



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

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 genereren 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 rechtstelsel wanneer de rechtsontwikkeling daar verder gevorderd is.¹⁵ Daarnaast moet het onderzochte probleem binnen een rechtstelsel 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 rechtstelsels vergeleken die eenzelfde functie vervullen. De achterliggende gedachte van deze methode is dat in alle onderzochte rechtstelsels hetzelfde sociaaleconomische probleem bestaat en dat er binnen deze rechtstelsels 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 rechtstelsels – is gedefinieerd. Vervolgens wordt vergeleken hoe de rechtstelsels 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 allerminst 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).

