).

dat er ratten door zijn keuken renden. Daaruit volgt alleen niet, zoals Verheij verdedigt, dat de huurder dus geen immateriële schade heeft geleden. Een vergelijking tussen zijn huidige situatie na de wanprestatie en de hypothetische situatie dat de verhuurder zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, laat wel degelijk een verschil zien. In de hypothetische situatie zou er immers helemaal geen rattenplaag zijn geweest, óók niet gedurende de maanden dat de verhuurder in strijd met zijn contractuele verplichtingen niets tegen de overlast ondernam. In de hypothetische situatie zou de huurder de gehele tijd het ongestoorde genot van zijn woning hebben gehad, terwijl hij nu vijf maanden overlast heeft ervaren. De huurder is dus wel degelijk slechter af door de wanprestatie en lijdt dus ook gewoon immateriële schade.

Uit het feit dat immaterieel nadeel op den duur weer verdwijnt, volgt juist dat er kennelijk een bepaalde periode zulk nadeel is geweest. Het door Verheij aangehaalde gezegde dat de tijd alle wonden heelt, impliceert dat er wonden waren, die genezing behoeften. In de hypothetische situatie zonder de fout zou van zulke wonden überhaupt geen sprake zijn geweest.⁵² Dat uit de 'tijdelijke aard' van immateriële schade zou volgen dat compensatie niet mogelijk is, is dus een misvatting, die berust op een onjuiste vergelijking tussen de situatie na de normschending en de hypothetische situatie waarin deze normschending zou zijn uitgebleven.

10.3.3 Geld en immateriële schade zijn ongelijke grootheden

Tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW voerde Minister van Justitie Donker een principieel argument tegen smartengeld aan:

'Geld en zieleleed zijn te ongelijke grootheden dan dat zij tegen elkaar dienen opgewogen te worden.'⁵³

Ook een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat immateriële schade niet in geld uitgedrukt kan worden. Volgens Stolker is het principieel onmogelijk om leed te vergoeden met geld. Het gaat immers om verschillende grootheden. Leed, zo betoogt hij, kan naar zijn aard enkel worden gecompenseerd met vreugde.⁵⁴ Ook andere auteurs wijzen erop dat geld maar in beperkte mate kan bijdragen aan het concrete herstel van immateriële schade.

52 Wanneer Verheij's redenering wordt doorgetrokken naar tijdelijk letsel, wordt meteen duidelijk wat er aan de argumentatie schort. Het zou bijzonder onredelijk zijn wanneer een dader het slachtoffer van een verkeersongeval geen smartengeld verschuldigd zou zijn, omdat wanneer de zitting eenmaal plaatsvindt de gebroken arm en de gekneusde ribben van het slachtoffer al weer zijn genezen. Dat de Hoge Raad het ook zo ziet, blijkt uit: HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 (*Blauw oog*).

53 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372 (MvA II)

54 Stolker *RMThemis* 1988, p. 1-5.

Dat rechtvaardigt volgens Lindenbergh ten dele waarom het Nederlandse recht zo terughoudend is met het toekennen van smartengeld.⁵⁵ Het argument gaat vaak gepaard met ethische bedenkingen. Zo werd tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW aangevoerd dat het toekennen van smartengeld zou kunnen leiden tot het vercommercialiseren van verdriet.⁵⁶

Dit argument heeft een zekere gevoelsmatige overtuigingskracht in gevallen van zwaar leed en ernstig verdriet die het gevolg zijn van een aantasting van fundamentele persoonlijke belangen. Het verdriet dat het gevolg is van het verlies van een kind en het leed dat gepaard gaat met ernstig blijvend letsel, lijkt op het eerste gezicht niet in een geldbedrag uit te drukken te zijn. Ook valt nauwelijks in te zien hoe een geldbedrag zulk leed ooit zou kunnen goedmaken of wegnemen. Zodra het echter niet meer om zulke ernstige gevallen van immateriële schade gaat, maar juist om meer alledaagse ongenoevens en ergernissen is dit argument beduidend minder overtuigend. Om immaterieel nadeel van zulke orde zal het in de regel gaan wanneer een benadeelde door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, zoals het genot van een vakantie. In deze gevallen zijn geld en gemist onstoffelijk voordeel helemaal niet zulke fundamenteel verschillende grootheden. Een contractspartij heeft immers in de regel bepaalde uitgaven gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen.⁵⁷ Het met overeenkomsten nagestreefde onstoffelijke voordeel wordt in het economische verkeer regelmatig in een geldbedrag uitgedrukt en op geld gewaardeerd. Het lijkt daarmee in de regel gewoon mogelijk om met een geldbedrag compensatie te bieden voor zulk gemist onstoffelijk voordeel. In de vooroorlogse Nederlandse literatuur was er dan ook consensus dat een benadeelde juist voor zulke alledaagse vormen van immateriële schade, zoals gemist plezier en genot, recht zou moeten hebben op smartengeld. In zulke gevallen is compensatie met een geldbedrag immers helemaal niet problematisch.⁵⁸

Aan het argument ligt bovendien de veronderstelling ten grondslag dat compensatie voor immateriële schade onvolkomen is wanneer schadevergoeding geen herstel biedt of, anders gezegd, de immateriële schade niet 'goedmaakt'. Omdat een geldbedrag het geleden nadeel niet wegneemt, is ook compensatie eigenlijk niet goed mogelijk, lijkt de achterliggende gedachte te zijn.⁵⁹ Stolker is daar zeer duidelijk over:

55 Lindenbergh 2014, p. 11 en Verheij *NJB* 2020, p. 824-825.

56 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 384-385 (De Gaay Fortman).

57 Zie daarover: § 2.4.

58 Zie uitgebreider hierboven: § 3.2.3.1. In het huidige debat bevreemdt deze gedachte kennelijk, zie bijvoorbeeld: Verheij 2002, p. 410, die dat 'nauwelijks verdedigbaar' vindt.

59 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 2014, p. 18: 'Hoewel over de ratio van [het recht op smartengeld] tijdens de parlementaire behandeling betrekkelijk weinig is gezegd, is zij vermoedelijk deels terug te voeren op de beperkte mogelijkheid om, als het gaat om immateriële schade, aan herstel of benadering daarvan door compensatie bij te dragen.'

‘Smartegeld is naar mijn mening *uiteindelijk* géén vergoeding voor een verloren been, voor littekens in het gezicht of voor het verlies van reuk of goede smaak [...]. Dat kan ook niet, want wat is (het verdriet om) een verloren been waard? Smartegeld moet naar mijn oordeel worden beschouwd in relatie tot zijn doel: het verschaffen van vreugde. Dus geen compensatie-*op-zichzelf*, maar compensatie-*teneinde*. Als dat doel niet kan worden behaald, behoort ook geen smartegeld te worden toegekend.’⁶⁰

Stolker miskent daarmee de juridische betekenis van compensatie en de zelfstandige rol die de compensatiefunctie in het vermogensrecht vervult naast de herstelfunctie. Schadevergoeding kan zeker bijdragen aan herstel – zo stelt een vergoeding van de reparatiekosten voor een beschadigde auto de benadeelde in staat zijn auto te herstellen – maar schadevergoeding beoogt hoofdzakelijk om de benadeelde te compenseren voor zijn nadeel door hem in plaats van feitelijk herstel *een geldbedrag van gelijke waarde* toe te kennen.⁶¹ Compensatie vervult zo een essentiële functie in gevallen dat herstel onmogelijk is. Juist in zulke gevallen kan de benadeelde slechts nog worden gecompenseerd. Hem kan uitsluitend nog een geldbedrag worden toegekend met een waarde die de door hem onomkeerbaar geleden schade zo veel mogelijk benadert.

Bij vermogensschade is deze verhouding tussen herstel en compensatie onomstreden. De feiten uit de Engelse zaak *Aerial Advertising v. Batchelors Peas* illustreren dat. In 1937 gaat Batchelors Peas een overeenkomst aan met Aerial Advertising, een reclamebureau dat zogenoemde luchtreclame verzorgt. Afgesproken wordt dat gedurende negen maanden iedere ochtend dat het helder weer is, een vliegtuigje van het luchtreclamebedrijf zal rondvliegen met een spandoek met daarop de tekst: ‘Eat Batchelors Peas’. 11 november 1937 is een heldere dag en ook op die ochtend stijgt een piloot van het luchtreclamebedrijf op. Deze piloot vergeet alleen dat het Remembrance Day is – het Engelse equivalent van Dodenherdenking – waardoor precies gedurende de twee minuten stilte tijdens een herdenking in Manchester het vliegtuigje met de slagzin van Batchelors Peas voorbij vliegt. Dit leidt uiteraard tot publieke verontwaardiging en negatieve aandacht in de media. Batchelors Peas ontvangt boze brieven en klanten weigeren zijn producten nog te kopen. Het merk loopt, anders gezegd, onherstelbare reputatieschade op door de fout van Aerial Advertising.⁶² Geen geldbedrag van Aerial Advertising kan de imagoschade van Batchelors Peas ongedaan maken, maar daaruit volgt geenszins dat compensatie voor het geleden nadeel ook niet meer goed mogelijk is. Sterker nog, juist het feit dat herstel van de fout onmogelijk is, biedt een rechtvaardiging om Aerial Advertising dan maar te verplichten om met een geldbedrag

60 Stolker *RMThemis* 1988, p. 21-22.

61 In vergelijkbare zin: Verheij 2002, p. 410-411 en Hebly 2019, p. 34.

62 *Aerial Advertising Co v. Batchelors Peas Ltd* [1938] 2 All ER 788 (KB).

compensatie te bieden voor de door hun vergissing veroorzaakte vermogensschade, zoals voor de teruggelopen verkoop van potjes erwten.

Met andere woorden, het compenseren van de benadeelde met een geldbedrag vormt juist een essentieel alternatief wanneer feitelijk herstel van de schade niet meer mogelijk is.⁶³ Dat is bij immateriële schade niet anders. Veelal kan de geleden immateriële schade, zoals letsel, niet meer ongedaan worden gemaakt. In zulke gevallen is het gerechtvaardigd om de benadeelde te compenseren en hem in plaats van herstel iets anders te bieden, zoals een geldbedrag van gelijke waarde. Terecht geeft Lindenbergh aan dat schadevergoeding in zulke gevallen een *next best* is.⁶⁴ Dat is echter geen reden om dan maar van het toekennen van smartengeld af te zien. Het vormt juist een belangrijke rechtvaardiging om de benadeelde te compenseren. Het doel blijft immers om de benadeelde zoveel als mogelijk is in de positie te plaatsen waarin hij zonder de normschending zou zijn geweest.⁶⁵

10.3.4 Het bestaan van immateriële schade kan niet objectief worden vastgesteld

Compensatie van immateriële schade zou daarnaast niet goed mogelijk zijn vanwege de moeilijke objectiveerbaarheid ervan. Lichamelijk en geestelijk letsel zijn nog objectief vast te stellen, maar voor andere vormen van immateriële schade zou dat niet mogelijk zijn. Of een benadeelde zich daadwerkelijk minder gelukkig voelt, is uiteindelijk zuiver subjectief. Dit probleem doet zich ook voor bij gemist onstoffelijk voordeel: de ene vakantieganger lacht het slechte hotel weg en geniet alsnog volop van zijn vakantie, terwijl een beroerd bed de vakantie van een ander volledig kan verpesten. Verheij is dan ook van mening dat het 'praktisch onmogelijk' is om te weten of iemand in zulke gevallen immateriële schade lijdt. Het nadeel is 'principeel niet vast te stellen'.⁶⁶ Dit bezwaar gaat veelal gepaard met de angst voor simulatie of fraude door benadeelden, die hun leed zouden aanzetten om er zo een financieel voordeeltje uit te slaan.⁶⁷

Een relativering van dit probleem is op haar plaats. Het vermogensrecht stelt de rechter immers vaker voor de taak om te bepalen of aan zuiver subjectieve criteria is voldaan.⁶⁸ Sommige wettelijke normen vereisen bijvoorbeeld

63 Hebly 2019, p. 34.

64 Lindenbergh 2014, p. 8.

65 In algemene zin: Lindenbergh 1998, p. 33-35; Lindenbergh 2014, p. 11 en Asser/Sieburgh 6-II 2017/140. Onder het Oud BW betoogden Verburgh AA 1975, p. 327; Asser/Rutten 1978, p. 192 en Overeem 1979, p. 26 dit reeds.

66 Verheij 2002, p. 436, 437 (voetnoot 17) en Verheij *NJB* 2020, p. 825.

67 Verheij *NJB* 2020, p. 825.

68 Denk bijvoorbeeld ook aan de belangrijke rol van de subjectieve wil van een partij bij de totstandkoming van rechtshandelingen (art. 3:33 BW).

subjectieve kennis van een feit of dat een dader opzettelijk heeft gehandeld.⁶⁹ Wat iemand weet en welke beweegredenen hij heeft om iets doen, zijn ook zuiver subjectief. Een rechter zou eigenlijk 'in iemands hoofd moeten kunnen kijken' om zeker te weten of aan zulke subjectieve vereisten is voldaan.⁷⁰ Nu dat niet mogelijk is, beoordelen rechters aan de hand van objectieve gegevens op een indirecte wijze of iemand bijvoorbeeld subjectieve kennis had van een feit of omstandigheid. Zo kan soms uit geschriften, zoals brieven en notulen, of uit getuigenverklaringen blijken dat iemand op een zeker tijdstip bepaalde kennis daadwerkelijk bezat.⁷¹ Daarnaast rechtvaardigen de omstandigheden van het geval soms het feitelijke vermoeden dat iemand van een feit op de hoogte was. Wanneer het vaststaat dat iemand een brief heeft ontvangen, is bijvoorbeeld het feitelijke vermoeden gerechtvaardigd dat hij van de inhoud ervan ook kennis heeft genomen.⁷²

Op vergelijkbare wijze vereist de Hoge Raad bij ernstige schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten tegenwoordig uitdrukkelijk dat een benadeelde aan de hand van concrete gegevens aannemelijk maakt dat de normschending nadelige gevolgen voor hem heeft gehad.⁷³ Verheij is kritisch over deze nieuwe lijn. Hij vreest dat het toekennen van smartengeld hierdoor een bijzonder subjectieve aangelegenheid en een 'kwestie van onderbuikgevoel' wordt:

'Krijgt de bejaarde vrouw die een emotioneel verhaal heeft vanwege een inbraak waarbij haar huis volledig overhoop werd gehaald, nu smartengeld en de Groningse boer die hetzelfde is overkomen, maar die het hart niet op de tong heeft, niet?'⁷⁴

Deze angst lijkt onterecht, niet in de laatste plaats omdat de Hoge Raad reeds te kennen heeft gegeven dat een enkele persoonlijke verklaring van de benadeelde over de nadelige gevolgen van de normschending niet volstaat om het bestaan van immateriële schade aan te nemen.⁷⁵ Net zoals bij het bewijs van subjectieve kennis, zullen de negatieve gevolgen van de normschending afgeleid moeten worden uit geschriften, bijvoorbeeld uit brieven of berichten aan vrienden en familie, getuigenverklaringen of uit de omstandigheden van het geval. Een rechter kan aan de hand van zulke gegevens beoordelen of het objectief aannemelijk is dat een benadeelde immateriële schade heeft geleden of niet. Het valt niet in te zien waarom rechters daartoe bij het vaststellen van

69 Katan 2017, p. 27-28.

70 Katan 2017, p. 44 onder verwijzing naar: Hartlief *WPNR* 2005, p. 953.

71 Katan 2017, p. 45.

72 Katan 2017, p. 28-29.

73 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie uitgebreider: § 3.4.3.2.

74 Lindenberg 2014, p. 131 en Verheij *NJB* 2020, p. 829.

75 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.5. Zie uitgebreider: § 3.4.3.2.

immateriële schade meer of minder goed in staat zouden zijn dan bij de toetsing van andere zuiver subjectieve vereisten.

10.3.5 Immateriële schade is niet te becijferen

Een laatste probleem dat in de literatuur wordt gesignaleerd, betreft de berekenbaarheid van immateriële schade. Een rechter kan misschien nog wel beoordelen of het aannemelijk is dat de benadeelde immateriële schade heeft geleden, maar hij moet deze schade vervolgens ook begroten. Het zou onmogelijk zijn om immateriële schade te becijferen, want wat is, in de woorden van Stolker, 'een verloren been waard?'.⁷⁶ Omdat voor rechters iedere maatstaf ontbreekt om de omvang van de schade te bepalen, zou het toekennen van smartengeld uitmonden in willekeur en leiden tot rechtsonzekerheid.⁷⁷ Ook is er een vrees dat rechters excessief hoge schadevergoedingsbedragen zullen toekennen.⁷⁸

Deze angst voor willekeur en rechtsonzekerheid is enigszins selectief. Voor de begroting van vermogensschade hebben rechters immers al geruime tijd de bevoegdheid om de schade naar eigen inzicht te schatten, zodra de benadeelde aannemelijk heeft gemaakt dat hij schade heeft geleden.⁷⁹ Dat roept de vraag op waarom bij immateriële schade rechters niet het vertrouwen zou moeten worden gegeven om de omvang van de schade te schatten.⁸⁰ In de Engelse rechtspraak overwoog Lord Mustill daarover:

'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.'⁸¹

Wanneer naar de huidige praktijk ten aanzien van smartengeld wordt gekeken, bijvoorbeeld bij letsel, valt daarnaast te betwijfelen of deze selectieve angst terecht is. Weliswaar kent het Nederlandse recht geen wettelijk vastgelegd tarievenstelsel voor smartengeld bij letsel, maar de toekenning van smartengeld blijkt in zulke gevallen niet volstrekt willekeurig te zijn. De lagere rechtspraak pleegt voor vergelijkbaar letsel ook vergelijkbare smartengeldbedragen toe te kennen. Persoonlijke omstandigheden van slachtoffers spelen zeker een rol, maar er is aan de hand van eerdere rechtspraak een goede inschatting te maken

⁷⁶ Stolker *RMThemis* 1988, p. 21.

⁷⁷ Zie daarover: Lindenbergh 2014, p. 131 en 221.

⁷⁸ *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372 (MvA).

⁷⁹ Lindenbergh *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 3.1 en 3.5.

⁸⁰ Dit punt maakte Drucker *RM* 1892, p. 237 reeds.

⁸¹ Lord Mustill in *Ruxley Electronics & Construction Ltd v. Forsyth* [1996] AC 344 (HL), p. 361. Zie uitgebreid: § 5.4.5.

binnen welke bandbreedtes het toegekende smartengeld voor bijvoorbeeld een gebroken been zal komen te liggen.⁸²

Voor gemist onstoffelijk voordeel bestaat er bovendien wel degelijk houvast om de schade te begroten. Het onstoffelijke voordeel is de benadeelde ten minste waard wat hij heeft uitgegeven om dat voordeel te verkrijgen.⁸³ Als dat niet zo zou zijn geweest, zou de benadeelde de uitgaven immers nooit gedaan hebben.⁸⁴ De tevergeefs gemaakte kosten vormen zo, volgens Kramer, 'a sensible starting place' om de waarde van gemist onstoffelijk voordeel te begroten.⁸⁵ Bovendien kan eventueel met een additionele billijkheidstoets, zoals het Duitse en het Nederlandse recht reeds kennen, worden voorkomen dat de tekortschietende wederpartij aansprakelijk wordt gehouden voor onverwachte of excessieve tevergeefs gedane uitgaven van de benadeelde.⁸⁶

Het zal verder in de regel aannemelijk zijn dat het gemiste onstoffelijke voordeel de benadeelde méér waard is dan de door hem tevergeefs gemaakte kosten en dat hij een consumentensurplus zou hebben gerealiseerd als de overeenkomst zou zijn nagekomen.⁸⁷ Het is ingewikkeld om precies en nauwkeurig te berekenen hoe groot het gederfde consumentensurplus van een benadeelde is. Het valt alleen niet in te zien waarom een rechter de hoogte van dit consumentensurplus niet simpelweg zou kunnen schatten, net zoals hij bij gederfde winst en bij andere gevallen van immateriële schade al doet. Er is geen reden om aan te nemen dat zulke schattingen van het consumentensurplus zuiver willekeurig zullen uitvallen. Bovendien zou de toegekende vergoeding voor het gederfde consumentensurplus kunnen worden gerelateerd aan – of zelfs gemaximeerd door – de tevergeefs gemaakte kosten. Dat gebeurt reeds in het Duitse reisovereenkomstenrecht. Het smartengeld voor gederfd reisgenot van een tegenvallende pakketreis bedraagt maximaal eenmaal de betaalde reissom.⁸⁸ Zo'n beperking zou bijdragen aan de rechtszekerheid. De trouwfotograaf die een fotorolletje kwijtraakt weet dan namelijk waar hij aan toe is.⁸⁹ De verschuldigde schadevergoeding voor het gederfde consumenten-

82 Bijvoorbeeld met behulp van het smartengeldboek van de ANWB. Zie eerder: Beumers *NTBR* 2016, p. 177.

83 Deze tevergeefs gemaakte kosten vallen verder uiteen in de contractsprijs die de benadeelde heeft betaald aan zijn tekortschietende wederpartij en eventuele uitgaven die hij bij derden heeft gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Zie daarover: § 2.4.1 en in appendix 2. Zie over de mogelijkheid om de aan de tekortschietende wederpartij betaalde contractsprijs via ontbinding terug te krijgen: § 10.6.2.3.

84 Zie uitgebreid: § 2.4.3.

85 In die zin ook Kramer 2017, p. 544-547.

86 Zie: § 6.3.2.2 en § 7.4.3.4.

87 Zie: § 2.4.3.

88 Zie: § 4.3.3.3.

89 Kg Rotterdam 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, *Prg.* 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*)

tensurplus van het bruidspaar bedraagt dan nooit meer dan eenmaal de door hem bedongen contractsprijs.⁹⁰

10.3.6 Naar een volledige vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

Het bieden van zo volledig mogelijke compensatie voor gemist onstoffelijk voordeel is dus gewoon mogelijk. Het toekennen van schadevergoeding voor zulk nadeel stelt rechters zeker voor enkele uitdagingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de aannemelijkheid en de berekening van de geleden schade, maar vergelijkbare moeilijkheden bieden zij bij andere leerstukken en schadeposten reeds het hoofd. Hoewel een geldbedrag de immateriële schade zelf lang niet altijd zal herstellen, vormt schadevergoeding een belangrijk alternatief om de immateriële contractuele belangen van een contractspartij te beschermen. Compensatie is in sommige gevallen de beste optie die resteert om de aantasting van het immateriële contractuele belang te redresseren. Een deel van de literatuur vindt dat desondanks zou moeten worden afgezien van het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, omdat dit nadelige economische gevolgen zou hebben.

10.4 DE VERMEENDE NEGATIEVE ECONOMISCHE GEVOLGEN

10.4.1 Recht en economie

In het juridische debat over smartengeld schermen zowel voorstanders als tegenstanders geregeld met economische argumenten. Minister van Justitie Donker verzette zich tegen een algemeen recht op smartengeld, met name ook in het contractenrecht. Eén van zijn argumenten raakte aan de vermeende nadelige economische gevolgen van het toekennen van zulke vergoedingen:

‘Wanneer in België de premie voor verzekering tegen de gevolgen der aansprakelijkheid voor auto-ongevallen ongeveer driemaal zo hoog is als in Nederland, dan ligt de hoofdreden hiervan in de kwistige wijze, waarop de Belgische rechter vergoeding voor ideële schade toekent.’⁹¹

90 Deze beperking heeft wel een potentieel denivellerend effect. Immers, wie veel geld heeft uitgegeven om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen heeft daardoor recht op meer schadevergoeding. ‘De gewone man’ die voor weinig geld op de camping in Frankrijk staat, heeft dus recht op een lager bedrag aan smartengeld wanneer zijn vakantie in het water valt, dan zijn rijkere buurman die een vakantie naar een exotische bestemming boekt. Dat heeft iets oneerlijks, want het is helemaal niet gezegd dat de subjectieve waarde van een goedkope vakantie lager is dan die van een dure vakantie.

91 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372 (MvA II).

Met andere woorden, een algemeen recht op smartengeld zou er toe leiden dat de prijzen van goederen en diensten omhoog zouden schieten, nu de hogere schadevergoedingsbedragen die aanbieders verschuldigd zouden zijn bij een eventuele wanprestatie, zouden worden doorberekend aan de consument.⁹² Maar ook pleitbezorgers van een ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel voeren economische argumenten aan. Zo biedt volgens Van Kogelenberg het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel aanbieders een economische prikkel om de door hun gesloten overeenkomsten na te komen. Zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou deze prikkel ontbreken.⁹³ Wat de voorstanders en de tegenstanders gemeen hebben, is dat ze het in de regel nalaten om hun economische inzichten te onderbouwen en de neiging hebben ze als vanzelfsprekendheden te presenteren.⁹⁴

In de rechtseconomische literatuur is daarentegen wel theoretisch onderbouwd welke economische gevolgen het toekennen van smartengeld bij wanprestatie zou kunnen hebben. Het gebruik van zulke literatuur heeft in het juridische discours nog al eens existentiële vragen opgeroepen, zoals: waartoe is het recht op aarde?⁹⁵ De aan een deel van de rechtseconomische literatuur ten grondslag liggende gedachte dat het burgerlijke recht tot doel heeft – of zelfs zou moeten hebben – om economische efficiëntie te bevorderen, is op zijn zachtst gezegd omstreden.⁹⁶ In de Nederlandse literatuur lijkt enige steun te zijn voor de gedachte dat het burgerlijke recht er naar streeft – en ook zou moeten streven – om economisch efficiënte resultaten te bereiken.⁹⁷ Andere auteurs vinden daarentegen juist dat het recht niet tot doel heeft, of zou moeten hebben, om welvaart te maximaliseren. Recht en rechtvaardigheid zijn in deze visie autonome begrippen en de bestudering ervan vormt een zelfstandige wetenschappelijke discipline. Of een rechtsregel bijdraagt aan het realiseren van een maatschappelijk wenselijke uitkomst, zoals welvaartsmaximalisatie, is niet bepalend voor de vraag of deze rechtsregel rechtvaardig is of niet.⁹⁸ Recht is, met andere woorden, een onafhankelijk concept dat niet wordt bepaald door een specifieke visie over wat goed zou zijn voor een samenleving.

92 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 1998, p. 50-51. Zie in het Duitse recht: Honsell *JuS* 1976, p. 228.

93 Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 107. Zie ook: Beumers *NTBR* 2016, p. 177.

94 Zie bijvoorbeeld: Beumers *NTBR* 2016, p. 177.

95 Nieuwenhuis 2006, p. 1-5.

96 Zie bijvoorbeeld de kritische beschouwing van civilist Nieuwenhuis 2006, p. 30-31 en de eveneens kritische reactie daarop van rechtseconoom Van Velthoven *R&R* 2008, p. 29-35, 45-46.

97 Zie bijvoorbeeld: Barendrecht *NJB* 2002, 105-117.

98 Zie bijvoorbeeld: Weinrib 2012, p. 3-16. In de Nederlandse literatuur ziet men deze gedachte bijvoorbeeld terug bij Nuninga *NTBR* 2018, p. 154-155. In dezelfde zin waarschuwt Nieuwenhuis 2006, p. 20, 30-31 ervoor dat het burgerlijke recht niet gereduceerd moet worden tot een onderdeel van de economie en als een zelfstandige wetenschap moet worden beschouwd.

Het recht is volgens deze auteurs meer dan slechts een middel om een bepaalde maatschappelijk wenselijke uitkomst te realiseren.⁹⁹

Dit fundamentele rechtsfilosofische debat over de *raison d'être* van het burgerlijke recht hoeft (gelukkig) niet te worden beslecht om relevante inzichten te ontleen aan rechtseconomische literatuur. Ook zonder de achterliggende gedachte te aanvaarden dat het recht tot doel heeft of zou moeten hebben om welvaart te maximaliseren, is het relevant om te weten welke economische gevolgen een rechtsregel heeft of, platter gezegd, hoeveel een bepaalde rechtsregel de samenleving kost of oplevert. Ook in een breder normatief debat over de wenselijkheid van een rechtsregel spelen de economische gevolgen ervan immers een rol.¹⁰⁰ Posner overweegt daarover:

'While nowadays relatively few of the people in our society who think about these things consider wealth maximization or some other version of efficiency the paramount social value, few judge it a trivial one.'¹⁰¹

Kortom, de economische gevolgen zijn in het Nederlandse recht misschien geen doorslaggevende reden om schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen of af te wijzen, maar ze komen wel degelijk enig gewicht toe in het debat over de vraag of zulke vergoedingen wenselijk zijn of niet.¹⁰² Op de vraag of het recht op schadevergoeding voor immateriële schade een positieve of negatieve economische invloed heeft, geeft de rechtseconomische literatuur echter geen eenduidig antwoord.

99 Deze gedachte vindt haar oorsprong in het liberalisme, dat als uitgangspunt heeft dat ieder individu gelijke rechten zou moeten hebben en in dezelfde mate de vrijheid zou moeten krijgen om zijn of haar leven naar eigen inzicht in te richten. Een rechtvaardigheidstheorie die de vraag wat rechtvaardig is afhankelijk maakt van een bepaalde maatschappelijke uitkomst, zoals welvaartsmaximalisatie of het voldoen aan de Tien Geboden uit het Oude Testament, maakt ook de rechten en vrijheden van ieder afzonderlijk individu afhankelijk van hun bijdrage aan dit 'grotere goed'. Dat kan ertoe leiden dat de vrijheden en rechten van bepaalde individuen worden geofferd om dit 'grotere goed' te bereiken. Met name Rawls 1971, p. 22-27 verzet zich daarom tegen zulke rechtvaardigheidstheorieën. Dat verklaart misschien waarom, tot frustratie van Van Velthoven *R&R* 2008, p. 45-46, civilisten hun rechtvaardigheidsoordeel (of 'diepe rechtvaardigheidsgevoelens', zoals Van Velthoven het noemt) niet relateren aan welke maatschappelijke uitkomst ermee wordt bereikt, maar als een zelfstandig en onafhankelijk oordeel zien.

100 Zo ook de auteurs die kritisch zijn over dit rechtseconomische uitgangspunt, zie: Weinrib 2012, p. 17 en Nieuwenhuis 2006, p. 20, 30-31.

101 Posner *JLS* 1979, p. 109-110.

102 Volgens Van Velthoven *R&R* 2008, p. 35 moet de rechtseconomische stelling dat het recht welvaartsmaximalisatie tot doel heeft en zou moeten hebben met 'een flinke knipoog' worden gelezen. Er is voldoende ruimte om naast welvaartsmaximalisatie andere overwegingen mee te wegen. Zijn standpunt wijkt daarmee misschien minder af van dat van Nieuwenhuis dan Van Velthoven zelf lijkt te suggereren.

10.4.2 Efficiënte contractsbreuk

10.4.2.1 *De theorie van efficiënte contractsbreuk*

Volgens de theorie van de efficiënte contractsbreuk zou een benadeelde bij wanprestatie, naast recht op een vergoeding van zijn vermogensschade, ook recht moeten hebben op een volledige vergoeding van zijn immateriële schade. Het contractuele schadevergoedingsrecht moet volgens deze theorie zo zijn ingericht dat een contractspartij haar contractuele verplichtingen uitsluitend dan niet nakomt wanneer dat economisch efficiënt zou zijn. Een voorbeeld verheldert deze theorie.¹⁰³ Elektronicabouwer A verkoopt aan B voor € 2 miljoen een specialistische en unieke machine om een geavanceerd medisch hulpmiddel te produceren. B kan de gekochte machine op een winstgevende manier inzetten in zijn bedrijf, waardoor de machine voor hem een totale economische waarde van € 2,5 miljoen heeft. C kan de machine echter nog efficiënter en winstgevender inzetten in zijn onderneming, waardoor voor C deze machine een waarde van € 3 miljoen heeft. In dit voorbeeld zou de economisch efficiënte uitkomst zijn dat C, en niet B, uiteindelijk de machine geleverd krijgt. C kan immers meer winst maken met de machine dan B.¹⁰⁴

Deze economisch efficiënte uitkomst wordt bereikt, zo is de gedachte, wanneer A verplicht is om de volledige schade van B te vergoeden in het geval dat A zijn contractuele verplichting om de machine te leveren niet nakomt. In het voorbeeld zou een schadevergoeding van € 2,5 miljoen dus efficiënt zijn. In dat geval zal A alleen bereid zijn de contractuele verplichtingen jegens B niet na te komen, wanneer hem méér dan € 2,5 miljoen wordt geboden voor de machine. Immers, alleen dan levert een wanprestatie A meer op dan het gewoon nakomen van zijn overeenkomst. In het voorbeeld zal C bereid zijn om meer dan € 2,5 miljoen te betalen voor de machine. Zolang de prijs voor de machine lager is dan € 3 miljoen, gaat C er immers nog op vooruit. Het gevolg van het toekennen van volledige schadevergoeding zal zijn dat A de machine verkoopt en levert aan C voor een contractsprijs ergens tussen € 2,5 en 3 miljoen. A kan vervolgens zijn overeenkomst met B niet meer nakomen en moet hem € 2,5 miljoen schadevergoeding betalen. De economisch efficiënte uitkomst wordt daarmee bereikt.

Deze wettelijke plicht van A om B's volledige schade te vergoeden voorkomt ook dat A zijn contractuele verplichtingen niet nakomt wanneer dat niet efficiënt zou zijn. Stel dat de machine voor C slechts een economische waarde van € 2,2 miljoen heeft. C zal dan nooit bereid zijn meer dan € 2,5 miljoen voor de machine te betalen. Hij zou dan immers een verliesgevende investering doen. A zal echter niet bereid zijn de machine voor minder dan € 2,5 miljoen te verkopen, omdat bij een lagere prijs A slechter af is dan wanneer hij gewoon

103 Het voorbeeld is ontleend aan Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1139-1140.

104 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1139-1140.

zijn overeenkomst met B nakomt.¹⁰⁵ In dat geval zal de machine dus aan B worden geleverd en wordt eveneens de economisch efficiënte uitkomst bereikt.

10.4.2.2 *Efficiënte contractsbreuk en immateriële schade*

Dat volledige vergoeding van de door de benadeelde geleden schade leidt tot economisch efficiënte contractsbreuken geldt onverminderd wanneer de benadeelde geen vermogensschade maar immateriële schade lijdt. Om een economisch efficiënt resultaat te bereiken, moet namelijk compensatie worden geboden voor de *subjectieve* waarde die de benadeelde aan de prestatie van zijn wederpartij hecht. Anders gezegd, doorslaggevend is de vraag wat de contractuele prestatie *de benadeelde* waard is.¹⁰⁶ Deze subjectieve waarde kan gelegen zijn in het economische voordeel dat de benadeelde kan realiseren met een prestatie, zoals de omzet die een nieuwe specialistische machine een onderneming oplevert. De subjectieve waarde kan daarentegen ook gelegen zijn in een onstoffelijk voordeel.¹⁰⁷

Opnieuw illustreert een voorbeeld waarom de theorie van de efficiënte contractsbreuk voorschrijft dat ook het eventuele gemiste consumentensurplus voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Diesen is verloofd en gaat met trouwfotograaf Samsom een overeenkomst aan om voor een bedrag van € 1.000 foto's te maken tijdens haar bruiloft. De subjectieve waarde die Diesen aan haar trouwfoto's hecht is € 2.500 en zij realiseert dus een consumentensurplus van € 1.500.¹⁰⁸ Samsom krijgt twee dagen na het aangaan van de overeenkomst met Diesen het verzoek om op dezelfde dag als Diesens huwelijk voor € 1.500 foto's te maken tijdens een bedrijfsfeest. Voor het bedrijf hebben de foto's een subjectieve waarde van € 2.000. In dit voorbeeld zou de economisch efficiënte uitkomst zijn dat de trouwfotograaf zijn contractuele verplichtingen jegens Diesen nakomt. Voor Diesen heeft de prestatie van de fotograaf immers een hogere subjectieve waarde dan voor het bedrijf. Wanneer op de fotograaf slechts een verplichting zou rusten om de geleden vermogensschade te vergoeden en niet het eventuele verloren consumentensurplus, zou het economisch efficiënte resultaat niet worden bereikt. In dat geval zou de fotograaf aan Diesen slechts de marktwaarde van zijn prestatie, die waarschijnlijk ongeveer € 1.000 zal bedragen, hoeven te vergoeden wanneer hij zijn contractuele verplichtingen niet nakomt. Het is dan gunstiger voor hem om zijn contractuele verplichtingen jegens Diesen niet na te komen en in plaats daarvan voor € 1.500 foto's te maken op het bedrijfsfeest. Omdat slechts een gedeelte van de *subjectieve* waarde die de prestatie van de fotograaf voor Diesen heeft, voor

105 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1140-1141.

106 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1140-1141.

107 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 582-584.

108 Zie over de moeilijkheid om het consumentensurplus vast te stellen: § 2.4.2.

vergoeding in aanmerking komt, bereikt het schadevergoedingsrecht niet het economisch efficiënte resultaat. Wanneer de fotograaf óók wettelijk verplicht zou zijn om schadevergoeding te betalen voor het gemiste consumentensurplus, zou dat anders zijn geweest. In dat geval zou de fotograaf immers € 2.500 in plaats van € 1.000 aan schadevergoeding moeten betalen aan Diesen wanneer hij zijn contractuele verplichtingen niet zou nakomen. In dat geval zou hij nooit een overeenkomst hebben gesloten met het bedrijf. Voor de fotograaf was wanprestatie dan immers pas winstgevend geweest vanaf € 2.500, terwijl het bedrijf maximaal bereid zou zijn geweest om € 2.000 aan de fotograaf te betalen.¹⁰⁹

Kortom, de theorie van de efficiënte contractsbreuk schrijft voor dat de benadeelde bij wanprestatie recht zou moeten hebben op een volledige vergoeding van de subjectieve waarde van de prestatie, ongeacht of dat in juridische zin als vermogensschade of immaterieel nadeel wordt gekwalificeerd. Wanneer immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, zal dat leiden tot inefficiënte contractsbreuk. Omdat de wederpartij niet de volledige subjectieve waarde hoeft te compenseren, ontstaat er een prikkel om te snel wanprestatie te plegen. De theorie van de efficiënte contractsbreuk gaat steeds uit van opzettelijke wanprestaties, maar een volledige schadevergoeding zorgt ook dat een contractspartij een efficiënte mate van zorg betracht bij het nakomen van een overeenkomst. Een plicht om de volledige schade te vergoeden, dwingt een contractspartij met dit aansprakelijkheidsrisico rekening te houden en zorgt ervoor dat zij economisch efficiënte voorzorgsmaatregelen neemt om schade te voorkomen.¹¹⁰ Er is dus zeker een economisch argument ten faveure van het volledig vergoeden van gemist onstoffelijk voordeel.¹¹¹ Er bestaat echter ook een belangrijk tegenargument.

10.4.3 Schadevergoeding, verzekering en prijsverhoging

10.4.3.1 *Schadevergoeding als verzekering*

In de rechtseconomische literatuur ziet men schadevergoeding niet slechts als een middel om het gedrag van de schuldenaar te sturen, maar ook als een verzekering voor de schuldeiser. Het schadevergoedingsrecht verzekert contractspartijen immers wettelijk dat zij hun schade vergoed krijgen van hun wederpartij, wanneer deze wederpartij wanprestatie pleegt. Een contractspartij

109 Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld: Mullen *OJLS* 2016, p. 88-90. Zie ook: Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141-1142.

110 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 609-610; Shavell 1987, p. 133-134; Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141-1142 en Mullen *OJLS* 2016, p. 88-90.

111 Mullen *OJLS* 2016, p. 88-90 en, met enige nuancering, Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1060-1062 en ook, ten aanzien van het onrechtmatige daadsrecht, Shavell 1987, p. 127-163. Zie in de Nederlandse literatuur: Lindenbergh & Van Kippersluis 2009, p. 218-220.

betaalt voor deze wettelijke verzekering op indirecte wijze ook een premie. Haar wederpartij zal het verhoogde aansprakelijkheidsrisico immers verdisconteren in haar contractsprijzen, zo is de gedachte. Zo functioneert het schadevergoedingsrecht in essentie hetzelfde als ieder ander verzekeringsproduct. Een contractspartij betaalt een iets hogere contractsprijs, maar is daarmee verzekerd van een vergoeding van haar schade wanneer haar wederpartij de overeenkomst niet nakomt.¹¹² De vraag is vervolgens of zo'n verzekering economisch efficiënt is of, anders gezegd, of een rationele contractspartij zich ook *vrijwillig* tegen dit risico zou hebben verzekerd als zij een vrije keuze zou hebben om dat te doen.

Voor vermogensschade luidt het antwoord bevestigend. De reden daarvoor is gelegen in het afnemend marginale nut van geld. Iedere extra euro die iemand verdient, heeft voor hem een lagere subjectieve waarde dan de euro die hij daarvoor heeft verdiend. Voor een alleenstaande moeder die nauwelijks kan rondkomen, is duizend euro naar alle waarschijnlijkheid een geschenk uit de hemel. Een vermogend bankier is misschien ook blij met duizend euro, maar dat bedrag heeft voor hem waarschijnlijk veel minder subjectieve waarde dan voor de alleenstaande moeder. De simpele reden daarvoor is dat de bankier al een groot vermogen en een riant inkomen heeft, waar die extra duizend euro relatief weinig extra waarde meer aan toevoegt.¹¹³

Dat verklaart waarom *risicomijdende* contractspartijen – en de aanname is dan dat partijen dat in de regel zullen zijn – zich vrijwillig willen verzekeren tegen vermogensschade.¹¹⁴ Een verzekering kost contractspartijen geld, terwijl ze geen recht hebben op schadevergoeding wanneer hun wederpartij haar contractuele verplichtingen nakomt. In dat geval zijn ze armer dan ze zonder een verzekering zouden zijn geweest. Het voordeel dat daar tegenover staat, is dat, wanneer hun wederpartij wel wanprestatie pleegt, zij hun volledige schade vergoed krijgen. Zonder verzekering zouden contractspartijen met lege handen achterblijven. De gedachte in de literatuur is dat de subjectieve waarde van deze mogelijke volledige schadevergoeding bij wanprestatie hoger is dan de subjectieve waarde van de betaalde premie in het geval dat een wederpartij haar contractuele verplichtingen gewoon nakomt. De verklaring daarvoor is gelegen in het zojuist besproken afnemend marginale nut van het geld. Door de schade is namelijk het vermogen van de benadeelde verminderd, waardoor

112 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1152 (voetnoot 18) en Avraham *Toronto LJ* 2005, p. 944-945. In het onrechtmatige daadsrecht, zoals bij productaansprakelijkheid, geldt hetzelfde principe. Hoe groter het aansprakelijkheidsrisico, hoe duurder goederen en diensten worden. Een deel van de hier geciteerde literatuur, zoals Shavell 1987, gaat primair over het onrechtmatige daadsrecht, maar is ook van toepassing op contractuele relaties.

113 Zie daarover uitgebreider: § 2.4.2.

114 Een risicozoekende contractspartij durft misschien de gok wel te nemen om zich niet te verzekeren. Zij neemt het risico op hoge schade voor lief om nu minder te betalen voor een goed of dienst. Zie over de vraag waarom individuen verondersteld worden risicoavers te zijn: Shavell 1987, p. 186-187.

het marginale nut van zijn geld hoger is dan het voor de schadeveroorzakende gebeurtenis was. De schadevergoeding die de wederpartij moet betalen, heeft dus een extra subjectieve waarde, juist omdat de benadeelde door de wanprestatie armer is geworden en hij geld weer harder nodig heeft. De premie wordt daarentegen betaald voordat het vermogen is achteruitgegaan door de wanprestatie. De premie is dus betaald met geld dat een relatief lage subjectieve waarde had voor de benadeelde, omdat hij op het moment dat hij de premie betaalde over meer vermogen beschikte.¹¹⁵ Een WA-verzekering illustreert dit helder. Voor een gezin met een dubbelmodaal inkomen is het betalen van de maandelijkse premie van vijf a zes euro geen noemenswaardig financieel offer. Omdat het gezin genoeg verdient en flink gespaard heeft, merkt het de uitgave van dit kleine geldbedrag nauwelijks. Als een gezinslid aanzienlijke schade veroorzaakt, die de financiële draagkracht van het gezin te boven gaat, kan het gezin de door de verzekeraar geboden dekking juist goed gebruiken. Juist omdat het gezin door de aansprakelijkheid armer dreigt te worden, heeft de geboden dekking een hoge subjectieve waarde. Anders gezegd, na de fout heeft het gezin opeens heel hard geld nodig. Craswell vat het als volgt samen:

'In effect, then, insurance allows a policyholder to transfer money away from some possible states of the world (those in which the calamity does not strike) and into other possible states of the world (those in which it does).'¹¹⁶

Omdat geld voor de benadeelde een lagere subjectieve waarde heeft wanneer hij er veel van heeft, is het volstrekt rationeel om dit geld te verplaatsen naar een mogelijke situatie waarin hij het geld juist hard nodig heeft en geld dus in subjectieve zin een hogere waarde heeft.¹¹⁷ Ook vanuit het perspectief van het schadevergoedingsrecht als verzekering is het dus economisch efficiënt om vermogensschade te vergoeden.

10.4.3.2 Verzekering en immateriële schade

Vanuit dit verzekeringsperspectief zou immateriële schade echter niet voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Wanneer een benadeelde immateriële schade lijdt, heeft dit geen vermogensvermindering tot gevolg. De pasgetrouwde echtgenoten zijn ongetwijfeld ongelukkiger wanneer zij geen foto's van hun huwelijk hebben, maar ze zijn in financiële zin niet slechter af door de wanprestatie van de trouwfotograaf. Anders dan bij vermogensschade, is hun vermogenspositie ongewijzigd gebleven. Dat betekent ook dat de subjectieve waarde van geld niet is toegenomen als gevolg van de wanprestatie. Anders

115 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151-1152. Zie voor een rekenvoorbeeld: Shavell 1987, p. 193-194.

116 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151.

117 Shavell 1987, p. 186-187 en Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151-1152.

gezegd, de echtgenoten hebben na de wanprestatie niet opeens harder geld nodig. De verklaring van het feit dat een benadeelde zich verzekert tegen vermogensschade gaat daarom niet op voor immateriële schade. Een verzekering voor immateriële schade zou betekenen dat een contractspartij een premie betaalt om in het geval van een wanprestatie in een *betere* vermogenspositie te komen dan zij zonder deze wanprestatie zou zijn geweest. Aangezien de schadevergoeding het totale vermogen vergroot, heeft dit geldbedrag een lager marginaal nut dan de betaalde premie, waardoor het verlies van de subjectieve waarde van de betaalde premie niet meer opweegt tegen de subjectieve waarde van volledige schadevergoeding bij een eventuele wanprestatie.¹¹⁸ Een verzekering voor immateriële schade komt in feite neer op een gok, aldus Craswell. Een benadeelde geeft dan geld uit om, wanneer het meer of minder waarschijnlijke geval zich voordoet dat zijn wederpartij wanprestatie pleegt, in een *betere* vermogenspositie te komen dan hij nu verkeert. Aangezien wordt aangenomen dat benadeelden risicomijdend zijn, valt het niet te verwachten dat ze deze gok zullen nemen. De verloofden betalen dus liever geen premie om zich te verzekeren tegen het verlies van trouwfoto's en nemen voor lief dat ze geen financiële compensatie krijgen voor het moeten missen van de foto's van hun huwelijk wanneer de trouwfotograaf in gebreke zou blijven.¹¹⁹

Kortom, vanuit het verzekeringsperspectief zou vermogensschade wel, maar immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Geheel onomstreden is deze rechtseconomische analyse overigens niet. Aanhangers van de verzekeringstheorie vinden van oudsher steun voor hun standpunt in het empirische gegeven dat er geen verzekeringsproducten lijken te bestaan – zij baseren zich vooral op de Angelsaksische verzekeringsmarkt – die verzekernemers dekking bieden voor hun geleden immateriële schade. Daaruit zou blijken dat verzekeringnemers inderdaad geen behoefte hebben aan zulke verzekeringen.¹²⁰ Recenter empirisch en experimenteel onderzoek laat echter een ander beeld zien. Niet alleen zouden er wel degelijk verzekeringen tegen immateriële schade bestaan, uit experimenten zou ook blijken dat contractspartijen wel degelijk behoefte hebben aan zulke verzekeringsproducten.¹²¹ Maar er zijn ook theoretische beperkingen aan het verzekeringsperspectief. Zo is de aanname steeds dat de wanprestatie geen invloed heeft op de subjectieve

118 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1152; Porat 2017, p. 321 en Ben-Shahar & Porat *Colombia LR* 2018, p. 1908-1909. Voor een inzichtelijk rekenvoorbeeld zie: Shavell 1987, p. 229-230. In het Nederlandse recht is deze analyse gebruikt in het debat over affectieschade: Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 2.3. Zie ook: Visscher *AV&S* 2008, p. 249 en Lindenberg & Van Kippersluis 2009, p. 220.

119 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1152. Zie ook: Shavell 1987, p. 193.

120 Zie bijvoorbeeld: Shavell 1987, p. 230-231. Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze literatuur en verdere verwijzingen: Avraham *Toronto LJ* 2005, p. 945-946.

121 Zie hierover: Avraham *Toronto LJ* 2005, p. 941-979. In het Nederlandse recht heeft met name Schwitters *AV&S* 2014, p. 13-15 en ook Visscher *AV&S* 2008, p. 250-251 kritiek gehad op dit empirische argument.

waardering van geld *in het algemeen*. Het is evenwel goed mogelijk dat een wanprestatie ertoe leidt dat de benadeelde in het algemeen minder of juist meer subjectieve waarde toekent aan geld. In het Nederlandse debat over affectieschade is bijvoorbeeld aangevoerd dat het verlies van een kind er waarschijnlijk toe leidt dat een ouder in het algemeen minder plezier beleeft aan zijn geld dan voor het ongeval. Omdat geld na het verlies van een kind over het algemeen een lagere subjectieve waarde zal hebben, zal een benadeelde zich vooraf niet tegen zulke schade willen verzekeren. Op dat moment heeft geld nog een relatief hoge subjectieve waarde – hij kan dan nog gewoon genieten van een vakantie – terwijl hij na het ongeval nauwelijks meer plezier haalt uit zijn geld.¹²² Het is echter ook mogelijk dat een benadeelde na een wanprestatie juist in het algemeen een hogere subjectieve waarde toekent aan geld. Een slachtoffer dat door een ongeval hulpbehoevend is geworden, hecht misschien meer subjectieve waarde aan geld, omdat hij meer geld nodig heeft om dezelfde activiteiten te ontplooiën als hij voor het ongeval deed. Zo is een skivakantie aanzienlijk duurder wanneer iemand aangepaste ski's nodig heeft. In zo'n geval heeft een vergoeding van smartengeld dus misschien wel degelijk een grotere subjectieve waarde dan de daarvoor betaalde verzekeringspremies.¹²³

10.4.4 Conflicterende doelstellingen

De werkelijkheid is dus weerbarstiger dan dit verzekeringsperspectief in eerste instantie doet vermoeden. Dat geldt overigens net zo goed voor de theorie van efficiënte contractsbreuk. Zo is betoogd dat de preventieve prikkel die uitgaat van het schadevergoedingsrecht beperkt is, omdat contractspartijen, bijvoorbeeld via een verzekering, hun schadevergoedingsplicht kunnen afwentelen.¹²⁴ Omdat de precieze omvang van de immateriële schade van de benadeelde in de regel lastig valt te bepalen, is het voor zijn wederpartij bovendien ingewikkeld om vooraf in te schatten hoe groot haar aansprakelijkheidsrisico is. Ook deze onzekerheid kan inefficiëntie tot gevolg hebben, omdat de wederpartij teveel of juist te weinig zorg betracht bij het nakomen van haar contractuele verplichtingen en dit bovendien hoge transactiekosten kan veroorzaken.¹²⁵

Desalniettemin bestaat er op theoretisch niveau onmiskenbaar een spanning tussen beide theorieën. Een efficiënte preventie van wanprestaties vereist dat ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Uit de verzekeringstheorie volgt juist dat bij wanprestatie immateriële schade niet voor

122 Zie: Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 2.1. en par. 2.3.

123 Shavell 1987, p. 230. Zie hierover ook: Visscher *AV&S* 2008, p. 250-251 en Lindenbergh & Kippersluis 2009, p. 220-226.

124 Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 5.

125 Schwitters *AV&S* 2014, p. 13-14.

vergoeding in aanmerking zou moeten komen, omdat benadeelden zich uit eigen beweging nooit zouden hebben verzekerd tegen zulk nadeel. Een deel van de literatuur meent daarom dat ten aanzien van het vergoeden van smartengeld een volledig efficiënte uitkomst niet haalbaar is.¹²⁶ Wanneer immateriële schade volledig voor vergoeding in aanmerking komt, voorkomt dat inefficiënte wanprestaties, maar betalen contractspartijen misschien een te hoge contractsprijs. Wanneer immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, dringt het schadevergoedingsrecht contractspartijen geen ongewilde verzekering tegen immateriële schade op, maar is er onvoldoende economische prikkel om inefficiënte wanprestaties te voorkomen.¹²⁷

Uit de rechtseconomische literatuur volgt dus geen eenduidige richting voor het bredere juridische debat over de wenselijkheid van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. De vraag is, in de kern, welk economisch gevolg meer gewicht zou moeten hebben. Het is daarbij niet ondenkbaar dat onder bepaalde omstandigheden preventie de doorslag moet geven en onder andere omstandigheden niet.¹²⁸ Zo stelt Porat voor om alleen smartengeld toe te kennen in gevallen waarin een benadeelde bij een wanprestatie uitsluitend immateriële schade en geen vermogensschade lijdt. In zulke gevallen, zoals bij mislukte vakanties of verloren trouwfoto's, zou er zonder recht op smartengeld helemaal geen preventie plaatsvinden. In gevallen waarin met name vermogensschade valt te verwachten, zorgt de potentiële aansprakelijkheid voor deze vermogensschade al voor een stevige prikkel om de overeenkomst na te komen en kan een vergoeding van de eventueel geleden immateriële schade achterwege blijven.¹²⁹ Dit idee om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te beperken tot specifieke gevallen, raakt aan het bredere juridische debat over het potentiële gevaar van een oeverloze uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht.

126 Shavell 1987, p. 230-232; Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1153 en Porat 2017, p. 320-322. In het Nederlandse recht wijzen Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 5 bij de vergoeding van affectieschade op dit fenomeen. Zie ook: Visscher *AV&S* 2008, p. 250.

127 Shavell 1987, p. 231-232 en Craswell *San Diego LR* 2003, p. 372. Visscher *AV&S* 2008, p. 250 denkt dat een synthese mogelijk is. Het is misschien waar dat de verloofde vrouw geen verzekering wil afsluiten tegen de immateriële schade van het verlies van haar trouwfoto's, maar ze is, naar zijn idee, misschien wel bereid meer te betalen voor de foto's, als daarmee wordt bereikt dat de trouwfotograaf meer zorg betracht bij de nakoming van de overeenkomst. Aangezien zij zelf bereid zou zijn om additionele kosten te maken om het verlies van de trouwfoto's te voorkomen, zal ze ook bereid zijn een hogere contractsprijs te betalen als dat tot gevolg heeft dat haar wederpartij zulke additionele kosten ter voorkoming van haar immateriële schade maakt.

128 Ben-Shahar & Porat *Columbia LR* 2018, p. 1908-1909 pleiten in het contractenrecht bijvoorbeeld voor een grotere nadruk op preventie.

129 Porat 2017, p. 320-322.

10.5 HET GEVAAR VAN EEN OEVERLOZE UITDIJING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

10.5.1 De noodzaak van een rechtvaardiging

De ontwikkeling naar een ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht stevast gepaard gegaan met een vrees voor een te grote uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht. Een belangrijke reden voor de Nederlandse wetgever om het recht op smartengeld te beperken tot enkele wettelijk geregelde gevallen was het voorkomen van een excessieve ontwikkeling van vergoedingen voor ander nadeel dan vermogensschade.¹³⁰ In het Duitse recht ziet men het tegengaan van een oeverloze uitdijning van het recht op smartengeld ook als een belangrijke rechtvaardiging voor het gesloten stelsel.¹³¹ Van eenzelfde vrees getuigt de opmerking van Slaughter LJ dat hij niet enthousiast wordt van het idee dat iedere scheepseigenaar in een commercieel geschil over de betaling van de vrachtprijs ook smartengeld zou kunnen vorderen voor zijn ongenoegen en ongemak.¹³²

De verruiming van het vermogensschadebegrip in de Nederlandse en Duitse rechtspraak is met hetzelfde argument bekritiseerd. Een deel van de Duitse literatuur vreest dat een algemene aanvaarding van de commercialiseringsgedachte of de frustratieleer zal leiden tot een oeverloze uitdijning van de schadevergoedingsplicht van wanpresterende contractspartijen.¹³³ A-G Spier betoogt in zijn conclusie voor *Burger/Brouwer Motors* dat met het aanvaarden van een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel de doos van Pandora zou worden geopend en ook andere Nederlandse auteurs hebben gewezen op het potentiële gevaar van een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht.¹³⁴

Een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht zou om tal van redenen onwenselijk kunnen zijn. Het zou kunnen betekenen dat er aanzienlijk meer gerechtelijke procedures aanhangig worden gemaakt en dat daarmee de druk op de rechtspraak toeneemt. Het zou ook tot gevolg kunnen hebben dat contractspartijen een groter aansprakelijkheidsrisico lopen wanneer zij deelnemen aan het economische verkeer. Zo lopen trouwfotografen een groter risico als zij een opdracht aannemen. Als zij hun overeenkomst niet nakomen, zijn zij voor meer schade aansprakelijk dan voorheen. De vrees is dat de trouwfotografenbranche een eventuele stortvloed aan nieuwe claims niet zou kunnen dragen of dat dit risico onverzekerbaar zou kunnen worden. De vrees voor

130 Zie: § 3.2.3.2.

131 Zie: § 4.2.1.

132 Zie: § 5.4.2.

133 Zie: § 7.2.1. en 7.3.1.

134 Zie: § 6.3.2.1.

een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht is daarmee in essentie een *floodgates*-argument.¹³⁵

Het *floodgates*-argument is macro-economisch van aard. Op macro-economisch niveau heeft het ook zeker enige overtuigingskracht. Een overbelasting van de rechterlijke macht, het potentiële gevaar dat bedrijfstakken omvallen en de onbetaalbaarheid of onverzekerbaarheid van het aanbieden van bepaalde goederen of diensten zijn zonder twijfel ongewenste macro-economische effecten. Een eerste vraag is uiteraard of ook empirisch kan worden bewezen dat de aanvaarding van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel inderdaad zulke negatieve effecten zal hebben. Maar zelfs als dat zo zou zijn, kleeft aan het *floodgates*-argument een principieel bezwaar.

Op individueel niveau biedt het *floodgates*-argument namelijk geen overtuigende rechtvaardiging om een benadeelde een recht op schadevergoeding te ontzeggen. In de woorden van Harder:

‘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.’¹³⁶

Als eenmaal is aanvaard dat een benadeelde in beginsel recht zou moeten hebben op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, lijkt het principieel onverdedigbaar om hen dat recht vervolgens alsnog te ontzeggen uitsluitend met het argument dat teveel andere benadeelden óók zo’n recht op schadevergoeding zouden krijgen. Hoe nastrevenswaardig het voorkomen van een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht vanuit macro-economisch perspectief ook is, het biedt geen rechtvaardiging om in een individueel geval een schadevergoedingsvordering af te wijzen.

De Groningse gaswinningsproblematiek kan dat illustreren. In dit politiek gevoelige dossier spelen op de achtergrond enkele grote macro-economische belangen. De gaswinning in Groningen is jarenlang een belangrijke bron van inkomsten geweest voor de Nederlandse staat. De door de gaswinning veroorzaakte schade is bovendien groot en treft een aanzienlijk deel van de inwoners van de provincie Groningen. De kosten voor de NAM en eventueel voor de Nederlandse Staat zijn daarmee potentieel enorm. Niet alleen drogen de gasbaten op, de aansprakelijkheidslast heeft grote gevolgen voor de NAM, de gaswinning in het algemeen en misschien zelfs voor de schatkist. Zulke macro-economische gevolgen zijn weliswaar reëel, maar lijken op zichzelf geen rechtvaardiging te kunnen vormen om individuele gedupeerde inwoners uit het gaswinningsgebied schadevergoeding voor gederfd woongenot te ontzeggen. Wanneer een rechter tot het oordeel komt dat de NAM onrechtmatig inbreuk maakt op het eigendomsrecht van een gedupeerde huiseigenaar en

135 Zie bijvoorbeeld: Katan *NTBR* 2019, p. 147.

136 Zie: Harder 2010, p. 110-111. Zie ook: Kryla-Cudna *ERPL* 2018, p. 525.

dat deze huiseigenaar daardoor woongenot derft dat voor vergoeding in aanmerking komt, zou het bevreemden als deze rechter de vordering alsnog afwijst met het argument dat als hij aan *deze* eigenaar schadevergoeding toekent, al zijn burens misschien óók met succes een vordering zouden instellen en het dan allemaal wel heel kostbaar en tijdrovend zou worden.

Kortom, vanuit een macro-economisch perspectief is er misschien veel voor te zeggen om een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht tegen te gaan, maar dit risico is geen overtuigend argument om een benadeelde in een individueel geval een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontzeggen. Wie het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel binnen de perken wil houden, moet een rechtvaardig criterium weten te vinden om in het ene geval zulke schade wel te vergoeden, maar in het andere geval niet.

10.5.2 Een onvermijdelijk offer

In de Nederlandse, Duitse en Engelse rechtspraak is dan ook op verschillende manieren geprobeerd het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te beperken tot specifieke gevallen, maar de drie rechtsstelsels worstelen met hetzelfde probleem. Het is helemaal niet eenvoudig gebleken om een rechtvaardig criterium te vinden.

Zo is in Duitsland het recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot van een goed beperkt tot goederen die essentieel zijn voor het dagelijkse levensonderhoud. Een benadeelde heeft geen recht op een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van luxegoederen. Nog los van de afbakeningsproblemen die dat oplevert, is dit onderscheid niet te rechtvaardigen volgens de Duitse literatuur. Het schadevergoedingsrecht in het algemeen maakt namelijk geen onderscheid tussen voor het dagelijkse levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen. Wanneer iemand een zeiljacht of privézwembad beschadigt, kan hij zich niet verweren tegen zijn schadevergoedingsplicht met de stelling dat hij slechts een luxegoed heeft beschadigd. Het valt niet in te zien waarom dat bij de derving van het gebruiksgenot opeens wel mogelijk zou moeten zijn.¹³⁷ Ook het vereiste dat de derving van het gebruiksgenot het resultaat moet zijn van een aantasting van het goed zelf, strookt niet met de algemene beginselen van het schadevergoedingsrecht. Het is niet te rechtvaardigen, aldus de Duitse literatuur, dat het er voor de vergoedbaarheid van zulke schade opeens toe doet of een benadeelde zijn auto niet kan gebruiken omdat na een ongeval het autoportier niet meer opengaat of omdat zijn rijbewijs ten onrechte is ingenomen door de politie.¹³⁸ In het Engelse recht loopt men eveneens tegen dit rechtvaardigingsprobleem aan. Het recht op smarten-

¹³⁷ Zie: § 7.2.2.2.

¹³⁸ Zie: § 7.2.2.3.

geld bij wanprestatie is in dat rechtsstelsel onder meer beperkt tot gevallen waarin de benadeelde fysiek ongemak heeft ervaren. Daaraan wordt tegenwoordig niet alleen een zodanig ruime uitleg gegeven dat het lastig valt in te zien wat géén fysiek ongemak maar puur psychologisch leed vormt, maar rijst ook de vraag wat rechtvaardigt dat bij fysiek ongemak wel een recht op smartengeld bestaat en in andere gevallen niet. De Engelse rechtspraak heeft tot op heden geen ratio voor deze specifieke uitzondering gegeven, aldus een deel van de literatuur.¹³⁹

In het Nederlandse recht vormt de beperking aan het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot een pregnant voorbeeld van dit rechtvaardigingsprobleem.¹⁴⁰ Twee vakantiegangers boeken via een reisbureau voor dezelfde dagen hetzelfde hotel aan de Spaanse kust. De ene vakantieganger vraagt het reisbureau om ook een busreis naar Spanje te regelen, terwijl de andere vakantieganger met eigen vervoer komt. Het hotel blijkt ongelooflijk smerig en slecht onderhouden te zijn. Het lijkt in niets op wat het reisbureau de twee vakantiegangers heeft toegezegd. Beiden derven daardoor in dezelfde mate het reisgenot van hun vakantie. In het huidige Nederlandse recht heeft uitsluitend de vakantieganger die óók een busreis heeft geboekt bij het reisbureau recht op smartengeld. De door hem gesloten overeenkomst kan immers als een *pakketreisovereenkomst* worden gekwalificeerd, omdat hij voor één vakantie twee reisdiensten heeft afgenomen bij zijn reisorganisator. De andere vakantieganger – die op dezelfde dagen in hetzelfde smerige hotel verbleef en in dezelfde mate het reisgenot derfde door dezelfde fout van hetzelfde reisbureau – heeft daarentegen géén recht op smartengeld, omdat zijn reis geen pakketreis is. Hij heeft immers slechts één reisdienst afgenomen. Hem komt dus geen beroep op artikel 7:511 lid 2 BW toe.¹⁴¹ Deze beperking aan het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot heeft ongetwijfeld tot gevolg dat het aansprakelijkheidsrecht niet oeverloos uitdijt, maar het is niet te rechtvaardigen dat het toekennen of afwijzen van de vordering uitsluitend afhangt van het antwoord op de vraag of de vakantieganger toevallig ook een busreis heeft geregeld via het wanpresterende reisbureau. Met andere woorden, het gehanteerde criterium is arbitrair.¹⁴² In het Duitse recht passen rechters § 651n BGB analoog toe en kennen zij ook smartengeld toe wanneer een vakantie niet aan de omschrijving van een pakketreis voldoet, maar daar loopt men uiteindelijk tegen vergelijkbare rechtvaardigingsproblemen aan. Er zijn immers tal van andere overeenkomsten – denk aan concerten en pretparken – waarmee een benadeelde plezier en genot nastreeft. Wanneer zulke overeenkomsten niet worden nagekomen, heeft een benadeelde geen recht op smartengeld. Dat roept

139 Zie: § 5.3.2.

140 Zie hierover uitgebreid: § 3.3.1.

141 Zie bijvoorbeeld: Kg Zaandam 12 juni 1997, TvC 1998, p. 144.

142 Eenzelfde probleem speelde reeds in het Oud BW met betrekking tot artikel 1637w OBW, zie daarover: § 3.2.3.1.

onvermijdelijk de vraag op wat nu rechtvaardigt dat er bij reisovereenkomsten wel een recht op smartengeld bestaat, maar bij andere overeenkomsten waarmee een benadeelde plezier of genot nastreeft niet.¹⁴³

Veel van de in de Nederlandse, Duitse en Engelse literatuur ontwikkelde beperkingen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel slagen er niet in het gemaakte onderscheid tussen gevallen te rechtvaardigen. De conclusie moet daarom misschien zijn dat een verdere uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht nu eenmaal een onvermijdelijk gevolg is van de aanvaarding van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Dit potentiële gevaar op uitdijning volstaat immers niet om individuele benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen een recht op schadevergoeding te ontzeggen en ook andere in de rechtspraak en door de wetgever ontwikkelde beperkingen aan deze schadevergoedingsaanspraak laten zich niet rechtvaardigen. De eventuele uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht is misschien het offer dat gebracht moet worden om ook de immateriële contractuele belangen van benadeelden voldoende bescherming te bieden.¹⁴⁴

Toch is het maar de vraag of de soep zo heet gegeten wordt als hij wordt opgediend. Het schadevergoedingsrecht kent immers enkele algemene leerstukken die de aansprakelijkheid voor gemist onstoffelijk voordeel in belangrijke mate kunnen beperken.¹⁴⁵ Zo zal het lang niet altijd redelijk zijn om het gemiste onstoffelijke voordeel aan de wanpresterende contractspartij toe te rekenen, bijvoorbeeld omdat zulke schade onvoorzienbaar voor haar was. Ook heeft de benadeelde een schadebeperkingsplicht en kan het door een wanprestatie verkregen voordeel aan hem worden toegerekend. Door zulke algemene leerstukken strikter toe te passen, kan een verdere uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht het hoofd worden geboden zonder dat schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel op arbitraire gronden wordt afgewezen.¹⁴⁶

143 Zie: § 4.3.4.

144 Katan *NTBR* 2019, p. 147 geeft enkele andere voorbeelden waarin aan het recht doen aan de belangen van benadeelden meer gewicht is toegekend dan aan het risico op een mogelijke uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht.

145 Bovendien moet er allereerst sprake zijn van een normschending. Zeker bij buitencontractuele zorgvuldigheidsnormen kan een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht al grotendeels worden voorkomen door niet te gauw een schending van een zorgvuldigheidsnorm aan te nemen. Zo is het ten aanzien van hinder een vaste lijn in de rechtspraak dat een bewoner enige overlast van zijn omgeving heeft te dulden, zie recent: HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, NJ 2017/265 (*De Booi/Van Deurzen*), r.o. 3.3.2.

146 Voor een vergelijkbaar argument in het Engelse recht: Enonchong *OJLS* 1996, p. 632, 637-638. Zie ook: Kryla-Cudna *ERPL* 2018, p. 525.

10.5.3 Contractuele relativiteit

10.5.3.1 *Het beschermingsdoel van de overeenkomst*

Het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou ook in het Nederlandse recht kunnen worden beperkt tot gevallen waarin een overeenkomst tot doel heeft de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In het Engelse recht speelt het doel van de overeenkomst reeds een essentiële rol bij de toepassing van de *object of the contract*-uitzondering¹⁴⁷. Bovendien is in de Duitse literatuur een zeer vergelijkbare beperking aan het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel voorgesteld, namelijk een beperking aan de hand van de *Schutzzwecklehre*. Deze in de Duitse literatuur voorgestelde beperking en de Engelse *object of the contract*-uitzondering vertonen opvallende gelijkenissen. Zo is het uitgangspunt van beide beperkingen hetzelfde. Een benadeelde heeft niet reeds recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel wanneer zulke schade voorzienbaar is voor zijn wederpartij, maar hij zal ook moeten aantonen dat de overeenkomst tot doel heeft hem zulk voordeel te verschaffen en hem tegen het mislopen ervan beoogt te beschermen. Ook de wijze waarop dit vereiste moet worden getoetst, is nagenoeg gelijk. Een benadeelde zal zijn wederpartij op zijn minst op de hoogte moeten hebben gesteld van het feit dat hij een onstoffelijk voordeel nastreeft met de overeenkomst. Daarnaast zal uit andere contractuele afspraken moeten blijken – zoals uit garanties, uit een hogere prijs of uit bedingen die zijn immateriële belang beogen te beschermen – dat de overeenkomst er toe strekte de benadeelde te beschermen tegen het mislopen van het nagestreefde onstoffelijke voordeel. Bovendien gaat men er in beide rechtsstelsels vanuit dat sommige overeenkomsten, zoals reisovereenkomsten, er naar hun aard toe strekken om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In zulke gevallen heeft een benadeelde ook recht op smartengeld wanneer hij geen mededelingen heeft gedaan over het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel. Dat blijkt bij zulke overeenkomsten immers al voldoende uit de inhoud van de contractuele verplichtingen.¹⁴⁸

Een opvallende overeenkomst bestaat er ook ten aanzien van wat *niet* wordt gevergd van een benadeelde om aan dit vereiste te voldoen. Er is ondertussen consensus in de Engelse literatuur en rechtspraak dat een benadeelde niet in de overeenkomst hoeft te bedingen dat zijn wederpartij hem een onstoffelijk voordeel, zoals vakantieplezier, zal verschaffen.¹⁴⁹ In het Duitse recht kan een benadeelde reeds contractueel bedingen dat hij – in afwijking van het wettelijke stelsel – recht heeft op smartengeld voor gemist onstoffelijk voor-

147 Zie: § 5.4. Overigens is deze uitzondering niet onomstreden, zie: § 5.4.5.

148 Zie: § 4.2.2.2 over Duits recht en § 5.4.4.3 over Engels recht.

149 Zie: § 5.4.4.3.

deel.¹⁵⁰ In de Engelse en Duitse literatuur wordt er al geruime tijd op gewezen dat het onrealistisch is om te verwachten dat een benadeelde die onstoffelijk voordeel nastreeft – dat zal geregeld een consument zijn – er aan zal denken om over zulke bedingen te onderhandelen en nog minder realistisch dat een professionele wederpartij, zoals een reisbureau, zo’n beding zal aanvaarden.¹⁵¹ Hoewel in het Duitse recht in enkele uitzonderlijke gevallen het bestaan van zo’n beding uit de onderhandelingen en de overige omstandigheden is afgeleid, zouden benadeelden in de meeste gevallen met lege handen achterblijven.¹⁵² Daarom vereisen noch de Engelse *object of the contract*-uitzondering noch de in de Duitse literatuur voorgestelde beperking aan het recht op smartengeld dat een benadeelde de bescherming van zijn immateriële contractuele belang heeft bedongen. De vraag is niet zozeer welke contractuele verplichtingen de contractspartijen zijn aangegaan, maar welke achterliggende belangen zij met de overeengekomen verplichtingen beogen te beschermen.

Bovendien laat de uitzondering zich in beide rechtssstelsels rechtvaardigen, omdat het in essentie een specifieke toepassing lijkt te zijn van een algemener schadevergoedingsrechtelijk leerstuk dat ook het Nederlandse recht niet onbekend is: de relativiteitsleer.

10.5.3.2 *De Schutzzwecklehre in het Duitse recht*

Het is een vaste lijn in de Duitse rechtspraak dat een benadeelde uitsluitend recht heeft op schadevergoeding wanneer de contractuele verplichting die zijn wederpartij niet is nagekomen tot doel heeft hem tegen de geleden schade te beschermen.¹⁵³ Een contractspartij staat niet in voor alle mogelijke nadelige gevolgen die haar wanprestatie heeft, aldus Schiemann, maar ‘nur für die Einbußen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen’.¹⁵⁴ Anders gezegd, het kan zijn dat een belang van de benadeelde buiten het beschermingsbereik van de contractuele plicht valt en dat hij daardoor geen recht heeft op schadevergoeding wanneer de wanprestatie dit belang schaadt.¹⁵⁵ Welke belangen een overeenkomst beoogt te beschermen en welke niet, is een kwestie van uitleg van de partijbedoelingen.¹⁵⁶ Dit leerstuk vindt

150 Zie: § 4.3.3.

151 Zie: § 4.2.2.2.

152 Zie: § 4.4.3.

153 Zie over deze leer uitgebreider en met verwijzingen: *Lange/Schiemann* 2003, p. 103-113 en *MiKoBGB/Oetker BGB* § 249, rl. 123. De grondlegger van het leerstuk is zonder twijfel Rabels, die in zijn handboek *Des Rechts des Warenkaufs* uit 1936, het leerstuk voor het eerst introduceert, p. 495-510, zie met name p. 496: ‘Der Vertrag gibt die Pflichten an, er zeigt, welche Interessen des Gläubigers befriedigt werden sollen und verdeutlicht dadurch, welche Folgen der Nichterfüllung im Vermögen des Gläubigers der Schuldner gutzumachen hat.’ Zie ook: Raiser *JZ* 1963, p. 462-466 en Lange *JZ* 1976, p. 201-207.

154 *Lange/Schiemann* 2003, p. 104.

155 *Lange/Schiemann* 2003, p. 104.

156 Lange *JZ* 1976, p. 201 en *Lange/Schiemann* 2003, p. 104.

zijn oorsprong in een negentiende-eeuwse uitspraak van het Reichsgericht. Een handelaar geeft een expediteur de opdracht om een partij suiker te vervoeren naar Valparaíso in Chili. Hij bedingt dat de suiker moet worden vervoerd met het schip de Adamant. In strijd met deze contractuele verplichting laat de expediteur de suiker vervoeren met een ander schip: de Potsdam. De Potsdam komt vervolgens veilig in Valparaíso aan, terwijl de Adamant op zijn reis naar Chili vergaat. Dat lijkt goed nieuws voor de handelaar, maar dat is het niet. De handelaar heeft zijn suiker namelijk oververzekerd. De in Valparaíso aangekomen suiker heeft een lagere verkoopwaarde dan het bedrag dat zijn verzekeraar hem zou hebben uitgekeerd wanneer de suiker verloren was gegaan op zee. In rechte vordert hij schadevergoeding van de expediteur voor dit verschil tussen de waarde van de suiker en de misgelopen uitkering van zijn verzekeraar. Als de expediteur zich aan zijn contractuele plicht zou hebben gehouden om de suiker met de Adamant te vervoeren, zou de suiker zijn vergaan, zou vervolgens de verzekeraar hebben uitgekeerd en zou de handelaar uiteindelijk beter af zijn geweest. Het Reichsgericht wijst de vordering af. Het beding dat de suiker vervoerd zou worden op de Adamant had immers tot doel het belang van de handelaar bij veilig en tijdig transport van zijn suiker naar de overeengekomen bestemming te waarborgen. Deze contractuele verplichting had daarentegen niet tot doel zijn belang te beschermen bij het opstrijken van een hoge verzekeringsuitkering wanneer zijn suiker op zee zou vergaan. Met die achterliggende bedoeling waren de expediteur en de handelaar het contractuele beding om de suiker met de Adamant te vervoeren niet overeengekomen.¹⁵⁷

Tegenwoordig zorgt de *Schutzzwecklehre* er met name voor dat de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, zoals artsen, advocaten en fiscalisten binnen de perken blijft.¹⁵⁸ Een belastingadviseur gaf een foutief fiscaal advies aan twee broers die een investering overwogen in een huis dat hun moeder hen had nagelaten. Deze investering bleek achteraf helemaal niet winstgevend te zijn. De oorzaak daarvan lag alleen niet in de fiscale gevolgen waarover zij foutief waren geïnformeerd door hun belastingadviseur, maar had een totaal andere oorzaak. De broers stelden zich op het standpunt dat, als de belastingadviseur hen juist zou hebben geïnformeerd over de fiscale risico's van hun investeringsplan, zij van hun plan zouden hebben afgezien en het geld winstgevend zouden hebben geïnvesteerd. Door zijn wanprestatie zijn zij deze winst misgelopen. Het BGH wijst hun vordering af. De overeenkomst met de adviseur had uitsluitend tot doel de broers te beschermen tegen de fiscale risico's van hun investeringen, zoals ongunstige beschikkingen van de belastingdienst.

157 RG 4 november 1891, RGZ 28, 159.

158 Zie daarover uitgebreid en met verwijzingen: *Lange/Schiemann* 2003, p. 105-109.

‘Sinn und Zweck [der Vertragspflicht] wäre es dagegen nicht gewesen, den Kl. vor Vermögensdispositionen zu bewahren, die sich aus anderen als steuerlichen Gründen als wirtschaftlich nachteilig herausstellen würde.’¹⁵⁹

De schade van de broers was niet ontstaan door de verwezenlijking van een fiscaal risico waarover ze foutief waren geïnformeerd, maar had een andere oorzaak. De belastingadviseur was dan ook niet aansprakelijk, omdat de door hem geschonden contractuele verplichting niet tot doel had de broers tegen zulke andere financiële risico’s te beschermen.¹⁶⁰

Ook overeenkomsten tussen advocaten en hun cliënten kunnen een begrensde beschermingsbereik hebben. Zo gaat de Duitse literatuur er over het algemeen vanuit dat wanneer een advocaat wordt ingeschakeld om uitsluitend de economische belangen van zijn cliënt te behartigen, de overeenkomst niet tot doel heeft de geestelijke gezondheid of andere immateriële belangen van zijn cliënt te beschermen.¹⁶¹ Zoals reeds bleek, deelt het BGH deze opvatting. Zo was een advocaat die twee jonge ouders ten onrechte had verteld dat hun aansprakelijkheidsverzekering geen dekking bood voor een woningbrand die hun kinderen hadden veroorzaakt, niet verplicht om smartengeld te betalen voor het psychische leed dat hij deze ouders daarmee had aangedaan. Door zijn advies verkeerden de ouders langere tijd in staat van hevige paniek, omdat ze dachten dat ze financieel geruïneerd waren. Toch wees het BGH hun smartengeldvordering af:

‘Das Mandat betraf ausschließlich die Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen der Klägerin und ihres Ehemanns [...] Der Inhalt des Vertrages war auf die Erteilung ordnungsgemäßer Rechtsauskünfte in diesem vermögensrechtlichen Bereich gerichtet. Der Schutz der Gesundheit der Mandanten gehörte hingegen nicht zu den von den Beklagten übernommenen Pflichten.’¹⁶²

Volgens voorstanders van een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie, kan aan de hand van deze *Schutz-zwecklehre* ook het door hun voorgestelde recht op smartengeld op een rechtvaardige wijze worden begrensd. Een benadeelde heeft uitsluitend recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, wanneer de overeenkomst er toe strekte hem tegen deze schade te beschermen.¹⁶³ Anders gezegd, het is vereist dat zijn immateriële contractuele belangen binnen het beschermings-

159 BGH 30 januari 1990, NJW 1990, 2057, p. 2058 (I.2.b).

160 BGH 30 januari 1990, NJW 1990, 2057, p. 2058 (I.2.b).

161 Zie daarover, kritisch en met verdere verwijzingen: Schiemann JZ 2011, p. 526-527.

162 BGH 9 juli 2009, JZ 2011, 524, p. 526 (II.3.b.2).

163 Zie: § 9.3.3.2. en § 4.2.2.2. Rabels 1936, p. 497-498 gaf zelf de eerste aanzet voor deze gedachte. Naar zijn idee lagen immateriële belangen in het algemeen buiten het beschermingsbereik van overeenkomsten, maar ‘Ausnahmen [...] sind sehr wohl denkbar’. Uiteindelijk komt het aan op de ‘Sinn des Vertrags’ en die kan er toe strekken immateriële belangen te beschermen, aldus Rabels.

bereik van de overeenkomst liggen. Bij zuiver commerciële transacties zal dit vereiste er in de regel toe leiden dat een wederpartij niet aansprakelijk is voor eventueel gemist onstoffelijk voordeel, zelfs niet wanneer zij het ontstaan van zulke schade kon voorzien. Een vervoerovereenkomst om een zaak naar een andere stad te brengen, zal in beginsel alleen strekken tot bescherming van de economische belangen van de eigenaar. De overeenkomst met advocaat, die is ingeschakeld om zijn cliënt in een zuiver commercieel geschil bij te staan, zal uitsluitend strekken tot bescherming van de economische belangen van deze cliënt. Dat verandert bijvoorbeeld pas wanneer de eigenaar van de zaak uitdrukkelijk heeft medegedeeld aan zijn vervoerder dat de te vervoeren zaak een grote emotionele waarde heeft en dat hij een garantie wil dat de zaak onbeschadigd zal blijven tijdens het transport.¹⁶⁴ Onder zulke omstandigheden zal het immateriële belang van de eigenaar wel binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst komen te liggen. Wanneer een advocaat wordt ingeschakeld om zijn cliënt bij te staan in een strafrechtelijke procedure, waarin mede diens vrijheid in het geding is, kunnen de immateriële belangen van zijn cliënt ook binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst liggen.¹⁶⁵ Bovendien kan aan de hand van de *Schutzzwecklehre* smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel worden toegekend, wanneer een overeenkomst er naar zijn aard toe strekt de benadeelde onstoffelijk voordeel te verschaffen. Bij zulke overeenkomsten zal het voor de contracterende partijen immers evident zijn dat het immateriële belang binnen het beschermingsbereik van de contractuele verplichtingen valt. Bij een pakketreis, bijvoorbeeld, is het voor de vakantieganger en het reisbureau zonneklaar dat de overeenkomst uitsluitend tot doel heeft het onstoffelijke voordeel van een plezierige vakantie te verschaffen aan de vakantieganger.¹⁶⁶

10.5.3.3 *De assumption of responsibility in het Engelse recht*

De in de Duitse literatuur voorgestelde beperking aan het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel vertoont sterke gelijkenissen met de *object of the contract*-uitzondering uit het Engelse schadevergoedingsrecht. Het verbaast dan ook niet dat ook in de Engelse literatuur deze uitzondering in verband is gebracht met een vergelijkbaar algemeen schadevergoedingsrechtelijk leerstuk, dat – zeker voor Engelse begrippen – recent tot ontwikkeling is gekomen. Deze ontwikkeling vindt haar oorsprong in *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* (SAAMCO), een uitspraak van het House of Lords uit 1996. Het draaide in deze zaak om verschillende taxateurs die als gevolg van een onzorgvuldige inspectie de waarde van onroerend goed

164 Zie: § 4.2.2.2 voor Riedels voorbeeld over de vervoerovereenkomst.

165 Zie: § 4.4.1.3 voor gevallen waarin een overeenkomst met een advocaat wel strekte tot bescherming van immateriële belangen, zoals de vrijheid of de gezondheid van de cliënt.

166 Zie: § 4.2.2.2.

te hoog inschatten. Deze onjuiste waardebeoordelingen geven zij door aan verschillende kredietverstrekkers, die op basis hiervan hypotheek verstrekken. Wanneer de kredietverstrekkers een correcte waardebeoordeling zouden hebben gekregen van de taxateur, zouden ze dat nooit hebben gedaan, omdat het onroerend goed onvoldoende verhaal zou bieden wanneer de kredietnemer zijn lening niet zou terugbetalen. Na het verstrekken van de geldlening op basis van deze onjuiste informatie dalen de huizenprijzen aanzienlijk. Deze negatieve ontwikkeling op de vastgoedmarkt zorgt ervoor dat het onroerende goed nóg minder verhaal blijkt te bieden wanneer de kredietnemer zijn lening uiteindelijk niet terugbetaalt. De kredietverstrekkers stellen vervolgens de taxateurs aansprakelijk voor het verschil tussen de niet-terugbetaalde leningen en het bedrag dat het geëxecuteerde onroerende goed heeft opgeleverd. Immers, als de taxateurs hun contractuele plicht om zorgvuldig te taxeren zouden zijn nagekomen, zouden zij nooit een geldlening hebben verstrekt aan de inmiddels insolvente kredietnemers. In dat geval zouden ze ook niet met een deels onbetaalde lening zijn achtergebleven. De ontstane verliezen zouden de taxateurs volledig moeten vergoeden.¹⁶⁷ Lord Hoffmann, die unaniem wordt gevolgd door de andere rechters, ziet dat anders:

‘A person under a duty to take reasonable care to provide information on which someone else will decide upon a course of action is, if negligent, not generally regarded as responsible for all the consequences of that course of action. He is responsible only for the consequences of the information being wrong.’¹⁶⁸

Lord Hoffmann geeft als voorbeeld een arts die door een bergbeklimmer wordt gevraagd of zijn geblesseerde knie voldoende sterk is om een bergtocht te maken. De arts doet een te oppervlakkig onderzoek en stelt de onjuiste diagnose dat de knie van de bergbeklimmer sterk genoeg is. Door deze positieve doktersverklaring besluit de bergbeklimmer aan de tocht te beginnen, maar nog voordat hij last krijgt van zijn knie, komt hij tijdens een gladde klim ten val en loopt hij letsel op. Als de dokter de knie zorgvuldig zou hebben onderzocht en de bergbeklimmer juist zou hebben geïnformeerd, zou de bergbeklimmer van zijn tocht hebben afgezien en zou hij dus ook nooit letsel hebben opgelopen. Dat een bergbeklimmer ten val komt tijdens een bergtocht is bovendien voorzienbaar. Toch kan de arts, volgens Hoffmann, niet aansprakelijk worden gehouden voor het letsel van de bergbeklimmer. De ‘scope’ van de contractuele verplichting van de arts strekt zich slechts uit over de nadelige gevolgen van zijn onzorgvuldige doktersverklaring, bijvoorbeeld een eventuele verergering van de knieblesure. Het door de bergbeklimmer opgelopen letsel valt echter buiten de ‘scope of duty’ van de arts. Zijn contractuele plicht strekte, met

167 Lord Hoffmann, p. 210 in *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL).

168 *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL), p. 214.

andere woorden, niet tot bescherming tegen deze schade. In vergelijkbare zin zijn de taxateurs wel aansprakelijk voor het negatieve verschil tussen het door de kredietverstrekker uitgeleende bedrag en de werkelijke waarde van het onroerende goed, maar niet voor het deel van het verlies dat het gevolg is van een daaropvolgende daling van de huizenprijzen.¹⁶⁹

Het in SAAMCO ontwikkelde leerstuk is de afgelopen jaren met enige regelmaat toegepast in andere gevallen waarin een benadeelde op basis van onjuiste informatie een ongunstige investeringsbeslissing neemt.¹⁷⁰ In *The Achilleas* lijkt het House of Lords voor het eerst een ruimere toepassing aan het leerstuk te geven. De eigenaar van het schip de *Achilleas* heeft een bevrachtingsovereenkomst gesloten met een scheepsbevrachter. Afgesproken wordt dat het schip uiterlijk op 2 mei weer ter beschikking zal worden gesteld aan de scheepseigenaar. De scheepseigenaar slaagt erin de *Achilleas* vanaf die datum opnieuw te bevrachten voor een zeer gunstige prijs. Het schip raakt echter vertraagd, waardoor het uiteindelijk pas op 8 mei in de afgesproken haven aankomt. De scheepseigenaar raakt daardoor zijn lucratieve nieuwe bevrachtingsopdracht kwijt en moet genoegen nemen met een minder lucratieve opdracht. Hij vordert schadevergoeding van de vertraagde bevrachter voor deze gederfde winst.¹⁷¹ Lord Hoffmann is van mening dat de bevrachter niet aansprakelijk is voor deze schade, maar uitsluitend verplicht is om – zoals gebruikelijk is in de zeevaart – voor de dagen dat hij te laat is de actuele dagprijs voor bevrachting te betalen. In zijn overwegingen stelt Lord Hoffmann voorop dat:

‘It seems to me logical to found liability for damages upon the intention of the parties (objectively ascertained) because all contractual liability is voluntarily undertaken. It must be in principle wrong to hold someone liable for risks for which

169 *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL), p. 210-212. Een rekenvoorbeeld: Een taxateur doet ondeugdelijk onderzoek en waardeert een onroerend goed op €300.000, terwijl het in werkelijkheid maar €250.000 waard is. Op basis van deze foutieve taxatie leent een bank €300.000 uit aan een kredietnemer. Enkele jaren later blijkt de kredietnemer de lening niet meer te kunnen terugbetalen. Door een daling van de huizenprijzen is het onroerende goed dan nog maar €150.000 waard. De bank blijft met een onverhaalbare schuld zitten van €150.000 en stelt de taxateur daarvoor aansprakelijk. De taxateur is slechts verplicht €50.000 te vergoeden. Dat is immers het verschil tussen de door hem foutief ingeschatte waarde en de werkelijke waarde van het onroerende goed toen de bank de lening verstrekke. Deze schade valt binnen het beschermingsbereik van zijn contractuele verplichtingen. De overige €100.000 aan onverhaalbare schuld is het gevolg van een negatieve ontwikkeling op de huizenmarkt. De contractuele plicht van de taxateur strekte niet tot bescherming tegen deze schade. Die schade moet de kredietverstrekker daarom zelf dragen.

170 Zo bevestigde de Supreme Court SAAMCO recent in *Hughes-Holland v. BPE Solicitors* [2017] UKSC 21.

171 Lord Hoffmann in *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 1-5.

the people entering into such a contract in their particular market, would not reasonably be considered to have undertaken.¹⁷²

De vraag is, met andere woorden, welke risico's de contractspartijen van elkaar hebben willen overnemen toen zij een overeenkomst aangingen. De partijen hebben bij het sluiten van hun overeenkomst een bepaald beschermingsbereik van de contractuele verplichtingen voor ogen. De gesloten overeenkomst heeft tot doel bescherming te bieden tegen bepaalde negatieve gevolgen. Volgens Lord Hoffmann zullen dat in de regel alle voorzienbare negatieve gevolgen zijn. In de meeste gevallen volstaat daarom het traditionele leerstuk van *remote-ness* om te bepalen voor welke schade de wanpresterende contractspartij aansprakelijk is. Soms behoeft deze voorzienbaarheidstoets echter een correctie. Het kan zo zijn dat schade weliswaar voorzienbaar is, maar dat het niet de bedoeling van de wederpartij is om het risico op het ontstaan van zulke schade over te nemen. Met andere woorden, er moet ook worden getoetst of er sprake is van *assumption of responsibility* voor het risico dat zich uiteindelijk heeft verwezenlijkt.¹⁷³ SAAMCO is daar volgens Lord Hoffmann een voorbeeld van.¹⁷⁴ In vergelijkbare zin strekt de *scope* van de contractuele verplichting van een bevrachter om een schip op tijd weer ter beschikking te stellen aan de scheepseigenaar zich niet uit over het risico dat een eventuele nieuwe lucratieve bevrachtingsovereenkomst wordt misgelopen, aldus Lord Hoffmann. Zulke schade is weliswaar voorzienbaar, maar in de zeevaart is het gebruikelijk om slechts een vergoeding te betalen voor de extra dagen dat het schip bij de vertraagde bevrachter in gebruik is. In het licht van deze commerciële context ligt het niet voor de hand dat de bevrachter bij het sluiten van de overeenkomst het risico van de door de scheepseigenaar gederfde winst heeft willen overnemen.¹⁷⁵

In *Supershield v. Siemens* voegde Toulson LJ hieraan toe dat deze correctie op de voorzienbaarheid ook de andere kant op kan werken. Soms is schade weliswaar onvoorzienbaar, maar is de wanpresterende contractspartij toch aansprakelijk, omdat uit de partijbedoelingen blijkt dat de overeenkomst de benadeelde tegen deze onwaarschijnlijke schade beoogt te beschermen.¹⁷⁶ De eigenaar van een kantoor heeft een aannemer de opdracht gegeven om een meerdere beveiligingsmechanismen te installeren op een sprinklersysteem, zodat er bij een defect geen schade aan het pand kan ontstaan. De kans dat alle beveiligingsmechanismen tegelijk defect gaan, is bijzonder onwaarschijnlijk, maar het gebeurt toch. Er ontstaat daardoor alsnog schade aan het pand. De aannemer heeft weliswaar gelijk dat door al deze beveiligingsmechanismen

172 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilles)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 12.

173 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilles)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 11.

174 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilles)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 14-17.

175 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilles)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 23, 26.

176 *Supershield v. Siemens* [2010] 1 CLC 241 (CA), par. 44.

de ontstane schade onvoorzienbaar is, maar toch is hij aansprakelijk, aldus Toulson LJ. De eigenaar heeft de contractuele plicht om meerdere beveiligingsmechanismen te installeren immers juist bedongen om precies deze onwaarschijnlijke schade te voorkomen. Uit de contractuele verplichting blijkt zo dat de aannemer het risico op het ontstaan van deze onwaarschijnlijke schade heeft overgenomen van de eigenaar van het kantoorpand.¹⁷⁷

Volgens Kramer is de regel dat een benadeelde bij wanprestatie recht heeft op smartengeld wanneer het een *object of the contract* is om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen in essentie niets meer dan een specifieke toepassing van dit leerstuk van *assumption of responsibility*. Het volstaat immers niet dat het voor zijn wederpartij voorzienbaar is dat de benadeelde een onstoffelijk voordeel zou mislopen bij een eventuele wanprestatie, maar het is ook vereist dat het een doel van de overeenkomst is om de benadeelde het gemiste voordeel te verschaffen. Het is dus ook bij de *object of the contract*-uitzondering de vraag of zijn wederpartij het risico op het ontstaan van het nadeel heeft overgenomen en daarmee of het immateriële contractuele belang van de benadeelde binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst is komen te liggen.¹⁷⁸

Het verdient opmerking dat het door Kramer gelegde verband tussen de *object of the contract*-uitzondering en dit nieuwe leerstuk geen gemeengoed is in de Engelse literatuur en rechtspraak.¹⁷⁹ Het leerstuk zelf is eveneens omstreden.¹⁸⁰ In het Engelse recht is het nog een revolutionaire gedachte dat schade weliswaar voorzienbaar kan zijn, maar toch buiten het beschermingsbereik van een contractuele plicht kan liggen. Kramer en Hoffmann zien de meerwaarde in van dit nieuwe leerstuk, maar een aanzienlijk deel van de Engelse literatuur is niet overtuigd.¹⁸¹ *The Achilles* zelf is daar een goed voorbeeld van. Twee rechters van de Supreme Court, Baroness Hale en Lord Rodger, volgden Lord Hoffmann niet en wezen de vordering van de scheepseigenaar af, omdat de schade naar hun idee simpelweg niet voorzienbaar was.¹⁸² Een deel van de Engelse literatuur is dan ook onverminderd kritisch op de *object of the contract*-uitzondering en wil deze additionele beperking opheffen.¹⁸³

177 *Supershield v. Siemens* [2010] 1 CLC 241 (CA), par. 44.

178 Kramer *LQR* 2009, p. 414 en Kramer 2017, p. 537-539.

179 Aldus ook Kramer 2017, p. 539.

180 Van der Kooij 2019, p. 288 is misschien iets te stellig over de aanvaarding van dit leerstuk in het Engelse recht.

181 Pleitbezorgers zijn onder andere Hoffmann *Edin LR* 2009, p. 43-61; Kramer *LQR* 2009, p. 408-415 en Kramer 2017, p. 299-350. Kritisch zijn bijvoorbeeld: Robertson *LS* 2008, p. 172-196; Peel 2015, p. 1180-1186 en Burrows 2019, p. 99-104 (over *The Achilles*) en p. 117-127 (over *SAAMCO*).

182 Met name Baroness Hale, par. 93, is kritisch in *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilles)* [2009] 1 AC 61 (HL). Zie ook: Lord Rodger, par. 63.

183 Zie: § 5.3.5.

10.5.3.4 De contractuele relativiteit in het Nederlandse recht

In Nederland is het geen revolutionaire gedachte dat een norm er toe kan strekken om bepaalde belangen van een benadeelde wel te beschermen, maar andere belangen niet. Voor de onrechtmatige daad bepaalt artikel 6:163 BW immers dat 'geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden'. Dit relativiteitsvereiste speelt onder meer een belangrijke rol bij schendingen van wettelijke plichten. Het kan zijn dat iemand een wettelijke plicht schendt en daardoor een onrechtmatige daad pleegt, maar desondanks niet aansprakelijk is omdat deze wettelijke plicht niet strekte tot bescherming tegen de door de benadeelde geleden schade.¹⁸⁴

Ook het idee dat het relativiteitsvereiste in het contractenrecht een belangrijke rol zou kunnen vervullen is niet nieuw. In de parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW is uitdrukkelijk overwogen dat het relativiteitsvereiste niet beperkt is tot het terrein van de onrechtmatige daad en dat ook

'[...] bij de verplichting tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis [...] men zich steeds [zal] moeten afvragen of de strekking van de overtreden norm was, de schuldeiser te beschermen tegen schade van het in concreto voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied'.¹⁸⁵

Met andere woorden, ook een *contractuele* norm kan er toe strekken om uitsluitend bepaalde belangen van een contractspartij te beschermen. Bij een wettelijke norm moet steeds worden nagegaan, bijvoorbeeld aan de hand van de parlementaire geschiedenis, welke belangen de wetgever beoogt te beschermen met de door hem ingevoerde wettelijke plicht. Een contractuele norm wordt door de contractspartijen zelf in het leven geroepen. Voor een antwoord op de vraag aan welke belangen een contractuele norm bescherming beoogt te bieden, zal dus gekeken moeten worden naar de gemeenschappelijke bedoelingen van de contracterende partijen. Het bepalen van het beschermingsbereik van een overeenkomst is dus in essentie een uitlegkwestie.¹⁸⁶ Hoewel het contractuele relativiteitsvereiste geen vlucht heeft genomen in de Nederlandse rechtspraak,

184 Zie bijvoorbeeld: HR 13 april 2007, ECLI:NL:2007:AZ8751, NJ 2008/576 m.nt. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*), r.o. 3.4.

185 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 341.

186 Artikel 1374 lid 1 OBW bepaalt: 'Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.' Wie het beschermingsbereik van zulke 'tot wet strekkende verplichtingen' wil vaststellen, zal uiteraard te rade moeten gaan bij de 'wetgevers' van deze plichten: de contractspartijen.

kan het wel op steun rekenen in de literatuur.¹⁸⁷ Volgens Lankhorst, die zich laat inspireren door het Duitse recht, is het goed te verdedigen dat ook in het contractenrecht een relativiteitsvereiste zou moeten gelden:

‘De relativiteitsgedachte sluit zeer nauw aan bij het spel van het contracteren. Het contract kent een door partijen zoveel mogelijk afgebakend toepassingsbereik en wordt duidelijker nog dan het wettenrecht geregeerd door het na te streven en te bereiken doel. [...] Het is daarom dat de relativiteitsleer met zijn verwijzing [...] naar de strekking van de overeenkomst een praktisch en vanzelfsprekend gezichtspunt is ter bepaling en beperking van de contractuele aansprakelijkheid.’¹⁸⁸

Dit leerstuk maakt het ook in het Nederlandse recht mogelijk om de aansprakelijkheid voor gemist onstoffelijk voordeel te beperken tot gevallen waarin een overeenkomst tot doel heeft om de benadeelde zulk voordeel te verschaffen. Voor zo’n beperking valt veel te zeggen. De contractuele relativiteitsleer kan er allereerst voor zorgen dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, wanneer zijn wederpartij een overeenkomst niet nakomt die er naar zijn aard toe strekt om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Wanneer een verloofde een trouwfotograaf de opdracht geeft om foto’s te maken tijdens zijn bruiloft, is het voor beide contracterende partijen evident dat de verloofde met de overeenkomst een onstoffelijk voordeel – een tastbare herinnering aan zijn huwelijksdag – nastreeft. Bij zulke overeenkomsten liggen de immateriële belangen zonder twijfel binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst. Het verkrijgen van onstoffelijk voordeel is immers het voornaamste of zelfs het enige doel dat de benadeelde met de overeenkomst nastreeft. Aan de andere kant kan het contractuele relativiteitsvereiste er voor zorgen dat een contractspartij niet bij de wanprestatie van iedere overeenkomst gehouden is om schadevergoeding te betalen voor gemist onstoffelijk voordeel, zelfs wanneer zij deze schade kon voorzien. Niet bij alle overeenkomsten zullen de immateriële contractuele belangen van de benadeelde binnen het beschermingsbereik van de contractuele verplichtingen liggen. Het voorbeeld van de advocaat die door een cliënt wordt ingeschakeld om hem in een zuiver commercieel geschil bij te staan is verhelderend. De advocaat kan misschien wel voorzien dat zijn cliënt psychische schade lijdt wanneer hij een beroepsfout maakt, maar wanneer hij uitsluitend wordt ingeschakeld om de economische belangen van zijn cliënt te behartigen, kan de bescherming van de geestelijke gezondheid van zijn cliënt buiten het beschermingsbereik van zijn contractuele verplichtingen liggen. Daarmee is

187 Recent nog uitgebreid door Van der Kooij 2019, p. 244-254 en p. 282-292 en eerder reeds door Lankhorst 1992, p. 87-98. Krans 1999, p. 146-149 is weliswaar van mening dat een contractueel relativiteitsvereiste niet nodig is, maar ziet het doel van de overeenkomst wel als een belangrijk gezichtspunt voor de toepassing van andere schadevergoedingsrechtelijke bepalingen, zoals de redelijke toerekening.

188 Lankhorst 1992, p. 97-98.

niet gezegd dat immateriële belangen nooit binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst tussen een advocaat en zijn cliënt kunnen vallen. Zo kan de inhoud van de opdracht aan een advocaat juist wel strekken tot bescherming van immateriële belangen, bijvoorbeeld wanneer hij zijn cliënt bijstaat in een strafrechtelijke of familierechtelijke procedure.

Uiteindelijk komt het bij de contractuele relativiteit aan op een uitleg van wat de partijen voor ogen stond toen zij de overeenkomst aangingen. De vraag is steeds welke belangen zij met de contractuele plichten beogen te beschermen en welke risico's op schade zij van elkaar willen overnemen. Net zoals bij andere uitlegvragen, zal het voorkomen dat partijen hier achteraf – bijvoorbeeld nadat een van de contractspartijen is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen – van mening over verschillen. Het is onvermijdelijk dat een beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel aan de hand van het beschermingsdoel van de overeenkomst nieuwe afbakeningsvragen oproept.¹⁸⁹ Daar staat echter een belangrijk voordeel tegenover. Door de gemeenschappelijke partijbedoelingen de doorslag te laten geven voor het antwoord op de vraag of gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking komt, biedt de contractuele relativiteit wel een solide rechtvaardiging om in het ene geval schadevergoeding voor zulk nadeel toe te kennen en in het andere geval af te wijzen. Het is misschien niet altijd eenvoudig om te achterhalen welke belangen een contractuele norm beoogt te beschermen, maar de contractuele relativiteit resulteert niet in een arbitrair onderscheid. Het ligt in het contractenrecht – waarbinnen de contractsvrijheid een essentieel beginsel is – juist voor de hand om 'ter bepaling en beperking van de contractuele aansprakelijkheid' voor gemist onstoffelijk voordeel doorslaggevende betekenis toe te kennen aan wat de contractspartijen daarover voor ogen stond op het moment dat zij een overeenkomst aangingen.

10.5.4 Een middenweg

De contractuele relativiteit biedt zo een middenweg tussen het onbeschermd laten van immateriële contractuele belangen binnen het schadevergoedingsrecht en een potentieel te grote uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht. Omdat voor het antwoord op de vraag of het verkrijgen van onstoffelijk voordeel binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst ligt doorslaggevende betekenis toekomt aan de partijbedoelingen, biedt de contractuele relativiteit bovendien een te rechtvaardigen beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.

189 Krans 1999, p. 253 en Lindenberg 2020, p. 143 wijzen op deze mogelijke nieuwe afbakeningsproblemen.

10.6 EEN RECHT OP SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL IS NIET NODIG

10.6.1 Voldoende bescherming buiten het schadevergoedingsrecht

Een laatste vraag is of het eigenlijk wel nodig is om binnen het schadevergoedingsrecht in de bescherming van immateriële contractuele belangen te voorzien. Een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat via het recht op nakoming en het recht om de overeenkomst te ontbinden, het vermogensrecht al adequate bescherming biedt aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden. In vergelijkbare zin is bepleit dat de mogelijkheid om zelf – eventueel in afwijking van het wettelijke stelsel – een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te bedingen, contractspartijen al voldoende de mogelijkheid biedt om in de bescherming van hun immateriële belangen te voorzien. Volgens deze auteurs is het daarom niet nodig om het recht op schadevergoeding verder uit te breiden. Er zou in het vermogensrecht namelijk helemaal geen sprake zijn van een leemte in de rechtsbescherming.

10.6.2 Bescherming binnen het stelsel van remedies

10.6.2.1 *Nakoming, vervangende schadevergoeding en ontbinding*

Een benadeelde is niet uitsluitend aangewezen op het schadevergoedingsrecht wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verplichtingen en hij daardoor het nagestreefde onstoffelijke voordeel misloopt of dreigt mis te lopen. Mits aan de daarvoor geldende wettelijke vereisten is voldaan, staan een benadeelde ook andere remedies ter beschikking. Zo kan hij bij de rechter nakoming van de contractuele verplichtingen vorderen, de overeenkomst ontbinden of de niet-geleverde contractuele prestatie omzetten in een vervangende schadevergoeding. Het uitgangspunt is bovendien dat een benadeelde een vrije keuze heeft tussen deze vorderingen.¹⁹⁰

Wat deze keuzevrijheid betekent voor een benadeelde, kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld. Een verloofde vrouw geeft een bekende modeontwerper de opdracht om voor haar een trouwjurk te ontwerpen en te vervaardigen. De verloofden willen hun bruiloft op midzomernacht vieren. Om die reden komen de aanstaande bruid en de modeontwerper overeen dat de trouwjurk uiterlijk op 1 juni zal worden afgeleverd. Door een verschrijving in zijn agenda – hij noteert 1 juli – vergeet de modeont-

190 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. De Hoge Raad maakt wel een voorbehoud: 'De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.'

werper de afgesproken datum. Daardoor is de bestelde trouwjurk op 1 juni nog niet klaar.

Het Nederlandse recht biedt de aanstaande bruid nu, naast het vorderen van schadevergoeding, tal van andere mogelijkheden. Zo kan ze allereerst bij de rechter nakoming vorderen van de contractuele verplichting van de modeontwerper om haar een trouwjurk te leveren. Deze gerechtelijke veroordeling kan ze kracht bijzetten door de rechter te verzoeken een dwangsom op te leggen.¹⁹¹ Zodra de modeontwerper in verzuim is, kan de aanstaande bruid haar contractuele recht op de trouwjurk door middel van een schriftelijke verklaring omzetten in een vervangende schadevergoeding.¹⁹² In dat geval krijgt zij, zo volgt uit de schaarse rechtspraak van de Hoge Raad, aanspraak op een geldbedrag ten belope van de objectieve marktwaarde van de contractuele prestatie van de modeontwerper. Met andere woorden, ze heeft recht op een geldbedrag ten belope van de waarde van het ontwerpen en het vervaardigen van de door haar bestelde trouwjurk. De aanstaande bruid blijft ook na deze omzetting verplicht om de afgesproken koopsom te betalen aan de modeontwerper.¹⁹³ Wanneer een wederpartij wel een prestatie heeft geleverd, maar dat niet deugdelijk heeft gedaan – de modeontwerper levert een trouwjurk die veel te krap is en waarvan het stiksel loslaat¹⁹⁴ – kan de benadeelde er ook voor kiezen de contractuele verplichting tot herstel om te zetten in een vervangende schadevergoeding. In dat geval heeft hij recht op het bedrag dat nodig is om alsnog een deugdelijke prestatie bij een derde te verkrijgen. Voor

191 Op grond van artikel 3:296 BW. Soms zal uit de aard van de verplichting, de wet of een rechtshandeling voortvloeien dat een rechthebbende geen nakoming kan vorderen. Zo kan een rechter de Nederlandse Staat geen wetgevingsbevel geven, zie daarover: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *RvdW* 2019/89 (*Urgenda*), r.o. 8.2. Zie over het recht op nakoming in het algemeen: Haas 2009.

192 Op grond van artikel 6:87 lid 1 BW. In het voorbeeld is de tekortkoming in de nakoming van de contractuele verplichting uiteraard toerekenbaar. Wanneer verzuim intreedt, zal in dit voorbeeld, nu het een consumentenkoop betreft, worden bepaald aan de hand van het relatief nieuwe artikel 7:19a BW.

193 HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 m.nt. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*), r.o. 3.4.2 en HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7821, *NJ* 2004/586 (*Van Laar/Bouwconsultant*), r.o. 3.4. Ook in de literatuur gaat men ervan uit dat een benadeelde recht heeft op een vergoeding van de objectieve marktwaarde van de contractuele prestatie. Zie: Knijp *NbBW* 2002, p. 77; Hijma, par. 3, in zijn noot onder HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*); Asser/*Sieburgh* 6-1 2016/403 en Van Wechem & Rinkes *NJB* 2017, p. 2516-2517.

194 Geen omzetting vindt plaats, die door de tekortkoming, gezien haar geringe betekenis, niet wordt gerechtvaardigd, aldus lid 2 van artikel 6:87 BW. Als er slechts één draadje van de trouwjurk loszit, is omzetting misschien een te rigoureuze maatregel. Zie daarover: HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743, *RvdW* 2017/527 (*Scheve keukenvloer*), r.o. 3.4.3.

de aanstaande bruid betekent dit dat ze recht heeft op het geldbedrag dat nodig is om de jurk te laten verstellen en repareren door een kleermaker.¹⁹⁵

De aanstaande bruid kan er ook voor kiezen om de overeenkomst te ontbinden.¹⁹⁶ Beide partijen worden dan allereerst bevrijd van de contractuele verplichtingen die zij nog niet zijn nagekomen. De modeontwerper hoeft de trouwjurk niet meer te leveren en de aanstaande bruid hoeft de afgesproken prijs niet meer te betalen. Daarnaast ontstaat er wederzijds een obligatoire verplichting om hetgeen reeds door de andere partij is gepresteerd ongedaan te maken. Dat komt in de regel neer op een teruggaveplicht. De modeontwerper zal bijvoorbeeld een eventuele aanbetalings moeten terugbetalen aan de aanstaande bruid.¹⁹⁷ Wanneer de modeontwerper wel een jurk levert, maar deze te krap is en het stiksel loslaat, kan de aanstaande bruid er ook voor kiezen om een evenredige prijsvermindering te vorderen.¹⁹⁸ Sluit de aard van een prestatie uit dat zij ongedaan wordt gemaakt – dit speelt vooral bij diensten, bijvoorbeeld bij een knipbeurt door een kapper – dan treedt daarvoor een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van ontvangst.¹⁹⁹ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook in dat geval de objectieve marktwaarde van de prestatie – de gemiddelde marktprijs van een knipbeurt bij de kapper – doorslaggevend is.²⁰⁰ Wanneer een dergelijke prestatie ondeugdelijk is nagekomen – de kapper heeft het haar scheef geknipt – is voor de waardebepaling de werkelijke waarde die de prestatie voor de benadeelde heeft gehad, doorslaggevend. Ook een gebrekkige prestatie kan de benadeelde immers nog enig voordeel opleveren. Als de benadeelde zijn kapsel slechts nog kan ‘redden’ door het helemaal opnieuw te laten knippen

195 HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210 m.nt. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*), r.o. 3.4.2. Zie ook: Knijp *NbBW* 2002, p. 77 en Hijma, par. 3, in zijn noot onder HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*). Volgens *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/403, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, heeft de aanstaande bruid in zulke gevallen ook het recht om de contractuele plicht een jurk te leveren om te zetten in vervangende schadevergoeding. In dat geval moet ze de reeds ontvangen gebrekkige jurk retourneren aan de modeontwerper.

196 Wanneer hij in het geheel niet levert, moet de modeontwerper eerst in verzuim zijn geraakt, aldus artikel 7:19a BW. In het geval dat de geleverde trouwjurk niet aan de overeenkomst beantwoordt, is ontbinding pas mogelijk wanneer de modeontwerper niet binnen een redelijke termijn de gebreken aan de jurk herstelt, aldus artikel 7:22 lid 2 BW.

197 Dat volgt uit artikel 6:271 BW. Zie daarover: Hartlief 1994, p. 33-83; De Vries 1997, p. 175-176; Bakels 2011, p. 56-57 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/699.

198 In dit geval op grond van artikel 7:22 lid 1 sub b BW. Bij de toepassing van het algemene ontbindingsleerstuk van artikel 6:265 BW kan hetzelfde worden bereikt door gedeeltelijke ontbinding te vorderen.

199 Dit volgt uit artikel 6:272 BW. Zie daarover: De Vries 1997, p. 176-178 en Bakels 2011, p. 71-72.

200 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1031 (*Toelichting Meijers*). Kritisch daarover Hartlief *Kwartaalbericht NBW* 1989, p. 38 en Hartlief 1994, p. 59-60, die van mening is dat de waarde moet worden gesteld op de afgesproken contractsprijs. Zie ook: De Vries 1997, p. 177-178 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/704.

door een andere kapper en de slechte knipbeurt hem dus geen enkel voordeel heeft opgeleverd, staat het de rechter vrij om te bepalen dat de waarde van de ondeugdelijke prestatie nihil is.²⁰¹

Het Nederlandse recht reikt een benadeelde, naast het vorderen van schadevergoeding, dus legio andere mogelijkheden aan om het tekortschieten van zijn wederpartij in de nakoming van haar contractuele verplichtingen te redresseren. De benadeelde heeft in het Nederlandse recht aanzienlijk meer opties dan in het Engelse recht. In het Nederlandse recht heeft een benadeelde een algemeen recht op nakoming van contractuele verplichtingen, terwijl het Engelse recht een benadeelde slechts in uitzonderlijke omstandigheden de mogelijkheid biedt via de rechter nakoming van een overeenkomst af te dwingen. Een rechter wijst een nakomingsvordering in beginsel uitsluitend toe wanneer schadevergoeding geen adequate remedie is, dat wil zeggen wanneer het voor een benadeelde niet mogelijk is de contractuele prestatie elders te verkrijgen.²⁰² Bovendien moet de contractuele verplichting voldoende duidelijk zijn en de naleving ervan geen constante controle of een voortdurend ingrijpen van de rechter vergen.²⁰³ In de Engelse literatuur gaan de laatste decennia stemmen op om een benadeelde bij wanprestatie aanspraak te geven op een vergoeding van de waarde van de niet-nagekomen contractuele prestatie *zelf* of, anders gezegd, op *substitutionary damages*.²⁰⁴ De uiteenlopende opvattingen van de rechters van het House of Lords in *McAlpine v. Panatown* laten zien dat het nog geen uitgemaakte zaak is of een benadeelde een algemeen recht op zulke vervangende schadevergoeding heeft.²⁰⁵ In bepaalde gevallen heeft een benadeelde recht op een vergoeding van de herstelkosten wanneer zijn wederpartij een gebrekkig werk – dit speelt met name bij bouwcontracten – oplevert, maar ook deze aanspraak is een uitzondering in het Engelse recht en kent bovendien strikte additionele vereisten.²⁰⁶ Tot slot bevrijdt ontbinding in het huidige Engelse recht een benadeelde slechts

201 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1031 (Toelichting Meijers). Zie ook: De Vries 1997, p. 176-178; Bakels 2011, p. 71-72 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/704.

202 Uit bijvoorbeeld *Societe des Industries Metallurgiques SA v. The Bronx Engineering Co Ltd* [1975] Lloyd's rep. 465 (CA) blijkt dat dit criterium strikt wordt uitgelegd. Zie over dit vereiste uitgebreid: Burrows 2004, p. 458-474 en Beatson e.a. 2016, p. 608-614. Overigens kan een benadeelde de contractuele verplichting om een geldsom te betalen wel in rechte afdwingen. Bovendien zijn ook in Groot-Brittannië de Europese richtlijnen over consumentenkoop steeds geïmplementeerd, waardoor bij consumentenkoop een benadeelde wel recht op nakoming (althans herstel of vervanging) heeft.

203 Zie met name: Lord Hoffmann in *Co-Operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL), p. 15-16.

204 Over het bestaan en de wenselijkheid van zo'n aanspraak is de laatste jaren zeer veel geschreven in de Engelse literatuur. Zie bijvoorbeeld: McKendrick CPL 1999, p. 72-73; Webb OJLS 2006, p. 57-61 en Winterton LMCLQ 2012, p. 449-450.

205 *Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518 (HL). Zie over dit arrest in het bijzonder: McKendrick OJLS 2003, p. 145-180.

206 Zie daarover met name: *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL).

van zijn contractuele verplichtingen die nog niet opeisbaar zijn, maar heeft hij geen algemeen recht op ongedaanmaking van de door hem reeds verrichte prestaties.²⁰⁷ Zo heeft een benadeelde tot op heden slechts recht op terugbetaling van zijn vooruitbetalingen wanneer zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen *in het geheel* niet is nagekomen. Wanneer de wederpartij haar contractuele verplichtingen wel reeds gedeeltelijk is nagekomen, heeft de benadeelde geen recht meer op terugbetaling van eventuele vooruitbetalingen.²⁰⁸

In het Engelse recht is een benadeelde voor de bescherming van zijn contractuele belangen dus veel vaker aangewezen op het schadevergoedingsrecht dan in Nederland. Een deel van de literatuur lijkt van mening te zijn dat een benadeelde in het Nederlandse recht dan ook helemaal geen aanspraak op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel nodig heeft, omdat het recht op nakoming, ontbinding en vervangende schadevergoeding zijn immateriële contractuele belangen al voldoende beschermen. Dat is naar mijn mening niet het geval. Ook in het Nederlandse recht zou zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een leemte bestaan in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Om dat toe te lichten, is het nuttig om eerst uit te leggen op welke wijze deze remedies de immateriële contractuele belangen van een benadeelde wel kunnen dienen.

10.6.2.2 *Voorkomen is beter dan genezen*

Vóór haar trouwdag is de aanstaande bruid voor de bescherming van haar immateriële contractuele belang – het dragen van een mooie trouwjurk op haar bruiloft – zeker gebaat bij het recht op nakoming van de contractuele verplichting van de modeontwerper om een trouwjurk te leveren. Door de modeontwerper met een gerechtelijk bevel, al dan niet onder last van een dwangsom, te dwingen om de trouwjurk op tijd te leveren, kan ze verzekeren dat ze op haar bruiloft over haar gedroomde trouwjurk beschikt.²⁰⁹ Het recht op nakoming kan de benadeelde op deze wijze in de gelegenheid stellen om het nagestreefde onstoffelijke voordeel alsnog te realiseren. Ontbinding en vervangende schadevergoeding kunnen een benadeelde op een indirecte wijze

207 Het recht op restitutie na ontbinding van een overeenkomst is notoir ingewikkeld én omstreken in het huidige Engelse recht. Of een contractspartij recht heeft op restitutie is niet alleen afhankelijk van de vraag of zij de benadeelde dan wel de wanpresterende partij is, maar ook of zij teruggave van een reeds betaalde geldsom vraagt dan wel een vergoeding voor een verrichte dienst of een geleverd goed. Zie hierover: Peel 2015, hfd. 22 en Beatson e.a. 2016, p. 620-530.

208 Zie over dit omstreken vereiste van 'total failure of consideration': Lord Goff in *Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co* [1998] WLR 574 (HL), p. 588. Zie hierover uitgebreid: Beatson e.a. 2016, p. 621-624.

209 Wanneer de jurk te krap is en het stiksel loslaat, kan ze herstel of eventueel vervanging vorderen op grond van artikel 7:21 lid 1 sub b BW.

in de gelegenheid stellen het gemiste onstoffelijke voordeel alsnog te realiseren. Als de aanstaande bruid de overeenkomst ontbindt, is ze bevrijd van haar verplichting om de koopsom te betalen en krijgt ze eventuele vooruitbetalingen terug. Zo ontstaat er weer bestedingsruimte om bij een ander modehuis in allerijl een nieuwe trouwjurk aan te schaffen. Met het vorderen van vervangende schadevergoeding bereikt de aanstaande bruid in dit geval een vergelijkbaar resultaat. Ze krijgt dan in plaats van de bestelde trouwjurk een geldbedrag ten belope van de waarde ervan. Met dat geldbedrag kan ze elders een nieuwe trouwjurk aanschaffen.²¹⁰ Bovendien biedt het recht op vervangende schadevergoeding de aanstaande bruid de mogelijkheid om, wanneer de geleverde jurk niet aan de overeenkomst beantwoordt, de modeontwerpers contractuele verplichting tot herstel om te zetten in een vervangende schadevergoeding. In dat geval belooft de vervangende schadevergoeding de kosten om de trouwjurk door een kleermaker te laten herstellen.²¹¹

Naar alle waarschijnlijkheid prefereert de aanstaande bruid het verkrijgen van een trouwjurk boven schadevergoeding voor het moeten missen van deze jurk op haar bruiloft. Schadevergoeding kan slechts compensatie bieden voor het missen van onstoffelijk voordeel, maar zal in de regel geen volledig herstel bieden voor het gemiste plezier van het dragen van een mooie trouwjurk tijdens een huwelijk. Voorkomen is beter dan genezen.

Het probleem is alleen dat voorkomen niet altijd mogelijk is. Zo is het een uitgangspunt van het Nederlandse contractenrecht dat een schuldenaar niet verplicht is tot nakoming van zijn contractuele verplichtingen wanneer dit niet van hem gevegd kan worden, omdat dit te kostbaar of anderszins te belastend voor hem is.²¹² Zo kunnen bij een verbouwing van een huis of een bedrijfspand kleine gebreken ontstaan, die zeer kostbaar zijn om te herstellen. In een recent arrest van de Hoge Raad ging het bijvoorbeeld om een scheve keukenvloer. Een aannemer maakte een fout bij het plaatsen van een keukenvloer waardoor deze vloer zodanig scheef lag dat niet meer werd voldaan aan de toepasselijke STABU-richtlijnen. De aannemer pleegde daarmee wanprestatie. Het was echter met het blote oog niet te zien dat de vloer scheef

210 De bruid blijft wel verplicht om de koopprijs te betalen. Het resultaat van het vorderen van vervangende schadevergoeding zal daardoor veelal vergelijkbaar zijn met ontbinding. Sommige auteurs, bijvoorbeeld Stolp 2007, p. 144 en 147, zijn zelfs van mening dat het vorderen van vervangende schadevergoeding of ontbinding lood om oud ijzer is. Zoals eerder door mij en Van Vught (Beumers & Van Vught AA 2018, p. 99) is uiteengezet, zijn er soms wel degelijk verschillen tussen beide remedies, met name wanneer de verschuldigde contractsprijs hoger ligt dan de objectieve waarde van de contractuele prestatie van de wederpartij.

211 De Jong 2014, p. 181 ziet deze mogelijkheid als een belangrijk voordeel van vervangende schadevergoeding.

212 Zie met name: HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. Dit uitgangspunt ziet men ook terug in enkele wettelijke regelingen, zoals bij de koopovereenkomst in artikel 7:21 lid 4 BW en bij aanneming van werk in artikel 7:759 lid 2 BW.

lag: dat kon enkel met gedetailleerde metingen worden vastgesteld. Bovendien leverde dit gebrek geen hinder op bij het gebruik van de keuken. De kosten om de vloer te egaliseren waren daarentegen aanzienlijk. In zulke gevallen kan het zo zijn dat herstel, of het vergoeden van de kosten om zulk herstel door een derde te laten uitvoeren, te belastend is voor de schuldenaar.²¹³ Omdat zijn vordering tot herstel dan wordt afgewezen, kan de benadeelde in zulke gevallen niet voorkomen dat hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel – het plezier van een egale keukenvloer – misloopt.²¹⁴

Het is daarnaast mogelijk dat nakoming simpelweg feitelijk niet meer mogelijk is. Een kunstliefhebber heeft al jaren de wens om een bepaalde tekening van Karel Appel te kopen en in zijn woonkamer te hangen. Op een gegeven moment lukt het hem om de eigenaar van de tekening te bewegen om het kunstwerk aan hem te verkopen, maar voor de levering gaat, door de onzorgvuldigheid van de verkoper, het kunstwerk verloren in een brand. In zulke gevallen van absolute onmogelijkheid is het voor de verkoper feitelijk onmogelijk om nog na te komen. Het door de kunstliefhebber nagestreefde onstoffelijke voordeel – het esthetische plezier van de tekening van Karel Appel boven de schouw – is onomkeerbaar verloren gegaan.²¹⁵ Om een vergelijkbare reden heeft een benadeelde niets meer aan een nakomingsvordering in het geval dat het essentieel is dat een bepaalde contractuele prestatie op een specifieke dag of gedurende een bepaalde periode wordt geleverd, maar op dat moment uitblijft. Het is essentieel dat een trouwfotograaf op de huwelijksdag aanwezig is om foto's te maken. Hetzelfde geldt voor de bruidstaart die de patisserie heeft gebakken en voor het bandje dat zal optreden tijdens het huwelijksfeest. Het bruidspaar heeft na de trouwdag niets meer aan de prestaties van deze partijen, omdat het daarmee nagestreefde onstoffelijke voordeel – foto's van de ceremonie, een taartpunt voor de bruiloftsgasten en muziek op het huwelijksfeest – al onomkeerbaar verloren is gegaan.²¹⁶

213 In HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743, *RvdW* 2017/527 (*Scheve keukenvloer*), r.o. 3.4.3 had het Hof onvoldoende gemotiveerd waarom het toekennen van de kosten van herstel niet te belastend was voor de aannemer. In de Nederlandse literatuur lopen de meningen uiteen over de vraag wanneer nakoming te belastend of kostbaar is. Zo willen Haas 2009, p. 135-204 en Veldman *WPNR* 2001, p. 736-738 veel eerder dan in het huidige recht wordt gedaan, aannemen dat nakoming te belastend is voor een schuldenaar.

214 Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 103 wijst er terecht op dat in zulke gevallen het nog wel eens lastig zou kunnen zijn voor een benadeelde om aan te tonen dat hij het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen. De keuken in het voorbeeld kan immers zonder enige hinder worden gebruikt en bovendien is het gebrek *niet zichtbaar*.

215 Zie hierover: Asser/*Sieburgh* 6-I 2016/382.

216 De heersende leer is dat ook in zulke gevallen waarin 'de tijd van de vervulling een wezenlijk bestandsdeel van de verbintenis uitmaakt' sprake is van blijvende onmogelijkheid, zie: Asser/*Sieburgh* 6-I 2016/383. Van Schaick *NTBR* 2012, par. 4 is van mening dat geen sprake is van blijvende onmogelijkheid, maar van een fatale termijn in de zin van artikel 6:83 sub a BW. Wat daar ook van zij, het staat vast dat het nagestreefde onstoffelijke voordeel onomkeerbaar verloren is gegaan.

Zelfs wanneer nakoming van de contractuele verplichtingen nog mogelijk is, kan het zo zijn dat de wederpartij het missen van het onstoffelijke voordeel niet meer volledig ongedaan kan maken. De Engelse zaken over de beroepsaansprakelijkheid van advocaten illustreren dat helder. Misschien was het voor de advocaat van Heywood mogelijk geweest om, enkele maanden na het ondermaatse gerechtelijke verzoek tot een straat- en contactverbod voor Heywoods gewelddadige ex-vriend, een nieuw verzoek in te dienen en zo zijn contractuele plicht alsnog na te komen. De stalking zou vanaf dat moment weliswaar worden beëindigd, maar het immateriële nadeel dat Heywood leed in de periode dat een deugdelijk verzoek van haar advocaat uitbleef, is daarmee niet goedge maakt. Door de initiële fout van de advocaat heeft de stalking onnodig lang voortgeduurd. Het uit deze vertraging voortvloeiende nadeel is onomkeerbaar en de advocaat kan deze schade niet wegnemen door op een later moment zijn contractuele plichten wel deugdelijk na te komen.²¹⁷

Kortom, als nakoming niet meer mogelijk is of een deugdelijke nakoming zo lang uitblijft dat de benadeelde het onstoffelijke voordeel reeds onomkeerbaar is misgelopen, biedt een nakomingsvordering onvoldoende bescherming aan het immateriële contractuele belang van de benadeelde. Ook ontbinding en vervangende schadevergoeding bieden de benadeelde in zulke gevallen geen indirecte mogelijkheid meer om het onstoffelijke voordeel bij een derde te verkrijgen, om de simpele reden dat hij het gemiste onstoffelijke voordeel ondertussen niet meer kan verwezenlijken.²¹⁸ Compensatie voor het gemiste onstoffelijke voordeel is het enige wat het recht hem in zulke gevallen nog zou kunnen bieden.

10.6.2.3 Niet goed, geld terug

In de Nederlandse literatuur leeft ook de gedachte dat het vermogensrecht reeds via het recht van ontbinding voldoende in de compensatie van gemist

217 Zie voor een uitgebreidere bespreking van *Heywood v. Wellers* en vergelijkbare beroepsaansprakelijkheidszaken: § 5.4.1.

218 Hijma, par. 4, in zijn annotatie onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ 2008/55 (Burger/Brouwer Motors)* geeft als een mogelijke rechtvaardiging voor de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten dat een dergelijke vergoeding de benadeelde in staat stelt het onstoffelijke voordeel op een later moment alsnog te verkrijgen. Zie ook: Van Wees *TvC* 2019, p. 69. Geheel overtuigend is deze rechtvaardiging niet. Niet alleen zal de benadeelde soms helemaal niet een tweede keer proberen het onstoffelijke voordeel te verkrijgen (in die zin reeds Verheij *AV&S* 2017, p. 115-116), maar in andere gevallen kan dat helemaal niet meer. Zo kon Burger wel meedoen aan een latere Dakar Rally, maar het plezier van de Dakar Rally *van* 1998 is hij onomkeerbaar verloren. Dat roept de vraag op in hoeverre het Burger te doen was om deel te nemen aan deze specifieke Dakar Rally of meer om deelname aan *een* editie van de Dakar Rally. Voor vakanties geldt hetzelfde. Een mislukte zomervakantie naar Engeland in 2016 kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, tot op zekere hoogte worden goedge maakt door een geslaagde zomervakantie in 2017. Het plezier van een geslaagde zomervakantie *in* 2016 is de benadeelde echter onomkeerbaar misgelopen.

onstoffelijk voordeel voorziet. Door de overeenkomst te ontbinden krijgt de benadeelde immers zijn geld terug of, in het geval van gedeeltelijke ontbinding of prijsvermindering, een deel ervan. Met deze terugbetaling of prijsvermindering zou de benadeelde gecompenseerd worden voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, is dan de gedachte. Zo schrijft Tjong Tjin Tai, in het kader van de pakketreisovereenkomst, ten aanzien van gederfd reisgenot:²¹⁹

‘Prijsverlaging is een passende remedie voor lastig op geld te waarden schade als gederfd reisgenot. In het algemeen zal een proportionele prijsverlaging, gerelateerd aan de relatieve omvang van het gederfde genot, passend lijken.’

Om die reden ziet Tjong Tjin Tai geen noodzaak om aan de gedupeerde vakantieganger een additioneel recht op smartengeld voor gederfd reisgenot toe te kennen. Het gederfde reisgenot wordt immers al ‘door de prijsverlaging gedekt’.²²⁰ Lindenbergh komt meer in het algemeen tot dezelfde conclusie. Volgens hem kan in gevallen van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst die beoogt te voorzien in immateriële behoeften van een benadeelde, de gemiste vreugde ‘vaak ook via (al dan niet gedeeltelijke) ontbinding [...] worden geredresseerd’.²²¹

Gemist onstoffelijk voordeel is een vorm van gevolgschade, die ontstaat wanneer het voor de wederpartij niet meer mogelijk is om haar contractuele verplichtingen na te komen of nakoming niet meer kan voorkomen dat de benadeelde het voordeel misloopt.²²² In het tweede hoofdstuk is uiteengezet dat de waarde van onstoffelijk voordeel, zoals reisgenot, in drie verschillende componenten uiteenvalt. De waarde van onstoffelijk voordeel is ten minste gelijk aan de uitgaven die de benadeelde heeft gedaan om het voordeel te verkrijgen. Deze gemaakte kosten kunnen allereerst bestaan uit de contractsprijs die de benadeelde heeft voldaan aan zijn wederpartij. De tevergeefs gemaakte kosten kunnen daarnaast bestaan uit uitgaven bij derden die nodig waren om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Ten derde streeft een benadeelde een consumentensurplus of immateriële winst na. Deze drie componenten samen vormen de totale waarde van het onstoffelijke voordeel.²²³

De ‘niet goed, geld terug’-gedachte gaat er in de kern vanuit dat met de terugbetaling van de contractsprijs of een prijsvermindering deze gevolgschade

219 *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/532.

220 *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/533. Zie ook: Van Wees *TvC* 2019, p. 69, die reeds tot de genuanceerdere conclusie komt dat prijsverlaging niet in alle gevallen een adequate wijze is om gederfd reisgenot te begroten, met name niet bij annulering door de reisorganisator.

221 Lindenbergh *NTBR* 2019, p. 126.

222 Schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is dan ook altijd een vorm van aanvullende schadevergoeding. Het is geen vervangende schadevergoeding voor de niet-geleverde contractuele prestatie zelf, maar voor de negatieve consequenties die het uitblijven van de prestatie heeft voor de benadeelde. Zie § 2.2 over het verschil tussen contractuele rechten en contractuele belangen.

223 Zie uitgebreid hierover: § 2.4.

bestaande uit het gemiste onstoffelijke voordeel reeds geheel kan worden weggenomen. Dat is alleen niet zo. Het recht van ontbinding schiet – op vergelijkbare wijze als bij gederfde winst – op twee fronten tekort in het bieden van volledige compensatie voor gemist onstoffelijk voordeel.

Het consumentensurplus

Om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen is het in sommige gevallen uitsluitend nodig voor een benadeelde om een contractsprijs aan zijn tekortschietende wederpartij te betalen. Terugbetaling van dit bedrag of prijsvermindering neemt de gevolgschade bestaande uit het gemiste onstoffelijke voordeel echter niet volledig weg. De benadeelde streeft immers ook een consumentensurplus na.

Het voorbeeld van de wanpresterende trouwfotograaf Samsom illustreert dat.²²⁴ Diesen zoekt een trouwfotograaf voor haar huwelijk. Zij is bereid maximaal € 2.000 aan haar trouwfoto's uit te geven. Het onstoffelijke voordeel van professionele trouwfoto's is haar, anders gezegd, € 2.000 waard.²²⁵ Zij huurt vervolgens trouwfotograaf Samsom in, die een prijs van € 1.250 rekent voor het maken van de trouwfoto's. Samsom eist bovendien dat Diesen vooruitbetaalt. Samsom komt vervolgens niet opdagen tijdens de bruiloft, waardoor Diesen het door haar nagestreefde onstoffelijke voordeel – professionele trouwfoto's – geheel misloopt.²²⁶ Als Diesen de overeenkomst zou ontbinden, zou Samsom naar Nederlands recht verplicht zijn om het vooruitbetaalde bedrag van € 1.250 terug te betalen aan haar. De trouwfoto's waren Diesen echter € 2.000 waard. Na terugbetaling van de contractsprijs is dus € 750 van de waarde van het onstoffelijke voordeel nog niet vergoed door Samsom. Met andere woorden, voor het consumentensurplus – het verschil tussen de voor het onstoffelijke voordeel betaalde contractsprijs en de subjectieve waarde ervan voor de benadeelde – biedt deze terugbetaling geen compensatie.

Hier dringt een vergelijking met gederfde winst zich op. Stel dat Diesen geen verloofde is die een trouwfotograaf zoekt, maar een kunsthandelaar. Ze koopt van kunstfotograaf Samsom voor € 1.250 een serie unieke foto's en betaalt de koopprijs wederom vooruit. Nog voordat Samsom heeft geleverd, lukt het haar de gekochte foto's voor € 2.000 door te verkopen aan een particuliere kunstverzamelaar. Vervolgens schiet Samsom tekort in zijn verplichting de unieke foto's in eigendom over te dragen, omdat hij ze voor een hogere prijs heeft verkocht en reeds heeft geleverd aan een derde.²²⁷ Als Diesen de

224 Het voorbeeld is ontleend aan *Diesen v. Samsom* [1971] SLT 49.

225 Zie voor hetzelfde voorbeeld: § 10.4.1. Zie § 2.4.2 over de moeilijkheid om het consumentensurplus te berekenen en § 10.3.5 hoe deze moeilijkheid het hoofd kan worden geboden.

226 Tegenwoordig is het nauwelijks voor te stellen dat er zonder fotograaf helemaal geen foto's van het huwelijk zouden zijn. *Diesen v. Samsom* speelt zich af in de jaren zestig van de vorige eeuw, toen nog niet iedereen te allen tijden een camera op zak had.

227 Het vorderen van nakoming is daarmee geen optie meer, aldus HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, NJ 1997/641 (*Budde/Tao Moa Cruising Limited*), r.o. 3.3.

overeenkomst zou ontbinden, zou ze recht hebben op terugbetaling van de koopprijs van € 1.250, maar daarmee zou ze nog niet gecompenseerd zijn voor de gederfde nettowinst van € 750 die ze zou hebben gemaakt wanneer Samsom zijn contractuele verplichting om de foto's te leveren zou zijn nagekomen. Het is onomstreden in het Nederlandse recht dat Diesen in dat geval naast terugbetaling van de koopprijs eveneens recht heeft op aanvullende schadevergoeding voor haar gederfde nettowinst van € 750.²²⁸ Zonder zulke aanvullende schadevergoeding zou Diesen immers geen volledige compensatie krijgen en na de ontbinding met een deel van de schade blijven zitten. Dat is in essentie niet anders wanneer Diesen geen winst, maar een onstoffelijk voordeel – professionele trouwfoto's – nastreeft. Ook in dat geval loopt zij nettowinst mis door de wanprestatie, maar dan een nettowinst die immaterieel van aard is. Ook deze nettowinst wordt niet weggenomen door terugbetaling van de vooruitbetaalde contractsprijs.

In het Duitse en het Engelse recht is reeds erkend dat terugbetaling van de contractsprijs of prijsvermindering geen volledige compensatie biedt voor het gemiste consumentensurplus. Dat blijkt duidelijk uit de Duitse en Engelse rechtspraak over mislukte vakanties. Zo is het een vaste lijn in de rechtspraak van het BGH dat een gedupeerde vakantieganger naast een recht op prijsvermindering ook recht heeft op smartengeld voor zijn gemiste reisgenot. De prijsvermindering geeft slechts uitdrukking aan de lagere economische waarde die de door de reisorganisator geleverde, tegenvallende vakantie heeft in vergelijking met de contractueel bedongen vakantie. Daarbovenop loopt een benadeelde een zekere immateriële nettowinst mis, aldus het BGH. Het recht op smartengeld voor gederfd vakantiegenot dient ter compensatie van deze gederfde immateriële winst.²²⁹ Ook in het Engelse recht is sinds *Jarvis v. Swans Tours* het uitgangspunt dat een benadeelde naast schadevergoeding voor het verschil in waarde tussen de geleverde, tegenvallende vakantie en de contractueel bedongen vakantie, recht heeft op smartengeld voor zijn gemiste reisgenot. Met andere woorden, ook in Engeland ziet men in dat een vergoeding van het waardeverschil tussen de overeengekomen en de geleverde reis, het niet-gerealiseerde consumentensurplus of de gederfde immateriële winst niet goedmaakt.²³⁰ Om ook binnen het Nederlandse recht benadeelden volledige compensatie te bieden voor het gemiste genot van een pakketreis, zouden zij bij een wanprestatie door hun reisorganisator *naast* een aanspraak op prijsvermindering of op terugbetaling van de reissom, recht moeten hebben op smartengeld voor hun misgelopen consumentensurplus. Een deel van de totale waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel van de vakantie wordt

228 Zie uitdrukkelijk artikel 6:277 lid 1 BW.

229 Zie: § 4.3.3.

230 Zie: § 5.4.4.1. Zie hierover eerder: Beumers *NTBR* 2016, p. 172-173. Er is hier een duidelijke parallel met de discussie over het combineren van smartengeld met het vorderen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade, zie: § 6.4.

reeds goedge maakt door terugbetaling van de reissom, maar hun gederfde immateriële nettowinst is daarmee nog niet vergoed.²³¹

Te vergeefs gemaakte kosten bij derden

Er is bovendien een tweede reden waarom het noodzakelijk is om een benadeelde naast een recht op terugbetaling of prijsvermindering, ook een aanspraak op aanvullende schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te geven. Ter verkrijging van de trouwfoto's hoefde Diesen uitsluitend een geldbedrag aan haar tekortschietende wederpartij zelf te betalen. Ook voor een pakketreis zal een benadeelde in de regel slechts een reissom hoeven te voldoen aan zijn tekortschietende reisorganisator. Er zijn echter ook gevallen waarin om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen de benadeelde niet alleen een contractsprijs moet betalen aan zijn tekortschietende wederpartij maar ook aanzienlijke uitgaven moet doen bij derden. In zulke gevallen belooft de waarde van het onstoffelijke voordeel ten minste de aan de tekortschietende wederpartij betaalde contractsprijs *plus* deze bij derden gedane uitgaven.²³²

Burger/Brouwer Motors is hier een helder voorbeeld van. Voor zijn deelname aan de Dakar Rally huurde Burger allereerst voor f 17.413 een rallymotor van Brouwer Motors. Hij moest daarnaast ook nog tal van andere kosten bij derden maken om mee te kunnen doen. Zo betaalde Burger f 15.000 aan inschrijvingsgeld aan de organisatie achter de Dakar Rally en was hij f 12.059 kwijt aan een monteur. In totaal beliepen deze bij derden gemaakte kosten f 32.859.²³³ Nog los van het eventuele consumentensurplus dat Burger zou hebben gerealiseerd, was het onstoffelijke voordeel van deelname aan de Dakar Rally hem dus ten minste een ruime f 50.000 waard. Door de ontbinding van de overeenkomst met Brouwer Motors zou Burger recht hebben gekregen op een terugbetaling van de betaalde huursom voor de rallymotor (f 17.413) en daarmee slechts een gedeelte van wat deelname aan de Dakar Rally hem waard was, vergoed hebben gekregen, namelijk grofweg 35 procent. Kortom, om Burger volledig te compenseren voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, is het noodzakelijk hem naast een recht op terugbetaling van de huursom van de rallymotor, eveneens recht te geven op aanvullende schadevergoeding voor het resterende deel van de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel.

231 Ter illustratie verwijs ik naar het voorbeeld uit § 2.4.1. De fabrikseigenaar wil maximaal €1.500 uitgeven aan een vakantie. Het reisbureau rekent een reissom van €1.200. Bij een ontbinding krijgt de fabrikseigenaar de reissom van €1.200 terug. De overige €300 zou hij dan als aanvullende schadevergoeding moeten kunnen vorderen. Alleen zo wordt hij volledig gecompenseerd.

232 Zie: § 2.4.1 en appendix 2.

233 Deze kosten bij derden had Burger volgens het hof dat na verwijzing over deze zaak moest oordelen, voldoende onderbouwd. In totaal voerde Burger f 53.303,70 aan te vergeefs gemaakte kosten op. Zie: Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*).

Een vergelijking met gederfde winst is wederom instructief. In *Anglia Television v. Reed* wilde een televisiezender een nieuwe film produceren.²³⁴ Voor de hoofdrol van deze film trok hij Robert Reed aan, maar uiteraard moest de televisiezender ook allerlei andere investeringen doen bij derden, zoals in filmlocaties, in andere acteurs en in grimeurs en cameramannen. Het doel van Anglia Television was om met de film winst te maken, dat wil zeggen een omzet te generen waarmee alle gemaakte kosten voor de film zouden zijn terugverdiend en waarmee ook nog een nettowinst zou zijn gerealiseerd. Doordat Robert Reed op het laatste moment zonder geldige reden bedankte voor zijn rol, moesten de opnames worden geannuleerd en liep de televisiezender deze nagestreefde omzet geheel mis. Naar Nederlands recht zou Robert Reed door de ontbinding van de overeenkomst de voor zijn rol ontvangen vergoeding hebben moeten terugbetalen aan de televisiezender, maar daarmee zou de gederfde omzet van Anglia Television bij lange na niet zijn gecompenseerd. De verwachte omzet zou immers niet alleen het salaris van Robert Reed, maar ook alle andere productiekosten voor de film hebben gedekt en bovendien nog een nettowinst hebben opgeleverd.²³⁵ Reed zou dus naast een plicht tot terugbetaling van zijn reeds ontvangen salaris eveneens schadevergoeding moeten hebben betalen aan Anglia Television voor de door zijn wanprestatie gederfde omzet. Ook na de terugbetaling van het salaris blijft Anglia Television immers met schade zitten.²³⁶ Voor Burger was dat in essentie niet anders. Hij streefde weliswaar geen omzet maar een onstoffelijk voordeel na, maar ook bij hem overtrof de waarde van het misgelopen voordeel de aan Brouwer Motors betaalde huursom voor de rallymotor aanzienlijk.

Een onvolkomen alternatief

Het recht van de benadeelde om na een ontbinding een reeds voldane contractsprijs terugbetaald te krijgen van zijn wederpartij, biedt dus geen volledige compensatie voor het door hem gemiste onstoffelijke voordeel. Niet alleen compenseert deze terugbetaling niet voor het gemiste consumentensurplus of de gederfde immateriële nettowinst, zij biedt ook geen compensatie voor eventuele bij derden tevergeefs gedane uitgaven om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen.²³⁷ Zonder een recht op aanvullende schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou dus sprake zijn van ondercompensatie. Dat

234 *Anglia Television Ltd v. Reed* [1972] 1 QB 1972 (CA).

235 Het juridische probleem in *Anglia Television v. Reed* was dat de televisiezender niet kon bewijzen wat zijn omzet zou zijn geweest, zie daarover: § 8.2.1.

236 Zie opnieuw artikel 6:277 lid 1 BW.

237 Om dezelfde reden biedt ook vervangende schadevergoeding in een geval als dit onvoldoende compensatie. Bij vervangende schadevergoeding zou Burger slechts recht hebben gehad op een geldbedrag ten belope van de objectieve waarde van de contractuele verplichting van Brouwer Motors om een rallymotor ter beschikking te stellen. Zie over de verhouding tussen vervangende schadevergoeding en gedeeltelijke ontbinding en prijsvermindering: Krans 2020, p. 267-277.

zou betekenen dat het Nederlandse recht tekort zou schieten in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Een fundamenteel beginsel van het schadevergoedingsrecht is immers dat schade *volledig* moet worden gecompenseerd. Met een enkele terugbetaling van de reeds betaalde contractspartij kan volledige compensatie, net zoals in gevallen van gederfde winst, niet worden bereikt.

Vanuit een schadevergoedingsrechtelijk perspectief biedt het recht van ontbinding de benadeelde in feite een mogelijkheid om één specifieke uitgave die is gedaan om het gemiste onstoffelijke voordeel te verkrijgen achteraf nog ongedaan te maken, namelijk de contractsprijs die hij aan zijn wederpartij heeft betaald.²³⁸ Daarmee vermindert de benadeelde de schade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel enigszins, omdat door de terugbetaling het totaal aan tevergeefs gemaakte kosten afneemt. Door de overeenkomst te ontbinden zou Burger de schade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel met f 17.413 hebben kunnen verminderen, omdat hij de tevergeefs betaalde huursom voor de rallymotor dan zou hebben teruggekregen. Als de benadeelde ervoor kiest om van ontbinding af te zien, blijft de betaalde contractsprijs een tevergeefs gedane uitgave, die bij de begroting van het gemiste onstoffelijke voordeel moet worden meegenomen. In *Burger/Brouwer Motors* koos Burger er bijvoorbeeld niet voor om de huurovereenkomst te ontbinden, maar voerde hij de aan Brouwer Motors betaalde huurprijs op als één van de tevergeefs gedane uitgaven aan de Dakar Rally.²³⁹ Er lijkt niets op tegen dat een benadeelde deze route volgt. Het uitgangspunt is immers dat het een benadeelde vrijstaat te kiezen tussen de verschillende remedies die het contractenrecht hem aanreikt. Dat pleit ervoor de keuze of hij de contractsprijs via een ontbinding terugbetaald wil krijgen of dat hij deze contractsprijs liever als een tevergeefs gedane uitgave in de schadebegroting van het gemiste onstoffelijke voordeel wil betrekken, aan de benadeelde zelf te laten.²⁴⁰ Deze keuzevrijheid van de benadeelde vormt een belangrijke bijkomende reden waarom een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel noodzakelijk is. Nog los van de vraag *of* via ontbinding volledige compensatie bereikt kan worden – dat is dus niet zo – willen sommige benadeelden, zoals Burger, de overeenkomst

238 Of, in het geval dat de contractsprijs nog niet is betaald, te voorkomen dat hij deze verschuldigd wordt aan de wanpresterende wederpartij.

239 Zie: Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 2.13. De eerste twee tevergeefs gemaakte kosten die Burger opvoert, zijn betalingen gedaan aan Brouwer Motors zelf. Zie bijvoorbeeld ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.21: '[Appellant] maakt aanspraak op schadevergoeding uit wanprestatie [...] en betreft deze schadevergoeding [...] ook op het reeds betaalde lesgeld [aan de wanprestant]. [...] De enkele omstandigheid dat een vergelijkbaar resultaat middels een beroep op ontbinding en ongedaanmaking zou zijn te bereiken [...] staat aan vergoeding als schade in elk geval niet in de weg.'

240 In het Duitse recht gaat men ook ervan uit dat een benadeelde mag kiezen tussen schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten en ontbinding, zie: § 7.4.3.2 onder *de verrichte tegenprestatie*.

simpelweg niet ontbinden, maar slechts het door hun gemiste onstoffelijke voordeel als schade vergoed krijgen. Ook voor de bescherming van benadeelden die, om wat voor reden dan ook, de overeenkomst niet willen ontbinden, is het nodig om een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te erkennen in het Nederlandse recht.

10.6.3 Het boete- en smartengeldbeding

Er is nog een andere reden waarom het volgens een deel van de literatuur niet nodig is om benadeelden een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen. Artikel 6:95 BW is namelijk van regelend recht. Het staat contractspartijen vrij om in hun overeenkomst afwijkende afspraken te maken over de vergoedbaarheid van immateriële schade. Een contractspartij kan dus gewoon bedingen dat zij recht heeft op een volledige vergoeding van het door haar gemiste onstoffelijke voordeel, ook voor zover dat uit immateriële schade zou bestaan.²⁴¹ Omdat contractspartijen de mogelijkheid hebben om zelf contractueel te voorzien in een recht op smartengeld, zo is de gedachte, is het niet nodig dat het Nederlandse recht benadeelden een aanspraak op schadevergoeding voor hun gemiste onstoffelijke voordeel geeft. Als er al een leemte in de rechtsbescherming zou bestaan, kunnen partijen die eenvoudig zelf wegnemen.

Reeds in de parlementaire geschiedenis van het BGB ziet men deze gedachte naar voren komen. De ontwerpers van het BGB verwierpen het standpunt dat de invoering van § 253 BGB – dat eveneens van regelend recht is – er toe zou leiden dat er een leemte in de bescherming van de immateriële belangen van contractspartijen zou ontstaan. Contractspartijen, zo was de gedachte, kunnen immers zelf voorzien in de bescherming van deze belangen door een boete of een recht op schadevergoeding te bedingen.²⁴² In de Nederlandse literatuur is deze gedachte bij Krans terug te vinden. Hij verdedigt allereerst dat het niet wenselijk is om het recht op smartengeld uit te breiden naar gevallen waarin een benadeelde slechts normaal onbehagen heeft ervaren. Hij wijst er vervolgens op dat contractspartijen die de route naar smartengeld toch willen openhouden, een contractuele regeling kunnen treffen.²⁴³ Ook hij lijkt daarmee te suggereren dat de mogelijkheid om smartengeld te bedingen reeds voor een adequate bescherming van de immateriële belangen van contractspartijen zorgt.

Al sinds de negentiende eeuw twijfelt men aan de realiteitszin van het idee dat contractspartijen zelf in een recht op schadevergoeding zullen voorzien.

241 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333 (*MvA II*). Zie daarover: Krans 1999, p. 261-263 en Lindenberg 1998, p. 70.

242 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven*).

243 Krans 1999, p. 253.

Zo merkte Von Gierke in 1889 reeds op dat het burgerlijke recht niet slechts voor 'geriebene Geschäftsleute' is geschreven, maar ook voor leken, die waarschijnlijk niet op het idee zullen komen om een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te bedingen.²⁴⁴ In de huidige Duitse literatuur ziet men dezelfde kritiek terug. Wanneer een consument een overeenkomst aangaat met een commerciële partij zal er in de regel helemaal geen ruimte zijn om te onderhandelen over de algemene voorwaarden, zeker wanneer hij contracteert met een grote aanbieder. Bovendien zullen de meeste leken niet eens weten dat er een mogelijkheid bestaat om een contractueel recht op smartengeld te bedingen. Het idee dat een consument bij iedere overeenkomst waarin hij een immaterieel belang heeft een boete- of schadevergoedingsclausule bedingt, is op zijn best naïef te noemen, aldus deze auteurs.²⁴⁵

Er kleeft bovendien een fundamenteel bezwaar aan het idee dat contractspartijen zelf moeten voorzien in een recht op schadevergoeding voor hun gemiste onstoffelijke voordeel. Bij andere contractuele belangen die binnen het Nederlandse recht worden beschermd, wordt niet verlangd dat een contractspartij zelf een recht op schadevergoeding bedingt voor het geval dat deze belangen worden aangetast. Een benadeelde hoeft geen recht op een vergoeding van zijn vermogensschade te bedingen om daar na een wanprestatie aanspraak op te kunnen maken. Evenmin verlangde de Hoge Raad dat de moeder van baby Kelly voor haar eerste bezoek aan de verloskundige van het LUMC een recht op smartengeld had bedongen in haar geneeskundige behandelingsovereenkomst voor het geval dat er een medische fout zou worden gemaakt.²⁴⁶ Ook zij had recht op smartengeld zonder dat een expliciet contractueel beding haar daar een aanspraak op gaf. Het is niet te rechtvaardigen dat dit voor gemist onstoffelijk voordeel opeens anders zou moeten zijn en voor zulke schade wel te vereisen dat een benadeelde een recht op schadevergoeding bedingt. Een benadeelde zou in beginsel recht moeten hebben op een vergoeding van gemist onstoffelijk voordeel, ongeacht of hij zo'n aanspraak heeft bedongen of niet.

244 Von Gierke 1888, p. 198.

245 Zie: § 4.2.2.2. Drucker 1892, p. 217-218 voegt daar nog aan toe dat een dergelijke contractspartij op weinig sympathie kan rekenen: 'Men neme eens de proef en vrage zich af, hoe in het dagelijksch leven zou worden geoordeeld over iemand, die in alle gevallen, door ons in den aanvang van dit opstel genoemd, een strafbeding wilde aangaan. Het recht behoort rekening te houden met datgene, wat tusschen fatsoenlijke en verstandige lieden pleegt te geschieden; het kan niet verlangen, dat de menschen zich als onverdragelijke pedanten in de wereld gaan bewegen.'

246 Het idee dat de moeder van baby Kelly hier aan zou hebben gedacht en ook over in onderhandeling zou zijn getreden met het LUMC, lijkt me bijzonder onrealistisch.

10.6.4 Een leemte in het Nederlandse recht

Zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou in het Nederlandse recht een leemte in de bescherming van immateriële contractuele belangen bestaan. In gevallen dat nakoming van de contractuele verplichting – door de wederpartij zelf of door een derde – onmogelijk is of het gemiste onstoffelijke voordeel niet meer kan wegnemen, schiet het recht van ontbinding tekort in het bieden van volledige compensatie voor het gemiste onstoffelijke voordeel. Het is niet realistisch om te verwachten dat contractspartijen zelf in deze leemte zullen voorzien.

10.7 TUSSENCONCLUSIE

Het staat buiten kijf dat het huidige Nederlandse recht ook de immateriële belangen van contractspartijen beoogt te beschermen. Voor het schadevergoedingsrecht – dat tot doel heeft de rechte erkende belangen van contractspartijen te waarborgen – heeft dit de consequentie dat bij een aantasting van een immaterieel contractueel belang de benadeelde zijn schade volledig vergoed zou moeten krijgen. Wanneer een benadeelde door een wanprestatie het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen, schrijft dit beginsel dus voor dat hij dit gemiste onstoffelijke voordeel volledig vergoed zou moeten krijgen. Toch heeft een benadeelde in het Nederlandse recht lang niet in alle gevallen een aanspraak op een volledige vergoeding van zijn gemiste onstoffelijke voordeel. De vier in de literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis aangevoerde hoofdargumenten ter rechtvaardiging van deze beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel overtuigen niet. Zo valt er het nodige af te dingen op het idee dat vanwege het immateriële karakter van het nadeel compensatie voor gemist onstoffelijk voordeel onmogelijk zou zijn. Schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel heeft bovendien niet een eenduidig negatief of positief economisch effect. Het komt er veel meer op aan welk economisch effect zou moeten prevaleren boven het andere. Het verruimen van het recht op schadevergoeding kan tot gevolg hebben dat het aansprakelijkheidsrecht in grote mate uitdijt, maar dit macro-economische risico vormt op zichzelf geen goede reden om een individuele benadeelde een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontfagen. Het is in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht niet eenvoudig gebleken om een rechtvaardige beperking van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vinden. Het leerstuk van de contractuele relativiteit biedt echter wel een mogelijkheid om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel op een te rechtvaardigen wijze te begrenzen. Zonder een uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou er een leemte bestaan in de rechtsbescherming van contractspartijen. De andere remedies bij wanprestatie, zoals nakoming en ontbin-

ding, kunnen deze leemte niet volledig vullen. Ook is het onrealistisch te verwachten dat partijen zelf contractueel in deze leemte zullen voorzien, nog daargelaten of het te rechtvaardigen valt dat zij daarvoor zelf verantwoordelijk zouden moeten zijn.

Kortom, er is geen overtuigend argument om het uitgangspunt los te laten dat alle schade, dus ook gemist onstoffelijk voordeel, volledig voor vergoeding in aanmerking moet komen wanneer door een wanprestatie een immaterieel contractueel belang van een benadeelde wordt aangetast. Er is dan ook alle reden om de huidige ontwikkeling in het Nederlandse recht toe te juichen en zelfs om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verder te veralgemeniseren.

11 | Conclusie

11.1 GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL: EEN BEDRIEGLIJK EENVOUDIG PROBLEEM

In *Ruxley Electronics v. Forsyth* spreekt Lord Lloyd zijn verbazing uit over hoe ingewikkeld en omstreden het antwoord blijkt te zijn op de ogenschijnlijk eenvoudige vraag of een benadeelde recht heeft op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen:

‘It is surprising, and perhaps disconcerting, that at this stage of the development of the law of damages, such a simple question should have caused such a wide diversity of judicial opinion.’¹

Met een deel van de door hun gesloten overeenkomsten streven contractspartijen onstoffelijk voordeel na. Zij hebben, met andere woorden, een immaterieel belang in hun overeenkomst. Het dagelijkse leven biedt een overvloed aan voorbeelden hiervan. Mensen boeken vakanties en reserveren kaartjes voor het theater om te ontspannen en plezier te maken, kopen gezinsauto's, woonhuizen en meubels om comfortabel te leven en nemen advocaten in de arm om familierechtelijke geschillen, zoals over een omgangsregeling, te beslechten. Dat contractspartijen een immaterieel belang kunnen hebben in een overeenkomst, is tegenwoordig onomstreden en haast vanzelfsprekend. Het antwoord op de vraag of een contractspartij vervolgens recht heeft op schadevergoeding wanneer zij door een wanprestatie het nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen, is dat daarentegen allerminst. Gemist onstoffelijk voordeel roept juist ingewikkelde en fundamentele schadevergoedingsrechtelijke vragen op over de kwalificatie, de vergoedbaarheid en de begroting van zulk nadeel. Wat op het eerste oog een eenvoudig en veelvoorkomend probleem lijkt te zijn – een mislukte vakantie, een tijdelijk onbruikbare gezinsauto of een te ondiep zwembad – heeft in het Nederlandse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht tot de nodige jurisprudentie en een omvangrijk juridisch debat geleid. Dit proefschrift beantwoordt allereerst de vraag hoe het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zich in het Nederlandse recht heeft ontwikkeld en hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot de rechtsontwikkelingen die zich in het Duitse en het Engelse recht hebben voorgedaan.

1 Lord Lloyd, p. 361 in *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL).

Daarvoor is het noodzakelijk om nader in te gaan op de vraag wat in niet-juridische zin moet worden verstaan onder immateriële contractuele belangen en onder onstoffelijk voordeel.² Uit een overeenkomst vloeien rechten voort voor een contractspartij. Deze contractuele rechten dienen één of meerdere van haar belangen.³ Een contractspartij kan in een overeenkomst een economisch belang hebben – dat wil zeggen zij kan met een overeenkomst rechtstreeks of indirect een vergroting van haar vermogen nastreven – maar haar contractuele belang kan ook immaterieel van aard zijn. Met sommige overeenkomsten streeft een contractspartij geen vermogensvermeerdering na, maar een onstoffelijk voordeel.⁴

Onstoffelijke voordelen zijn heterogeen en kunnen uiteenlopen, van het woongenot van een landhuis tot de rust die een straatverbod voor een agressieve ex-vriend brengt en van een ontspannen vakantie aan de Zwarte Zee tot het plezier van deelname aan de Dakar Rally. Desalniettemin kan aan de hand van rechtseconomische literatuur in het algemeen iets worden gezegd over de economische waarde van deze uiteenlopende onstoffelijke voordelen. Een onstoffelijk voordeel is een contractspartij ten minste waard wat zij heeft uitgegeven om dat voordeel te verkrijgen. Deze uitgaven vallen uiteen in twee componenten. Een contractspartij zal soms alleen een contractsprijs aan haar wederpartij hebben betaald om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, bijvoorbeeld wanneer zij een pakketreis heeft geboekt bij een reisbureau. In andere gevallen zal zij niet alleen een contractsprijs aan haar wederpartij verschuldigd zijn, maar moet zij ook kosten bij derden maken om een onstoffelijk voordeel te kunnen verkrijgen. Zo moest Burger niet alleen een rallymotor van Brouwer Motors huren om te kunnen deelnemen aan de Dakar Rally, maar ook allerlei kosten bij derden maken, zoals het betalen van inschrijvingsgeld aan de organisator. In zulke gevallen is het onstoffelijke voordeel een contractspartij ten minste waard wat zij in totaal bij haar wederpartij zelf én bij eventuele derden heeft uitgegeven om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Immers, als dat niet zo zou zijn geweest, zou zij nooit bereid zijn geweest al deze uitgaven te doen.⁵

Het is verder aannemelijk dat het nagestreefde onstoffelijke voordeel een contractspartij meer waard is dan de totale kosten die zij moet maken om dat voordeel te verkrijgen. Ook een contractspartij die onstoffelijk voordeel nastreeft, hoopt door het aangaan van een overeenkomst haar positie te verbeteren. Zij streeft, anders gezegd, een consumentensurplus of immateriële winst na. Hoewel het om verschillende redenen lastig blijkt te zijn om exact te berekenen welke immateriële winst een contractspartij zou hebben gerealiseerd wanneer haar wederpartij de overeenkomst zou zijn nagekomen, is het wel

2 § 2.1.

3 § 2.2.

4 § 2.3.1 en appendix 1.

5 § 2.4.1.

aannemelijk dat de overeenkomst haar *een* consumentensurplus zou hebben opgeleverd. Kortom, de waarde van onstoffelijk voordeel bestaat uit drie componenten. Zulk voordeel is een contractspartij ten minste waard wat zij heeft uitgegeven om dit voordeel te verkrijgen – bij haar wederpartij zelf *en* bij derden – *plus* een lastig te berekenen immateriële winst of, anders gezegd, een consumentensurplus.⁶

Door een wanprestatie kan een benadeelde het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel mislopen.⁷ Dat roept de vraag op of hij in het Nederlandse recht schadevergoeding kan krijgen voor misgelopen onstoffelijk voordeel en ook in hoeverre dat in het Duitse en het Engelse recht anders is.

11.2 TUSSEN IMMATERIËLE SCHADE ...

In dit proefschrift is daarom eerst onderzocht of een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Zo op het eerste gezicht lijkt gemist onstoffelijk voordeel immers in de gevoelssfeer te liggen. Wanneer een benadeelde door een wanprestatie een onstoffelijk voordeel is misgelopen, gaat zijn vermogen niet achteruit. Hij is geen cent armer dan hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. Wel loopt hij genot, plezier of gemak mis. Zulk nadeel zou als immateriële schade kunnen worden gezien.

Voor de invoering van het Nieuw BW leek het Nederlandse recht in steeds ruimere mate smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen aan benadeelden, maar door de invoering van het gesloten stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW kwam aan deze rechtsontwikkeling abrupt een einde. Tegenwoordig is de hoofdregel in het Nederlandse recht – die in de literatuur vrijwel onomstreden is – dat een benadeelde geen recht op smartengeld heeft wanneer hij slechts ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ heeft ervaren.⁸ Toch blijft een benadeelde niet altijd met lege handen achter. Hij heeft wel recht op smartengeld voor zijn gederfde reisgenot dat het gevolg is van een tekortkoming in de nakoming van een pakketreisovereenkomst.⁹ Daarnaast heeft een benadeelde recht op smartengeld bij een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen door een wanprestatie die eveneens een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht behelst, heeft hij dus recht op een vergoeding van zijn immateriële schade.¹⁰ Dit blijven echter uitzonderingen. Een benadeelde die

6 § 2.4.2-2.4.3 en appendix 2.

7 Zie met nuances nog: § 2.3.2.

8 § 3.2.

9 § 3.3.

10 § 3.4.

door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, heeft in het Nederlandse recht slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld.

Ook in het Duitse recht zijn er maar beperkte mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen voor benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. Tot 2002 konden benadeelden die op grond van wanprestatie schadevergoeding vorderden, helemaal geen aanspraak maken op smartengeld.¹¹ De enige belangrijke uitzondering op deze hoofdregel was het nog steeds bestaande recht op smartengeld voor gedupeerde vakantiegangers wanneer hun reisorganisator zijn verplichtingen uit een pakketreisovereenkomst niet nakomt. Deze regeling vindt bovendien analoog toepassing op andere gevallen van reisorganisatie.¹²

In 2002 verruimde de Duitse wetgever de mogelijkheden om bij wanprestatie smartengeld te vorderen. Sindsdien heeft een benadeelde bij wanprestatie, net zoals bij een onrechtmatige daad, recht op smartengeld wanneer sprake is van een aantasting van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking.¹³ De rechtspositie van benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, is door deze wijziging van § 253 BGB enigszins verbeterd, maar de verbetering is wel bescheiden. Uit bijvoorbeeld de jurisprudentie over de beroepsaansprakelijkheid van artsen en advocaten blijkt dat de verruiming enige nieuwe mogelijkheden biedt aan benadeelden om met succes smartengeld te vorderen, maar lang niet in alle gevallen waarin zij onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, zal eveneens sprake zijn van een schending van een van de in § 253 BGB genoemde rechtsgoederen.¹⁴ Ook in het Duitse recht heeft een benadeelde dus slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.

Een deel van de Duitse literatuur pleit al sinds de invoering van het BGB voor een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie. Een benadeelde zou recht moeten hebben op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, zodra de contractuele verplichting die zijn wederpartij niet is nagekomen het doel had hem zulk voordeel te verschaffen. Met andere woorden, zodra de immateriële contractuele belangen van een benadeelde binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst vallen, zou hij recht moeten hebben op smartengeld wanneer deze belangen door de wanprestatie worden aangetast en hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen.¹⁵

11 § 4.2.1.

12 § 4.3.

13 § 4.2.1 en 4.4.1.

14 § 4.4.1. Het Duitse recht kent weliswaar een recht op smartengeld voor schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht, maar dat wordt nauwelijks toegepast in het contractenrecht, zie: § 4.4.2.

15 § 4.2.2.

In het Engelse recht is de hoofdregel weliswaar altijd geweest dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op smartengeld, maar daar zijn in de jurisprudentie twee belangrijke uitzonderingen op deze hoofdregel tot ontwikkeling gekomen.¹⁶ Allereerst heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie fysiek ongemak heeft ervaren. Tegenwoordig wordt fysiek ongemak ruim uitgelegd, waardoor bijvoorbeeld ook stanken en geluidsoverlast er onder kunnen vallen.¹⁷ Ten tweede heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer het een doel van de overeenkomst was om hem onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar hij door de wanprestatie van zijn wederpartij dit voordeel is misgelopen. De oorsprong van dit recht op smartengeld ligt in geschillen over mislukte vakanties, maar de nieuwe uitzondering heeft tegenwoordig een algemeen toepassingsbereik. Bovendien is het niet vereist dat het verschaffen van onstoffelijk voordeel het enige doel van de overeenkomst is, maar volstaat het dat het verkrijgen van zulk voordeel voor de benadeelde een van de belangrijke redenen was om de overeenkomst aan te gaan.¹⁸ Het huidige Engelse recht biedt benadeelden zodoende ruime mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

11.3 ... EN VERMOGENSSCHADE

Het Engelse recht biedt een benadeelde dus aanzienlijk meer mogelijkheden dan het Nederlandse en het Duitse recht om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Het recht op smartengeld in de drie rechtsstelsels vertelt echter maar het halve verhaal. In Nederland en Duitsland wordt tegenwoordig een zodanig ruime uitleg aan het vermogensschadebegrip gegeven dat ook het gemiste onstoffelijke voordeel zelf of de tevergeefs gemaakte kosten om zulk voordeel te verkrijgen als een vorm van vergoedbare vermogensschade kunnen kwalificeren. Het derde deel van dit proefschrift staat daarom in het teken van deze ruimere interpretatie van het vermogensschadebegrip.

In het Nederlandse recht is de verruiming van het vermogensschadebegrip onlosmakelijk verbonden met de discussie over het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel. Voorstanders van zo'n recht op smartengeld wordt tegengeworpen dat gemist onstoffelijk voordeel helemaal geen immateriële schade is. Het mislopen van onstoffelijk voordeel heeft voor de benadeelde weliswaar geen vermogensachteruitgang tot gevolg – hij is niet armer dan hij bij correcte nakoming zou zijn geweest – maar vormt wel degelijk vermogensschade. Onstoffelijk voordeel, zoals vakantieplezier, kan in de regel

¹⁶ § 5.2.

¹⁷ § 5.3.

¹⁸ § 5.4.

uitsluitend tegen betaling verkregen worden. Omdat onstoffelijk voordeel in het economische verkeer wordt verhandeld en via de markt op geld wordt gewaardeerd, vormt het mislopen ervan vermogensschade.¹⁹ Deze gedachte won in de twintigste eeuw steeds meer terrein in de Nederlandse literatuur en werd na de invoering van het Nieuw BW ook door de Hoge Raad aanvaard. In *Burger/Brouwer Motors* kwalificeerde de Hoge Raad gemist onstoffelijk voordeel als een vorm van vermogensschade en overwoog vervolgens dat zulke schade in beginsel begroot kan worden op de uitgaven die de benadeelde tevergeefs heeft gedaan om dat voordeel te verkrijgen. De Hoge Raad aanvaardde de gedachte dat onstoffelijk voordeel vermogensschade vormt in algemene zin en beperkte dit recht op schadevergoeding niet tot specifieke overeenkomsten, gevalstypen of onstoffelijke voordelen. Weliswaar introduceerde de Hoge Raad enkele additionele beperkingen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, zoals een extra redelijkheidstoets en het vereiste dat het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate moet zijn misgelopen, maar deze extra vereisten lijken geen hoge drempels op te werpen voor benadeelden. In het huidige Nederlandse recht heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, dus een algemeen recht op schadevergoeding, omdat gemist onstoffelijk voordeel als vergoedbare vermogensschade wordt gekwalificeerd. Deze schade wordt in beginsel begroot aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten van de benadeelde, maar in sommige gevallen, zo blijkt uit de rechtspraak, kan een andere begrotingsmaatstaf aangewezen zijn.²⁰

In de Duitse rechtspraak is de commercialiseringsgedachte – onstoffelijk voordeel dat in het economische verkeer tegen betaling te verkrijgen is, vormt ook vermogensschade – in beperkte mate aanvaard. In de Duitse literatuur en rechtspraak zijn namelijk de nodige kanttekeningen geplaatst bij de commercialiseringsgedachte, met name dat deze in strijd zou zijn met de ratio van § 253 BGB. Alleen het gebruiksgenot van een voor het dagelijkse levensonderhoud essentieel goed, zoals een auto of een woonhuis, wordt daarom als vermogensschade gekwalificeerd. Bovendien is vereist dat het gederfde gebruiksgenot het gevolg is van een aantasting van het goed zelf en dat de benadeelde de mogelijkheid en de wil had dit goed te gebruiken gedurende de periode dat dit door de wanprestatie onmogelijk was. Zodra hem bijvoorbeeld een vergelijkbaar vervangend goed ter beschikking stond, heeft hij geen recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot. Deze bijzondere vorm van vermogensschade wordt begroot aan de hand van de kosten om een vervangend goed te huren, waar de winst van de verhuurder dan nog van wordt afgetrokken, of aan de hand van de kosten die nodig zijn om een goed in eigendom te verkrijgen en te onderhouden.²¹

19 § 6.2.

20 § 6.3.

21 § 7.2.

Hoewel de commercialiseringsgedachte in de Duitse jurisprudentie nooit volledig is aanvaard, heeft de Duitse wetgever met de invoering van § 284 BGB benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen op een andere manier toch een algemeen recht op schadevergoeding gegeven. Deze nieuwe paragraaf in het BGB geeft uitdrukking aan de zogenoemde frustratieleer. Volgens deze leer zijn ook alle kosten die een benadeelde heeft gemaakt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen maar die door een wanprestatie tevergeefs zijn geworden, vergoedbare vermogensschade.²² Deze frustratieleer werd in de jurisprudentie altijd van de hand gewezen, omdat – net zoals de commercialiseringsgedachte – deze leer strijdig zou zijn met § 253 BGB. De wetgever stapte over dit bezwaar en andere bedenkingen heen en gaf benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, toch een algemeen recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten. Hoewel ook de nieuwe § 284 BGB enkele beperkingen aanbrengt, kan een benadeelde in het huidige Duitse recht over het algemeen zijn tevergeefs gemaakte kosten vergoed krijgen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.²³

In het Engelse schadevergoedingsrecht is het vermogensschadebegrip tot op heden niet zodanig verruimd dat ook gemist onstoffelijk voordeel als vergoedbare vermogensschade kan worden gezien. Geïnspireerd op het in de rechtspraak ontwikkelde bewijsvermoeden dat bij wanprestatie de gederfde omzet van de benadeelde ten minste gelijk is aan de uitgaven die hij heeft gedaan om die omzet te realiseren, verdedigt een deel van de literatuur dat ook de waarde van gemist onstoffelijk voordeel kan worden begroot aan de hand van de tevergeefs gedane uitgaven.²⁴ In de jurisprudentie staat deze gedachte nog in haar kinderschoenen, maar in de recente rechtspraak is reeds enige steun te vinden voor het idee dat de tevergeefs gemaakte kosten een indicatie kunnen geven welke waarde gemist onstoffelijk voordeel heeft.²⁵

11.4 NAAR EEN ALGEMEEN RECHT OP SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL BIJ WANPRESTATIE

Ten aanzien van de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel staat het Nederlandse schadevergoedingsrecht dus voor vergelijkbare vragen als het Duitse en het Engelse recht. De in dit proefschrift gemaakte rechtsvergelijking laat zien dat de antwoorden die in deze rechtssystemen op deze vragen zijn gegeven, soms verschillen. In het Nederlandse, Duitse en Engelse recht loopt de dogmatische inpassing van het recht op schadevergoeding voor gemist

22 § 7.3.

23 § 7.4.

24 § 8.2.

25 § 8.3.

onstoffelijk voordeel uiteen. Bovendien zijn er enkele substantiële verschillen tussen de vereisten voor een recht op schadevergoeding voor zulk nadeel.²⁶ Toch overheersen de overeenkomsten tussen de drie rechtsstelsels.

Hoewel het Nederlandse recht lang niet altijd volledige compensatie biedt voor het gemiste onstoffelijke voordeel, laat het benadeelden zeker niet met lege handen achter. Dat is niet anders in het Duitse en het Engelse recht. In het Nederlandse en het Duitse recht is tegenwoordig algemeen aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is of dat een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten wanneer hij zulk voordeel is misgelopen. Bovendien kunnen zij naast een vergoeding voor deze vermogensschade óók smartengeld vorderen, mits daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Zo'n wettelijke grondslag zal niet altijd aanwezig zijn wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen. Benadeelden kunnen hierdoor in de regel wel een vergoeding krijgen voor hun tevergeefs gemaakte kosten, maar het door hen gemiste consumentensurplus zal niet altijd worden gecompenseerd in het Nederlandse en Duitse recht. In het Engelse recht hebben benadeelden juist ruimere mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, maar de gedachte dat de tevergeefs gemaakte kosten een goede indicatie zijn van de waarde van onstoffelijk voordeel staat in dat rechtsstelsel nog in haar kinderschoenen. Daar worden vooralsnog slechts bescheiden smartengeldbedragen toegekend voor gemist onstoffelijk voordeel.

Noch in het huidige Nederlandse recht noch in het huidige Duitse en Engelse recht krijgt een benadeelde de waarde van zijn gemiste onstoffelijke voordeel – de tevergeefs gemaakte kosten plus het gederfde consumentensurplus – in alle gevallen volledig vergoed.²⁷ Dat is niet verbazingwekkend. Er is in deze drie rechtsstelsels immers al een lange weg afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen. Sinds het einde van de negentiende eeuw tekent zich in Nederland, Duitsland en Engeland een duidelijke rechtsontwikkeling af naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Soms gebeurde dat via het recht op smartengeld en soms via het recht op schadevergoeding voor vermogensschade, maar het is onmiskenbaar dat in de loop der jaren het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel geleidelijk steeds verder is uitgebreid.²⁸

Deze rechtsontwikkeling roept een normatieve vraag op: biedt het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende bescherming aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden? Het laatste hoofdstuk van dit proefschrift behandelt deze vraag. Een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat het huidige recht veel te ver gaat met het toekennen van

26 Zie uitgebreid: § 9.2 en 9.3.

27 § 9.4.1.

28 § 9.4.2.

schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.²⁹ Dit proefschrift verdedigt juist de stelling dat het voor een adequate bescherming van immateriële contractuele belangen noodzakelijk is dat benadeelden een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel krijgen toegekend.

Aan de vraag of gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen of niet, lijkt een belangrijke vraag vooraf te gaan: hoe moet zulk nadeel eigenlijk worden gekwalificeerd? In het Nederlandse recht wordt immers fundamenteel anders tegen de vergoeding van immateriële schade aangekeken dan tegen de vergoeding van vermogensschade. Toch zou het een vergissing zijn om de kwalificatievraag als een voorvraag te zien. Gemist onstoffelijk voordeel heeft zowel kenmerken van vermogensschade als van immateriële schade. Het is een twijfelgeval. In het Nederlandse en het Duitse recht lijkt de uiteindelijke kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade toch vooral te worden ingegeven door het feit dat bij een kwalificatie als immateriële schade zulk gemist voordeel in de regel niet voor vergoeding in aanmerking zou komen. Bovendien blijkt dat de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel aanzienlijk aan relevantie inboet zodra de wetgever heeft bepaald dat zulk nadeel voor vergoeding in aanmerking komt, zoals in artikel 7:511 lid 2 BW en § 284 BGB. De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel gaat dus niet vooraf aan de vergoedbaarheid ervan, maar valt er grotendeels mee samen. In een normatieve discussie komt aan de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel dan ook geen zelfstandige betekenis toe.³⁰ De aandacht kan meteen worden gericht op de vergoedbaarheidsvraag.

Het staat buiten kijf dat het Nederlandse burgerlijke recht tegenwoordig ook de immateriële contractuele belangen van een contractspartij beoogt te beschermen.³¹ Niemand twijfelt er meer aan dat op Brouwer Motors een afdwingbare verbintenis rustte om een geschikte rallymotor aan Burger ter beschikking te stellen, hoewel Burger in deze verbintenis uitsluitend het immateriële belang van deelname aan de Dakar Rally had. Deze erkenning van immateriële contractuele belangen als beschermde belangen heeft ook consequenties voor het schadevergoedingsrecht. In de Nederlandse literatuur bestaat namelijk consensus dat het aansprakelijkheidsrecht – en daarmee ook het schadevergoedingsrecht – tot overkoepelend doel heeft de juridisch erkende belangen van benadeelden te beschermen. Wanneer een rechtens beschermd belang is aangetast door de fout van een ander, stelt het schadevergoedingsrecht zich de taak om de ontstane schade zo volledig mogelijk te compenseren en zodoende de situatie waarin de geschonden rechtsplicht zou zijn nageleefd zoveel mogelijk te benaderen. Dat zou in beginsel niet anders moeten zijn wanneer het beschermde belang immaterieel van aard is. Ook dan zou het

29 Zie met name: § 10.1.1; § 3.3.1 en § 6.3.2.2.

30 § 9.3.1.

31 § 10.2.1.

schadevergoedingsrecht er naar moeten streven om de benadeelde zo volledig mogelijk te compenseren voor het door hem geleden nadeel. Toch kan een benadeelde in het huidige Nederlandse recht niet altijd aanspraak maken op een volledige vergoeding van de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel. Er zijn in de literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis grofweg vier hoofdargumenten, die vervolgens in allerlei deelargumenten uiteenvallen, te onderscheiden ter rechtvaardiging van deze beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel. Geen van deze argumenten blijkt bij nadere beschouwing overtuigend te zijn.³²

Gemist onstoffelijk voordeel heeft enkele eigenschappen gemeen met immateriële schade. Een deel van de literatuur is van mening dat het om allerlei redenen onmogelijk is om immateriële schade te compenseren met geld. Compensatie van immateriële schade is, anders gezegd, altijd onvolkomen. Daarin kan een argument worden gevonden om ook gemist onstoffelijk voordeel niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Op dit onvolkomenheidsargument valt het nodige af te dingen. Zo is het een misvatting dat tijdelijke immateriële schade, zoals het tijdelijk gederfde genot van een huis of auto, na verloop van tijd vanzelf zal verdwijnen.³³ Ook de gedachte dat schadevergoeding geen compensatie kan bieden voor gemist onstoffelijk voordeel is onjuist. Onstoffelijk voordeel laat zich, anders dan ernstig leed zoals het verlies van een kind, vrij eenvoudig in geld uitdrukken. De in de Nederlandse literatuur verdedigde gedachte dat compensatie onmogelijk is wanneer een geldbedrag geen herstel kan bieden, miskent daarnaast de functie die compensatie binnen het aansprakelijkheidsrecht vervult. Schadevergoeding beoogt namelijk juist een alternatief te bieden in gevallen dat herstel niet meer mogelijk blijkt te zijn.³⁴ Gemist onstoffelijk voordeel is weliswaar subjectief, wat de vaststelling en berekening ervan ingewikkeld maakt, maar ook dat vormt geen overtuigend argument om benadeelden een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontfagen. Dit probleem doet zich namelijk net zo goed voor bij andere schadeposten en leerstukken. Een rechter zou net als bij deze andere leerstukken in staat moeten zijn om aan de hand van objectieve gegevens in te schatten of een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen en, zo ja, hoeveel dat gemiste voordeel dan waard is. Bovendien kunnen de tevergeefs gemaakte kosten fungeren als een objectief uitgangspunt voor de schadebegroting.³⁵

Ook het argument dat een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel nadelige economische gevolgen zou hebben, kan maar moeilijk hard worden gemaakt. Een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel heeft zeker economische consequenties, maar de rechtseconomische

32 § 10.2.2.

33 § 10.3.2.

34 § 10.3.3.

35 § 10.3.4 en 10.3.5.

literatuur is verdeeld over de vraag in hoeverre deze positief of negatief zijn. Enerzijds zou een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel ertoe leiden dat wederpartijen een betere financiële prikkel krijgen om hun overeenkomst na te komen, maar anderzijds zou het leiden tot voor benadeelden onaanvaardbare prijsverhogingen van goederen en diensten. De rechtseconomische literatuur wijst dus in verschillende richtingen. Het antwoord op de vraag of een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een positief economisch effect heeft, hangt af van het normatieve gewicht dat aan deze verschillende economische effecten wordt gegeven.³⁶

Een veelgehoord argument tegen een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is dat zo'n aanspraak het aansprakelijkheidsrecht oeverloos zou doen uitdijen. Hoewel de eventuele uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht in een macro-economische discussie zeker gewicht toekomt, vormt het op zichzelf geen goede rechtvaardiging om in een individueel geval een schadevergoedingsvordering af te wijzen.³⁷ Wie het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel wil begrenzen tot specifieke gevallen, zal een criterium moeten vinden om te rechtvaardigen dat in het ene geval schadevergoeding wordt toegewezen en in het andere geval niet. Het Nederlandse, Duitse en Engelse recht laten zien dat dit niet eenvoudig is. Veel van de additionele criteria die in de jurisprudentie van deze rechtsstelsels zijn ontwikkeld, roepen namelijk precies de vraag op wat nu rechtvaardigt dat benadeelden in bepaalde gevallen wel recht hebben op een vergoeding maar in vergelijkbare gevallen niet.³⁸ Een verdere uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht is daarom misschien het offer dat moet worden gebracht om aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen voldoende bescherming te bieden.

Toch is het maar de vraag of de soep zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend. De algemene schadevergoedingsrechtelijke leerstukken, zoals de redelijke toerekening en de schadebeperkingsplicht, bieden reeds mogelijkheden om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel binnen de perken te houden.³⁹ Het Engelse en het Duitse recht laten bovendien zien dat een in het Nederlandse recht onderontwikkeld leerstuk daarin ook een belangrijke rol kan vervullen: de contractuele relativiteit. In het Duitse recht heeft een benadeelde alleen recht op schadevergoeding bij wanprestatie wanneer de overeenkomst tot doel heeft hem tegen de geleden schade te beschermen. Alleen wanneer een belang binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst ligt, heeft hij recht op schadevergoeding wanneer dat belang wordt aangetast en hij schade lijdt. In de Duitse literatuur is verdedigd dat een toepassing van dit leerstuk ook ervoor kan zorgen dat het recht op schade-

36 § 10.4.

37 § 10.5.1.

38 § 9.3.3.

39 § 10.5.2.

vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel binnen de perken blijft. Immers, niet alle overeenkomsten hebben het doel de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In het Engelse recht is de *object of the contract*-uitzondering eveneens in verband gebracht met de rechtsregel dat een benadeelde alleen recht heeft op schadevergoeding wanneer een overeenkomst tot doel heeft hem tegen zulke schade te beschermen. Dit leerstuk van de contractuele relativiteit is ook voor het Nederlandse recht een bij uitstek geschikt middel om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te begrenzen. Alleen wanneer de contractspartijen de immateriële contractuele belangen binnen het beschermingsbereik van hun contractuele afspraken hebben gebracht, zou een benadeelde recht hebben op een vergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel. Het leerstuk van contractuele relativiteit kan er dus voor zorgen dat een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel op een te rechtvaardigen wijze wordt begrensd. Het ligt in het contractenrecht – waarbinnen de contractsvrijheid een essentieel beginsel is – juist voor de hand om ter bepaling en beperking van de contractuele aansprakelijkheid voor gemist onstoffelijk voordeel doorslaggevende betekenis toe te kennen aan wat de contractspartijen daarover voor ogen stond op het moment dat zij een overeenkomst aangingen.⁴⁰

Het laatste argument ter rechtvaardiging van een beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel komt er in de kern op neer dat het Nederlandse recht reeds op andere wijze voorziet in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Dit proefschrift laat echter zien dat zonder een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel er een leemte zou bestaan in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Het recht op nakoming, ontbinding en vervangende schadevergoeding kunnen deze leemte niet volledig wegnemen, met name omdat deze remedies er niet in slagen om een volledige compensatie te bieden voor het gederfde consumentensurplus.⁴¹ Het idee dat contractspartijen via een contractuele regeling zelf in deze leemte zullen voorzien, is bovendien onrealistisch.⁴²

De conclusie van dit proefschrift is dus dat in het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht de immateriële contractuele belangen van benadeelden nog onvoldoende zijn beschermd. Het is zeker niet zo dat zulke belangen helemaal verwaarloosd worden. Benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, hebben tegenwoordig reeds verschillende mogelijkheden om compensatie te krijgen voor een deel van de waarde van dit gemiste voordeel. Voor een voldoende bescherming van de immateriële contractuele belangen van contractspartijen is het echter noodzakelijk om benadeelden een algemeen recht te geven op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.

40 § 10.5.3.

41 § 10.6.2.

42 § 10.6.3.

11.5 HET BREDERE PERSPECTIEF

Dit pleidooi voor een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel roept de vervolgvraag op of dit recht zou kunnen worden erkend zonder het BW te wijzigen. Dat lijkt op het eerste oog niet eenvoudig. Gemist onstoffelijk voordeel heeft namelijk karakteristieken van immateriële schade. Uit het gesloten stelsel volgt dat het rechters niet vrijstaat om voor immateriële schade een vergoeding toe te kennen zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. De vraag of zulke schade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, is aan de wetgever voorbehouden. Het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zonder een duidelijke wettelijke grondslag schuurt daardoor met de ratio van het gesloten stelsel.

Zo bleek dat het niet mogelijk is om een van de reeds bestaande grondslagen, zoals de aantasting in de persoon op andere wijze, zodanig extensief te interpreteren dat ook het mislopen van een met een overeenkomst nagestreefd onstoffelijk voordeel daaronder valt. Een zodanig ruime interpretatie van het begrip persoonsaantasting zou gekunsteld zijn. Bij persoonsaantastingen denkt men toch niet snel aan mislukte trouwfoto's of het gemiste gebruiksgenot van een gezinsauto. Dat is ook zeker niet wat de wetgever voor ogen stond met deze smartengeldcategorie.⁴³ Een analoge toepassing van artikel 7:511 lid 2 BW op andere overeenkomsten lijkt om dezelfde reden niet haalbaar binnen de huidige grenzen van het gesloten stelsel.⁴⁴ Een verdere verruiming van het vermogensschadebegrip, waardoor ook het gederfde consumentensurplus als vermogensschade wordt gekwalificeerd, botst eveneens met het gesloten stelsel. De verruiming van het vermogensschadebegrip zou dan nog meer een truc worden om het gesloten stelsel te omzeilen.⁴⁵

Een deel van de Duitse literatuur zoekt de oplossing niet in een ruimere interpretatie van de wet, maar in een ruimere interpretatie van de partijafspraken. Het idee is in essentie dat uit een contractuele verplichting die tot doel heeft om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, ook de gezamenlijke partijbedoeling zou kunnen worden afgeleid dat de benadeelde een aanspraak op smartengeld heeft wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van deze contractuele verplichting. Rechters zouden in zulke contractuele verplichtingen, met andere woorden, een impliciet smartengeldbeding kunnen lezen.⁴⁶ Toch is ook deze oplossing moeilijk te verenigen met het gesloten stelsel. Weliswaar is artikel 6:95 BW van regelend recht en mogen

43 Lindenbergh 1998, p. 92. Recent verkende Lindenbergh *NTBR* 2019, p. 125-126 zelf de grenzen van het begrip persoonsaantasting.

44 Zie eerder: Beumers *NTBR* 2016, p. 178.

45 Zie reeds de kritiek op de verruiming van het vermogensschadebegrip in § 10.1 en in de Duitse literatuur in § 7.2.1 en § 7.3.1.

46 § 4.4.3.

contractspartijen afwijkende afspraken maken over de vergoedbaarheid van schade, maar ze zullen dat wel expliciet moeten doen.⁴⁷ Immers, wanneer de partijen in een overeenkomst iets ongeregeld laten, vult in beginsel het regelende recht de afspraken aan.⁴⁸ Door in een contractuele verplichting die een immaterieel belang van de benadeelde dient, ook meteen een impliciet smartengeldbeding te lezen, wordt het regelende recht in feite omzeild.⁴⁹ Bovendien is het maar zeer de vraag of steeds kan worden volgehouden dat een wederpartij die zich tot een dergelijke contractuele prestatie verplicht, daarmee ook meteen de bedoeling heeft haar aansprakelijkheid uit te breiden tot schade die zij op grond van de wet niet hoeft te vergoeden. Ook dat zal in de regel toch, op zijn zachtst gezegd, een zeer ruime interpretatie van haar wil zijn.

Het ligt dan ook in de rede om wettelijk te bepalen dat benadeelden bij wanprestatie een algemeen recht hebben op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. De wetgever zou in het BW moeten opnemen dat ook gemist onstoffelijk voordeel een schadepost is die voor vergoeding in aanmerking komt.⁵⁰ Alleen zo is het mogelijk om binnen het schadevergoedingsrecht adequate bescherming te bieden aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden zonder dat er frictie met het gesloten stelsel ontstaat. De gelegenheid zou door de wetgever meteen kunnen worden aangegrepen om – net zoals in de Duitse literatuur is voorgesteld⁵¹ – ook wettelijk te bepalen dat een benadeelde alleen recht heeft op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel wanneer het een doel van de overeenkomst is zijn immateriële contractuele belangen te beschermen. Daarmee zou de wetgever de rechtspraktijk een instrument bieden om een excessieve uitdijng van het aansprakelijkheidsrecht tegen te gaan.⁵²

De conclusie dat een ingrijpen van de wetgever noodzakelijk is, laat zien dat er misschien ook aanleiding is om de wenselijkheid van het gesloten stelsel zelf nader te onderzoeken. Artikel 6:95 BW is een noviteit in het Nieuw BW, die haar oorsprong vindt in een omstreden paragraaf uit het BGB. Het is de vraag of het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW de rechtsontwikkeling niet onnodig remt door vergoedbaarheidsvragen zoals die ten aanzien van gemist onstoffelijk voordeel steeds aan de wetgever over te laten. Lindenbergh was in zijn proefschrift nog enigszins optimistisch. Als de wetgever bereid is om maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van de vergoedbaarheid van immaterieel nadeel steeds snel door middel van wetswijzigingen in het gesloten

47 Lindenbergh 1998, p. 183 en Krans 1999, p. 262.

48 Artikel 6:248 lid 1 BW.

49 § 4.4.3.

50 Deze schadepost zou aan dezelfde regels onderworpen moeten zijn als iedere andere schadepost, zoals ten aanzien van de mogelijkheid om de vergoedbaarheid ervan contractueel uit te sluiten.

51 § 4.2.2.2.

52 § 10.5.3.

stelsel te verwerken, kon 'starheid' worden voorkomen.⁵³ De hobbelige en lange weg die moest worden afgelegd voordat affectieschade eindelijk voor vergoeding in aanmerking kwam, is een indicatie dat de werkelijkheid minder rooskleurig is.

Dit pleidooi voor een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel kan ook bijdragen aan de algemene discussie over de relatie tussen de vraag welke belangen door het vermogensrecht zouden moeten worden beschermd en welke schade vervolgens voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen.⁵⁴ Overeenkomsten worden gesloten met een reden. Een contractspartij kan verschillende belangen hebben in de overeenkomsten die zij aangaat, ook immateriële.⁵⁵ Dit proefschrift laat zien dat het voor een voldoende bescherming van immateriële contractuele belangen noodzakelijk is om een benadeelde bij wanprestatie recht te geven op een volledige vergoeding van het door hem misgelopen onstoffelijke voordeel.

53 Lindenberg 1998, p. 68.

54 Zie over de verhouding tussen belang en schade in het algemeen bijvoorbeeld: Nuninga *NTBR* 2018, p. 155 en Van Boom 2020, p. 104-120.

55 Zie: § 2.3.2 en § 10.2.

Summary (Engelse samenvatting)

THE PROTECTION OF NON-PECUNIARY CONTRACTUAL INTERESTS WITHIN THE LAW OF DAMAGES

1 *Non-pecuniary contractual interest and non-pecuniary benefits*

Parties enter into a contract for a reason. A company usually aims to make profit. A consumer, on the other hand, does not necessarily pursue any economic benefits, but rather aims for pleasure, enjoyment or relaxation: booking a holiday at a travel agency may merely serve to achieve fun, engaging a wedding photographer may help to share memories. A breach of contract by the other party can harm the innocent party's non-pecuniary interests in a contract: the flight to the holiday destination is cancelled, the wedding photos are hideous.

This thesis is about the protection of non-pecuniary contractual interests within the Dutch law of damages. Its aim is twofold. First, it describes and compares the gradual development of the right to damages for the loss of a non-pecuniary benefit in the Netherlands. Second, it evaluates the law and defends the proposition that in Dutch law a party should have a general right to damages for the loss of a non-pecuniary benefit when they fail to obtain this benefit due to a breach of contract by the other party.

Chapter 1 provides an outline of the subject matter and the aims of the thesis, explaining why it is relevant to conduct legal research on the right to damages for the loss of a non-pecuniary benefit. Until recently, non-pecuniary contractual benefits did not receive much attention in Dutch legal literature or case law. This changed in recent years due to some remarkable decisions by the Supreme Court which led to certain questions. For example, whether the loss of a non-pecuniary benefit constitutes a pecuniary or a non-pecuniary loss. Also, whether a party should have a right to damages for such a loss and, if so, which conditions have to be fulfilled, and how the quantum of damages should be assessed. German and English law face similar questions. Moreover, in these neighbouring legal systems, the law of damages is arguably more developed than here in the Netherlands. For that reason, it is useful to compare Dutch law with German and English law.

Chapter 2 explores both the concept of non-pecuniary contractual interest and the concept of non-pecuniary benefits in more detail. As everyone has

different needs and desires in life, the non-pecuniary contractual interests that parties may have in a contract can also vary widely. Despite this heterogeneity of non-pecuniary contractual interests, it is possible to draw some general conclusions about non-pecuniary contractual interests and non-pecuniary benefits (§ 2.1). First, it is explained that contractual rights should be distinguished from contractual interests. A contractual right merely tells us *what* a party is entitled to; for instance a flight to Spain and a stay in a hotel near the beach. Their contractual interest, on the other hand, is the reason *why* they bargained for this right. A party books a holiday, for example, in order to have an enjoyable time in Spain (§ 2.2). This thesis focuses on the non-pecuniary interests that parties may have in a contract. Sometimes the aim of a contract is not to acquire more wealth, but to obtain a non-pecuniary benefit. A breach of that contract may result in a loss of the non-pecuniary benefit that this party had hoped to obtain (§ 2.3). Economic literature helps us to calculate what such a missed non-pecuniary benefit is worth to a party. According to these authors, a non-pecuniary benefit is at least worth the expenditure that a party has incurred to obtain it. If the costs of obtaining a non-pecuniary benefit outweigh the subjective value that a party attaches to that benefit, they would never have incurred these expenses at all. The incurred expenses can be divided between the price paid to the other party to the contract and sums of money paid to third parties in order to obtain a non-pecuniary benefit. Moreover, in most cases it is safe to assume that the non-pecuniary benefit has a higher value for a party than the expenditure they must incur to obtain it. A party hopes to achieve a consumer surplus with the contract or, to put it differently, 'a non-pecuniary net profit'. This net profit is the difference between the costs necessary to obtain a non-pecuniary benefit and the costs a party is willing to incur for that benefit – in other words, their willingness to pay (§ 2.4).

2 *A non-pecuniary loss?*

The second part of the thesis explores the question whether a party is entitled to damages for non-pecuniary losses when they fail to obtain a non-pecuniary contractual benefit due to a breach of contract. As the loss of such a benefit does not make the innocent party financially worse off, they arguably suffer a non-pecuniary loss.

Chapter 3 explains that in Dutch law, an innocent party's options to claim damages for non-pecuniary losses are limited when they fail to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract. Damages for non-pecuniary losses can only be awarded when a statutory provision allows for such an award. The Dutch Civil Code only does so in a limited number of cases. Moreover, it is a firmly established principle in case law that an innocent party does not have a right to damages for non-pecuniary losses when they suffer 'more or less severe discomfort' as a result of a breach of contract. Losing a

non-pecuniary contractual benefit usually qualifies as such discomfort, meaning that a party cannot successfully claim damages for a non-pecuniary loss in such cases (§ 3.2). An exception to this general principle is the right to damages for the non-pecuniary loss of the enjoyment of a holiday. When a travel agency breaches its contractual obligation to arrange a package holiday, their client is entitled to damages for non-pecuniary losses (§ 3.3). Moreover, as a result of a more extensive interpretation of the Dutch Civil Code by the courts, an innocent party is also entitled to damages for non-pecuniary losses when their fundamental personal rights are infringed by the other party. It is not yet entirely clear what the scope of this relatively new right to damages for non-pecuniary losses is. However, recent case law shows that it gives the party who fails to obtain a non-pecuniary contractual benefit an opportunity to claim damages for non-pecuniary losses, but only when the breach of contract by the other party also constitutes an infringement of their personal rights (§ 3.4). Despite these recent developments in case law, damages for non-pecuniary losses remain an exception in Dutch law.

In *chapter 4*, it is explained that the options to successfully claim damages for non-pecuniary losses when a party fails to obtain a non-pecuniary benefit are equally, if not more, limited in German law. Traditionally, the innocent party is not entitled to damages for non-pecuniary losses resulting from a breach of contract. In recent literature, some authors have argued that an exception to this general principle should be made for contracts that have the aim to protect (*Schutzzweck*) the non-pecuniary contractual interests of the innocent party. This contractual goal can follow from the nature of a contract, as it is sometimes evidently clear that the innocent party aims to obtain a non-pecuniary benefit with the contract, for example when a consumer books a holiday through a travel agency. In other cases, it can be derived from statements of the innocent party during the negotiations, terms and other circumstances that the innocent party's aim with a contract is to obtain a non-pecuniary benefit. However, this proposed exception has not been accepted in German law to this day (§ 4.2). The German Civil Code only makes an exception for the non-pecuniary loss of pleasure of a holiday due to a breach of contract by a travel agency. In older case law, the disappointed tourist was entitled to damages for their wasted paid holiday leave, which was qualified by the courts as a pecuniary loss. Gradually, this entitlement transformed to become a right to damages for the non-pecuniary loss of a pleasurable holiday. Nowadays, this right is codified in the section on package holidays of the German Civil Code, but is applied more broadly by the courts (§ 4.3). Just after the turn of the millennium, the right to damages for non-pecuniary losses resulting from a breach of contract was broadened further in the German Civil Code. Currently, a party is entitled to damages for non-pecuniary losses resulting from a breach of contract when it results in an infringement of their body, health, freedom or sexuality. For innocent parties who fail to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract, this new right to damages forms

a modest improvement of their position, especially since the newly-enacted provision has been interpreted strictly in case law (§ 4.4). In Germany, damages for non-pecuniary losses remain an exception too (§ 4.5).

Chapter 5 is about the right to damages for non-pecuniary losses in English law. To this day, the general principle is that an innocent party is not entitled to damages for non-pecuniary losses when they claim damages for breach of contract (§ 5.2). However, two exceptions to this general rule have been accepted by the courts, both of which are interpreted relatively broadly. The oldest exception is that a party is entitled to damages for their non-pecuniary losses when a breach of contract results in physical inconvenience. Physical inconvenience is interpreted broadly. Nuisance can also qualify as such (§ 5.3). Since the 1970s, a new exception to the general rule has gradually developed in case law. An innocent party is also entitled to damages for non-pecuniary losses when the object of the contract is to provide them with a non-pecuniary benefit, such as pleasure, relaxation or peace of mind, and they fail to obtain that benefit due to a breach of contract by the other party. The origins of this exception lie in cases about spoiled holidays, but over the course of the years it has been applied more generally. Moreover, a party is also entitled to damages for non-pecuniary losses when obtaining a non-pecuniary benefit is an important object of the breached contract, even if it is not the sole object. Sometimes it follows from the nature of a contract that its object is to provide the innocent party with a non-pecuniary benefit. In other cases, it can be derived from statements, contractual provisions, and other circumstances that the innocent party aims to obtain a non-pecuniary benefit. Due to these two exceptions, an innocent party has ample possibilities to successfully claim damages for non-pecuniary losses when they fail to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract. According to a part of English literature, the two exceptions undermine the general rule to a great extent. Some authors even argue that English law should depart from it and accept a general right to damages for non-pecuniary losses resulting from a breach of contract (§ 5.4).

3 *Or a pecuniary loss?*

At first glance, English law seems to provide parties with more options than Dutch and German law to successfully claim damages for failing to obtain a non-pecuniary benefit as a result of a breach of contract. This first impression, however, is misleading. Dutch and German law also provide parties who fail to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract, with plenty of options to claim damages. In both legal systems, the concept of pecuniary losses has been interpreted so generously that failing to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract can qualify as a recoverable pecuniary loss. The third part of this thesis deals with this expanded interpretation of the concept of pecuniary losses.

Chapter 6 discusses how within Dutch law a broad interpretation of pecuniary losses has gradually become accepted. First, it became the dominant view in legal literature that the loss of a non-pecuniary benefit forms a pecuniary loss. In order to obtain a non-pecuniary benefit, for example the pleasure of a holiday or a contract, the innocent party usually has to incur expenses. In other words, non-pecuniary benefits have a market value. Losing such a benefit therefore results in a pecuniary loss, according to Dutch literature, as the innocent party loses something with an economic value (§ 6.2). Although their assets do not diminish due to the breach of contract by the other party, their loss should be qualified as a pecuniary one. After the enactment of the New Civil Code, the Supreme Court also accepted this broad interpretation. It decided that a missed non-pecuniary benefit qualifies as a pecuniary loss. The quantum of this loss should in general be assessed on the basis of the expenses that a party has incurred to obtain the benefit that they failed to obtain due to the breach of contract. The Supreme Court seems to have accepted the broad interpretation of the concept of pecuniary losses generally and without any substantive additional restrictions. In Dutch law, an innocent party who fails to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract by the other party, seems to have a general right to a sum of damages equal to the expenses they incurred to obtain that benefit (§ 6.4).

Chapter 7 describes the extensive debate in Germany about the concept of pecuniary losses. Since the 1960s, German courts began to accept in a piecemeal way that a missed non-pecuniary benefit may form a pecuniary loss for an innocent party. To this day, the courts have never fully accepted this interpretation of pecuniary losses (*Kommerzialisierungsgedanke*). However, the temporary loss of use of a good that is essential in daily life, such as a car or a house, is in some circumstances seen as a pecuniary loss. Damages are only awarded when additional requirements are fulfilled. First, it is required that the loss of use is a result of damage to the good itself, for example that a car is damaged due to a traffic accident. Secondly, it is required that the innocent party wanted and *could have* used the damaged good during the time it was being repaired (§ 7.2). In legal literature, another interpretation of the concept of pecuniary losses is defended. Some authors argue that the wasted expenditure incurred to obtain a non-pecuniary benefit that was lost due to a breach of contract, should qualify as a pecuniary loss. This view (*Frustrationlehre*) has been consistently rejected by the courts (§ 7.3). The German legislature, however, did accept this view when it modernised the German Civil Code. It enacted a statutory provision that gives an innocent party a general right to damages for wasted expenditure when they fail to obtain a non-pecuniary benefit due to a breach of contract (§ 7.4).

Chapter 8 explains that there has not been such an extensive discussion about the interpretation of pecuniary losses in English law. Traditionally, wasted expenditure only plays a role in case law about lost profits. Over the last few decades, a new doctrine has emerged in English law. According to

this doctrine, an innocent party who cannot prove lost profits has the right to use an evidential presumption that their profits would have at least been equal to the expenses they incurred to make those profits. The onus of proof that their expenses would have exceeded their profits lies on the other party (§ 8.2). Recent case law and literature about this presumption of recoupment suggests that within English law, too, the idea is emerging that the expenditure an innocent party incurred to obtain a non-pecuniary benefit can be an indication of its value. It remains to be seen how this new idea will develop further (§ 8.3).

4 *Towards a general right of damages for the loss of a non-pecuniary contractual benefit*

In *chapter 9*, the possibilities to successfully claim damages for the loss of a non-pecuniary benefit in Dutch, German, and English law are compared. In some respects, the three legal systems are undeniably different. For example, English law provides innocent parties with much more possibilities to claim damages for non-pecuniary losses resulting from a breach of contract than Dutch and German law. In the Netherlands and Germany, on the other hand, a much broader interpretation is given to the concept of pecuniary losses. In these legal systems, the loss of a non-pecuniary benefit entitles an innocent party to damages for a pecuniary loss. Despite such differences, the three legal systems have much in common too. In all three legal systems, the right to damages for such losses has been gradually expanded since the nineteenth century. To this day, however, the innocent party is not entitled to full compensation for the loss of a non-pecuniary benefit in any these legal systems.

Chapter 10 answers the normative question that this development in Dutch law raises. There is a debate in legal literature whether this gradual expansion of the right to damages for the loss of a non-pecuniary benefit should be welcomed in Dutch law or not. This thesis defends that this development in Dutch law – that can be seen in German and English law as well – is desirable and should even go a step further. It is argued that Dutch law should accept a general right to damages for the loss of a non-pecuniary benefit, regardless of whether such a loss qualifies as a pecuniary or a non-pecuniary one (§ 10.1). In Dutch law, it is firmly established that non-pecuniary contractual interests are also protected within the law of obligations. An innocent party can, for example, claim specific performance of a contractual obligation that solely serves their non-pecuniary interests. Moreover, it is trite law that damages should offer full compensation for their losses. Full compensation is necessary to provide an adequate protection of the interests of an innocent party. From these two principles it follows that the loss of a non-pecuniary contractual benefit should be fully compensated as well. However, Dutch law does not offer full compensation for this loss. In case law, legal literature and parliamentary history, four main arguments can be found that may offer a justifica-

tion. It is argued that none of these arguments are convincing (§ 10.2). First, it has been argued in literature that it is impossible to offer compensation for a non-pecuniary loss, such as the loss of a non-pecuniary benefit. In this thesis, it is argued that it is far from impossible both to establish objectively whether an innocent party lost a non-pecuniary benefit and to assess the quantum of damages. Moreover, it is defended that even in cases where money is an inadequate means to redress a non-pecuniary loss, this does not necessarily mean that judges should refrain from awarding damages. Even when full redress may not be achieved with damages, an award of money may offer some solace (§ 10.3). Economic literature furthermore suggests that the argument that damages for non-pecuniary losses are inefficient is unsound. It argues that the answer to the question whether damages for non-pecuniary losses are efficient or not, ultimately depends on the kind of economic effect that a legal system strives for. Damages for non-pecuniary losses ensure that parties only break their contractual obligations when that is efficient, but may simultaneously lead to contract prices that are higher than the parties would have voluntarily bargained for (§ 10.4). In all three legal systems, there is a fear that a right to damages for the loss of a non-pecuniary benefit will open the floodgates. First, it is argued that the floodgate argument is not convincing. Second, it is suggested that the doctrine of *contractuele relativiteit* – known in Germany as the *Schutzzwecklehre* and bearing resemblance to the English doctrine of assumption of responsibility – may offer a useful tool to address the floodgate problem. According to this doctrine, a party is only entitled to damages for a loss when one of the aims of the contract is to protect them from suffering this loss (§ 10.5). Finally, it is argued that the other remedies for breach of contract do not offer sufficient protection to the non-pecuniary contractual interests of an innocent party. In Dutch law, a party has a general right to specific performance. However, sometimes fulfilling one's contractual obligations is simply no longer possible or cannot undo the loss of a non-pecuniary contractual benefit. In Dutch law, an innocent party can choose to terminate the contract, but that will only entitle them to a refund of the price that they had already paid to the party in breach. This refund does not offer compensation for their consumer surplus or expenses incurred elsewhere in pursuing the non-pecuniary benefit. In order to offer full compensation, this party should additionally be entitled to damages (§ 10.6).

In *Chapter 11*, it is therefore concluded that Dutch law should offer parties a general right to full compensation for the loss of a non-pecuniary benefit. It is necessary to change the Dutch Civil Code in order to achieve this.

Literatuur

Abas NTBR 2007

P. Abas, 'Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 lid 2 BW', NTBR 2007/24, p. 194-198.

Ackermann 2007

T. Ackermann, *Der Schutz des negativen Interesses*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Ady ZGS 2003

J. Ady, 'Schadensersatz statt der Leistung bei Vermögens- und Nichtvermögensschäden', ZGS 2003, p. 13-17.

Altmeppen DB 2001

H. Altmeppen, 'Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden unter Erfüllunginteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf', DB 2001, p. 1399-1405.

Andrews e.a. 2017

N. Andrews e.a, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*, Londen: Sweet & Maxwell 2017.

Arnold ZGS 2003

A. Arnold, 'Rücktritt und Schadensersatz', ZGS 2003, p. 427-434.

Asser/Van Goudoever 1913

H. van Goudoever, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. 3: Verbintenissenrecht: 1e stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913.

Asser/Kamphuisen & Van Andel 1960

P.W. Kamphuisen & J. van Andel, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. 3: Verbintenissenrecht: 3^{de} stuk: bijzondere overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Asser/Losecaat Vermeer 1958

P.A.J. Losecaat Vermeer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. 3: Verbintenissenrecht: 1^{ste} stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.

Asser/Rutten 1978

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

Asser/Rutten 1983

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014

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.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

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: Wolters Kluwer 2018.

Avraham Toronto LJ 2005

R. Avraham, 'Should pain-and-suffering damages be abolished from tort law? More experimental evidence', *Toronto LJ* 2005, p. 941-979.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011.

Barendrecht NJB 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 605-617.

Bartl NJW 1972

H. Bartl, 'Die Urlaubsreise und ihre Beeinträchtigung', *NJW* 1972, p. 505-511.

Bartl NJW 1979

H. Bartl, 'Das neue 'Reisevertragsrechts'', *NJW* 1979, p. 1384-1390.

Beale 1996

H. Beale, 'Exceptional Measures of Damages in Contract', in P. Birks (red), *Wrongs and Remedies in the Twinty-First Century*, Oxford: Clarendon Press 1996.

Beale e.a. 2018

H. Beale e.a., *Chitty on Contracts*, Londen: Sweet & Maxwell 2018.

Beatson e.a. 2016

J. Beatson e.a., *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Ben-Shahar & Porat *Columbia LR* 2018

O. Ben-Shahar & A. Porat, 'The Restoration Remedy in Private Law', *Columbia LR* 2018, p. 1901-1951.

Benderf NJW 1986

B. Benderf, 'Die Berechnung der Entschädigung wegen vertaner Urlaubszeit', *NJW* 1986, p. 1721-1725.

Benecke & Pils *Jur. Ar.* 2007

M. Benecke & M.J. Pils, 'Der Ersatz des Nutzungsinteresses – Nutzungsersatz für eigenwirtschaftlich genutzte Gegenstände als Schwäche der Differenzmethode', *Jur Ar* 2007, p. 241-244.

Van den Beuken *Sociaal Recht* 1992

A.M.P.C. van den Beuken, 'Vergoeding van immateriële schade: is art. 1637x BW overbodig?', *Sociaal Recht* 1992, p. 8-12.

Beumers *NTBR* 2016

M.T. Beumers, 'Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling', *NTBR* 2016/25, p. 169-178.

Beumers *NTBR* 2017

M.T. Beumers, 'Schadevergoeding voor gederfd woongenot', *NTBR* 2017/27, p. 184-192.

Beumers & Van Vught *AA* 2018

M.T. Beumers & K.A.M. van Vught, 'Ontbinding en vervangende schadevergoeding: lood om oud ijzer?', *AA* 2018, p. 99.

Bergmann *NJW* 2018

S. Bergmann, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 21.11.2017 – X ZR 111/16', *NJW* 2018, p. 791.

Bitter *AcP* 2005

G. Bitter, 'Wertverlust durch Nutzungsausfall', *AcP* 2005, p. 743-794.

Blaurock *NJW* 1980

U. Blaurock, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 12. 5. 1980 – VII ZR 158/79 (Oldenburg)', *NJW* 1980, p. 1949-1950.

Bloembergen *Advocatenblad* 1952

A.R. Bloembergen, 'Omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad', *Advocatenblad* 1952, bijlage, p. 36-54.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen *NJB* 1970

A.R. Bloembergen, 'Ideële schade in Europees verband', *NJB* 1970, p. 125-130.

Bloembergen 1982

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding. Deel 1: Algemeen* (Mon. NBW B34), Deventer: Kluwer 1982.

Bloembergen 2002

A.R. Bloembergen, 'Een halve eeuw schadevergoeding', in J. Spier & W.A.M. van Schendel (red), *Schadevergoeding: een eeuw later*, Deventer: Kluwer 2002.

Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952

C.D. van Boeschoten, 'Omvang van de schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad', *Advocatenblad* 1952, bijlage, p. 1-33.

Böhmer *MDR* 1964

E. Böhmer, 'Immaterieller Schaden ist kein Vermögensschaden', *MDR* 1964, p. 543-544.

Van Boom *A&V* 1997

W.H. van Boom, 'Schadevergoeding ex artikel 35 BOPZ', *A&V* 1997, p. 46-47.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Braschos 1979

F.J. Braschos, *Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht*, Keulen: Heymanns 1979.

Van Brakel 1948

S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948.

Bruch 2004

A. Bruch, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB und das Verhältnis zur Rentabilitätsvermutung*, Bayreuth: P.C.O. Verlag 2004.

Bunzel 2007

C. Bunzel, *Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen im modernisierten Schuldrecht*, Berlin: Peter Lang 2007.

Burger NJW 1980

T. Burger, 'Die Haftung des Reiseveranstalters für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit', *NJW* 1980, p. 1249-1254.

Burrows LMCLQ 1984

A.S. Burrows, 'Mental distress damages in contract – a decade of change', *LMCLQ* 1984, p. 119-134.

Burrows 2004

A.S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Burrows 2019

A.S. Burrows, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*, Oxford: Oxford University Press 2019.

MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, BGB, § 157

J. Busche, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, § 157*, München: C.H. Beck 2018.

Campell & Halson JCL 2015

D. Campbell & R. Halson, 'Expectation or Reliance: One Principle or Two?', *JCL* 2015, p. 231-243.

Canaris DB 2001

C.W. Canaris, 'Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes', *DB* 2001, p. 1815-1824.

Canaris JZ 2001

C.W. Canaris, 'Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen', *JZ* 2001, p. 499-525.

Canaris 2002

C.W. Canaris, 'Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB', in R. Wank e.a. (red), *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2002.

Capper LQR 2000

D. Capper, 'Damages for distress and disappointment – The limits of Watts v. Morrow', *LQR* 2000, p. 553-557.

Capper LQR 2002

D. Capper, 'Damages for distress and disappointment – Problem solved?', *LQR* 2002, p. 193-196.

Carty MLR 1976

H. Carty, 'Contract Theory and Employment Reality', *MLR* 1976, p. 240-245.

Chandler & Devenney *LS* 2008

A. Chandler & J. Devenney, 'Breach of contract and the expectation deficit: inconvenience and disappointment', *LS* 2008, p. 126-154.

Chen-Wishart 2014

M. Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Clarke *CLJ* 1972

M.A. Clarke, 'Damages for pre-contract expenditure', *CLJ* 1972, p. 22-24.

Coing *JZ* 1958

H. Coing, 'Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes', *JZ* 1958, p. 558-560.

Coote *CLJ* 1997

B. Coote, 'Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest', *CLJ* 1997, p. 537-570.

Craswell *San Diego LR* 2003

R. Craswell, 'Instrumental Theories of Compensation: A Survey', *San Diego LR* 2003, p. 1135-1180.

Van Dam 2015

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Deel 1: rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Van Dam 2020

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2020.

Dawson *NZULR* 1984

F. Dawson, 'General Damages in Contract for Non-pecuniary Loss', *NZULR* 1984, p. 232-260.

Diederichsen *VerS* 2005

A. Diederichsen, 'Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung', *VerS* 2005, p. 433-442.

Drucker *RM* 1889a

H.L. Drucker, 'Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn (I)', *RM* 1889, p. 1-21.

Drucker *RM* 1889b

H.L. Drucker, 'Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn (II)', *RM* 1889, p. 369-411.

Drucker *RM* 1892

H.L. Drucker 'Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn (III)', *RM* 1892, p. 176-242.

Dunz *JZ* 1984

W. Dunz, 'Schadenersatz für entgangene Sachnutzung', *JZ* 1984, p. 1010-1015.

Dworkin *JLS* 1980

R.M. Dworkin, 'Is Wealth a Value?', *JLS* 1980, p. 191-226.

Dworkin 2000

R.M. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2000.

Van Eijssell *Themis* 1911

A.P.Th. Eijssell, 'Het wetsvoorstel omtrent de onregtmatige daad en de regtszekerheid', *Themis* 1911, p. 568-617.

Ellers 2005

H. Ellers, *Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen*, Baden Baden: Nomos 2005.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht: over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Emmerich 2005

V. Emmerich, 'Aufwendungsersatz und Rentabilitätsvermutung', in W. Baumann e.a. (red), *Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag*, München: Sellier, European Law Publishers 2005.

Emmering *NJB* 1967

E. Emmering, 'Smartegeld', *NJB* 1967, p. 1179-1183.

Engelhard e.a. *NTBR* 2018

E.F.D. Engelhard e.a., 'Nieuwe schadesoorten', *NTBR* 2018/1, p. 1-3.

Enonchong *OJLS* 1996

N. Enonchong, 'Breach of Contract and Damages for Mental Distress', *OJLS* 1996, p. 617-640.

MüKoBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, *BGB* § 284

W. Ernst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, § 284*, München: C.H. Beck 2019.

Faust 2002

F. Faust, 'Ersatz vergeblicher Aufwendungen', in P. Huber & F. Faust (red), *Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht*, München: C.H. Beck 2002.

Faust *JuS* 2010

F. Faust, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 09.07.2009 – IX ZR 88/08 (OLG Frankfurt a.M.)', *JuS* 2010, p. 69-70.

Fielenbach *NZV* 2013

M. Fielenbach, 'Nutzungsausfallentschädigung für gewerblich genutzte Kraftfahrzeuge', *NZV* 2013, p. 265-270.

Fielenbach *NZV* 2015

M. Fielenbach, 'Fühlbarkeit und Schadenminderungspflicht bei der Nutzungsausfallentschädigung', *NZV* 2015, p. 272-275.

Fleck *JZ* 2009

W. Fleck, 'Begriff und Funktion der „Billigkeit“ bei § 284 BGB', *JZ* 2009, p. 1045-1053.

Friedman *LQR* 1995

D. Friedman, 'The Performance Interest in Contract Damages', *LQR* 1995, p. 628-656.

Führich *MDR* 2009

E. Führich, 'Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit', *MDR* 2009, p. 906-913.

Führich NJW 2018

E. Führich, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 29.5.2018 – X ZR 94/17', NJW 2018, p. 3175.

Von Gierke 1888

O. von Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig: Duncker & Humbolt 1888.

Von Gierke 1917

O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht. 3. Bd, Schuldrecht*, Leipzig: Duncker & Humbolt 1917.

Giesen 2014

I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in E.C. Huijsmans & M van der Weij (red), *Schade en herstel*, Den Bosch: Wolf Legal Publishers 2014.

Gillaerts & Keirse MvV 2020

P. Gillaerts & A.L.M. Keirse, 'De verklaring voor recht, voldoende belang(rijk)?', MvV 2020, p. 409-419.

Goodhart LQR 1972

A.L. Goodhart, 'Anglia Television Ltd. v. Reed', LQR 1972, p. 168-170.

Göthel AcP 2005

S.R. Göthel, 'Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert', AcP 2005, p. 36-66.

Greebe 1935

J.J.A.F. Greebe, *Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1935.

Grigoleit ZGS 2002

H.C. Grigoleit, 'Neuregelung des Ausgleichs „frustrierter“ Aufwendungen (§ 284 BGB): Das ausgefallene Musical', ZGS 2002, p. 122-124.

Grunsky 1968

W. Grunsky, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, Bad Homburg vor der Höhe, Berlin, Zurich: Gehlen 1968.

Grunsky JZ 1973

W. Grunsky, 'Anmerkung bei BGH, Urteil v. 22. 2. 1973 – III ZR 22/71 (OLG Hamm)', JZ 1973, p. 425-247.

Grunsky NJW 1975

W. Grunsky, 'Entgängene Urlaubszeit als Vermögensschaden', NJW 1975, p. 609-613.

Gsell 2003

B. Gsell, 'Aufwendungsersatz nach § 284', in B. Dauner-Lieb e.a. (red), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Keulen, Berlin, Bonn & München: Carl Heymanns 2003.

Gsell NJW 2006

B. Gsell, 'Aufwendungsersatz nach § 284', NJW 2006, p. 125-127.

Haas 2009

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer 2009.

Haazen WNPR 2009

I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WNPR* 2009, p. 827-837.

Hagen JZ 1983

H. Hagen, 'Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?', *JZ* 1983, p. 833-840.

Harder 2010

S. Harder, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, Oxford: Hart Publishing 2010.

Harris, Ogus & Phillips LQR 1979

D. Harris, A. Ogus & J. Phillips, 'Contract Remedies and the Consumer Surplus', *LQR* 1979, p. 581-610.

Harris e.a. 2002

D. Harris e.a., *Remedies in Contract & Tort*, Londen: Butterworths 2002.

Hartlief Kwartaalbericht Nieuw BW 1989

T. Hartlief, 'Ontbinding en onmogelijkheid van ongedaanmaking', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1989, p. 36-39.

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding: over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1994.

Hartlief NTBR 2005

T. Hartlief, 'Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life'', *NTBR* 2005/42, p. 232-248.

Hartlief WPNR 2005

T. Hartlief, 'Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht', *WPNR* 2005, p. 953-954.

Hartlief AV&S 2008

T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34, p. 237-247.

Hartshorne JCL 2006

J. Hartshorne, 'Damages for Contractual Mental Distress after Farley v. Skinner', *JCL* 2006, p. 118-138.

Hebly 2019

M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2019.

Heldrich NJW 1967

A. Heldrich, 'Vergeudung von Freizeit als Vermögensschade', *NJW* 1967, p. 1737-1740.

Hoffmann Edin LR 2009

L. Hoffmann, 'The Achilleas: Custom and Practice or Foreseeability?', *Edin LR* 2009, p. 43-61.

Hofmann/Drion 1959

L.C. Hofmann & H. Drion, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht. Eerste gedeelte: De algemene leer der verbintenissen*, Groningen: Wolters 1959.

Hofmann/Van Opstall 1976

L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht. Eerste gedeelte: artt. 1269-1301 en 1304-1348 B.W.*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Hohloch 1981

G. Hohloch, 'Allgemeines Schadensrecht' in J. Schmude & F. Peters (red) *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I*, Keulen: Bundesanzeiger-Verlagsgesellschaft 1981, p. 377-478.

Holthuijsen-van der Kop WPNR 2015

C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WNPR* 2015, p. 520-527.

Honsell JuS 1976

H. Honsell, 'Die mißlungene Urlaubsreise', *JuS* 1976, p. 222-228.

Hudec Corn LR 1982

R.E. Hudec, 'Restating the 'Reliance Interest'', *Corn LR* 1982, p. 704-734.

Husa 2015

J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford & Portland, OR: Hart Publishing 2015.

Jackson ICLQ 1977

B.S. Jackson, 'Injured Feelings Resulting from Breach of Contract', *ICLQ* 1977, p. 502-515.

Jahr JZ 1984

G. Jahr, 'Anmerkung bei BGH Urteil v. 15. 11. 1983 – VI ZR 269/81 (OLG Düsseldorf)', *JZ* 1984, p. 573-575.

Jansen NJB 1951

F.M.J. Jansen, 'Vergoeding voor (onstoffelijke) ideële schade', *NJB* 1951, p. 781-791.

Jansen AA 2014

C.J.H. Jansen, 'De invloed van het Bürgerliches Gesetzbuch (1900) op de Nederlandse beoefening van het privaatrecht in de eerste decennia van de 20e eeuw', *AA* 2014, p. 516-524.

Jansen WPNR 2017

K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw', *WNPR* 2017, p. 39-45.

Von Jhering Jher. Jb. 1880

R. von Jhering, 'Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn', *Jahrbuch für die Dogmatik und heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1880, p. 40-107.

Von Jhering 1881

R. von Jhering, *Der Kampf um's Rechts*, Wenen: Manz'sche k.k. Hofverslags und Universitäts-Buchhandlung 1881.

Karczewski VerS 2001

C. Karczewski, 'Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften', *VerS* 2001, p. 1071-1082.

Katan 2017

B. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2017.

Katan NTBR 2019

B. Katan, 'Over verspilde vrije tijd en geschonden vertrouwen', *NTBR* 2019/23, p. 145-147.

Katzenmeier JZ 2002

C. Katzenmeier, 'Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld', JZ 2002, p. 1029-1036.

Katzenmeier 2002

C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, München & Berlijn: Mohr Siebeck 2002.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003.

Keirse *Contracteren* 2009

A.L.M. Keirse, 'De boot gemist: aanspraak op vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten', *Contracteren* 2009, p. 33-39.

Keirse NTBR 2011

A.L.M. Keirse, 'Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid (deel II)', NTBR 2011/23, p. 166-170.

Knijp NbbW 2002

G.J. Knijp, 'Het abstracte karakter van vervangende schadevergoeding', NbbW 2002, p. 76-79.

Van Kogelenberg *MvV* 2009

M. van Kogelenberg, 'In de boot genomen: genotsderving komt niet vanzelfsprekend in aanmerking voor vergoeding als vermogensschade', *MvV* 2009, p. 40-45.

Van Kogelenberg NTBR 2009

M. van Kogelenberg, 'Het glas is halfvol... of halfleeg?', NTBR 2009/13, p. 100-106.

Köhler *Arch BR* 1891

J. Köhler, 'Die Ideale im Recht', *Arch BR* 1891, p. 161-265.

Van der Kooij 2019

D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kottenhagen NTBR 1998

R.J.P. Kottenhagen, 'Schadevergoeding voor immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?', NTBR 1998, p. 137-142.

Kramer LQR 2009

A. Kramer, 'The new test of remoteness in contract', LQR 2009, p. 408-415.

Kramer 2017

A. Kramer, *The law of contract damages*, Portland, OR: Hart Publishing 2017.

Kramer 2017b

A. Kramer, 'Proving Contract Damages', in G. Virgo & S. Worthington (red), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999.

Krans 2020

H.B. Krans, 'Prijsvermindering krachtens gedeeltelijke ontbinding als alternatief voor schadevergoeding', in C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red), *Sluiterijdtijd – reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Kronman *JLS* 1980

A.T. Kronman, 'Wealth Maximization as a Normative Principle', *JLS* 1980, p. 227-242.

Kruijswijk Jansen *VR* 2017

J. Kruijswijk Jansen, 'Nieuwe richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen: veranderingen in aansprakelijkheidsregime?', *VR* 2017/103, p. 310-319.

Küppers 1976

K. Küppers, *Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen in Schadensersatzrecht*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 1976.

Kryla-Cudna *ERPL* 2018

K. Kryla-Cudna, 'Breach of Contract and Damages for Non-Pecuniary Loss', *ERPL* 2018, p. 515-535.

Land *PvJ* 1893

N.K.F. Land, 'Verplichting tot vergoeding van schade, door schuld veroorzaakt', *PvJ* 1893, nummers 43, 45 & 47.

Land/*De Sarvornin Lohman IV* 1907

N.K.F. Land & W.H. de Sarvornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: De erven F. Bohn 1907.

Landwehrmann *NJW* 1970

F. Landwehrmann, 'Freizeitbeeinträchtigungen und allgemeines Persönlichkeitsrecht', *NJW* 1970, p. 1867-1869.

Landwehrmann *NJW* 1972

F. Landwehrmann, 'Anmerkung bei KG Urteil v. 25. 11. 1971 – 12 U 1127/71', *NJW* 1972, p. 1204.

Lange *JZ* 1976

H. Lange, 'Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente', *JZ* 1976, p. 198-206.

Lange/*Schiemann* 2003

H. Lange & G. Schieman, *Schadensersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Lankhorst 1992

G.A. Lankhorst, 'Contractuele relativiteit', in A.R. Bloembergen (red), *Als een goed huisvader: opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992.

Larenz *VerS* 1963

K. Larenz, 'Zur Abgrenzung des Vermögensschaden vom ideellen Schaden', *VerS* 1963, p. 312-313.

Larenz 1965

K. Larenz, 'Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht', in R. Dietz & H. Hübnert (red), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München & Berlin: C.H. Beck 1965.

Larenz 1969

K. Larenz, 'Nutlos gewordene Auswendungen als erstattungsfähige Schäden', in M. Keller (red), *Festgabe zum 60. Geburtsdag von Karl Otfinger*, Zürich: Schulthess & Co 1969.

Laufs & Reiling *NJW* 1994

A. Laufs & E. Reiling, 'Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermien?', *NJW* 1994, p. 775-776.

Lavrijssen *BB* 2009

N. Lavrijssen, 'Schadevergoeding wegens gederfd genot', *BB* 2009, p. 63-67.

Lawson 2016

R. Lawson, *Damages for Breach of Contract*, Londen: Sweet & Maxwell 2016.

De Leeuw & Tersteeg *Contracteren* 2019

N.A. de Leeuw & J.A. Tersteeg, 'Nederlandse Wet op de reisovereenkomst: (on)werkbaarheid in de praktijk,' *Contracteren* 2019, p. 62-72.

Lewis *King's LJ* 2008

J. Lewis, 'Can Damages Buy You Happiness? Damages for Distress after Farley v Skinner', *King's LJ* 2008, p. 113-134.

Lindenbergh 1995

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld bij tekortkomingen in de nakoming van een verbintenis', *BWKJ* 1995, p. 71-82.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh *NJB* 1998

S.D. Lindenbergh, 'Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel. De deur op een kier?', *NJB* 1998, p. 351-356.

Lindenbergh *TvPr* 1999

S.D. Lindenbergh, 'De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht,' *TvPr* 1999, p. 1665-1707.

Lindenbergh *NTBR* 2004

S.D. Lindenbergh, 'Wat is de schade bij een teleurstellende 'houseparty' op reis?', *NTBR* 2004/43, p. 242-244.

Lindenbergh 2005

S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', *BWKJ* 2005, p. 305-327.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh (red), *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011.

Lindenbergh *NTBR* 2019

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen?', *NTBR* 2019/20, p. 122-130

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding. [1] Algemeen, deel 1* (Mon. BW, B-34), Deventer: Kluwer 2014.

Lindenbergh 2020

S.D. Lindenbergh, 'Schadenfreude over 'Freudenschade'', in C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red), *Sluiterij – reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Lindenbergh *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW

S.D. Lindenbergh, *GS Schadevergoeding, commentaar op art. 6:97 BW* 2020 (laatst online geraadpleegd op 30 oktober 2020).

Lindenbergh & Van Kippersluis 2009

S.D. Lindenbergh & P.M. van Kippersluis, 'Non-pecuniary loss', in M. Faure (red), *Tort law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2009.

Lorenz & Riehm 2002

S. Lorenz & T. Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München: C.H. Beck 2002.

Löwe *VerS* 1963

W. Löwe, 'Schadenersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen', *VerS* 1963, p. 307-312.

Löwe *NJW* 1964

W. Löwe, 'Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert', *NJW* 1964, p. 701-705.

Van Maanen *NTBR* 1999

G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert', *NTBR* 1999, p. 47-49.

Macdonald *JCL* 1994

E. Macdonald, 'Contractual damages for mental distress', *JCL* 1994, p. 134-155.

Mammey *NJW* 1969

G. Mammey, 'Schadenersatz für entgangene Urlaubstage', *NJW* 1969, p. 1150-1153.

Martis *MDR* 1998

R. Martis, 'Aktuelle Entwicklungen im Reiserecht', *MDR* 1998, p. 1381-1387.

Maslow 2015

C. Maslow, *Der Schutz des immateriellen Erfüllungsinteresses bei Vertragsverletzung durch Schadenersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

Maultzsch *JZ* 2010

F. Maultzsch, 'Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungsstörungen im englischen und deutschen Recht', *JZ* 2010, p. 737-745.

McGregor 2014

H. McGregor, *McGregor on Damages*, Londen: Sweet & Maxwell 2014.

McKendrick *CLP* 1999

E. McKendrick, 'Breach of contract and the meaning of loss', *CLP* 1999, p. 37-73.

McKendrick & Graham *LMCLQ* 2002

E. McKendrick & M. Graham, 'The Sky is the Limit: Contractual Damages for Non-pecuniary Loss', *LMCLQ* 2002, p. 161-169.

McKendrick *OUCLJ* 2003

E. McKendrick, 'The Common Law at Work: the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd', *OUCLJ* 2003, p. 145-180.

McLauchlan *NZULR* 1985

D.W. McLauchlan, 'Damages for pre-contract expenditure', *NZULR* 1985, p. 346-361.

McLauchlan *NZLR* 2007

D.W. McLauchlan, 'Reliance Damages for Breach of Contract', *NZLR* 2007, p. 417-457.

McLauchlan *LQR* 2011

D.W. McLauchlan, 'The redundant reliance interest in contract damages', *LQR* 2011, p. 23-27.

Medicus *NJW* 1989

D. Medicus, 'Das Luxusargument im Schadensersatzrecht', *NJW* 1989, p. 1889-1895.

Medicus 2000

D. Medicus, 'Allgemeines Schadensrecht – Insbesondere zur Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden', in C.W. Canaris & A. Heldrich (red), *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft Bd. 1: Bürgerliches Recht*, München: C.H. Beck 2000.

Meier & Jocham *JuS* 2018

P. Meier & F. Jocham, 'Die Rentabilitätsvermutung – Aufwendung als Schaden?', *JuS* 2018, p. 1168-1173.

Meijers *Themis* 1905

E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 397-483.

Meijers *AA* 1952

E.M. Meijers, 'Antwoord op rechtsvraag 4,' *AA* 1952, p. 21-23.

Mertens 1967

H.J. Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart, Berlin, Keulen & Mainz: W. Kohlhammer 1967.

Michaels 2019

R. Michaels, 'The Functional Method of Comparative Law', in M. Reimann & R. Zimmerman (red), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2019.

Nieskens-Ipshording *NTBR* 1999

B.W.M. Nieskens-Ipshording, 'Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emoties van Van Maanen', *NTBR* 1999, p. 137-138.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Mullen *OJLS* 2016

S. Mullen, 'Damages for Breach of Contract: Quantifying the Lost Consumer Surplus', *OJLS* 2016, p. 83-109.

Müller-Laubé *JZ* 1995

H.M. Müller-Laubé, 'Vetragsaufwendungen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung', *JZ* 1995, p. 538-545.

Muris *JLS* 1983

T.J. Muris, 'Cost of Completion or Diminution in Market Value: The Relevance of Subject Value', *Journal of Legal Studies* 1983, p. 379-400.

Neuner *JuS* 2013

J. Neuner, 'Das Schmerzensgeld', *JuS* 2013, p. 577-585.

Nörr *AcP* 1958

D. Nörr, 'Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht', *AcP* 1958, p. 1-21.

Ng JCL 2006

G. Ng, 'The Onus of Proof in a Claim for Reliance Damages for Breach of Contract', *JCL* 2006, p. 139-155.

Nguyen NJB 2009

T.H. Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schendingen fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009, p. 1412-1418.

Nuninga NTBR 2018

W.T. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2019/21, p. 152-162.

Nuninga NTBR 2019

W.T. Nuninga, 'Het recht op een kans', *NTBR* 2019/8, p. 41-52.

Örücü 2012

A.E. Örücü, 'Methodology of comparative law', in J.M. Smits (red), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2012.

Oderkerk RabelsZ 2015

M. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research', *RabelsZ* 2015, p. 590-623.

MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 249 & § 253

H. Oetker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I*, § 249 & § 253, München: C.H. Beck 2019.

Ogilvie JBL 2009

M.H. Ogilvie, 'Mental Distress and Punitive Damages for Breach of Contract in the Supreme Court of Canada: Here's the Remedy, Where's the Right?', *JBL* 2009, p. 248-264.

Ogus MLR 1972

A.I. Ogus, 'Damages for pre-contract expenditure', *MLR* 1972, p. 423-426.

Ogus 1973

A.I. Ogus, *The Law of Damages*, Londen: Butterworths 1973.

O'Sullivan CLJ 1995

J. O'Sullivan, 'Contract damages for failed fun – taking the plunge', *CLJ* 1995, p. 496-499.

Overeem 1979

R. Overeem, *Smartegeld*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979.

Owen CLJ 1985

M. Owen, 'Breach of contract – Damages for wasted expenditure', *CLJ* 1985, p. 24-26.

Pauly MDR 2014

H. Pauly, 'Vorenthalter Wohnraum – Erstattungsfähiger Schaden oder bloße entschädigungslose Beeinträchtigung?', *MDR* 2014, p. 873-876.

Peel 2015

E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, Londen: Sweet & Maxwell 2015.

Phang JBL 2003

A. Phang, 'The crumbling Edifice? – The Award of Contractual Damages for Mental Distress', *JBL* 2003, p. 341-388.

Pitlo/Bolweg 1974

A. Pitlo & M.F.H.J. Bolweg, *Het verbintenissenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek, algemeen deel*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974.

Podewils LMK 2009

F. Podewils, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 09.07.2009 – IX ZR 88/08 (OLG Frankfurt a.M.)', LMK 2009, 291389.

Poh LQR 1989

K.B. Poh, 'Anguish, foreseeability and policy', LQR 1989, p. 43-45.

Polak 1949

R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949.

Porat 2017

A. Porat, 'Economics of Remedies', in F. Parisi (red.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 2: Private and Commercial Law*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Posner JLS 1979

R.A. Posner, 'Utilitarianism, Economics, and Legal Theory', JLS 1979, p. 103-140.

Posner JLS 1980

R.A. Posner, 'The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman', JLS 1980, p. 243-252.

Posner 2011

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Austin, TX : Wolters Kluwer Law & Business 2011.

Rabels 1936

E. Rabels, *Das rechts des Warenkaufs: eine rechtsvergleichende Darstellung*, Berlin: De Gruyter 1936.

Raiser JZ 1963

T. Raiser, 'Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm', JZ 1963, p. 462-466.

Rauscher NJW 1986

T. Rauscher, 'Abschied vom Schadensersatz für Nutzungsausfall?', NJW 1986, p. 2011-2018.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1971.

Reim NJW 2003

U. Reim, 'Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB', NJW 2003, p. 3662-3667.

Riedel 2003

M. Riedel, *Der ersatz von Nichtvermögensschaden im Vertragsrecht*, Bonn: Universität Bonn 2003.

Ribbuis 1905

H.R. Ribbuis, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad*, Leiden: Eduard IJdo 1905.

Rijnhout & Rotscheid *TvVP* 2019

R. Rijnhout & T. Rotscheid, 'Misgelopen woongenot en vergoeding van materiële schade', *TvVP* 2019, p. 55-61.

Robertson *LS* 2008

A. Robertson, 'The basis of the remoteness rule in contract', *LS* 2008, p. 172-196.

Rowan 2013

S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract: a Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Van Schaick *NTBR* 2012

A.C. van Schaick, 'Blijvende onmogelijkheid,' *NTBR* 2012/40, p. 287-297.

Van Schellen *RMThemis* 1984

J. van Schellen, 'Boekbeschouwing: A.R. Bloembergen, Schadevergoeding: Algemeen, Deel I', *RMThemis* 1984, p. 407-411.

Schenk *ZGS* 2008

M. Schenk, 'Aufwendungsersatz nach § 284 BGB', *ZGS* 2008, p. 54-60.

Schiemann 1981

G. Schieman, *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München: C.H. Beck 1981.

Schiemann *JuS* 1988

G. Schieman, 'Luxusvilla auf Schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum', *JuS* 1988, p. 22-25.

Schiemann *JZ* 2011

G. Schieman, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 09.07.2009 – IX ZR 88/08 (OLG Frankfurt a.M.)', *JZ* 2011, p. 526-527.

Schmidt 1993

E. Schmidt, 'Die verpatzte Jubiläumsfeier', in H. Lange e.a. (red), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr 1993.

Schmitz 1980

G. Schmitz, *Ersatz immaterieller Schäden nach Vertragsrecht*, Freiburg: Hochschul-Verlag 1980.

Schulte 1978

W. Schulte, *Schadensersatz in Geld für Entbehrungen*, Berlin: Duncker & Humblot 1978.

Schulze *NJW* 1997

R. Schulze, 'Nutzungsausfallentschädigung', *NJW* 1997, p. 3337-3342.

Schut *RMThemis* 1990

G.H.A. Schut, 'In de persoon aangetast', *RMThemis* 1990, p. 305-306.

Schut 1991

G.H.A. Schut, 'Lediging van smart door geld', in W. van der Nat-Verhage (red), *Vorm en wezen: opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*, Utrecht: Lemma 1991.

Schubert 2013

C. Schubert, *Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013.

Schwarze 2017

R. Schwarze, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin: De Gruyter 2017.

Siems 2015

M. Siems, *Comparative law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Spier 1990

J. Spier, *Sluipende schade*, Deventer: Kluwer 1990.

Shavell 1987

S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Staudinger/Schiemann 2017

J. von Staudinger & G. Schieman, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 249 – 254 (Schadensersatzrecht)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2017.

Staudinger & Schröder NJW 2018

A. Staudinger & P. Schröder, 'Die Entwicklung des Reiserechts im zweiten Halbjahr 2017', *NJW* 2018, p. 909-911.

Stolker *RMThemis* 1988

C.J.J.M. Stolker, 'Besef als vereiste voor immateriële schade?', *RMThemis* 1988, p. 3-29.

Stoll 1965

H. Stoll, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag*, München & Berlin: C.H. Beck 1965.

Stoll *JuS* 1968

H. Stoll, 'Abstrakte Nutzungssenschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeuges?', *JuS* 1968, p. 504-513.

Stoll *JZ* 1971

H. Stoll, 'Anmerkung bei BGH, Urteil v. 15. 12. 1970 – VI ZR 120/69 (OLG Hamm)', *JZ* 1971, p. 593-597.

Stoll *JZ* 1975

H. Stoll, 'Anmerkung bei BGH Urteil v. 8. 1. 1975 – VIII ZR 126/73 (OLG Hamm)', *JZ* 1975, p. 252-255.

Stoll *JZ* 1976

H. Stoll, 'Anmerkung bei BGH Urteil v. 18. 9. 1975 – III ZR 139/73 (OLG Schleswig)', *JZ* 1976, p. 281-284.

Stoll 1977

H. Stoll, 'Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Masstab der Interessenbewertung', in H.M. Pawlowski (red), *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1977.

Stoll *JZ* 1987

H. Stoll, 'Anmerkung bei BGH, Urteil v. 10. 12. 1986 – VIII ZR 349/85 (Düsseldorf)', *JZ* 1987, p. 517-520.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, Deventer: Kluwer 2007.

Stoppel *AcP* 2004

J. Stoppel, 'Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB', *AcP* 2004, p. 82-114.

Ströfer 1982

J. Ströfer, *Schadenersatz und Kommerzialisierung*, Berlin: Duncker & Humbold 1982.

Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005

G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, 'Vergoeding van affectieschade: Te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *NJB* 2005, p. 1934-1936.

Schwitters *AV&S* 2014

R.J.S. Schwitters, 'Smartengeld, afkoopsom of genoegdoening?', *AV&S* 2014/3, p. 1-19.

Taupitz *NJW* 1995

J. Taupitz, 'Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile', *NJW* 1995, p. 745-752.

Taylor *Law Teacher* 1984

R.D. Taylor, 'C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd. (Q.B.D.) [1984] 3 W.L.R. 245', *Law Teacher* 1984, p. 219-220.

Teichmann *JZ* 1979

A. Teichmann, 'Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag', *JZ* 1979, p. 737-740.

Tettenborn *J Obl & R* 2003

A. Tettenborn, 'Non-Pecuniary Loss: the Right Answer, but Bad Reasoning?', *J Obl & R* 2003, p. 94-106.

Tettenborn *LMCLQ* 2011

A. Tettenborn, 'Of damages, expenses and unprofitable charterparties', *LMCLQ* 2011, p. 1-4.

Thüsing *VerS* 2001

G. Thüsing, 'Schadenersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch', *VerS* 2001, p. 285-297.

Timme *ZfS* 1999

M. Timme, 'Frustrierte Aufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung', *ZfS* 1999, p. 502-504.

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Tolk 1977

M. Tolk, *Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schaden*, Berlin: Duncker & Humblot 1977.

Tonner *JZ* 2005

K. Tonner, 'Anmerkung bei BGH, Urteil vom 11. 1. 2005 – X ZR 118/03 (LG Hannover)', *JZ* 2005, p. 734-736.

MüKoBGB/Tonner, 7. Aufl. 2017, BGB § 651f

K. Tonner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III, § 651f*, München: C.H. Beck 2017.

Treitel *LQR* 1992

G.H. Treitel, 'Damages for Breach of Contract in the High Court of Australia', *LQR* 1992, p. 229-235.

Tröger *ZGS* 2005

T. Tröger, 'Investitionsschutz nach § 284 BGB', *ZGS* 2005, p. 462-469.

Tröger ZIP 2005

T. Tröger, 'Der Individualität eine Bresche: Aufwendungsersatz nach § 284 BGB', ZIP 2005, p. 2238-2247.

Van der Veen AA 1989

Th.L. van der Veen, 'Vergoeding van niet-materiële schade: NBW zet de klok terug', AA 1989, p. 245-247.

Veldman WPNR 2001

M. Veldman, 'Grenzen aan het recht op nakoming', WPNR 2001, p. 727-738.

Van Velthoven R&R 2008

B.C.J. van Velthoven, 'Rechtseconomie tussen instrumentaliteit en normativiteit', R&R 2008, p. 29-48.

Verburg 2009

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, Deventer: Kluwer 2009.

Verburgh AA 1975

M.J.P. Verburgh, 'Beantwoording rechtvraag (65) – privaatrecht/smartegeld', AA 1975, p. 322-330.

Verheij RMThemis 1999

A.J. Verheij, 'Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade', RMThemis 1999, p. 339-350.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Verheij VR 2013

A.J. Verheij, 'Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade', VR 2013/94, p. 269-276.

Verheij AV&S 2017

A.J. Verheij, 'Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel misten: overwegingen n.a.v. Rechtbank Noord-Nederland 1 maart 2017, C/19/109028/HA ZA 15-33', AV&S 2017/21, p. 106-117.

Verheij NJB 2020

A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers', NJB 2020, p. 824-831.

Verkempinck 2017

B. Verkempinck, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge: Die Keure 2017.

Visscher AV&S 2008

L.T. Visscher, 'De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief', AV&S 2008/35, p. 247-254.

Voß ZRP 1999

A. Voß, 'Ersatz immaterieller Schäden im Rahmen höchstpersönlicher Verträge: Bedarf es einer Abschaffung des § 253 BGB durch den Gesetzgeber?', ZRP 1999, p. 452-455.

De Vries 1997

G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Vriesendorp WPNR 1954

J.J. Vriesendorp, 'De vergoeding van ideële schade na onrechtmatige daad in Nederland en naburige landen', WPNR 1954, nr. 4328-4430, p. 1-4, 12-16 en 25-29.

Wachter 1978

B. Wachter, 'Onstoffelijke schade door aantasting in eer en goeden naam', in *2000 weken rechtspraak*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

Von Wächter 1874

C.G. von Wächter, *Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht*, Leipzig: Alexander Edelman 1874.

Wagner NJW 2002

G. Wagner, 'Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz', NJW 2002, p. 2049-2063.

Wagner JZ 2004

G. Wagner, 'Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven', JZ 2004, p. 319-331.

Wagner 2006

G. Wagner, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, kollektivschaden. Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag*, München: C.E. Beck 2006.

MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823

G. Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, BGB, § 823*, München: C.H. Beck 2017.

Webb OJLS 2006

C. Webb, 'Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual

Obligation', OJLS 2006, p. 41-71.

Van Wechem & Rinkes NJB 2017

T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2017, p. 2515-2525.

Van Wees TvC 2019

K.A.P.C. van Wees, 'Aansprakelijkheid voor gederfd reisgenot onder de nieuwe regeling van de pakketreisovereenkomst en gekoppelde reisarrangementen', TvC 2019, p. 66-72.

Weinrib 2012

E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Weitemeyer AcP 2005

B. Weitemeyer, 'Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendungen unter der Geltung von § 284 BGB', AcP 2005, p. 275-296.

Van der Werff NTHR 2017

J.E. van der Werff, 'Aansprakelijkheid NAM voor schade door gaswinning', NTHR 2017, p. 289-296.

Wiedemann 1984

H. Wiedemann, 'Thesen zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung' in G. Baumgärtel (red), *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin: De Gruyter 1984.

Wiese 1964

G. Wiese, *Der Ersatz des immateriellen Schadens*, Tübingen: Mohr 1964.

Winterton *LMCLQ* 2012

D. Winterton, 'Money awards substituting for performance', *LMCLQ* 2012, p. 446-570.

Wisman *BB* 2005

W. Wisman, 'Vergoeding van uitgaven die hun doel missen', *BB* 2005, p. 87-89.

Wolfsbergen 1946

A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.

Wolfsbergen *NJB* 1933

A. Wolfsbergen, 'Verminkte wetsduiding', *NJB* 1933, p. 577-587.

Würthwein 2001

S. Würthwein, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001.

Yates *MLR* 1973

D. Yates, 'Damages for non-pecuniary loss', *MLR* 1973, p. 535-541.

Zeuner *AcP* 1963

A. Zeuner, 'Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden', *AcP* 1963, p. 380-400.

Zweigert & Kötz 1996

K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: Mohr 1996.

Zwirlein *JuS* 2013

S. Zwirlein, 'Die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit des abstrakten Nutzungsausfallschadens', *JuS* 2013, p. 487-490.

Zwitser *RMThemis* 2005

R. Zwitter, 'Immateriële schadevergoeding bij opzet en daarmee gelijk te stellen bewuste roekeloosheid in het contractenrecht', *RMThemis* 2005, p. 72-79.

Rechtspraak

NEDERLAND

Hoge Raad

- HR 13 mei 1881, *w.* 4638
- HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*)
- HR 29 januari 1937, *NJ* 1937/570, m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*)
- HR 31 december 1937, *NJ* 1938/517 m.nt. EMM (*Unitas*)
- HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*)
- HR 14 november 1958, *NJ* 1959/15 m.nt. LEHR (*Van Breugel/Romunde*)
- HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4540, *NJ* 1984/631 (*Franke/De Vries*)
- HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, *NJ* 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*)
- HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, *NJ* 1992/58 (*K./Staat*)
- HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, *NJ* 1994/670 (*St. Joseph/Van Fessem*)
- HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ* 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*)
- HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, *NJ* 1997/682 m.nt. De Boer (*W./Staat*)
- HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, *NJ* 1999/145 m.nt. CJHB (*Wrongful birth*)
- HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, *NJ* 1997/641 (*Budde/Tao Moa Cruising Limited*)
- HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*)
- HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, *NJ* 2000/63 m.nt. Bloembergen (*Bigamie*)
- HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*)
- HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, *NJ* 2002/216 m.nt. Vranken (*Oogmerk*)
- HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240 m.nt. Vranken (*Taxibus*)
- HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 m.nt. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*)
- HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, *NJ* 2005/168 m.nt. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*)
- HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*)

- HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7821, NJ 2004/586 (*Van Laar/Bouwconsultant*)
- HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma en JA 2005/25 m.nt. Keirse (*Burger/Brouwer Motors*)
- HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*)
- HR 13 april 2007, ECLI:NL:2007:AZ8751, NJ 2008/576 m.nt. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*)
- HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*)
- HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172 (*Chipshol*)
- HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1410, RvdW 2011/427
- HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 m.nt. Lindenberg (*Blauw oog*)
- HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851, NJ 2013/479 (*Parool/Rex de P.*)
- HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenberg JA 2018/29 m.nt. Hebly (*Liander/Heiloo*)
- HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743, RvdW 2017/527 (*Scheve keukenvloer*)
- HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, NJ 2017/265 (*De Booi/Van Deurzen*)
- HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1776, NJ 2018/399 (*Kennis in Irak*)
- HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, RvdW 2019/286 (*Woonoppervlakte*)
- HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (*EBI*)
- HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793 (*Woninginbraak*)
- HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*)
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, RvdW 2019/89 (*Urgenda*)

Gerechtshof

- Provinciaal Gerechtshof Utrecht, 26 april 1875, w. 3850
- Hof Arnhem 22 mei 1923, NJ 1923, p. 1269
- Hof Arnhem 5 december 1967, ECLI:NL:GHARN:1967:AB7117, NJ 1969/501 (*Martens/Vermaire*)
- Hof Amsterdam 27 juni 1996, *Smartengeldgids* 1997/88
- Hof Arnhem 22 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47 (*Kinderontvoering*)
- Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*)
- Hof Amsterdam 6 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1478, NJF 2006/497
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134
- Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3155, WR 2013/120 m.nt. De Waal (*Rattenplaag*)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020
- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2134, RFR 2015/98
- Hof Den Haag 14 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1107
- Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4461, NJF 2015/518

- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308
- Hof Arnhem-Leeuwarden 5 April 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2723, JA 2016/88 m.nt. Schreuder (*Stalking*)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8130 (*Dakkapel*)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 18 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3314
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695

Rechtbank

- Rb Rotterdam 1 oktober 1900, w. 1900, 7525
- Kg Amsterdam 23 juli 1930, NJ 1931, p. 265
- Rb Groningen 30 september 1970, NJ 1971/403 (*Hengelsportvereniging De Delle/Lich-IJs BV*)
- Kg Utrecht 21 augustus 1972, NJ 1973/31 (*Goudriaan/Boers*)
- Kg Rotterdam 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, Prg. 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*)
- Rb Amsterdam 14 december 1982, ECLI:NL:RBAMS:1982:AC3908, NJ 1983/395 (*Crematie*)
- Kg Maastricht 5 juli 1989, *Smartengeldgids* 1997/879
- Rb Amsterdam 14 november 1990, *Smartengeldgids* 1997/888
- Kg Zaandam 11 april 1991, ECLI:NL:KTGZAA:1991:AI8466, Prg. 1991/3503 (*Hollanders/Gaudelle Vacances*)
- Kg Zwolle 22 augustus 1995, TvC 1996/2
- Kg Groenlo 25 mei 1998, ECLI:NL:KTGGNL:1998:AI9713, Prg. 1998/4982 m.nt. A.J.J. van der Heiden
- Kg Zaandam 12 juni 1997, TvC 1998, p. 144.
- Kg Den Haag 14 juli 2000, ECLI:NL:KTGSGR:2000:AJ0094, Prg. 2000, 5506
- Rb Haarlem 18 december 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AD8163, VR 2003/84
- Rb Arnhem 10 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR8832
- Rb Noord-Nederland 7 maart 2006, ECLI:NL:RBNNE:2014:982
- Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802, NJF 2007/279
- Rb Groningen 17 november 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB7405, NJF 2007/541 (*Sinterklaasoptreden*)
- Rb Rotterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6130
- Rb Arnhem 23 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1779, JA 2008/107
- Rb Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126
- Rb Almelo 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK2816
- Rb Den Bosch 4 november 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BO3601
- Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO2583
- Rb Rotterdam 1 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP1417, NJF 2011/115
- Rb Amsterdam 9 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ0842
- Rb Leeuwarden 14 september 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BT2357
- Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU2841
- Rb Utrecht 2 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU6603
- Rb Middelburg 23 mei 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX5374
- Rb Rotterdam 28 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10955

- Rb Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4051
- Rb Gelderland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4142
- Rb Midden-Nederland 11 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9618, *S&S* 2016/41
- Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, *NJF* 2016/435
- Rb Midden-Nederland 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5053, *NJF* 2016/47
- Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11367
- Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, *NJF* 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*)
- Rb Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14351
- Rb Midden-Nederland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:318
- Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977
- Rb Amsterdam 25 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5130, *NJF* 2018/462
- Rb Haarlem 18 december 2018, ECLI:NL:RBHAA:2001:AD8163, *VR* 2003/84
- Kg Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490, *JAR* 2019/241

Afdeling bestuursrechtspraak

- *ABRvS* 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3445, *AB* 2018/49 m.nt. Barkhuyzen en Van Emmerik (*Alcoholslot*)

Alternatieve geschillenbeslechting

- Geschillencommissie ANVR 24 juli 1973, ECLI:NL:XX:1973:AE3024, *NJ* 1974/384
- Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599

DUITSLAND

Reichsgericht

- RG 4 november 1891, *RGZ* 28, 159
- RG 19 februari 1930, *RGZ* 127, 246

Bundesgerichtshof

- BGH 25 mei 1954, *NJW* 1954, 1404
- BGH 12 juli 1955, *BecKRS* 1955, 31199748
- BGH 7 mei 1956, *NJW* 1956, 1234
- BGH 14 februari 1958, *NJW* 1958, 827
- BGH 18 maart 1959, *NJW* 1959, 1269
- BGH 19 september 1961, *NJW* 1961, 2059
- BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020
- BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542

- BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 717
- BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260
- BGH 2 december 1966, *NJW* 1967, 552
- BGH 14 juni 1967, *NJW* 1967, 1803
- BGH 7 juni 1968, *NJW* 1968, 1778
- BGH 17 maart 1970, *NJW* 1970
- BGH 15 december 1970, *NJW* 1971, 796
- BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692
- BGH 16 oktober 1973, *NJW* 1974, 33
- BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40
- BGH 31 november 1974, *NJW* 1975, 347
- BGH 28 januari 1975, *NJW* 1975, 922
- BGH 12 februari 1975, *NJW* 1975, 733
- BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341
- BGH 14 oktober 1975, *NJW* 1976, 286
- BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630
- BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805
- BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775
- BGH 28 februari 1980, *NJW* 1980, 1386
- BGH 12 mei 1980, *NJW* 1980, 1947
- BGH 25 maart 1982, *NJW* 1982, 1522
- BGH 14 juli 1982, *NJW* 1982, 2304
- BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 35
- BGH 21 oktober 1982, *NJW* 1983, 218
- BGH 19 november 1982, *NJW* 1982, 377
- BGH 15 december 1982, *NJW* 1983, 444
- BGH 11 januari 1983, *NJW* 1983, 1107
- BGH 15 november 1983, *NJW* 1984, 724
- BGH 17 januari 1985, *NJW* 1985, 906
- BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427
- BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037
- BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50
- BGH 31 oktober 1986, *NJW* 1987, 771
- BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831 en *JZ* 1986, 512.
- BGH 16 september 1987, *NJW* 1988, 251
- BGH 30 januari 1990, *NJW* 1990, 2057
- BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277
- BGH 21 februari 1992, *NJW* 1992, 1500
- BGH 9 juli 1992, *NJW* 1992, 3158
- BGH 30 juni 1993, *NJW* 1993, 2527
- BGH 9 november 1993, *NJW* 1994, 127
- BGH 10 oktober 1994, *NJW* 1995, 40
- BGH 29 juni 1995, *NJW* 1995, 2629
- BGH 22 oktober 1999, *NJW* 2000, 506
- BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047
- BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848
- BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086

- BGH 15 juli 2008, *NJW* 2008, 2837
- BGH 9 juli 2009, *JZ* 2011, 524
- BGH 24 november 2009, *NJW* 2010, 763
- BGH 12 december 2011, *NZV* 2012, 223
- BGH 23 oktober 2012, *NJW* 2013, 308
- BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072
- BGH 14 mei 2013, *NJW* 2013, 3170
- BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374
- BGH 20 mei 2014, *NJW* 2014, 2955
- BGH 21 november 2017, *NJW* 2018, 789
- BGH 23 januari 2018, *VerS* 2018, 490
- BGH 29 mei 2018, *NJW* 2018, 3173

Oberlandesgericht

- OLG Frankfurt 17 februari 1967, *NJW* 1967, 1372
- KG 10 oktober 1969, *NJW* 1970, 474
- KG 25 november 1971, *NJW* 1972, 769
- OLG Frankfurt 11 november 1972, *NJW* 1973, 470
- OLG Köln 17 januari 1973, *NJW* 1973, 1083
- OLG Düsseldorf 29 oktober 1973, *NJW* 1974, 150
- OLG Köln 5 december 1973, *NJW* 1974, 561
- OLG Frankfurt 2 december 1980, *NJW* 1981, 827
- OLG Frankfurt 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451
- OLG Düsseldorf 3 december 1992, *VerS* 1993, 892
- OLG Köln 12 november 1993, *NJW-RR* 1994, 687
- OLG Saarbrücken 20 juli 1998, *NJW* 1998, 2912
- OLG Hamm 5 februari 1998, *NJW-RR* 1998, 1668
- OLG Saarbrücken 20 juli 1998, *NJW* 1998, 2912
- OLG Frankfurt 25 april 2002, *NJW* 2002, 225
- OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253
- OLG Schleswig 8 april 2004, *NJOZ* 2005, 4905
- OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253
- KG 17 januari 2005, *NJW* 2005, 1284

Landgericht

- LG Freiburg 24 mei 1972, *NJW* 1972, 1719
- AG Frankfurt 29 oktober 1985, *NJW* 1986, 348
- LG Stuttgart 16 januari 1986, *NJW-RR* 1986, 349
- AG Reinbek 20 mei 2008, *BeckRS* 2008, 12225

Bundesverfassungsgericht

- BVerG 14 februari 1973, *NJW* 1973, 1221

COMMON LAW

Engeland & Wales

- *A. v. B.* [2018] EWHC 2325 (Comm)
- *Addis v. Gramophone* [1909] 1 AC 488 (HL)
- *Aerial Advertising Co v. Batchelors Peas Ltd* 1938] 2 All ER 788 (KB)
- *Alexander v. Rolls Royce Motor Cars Ltd* [1996] RTR 95 (CA)
- *Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518 (HL)
- *Anglia Television Ltd v. Reed* [1972] 1 QB 1972 (CA)
- *Bailey v. Bullock* [1950] 2 All E.R. 1167 (KB)
- *Beechwood Birmingham Ltd v Hoyer Group UK Ltd* [2011] QB 357 (CA)
- *Birmingham Corporation v. Sowsbery* [1970] RTR 84 (CA)
- *Blackwood & Others v. Saunders & Co* [2007] EWHC 3504 (QB)
- *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* [1987] ICR 700 (CA)
- *Brancett v. Beaney* [1992] 24 HLR 348 (CA)
- *Buckley v. Lane Herdman & Co* [1977] CLY 3143
- *Burton v. Pinkerton* (1867) LR 2 Exch 340
- *C & P Haulage v. Middleton* [1983] 1 WLR 1461 (CA)
- *CCC Films (London) Ltd v. Impact Quadrant Films Ltd* [1985] 1 QB 16 (QB)
- *Channon v Lindley Johnstone (a firm)* [2002] EWCA, 353 (CA)
- *Co-Operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL)
- *Cox v. Phillips Industries Ltd* [1976] 1 WLR 638 (QB)
- *Cullinane v. British 'Rema' Manufacturing Co Ltd* [1953] 1 QB 292 (CA)
- *Dawn Gladys Normington v. Palmers Solicitors* [2009] EWHC 2036 (Ch)
- *Farley v. Skinner (No 2)* [2000] PNLR 441 (CA)
- *Farley v. Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL)
- *Glen Haysman v Mrs Rogers Films Ltd* [2008] EWHC 2494 (QB)
- *Graham v. Thomas Cook* [2012] EWCA Civ 1355 (CA)
- *Hamilton-Jones v. David & Snape (a firm)* [2004] 1 WLR 924 (Ch)
- *Hamlin v. Great Northern Railway Co* (1856) 1 H & N 408
- *Harrison v. Shepherd Homes Ltd* [2011] EWHC 1811 (TCC)
- *Hayes v. James & Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815 (CA)
- *Haysman v. Mrs Rogers Films Ltd* [2008] EWHC 2494 (QB)
- *Hermann v. Withers LLP* [2012] EWHC 1492 (Ch)
- *Heywood v. Wellers* [1976] QB 446 (CA)
- *Hoadley & Anor v Edwards* [2001] P.N.L.R. 41 (Ch)
- *Hobbs v. London & South Western Railway Co* (1875) LR 10 QB 111 (QB)
- *Howell-Smith v Official Solicitor* [2006] PNLR 21
- *Hughes-Holland v. BPE Solicitors* [2017] UKSC 21
- *Jackson v. Chrysler Acceptances* [1978] RTR 474 (CA)
- *Jackson v. Horizon Holidays Ltd* [1975] 1 WLR 1468 (CA)
- *Jarvis v. Swan Tours Ltd* [1973] QB 233
- *Johnson v. Gore Wood* [2002] 2 AC 1 (HL)
- *Johnson v. Unisys* [2001] 1 AC 518 (HL)
- *Knott v. Bolton* [1995] 45 Const LR 127 (CA)

- *McLeish v. Amoo-Gottfried* (1994) 10 PN 102 (QB)
- *Milner v. Carnival Plc* [2011] 1 Lloyd's Rep. 374 (CA)
- *Omak Maritime Ltd v. Mamola Challenger Shipping Co Ltd* [2010] Bus LR 213 (QB)
- *Parker v. SJ Berwin & Co (A Firm)* [2009] PNLR 17 (QB)
- *Patel v. Hooper & Jackson* [1999] 1 WLR 1792 (CA)
- *Pereira v. Vandiyar* [1953] 1 WLR 672 (CA)
- *Perry v. Sidney Phillips & Son* [1982] 1 WLR 1297 (CA)
- *PJ Spillings (Builders) Limited v. Bonus Flooring Limited* [2008] EWHC 1516 (QB)
- *Reed v. Madon* [1989] 1 Ch 408 (CD)
- *Rey v. Graham & Oldham (a firm)* [1999] WL 1805468 (QB)
- *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex 850 (ex)
- *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL)
- *Sampson v. Floyd* [1989] WL 650282 (CA)
- *Siddiqui v. James & Charles Dodd* [2006] EWHC 1295 (QB)
- *Societe des Industries Metallurgiques SA v. The Bronx Engineering Co Ltd* [1975] Lloyd's rep. 465 (CA)
- *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL)
- *Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co* [1998] WLR 574 (HL)
- *Supershield v. Siemens* [2010] 1 CLC 241 (CA)
- *The Greta Holme* [1897] AC 596 (HL)
- *The Marpessa* [1907] AC 214
- *The Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT services UK Ltd* [2017] EWHC 2197 (TCC)
- *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilles)* [2009] 1 AC 61 (HL)
- *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421 (CA)
- *Yam Seng Pte. v. International Trade Corp* [2013] 1 CLC 662 (QB)
- *Yearworth v. North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA Civ 37 (CA)

Schotland

- *Diesen v. Samsom* [1971] SLT 49

Australië

- *The Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd* [1991] 174 CLR 64 (HC Australia)

Canada

- *Bowlay Logging Ltd v. Domtar Ltd* [1978] CarswellBC 425 (SC British Colombia)

Verenigde Staten

- *Albert & Son v. Armstrong Rubber Co.* (1949), 178 F. 2d, p. 182 (CA 2c)
- *Dade County, Florida v. Palmer and Baker Engineers* (1964) 339 F 2d. 208 (CA 2d)

EUROPESE UNIE

Hof van Justitie

· HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*)

Parlementaire geschiedenis

NEDERLAND

Bles 1908

A.E. Bles (red), *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Gebr. Belifante 1908.
Weekblad van het Recht 1911/9099 en *Weekblad van het Recht* 1913/9313 en 9459

Wijziging Burgerlijk Wetboek omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad
(Wetsvoorstel Regout).

Parl. Gesch. Boek 6 BW

C.J. van Zeben e.a. (red), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Kamerstukken II, 1991-1992, 22506, 3 (MvT)

Aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten

Kamerstukken II, 2016-2017, 34688, 3 (MvT)

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen, houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees parlement en de Raad, en tot intrekking van Richtlijn 90/314/EEG van de Raad (PbEU, L 326) (Implementatiewet richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen)

DUITSLAND

Mugdan 1899

B. Mugdan (red), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin: Decker's Verlag 1899.

Schubert 1980

W. Schubert (red), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse. 1 Allgemeiner Teil (Von Kübel)*, Berlin: Walter de Gruyter & Co 190.

BT-Drs. 8/786

Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode, *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag*, 27 juli 1977.

BT-Drs. 8/2343

Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode, *Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag (Drucksache 8/786)*, 4 december 1978.

BT-Drs. 14/7752

Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*, 7 december 2001.

BT-Drs. 14/6040

Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, 14 mei 2001.

BELGIË

Bocken e.a. 2018

H. Bocken e.a. *Memorie van toelichting van het voorontwerp van wet houdende invoering van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Brussel: Kabinet van Minister van Justitie 30 maart 2018. Te raadplegen via: https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht.pdf (laatst bezocht op 22 oktober 2020).

EUROPESE UNIE

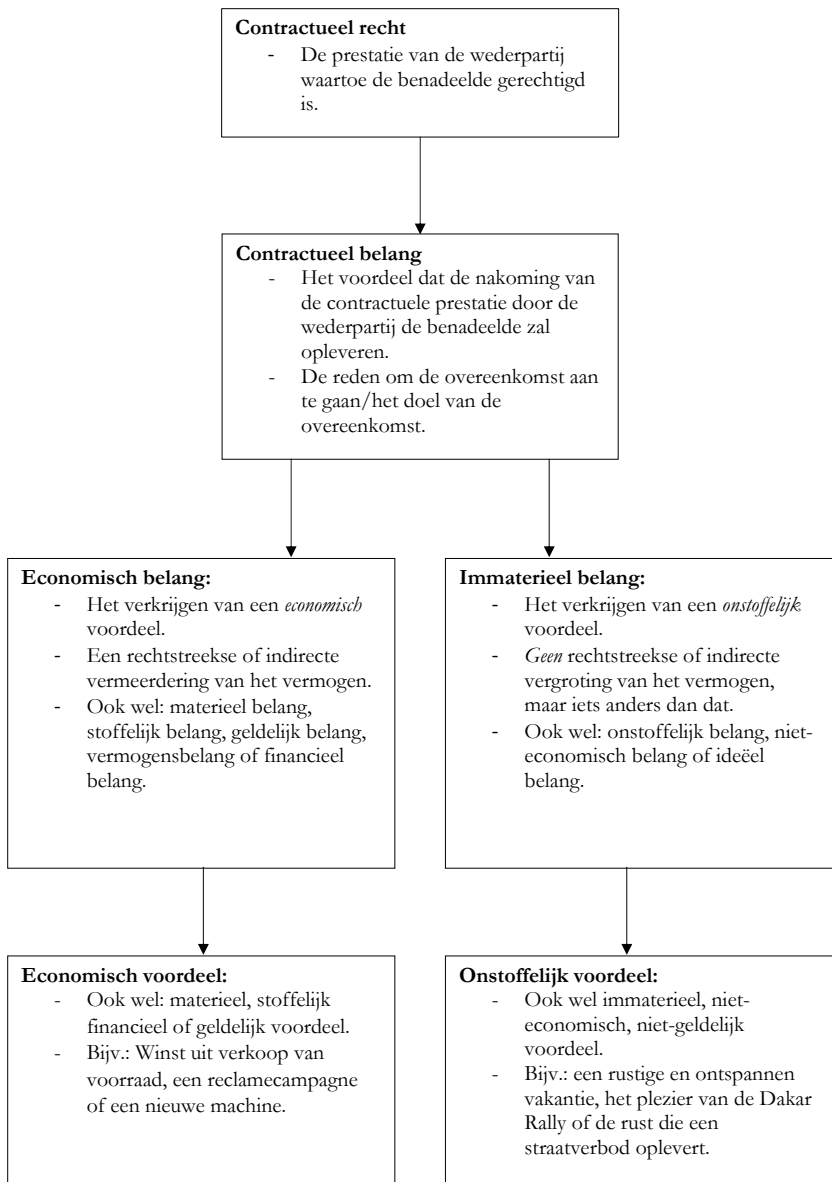
Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten

Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen

Appendices

Appendix 1

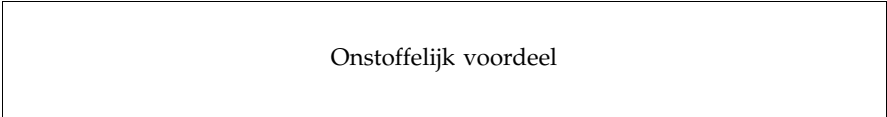
Recht, belang en economisch of onstoffelijk voordeel



Appendix 2

De waarde van gemist onstoffelijk voordeel

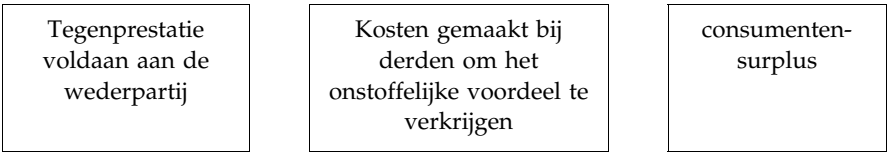
De waarde van gemist onstoffelijk voordeel kan als volgt worden ontleed.



De waarde van gemist onstoffelijk voordeel kan allereerst worden uitgesplitst in de kosten die een benadeelde heeft gemaakt om het voordeel te verkrijgen enerzijds en het consumentensurplus of de immateriële winst die hij zou hebben gerealiseerd wanneer hij het onstoffelijke voordeel zou hebben verkregen anderzijds.



De gemaakte kosten kunnen vervolgens nader worden uitgesplitst in de contractsprijs die de benadeelde heeft betaald aan zijn wederpartij en de andere kosten die hij bij derden heeft gemaakt om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Beide soorten uitgaven kunnen tevergeefs worden wanneer de benadeelde het onstoffelijke voordeel is misgelopen door de wanprestatie van zijn wederpartij. De contractsprijs die de benadeelde heeft voldaan aan zijn wederpartij, kan hij in het Nederlandse recht ook door middel van ontbinding terugkrijgen.



Burger/Brouwer Motors kan als voorbeeld dienen. Allereerst is de huursom die Burger aan Brouwer Motors heeft betaald voor de huur van de rallymotor tevergeefs. Daarbovenop zijn de uitgaven die Burger heeft gedaan bij derden, zoals het betaalde inschrijvingsgeld aan de organisatie van de Dakar Rally, tevergeefs geworden door de wanprestatie van Brouwer Motors. Tot slot kan nog de gederfde immateriële (netto)winst of het gemiste consumentensurplus van de Dakar Rally worden onder-

scheiden. Ook dat loopt Burger mis door de wanprestatie. Deze drie componenten samen vormen de totale waarde van het door hem misgelopen onstoffelijke voordeel.

De huursom voor
de rallymotor
voldaan aan
Brouwer Motors

De inschrijvingskosten
voor de Dakar Rally,
kosten van een
monteur etc.

Het gemiste plezier
van de Dakar Rally
zelf (de imm.
winst)

Curriculum vitae

Thijs Beumers (Woerden, 1990) behaalde in 2008 zijn vwo-diploma aan het Minkema College te Woerden. Daarna studeerde hij politicologie (master politieke filosofie, 2014) en rechtsgeleerdheid (master civiel recht, 2015) aan de Universiteit Leiden. Van 2015 tot 2021 werkte hij als docent en promovendus bij het Instituut voor Privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van Universiteit Leiden. In 2017 was hij *visiting scholar* bij het Institute of European and Comparative Law van Oxford University. Sinds 2021 is hij advocaat te Den Haag.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2019 en 2020 verschenen:

- MI-335 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie. Het hoorrecht en de procespositie van minderjarigen in familie- en jeugdzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020
- MI-336 J. van Kralingen, *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch-comparatieve studie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 782 9
- MI-337 J.C.A. van Dam, *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-338 F. Jiang, *Greening' the WTO Ban on China's Export Duties. Should WTO law allow China to use export duties to protect the environment and, if so, in what manner?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-339 M.J.R. Broekema, *Cognitive Bias in the Judgment of Business Valuations and Valuers. How Systematic Patterns of Irrationality Affect Entrepreneurs, Legal Professionals and Business Valuers*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-340 H. Horii, *Child Marriage as a Choice. Rethinking agency in international human rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-341 R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 134 8
- MI-342 J.M.M. van der Vliet, *The International Legal Protection of Environmental Refugees. A human rights-based, security and State responsibility approach*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 139 3
- MI-343 M. Samadi, *Normering en Toezicht in de Opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 816 1
- MI-344 D.J. Verheij, *Credit rating agency liability in Europe. Rating the combination of EU and national law in rights of redress*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 144 7
- MI-345 P. Rustenburg, *Een algemene normtheorie toegepast op open normen in het belastingrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-346 J.V.O.R. Doekhie e.a., *Invoering jeugdstrafrecht in Caribisch Nederland: een verkenning naar een jeugdstrafrechtmonitor*, Den Haag: Boom criminologie 2020, ISBN 978-94-6236-151-5
- MI-347 A. Varga, *Establishing State Responsibility in the Absence of Effective Government*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-348 M. Darouei, *Managing a Sustainable Career in the Contemporary World of Work: Personal Choices and Contextual Challenges*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-349 N. Strohmaier, *Making Sense of Business Failure. A social psychological perspective on financial and legal judgments in the context of insolvency*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-350 S. Kouwagam, *How Lawyers Win Land Conflicts for Corporations. Legal Strategy and its Influence on the Rule of Law in Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-351 A.D. Sarmiento Lamus, *The proliferation of dissenting opinions in international law. A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and the IACtHR*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-352 B. Ribeiro de Almeida, *Building land tenure systems. The political, legal, and institutional struggles of Timor-Leste*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-353 K.A.M. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen. Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van de ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020
- MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-*

- screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7
- MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-356 N. Sánchez, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1
- MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4
- MI-358 J. Reef, M. Jelts & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7
- MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 8710
- MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the Case of Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5
- MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4
- MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier 2021, ISBN 978 90 8216 072 7
- MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021
- MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 2723
- MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism - Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: - A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5