



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

5 | Smartengeld in Engeland

5.1 INLEIDING

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

5.2 DE HOOFDREGEL – GEEN SMARTENGELD BIJ WANPRESTATIE

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

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

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

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

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

‘A contract-breaker is not in general liable for any distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension or aggravation which his breach of contract may cause to the innocent party.’⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3 DE OUDE UITZONDERING – FYSIEK ONGEMAK

5.3.1 Een recht op smartengeld bij wanprestatie uit de negentiende eeuw

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2 *Farley v. Skinner*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4 DE NIEUWE UITZONDERING – THE OBJECT OF THE CONTRACT

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2 ... naar een nieuwe uitzondering

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

‘Where the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded if the fruit of the contract is not provided or if the contrary result is procured instead.’⁴³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4.3 *Farley v. Skinner*

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

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

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

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

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

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

'There is no reason in principle or policy why the scope of recovery in the exceptional category should depend on the object of the contract as ascertained from all its constituent parts. It is sufficient if a major or important object of the contract is to give pleasure, relaxation or peace of mind.'⁵⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4.4.1 Een vergoeding voor een zelfstandige schadepost

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

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

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

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

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

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

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

‘In approaching the task of assessing damages, I accept that it is permissible to make the assessment under two heads, first the diminution in value and then the distress and disappointment.’⁶¹

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

5.4.4.2 Een algemeen toepassingsbereik

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De striktste uitleg van de *object of the contract*-uitzondering is dat de contractspartijen moeten zijn overeengekomen dat de benadeelde een onstoffelijk voordeel wordt verschaft. De benadeelde moet het onstoffelijke voordeel, met andere woorden, hebben bedongen.⁷² Deze opvatting is bijvoorbeeld terug te zien in de overwegingen van Gibson LJ in *Watts v. Morrow*:

'No doubt house buyers hope to enjoy peace of mind and freedom from distress as a consequence of the proper performance by a surveyor of his contractual obligation to provide a careful report, but there was no express promise for the provision of peace of mind or freedom from distress and no such implied promise was alleged.'⁷³

In de literatuur is opgemerkt dat zulke bedingen in de praktijk zelden zullen voorkomen. Deze interpretatie zou meebrengen dat een benadeelde veelal geen recht op smartengeld zou hebben. Een contractspartij verbindt zich in de regel namelijk niet om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar slechts om goederen of diensten te leveren, die de benadeelde vervolgens in staat zouden moeten stellen om het door hem nagestreefde onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Zo is een reisbureau in de regel niet contractueel verplicht om te zorgen dat de benadeelde geniet van een plezierige en ontspannen vakantie, maar slechts om een vlucht, een hotel en enkele excursies te regelen. Dit pakket aan reisdiensten stelt de benadeelde in staat om een ontspannen vakantie te

71 Zie bijvoorbeeld: Enonchong *OJLS* 1996, p. 636-637 en Hartshorne *JCL* 2006, p. 121-122.

72 Zie over deze interpretatie: Poh *LQR* 1989, p. 45; Macdonald *JCL* 1996, p. 142-143 en Ogilvie *JBL* 2009, p. 256.

73 *Watts v. Morrow* [1991] 1 *WLR* 1421 (CA), p. 1442. Zie ook: Russell LJ in *Knott v. Bolton* [1995] 45 *Const LR* 127 (CA), p. 129.

hebben, maar er is geen contractuele bepaling waarin de reisorganisator ontspanning, rust en vermaak belooft aan zijn klant.⁷⁴

Een dergelijke strikte interpretatie lijken rechters dan ook niet hanteren. Ze kennen ook smartengeld toe wanneer het verschaffen van onstoffelijk voordeel niet contractueel is bedongen door de benadeelde. De meest ruime interpretatie van de uitzondering wordt echter ook van de hand gewezen. Het is niet zo dat een benadeelde recht op smartengeld heeft zodra zijn wederpartij kan voorzien dat hij immateriële schade zal lijden wanneer zij haar contractuele verplichtingen niet nakomt. De uitzondering vereist een zelfstandige toets, die niet neerkomt op een toetsing van de voorzienbaarheid van de geleden immateriële schade. Zo is het voor een luchtvaartmaatschappij voorzienbaar dat de annulering van een vlucht voor de passagiers immateriële schade, zoals teleurstelling of ergernis, tot gevolg kan hebben, maar dat maakt nog niet dat het een doel van de gesloten vervoerovereenkomsten is om een onstoffelijk voordeel te verschaffen aan de passagiers.⁷⁵ Ook over overeenkomsten tussen advocaten en cliënten overwogen rechters dat het weliswaar voorzienbaar kan zijn dat een beroepsfout tot immateriële schade leidt, maar dat het daarmee nog geen doel van deze overeenkomsten is om een onstoffelijk voordeel te verschaffen aan de cliënt, met name niet wanneer een advocaat is ingeschakeld om hoofdzakelijk de commerciële belangen van zijn cliënt te behartigen.⁷⁶

Er is geen eenstemmigheid in de Engelse rechtspraak en literatuur over de vraag hoe dan wel moet worden getoetst of het een doel van de overeenkomst is dat de benadeelde een onstoffelijk voordeel verkrijgt. In *Farley v. Skinner* lijkt zowel Lord Hutton als Lord Steyn zich op het standpunt te stellen dat een benadeelde expliciet aan zijn wederpartij moet hebben medegedeeld dat hij met een bepaalde contractuele afspraak een onstoffelijk voordeel nastreeft. Farley had Skinner verteld dat hij een landgoed wilde kopen in een rustige omgeving en dat hij hem om die reden de opdracht gaf de eventuele geluidsoverlast van de luchthaven te onderzoeken. Deze mededeling in combinatie met deze specifieke opdracht was volgens Lord Hutton en Lord Steyn dan ook het relevante verschil tussen dit geschil en de eerdere beslissingen over de aansprakelijkheid van surveyors, waarin steeds was geoordeeld dat de benadeelde geen recht had op smartengeld op grond van de *object of the*

74 Macdonald JCL 1994, p. 143-144; Tettenborn *J Obl & R* 2003, p. 100; Lewis *King's LJ* 2008, p. 124 en Harder 2010, p. 99.

75 *Graham v. Thomas Cook* [2012] EWHC Civ 1355 (CA), par. 25 (Toulson LJ). Zie ook: *Harrison v. Shepherd Homes Ltd* [2011] EWHC 1811 (TCC), par. 321-325 (Ramsey J). Zie ook: *Blackwood & Others v Saunders & Co* [2007] EWHC 3504 (QB), par. 46-47 (Hawkesworth J). In de literatuur: Lawson 2016, p. 93.

76 *Siddiqui v. James & Charles Dodd* [2006] EWHC 1295 (QB), par. 166 (Williams J) en *Howell-Smith v Official Solicitor* [2006] PNLR 21, par. 28-3 (Pill LJ).

contract-uitzondering.⁷⁷ Volgens andere auteurs is het onder omstandigheden mogelijk dat een benadeelde ook recht heeft op smartengeld wanneer hij niet expliciet heeft medegedeeld dat hij met een contractueel beding onstoffelijk voordeel nastreeft. Het kan namelijk zo vanzelfsprekend zijn dat het een doel van de overeenkomst is om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, dat hij dit niet meer uitdrukkelijk hoeft mede te delen aan zijn wederpartij. Een benadeelde die een vakantie boekt bij een reisbureau hoeft niet te vertellen dat hij met de overeenkomst een prettige vakantie nastreeft. Dat zou voor beide partijen reeds duidelijk moeten blijken uit de inhoud van de overeenkomst.⁷⁸ In *Hamilton-Jones v. David & Snape* kwam Neuberger J tot een vergelijkbare conclusie. Volgens Neuberger kon het advocatenkantoor ook zonder nadere mededelingen van Hamilton-Jones uit haar opdracht opmaken dat het doel van de overeenkomst was 'to retain custody over her children for her own pleasure and peace of mind'.⁷⁹

5.4.5 Een algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie

Hoewel er dus nog altijd vragen zijn over de precieze reikwijdte van de *object of the contract-uitzondering*, kan over het algemeen worden gezegd dat benadeelden in het huidige Engelse contractenrecht ruime mogelijkheden hebben om met succes smartengeld te vorderen. Het uitgangspunt blijft weliswaar dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade, maar door deze nieuwe uitzondering – zeker in combinatie met het recht op smartengeld bij fysiek ongemak⁸⁰ – wordt deze hoofdregel in belangrijke mate genuanceerd.⁸¹

Een deel van de literatuur is desalniettemin kritisch over de hoofdregel van *Addis v. Gramophone*.⁸² Deze auteurs stellen voorop dat het schadevergoedingsrecht tot doel heeft om een benadeelde volledige compensatie te bieden voor de door hem geleden schade. Ook in het Engelse schadevergoedingsrecht is een fundamenteel uitgangspunt dat met schadevergoeding wordt beoogd de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de overeenkomst in ieder opzicht deugdelijk zou zijn nagekomen.

77 Capper *LQR* 2000, p. 553-55; McKendrick & Graham *LMCLQ* 2002, p. 163 en Capper *LQR* 2002, p. 194.

78 Phang *JBL* 2003, p. 380-384; Chandler & Devenney *LS* 2008, p. 129-144 en Lewis *King's LJ* 2008, p. 122-125.

79 *Hamilton-Jones v. David & Snape (a firm)* [2004] 1 WLR 924 (Ch), par. 61. Zie ook: *Glen Haysman v Mrs Rogers Films Ltd* [2008] EWHC 2494 (QB), par. 24 (Sweeting QC). Uitgebreid hierover: Tettenborn *J. Obl. & R.* 2003, p. 99-100 en Lawson 2016, p. 93-95.

80 Zie hierboven: voetnoot 23.

81 Hartshorne *JCL* 2006, p. 118-138 spreekt zelfs van een ondergraving van de hoofdregel. Zie ook, minder stellig: Andrews e.a. 2017, p. 464.

82 Zie reeds: Beumers *NTBR* 2016, p. 169-178.

In *Robinson v. Harman*, het belangrijkste precedent voor dit beginsel, overwoog Parke B:

‘The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.’⁸³

Voor vermogensschade is dit uitgangspunt vanzelfsprekend en onomstreden in het huidige Engelse recht. Wanneer een contractspartij haar contractuele verplichtingen niet nakomt, is zij in beginsel verplicht alle vermogensschade van de benadeelde volledig te vergoeden. De rechtsregel uit *Addis v. Gramophone* is strijdig met dit uitgangspunt van volledige compensatie. De hoofdregel ontzegt benadeelden immers het recht op vergoeding van hun schade wanneer zij geen vermogensschade, maar immateriële schade lijden. Het compensatiebeginsel schrijft juist voor dat *alle* schade gecompenseerd moet worden, ongeacht of de schade immaterieel is of niet.⁸⁴ De hoofdregel dat immateriële schade niet wordt vergoed, is daarmee een uitzondering op *Robinson v. Harman* die een nader rechtvaardiging behoeft, aldus Harder.⁸⁵

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

In de literatuur is erop gewezen dat Bingham LJ in *Watts v. Morrow* weliswaar overweegt dat de hoofdregel van *Addis v. Gramophone* is ingegeven door beleidsoverwegingen, maar dat hij nalaat om uit te leggen wat deze beleids-overwegingen dan precies zijn. Ook in andere uitspraken zoekt men tevergeefs naar zulke achterliggende beleidsoverwegingen.⁸⁶

Er zijn volgens deze auteurs ook helemaal geen overtuigende beleidsargumenten tegen de algemene vergoedbaarheid van immateriële schade bij wanprestatie. Een van oudsher zwaarwegend argument tegen een algemeen recht op smartengeld is dat het voor rechters onmogelijk is om immateriële schade te begroten. Zulk nadeel is immers volledig afhankelijk van de subjectieve beleving van de benadeelde.⁸⁷ Het begroten van zulke schade zou daarmee een volstrekt willekeurige exercitie zijn. Het toekennen van smartengeld in deze gevallen zou daardoor leiden tot rechtsonzekerheid.⁸⁸ Vaak gaat dit

83 *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex 850 (ex), p. 855.

84 Macdonald *JCL* 1994, p. 134-135; Enonchong *OJLS* 1996, p. 628; Burrows 2004, p. 332-333 en Harder 2010, p. 104-105.

85 Harder 2010, p. 105.

86 Macdonald *JCL* 1994, p. 139; Beale 1996, p. 224-226 en Enonchong *OJLS* 1996, p. 631.

87 Zie over dit argument: Burrows *LMCLQ* 1984, p. 133; Enonchong *OJLS* 1996, p. 629-630; Burrows 2004, p. 333; Harder 2010, p. 106 en Rowan 2013, p. 123.

88 Zie over dit argument: Enonchong *OJLS* 1996, p. 631 en Harder 2010, p. 108-109.

argument gepaard met een angst voor excessief hoge schadevergoedingsbedragen, die weer een aanzienlijke verhoging van de contractsprijzen tot gevolg zouden hebben.⁸⁹ Dit argument overtuigt volgens deze auteurs niet omdat in het huidige recht al in tal van gevallen smartengeld wordt toegekend door rechters, met name in het onrechtmatige daadsrecht. Uit deze bestaande praktijk blijkt dat het niet onmogelijk is om een geldbedrag toe te kennen voor immateriële schade noch dat zulke vergoedingen leiden tot willekeur, rechts-onzekerheid of hogere contractsprijzen. In deze gevallen is juist gebleken dat met consistentie en bescheidenheid bij het toekennen van smartengeld het gevaar van subjectiviteit grotendeels kan worden ondervangen.⁹⁰ Ook bij de ontwikkeling van de *object of the contract*-uitzondering kwam de subjectiviteit van immateriële schade aan de orde. In dat verband merkte Lord Denning het volgende op:

‘I know that it is difficult to assess in terms of money, but it is no more difficult than the assessment which the courts have to make every day in personal injury cases for loss of amenities.’⁹¹

Ook zien deze auteurs in het *floodgates*-argument – het potentiële gevaar dat het aanvaarden van een algemeen recht op smartengeld zou leiden tot een oeverloze uitdijning van het schadevergoedingsrecht – geen overtuigende reden om benadeelden bij wanprestatie een recht op smartengeld te ontzeggen. Harder wijst allereerst op een fundamentele zwakte van dit argument:

‘Where a particular remedy should in principle be available, it makes little sense to deny it on the ground that, if available, it would actually be pursued.’⁹²

Bovendien achten deze auteurs de kans op een enorme uitdijning klein. Allereerst zullen veel partijen niet geneigd zijn een procedure te beginnen, omdat de proceskosten hoog zijn en de hoogte van hun vorderingen bescheiden. Bovendien kan een eventuele uitdijning worden tegengegaan met de reeds bestaande leerstukken die de schadevergoedingsplicht beperken, zoals eigen schuld, de schadebeperkingsplicht en voorzienbaarheid.⁹³ Dit deel van de literatuur is dan ook van mening dat er geen additionele beperkingen – zoals dat het een doel van de overeenkomst moet zijn om de benadeelde een onstof-

89 Zie over dit argument: Enonchong *OJLS* 1996, p. 631 en Harder 2010, p. 105-106.

90 Burrows *LMCLQ* 1984, p. 133; Macdonald *JCL* 1994, p. 139; Enonchong *OJLS* 1996, p. 631-632; Phang *JBL* 2003, p. 349-350; Lewis *King LJ* 2008, p. 129-133 en Harder 2010, p. 105-106, 107-108.

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

92 Harder 2010, p. 110-111.

93 Enonchong *OJLS* 1996, p. 632; Phang *JBL* 2003, p. 352-355 en Harder 2010, p. 110-113.

felijk voordeel te verschaffen of dat een benadeelde fysiek ongemak heeft ervaren – moeten worden gesteld aan het recht op smartengeld bij wanprestatie. Met andere woorden, immaterieel nadeel zou onder dezelfde voorwaarden als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Daarmee delen zij in essentie Lord Dennings opvatting dat een benadeelde in beginsel recht zou moeten hebben op smartengeld zodra het voor zijn wederpartij voorzienbaar is dat een eventuele wanprestatie tot immateriële schade zal leiden.⁹⁴ Volgens sommige auteurs is het slechts een kwestie van tijd voordat het uitgangspunt dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, helemaal wordt losgelaten in het Engelse recht, maar tot op heden heeft de Supreme Court deze stap nog niet gezet.⁹⁵

5.5 TUSSENCONCLUSIE

Hoewel de hoofdregel dus tot op heden is gebleven dat bij wanprestatie geen recht op smartengeld bestaat, hebben benadeelden in het huidige Engelse recht ruime mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. Een benadeelde heeft allereerst recht op smartengeld wanneer hij door de wanprestatie fysiek ongemak heeft ervaren. Dit recht op smartengeld stamt al uit de negentiende eeuw en is ook tegenwoordig nog een uitzondering op de hoofdregel. Bovendien wordt aan deze uitzondering een ruime uitleg gegeven. Iedere onaangename zintuigelijke waarneming, zoals stank en herrie, kan worden gekwalificeerd als een vorm van fysiek ongemak. Daarnaast is sinds de jaren zeventig een nieuwe uitzondering op de hoofdregel tot ontwikkeling gekomen, die haar oorsprong vindt in geschillen over mislukte vakanties. Een benadeelde heeft ook recht op smartengeld wanneer het een doel van de overeenkomst is om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Deze uitzondering heeft tegenwoordig een algemeen toepassingsbereik. Zo kan een benadeelde zich er ook op beroepen wanneer de overeenkomst slechts gedeeltelijk tot doel heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Bovendien is de uitzondering niet beperkt tot bepaalde type overeenkomsten of specifieke onstoffelijke voordelen. Getoetst hoeft slechts te worden of de overeenkomst tot doel heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Het is nog niet helemaal duidelijk wat die toetsing precies inhoudt, maar wel is zeker dat het niet volstaat dat het voor de wederpartij voorzienbaar was dat de benadeelde bij een wanprestatie het nagestreefde onstoffelijke voordeel zou kunnen mislopen. Een deel van de literatuur is daar kritisch over. Deze auteurs willen benadeel-

94 Beale 1996, p. 224-226; Enonchong *OJLS* 1996, p. 634-636; Phang *JBL* 2003, p. 352-355; Burrows 2004, p. 332-333; Hartshorne *JCL* 2006, p. 137-138; Lewis *King LJ* 2008, p. 133-134 en Harder 2010, p. 114.

95 Phang *JBL* 2003, p. 372-373 en McGregor e.a. 2014, p. 84-85.

den recht geven op smartengeld zodra zulk nadeel bij het aangaan van de overeenkomst voorzienbaar is voor de wederpartij, maar zo ver gaat de Supreme Court vooralsnog niet.