



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 IV

Naar een algemeen recht op
schadevergoeding voor gemist
onstoffelijk voordeel

9 | Gemist onstoffelijk voordeel in rechtsvergelijkend perspectief

9.1 INLEIDING

Ten aanzien van de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel staat het Nederlandse schadevergoedingsrecht voor vergelijkbare vragen als het Duitse en het Engelse recht. De antwoorden die in de drie rechtssystemen zijn gegeven op deze vragen vertonen verschillen, maar ook belangrijke overeenkomsten. Zo zijn er tussen het Nederlandse en het Duitse recht opvallende gelijkenissen ten aanzien van de mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen. Het Engelse recht is juist aanzienlijk ruimhartiger met het toekennen van smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel (§ 9.2). Maar het recht op smartengeld vertelt slechts het halve verhaal. In het Nederlandse en Duitse recht is op onderling verschillende wijzen het vermogensschadebegrip zodanig ruim geïnterpreteerd dat ook gemiste onstoffelijke voordelen of de tevergeefs gemaakte kosten om zulke voordelen te verkrijgen, vermogensschade vormen. Het vermogensschadebegrip is in het Engelse recht weliswaar minder tot ontwikkeling gekomen, maar ook daar ziet men in de literatuur en jurisprudentie de gedachte terug dat de tevergeefs gemaakte kosten van een benadeelde een goede indicatie kunnen zijn van de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel (§ 9.3).

Het huidige Nederlandse recht laat benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen dus zeker niet met lege handen achter, maar biedt lang niet altijd volledige compensatie voor het gemiste onstoffelijke voordeel. Het Nederlandse recht geeft benadeelden, met andere woorden, geen algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. In het Duitse en het Engelse recht is dat niet anders (§ 9.4.1). Dat verbaast niet. In alle drie de rechtssystemen moest immers een lange weg worden afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen. In het Nederlandse, Duitse en Engelse recht doet zich sinds het einde van de negentiende eeuw een onmiskenbare rechtsontwikkeling voor naar een steeds ruimere vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel (§ 9.4.2). Deze rechtsontwikkeling roept enkele normatieve vragen op (§ 9.5).

9.2 SMARTENGELD

Voor de invoering van het Nieuw BW was in het Nederlandse recht nog een voorzichtige ontwikkeling in de lagere rechtspraak te zien naar een recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, zoals voor in het water gevallen vakanties en voor mislukte trouwfoto's.¹ Bovendien waren er wetgevingsinitiatieven en arresten van de Hoge Raad die erop leken te duiden dat het recht op smartengeld geleidelijk verder zou worden verruimd. De invoering van het Nieuw BW heeft deze ontwikkeling naar een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel in de kiem gesmoord.² In het huidige Nederlandse recht is de hoofdregel namelijk dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij als gevolg van een wanprestatie slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Dat volgt niet alleen indirect uit het gesloten stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW – dat het recht op smartengeld beperkt tot enkele in de wet bepaalde gevallen – maar is ook een bestendige lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad.³ Door deze hoofdregel heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld.

Toch laat het huidige Nederlandse recht benadeelden niet in alle gevallen met lege handen achter. Een belangrijke uitzondering op de hoofdregel is dat een teleurgestelde vakantieganger recht heeft op smartengeld voor gederfd reisgenot wanneer zijn reisorganisator een pakketreisovereenkomst niet nakomt.⁴ Daarnaast heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer zijn wederpartij door een wanprestatie te plegen eveneens inbreuk maakt op een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Hoewel de reikwijdte van deze nieuwe smartengeldcategorie nog niet volledig is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie, is op deze nieuwe grond al enkele malen smartengeld toegekend aan benadeelden die door een wanprestatie het door hen nagestreefde woongenot zijn misgelopen. Het lijkt er bovendien op dat deze nieuwe uitzondering ook benadeelden die door een wanprestatie andere onstoffelijke voordelen zijn misgelopen, onder omstandigheden aanspraak geeft op smartengeld, bijvoorbeeld wanneer door een beroepsfout van een advocaat fundamentele persoonlijkheidsrechten van zijn cliënt geschonden worden, zoals het recht op een gezinsleven of het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁵

Het Nederlandse recht op smartengeld is geïnspireerd op het Duitse recht en vertoont daarmee dan ook enkele belangrijke gelijkenissen. Ook in het Duitse recht is de hoofdregel dat immateriële schade slechts voor vergoeding

1 Zie: § 3.2.3.2.

2 Zie: § 3.2.3.1-3.2.3.2.

3 Zie: § 3.2.1-3.2.2.

4 Zie: § 3.3.

5 Zie: § 3.4.

in aanmerking komt wanneer dat wettelijk is bepaald.⁶ Na de invoering van het BGB in 1900 konden benadeelden die schadevergoeding vorderden op grond van wanprestatie lange tijd helemaal geen aanspraak op smartengeld maken.

Tot 2002 was de enige belangrijke uitzondering op deze hoofdregel dat teleurgestelde vakantiegangers recht hebben op smartengeld voor gedeerd reisgenot wanneer hun reisorganisator een reisovereenkomst niet nakomt. Deze uitzondering in het Nederlandse en Duitse recht voor mislukte vakanties – die in beide landen al voor de eerste Europese richtlijn over pakketreizen tot ontwikkeling kwam – vormt een opvallende overeenkomst tussen beide rechtstelsels. Er zijn echter ook twee verschillen. In het Duitse recht geldt een additionele drempel: het vakantiegenot moet in substantiële mate zijn misgelopen.⁷ Een dergelijk vereiste stelt het Nederlandse recht niet. In dit opzicht is het Nederlandse recht ruimhartiger. Het BGH past § 651n BGB, dat uitsluitend bij *pakketreisovereenkomsten* recht op smartengeld geeft, daarentegen analoog toe op andere gevallen van reisorganisatie, bijvoorbeeld wanneer een reisbureau alleen een vakantiehuisje voor zijn klant heeft geregeld.⁸ Nederlandse rechters passen de bepaling die bij pakketreizen een gedupeerde vakantie-ganger recht geeft op smartengeld vooralsnog niet analoog toe op andere gevallen van reisorganisatie. In dat opzicht is het Nederlandse recht dus restrictiever.

Sinds de hervorming van het schadevergoedingsrecht in 2002 heeft een benadeelde op grond van artikel § 253 lid 2 BGB ook recht op smartengeld wanneer een wanprestatie heeft geleid tot een aantasting van zijn lijf, gezondheid, vrijheid of seksuele zelfbeschikking. Voor contractspartijen die een immaterieel contractueel belang in hun overeenkomst hebben, heeft deze uitbreiding slechts tot bescheiden verbetering van hun rechtspositie geleid, met name omdat zij alleen recht op smartengeld hebben wanneer het een doel van de overeenkomst is om een van de in § 253 lid 2 BGB genoemde rechtsgoederen te beschermen. Toch biedt de nieuwe paragraaf benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, enkele nieuwe mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen, bijvoorbeeld bij beroepsfouten van advocaten. Zo kende de Duitse rechter smartengeld toe aan een verdachte die door een vergissing van zijn advocaat onnodig lang in voorlopige hechtenis had gezeten. De wanprestatie van de advocaat leidde namelijk tot een aantasting van de vrijheid van deze verdachte, terwijl de overeenkomst tussen hen juist tot doel had om zijn vrijheid te beschermen.⁹

In het Nederlandse recht heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen recht op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Hoewel in de rechtspraak dus

6 Zie: § 4.2.1.

7 Zie: § 4.3.1 en 4.3.3.

8 Zie: § 4.3.4.

9 Zie: § 4.4.1.

nog niet volledig is uitgekristalliseerd wanneer daarvan sprake is, is het wel aannemelijk dat daaronder meer valt dan een aantasting van de in § 253 BGB genoemde rechtsgoederen. Zo is in de Nederlandse rechtspraak niet alleen aangenomen dat een onterechte hechtenis een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht kan zijn, maar ook een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of het recht op een gezinsleven.¹⁰ In het Duitse recht is weliswaar in algemene zin erkend dat een onrechtmatige schending van het persoonlijkheidsrecht de benadeelde een recht op smartengeld geeft, maar ziet men in de lagere rechtspraak vooralsnog nauwelijks voorbeelden van gevallen waarin een benadeelde bij wanprestatie op deze grond smartengeld krijgt toegewezen.¹¹ Het Nederlandse recht lijkt dus in ruimere mate dan het Duitse recht smartengeld toe te kennen bij schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten die het gevolg zijn van een wanprestatie.

Een laatste verschil tussen de twee rechtssystemen is dat de Duitse literatuur aanzienlijk kritischer is over de beperkte mogelijkheden om smartengeld te vorderen dan de Nederlandse. Zeker voor de Tweede Wereldoorlog, maar ook tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW, was weliswaar een deel van de Nederlandse literatuur nog van mening dat benadeelden recht zouden moeten hebben op smartengeld wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, maar na de invoering van het Nieuw BW verstomde dit tegengeluid grotendeels.¹² De huidige Nederlandse literatuur lijkt deze beperkte mogelijkheden niet als een probleem te zien. De hoofdregel dat een benadeelde bij meer of minder sterk psychisch onbehagen geen recht heeft op smartengeld vindt tegenwoordig over het algemeen juist steun. Zo bekritiseert een deel van de Nederlandse literatuur het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot omdat deze bepaling zich slecht verhoudt met deze hoofdregel.¹³ De Duitse juridische literatuur is daarentegen sinds de invoering van het BGB in 1900 onverminderd kritisch geweest op de beperkte mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen. Aan het begin van de twintigste eeuw richtte deze kritiek zich hoofdzakelijk op de beperkte vergoedbaarheid van immateriële schade bij wanprestatie in het algemeen.¹⁴ Na de Tweede Wereldoorlog veranderde dat in een pleidooi voor de erkenning van een nieuwe grondslag om smartengeld toe te kennen. Een benadeelde zou recht moeten hebben op smartengeld wanneer het verkrijgen van een onstoffelijk voordeel binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst ligt en hij door de wanprestatie van zijn wederpartij dit voordeel vervolgens misloopt.¹⁵ In het voorontwerp van het BGB en bij een later hervor-

10 Zie: § 3.4.

11 Zie: § 4.4.2.

12 Zie: § 3.2.3.

13 Zie: § 3.2.1 en § 3.3.1.

14 Zie: § 4.2.2.1.

15 Zie: § 4.2.2.1.

mingsvoorstel is weliswaar geopperd om een dergelijk recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel in het BGB op te nemen, maar deze voorstellen hebben het uiteindelijk niet gehaald.¹⁶

Het Engelse recht is ruimhartiger. In dit rechtstelsel is de hoofdregel dat een benadeelde bij wanprestatie in beginsel geen recht heeft op smartengeld.¹⁷ Deze regel vertoont een sterke gelijkenis met het Nederlandse en Duitse gesloten stelsel, dat immers eveneens als uitgangspunt neemt dat een benadeelde *geen* recht heeft op smartengeld, tenzij uit de wet voortvloeit dat hij dat wel heeft. Anders dan in Nederland en Duitsland, heeft het Engelse rechters altijd vrijgestaan om – binnen de kaders van het precedentenstelsel – op deze hoofdregel uitzonderingen te maken. Dat is ook gebeurd. Al in de negentiende eeuw ontwikkelde zich de regel dat een benadeelde wel recht op smartengeld heeft wanneer hij door een wanprestatie fysiek ongemak heeft ervaren.¹⁸ Aan fysiek ongemak wordt tegenwoordig een ruime uitleg gegeven, waardoor bijvoorbeeld ook stank- en geluidsoverlast er onder kunnen vallen.¹⁹ Sinds de jaren zeventig ontwikkelde zich bovendien een nieuwe uitzondering in het Engelse recht. Een benadeelde heeft ook recht op smartengeld wanneer het een doel van de door hem gesloten overeenkomst is om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, maar hij dit voordeel door de wanprestatie is misgelopen. Deze rechtsontwikkeling vindt haar oorsprong in gevallen van gederfd reisgenot, maar rechters pasten deze jurisprudentie over reisovereenkomsten vrijwel meteen analoog toe op gevallen waarin benadeelden andere onstoffelijke voordelen nastreefden met een overeenkomst.²⁰ Tegenwoordig heeft deze uitzondering een algemeen karakter. Het toepassingsbereik is niet beperkt tot bepaalde overeenkomsten of bepaalde onstoffelijke voordelen.²¹ Bovendien vereist het Engelse recht niet dat een overeenkomst tot enige of voornaamste doel heeft om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te schaffen. Het volstaat als het verkrijgen van zulk voordeel één van de doelen is die de benadeelde met de overeenkomst nastreeft.²²

Zo'n algemeen recht op smartengeld in gevallen dat het een doel van een overeenkomst is om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, kent het Nederlandse recht niet. Ook het recht op smartengeld voor fysiek ongemak is het Nederlandse recht vreemd. Hoewel benadeelden naar Nederlands recht in uitzonderlijke gevallen – zoals bij een wanprestatie van een pakketreisovereenkomst of bij een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht – ook recht hebben op een vergoeding van hun immateriële schade,

16 Zie: § 4.2.2.2.

17 Zie: § 5.2.

18 Zie: § 5.3.1.

19 Zie: § 5.3.2.

20 Zie: § 5.4.1-5.4.3.

21 Zie: § 5.4.4.2.

22 Zie: § 5.4.3.

hebben zij naar Engels recht aanzienlijk ruimere mogelijkheden om met succes smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen.

Een deel van de Engelse literatuur wil zelfs nog een stap verder gaan en benadeelden bij wanprestatie een algemeen recht op smartengeld geven. Deze auteurs willen de hoofdregel uit *Addis v. Gramophone* helemaal laten varen en zo de laatste verschillen tussen de vergoedbaarheid van vermogensschade en immateriële schade opheffen.²³ In de Engelse literatuur zijn dus, net als in de Duitse literatuur, veel meer kritische geluiden te horen dan in Nederland over het beperkte recht op smartengeld.

9.3 VERMOGENSSCHADE

De mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, vertellen echter maar het halve verhaal. In het huidige Nederlandse recht heeft een benadeelde wel degelijk recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, maar wordt gemist onstoffelijk voordeel als een vorm van vermogensschade gekwalificeerd. Al sinds het begin van de twintigste eeuw is een deel van de Nederlandse literatuur kritisch over de door onder andere Drucker en Meijers verdedigde kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel als immateriële schade. De gedachte van dit deel van de literatuur is dat onstoffelijk voordeel een zekere economische waarde heeft, omdat een benadeelde in de regel financiële offers heeft moeten brengen om het voordeel te verkrijgen. Het mislopen ervan zou om die reden geen immateriële schade maar vermogensschade vormen, ondanks het feit dat zulk nadeel voor de benadeelde geen vermogensachteruitgang tot gevolg heeft.²⁴ Na de Tweede Wereldoorlog won dit ruimere vermogensschadebegrip rap terrein in de Nederlandse literatuur en tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW onderschreef ook de Minister van Justitie de stelling dat gemist onstoffelijk voordeel dat tegen betaling kan worden verkregen als vermogensschade moet worden gekwalificeerd.²⁵

Het duurde even voordat dit ruimere vermogensschadebegrip ook in de Nederlandse jurisprudentie zijn intrede deed, maar sinds de invoering van het Nieuw BW geeft ook de Hoge Raad een zodanig ruime uitleg aan vermogensschade dat ook gemist onstoffelijk voordeel daar onder kan vallen.²⁶ In *Burger/Brouwer Motors* formuleert de Hoge Raad twee belangrijke uitgangspunten. Ten eerste kwalificeert hij gemist onstoffelijk voordeel dat tegen betaling verkregen kan worden, als vermogensschade en aanvaardt hij daarmee

23 Zie: § 5.4.5.

24 Zie: § 6.2.1-6.2.2.

25 Zie: § 6.2.3.

26 Zie: § 6.2.4.

het in de literatuur verdedigde ruimere vermogensschadebegrip. Ten tweede geeft hij aan dat zulke schade in beginsel begroot moet worden aan de hand van de uitgaven die een benadeelde heeft gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen, maar die tevergeefs zijn geworden nu hij door de wanprestatie dit voordeel is misgelopen.²⁷ De Hoge Raad verruimde daarmee het vermogensschadebegrip in algemene zin. Zo beperkte hij dit recht op schadevergoeding niet tot bepaalde onstoffelijke voordelen, overeenkomsten of gevalstypen. Bovendien heeft een benadeelde ook recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel wanneer hij door een onrechtmatige daad zulk voordeel is misgelopen.²⁸ Wel bracht de Hoge Raad enkele algemene beperkingen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel aan. Allereerst geldt er een additionele redelijkheidstoets. Wanneer er excessief hoge uitgaven zijn gedaan om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, kan het onredelijk zijn om de waarde van dit voordeel te begroten aan de hand van deze uitgaven, zelfs wanneer het op grond van artikel 6:98 BW redelijk is om het gemiste onstoffelijke voordeel aan de wederpartij toe te rekenen.²⁹ Wanneer een benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel ondanks de wanprestatie toch deels heeft verkregen, zijn ook de gedane uitgaven om dit voordeel te verkrijgen slechts voor een deel tevergeefs geweest. In zulke gevallen moeten rechters de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel begroten op een deel van de gemaakte kosten dat evenredig is aan de mate waarin het onstoffelijke voordeel is misgelopen. Bovendien heeft een benadeelde alleen recht op schadevergoeding wanneer hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen. De literatuur is weliswaar verdeeld over de vraag wanneer aan dit vereiste is voldaan, maar lagere rechters lijken over het algemeen een relatief lage drempel te hanteren.³⁰ Wanneer ook zonder de wanprestatie het onstoffelijke voordeel niet zou zijn verkregen, heeft een benadeelde geen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Er ontbreekt dan immers causaal verband tussen de wanprestatie en het mislopen van het onstoffelijke voordeel.³¹

Ook een deel van de Duitse literatuur verdedigt de gedachte dat gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade zou moeten kwalificeren wanneer zulk voordeel in het economische verkeer tegen betaling kan worden verkregen. Op deze commercialiseringsgedachte is echter ook de nodige kritiek geweest. Zo zou de commercialiseringsgedachte de door de wetgever gewilde beperkingen aan het recht op smartengeld omzeilen door met een ingewikkelde dogmatische constructie een schadepost die in essentie immaterieel van aard

27 Zie: § 6.3.1. Uit latere rechtspraak blijkt dat ook alternatieve begrotingswijzen van het gemiste onstoffelijke voordeel soms aangewezen zijn (zie § 6.3.3).

28 Zie: § 6.3.2.1.

29 Zie: § 6.3.2.2.

30 Zie: § 6.3.2.3.

31 Zie: § 6.3.2.4.

is, om te vormen tot vergoedbare vermogensschade. De commercialiseringsgedachte holt zo § 253 lid 1 BGB uit en resulteert in een oeverloze uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht.³²

In de Duitse rechtspraak is de commercialiseringsgedachte dan ook in minder algemene zin aanvaard dan in het Nederlandse recht. Alleen het tijdelijk gemiste gebruiksgenot van een goed dat essentieel is voor het dagelijkse levensonderhoud, zoals een auto of een huis, wordt gekwalificeerd als vergoedbare vermogensschade. Het gederfde gebruiksgenot van luxegoederen, zoals privézwembaden en bontmantels, ziet het Duitse recht daarentegen gewoon als een vorm van immateriële schade, die niet voor vergoeding in aanmerking komt.³³ Bovendien is vereist dat de derving van het gebruiksgenot het gevolg is van een aantasting van de gebruiksmogelijkheid van een goed zelf en dat de benadeelde ook daadwerkelijk de wil en de mogelijkheid had om het goed te gebruiken in de periode dat deze onbruikbaar was.³⁴ Uit dit laatste vereiste volgt ook dat de benadeelde geen recht heeft op zo'n vergoeding wanneer hem tijdens de onbruikbaarheid van zijn goed een vergelijkbaar goed ter beschikking stond.³⁵ Hoewel daar lange tijd twijfel over bestond, staat het tegenwoordig vast dat een benadeelde ook recht heeft op een vergoeding voor tijdelijk gederfd gebruiksgenot, wanneer hij dit genot *als gevolg van een wanprestatie* is misgelopen.³⁶ Duitse rechters begroten het tijdelijk gemiste gebruiksgenot aan de hand van de prijs van een vervangend goed, waar de eventuele winst van de verhuurder vervolgens van wordt afgetrokken, of aan de hand van de kosten die nodig zijn om het tijdelijk onbruikbare goed te verkrijgen en te onderhouden.³⁷ Dit is vergelijkbaar met de wijze waarop in het Nederlandse recht de schade voor gemist onstoffelijk voordeel wordt begroot.

In het Nederlandse recht is de commercialiseringsgedachte dus in veel algemenere zin aanvaard dan in het Duitse recht. Toch heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, in het huidige Duitse recht een algemeen recht op schadevergoeding. Met de invoering van § 284 BGB heeft de Duitse wetgever de frustratieleer binnen het contractenrecht omarmd. Ook de frustratieleer geeft een ruime interpretatie aan het vermogensschadebegrip, maar anders dan de commercialiseringsgedachte ziet deze leer niet het gemiste onstoffelijke voordeel als vergoedbare vermogensschade, maar de tevergeefs uitgaven die een benadeelde heeft gedaan om dit voordeel te verkrijgen. Voorstanders van deze leer verleggen daarmee de blik van het gemiste onstoffelijke voordeel zelf naar de tevergeefs gemaakte kosten. Ook

32 Zie: § 7.2.1.

33 Zie: § 7.2.2.2.

34 Zie: § 7.2.2.3-7.2.2.4.

35 Zie: § 7.2.2.5.

36 Zie: § 7.2.2.6.

37 Zie: § 7.2.3.

de frustratieleer is omstreden in de Duitse literatuur. Net zoals de commercialiseringsgedachte zou de frustratieleer het aansprakelijkheidsrecht oeverloos doen uitdijen en § 253 lid 1 BW uithollen. Daarmee zou ook deze ruimere interpretatie van het vermogensschadebegrip de wil van de wetgever ondergraven. Een andere bedenking bij de frustratieleer is dat causaal verband tussen de gemaakte kosten en de wanprestatie zou ontbreken. Immers, ook als de wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, zou de benadeelde kosten hebben gemaakt om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Het relevante verschil is echter, zo betogen de voorstanders van de frustratieleer, dat bij een correcte nakoming van de overeenkomst deze kosten niet tevergeefs zouden zijn geweest. De schade is dan ook niet gelegen in de gemaakte kosten, maar in het 'tevergeefs worden' ervan.³⁸

De rechtspraak wees de frustratieleer lange tijd resoluut van de hand, maar in 2002 besloot de wetgever benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen toch een recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten te bieden.³⁹ De huidige § 284 BGB geeft benadeelden een recht op schadevergoeding voor het 'tevergeefs worden' van uitgaven die zijn gedaan om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Anders dan bij de commercialiseringsgedachte, beoogt de vergoeding van § 284 BGB dus geen compensatie te bieden voor het gemiste onstoffelijke voordeel zelf. Waar de Hoge Raad het recht op schadevergoeding voor benadeelden grondt op de commercialiseringsgedachte, kiest de Duitse wetgever ervoor hun aanspraak te baseren op de frustratieleer.⁴⁰ Hoewel de dogmatische inpassing dus verschillend is, hebben benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel mislopen, in het Duitse en het Nederlandse recht in de praktijk een zeer vergelijkbare aanspraak. In beide landen hebben benadeelden recht op een vergoeding ter hoogte van hun tevergeefs gemaakte kosten, wanneer zij door een wanprestatie van hun wederpartij een met de overeenkomst nagestreefd onstoffelijk voordeel niet hebben verkregen.⁴¹ In beide landen kan de wederpartij zich met succes verweren tegen aansprakelijkheid door te bewijzen dat de benadeelde het onstoffelijke voordeel ook niet zou hebben verkregen wanneer zij haar contractuele verplichtingen wel zou zijn nagekomen.⁴² Wanneer een benadeelde het onstoffelijke voordeel ondanks de wanprestatie toch deels verkrijgt, zal vergoeding in beide rechtssystemen in evenredige mate worden verminderd.⁴³ Tot slot kent zowel het Duitse als het Nederlandse recht een additionele billijkheidstoets, die rechters de ruimte geeft om op grond van billijkheidsoverwegingen bepaalde tevergeefs gemaakte kosten buiten beschouwing te laten.⁴⁴

38 Zie: § 7.3.1.

39 Zie: § 7.3.1, § 7.4.1 en § 7.4.3.1.

40 Zie: § 7.4.2.

41 Zie: § 7.4.1 en § 7.4.3.1.

42 Zie: § 7.4.3.7.

43 Zie: § 7.4.3.6.

44 Zie: § 7.4.3.4.

Maar er zijn zeker ook verschillen. Omdat in het Nederlandse recht de tevergeefs gemaakte kosten slechts worden gebruikt als een begrotingsmaatstaf, staat het een Nederlandse rechter vrij om de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel op een andere wijze te begroten dan aan de hand van deze kosten.⁴⁵ Deze vrijheid heeft een Duitse rechter bij de toepassing van § 284 BGB niet, omdat in deze paragraaf het 'tevergeefs worden' van de gemaakte kosten als de te vergoeden schade wordt aangemerkt. Om die reden is er in de Duitse literatuur en rechtspraak ook meer aandacht voor deze kosten, zoals voor de vraag welke kosten onder het bereik van § 284 BGB vallen, wanneer kosten werkelijk tevergeefs zijn en wanneer zij nog geacht kunnen worden in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst te zijn gemaakt.⁴⁶ Het belang van deze verschillen moet niet worden overschat. Het uitgangspunt in het Nederlandse recht blijft immers dat gemist onstoffelijk voordeel moet worden begroot aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten. Wanneer een Nederlandse rechter het gemiste onstoffelijke voordeel aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten begroot, komt hij voor vergelijkbare vragen te staan als zijn Duitse collega die § 284 BGB moeten toepassen. Hoewel, anders dan in Nederland, de antwoorden op veel van deze vragen in de Duitse literatuur en rechtspraak al uitvoerig zijn besproken, valt niet te verwachten dat de antwoorden in het Nederlandse recht wezenlijk anders zullen zijn. Het lijkt bijvoorbeeld niet waarschijnlijk dat een Nederlandse rechter, anders dan zijn Duitse collega, wel bereid zou zijn om tevergeefs gemaakte kosten in de schadebegroting te betrekken die de benadeelde heeft gemaakt op het moment dat hij al wist dat zijn wederpartij niet zou nakomen.⁴⁷ Het zou kunnen dat er enkele accentverschillen ontstaan wanneer het Nederlandse recht zich verder ontwikkelt, maar het Nederlandse en Duitse recht zullen naar alle waarschijnlijkheid in grote lijnen vergelijkbaar blijven.

Eén verschil tussen het Duitse en Nederlandse recht is daarentegen wel substantieel. Anders dan het Nederlandse recht, vereist het Duitse recht niet dat een benadeelde het onstoffelijke voordeel in rehtens relevante mate is misgelopen. Hoewel deze drempel in het huidige Nederlandse recht niet bijzonder hoog lijkt te liggen, maakt dit additionele vereiste dat de mogelijkheden voor benadeelden om schadevergoeding te krijgen voor gemist onstoffelijk voordeel in Nederland enigszins beperkter zijn dan in Duitsland.

Een juridisch debat over de reikwijdte van het vermogensschadebegrip zoals in Nederland en Duitsland heeft in de Engelse rechtspraak en literatuur vooralsnog niet plaatsgevonden. In de Engelse rechtspraak spelen tevergeefs gemaakte kosten traditioneel uitsluitend een rol in gevallen waarin een benadeelde moeite heeft om te bewijzen dat hij door een wanprestatie winst heeft gederfd. In de oudere rechtspraak leek de benadeelde in zulke gevallen een

⁴⁵ Zie: § 6.3.3.

⁴⁶ Zie respectievelijk: § 7.4.3.2, § 7.4.3.5 en § 7.4.3.3.

⁴⁷ Zie daarover in het Duitse recht: § 7.4.3.3.

keuze te hebben tussen twee alternatieve schadevergoedingsvorderingen. Hij kon er allereerst voor kiezen om in de positie te worden geplaatst waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Hij zou in dat geval recht hebben op een vergoeding van zijn gederfde winst. Het alternatief was om in de positie te worden geplaatst waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou zijn aangegaan. In dat geval zou hij een vergoeding krijgen voor de kosten die hij in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst reeds heeft gemaakt en die door de wanprestatie tevergeefs blijken te zijn. In de literatuur en de Amerikaanse en Canadese rechtspraak werd er op gewezen dat zo'n keuzemogelijkheid tot overcompensatie kan leiden. Wanneer een benadeelde verliesgevende investeringen heeft gedaan zijn de tevergeefs gemaakte kosten namelijk hoger dan de omzet die hij bij correcte nakoming door zijn wederpartij zou hebben gerealiseerd. Anders gezegd, de benadeelde zou bij de nakoming van de overeenkomst zijn gemaakte kosten nooit hebben terugverdiend. Wanneer hem ook in zulke gevallen een recht op een volledige vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten zou worden gegeven, zou hij door deze vergoeding in een betere positie terechtkomen dan hij zou zijn geweest wanneer de overeenkomst gewoon zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. In latere rechtspraak werd de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten dan ook gemaximeerd tot het positieve contractsbelang van de benadeelde. Eventuele verliezen die de benadeelde ook zou hebben geleden bij correcte nakoming van de overeenkomst en eventueel voordeel dat de wanprestatie hem heeft opgeleverd, moeten van de tevergeefs gemaakte kosten worden afgetrokken. Toch kan het voor een benadeelde gunstig zijn om schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten te vorderen. Het is namelijk aan zijn wederpartij om te bewijzen dat de benadeelde zijn tevergeefs gemaakte kosten *niet* zou hebben terugverdiend, terwijl hij de omvang van zijn gederfde winst zelf moet bewijzen.⁴⁸

De huidige literatuur en rechtspraak gaan er dan ook vanuit dat een benadeelde geen materieel recht heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar dat hij uitsluitend het recht heeft zich te beroepen op het bewijsvermoeden dat de door hem misgelopen omzet ten minste gelijk zou zijn geweest aan de kosten die hij heeft gemaakt om die omzet te realiseren. Het doel blijft om de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest in het geval dat de overeenkomst zou zijn nagekomen, maar de benadeelde wordt wel een handje geholpen bij het bewijzen van de omvang van zijn schade.⁴⁹ Wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel nastreeft, staat het vast dat hij zijn uitgaven nooit zou hebben terugverdiend. De benadeelde streeft in zulke gevallen immers helemaal niet na om een omzet te realiseren die ten minste de gemaakte kosten dekt, maar om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. In de Duitse rechtspraak, dat een vergelijkbaar rentabili-

48 Zie: § 8.2.1.

49 Zie: § 8.2.2.

teitsvermoeden kent, kunnen benadeelden zich om die reden niet met succes beroepen op dit bewijsvermoeden in zulke gevallen.⁵⁰ De Engelse literatuur en rechtspraak lijken dat anders zien. Zij zien de tevergeefs gemaakte kosten juist als een nuttige maatstaf om de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel te begroten.⁵¹ Deze begrotingswijze van gemist onstoffelijk voordeel staat echter nog in haar kinderschoenen. Zo is het nog niet duidelijk hoe deze begrotingsmaatstaf zich verhoudt tot de overweging van Lord Steyn in *Farley v. Skinner* dat vergoedingen voor gemist onstoffelijk voordeel 'modest' en 'restrained' moeten blijven. Maar de gedachte dat de tevergeefs gemaakte kosten een indicatie van de waarde van gemist onstoffelijk voordeel kunnen zijn, is dus ook het huidige Engelse recht niet vreemd.⁵²

9.4 DE BESCHERMING VAN IMMATERIËLE CONTRACTUELE BELANGEN IN HET HUIDIGE RECHT

9.4.1 Geen volledige bescherming van immateriële contractuele belangen...

Het Nederlandse recht biedt een benadeelde dus slechts in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, maar ziet gemist onstoffelijk voordeel wel als een vorm van vergoedbare vermogensschade, die in beginsel wordt begroot op de kosten die hij tevergeefs heeft gemaakt om dit voordeel te verkrijgen. Het Nederlandse recht biedt daarmee niet in alle gevallen een volledige vergoeding voor het gemiste onstoffelijke voordeel, maar compenseert wel een aanzienlijk gedeelte ervan.

Een onstoffelijk voordeel is een benadeelde ten minste waard wat hij heeft uitgegeven om het te verkrijgen.⁵³ Als dat niet zo zou zijn geweest, zou hij deze uitgaven immers nooit hebben gedaan.⁵⁴ Sinds *Burger/Brouwer Motors* staat het buiten kijf dat in het Nederlandse recht een benadeelde voor dat deel van de waarde van het door hem gemiste onstoffelijke voordeel met succes schadevergoeding kan vorderen. Het gemiste onstoffelijke voordeel wordt gezien als vermogensschade en begroot op de kosten die een benadeelde tevergeefs heeft gemaakt om dat voordeel te verkrijgen. Alleen wanneer de benadeelde het onstoffelijke voordeel niet in rechtens relevante mate is misgelopen, ligt dat anders. In dat geval heeft een benadeelde geen recht op een vergoeding. In de huidige rechtspraak lijkt echter vrij snel te worden aangenomen dat een benadeelde in rechtens relevante mate het onstoffelijke voordeel

50 Zie: § 7.3.2.

51 Zie: § 8.3.1.

52 Zie: § 8.3.2.

53 Zie: § 2.4.1 en appendix 2.

54 Zie: § 2.4.3 en § 2.5.

is misgelopen en lijkt dit vereiste geen hoge drempel op te werpen. In het Duitse recht heeft een benadeelde bij wanprestatie tegenwoordig een vergelijkbaar algemeen recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten en heeft hij bovendien een specifiek recht op een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van goederen die essentieel zijn voor het dagelijkse levensonderhoud.

In de regel zal het nagestreefde onstoffelijke voordeel de benadeelde echter meer waard zijn dan de uitgaven die hij heeft gedaan om het voordeel te verkrijgen. De benadeelde streeft met zijn uitgaven namelijk een consumentensurplus na.⁵⁵ Voor dit gederfde consumentensurplus biedt de door de Hoge Raad ontwikkelde schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel geen compensatie. De begroting van deze schadepost vindt, zoals gezegd, plaats aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten. In het Nederlandse recht wordt de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel weliswaar ook wel eens op een andere wijze begroot – bij gederfd gebruiksgenot bijvoorbeeld aan de hand van de huurwaarde van een vervangend goed – maar bij geen enkele van de toegepaste begrotingsmaatstaven wordt rekening gehouden met het eventuele gederfde consumentensurplus van de benadeelde.⁵⁶ Dat is in het Duitse recht niet anders.⁵⁷

Hoewel dit in de Nederlandse literatuur zeker niet onomstreden is, lijkt het voor benadeelden wel mogelijk om naast een vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel ook smartengeld te vorderen. Zo is in de rechtspraak over gederfd woongenot aanvaard dat een benadeelde niet alleen recht heeft op een vergoeding van de vermogensschade bestaande uit het gederfde woongenot, maar daarnaast recht kan hebben op smartengeld voor een aantasting van zijn fundamentele recht op het ongestoorde genot van de eigen woning.⁵⁸ Doordat het mogelijk is om deze vorderingen te combineren, kan een benadeelde in enkele gevallen een bedrag aan smartengeld krijgen die enige compensatie biedt voor zijn gederfde consumentensurplus.

In het Duitse recht lijkt dat eveneens mogelijk. Zo geeft § 284 BGB de benadeelde slechts een recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar heeft hij daarnaast de mogelijkheid om een vergoeding te vorderen voor eventuele gevolgschade. Dat zou in theorie ook een vergoeding voor immateriële schade kunnen zijn.⁵⁹ Uit de rechtspraak over gederfd reisgenot blijkt duidelijk dat binnen het Duitse recht wordt erkend dat het gemiste reisgenot een hogere waarde kan hebben dan de reissom die een benadeelde heeft betaald om het reisgenot te verkrijgen. Het BGH overwoog

55 Zie: § 2.4.3 en § 2.5.

56 Zie: § 6.3.3.

57 Zie § 7.2.3 voor de begroting van gederfd gebruiksgenot. Bij § 284 BGB komen, zoals gezegd, de tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking.

58 Zie: § 6.4.

59 Zie: § 7.4.4.

expliciet dat een benadeelde naast een eventuele prijsvermindering recht heeft op smartengeld voor gederfd reisgenot. De prijsvermindering biedt slechts compensatie voor de lagere economische waarde van de tegenvallende vakantie. Het smartengeld voor gederfd reisgenot beoogt daarentegen compensatie te bieden voor het gederfde 'Immateriele Gewinn' van de gedupeerde vakantieganger.⁶⁰ In het Engelse recht ziet men smartengeld voor het gederfde vakantiegenot ook als een zelfstandige schadepost, waar een benadeelde aanspraak op kan maken *naast* een vergoeding voor de lagere economische waarde van de door het reisbureau geleverde vakantie.⁶¹

Net zoals in het Duitse recht, heeft een benadeelde in het Nederlandse recht slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Naast gevallen waarin een reisorganisator tekortschiet in de nakoming van een pakketreisovereenkomst, heeft een benadeelde alleen recht op smartengeld wanneer door de wanprestatie ook een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Alleen in zulke gevallen kan een benadeelde schadevergoeding voor de vermogensschade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel vorderen en heeft hij daarnaast nog recht op smartengeld. In andere gevallen heeft een benadeelde uitsluitend recht op een vergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel. Zo had Burger recht op een vergoeding ter hoogte van de uitgaven die hij tevergeefs had gedaan om aan de Dakar Rally deel te nemen, maar kon hij daarnaast geen smartengeld vorderen voor het gemiste plezier van de Dakar Rally. Hij had immers geen pakketreis geboekt en er was ook geen sprake van een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Burger kreeg, anders gezegd, het gemiste onstoffelijke voordeel niet volledig vergoed. Hij had wel recht op een vergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten, maar niet voor het door hem misgelopen consumentensurplus of, anders gezegd, zijn gederfde immateriële winst.

Weliswaar zijn in het Engelse recht de mogelijkheden om smartengeld te vorderen voor gemist onstoffelijk voordeel ruimer, maar daar kennen rechters voorsnog betrekkelijk lage bedragen toe voor zulk nadeel. Het idee dat het gemiste onstoffelijke voordeel ten minste waard is wat een benadeelde tevergeefs heeft uitgegeven om het te verkrijgen – en in de regel zelfs nog meer – staat daar nog in zijn kinderschoenen.

Het huidige Nederlands recht laat benadeelden dus zeker niet met lege handen achter, maar zij hebben eveneens lang niet altijd recht op een volledige compensatie van hun gemiste onstoffelijke voordeel. Ook in het Engelse en het Duitse recht krijgen benadeelden een deel van hun gemiste onstoffelijke voordeel vergoed, maar ook slechts in uitzonderlijke gevallen de volledige waarde ervan. Het is niet verbazingwekkend dat benadeelden in geen van deze rechtssystemen een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist

60 Zie: § 4.3.3.

61 Zie: § 5.4.4.1.

onstoffelijk voordeel toekomt. Er moest immers een lange weg worden afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen.

9.4.2 ... maar wel een rechtsontwikkeling naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

De mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen zijn sinds het einde van de negentiende eeuw geleidelijk steeds verder verruimd in het Nederlandse recht. Vanaf dat moment lijkt er consensus in de literatuur te ontstaan dat een benadeelde recht zou moeten hebben op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Uit enkele wetgevingsprojecten blijkt bovendien dat zelfs de wetgever openstond voor een dergelijk algemeen recht op smartengeld.⁶² Tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW nam met name de Minister van Justitie een terughoudender standpunt in en in navolging van hem ontwikkelde zich ook in de rechtspraak de lijn dat meer of minder sterk psychisch onbehagen niet voor vergoeding in aanmerking komt. Met de invoering van artikel 6:95 BW en 6:106 BW werden de mogelijkheden voor benadeelden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, in aanzienlijke mate beperkt.⁶³ De huidige Nederlandse literatuur onderschrijft deze beperking bovendien.

Maar vanaf het moment dat het Nederlandse recht een terughoudendere positie begint in te nemen ten aanzien van het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, groeit in de literatuur de steun voor de gedachte dat gemist onstoffelijk voordeel moet worden gekwalificeerd als vergoedbare vermogensschade.⁶⁴ Na de invoering van het Nieuw BW is ook in de rechtspraak algemeen aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is en daarmee voor vergoeding in aanmerking komt.⁶⁵ Bovendien aanvaardde de Nederlandse wetgever zelf vlak na de invoering van het Nieuw BW een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot in gevallen dat een pakketreis niet is nagekomen door een reisorganisator.⁶⁶ Het huidige Nederlandse recht biedt een benadeelde weliswaar lang niet in alle gevallen volledige compensatie voor het door hem misgelopen onstoffelijke voordeel, maar sinds het einde van de negentiende eeuw zijn de mogelijkheden voor deze benadeelde om met succes schadevergoeding te vorderen zonder twijfel ruimer geworden.

62 Zie: § 3.2.3.1.

63 Zie: § 3.2.3.2.

64 Zie: § 6.2.3.

65 Zie: § 6.3.

66 Zie: § 3.3.

Deze ontwikkeling in Nederland is niet uniek. In het Duitse en Engelse recht is een vergelijkbare rechtsontwikkeling naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te zien. In het Duitse recht hebben benadeelden op grond van § 253 BGB geen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, hoewel in de literatuur sinds de invoering van het BGB al voor een dergelijke aanspraak wordt gepleit.⁶⁷ Toch zijn ook daar de mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen gaandeweg verruimd, met name doordat het vermogensschadebegrip steeds ruimer is uitgelegd. Zo is het BGH sinds de jaren zestig in steeds ruimere mate gaan aanvaarden dat het gemiste gebruiksgenot van een goed als vermogensschade moet worden gekwalificeerd en daarmee voor vergoeding in aanmerking komt.⁶⁸ Ook ontwikkelde zich in de rechtspraak geleidelijk een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen.⁶⁹ De wetgever voorzag in § 651f BGB uiteindelijk zelf in een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot.⁷⁰ Na de millenniumwisseling voerde de wetgever bovendien § 284 BGB in, die benadeelden bij wanprestatie een algemeen recht geeft op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij door een wanprestatie het met deze kosten nagestreefde onstoffelijke voordeel zijn misgelopen.⁷¹

Sinds het begin van de twintigste eeuw is de hoofdregel in het Engelse recht dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op smartengeld.⁷² Ook in dat rechtssysteem hebben benadeelden sindsdien een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel gekregen. Op de hoofdregel zijn in de loop der jaren twee belangrijke uitzonderingen aanvaard. Een benadeelde heeft tegenwoordig niet alleen recht op smartengeld wanneer de wanprestatie fysiek ongemak tot gevolg heeft, maar ook wanneer de overeenkomst tot doel heeft om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Aan beide uitzondering is een steeds ruimere uitleg gegeven in de jurisprudentie.⁷³

De geleidelijke uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verliep in ieder rechtssysteem anders. In het Nederlandse en Duitse recht werd op onderling verschillende wijze het vermogensschadebegrip steeds ruimer geïnterpreteerd, waardoor gemist onstoffelijk voordeel in steeds meer gevallen voor vergoeding in aanmerking is gekomen. In Engeland is juist het recht op smartengeld bij wanprestatie steeds verder uitgebreid. Desalniettemin tekent zich in alle drie de rechtssystemen hetzelfde beeld af. Benadeelden hebben sinds het einde van de negentiende eeuw onmiskenbaar

67 Zie: § 4.2.

68 Zie: § 7.2.2.

69 Zie: § 4.3.2.1.

70 Zie: § 4.3.2.2.

71 Zie: § 7.4.

72 Zie: § 5.2.

73 Zie: § 5.3 en § 5.4.

een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel gekregen.

9.5 TUSSENCONCLUSIE

De onmiskenbare rechtsontwikkeling die zich in alle drie de onderzochte rechtssystemen heeft voorgedaan, roept verschillende normatieve vragen op. Is deze rechtsontwikkeling niet onwenselijk? Of zou een benadeelde juist een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie moeten worden toegekend? Als wordt aanvaard dat benadeelden zo'n algemeen recht op een volledige vergoeding van hun gemiste onstoffelijke voordeel zouden moeten hebben, zou dit recht dan niet moeten worden beperkt en, zo ja, tot welke gevallen dan? Al deze vragen komen samen in de hoofdvraag van dit proefschrift: biedt het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende bescherming aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden? Dit proefschrift sluit af met een betoog over het antwoord op die vraag.

