



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Beumers, M.T.

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Beumers, M.T.

Title: De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Issue Date: 2021-06-30

DEEL III

Vermogensschade

6 | Vermogensschade in Nederland

6.1 INLEIDING

Wanneer uitsluitend zou worden gekeken naar de mogelijkheden voor een benadeelde om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, lijkt het Engelse schadevergoedingsrecht de immateriële contractuele belangen van benadeelden aanzienlijk beter te beschermen dan het Nederlandse en het Duitse schadevergoedingsrecht. De vergelijking van het recht op smartengeld van deze drie rechtsstelsels geeft echter een vertekend beeld. Het vertelt namelijk maar het halve verhaal. Ook in het Nederlandse en het Duitse recht heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, recht op schadevergoeding. In Nederland en Duitsland wordt het vermogensschadebegrip namelijk zodanig ruim geïnterpreteerd dat het missen van onstoffelijk voordeel vergoedbare vermogensschade tot gevolg kan hebben. Het derde deel van dit proefschrift gaat daarom over deze verruiming van het vermogensschadebegrip.

In Nederland is het debat over het vermogensschadebegrip onlosmakelijk verbonden met de discussie over de vergoedbaarheid van immateriële schade. Een deel van de kritiek op Druckers pleidooi voor een algemeen recht op smartengeld richtte zich namelijk op zijn strikte interpretatie van wat vermogensschade is en wat niet. In een aanzienlijk deel van de gevallen waarvan Drucker meende dat een benadeelde immateriële schade leed, zou volgens andere auteurs juist sprake zijn van vermogensschade. Zeker na de Tweede Wereldoorlog ontstond er in de Nederlandse literatuur consensus over een ruime interpretatie van het begrip vermogensschade (§ 6.2). Na de invoering van het Nieuw BW aanvaardde ook de Hoge Raad expliciet – en in navolging daarvan feitenrechters – dit ruimere begrip, waarin ook gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade wordt gekwalificeerd. Deze verruiming van het vermogensschadebegrip is van recente datum en nog volop in ontwikkeling. Het roept dan ook tal van vragen op, bijvoorbeeld ten aanzien van de beperkingen aan dit recht op schadevergoeding, de juiste begrotingswijze en de verhouding met smartengeld (§ 6.3-6.4).

6.2 HET OUD BW – EEN ACADEMISCHE DISCUSSIE

6.2.1 Twee samenhangende debatten

Van 1843 tot en met 1911 stopte iedere trein op het traject tussen Utrecht en Amsterdam, zelfs internationale treinen, op het station van Nieuwersluis. Dat was opmerkelijk, omdat dit plaatsje toentertijd nog geen tweehonderd zielen telde. De reden dat Nieuwersluis zo'n bijzonder goede treinverbinding had, was gelegen in een overeenkomst tussen Doude van Troostwijk en De Nederlandsche Rijnspoormaatschappij, die het traject exploiteerde. De spoorlijn lag voor een deel op het landgoed van Doude van Troostwijk, dat in de buurt van Nieuwersluis lag. Hij had uitsluitend toestemming willen geven voor de aanleg van een spoorlijn op zijn landgoed onder de voorwaarde dat alle treinen op het nieuwe traject ook zouden stoppen in zijn woonplaats. De spoorwegmaatschappij ging akkoord met dit beding, dat vervolgens in artikel 8 van de door hun gesloten gebruiksovereenkomst werd neergelegd.

Vanaf 1873 kwam de spoorwegmaatschappij artikel 8 niet meer volledig na. In dat jaar besloot zij namelijk om een van de sneltreinen tussen Utrecht en Amsterdam niet meer te laten stoppen op station Nieuwersluis. In een civiele procedure vorderde Doude van Troostwijk vervolgens onder meer schadevergoeding wegens wanprestatie. De spoorwegmaatschappij stelde zich op het standpunt dat Doude van Troostwijk geen vergoedbare schade leed als gevolg van haar tekortkoming in de nakoming van artikel 8. Het Provinciaal Gerechtshof van Utrecht zag dat anders en overwoog dat:

'De [...] stipulatie eene geldelijke waarde vertegenwoordigt, daar men [...] moet aannemen, dat als dat beding niet was gemaakt een grootere geldelijke schadevergoeding of andere voordeelen hadden kunnen bedongen zijn; [en] gevolgelyk door de niet-naleving van de verbintenis uit den aard der zaak schade wordt veroorzaakt, daar de contractant moet geacht worden alsdan het voor dat beding in der tijd minder ontvangen geld te hebben gemist, zonder daarvoor het beoogde genot te hebben gehad [...].'¹

Volgens Drucker kende het Provinciaal Hof Doude van Troostwijk daarmee een vergoeding voor zijn immateriële schade toe. Doude van Troostwijk had immers geen economisch belang in artikel 8 van de overeenkomst, maar streefde met dit beding uitsluitend onstoffelijk voordeel na: het gemak van een goede treinverbinding in zijn woonplaats. Door de wanprestatie was zijn vermogen niet aangetast en leed hij geen vermogensschade. De tekortkoming in de nakoming van artikel 8 had wel tot gevolg dat Doude van Troostwijk een onstoffelijk voordeel misliep en immateriële schade leed. Het arrest liet

1 Provinciaal Gerechtshof Utrecht, 26 april 1875, w. 3850 (*Doude van Troostwijk/De Nederlandsche Rijnspoor-maatschappij*), p. 4.

volgens Drucker zien dat Nederlandse rechters steeds vaker bereid waren om smartengeldvorderingen toe te wijzen.² De wijze waarop Drucker onderscheid maakte tussen vermogensschade en immateriële schade vond navolging. Zo gaf Meijers de volgende definities:

‘Ideeel schade is de schade, aangebracht ten opzichte van de bevrediging van onze behoeften of de voorkoming van leed, onverschillig welke behoeften of welk leed dit betreft (fysiek, intellectueel of moreel); materiele schade is de schade, aangebracht ten opzichte van vermogensrechtelijke [objecten] in staat om onze behoeften te bevredigen of leed te voorkomen.’³

Een benadeelde lijdt pas vermogensschade als hij in financiële zin slechter af – anders gezegd, armer – is door de fout van een ander.⁴ Wanneer een benadeelde een onstoffelijk voordeel misloopt, lijdt hij dus geen vermogensschade maar immateriële schade, omdat hij geen cent armer is dan hij zou zijn geweest als hij dit onstoffelijke voordeel wel zou hebben verkregen:

‘Indien een barbier ons niet scheert, lijdt men alleen ideeel en geen materiele schade, omdat eene behoefte van ons niet bevredigd wordt zonder dat wij echter eene schade kunnen aantoonen ten aanzien van vermogensrechtelijke objecten.’⁵

Al voor de Tweede Wereldoorlog trokken sommige auteurs deze kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel als immateriële schade in twijfel. Zo was Greebe van mening dat het door Doude van Troostwijk gemiste onstoffelijke voordeel vermogensschade vormde. Doude van Troostwijk had immers een financieel offer moeten brengen om zichzelf het gemak van een treinstation in zijn woonplaats te verschaffen. Hij had, zo was de gedachte, zonder dit beding een hogere prijs voor het gebruik van zijn land kunnen bedingen. Greebe was om een vergelijkbare reden kritisch over een vonnis van rechtbank Rotterdam. Ulrich had in een huurovereenkomst bedongen dat zijn verhuurder, Baksteen (nomen est omen), de gehuurde woning zou laten verven voordat Ulrich het huis zou betrekken. Baksteen kwam deze contractuele verplichting vervolgens niet na. De rechtbank wees de schadevergoedingsvordering van Ulrich af, omdat Baksteens wanprestatie niet had geleid tot enige kosten of tot gederfde winst. Volgens de rechtbank vorderde Ulrich in wezen schadevergoeding voor schade aan zijn ‘aesthetisch gevoel’ en zulke immateriële schade

2 Drucker *RM* 1892, p. 237.

3 Meijers *Themis* 1905, p. 451.

4 Meijers *Themis* 1905, p. 452-453 merkt op dat vermogen uiteindelijk ook maar een middel is om immateriële verlangens en behoeften te bevredigen. Het is, met andere woorden, een middel om gelukkiger te worden. Het had, naar zijn idee, iets vreemds dat het Nederlandse recht wel een vergoeding bood als de middelen van een benadeelde om onstoffelijke voordelen te verkrijgen worden aangetast, maar niet wanneer een benadeelde deze onstoffelijke voordelen *zelf* worden ontnomen.

5 Meijers *Themis* 1905, p. 451.

komt niet voor vergoeding in aanmerking.⁶ Deze kwalificatie van de rechtbank was volgens Greebe onjuist. Weliswaar liep Ulrich uitsluitend een onstoffelijk voordeel mis – het plezier van wonen in een netjes geverfd huis – maar voor dat voordeel had hij een financieel offer gebracht. De huurprijs van een goed geverfde woning ligt immers hoger dan die van een huis waar de verf van de kozijnen bladert. Ulrich betaalde dus wel een huurprijs voor een goed geverfde woning, maar ontving dat voordeel niet. Anders gezegd, als hij deze contractuele verplichting niet zou hebben bedongen, zou hij om een lagere huurprijs hebben kunnen vragen.⁷ Het door Ulrich gemiste onstoffelijke voordeel kwalificeert om die reden als vermogensschade. Van Goudoever verdedigde, meer in het algemeen, dezelfde gedachte:

‘Veelal zal men zich om bedingen als de vermelde te verkrijgen opofferingen hebben getroost. Men liet iets vallen op de prijs, opdat de wederpartij zich zou verbinden de treinen te doen stoppen, het schilderij ten toon te stellen, den hond thuis te houden. In ieder geval moeten die opofferingen weder goed worden gemaakt, als het doel niet wordt bereikt.’⁸

Het debat over de vergoedbaarheid van immateriële schade wakkerde zo dus ook de discussie aan over de vraag welk nadeel nog als vermogensschade kan worden gezien en welk nadeel niet. In 1937 komt deze discussie over het vermogensschadebegrip in een stroomversnelling. In dat jaar wijst de Hoge Raad namelijk twee arresten over onrechtmatige woningoverlast: *Voorste Stroom III* en *Unitas*.⁹

6.2.2 Gederfd woongenot in Tilburg en Utrecht

De Voorste Stroom is een riviertje dat door Tilburg stroomt en dat in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw ernstig vervuild was. De stank die van de vervuilde rivier afkwam, penetreerde ook het huis van Bloemink, die daar overlast van ondervond. Zij vorderde in rechte schadevergoeding van de gemeente Tilburg, omdat de gemeente haar publieke taak om de rivier schoon te houden, niet nakwam. Nobel woonde naast studentenvereniging Unitas. De leden van deze Utrechtse studentenvereniging veroorzaakten ernstige geluidsoverlast, met name in de avond en in de nachtelijke uren. Ze gaven vrijwel iedere werkdag een feest, waarbij ze ‘ergerlijk en overdreven’ luidruchtig waren, aldus Nobel. Zo zongen ze met luide stemmen, maakten dansmuziek, stampten op de vloer en bonsden met stoelen en tafels tegen de

6 Rb Rotterdam 1 oktober 1900, w. 1900, 7525, p. 1-2.

7 Greebe 1935, p. 4-8.

8 Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 196.

9 HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*) en HR 31 december 1937, NJ 1938/517 m.nt. EMM (*Unitas*).

tussenmuur met Nobels huis. In beide zaken ging het in cassatie onder meer over de vraag of Bloemink en Nobel wel vergoedbare schade hadden geleden. Door de overlast waren hun huizen niet beschadigd en geen van beiden had enige extra kosten hoeven maken. Bovendien waren hun huizen niet aantoonbaar in waarde gedaald. Bloemink en Nobel stelden zich op het standpunt dat hun woongenot was verminderd en dat deze derving van woongenot op zichzelf vergoedbare schade was.¹⁰ De Hoge Raad ging daar in mee en overwoog in beide arresten dat:

‘Daargelaten hoe verre strekking aan het begrip schade in de art. 1401-1403 mag worden toegekend, in ieder geval daaronder begrepen is de door onrechtmatige daden of verzuimen van daden veroorzaakte vermindering of ontneming van het genot, waarop iemand krachtens tot zijn vermogen behorende rechten aanspraak vermag te maken.’¹¹

Volgens Meijers verruimde de Hoge Raad met deze overweging het recht op smartengeld aanzienlijk.¹² In zijn visie moet het gemiste genot van een woning immers worden gekwalificeerd als een vorm van immateriële schade. Bloemink noch Nobel was in financiële zin slechter af door de onrechtmatige hinder: hun huizen waren niet beschadigd of minder waard geworden en ze hadden ook geen andere kosten gemaakt. Omdat hun vermogen niet was aangetast – ze waren niet armer geworden – leden ze geen vermogensschade. Wel waren Bloemink en Nobel ongelukkiger dan ze zonder de stank respectievelijk de herrie zouden zijn geweest. Door de onrechtmatige overlast waren ze het ongestoorde genot van hun woning kwijtgeraakt. In deze overweging erkende de Hoge Raad, aldus Meijers, voor het eerst dat bij een onrechtmatige daad ook zulke immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt.¹³

Een deel van de literatuur was het niet eens met Meijers’ kwalificatie van gederfd woongenot als een vorm van immateriële schade. Het ongestoorde genot van een woning is weliswaar een onstoffelijk voordeel, maar dit voordeel heeft een economische waarde. Wie zichzelf het genot van een woonhuis wil verschaffen, zal in de regel geld moeten uitgeven. Hij zal een huis moeten kopen of een huursom moeten betalen. Met andere woorden, woongenot heeft

10 Het hof had Bloeminks schadevergoedingsvordering voor gederfd woongenot toegewezen. Zie: P-G Besier, sub 3-6, in zijn conclusie voor HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*), p. 569, l.k., Nobels vordering werd echter afgewezen, zie HR 31 december 1937, NJ 1937/517 m.nt. EMM (*Unitas*), p. 694 r.k.

11 HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*), p. 782-783 en HR 31 december 1937, NJ 1938/517 m.nt. EMM (*Unitas*), p. 695.

12 Meijers, p. 784, in zijn noot onder HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 (*Voorste Stroom III*) vroeg zich nog wel af in hoeverre deze beslissing analoog kon worden toegepast, bijvoorbeeld op gevallen waarin het genotsrecht niet voortkwam uit een eigendomsrecht, maar uit een contractueel recht. Zie daarover verder nog: Jansen NJB 1951, p. 784 en Polak 1949, p. 22.

13 Meijers, p. 783-784 in zijn noot onder HR 29 januari 1937, NJ 1937/570 (*Voorste Stroom III*). Zie ook: Wolfsbergen 1946, p. 191-193 en Vriesendorp WPNR 1954, p. 13-14.

een marktprijs. Volgens deze auteurs lijdt een benadeelde geen immateriële schade maar vermogensschade wanneer hij het genot van een woning derft als gevolg van een onrechtmatige daad. In deze visie verruimde de Hoge Raad met zijn overwegingen niet het recht op smartengeld, maar erkende hij dat ook gemist woongenot moet worden gezien als vermogensschade.¹⁴

Wat de Hoge Raad nu precies bedoelde met zijn overwegingen in *Voorste Stroom III* en *Unitas* is nooit helemaal duidelijk geworden en houdt de gemoe-deren tot op de dag van vandaag bezig.¹⁵ In de juridische literatuur groeide in de jaren na deze arresten de steun voor de opvatting dat gemist onstoffelijk voordeel met een economische waarde, zoals woongenot, vermogensschade is. De parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW illustreert dit.

6.2.3 Een algemene aanvaarding van een ruim vermogensschadebegrip in de Nederlandse literatuur

Op Meijers' elfde vraagpunt reageerde de Minister van Justitie terughoudend. Het recht op smartengeld moest aanzienlijk worden ingeperkt. De minister vond het wel billijk om binnen redelijke grenzen de kosten te vergoeden die een benadeelde heeft gemaakt om immaterieel nadeel te verminderen of op te heffen.¹⁶ Artikel 6.1.19 lid 2 van het Ontwerp-Meijers voorzag in een dergelijke kostenvergoeding, maar bevatte daarnaast een belangrijke toevoeging:

‘Uitgaven welke door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, hun doel missen, moeten binnen de grenzen der redelijkheid worden vergoed.’¹⁷

14 Hofmann/Drion 1959, p. 148 en Bloembergen 1965, p. 16-17, 78. Zie ook: Jansen *NJB* 1951, p. 783 en Polak 1949, p. 22. In HR 29 januari 1937, *NJ* 1937/570 m.nt. EMM (*Voorste Stroom III*) redeneren het hof (p. 779-780) en P-G Besier (p. 781, l.k.) op een vergelijkbare wijze. Het hof en de P-G benadrukken dat woongenot een economische waarde heeft, omdat men geld moet uitgeven, bijvoorbeeld huursommen of hypotheekrente, om zulk voordeel te verkrijgen. Het verlies van woongenot vormt dan ook vermogensschade, of in ieder geval schade die in geld kan worden uitgedrukt. Het hof wijst de vordering tot vergoeding van de waardevermindering af met de overweging dat met de toegekende vergoeding voor het gederfde woongenot reeds compensatie voor deze schade is geboden. Bloemink klaagt in cassatie niet over deze specifieke beslissing van het hof, maar P-G Besier onderschrijft in zijn conclusie deze overweging van het hof wel. Sommige auteurs kwamen daarom tot de conclusie dat Bloemink in werkelijkheid schadevergoeding kreeg voor de waardevermindering van de woning. Zie Asser/Losecaat *Vermeer III* 1958, p. 196; Jansen *NJB* 1951, p. 783 en later Lindenbergh 1998, p. 87-88. Ook Meijers *AA* 1952, p. 22 vindt dit in een later artikel een overtuigende alternatieve verklaring. Zie uitgebreid (en anders) over de verhouding tussen waardevermindering en gederfd woongenot: Beumers *NTBR* 2017, p. 190-191.

15 Zie bijvoorbeeld de verschillende interpretaties van deze arresten van Verheij *AV&S* 2017, p. 111-112 en van Beumers *NTBR* 2017, p. 168-169.

16 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372-373.

17 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332.

In de Toelichting-Meijers staat uitgelegd waarom deze toevoeging nodig was:

‘Heeft iemand normale kosten gemaakt om zich een zeker genot te verschaffen, b.v. voor een vakantieverblijf of voor het bijwonen van een concert, en mist hij door schuld van degene die het vervoer daarheen op zich had genomen, dit genot, dan is het billijk dat hij, hoewel hij geen vermogensschade heeft geleden, in ieder geval vergoeding ontvangt voor de tevergeefs gemaakte kosten.’¹⁸

Met andere woorden, een recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten was noodzakelijk omdat een benadeelde die een zeker genot misliep, anders geen enkele vergoeding zou krijgen. Aan deze redenering ligt de visie van Meijers ten grondslag dat gederfd genot geen vermogensschade is, maar immateriële schade die niet voor vergoeding in aanmerking komt. Bloembergen vond deze kwalificatie van gederfd genot als immateriële schade ‘ondeugdelijk’.¹⁹ Uit het feit dat iemands vermogen niet is achteruitgegaan, vloeit niet automatisch voort dat hij geen vermogensschade heeft geleden. Door een wanprestatie of onrechtmatige daad kan een benadeelde ‘consumptieve genoegens’ mislopen die een zekere economische waarde hebben. Deze genoegens hebben economische waarde, omdat iemand in de regel geld moet uitgeven om zulke genoegens te verkrijgen.²⁰ Gemist genot is dus vermogensschade, aldus Bloembergen:

‘De benadeelde moet zekere consumptieve genoegens missen, dat levert voor hem een schadepost op ter grootte van het bedrag, dat hij voor het verkrijgen van die genoegens had moeten besteden.’²¹

Het voorgestelde tweede lid van artikel 6.1.9.1 van het Ontwerp-Meijers was volgens hem overbodig. Anders dan het Ontwerp-Meijers veronderstelt, is het gemiste genot van een vakantie of een concert geen immateriële schade maar vermogensschade, die gewoon voor vergoeding in aanmerking komt.²² De Minister van Justitie was dezelfde mening toegedaan. Ook hij zag gemist onstoffelijk voordeel dat tegen betaling kan worden verkregen als vermogensschade.²³ Bloembergens ruime interpretatie van het begrip vermogensschade werd in de jaren daarna over het algemeen omarmd in de juridische literatuur, terwijl Meijers’ striktere interpretatie gaandeweg terrein verloor.²⁴ In 1998

18 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332.

19 Bloembergen 1965, p. 204.

20 Bloembergen 1965, p. 19 en 78.

21 Bloembergen 1965, p. 204.

22 Bloembergen 1965, p. 204.

23 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

24 Zie bijvoorbeeld de naslagwerken *Hofmann/Van Opstall* 1976, p. 176-177 en *Asser/Rutten* 1978, p. 191. Ook *Lindenbergh* 1998, p. 85-87 verdedigt deze opvatting. Zie daarentegen ook: *Pitlo/Bolweg* 1974, p. 309-310 en later *Verheij* 2002, p. 279, 332-333 en *Verheij AV&S* 2017, p. 111-112.

schreef Lindenbergh dat er tegenwoordig nog maar ‘weinig aanhang’ is te vinden voor Meijers’ visie.²⁵ Tien jaar later bestempelde Keirse zijn visie zelfs als ‘achterhaald’.²⁶

6.2.4 Een zuiver academisch idee

Dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade vormt, was dus al ruim voor de invoering van het Nieuw BW de heersende opvatting in de Nederlandse literatuur. In de feitenrechtspraak na *Unitas* en *Voorste Stroom III* was dat echter lange tijd niet het geval. Daar drong de ruime interpretatie van het begrip vermogensschade pas na de invoering van het Nieuw BW door.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het Hof van Arnhem uit 1967. Door een wanprestatie van Martens kon Vermaire, een gepensioneerde en invalide sergeant eerste klasse van de Marine, geen gebruik meer maken van zijn auto, een Goggomobil.²⁷ Voor het gemiste gebruiksgenot van zijn auto vorderde Vermaire schadevergoeding. Net zoals het genot van een woning, is het gebruik van een auto een onstoffelijk voordeel dat een duidelijke economische waarde heeft. Zulk gebruik kan immers tegen betaling van een marktprijs worden verkregen, bijvoorbeeld door een auto te huren of te kopen. Volgens de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip leed Vermaire dan ook vermogensschade. Het hof overwoog daarentegen

‘[...] dat de [...] vordering van Vermaire [...] naar ‘s Hof’s opvatting strekt tot vergoeding van zg. ideele schade, mitsdien schade, die het vermogen niet raakt’.²⁸

En zulke schade komt niet voor vergoeding in aanmerking, vervolgde het hof.²⁹ Een vergelijkbare beperkte interpretatie van het begrip vermogensschade is terug te zien in de jurisprudentie over mislukte vakanties. Ook vakantiegenot is een onstoffelijk voordeel met een economische waarde. Het kan immers worden verkregen door een reissom te betalen aan een reisbureau. In de Nederlandse literatuur wordt dan ook al jaren verdedigd dat gederfd vakantiegenot

25 Lindenbergh 1998, p. 85.

26 Keirse *Contracteren* 2009, p. 34.

27 Een Goggomobil is een zogenoemde ‘dwergauto’, een model zeer kleine auto’s dat in de jaren zestig en zeventig populair is geweest.

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

29 Ook Rb Groningen 30 september 1970, ECLI:NL:RBGRO:1970:AC5050, NJ 1971/403 (*De Delle/Lich-Ijs NV*) kwalificeerde het gemiste gebruiksgenot van een pachtrecht (van het viswater van een hengelsportvereniging) als immateriële schade, maar overwoog (obiter dictum) dat zulke schade wel voor vergoeding in aanmerking kwam. Zie ook: Overeem 1979, p. 21-22.

vermogensschade vormt.³⁰ Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw – toen mislukte vakanties voor het eerst de inzet van civiele procedures werden – tot op heden kwalificeren lagere rechters gemist vakantiegenot daarentegen steevast als een vorm van immateriële schade.³¹

Toen de wetgever artikel 7:510 BW (oud) invoerde – de bepaling die teleurgestelde vakantiegangers recht gaf op smartengeld wanneer zij het reisgenot van een pakketreis waren misgelopen door de wanprestatie van hun reisorganisator – richtte een deel van de kritiek in de literatuur zich op deze kwalificatie van gederfd reisgenot als immateriële schade. Volgens deze auteurs was de nieuwe bepaling overbodig, omdat gemist vakantiegenot gewoon vergoedbare vermogensschade is. De kwalificatie van de wetgever was onjuist en daarmee ook zijn conclusie dat er een leemte in de rechtsbescherming van vakantiegangers bestond.³² Toch lijkt het erop dat de kwalificatie van de wetgever beter aansloot bij de lagere rechtspraak over gemist vakantiegenot dan de kwalificatie die in de literatuur werd verdedigd. Lange tijd lijkt de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip een zuiver academisch idee te zijn geweest. Behalve misschien in de ambigue en omstreden overwegingen uit *Unitas* en *Voorste Stroom III*, was er in de jurisprudentie lange tijd nauwelijks steun te vinden voor de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip. Na de invoering van het Nieuw BW veranderde dat.

6.3 HET NIEUW BW – AANVAARDING IN DE RECHTSPRAAK

6.3.1 Twee uitgangspunten

Tegenwoordig is de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip ook in de rechtspraak algemeen aanvaard. Die aanvaarding begon met *St. Joseph/Van Fessem*. In dat arrest overweegt de Hoge Raad voor het eerst dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade kan zijn. De bovenbuurman van Van Fessem veroorzaakte ernstige geluidsoverlast. Van Fessem klaagde daarover verschillende malen bij woningbouwvereniging *St. Joseph*, die zowel haar verhuurder was als die van haar luidruchtige bovenbuurman. De woningbouwvereniging deed echter niets met haar meldingen. Het hof zag in dit stilzitten van *St. Joseph* een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst. Vervolgens overwoog het hof dat Van Fessem recht had op een vergoeding

30 Overeem 1979, p. 20 en Bloembergen 1982, p. 64. Zie ook: Lindenberg 1998, p. 116-117; Krans 1999, p. 254-255 en *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014/529.

31 Zie § 3.3.1. Overigens ook bij ander misgelopen onstoffelijk voordeel kwalificeren lagere rechters het nadeel meestal als immateriële schade. Zie bijvoorbeeld: *Kg Rotterdam* 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, *Prg.* 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*) en *Rb Amsterdam* 14 december 1982, ECLI:NL:RBAMS:1982:AC3908, *NJ* 1983/395 (*Crematie*).

32 Zie: Lindenberg 1998, p. 116-117; Krans 1999, p. 254-255 en *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014/529.

van haar gederfde woongenot. Het hof was van oordeel dat zulke genotsderiving vermogensschade is. Volgens de Hoge Raad getuigt deze overweging van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting, maar hij gaf verder geen uitleg waarom gederfd woongenot vermogensschade is en hoe zulke schade vervolgens moet worden begroot.³³

In *Burger/Brouwer Motors* deed de Hoge Raad dat wel. Na zijn vroegtijdige diskwalificatie vorderde Burger in een civiele procedure tegen Brouwer Motors schadevergoeding voor alle kosten die hij had gemaakt om deel te kunnen nemen aan de Dakar Rally, zoals aan de inschrijving, aan hotelovernachtingen en aan een navigatiesysteem. Het hof wees zijn vordering af. Tussen de wanprestatie van Brouwer Motors en Burgers kosten bestond geen causaal verband. Immers, ook als Brouwer Motors een deugdelijke motor ter beschikking zou hebben gesteld – en hij dus zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen – zou Burger deze uitgaven om mee te doen aan de Dakar Rally hebben gedaan. Zijn uitgaven aan de Dakar Rally zijn, met andere woorden, niet veroorzaakt door de wanprestatie van Brouwer Motors, maar vrijwillig gedaan door Burger.³⁴ In cassatie klaagt Burger dat het hof heeft miskend dat hij vermogensschade heeft geleden. Hij is immers een onstoffelijk voordeel – het plezier van deelname aan de Dakar Rally – misgelopen, waarvoor hij aanzienlijke kosten heeft gemaakt. Het missen van dit onstoffelijke voordeel is vermogensschade, dat moet worden gesteld op de uitgaven die hij heeft gedaan om dat voordeel te verkrijgen.³⁵ De Hoge Raad geeft Burger gelijk en overweegt:

‘Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen.’³⁶

In deze lange en ingewikkelde overweging formuleert de Hoge Raad twee uitgangspunten. Hij stelt allereerst voorop dat het missen van ‘niet op geld waardeerbaar’ onstoffelijk voordeel als vermogensschade moet worden aange-

33 HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, NJ 1994/670 (*St. Joseph/Van Fessem*). A-G Leijten geeft in zijn conclusie meer uitleg: ‘Dat schade door derving van huurgenot, aantasting in een verbintenisrechtelijk recht, waarvoor met vermogen betaald moet worden (huursom) oplevert vermogensschade.’

34 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 5.8 (Hof).

35 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), middelonderdeel 1 a en b.

36 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.1. De Hoge Raad herhaalt dit uitgangspunt in HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.5.

merkt indien iemand uitgaven heeft gedaan om zulk voordeel te verkrijgen. Daarmee geeft de Hoge Raad een ruime interpretatie aan het begrip vermogensschade. In navolging van de literatuur, kwalificeert ook de Hoge Raad onstoffelijk voordeel dat tegen betaling verkregen kan worden als vermogensschade. Ten tweede geeft de Hoge Raad een uitgangspunt voor de begroting van zulk gemist onstoffelijk voordeel. De waarde van dit voordeel zal in beginsel moeten worden gesteld op de uitgaven die zijn gedaan om het voordeel te verkrijgen en die door de wanprestatie hun doel hebben gemist. Het gemiste onstoffelijke voordeel moet dus worden begroot aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten.

De Hoge Raad verwijst in zijn overwegingen zowel naar de tevergeefs gemaakte kosten als naar het gemiste onstoffelijke voordeel. Daardoor zou men kunnen twijfelen over wat de Hoge Raad nu ziet als de te vergoeden vermogensschade: het gemiste onstoffelijke voordeel zelf of de kosten die tevergeefs zijn gemaakt om dat onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Zoals uit het volgende hoofdstuk blijkt, heeft deze vraag in de Duitse literatuur tot een uitvoerig debat geleid. In de Nederlandse literatuur is over dit vraagpunt daarentegen nog maar weinig discussie geweest. Auteurs maken niet altijd een scherp onderscheid tussen het onstoffelijke voordeel zelf en de tevergeefs gemaakte kosten om dat voordeel te verkrijgen.³⁷ In *Burger/Brouwer Motors* is de Hoge Raad zelf ook niet helemaal consistent: in de ene overweging lijkt hij het gemiste onstoffelijke voordeel als de te vergoeden schade aan te merken, maar in een andere overweging kwalificeert hij juist de tevergeefs gemaakte kosten als de schadepost.³⁸

De algemene opvatting in de literatuur lijkt desalniettemin te zijn dat niet de tevergeefs gemaakte kosten, maar het gemiste onstoffelijke voordeel de te vergoeden vermogensschade is.³⁹ De kosten staan immers, zoals het hof

37 Zie bijvoorbeeld: Keirse *NTBR* 2011, par. 2.3 en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/30e. A-G Spier in zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*) ziet de tevergeefs gemaakte kosten als de schade. Zie ook: Verheij *AV&S* 2017, p. 113-114.

38 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.2: 'Uit hetgeen hiervoor in 3.3.1 is overwogen, volgt dat dergelijke kosten schade vormen [...] en iets verder [...] juist dat de schade (de tevergeefs gemaakte kosten)'.

39 Keirse, par. 7, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *JA* 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*); Hijma, par. 3-4, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*); A-G Wuisman, sub 2.4, in zijn conclusie voor HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*); Keirse *Contracteren* 2009, p. 34-35; Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 40; Lavrijssen *BB* 2009, p. 65; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2014/529; Lindenberg 2014, p. 64-65; Beumers *NTBR* 2017, p. 188-189; Van der Werff *NTHR* 2017, p. 295-296; A-G Hartlief, sub 3.12 en 3.20, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 m.nt. Lindenberg (*Liander/Heiloo*) en Lindenberg 2020, p. 140-142, 144. In die zin al: Bloembergen 1965, p. 203-204, die het overbodig vond om tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking te laten komen, juist omdat het gemiste onstoffelijke voordeel al vermogensschade vormt.

in *Burger/Brouwer Motors* reeds overwoog, niet in causaal verband met de wanprestatie. De benadeelde heeft de kosten immers vrijwillig gemaakt en zou deze uitgaven ook hebben gedaan als de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. Er is daarentegen wel een causaal verband tussen de wanprestatie en het door hem gemiste onstoffelijke voordeel. Het gemiste onstoffelijke voordeel is om die reden de te vergoeden vermogensschade. De tevergeefs gemaakte kosten dienen vervolgens slechts als een handvat om de waarde van dit voordeel te begroten.⁴⁰ Keirse vat het bondig samen:

‘Gemist voordeel kan aldus kwalificeren als vermogensschade en laat zich kwantificeren aan de hand van de gelden die ter verkrijging van dat voordeel tevergeefs zijn besteed.’⁴¹

De rechtspraak geeft over het algemeen een vergelijkbare uitleg aan *Burger/Brouwer Motors*. In recente arresten overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat het gemiste onstoffelijke voordeel de te vergoeden schade is.⁴² Ook de meeste lagere rechters lijken het gemiste onstoffelijke voordeel als de te vergoeden schade aan te merken.⁴³ Dat blijkt onder meer uit het feit dat rechters gemist onstoffelijk voordeel niet altijd begroten aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten, maar ook alternatieve begrotingswijzen toepassen. Zo overwoog de Hoge Raad in een recent arrest dat gederfd woongenot ook op een andere wijze kan worden begroot, namelijk door het verschil te nemen tussen de huurwaarde van een woning met overlast en de huurwaarde van deze woning in het hypothetische geval dat er geen overlast zou zijn.⁴⁴ Ook lagere rechters begroten de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel lang niet altijd aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten, maar schatten bijvoorbeeld simpelweg hoeveel het onstoffelijke voordeel waard is.⁴⁵

40 Keirse, par. 6-7, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*); Hijma, par. 3-4, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*) en Keirse *Contracteren* 2009, p. 35.

41 Keirse *Contracteren* 2009, p. 35.

42 Zie bijvoorbeeld: HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1776, NJ 2018/399 (*Kennis in Irak*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.3.

43 Rb Arnhem 23 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1779, JA 2008/107; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020, r.o. 4.15; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308, r.o. 5.27-5.28; Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, NJF 2016/435, r.o. 3.14 en Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.7.

44 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.3 en 2.12.4. Zie eerder: Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802, NJF 2007/279, r.o. 3.5 en Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO2583, r.o. 4.15-4.19.

45 In *St. Joseph/Van Fessem* deed het Hof dat bijvoorbeeld, zie HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1396, NJ 1994/670 (*St. Joseph/Van Fessem*). In de lagere rechtspraak: Rb Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14351, r.o. 4.34. Maar zie anders: Hof Arnhem-

6.3.2 Grenzen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

6.3.2.1 Een algemene aanvaarding van een ruim vermogensschadebegrip

Hoewel Burger het plezier van de Dakar Rally misliep als gevolg van een wanprestatie, sloot de Hoge Raad in zijn overwegingen niet uit dat ook bij een onrechtmatige daad gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking kan komen. In de lagere rechtspraak is vervolgens ook in gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheid schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toegekend aan benadeelden. A-G Hartlief verdedigt in een van zijn conclusies weliswaar dat schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel meer op haar plaats is bij wanprestatie dan bij onrechtmatige daad⁴⁶, maar de Hoge Raad lijkt tot op heden geen enkel onderscheid tussen beide grondslagen te maken bij de toepassing van dit nieuwe leerstuk.⁴⁷ De Hoge Raad overwoog in *Burger/Brouwer Motors* daarnaast in algemene bewoordingen dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is en beperkte het nieuwe leerstuk niet tot specifieke onstoffelijke voordelen of tot bepaalde overeenkomsten of gevalstypen.⁴⁸ In de recente rechtspraak is dan ook schadevergoeding toegekend voor zeer uiteenlopende gemiste onstoffelijke voordelen, zoals voor het gemiste plezier van een woning, een zeiljacht, een paard en een sportschoolabonnement.⁴⁹

De Nederlandse rechtspraak lijkt de ruime interpretatie van het vermogensschadebegrip daarmee in algemene zin te hebben aanvaard. Een benadeelde kan in beginsel schadevergoeding vorderen voor ieder onstoffelijk voordeel dat hij door de fout van een ander is misgelopen. In zijn conclusie voor *Burger/Brouwer Motors* waarschuwde A-G Spier dat met de aanvaarding van dit ruime

Leeuwarden 18 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3314, r.o. 6.14-6.15 en Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BU2841, r.o. 4.12, die zulke vorderingen afwijzen, omdat de benadeelden niets stellen over de kosten die zij tevergeefs hebben gemaakt.

46 Zie A-G Hartlief, sub 3.19, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

47 In HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.3 bijvoorbeeld lijkt de Hoge Raad geen gewicht toe te kennen aan het feit dat het een onrechtmatige daad betreft.

48 Lindenbergh 2020, p. 138. Lindenbergh, par. 14, in zijn noot onder HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 (*Liander/Heiloo*) stelt een dergelijke beperking voor ten aanzien van natuurschoon.

49 Over het lidmaatschap van een sportclub: Rb Arnhem 23 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1779, JA 2008/107, r.o. 4.12 en 4.13. Er zijn opvallend veel zaken over zeiljachten: Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BU2841, r.o. 4.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308, r.o. 5.27-5.28; Rb Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4051, r.o. 2.3-2.4 en Rb Midden-Nederland 11 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9618, S&S 2016/41, r.o. 3.3. Over een paard: Rb. Noord-Nederland 7 maart 2006, ECLI:NL:RBNNE:2014:982, r.o. 4.21.

vermogensschadebegrip de ‘doos van Pandora’ zou worden geopend.⁵⁰ Ook Keirse wees op de potentieel enorme kosten voor aansprakelijke partijen die de aanvaarding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel met zich kunnen meebrengen. Zij geeft als voorbeeld het geval dat Burger door het defect aan de rallymotor voor langere tijd in het ziekenhuis zou zijn beland, waardoor hij allerlei onstoffelijke voordelen zou zijn misgelopen. Terwijl hij in het ziekenhuis ligt, derft hij bijvoorbeeld het woongenot van zijn ruime appartement, kan hij niet meer naar de sportschool en mist hij een dansvoorstelling in de schouwburg. Burger zou recht hebben op een bedrag ter hoogte van alle uitgaven die hij aan het verkrijgen van al deze gemiste onstoffelijke voordelen heeft besteed. ‘Afhankelijk van de levensstijl van de betrokkene’, vervolgt Keirse, kan de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij ‘flink in de papieren lopen’.⁵¹ Desalniettemin is de Hoge Raad tot op heden niet op zijn algemene aanvaarding van het ruime vermogensschadebegrip teruggekomen. Wel bracht hij op het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel enkele beperkingen aan.

6.3.2.2 De additionele redelijkheidstoets

Zo formuleerde de Hoge Raad in *Burger/Brouwer Motors* zelf meteen een in potentie aanzienlijke beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Hij overwoog:

‘Indien deze schade op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.’⁵²

Net zoals bij iedere andere schadepost, volstaat het niet om enkel een causaal verband tussen de fout en het gemiste onstoffelijke voordeel aan te tonen. Op grond van artikel 6:98 BW moet het ook redelijk zijn om de schade toe te rekenen aan degene die een onrechtmatige daad of wanprestatie heeft gepleegd. Daarbij is niet alleen relevant of deze schadepost voorzienbaar was, maar spelen alle omstandigheden van het geval een rol, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade en de mate van schuld.⁵³ Ook voor gemist onstoffelijk voordeel geldt dat het redelijk moet zijn om het aan de dader toe te rekenen.

50 A-G Spier, sub 4.8 en 5.12, in zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

51 Keirse *Contracteren* 2009, p. 36.

52 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.1 en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.5.

53 Zie over redelijke toerekening: Holthuijsen-van der Kop *WNPR* 2015, p. 520-527.

Tot zover niets nieuws. De Hoge Raad voegt voor gemist onstoffelijk voordeel echter een additionele redelijkheidstoets toe. De Hoge Raad stelt voorop dat het uitgangspunt is dat – net zoals bij andere schadeposten – de dader het gemiste onstoffelijke voordeel in beginsel *geheel* dient te vergoeden wanneer het redelijk is om het aan hem toe te rekenen. Vervolgens biedt de Hoge Raad de mogelijkheid om van dit uitgangspunt af te wijken in het geval dat een volledige vergoeding van het gemiste onstoffelijke voordeel onredelijk zou zijn. De begroting van gemist onstoffelijk voordeel vindt immers plaats aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten om dat voordeel te verkrijgen. Zulke uitgaven kunnen excessief hoog zijn geweest.⁵⁴ Zo geven sommige bruidsparen een klein fortuin uit aan hun huwelijk. Wanneer zij door de fout van een ander het onstoffelijke voordeel van een geslaagd huwelijksfeest mislopen – de trouwlocatie is per ongeluk tweemaal verhuurd door de eigenaar⁵⁵ – hebben zij in beginsel recht op een vergoeding ter hoogte van al hun uitgaven aan het huwelijk. Aan de hand van deze kosten moet de rechter namelijk bepalen wat de waarde van het gemiste plezier van het huwelijksfeest is. Met de extra redelijkheidstoets biedt de Hoge Raad de wanpresterende verhuurder van de trouwlocatie de mogelijkheid om aan te voeren dat volledige vergoeding van het gemiste onstoffelijke voordeel onredelijk is, omdat de tevergeefs gemaakte kosten aan het huwelijksfeest exorbitant waren. Het kan onder omstandigheden onredelijk zijn om hem op te laten draaien voor bijvoorbeeld het bedrag dat is betaald voor een peperduur optreden van een bekende zanger tijdens het huwelijksfeest.⁵⁶

De Hoge Raad introduceerde deze additionele redelijkheidstoets reeds in *Burger/Brouwer Motors*, maar tot op heden zijn in de rechtspraak, bij mijn weten, geen voorbeelden van toepassingen ervan te vinden. Ook in de literatuur heeft de additionele redelijkheidstoets niet op veel belangstelling mogen rekenen.⁵⁷ Vooral nog is de rol van deze beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel dus bescheiden.

54 Hijma, par. 5-6, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*) Zie ook: Keirse, par. 10, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*).

55 Zoals het geval was in OLG Saarbrücken 20 juli 1998, NJW 1998, 2912.

56 Wie genoeg geld heeft, kan bijvoorbeeld Beyoncé boeken voor zijn of haar huwelijksfeestje. Zie: <https://www.trouw.nl/nieuws/india-in-de-ban-van-miljardairshuwelijk-met-optreden-van-beyonce~b2d9bd15/>.

57 Zo maken A-G Hartlief, sub 3.16 en 3.20 (c), in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*) en Lindenbergh 2020, p. 145-146 geen onderscheid tussen toerekening op grond van artikel 6:98 BW en de additionele redelijkheidstoets uit *Burger/Brouwer Motors*.

6.3.2.3 Het onstoffelijke voordeel is ondanks de wanprestatie (deels) verkregen

In zijn latere jurisprudentie ontwikkelde de Hoge Raad een beperking die op het eerste oog meer om het lijf heeft. Het is zeker niet altijd zo dat een benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel volledig misloopt door de fout van een ander. Het kan voorkomen dat hij ondanks deze fout een deel van dit voordeel toch verkrijgt. Zo had Burger, ondanks de gebrekkige rallymotor, kunnen deelnemen aan de eerste etappes van de Dakar Rally. Het plezier van de Dakar Rally was hem niet volledig ontgaan door de wanprestatie van Brouwer Motors. A-G Spier zag daarin een aanleiding om Burgers schadevergoedingsvordering af te wijzen. Het zou volgens hem te ingewikkeld zijn om de geleden schade te begroten wanneer het nagestreefde onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk is misgelopen door een benadeelde.⁵⁸ De Hoge Raad besliste daarentegen dat Burger recht had op schadevergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, maar overwoog dat na verwijzing onder ogen zou moeten worden gezien 'welke betekenis toekomt aan het stadium van de rally waarin Burger is uitgevallen'.⁵⁹ Het hof stelde na verwijzing vast dat Burger ongeveer 1.500 kilometer had uitgereden van de rally, die dat jaar ongeveer 10.000 kilometer lang was. Burger had het plezier van de Dakar Rally dus voor 85 procent gemist, aldus het hof. Daaruit volgde dat Burgers uitgaven niet geheel maar slechts voor dit percentage tevergeefs waren geweest. Het hof waardeerde het gemiste onstoffelijke voordeel daarom op 85 procent van Burgers totale kosten aan de Dakar Rally.⁶⁰

In *Pollen/Linssen Yachts* liet de Hoge Raad zich nogmaals uit over het gedeeltelijk missen van onstoffelijk voordeel. Pollen kocht een duur zeiljacht van scheepsbouwer Linssen Yachts. Nadat het was opgeleverd, bleek het nieuwe schip enkele kleine mankementen te vertonen. Zo lekten de motoren olie en ook was er rookontwikkeling in de motorkamer. Het duurde meer dan een jaar voordat Linssen Yachts deze en enkele andere kleine gebreken aan het zeiljacht had verholpen. Gedurende deze reparatieperiode had Pollen zijn nieuwe zeiljacht vrijwel zonder problemen kunnen blijven gebruiken. Toch vorderde Pollen schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Hij stelde zich op het standpunt dat hij zijn nieuwe zeiljacht niet precies had kunnen gebruiken zoals hij dat vooraf had voorgenomen. Hij had in het eerste jaar minder snel en minder ver kunnen varen dan hij had gewild. Wel had hij in het eerste jaar allerlei kosten gemaakt voor zijn nieuwe zeiljacht, zoals aan liggeld en aan verzekeringspremies. Ook was zijn zeiljacht al een groot deel

58 A-G Spier, sub 5.1 en 5.12, in zijn conclusie voor HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

59 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.4.

60 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 2.9.

van zijn handelswaarde verloren in dat eerste jaar. Nu hem het plezier van zijn nieuwe zeiljacht deels was ontgaan, waren deze kosten en de afschrijving op zijn jacht tevergeefs geweest. Het hof wees Pollens vordering af. De Hoge Raad greep in cassatie de gelegenheid aan om twee rechtsregels te formuleren voor gevallen waarin benadeelden het nagestreefde onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk mislopen door de fout van een ander.⁶¹

Proportionaliteit

In zijn overwegingen stelt de Hoge Raad voorop dat wanneer een onstoffelijk voordeel slechts gedeeltelijk is misgelopen door een benadeelde, de uitgaven die hij heeft gedaan om dit voordeel te verkrijgen ook maar gedeeltelijk tevergeefs zijn geweest. Om die reden is de waarde van het gemiste voordeel in zulke gevallen niet zonder meer gelijk aan de gedane uitgaven.⁶² In de literatuur leest men – in lijn met de beslissing van het hof in de verwijzingszaak van *Burger/Brouwer Motors* – in deze overweging de rechtsregel dat wanneer onstoffelijk voordeel gedeeltelijk is misgelopen, de schade maar een proportioneel deel van de gedane uitgaven bedraagt.⁶³ Lagere rechters interpreteren *Pollen/Linssen Yachts* op een vergelijkbare wijze, bijvoorbeeld in gevallen van onrechtmatige woningoverlast. Zij nemen in zulke gevallen zowel de mate waarin het woongenot is misgelopen door de benadeelde alsmede de duur van de hinder mee in de schadebegroting. Zo was het tamelijk asociale gezin dat vuilnis en uitwerpselen bij zijn burens over de schutting wierp, verplicht schadevergoeding te betalen voor het gederfde woongenot van de getergde burens. De waarde van dit woongenot begrootte de rechter aan de hand van de maandelijks betaalde hypotheekrente. Bij de begroting van de schade nam de rechter allereerst mee dat de burens het woongenot van hun huis niet volledig was ontgaan door het asociale gedrag van het gezin, maar dat slechts hun tuin onbegaanbaar was geworden. De burens waren het woongenot volgens de rechter slechts voor vijftig procent misgelopen, waardoor de betaalde hypotheekrente slechts voor de helft tevergeefs was geweest. De overlast van de asociale burens eindigde bovendien na 53 maanden. De schade van de burens beliep volgens de rechter om die reden 53 maal de helft van hun maandelijks hypotheekrente.⁶⁴

Zulke precieze berekeningen zijn gebruikelijk in de lagere rechtspraak, met name in gevallen waarin een benadeelde tijdelijk het gebruiksgenot van

61 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.1-3.2.

62 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.6.

63 Hijma, par. 4-5, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*); Beumers *NTBR* 2016, p. 171; Beumers *NTBR* 2017, p. 189 en A-G Hartlief, sub 3.20, in zijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

64 Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, NJF 2016/435, r.o. 3.14.

een zaak misloopt, zoals dat van een huis, een auto of een zeiljacht.⁶⁵ Een recent arrest van de Hoge Raad duidt erop dat rechters ook verplicht zijn om uitvoerig en precies te motiveren in welke mate het onstoffelijke voordeel is misgelopen door de benadeelde. Tijdens reparatiewerkzaamheden aan het stroomnet raakt netbeheerder Liander de wortels van een oude eik in de gemeente Heiloo. De eik raakt hierdoor beschadigd, maar hoeft niet vervangen te worden. Wel verliest de eik 'esthetische waarde' of, simpeler gezegd, hij staat er minder mooi bij. De boom staat in de publieke ruimte en dient geen economisch belang van de gemeente. De oude eik heeft juist het doel Heiloo mooier en leefbaarder te maken. De aanwezigheid van een mooie boom is daarmee een onstoffelijk voordeel, aldus het hof. In navolging van een boom-taxateur, begroot het hof de waarde van dit onstoffelijke voordeel op het totaal aan kosten dat de gemeente in het verleden voor de aanschaf en het onderhoud van de eik heeft gemaakt.⁶⁶ Het hof beslist vervolgens:

'Indien een beschadiging ertoe leidt dat een boom voortijdig uitvalt of deze al dan niet tijdelijk zijn functie niet of minder goed kan vervullen – bijvoorbeeld in esthetisch opzicht, doordat hij minder fraai oogt of minder privacy of beschutting biedt, dan wel in ecologisch opzicht – kunnen *deze kosten* worden geacht hun doel in zoverre te hebben gemist.'⁶⁷

In cassatie houdt deze overweging geen stand. De Hoge Raad overweegt:

'Indien een boom wordt beschadigd zonder dat dit noodzaakt tot vervanging, laat dit onverlet dat die boom tot het moment van de beschadiging de functie die hij voordien had steeds in volle omvang heeft vervuld en nadien ten dele nog vervult. Daarom kan de begroting van de schade niet worden gestoeld op het uitgangspunt dat de kosten die in het verleden zijn gemaakt om het genot van de boom te verkrijgen en te behouden, geacht moeten worden hun doel te hebben gemist.'⁶⁸

Het hof kon er dus niet zonder meer van uitgaan dat alle kosten die in het verleden zijn gemaakt voor de aanschaf en het onderhoud van de beschadigde eik, tevergeefs waren toen deze boom op een later moment beschadigd werd. Het is goed mogelijk dat een deel van deze kosten, zoals het jaarlijks snoeien van de eik, helemaal niet tevergeefs zijn geweest, omdat de boom pas jaren later beschadigd is geraakt. De aanname van het hof dat *alle* uitgaven van de

65 Zie bijvoorbeeld: Rb Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126, r.o. 2.14; Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 12-13; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020, r.o. 4.15 en Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.6-9.8.

66 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh en JA 2018/29 m.nt. Hebly (*Liander/Heiloo*), r.o. 3.1.

67 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3235, r.o. 4.12.

68 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh en JA 2018/29 m.nt. Hebly (*Liander/Heiloo*), r.o. 3.4.2.

gemeente aan de eik deels tevergeefs waren, is, met andere woorden, te kort door de bocht. Volgens A-G Hartlief had het hof voor iedere afzonderlijke uitgave aan de eik moeten nagaan of en, zo ja, in welke mate deze tevergeefs was als gevolg van de beschadiging van de wortels door de graafwerkzaamheden van Liander. Het hof had veel concreter en preciezer het gemiste onstoffelijke voordeel – de aanwezigheid van een onbeschadigde oude eik in Heiloo – moeten begroten. De door het hof gehanteerde benadering was volgens A-G Hartlief te algemeen en te abstract.⁶⁹ Wanneer een benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk misloopt, zal de rechter de waarde van het gemiste gedeelte van dit onstoffelijke voordeel dus zo concreet mogelijk moeten begroten.

In rechtens relevante mate gemist

In *Pollen/Linssen Yachts* bracht de Hoge Raad nog een andere beperking aan. Gemist onstoffelijk voordeel komt alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer de benadeelde het voordeel ‘in rechtens relevante mate’ is misgelopen. Bij zaakschade bijvoorbeeld kan het zijn dat aan dit vereiste niet is voldaan wanneer de zaak slechts een zeer korte tijd onbruikbaar is, bijvoorbeeld omdat deze een kleine reparatie behoeft. Ook wanneer het functieverlies van de zaak gering is, kan het zijn dat de benadeelde het onstoffelijke voordeel niet in rechtens relevante mate is misgelopen, aldus de Hoge Raad. Het hof had daarom de vordering van Pollen terecht afgewezen. De reparaties aan het zeiljacht waren steeds van korte duur geweest en bovendien had Pollen zijn zeiljacht grotendeels kunnen gebruiken zoals hij had voorgenomen. Hij had het plezier van zijn zeiljacht niet in rechtens relevante mate gemist en om die reden geen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.⁷⁰

Met deze extra drempel lijkt de Hoge Raad te willen voorkomen dat ieder tijdelijk of gering verlies van onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking komt. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag wanneer onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen.⁷¹ Volgens Hijma heeft de Hoge Raad de lat hoog willen leggen. De boodschap aan lagere rechters is dat ze terughoudend moeten zijn en alleen schadevergoeding mogen toekennen wanneer het onstoffelijke voordeel in ‘overwegende mate’ is misgelopen.⁷² Bovendien ziet Hijma minder ruimte om schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen in gevallen van een koop van een goed, zoals een zeiljacht. De uitgaven zijn in zulke gevallen hoofdzakelijk gedaan om de eigendom van het goed te verkrijgen

69 A-G Hartlief, sub 4.10-4.12, in zijn noot onder HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, NJ 2018/193 m.nt. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*).

70 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.7-3.8.

71 Lavrijssen BB 2009, p. 65-66 en Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43.

72 Hijma, par. 7-8, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*).

– een vermogensbestanddeel met economische waarde – en niet zozeer om een onstoffelijk voordeel te verwezenlijken.⁷³ A-G Wuisman lijkt daarentegen een veel lagere drempel voor ogen te hebben. Alleen wanneer het functieverlies van een zaak van zeer geringe duur is of van zeer geringe betekenis, moet de schadevergoedingsvordering voor gederfd gebruiksgenot worden afgewezen. Hij wil met name voorkomen dat een consument die een zaak koopt direct een schadevergoedingsvordering kan instellen wanneer de zaak niet meteen onberispelijk functioneert. Niet ieder ‘wisewasje’ moet meteen tot een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel leiden, te meer omdat bij consumentenkoop de verkoper eerst in de gelegenheid moet worden gesteld om de zaak te repareren. Hij vergelijkt de door hem voorgestelde drempel met die van artikel 6:265 lid 1 BW en artikel 7:22 lid 1 sub a BW. In deze artikelen is bepaald dat een benadeelde geen recht heeft op ontbinding of vervanging van een gekochte zaak, wanneer het gebrek van te geringe betekenis is. In de jurisprudentie zijn die twee uitzonderingen juist altijd bijzonder restrictief toegepast. Bovendien benadrukt Wuisman dat het aanvaarden van een drempel op gespannen voet staat met het beginsel van volledige compensatie. Uit zijn conclusie valt af te leiden dat hij vrij snel wil aannemen dat onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen. Zo laat hij bewust ruimte om ook bij het tijdelijk missen van gebruiksgenot schadevergoeding toe te kennen.⁷⁴

De rechtspraak van de Hoge Raad biedt weinig aanknopingspunten om te bepalen hoe hoog of laag de drempel nu precies is. Burger miste het grootste gedeelte van de Dakar Rally. Het was evident dat hij in rechtens relevante mate het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel was misgelopen. Ook Pollens zaak was helder. Pollen kreeg nauwelijks bewezen dat hij inderdaad zijn zeiljacht niet had kunnen gebruiken zoals hij dat had voorgenomen.⁷⁵ Lagere rechters nemen, in lijn met de visie van A-G Wuisman, betrekkelijk snel aan dat een benadeelde het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen, zowel in gevallen dat het onstoffelijke voordeel slechts gedurende een korte periode is gemist als in gevallen dat het onstoffelijke voordeel maar gedeeltelijk is misgelopen. De man die het vanwege reparaties vijf weken zonder zijn zeiljacht moest stellen, miste in rechtens relevante mate

73 Hijma, par. 9, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts). Zie hierover ook: Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43 en Van der Werff *NTHR* 2017, p. 296.

74 A-G Wuisman, sub 2.6-2.8, in zijn conclusie voor HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (Pollen/Linssen Yachts). Kritisch over de drempel zijn ook Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 43 en Lavrijssen *BB* 2009, p. 66-67. Lindenberg 2020, p. 146-147 stelt voor om de vraag of het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen af te laten hangen van verschillende omstandigheden, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard en ernst van het nadeel, de vraag of het genot alsnog verworven kan worden en de mate waarin de uitgaven hun doel hebben gemist.

75 Zie: Keirse *Contracteren* 2009, p. 36-38 en Hijma, par. 8, in zijn noot onder HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 (Pollen/Linssen Yachts).

het gebruiksgenot van dit jacht.⁷⁶ Ook de automobilist die 34 dagen helemaal geen gebruik kon maken van zijn auto, voldeed aan de drempel.⁷⁷ Ook wanneer het onstoffelijke voordeel slechts gedeeltelijk wordt misgelopen, nemen lagere rechters vrij snel aan dat dit voordeel in rechtens relevante mate is gemist. Dat wordt met name duidelijk in gevallen van gederfd woongenot. Zo oordeelde de rechtbank dat de woningeigenaren uit het Groningse gaswinningsgebied in rechtens relevante mate het woongenot van hun huis misliepen. Door de aardbevingen klemde de deuren en ramen, werden de kamers tochtig en kregen de muren last van vochtplekken, maar de wooneigenaren konden wel gewoon in hun huis blijven wonen. De rechtbank wees het argument van de NAM dat de woningeigenaren om die reden niet in rechtens relevante mate het genot van hun woning waren misgelopen, van de hand.⁷⁸ Andere lagere rechtspraak laat een vergelijkbaar beeld zien. Woningeigenaren van wie het woongenot van hun huis gedeeltelijk is aangetast, maar die wel in hun huis blijven wonen, krijgen in de regel schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toegekend. Hoewel de woningen gewoon bewoonbaar zijn en het woongenot slechts gedeeltelijk wordt aangetast door de hinder, oordelen rechters in deze zaken dat het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen, zelfs wanneer de overlast tijdelijk van aard is.⁷⁹

Kortom, rechters leggen de lat niet bijzonder hoog. Aan de drempel lijkt uitsluitend niet voldaan te zijn wanneer een benadeelde het onstoffelijke voordeel slechts in geringe mate en bovendien maar gedurende een korte periode misloopt.⁸⁰ De Hoge Raad heeft zich na *Pollen/Linssen Yachts* niet meer expliciet uitgelaten over de vraag wanneer onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen door een benadeelde. Het is daarom moeilijk te zeggen of ook de Hoge Raad van mening is dat deze drempel zo laag ligt.⁸¹ De conclusie lijkt desalniettemin gerechtvaardigd dat snel voldaan is aan het

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8308, r.o. 5.27-5.28.

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6020, r.o. 4.15.

78 Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, *NJF* 2017/155, r.o. 4.5.5. Zie verder: Beumers *NTBR* 2017, p. 188-180 en, kritischer, Van der Werff *NTHR* 2017, p. 296.

79 Rb Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126, r.o. 2.14 en Rb. Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.6-9.8. Over tijdelijke hinder: Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 12-13; Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, *NJF* 2016/435, r.o. 3.14 en Rb Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14351, r.o. 4.34.

80 Nog soepeler: Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO2583 r.o. 4.17-18.

81 Men zou in HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 m.nt. Lindenberg (Liander/Heiloo), r.o. 3.4.2 een aanwijzing kunnen lezen dat de Hoge Raad vereist dat het genot in substantiële mate wordt gemist. Aan de andere kant zweeg de Hoge Raad over het vereiste dat het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate moet zijn gemist in een recente prejudiciële procedure over het gederfde woongenot veroorzaakt door de gaswinning in Groningen. De rechtbank had daar wel uitdrukkelijk een vraag over gesteld. De Hoge Raad vond het kennelijk niet nodig om de rechtbank op dat punt bij te sturen, zie: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.1.-2.12.4

vereiste dat een benadeelde het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate moet zijn misgelopen.

6.3.2.4 Ook zonder de wanprestatie was het onstoffelijke voordeel niet verkregen

Brouwer Motors voerde nog een ander argument aan waarom de vordering van Burger zou moeten worden afgewezen. De helft van alle deelnemers aan de Dakar Rally haalt de eindstreep niet en valt ergens tijdens de Dakar Rally voortijdig uit. Zelfs als hij een deugdelijke rallymotor zou hebben geleverd, betoogde Brouwer Motors, zou er een aanzienlijke kans zijn geweest dat Burger door een andere oorzaak was uitgevallen of gediskwalificeerd. In dat geval was hij het onstoffelijke voordeel van deelname aan de Dakar Rally óók misgelopen en waren zijn uitgaven net zo goed tevergeefs geweest. De Hoge Raad overweegt dat het enkele statistische gegeven dat vijftig procent van de deelnemers uitvalt, niet volstaat om te bewijzen dat Burger in een later stadium van de Dakar Rally vanwege een andere oorzaak zou zijn uitgevallen. Om die stelling te bewijzen moest Brouwer Motors met meer concrete feiten en omstandigheden komen.⁸² Na verwijzing lukt het Brouwer Motors niet om hard te maken dat Burger door een andere oorzaak zou zijn uitgevallen of gediskwalificeerd.⁸³

Deze overwegingen van de Hoge Raad laten zien dat het feit dat het onstoffelijke voordeel ook zonder wanprestatie zou zijn misgelopen, van invloed kan zijn op de schadevergoedingsplicht van de wederpartij. Het compensatiebeginsel brengt mee dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen de feitelijke situatie waarin de benadeelde verkeert na de wanprestatie en de hypothetische situatie waarin de benadeelde zou zijn geweest indien zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. Als in de hypothetische situatie zonder wanprestatie de benadeelde het onstoffelijke voordeel door een andere oorzaak zou zijn misgelopen, lijdt hij dus geen schade. Hij is dan simpelweg niet slechter af dan hij zou zijn geweest zonder de wanprestatie. Als Brouwer Motors had bewezen dat Burger met een deugdelijke motor hoe dan ook in de vijfde etappe was uitgevallen in plaats van de derde, had Burger dus slechts recht gehad op een vergoeding voor het gemiste plezier van vijf etappes, in plaats van voor het plezier van de gehele Dakar Rally.⁸⁴

Wanneer onzekerheid bestaat over de vraag of de benadeelde het onstoffelijke voordeel zonder de wanprestatie zou hebben verkregen, kan hij – net

82 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 3.3.3-3.4.

83 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GSHE:2006:BC3648, NJ 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 2.8.

84 Hijma, par. 10, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*); Keirse, par. 14, in haar noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, JA 2005/25 (*Burger/Brouwer Motors*) en Lindenberg 2020, p 148-149.

zoals in andere schadegevallen – terugvallen op het leerstuk van verlies van een kans. Een benadeelde zal er soms niet in slagen te bewijzen dat hij zonder de wanprestatie inderdaad een bepaald onstoffelijk voordeel zou hebben verkregen, maar wel kunnen aantonen dat hij een kans op het verkrijgen van dit voordeel is misgelopen. Stel dat Burger er niet in was geslaagd om aannemelijk te maken dat hij met een deugdelijke rallymotor de Dakar Rally helemaal zou hebben uitgereden en daarmee ook niet dat hij het plezier van de Dakar Rally zou zijn misgelopen als gevolg van de wanprestatie van Brouwer Motors. Burger zou in dat geval het standpunt kunnen innemen dat hij met een deugdelijke rallymotor op zijn minst een betere kans zou hebben gehad om de rally helemaal uit te rijden en dat door de wanprestatie van Brouwer Motors hem deze kans is ontnomen.⁸⁵ Het verlies van zo'n kans op een beter resultaat – dat kan ook vermeden nadeel zijn – vormt in het Nederlandse recht vergoedbare schade. De waarde van een verloren kans wordt in de regel begroot op een percentage van het nagestreefde voordeel. Dat percentage is een inschatting van de kans dat het voordeel zou zijn verkregen wanneer de wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen.⁸⁶ In de lagere rechtspraak is het leerstuk van verlies van een kans een enkele maal toegepast in gevallen waarin een benadeelde onstoffelijk voordeel misliep. Een eigenares van een appartement diende bij de gemeente Amsterdam een verzoek in om iets te doen tegen de trillings- en geluidsoverlast die de onder haar woning gevestigde supermarkt veroorzaakte. De gemeente wees dit verzoek af, maar motiveerde dit besluit onvoldoende. De gemeente had het verzoek tot handhaving namelijk afgewezen zonder een voorgeschreven trillings- en geluidsonderzoek te doen. De eigenares vordert vervolgens schadevergoeding voor gederfd woongenot. Het was maar de vraag of, wanneer het onderzoek wel zou zijn gedaan door de gemeente, de uitkomst zou zijn geweest dat de trillings- en geluidsnormen werden overschreden door de supermarkt. Zouden deze normen niet zijn overschreden, dan zou de gemeente niet hebben ingegrepen en zou de vrouw het woongenot net zo goed zijn misgelopen. De rechtbank acht het aannemelijk – zij baseert haar oordeel op andere metingen – dat er een kans van zestig procent was dat uit dit voorgeschreven onderzoek zou zijn gekomen dat de trillings- en geluidsnormen wel degelijk werden overschreden door de supermarkt. In dat geval had de gemeente moeten handhaven. De eigenares kon dus weliswaar niet aantonen dat wanneer de gemeente het voorgeschreven onderzoek zou hebben verricht de gemeente daarna zou hebben opgetreden tegen de vermeende trillings- en geluidsoverlast, maar wel dat de kans op handhaving door de gemeente zestig procent zou zijn geweest als dit onderzoek zou zijn uitgevoerd. Door de fout van de gemeente was die kans haar volledig ontnomen. Deze verloren kans begroot de rechtbank vervolgens door zestig procent te nemen van de waarde van

85 Wisman *BB* 2005, p. 87.

86 Zie uitgebreid over dit leerstuk: Nuninga *NTBR* 2019, p. 41-52.

het gedeeltelijk gemiste woongenot, wat door de rechtbank was gesteld op twintig procent van de betaalde huursommen gedurende de periode dat de supermarkt overlast had veroorzaakt.⁸⁷

6.3.3 De begroting van de schade

In *Burger/Brouwer Motors* gaf de Hoge Raad ook een uitgangspunt om de waarde van het onstoffelijke voordeel te begroten. Aangesloten wordt bij de uitgaven die een benadeelde heeft gedaan om het voordeel te verkrijgen. Bloembergen bepleitte reeds dat een benadeelde recht had op een schadevergoeding

‘[...] ter grootte van het bedrag, dat hij voor het verkrijgen van deze genoegens had moeten besteden’.⁸⁸

Tijdens de parlementaire behandeling ging ook de Minister van Justitie ervan uit dat de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel kan worden gesteld op de tevergeefs gemaakte kosten.⁸⁹ De achterliggende gedachte van deze begrotingsmaatstaf is dat de kosten die een partij maakt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen reflecteren wat de objectieve economische waarde van dit voordeel is. In de literatuur is opgemerkt dat deze aanname niet altijd opgaat. Neem bijvoorbeeld iemand die het plezier van een concert mist. Als hij voor het concert een kaartje heeft gekocht via de organisator van het concert, klopt de aanname dat het uitgegeven bedrag om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen de objectieve marktwaarde van het gemiste genot van het concert reflecteert. Het is echter goed mogelijk dat iemand het concertkaartje cadeau heeft gekregen en dus helemaal geen uitgaven heeft gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen, terwijl dit voordeel wel degelijk een economische waarde heeft.⁹⁰ Hetzelfde geldt voor iemand die – door zijn eigen onoplettendheid – voor een veel te hoog bedrag een kaartje heeft gekocht van een louche tussenhandelaar.⁹¹ De minister gaf om die reden al aan dat

87 Rb Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1977, r.o. 9.6. Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.19.

88 Bloembergen 1965, p. 204.

89 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

90 Lindenbergh 1998, p. 85 en Wisman *BB* 2005, p. 88-89.

91 In *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333 geeft de minister het vergelijkbare voorbeeld van een benefietconcert. De prijs van zulke kaartjes zou hoger zijn dan de economische waarde van het onstoffelijke voordeel – het concert – en daarmee niet goed de waarde van zulk voordeel reflecteren (zie ook: Spier 1990, p. 28-29). Zoals Lindenbergh 1998, p. 85 en Keirse *Contracteren* 2009, p. 35 terecht opmerken is dit voorbeeld wat ongelukkig. Het kopen van een kaartje voor een benefietconcert heeft deels het karakter van een gift. Als het concert niet doorgaat of tegenvalt, is de betaalde ‘prijs’ voor het kaartje uiteraard niet volledig tevergeefs geweest. De koper van het kaartje had immers deels (of zelfs met name) tot doel

er ruimte moet zijn om het onstoffelijke voordeel op een andere manier te begroten wanneer dat nodig is.⁹² Ook de Hoge Raad lijkt in *Burger/Brouwer Motors* de begroting aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten als een uitgangspunt, maar niet als een harde regel te zien.

In lijn met dit uitgangspunt begroten lagere rechters de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel in de regel aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten van de benadeelde, maar maken zij soms uitzonderingen. Een goed voorbeeld daarvan is de begroting van gemist woongenot. Lagere rechters begroten het gemiste woongenot niet altijd aan de hand van de uitgaven die de benadeelde tevergeefs heeft gedaan om zulk voordeel te verkrijgen, zoals de betaalde hypotheekrente, maar op basis van de verloren huurwaarde van de woning.⁹³ In zijn recente beantwoording van de prejudiciële vragen over de Groningse gaswinning geeft de Hoge Raad ook de voorkeur aan deze alternatieve begrotingsmaatstaf:

‘De door het derven van woongenot geleden vermogensschade van de bewoner die eigenaar van de woning is, bestaat in beginsel in het over de maanden waarin het woongenot is gederfd, berekende verschil tussen i) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien hij de woning zou hebben gehuurd in de huidige situatie waarin bodembewegingen hebben plaatsgevonden en nog kunnen plaatsvinden, hetgeen betekent dat die huur is afgestemd op de omstandigheid dat zich bodembewegingen hebben voorgedaan en nog kunnen voordoen, en ii) de marktconforme huur die een huurder voor de woning zou hebben betaald indien van bodembewegingen geen sprake zou zijn.’⁹⁴

Ook wanneer een benadeelde tijdelijk het gebruiksgenot van een zaak, zoals een auto of een zeiljacht, is misgelopen door de fout van een ander, begroten rechters het gemiste onstoffelijke voordeel lang niet altijd aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten. In plaats daarvan begroten ze de waarde van het gemiste gebruiksgenot op basis van de hypothetische huurprijs die de benadeelde zou hebben moeten betalen om een vervangende zaak te huren.⁹⁵

Deze uiteenlopende begrotingswijzen in de lagere rechtspraak maken duidelijk dat rechters uiteindelijk steeds bezig zijn om de waarde van het

om het goede doel te steunen.

92 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333.

93 Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802 *NJF* 2007/279, r.o. 3.5 en Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 12. Beumers *NTBR* 2017, p. 190 is positief over deze wijze van begroting. Rijnhout & Rotscheid *TvVP* 2019, p. 60-61 voelen meer voor een begroting aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten.

94 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.12.4 (begin) en, voor een vergelijkbare overweging voor huurders, r.o. 2.12.4 (slot).

95 Rb Leeuwarden 29 september 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BO2583, r.o. 4.15. Dit werd in de literatuur al bepleit door Van Kogelenberg *MvV* 2009, p. 44 en Lavrijssen *BB* 2009, p. 67. Anders: Rb Leeuwarden 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BU2841, r.o. 4.12 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3314, r.o. 6.15.

gemiste onstoffelijke voordeel zo nauwkeurig mogelijk te begroten. De door de benadeelde tevergeefs gemaakte kosten zijn daarbij weliswaar een belangrijk hulpmiddel, maar zijn zeker niet altijd doorslaggevend.

6.4 COMBINEREN VAN SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL EN SMARTENGELD

Met zijn beslissing in *Burger/Brouwer Motors* lijkt de Hoge Raad een oud debat in de Nederlandse literatuur te beslechten. Gemist onstoffelijk voordeel moet worden aangemerkt als vermogensschade. Niet Meijers, maar Bloembergen heeft gelijk. De vraag of gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade of ander nadeel is, lijkt op het eerste oog immers digitaal: het is of het een of het ander. Het paradoxale aan het huidige Nederlandse recht is dat ook Meijers geen ongelijk lijkt te hebben.

Pakketreizen illustreren deze paradox helder. In deze gevallen heeft het gemiste onstoffelijke voordeel – het plezier van een vakantie – een duidelijke economische waarde. Om vakantiegenot te verkrijgen moet iemand in de regel immers uitgaven doen, zoals het betalen van een reissom aan een reisorganisator. Het gemiste vakantiegenot valt daarom binnen de huidige definitie van vermogensschade.⁹⁶ Toen de wetgever artikel 7:510 BW (oud) invoerde, richtte een deel van de kritiek in de literatuur zich op de wetgevers kwalificatie van gederfd vakantiegenot als een vorm van immateriële schade.⁹⁷ Zo schreef Krans:⁹⁸

‘Derving van reisgenot [wordt door de wetgever] aangemerkt als immateriële schade. Terecht vraagt Bloembergen zich af of het hier wel gaat om ander nadeel dan vermogensschade. Dit immateriële nadeel is vrijwel direct herleidbaar tot vermogensschade.’

Een deel van de literatuur bekritiseert niet alleen de wetgevers kwalificatie van gederfd vakantiegenot als immateriële schade, maar suggereert ook dat wanneer een benadeelde een vergoeding krijgt voor het gemiste onstoffelijke voordeel als vermogensschade zijn schade geheel wordt weggenomen.⁹⁹ De benadeelde heeft, met andere woorden, naast een vergoeding van zijn vermogensschade bestaande uit het gemiste onstoffelijke voordeel, geen recht meer op smartengeld, omdat hij zijn schade al als vermogensschade volledig vergoed

⁹⁶ Bloembergen 1982, p. 62 en 64.

⁹⁷ Lindenbergh 1998, p. 116-117 en *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV** 2014/529.

⁹⁸ Krans 1999, p. 254-255.

⁹⁹ In vergelijkbare zin wordt bepleit dat wanneer de overeenkomst (gedeeltelijk) wordt ontbonden, de teruggave van (een deel van) de koopsom al voldoende compensatie biedt. Zie daarover uitgebreid: § 10.6.2.3.

heeft gekregen.¹⁰⁰ Een ander deel van de literatuur ziet dat anders. Deze auteurs aanvaarden dat het gemiste vakantiegenot vermogensschade is, maar zijn van mening dat een benadeelde daarnaast ook nog immateriële schade kan lijden. Zo betoogde Overeem dat het uitsluitend vergoeden van de economische waarde van een vakantiereis geen volledige compensatie biedt aan een benadeelde. Wanneer de benadeelde de door hem betaalde reissom terugkrijgt, is hij immers nog niet gecompenseerd voor het eventuele 'reisverdriet' dat de mislukte vakantie heeft veroorzaakt.¹⁰¹ Lindenbergh neemt een vergelijkbaar standpunt in. Nadat hij heeft verdedigd dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is, schrijft hij:

'Met het voorgaande is niet gezegd dat de gebeurtenis waaruit de vermogensschade voortvloeit niet tevens ander nadeel veroorzaakt kan hebben. Zo zou het missen van [...] een reis ook kunnen worden gezien als derving van levensvreugde en kan door een dergelijke gebeurtenis tevens ergernis zijn veroorzaakt.'¹⁰²

Ook in de rechtspraak is de vraag opgekomen of een benadeelde nog recht heeft op smartengeld naast een vergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel als vermogensschade. In het huidige recht staat het buiten kijf dat gemist woongenot vermogensschade is. Een benadeelde heeft bij een aantasting van zijn fundamentele persoonlijkheidsrecht op het ongestoorde genot van zijn eigen woning eveneens recht op smartengeld.¹⁰³ In de lagere rechtspraak hebben overlastveroorzakers het standpunt verdedigd dat een benadeelde geen recht heeft op zowel een vergoeding van zijn gederfde woongenot als vermogensschade als op smartengeld voor een aantasting van het ongestoorde genot van zijn eigen woning. Een benadeelde kan deze vorderingen niet combineren, omdat beide vergoedingen compensatie bieden voor dezelfde schade. Lagere rechters hebben deze redenering stevast van de hand gewezen:

'[Een deel van] de eigenaarslasten komt als materiële schade voor vergoeding in aanmerking, naast eventueel voor dezelfde overlast toegekend smartengeld. De vergoeding van materiële schade dient ter compensatie van de afwezigheid van woongenot, het smartengeld dient ter compensatie van de ergernis en gederfde levensvreugde over het feit dat het woongenot ten gevolge van onrechtmatige ernstige hinder gedurende een langere periode afwezig is geweest.'¹⁰⁴

100 Bloembergen 1965, p. 204; Krans 1999, p. 254-255; *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV** 2014/529 en *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV** 2018/532 en 533.

101 Overeem 1979, p. 20.

102 Lindenbergh 2014, p. 65.

103 Zie § 3.4.4.

104 Rb Arnhem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA1802, *NJF* 2007/279, r.o. 3.3 en Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, *NJF* 2016/435, r.o. 3.16.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat feitenrechters in gevallen van woningoverlast over het algemeen zowel een vergoeding voor vermogensschade bestaande uit gedeeld woongenot als smartengeld voor de aantasting van het ongestoorde genot van de eigen woning toekennen. Zij zien kennelijk geen probleem in het combineren van deze twee vergoedingen.¹⁰⁵ Hoewel de NAM en de Staat in de prejudiciële procedure over de gaswinning in Groningen aanvoerden dat het toekennen van beide schadevergoedingsvorderingen tot overcompensatie van gedupeerde woningeigenaren zou leiden, sluit ook de Hoge Raad niet uit dat een benadeelde beide vorderingen kan combineren.¹⁰⁶ Deze lijn in de rechtspraak kan overwegend op instemming rekenen in de literatuur.¹⁰⁷ Een ander deel van de literatuur ziet ook in dit geval een potentieel risico op dubbele compensatie.¹⁰⁸

In het huidige recht heeft Bloembergen dus gelijk, maar dat betekent niet dat Meijers ongelijk heeft. Gemist onstoffelijk voordeel is zonder twijfel vermogensschade, maar een benadeelde kan daarnaast recht hebben op smartengeld wanneer hij zulk voordeel is misgelopen. Uiteraard moet de wet de benadeelde dan wel recht geven op smartengeld, wat lang niet altijd het geval zal zijn. Zo is het klip en klaar dat Pollen geen recht had op smartengeld voor het gemiste plezier van zijn nieuwe zeiljacht.¹⁰⁹ Maar als de wet een benadeelde recht geeft op smartengeld, staat het feit dat hij eveneens met succes schadevergoeding kan vorderen voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel als vermogensschade niet aan een vergoeding van zijn immateriële schade in de weg.

6.5 TUSSENCONCLUSIE

In het Nederlandse recht is sinds het begin van de twintigste eeuw gaandeweg een ruimer vermogensschadebegrip aanvaard. Over dit ruimere begrip ontstond eerst consensus in de literatuur en na de invoering van het Nieuw BW – dat het recht op smartengeld in belangrijke mate heeft beperkt – is ook in de rechtspraak een ruimere uitleg aan het vermogensschadebegrip gegeven. Tegenwoordig wordt gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade gekwa-

105 Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 maart 2014, 34599, r.o. 14-17; Rb Gelderland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4142, r.o. 7A en Rb Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, NJF 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*), r.o. 4.4-4.5.

106 In HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*) rept de Hoge Raad bijvoorbeeld met geen woord over het bestaan van een dergelijke beperking.

107 Niet alleen van mij, zie Beumers *NTBR* 2017, p. 191-192, maar ook van A-G Wissink, sub 2.14-2.15, in zijn conclusie voor HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1410, *RvdW* 2011/427 en van A-G Wattel, sub 4.8.13 en 4.8.22 in zijn conclusie voor HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*).

108 Verheij *AV&S* 2017, p. 116-117 en Lindenbergh 2020, p. 142.

109 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579 m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*), r.o. 3.7.

lificeerd in het Nederlandse recht. Deze vermogensschade moet in beginsel worden begroot op de tevergeefs gemaakte kosten die de benadeelde heeft gemaakt om dit voordeel te verkrijgen, maar in de lagere rechtspraak – en recent ook door de Hoge Raad – worden ook weleens alternatieve begrotingswijzen gehanteerd. In het huidige Nederlandse recht is in algemene zin aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel een vorm van vermogensschade is. Bovendien gelden er geen strenge additionele vereisten. Allereerst geldt er een additionele redelijkheidstoets. Volgens de Hoge Raad kan het zo zijn dat het weliswaar redelijk is om het gemiste onstoffelijke voordeel op grond van artikel 6:98 BW toe te rekenen aan de wanpresterende wederpartij, maar dat het niet redelijk is om haar het gemiste onstoffelijke voordeel *volledig* te laten vergoeden. Deze redelijkheidstoets is nog niet toegepast in latere jurisprudentie en lijkt daarmee geen grote hindernis te vormen voor benadeelden die schadevergoeding vorderen voor gemist onstoffelijk voordeel. De Hoge Raad ontwikkelde ook de regel dat gemist onstoffelijk voordeel alleen voor vergoeding in aanmerking komt wanneer zulk voordeel in rechtens relevante mate wordt misgelopen door de benadeelde. De literatuur is verdeeld over de vraag wanneer kan worden gezegd dat gemist onstoffelijk voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen, maar de lagere rechtspraak lijkt vrij snel aan te nemen dat daarvan sprake is. Ook dit vereiste lijkt dus in de praktijk niet zoveel om het lijf te hebben. De andere beperkingen die aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel worden gesteld, vloeien in essentie gewoon voort uit de algemene regels van schadebegroting. Zo komt gemist onstoffelijk voordeel slechts deels voor vergoeding in aanmerking, wanneer een benadeelde het onstoffelijke voordeel ondanks de wanprestatie toch gedeeltelijk heeft weten te verkrijgen. Daarnaast heeft een benadeelde geen recht op schadevergoeding als hij het onstoffelijke voordeel ook zonder de wanprestatie niet zou hebben verkregen.

Hoewel een deel van de literatuur vreest voor dubbele compensatie, sluit een schadevergoedingsvordering voor gemist onstoffelijk voordeel niet uit dat een benadeelde daarnaast nog aanspraak kan maken op smartengeld. Bijvoorbeeld bij het gederfde genot van een pakketreis heeft een benadeelde dus zowel recht op smartengeld als recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Kortom, in het Nederlandse recht hebben benadeelden tegenwoordig een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel als een vorm van vermogensschade, dat nauwelijks aan additionele vereisten of beperkingen gebonden lijkt te zijn.

