



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

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.