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

10 Naar een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

10.1 Een omstreden ontwikkeling in het Nederlandse recht

10.1.1 De vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel ter discussie

In het Nederlandse recht zijn de mogelijkheden om met succes schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vorderen sinds het begin van de vorige eeuw steeds verder verruimd. Deze onmiskenbare rechtsontwikkeling, die zich ook in het Duitse en het Engelse recht heeft voorgedaan, is omstreden in de Nederlandse literatuur. Zo zien Krans en Lindenbergh geen reden om de hoofdregel los te laten dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren.[1] Zij waren dan ook kritisch over het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot uit artikel 7:510 BW (oud), omdat deze bepaling slecht te verenigen was met deze hoofdregel.[2] Lindenbergh sprak zelfs de vrees uit dat artikel 7:510 BW (oud) als 'een breekijzer' zou worden gebruikt om ook bij wanprestaties van andere overeenkomsten smartengeld voor gemist genot en plezier toe te kennen.[3] Beiden lijken daarmee een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel onwenselijk te vinden.[4]

Ook op de verruiming van het vermogensschadebegrip is de nodige kritiek geweest. Zo is Lindenbergh van mening dat de verloren belevingswaarde van een boom of ander natuurschoon niet als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Het gemiste plezier van een boom is namelijk – net zoals het gemiste gebruiksgenot van een auto – geen vermogensschade maar in feite gewoon immateriële schade.[5] Ook Hartlief lijkt te vinden dat door de verruiming van het vermogensschadebegrip het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW wordt omzeild:

---

1 Lindenbergh 1998, p. 171 en Krans 1999, p. 253. Zie eerder reeds anders: Beumers *NTBR* 2016, p. 178.
2 Lindenbergh 1998, p. 116-118 en Krans 1999, p. 254-257.
3 Lindenbergh 1998, p. 255.
4 Lindenbergh 1998, p. 116-118 en Krans 1999, p. 254-257.
5 Lindenbergh, par. 10, in zijn noot onder HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193 (*Liander/Heiloo*).

> 'Het gaat immers in wezen om vergoeding voor het gemis van immateriële voordelen, waarvoor in beginsel slechts in de in art. 6:106 BW opgesomde gevallen ruimte is.'[6]

Aan zulke vergoedingen dient dan ook strikt de hand te worden gehouden, aldus Hartlief:

> 'Gebeurt dat niet, dan komt vergoeding van vergeefs gemaakte kosten feitelijk neer op toekenning van smartengeld buiten de in art. 6:106 BW limitatief opgesomde gevallen.'[7]

Kennelijk is Hartlief van mening dat dit onwenselijk zou zijn. Verheij laat zich in nog sterkere bewoordingen uit over de verruiming van het vermogensschadebegrip. Door gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade te kwalificeren ontstaat er naar zijn mening frictie met artikel 6:106 BW. De verruiming van het vermogensschadebegrip lijkt toch vooral 'een truc' te zijn om de beperkingen van het gesloten stelsel te omzeilen.[8] Volgens Verheij heeft het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel dan ook 'een nogal ongrijpbaar en zelfs semi-illegaal karakter'.[9]

Kortom, de huidige Nederlandse literatuur is niet overtuigd dat de geleidelijke uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een positieve ontwikkeling is geweest. Een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, ongeacht of dat als vermogensschade of als immateriële schade wordt gekwalificeerd, laat zich maar moeilijk verenigen met het gesloten en limitatieve stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW. Een dergelijk recht op schadevergoeding zou daarom niet, of slechts in uitzonderlijke gevallen, moeten bestaan.

Naar mijn mening zou het Nederlandse recht benadeelden bij wanprestatie juist een algemeen recht op een volledige vergoeding van hun gemiste onstoffelijke voordeel moeten bieden. Alleen zo kan voldoende bescherming worden geboden aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen. Het staat tegenwoordig immers buiten kijf dat het contractenrecht ook beoogt de immateriële belangen van contractspartijen te beschermen. Deze erkenning van immateriële contractuele belangen als een binnen het vermogensrecht beschermd belang heeft ook consequenties voor het schadevergoedingsrecht. De bescherming van de contractuele belangen van een benadeelde – wat het

---

6 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*).

7 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*). In vergelijkbare zin reeds Hijma, par. 3 en 4, in zijn annotatie onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*).

8 Verheij *AV&S* 2017, p. 113-114.

9 Verheij *AV&S* 2017, p. 115.

achterliggende doel van het schadevergoedingsrecht is – vergt dan namelijk dat ook gemist onstoffelijk voordeel in beginsel volledig voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen (§ 10.2). Toch kan een benadeelde in het huidige Nederlandse recht niet altijd aanspraak maken op een volledige vergoeding voor zulk nadeel. Er zijn in de literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis grofweg vier hoofdargumenten, die vervolgens in allerlei deelargumenten uiteenvallen, te onderscheiden ter rechtvaardiging van deze beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel. Geen van deze argumenten blijkt bij nadere beschouwing overtuigend te zijn. Het eerste hoofdargument komt er in de kern op neer dat, vanwege het immateriële karakter van gemist onstoffelijk voordeel, het om allerlei verschillende redenen niet mogelijk zou zijn zulk nadeel te compenseren met een geldbedrag. Naar mijn mening stelt het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel het Nederlandse recht zeker voor enkele uitdagingen, maar is het wel degelijk mogelijk om compensatie voor zulk nadeel te bieden (§ 10.3). Het tweede hoofdargument is dat het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel negatieve economische gevolgen zou hebben. Economische argumenten zijn weliswaar niet doorslaggevend in het bredere juridische debat, maar komen wel degelijk enig gewicht toe. De rechtseconomische literatuur blijkt echter verdeeld te zijn over de vraag of het toekennen van schadevergoeding voor zulk nadeel positieve dan wel negatieve economische effecten heeft. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de achterliggende normatieve vraag welke van de te verwachten economische effecten prioriteit zou moeten krijgen (§ 10.4). De potentiële oeverloze uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht vormt het derde hoofdargument. Weliswaar schuilt in iedere verruiming van het recht op schadevergoeding het gevaar van een navenante uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht, maar dat risico kan op zichzelf geen rechtvaardiging zijn om benadeelden een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontzeggen. Het Duitse en het Engelse recht bieden met de *Schutzzwecklehre* respectievelijk het leerstuk van *assumption of responsibility* bovendien een nuttig en rechtvaardig instrument om ook in Nederland een eventuele uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht binnen de perken te houden (§ 10.5). Het vierde en laatste hoofdargument is dat het niet nodig zou zijn om benadeelden recht te geven op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, omdat een adequate bescherming van de immateriële contractuele belangen al op andere wijze bereikt wordt binnen het Nederlandse recht. Weliswaar heeft een benadeelde in het Nederlandse recht – zeker in vergelijking met het Engelse recht – tal van remedies tot zijn beschikking wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verplichtingen, maar ook in het huidige recht zou een benadeelde zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in enkele belangrijke gevallen met lege handen achterblijven. Ook in Nederland zou een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel dus voorzien in een leemte in de rechtsbescherming van benadeelden. Het staat partijen

weliswaar vrij om zelf contractueel te voorzien in deze leemte, maar het is niet realistisch om te verwachten dat zij dat ook zullen doen. Bovendien is het niet te rechtvaardigen dat ten aanzien van haar immateriële contractuele belangen een contractspartij opeens zelf voor een adequate bescherming moet zorgen, terwijl dat bij andere contractuele belangen niet van haar wordt gevergd (§ 10.6). Er is dus alle reden om de huidige ontwikkeling in het Nederlandse recht toe te juichen en zelfs om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verder te veralgemeniseren (§ 10.7).

10.1.2 De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel

Aan de vraag of gemist onstoffelijk voordeel vergoed zou moeten worden of niet, lijkt een belangrijke vraag vooraf te gaan: hoe moet zulk nadeel eigenlijk worden gekwalificeerd? In het Nederlandse recht wordt immers fundamenteel anders tegen de vergoeding van immateriële schade aangekeken dan tegen de vergoeding van vermogensschade. Het lijkt daarom juridisch zuiverder om gemist onstoffelijk voordeel eerst te kwalificeren en pas daarna de discussie aan te gaan over de vergoedbaarheid ervan. Toch zou dat een vergissing zijn. Uit de in dit proefschrift gemaakte rechtsvergelijking komt namelijk duidelijk naar voren dat de kwalificatievraag onlosmakelijk is verbonden met de vergoedbaarheidsvraag. De kwalificatie en de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel kunnen helemaal niet los van elkaar worden gezien.

Met name in Nederland en Duitsland is de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel omstreden. Zo is de Nederlandse wetgever verweten dat hij in artikel 7:510 BW (oud) gederfd reisgenot ten onrechte kwalificeerde als immateriële schade. Volgens een deel van de Nederlandse literatuur is gederfd reisgenot juist bij uitstek een vorm van vermogensschade. Reisgenot wordt immers in de regel tegen betaling van een reissom verkregen en heeft daarmee een duidelijke economische waarde. Wanneer een benadeelde zulk voordeel door een wanprestatie is misgelopen, lijdt hij om die reden vermogensschade en geen immateriële schade, zo is de gedachte.[10] Om dezelfde reden kwalificeert een deel van de Nederlandse literatuur het gemiste gebruiksgenot van een goed, bijvoorbeeld van een woning, als vermogensschade. Ook het tijdelijke gebruiksgenot van een goed is immers in de regel tegen betaling te verkrijgen in het economische verkeer.[11]

In de rechtspraak van het BGH werd in de jaren zestig reeds aangenomen dat het gemiste gebruiksgenot van een goed onder omstandigheden als vermogensschade kan worden gekwalificeerd. Het BGH krijgt van een deel van de Duitse literatuur juist het verwijt dat het het gemiste gebruiksgenot van een goed ten onrechte kwalificeert als vermogensschade. Wanneer een bena-

10 Zie: § 6.2.4.
11 Zie: § 6.2.2-6.2.3.

deelde door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, heeft dat voor hem geen vermogensachteruitgang tot gevolg. Een *Gesamtvermögensvergleich* laat geen verschil zien tussen zijn huidige vermogen na de wanprestatie en het vermogen dat hij zou hebben gehad in het hypothetische geval dat zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen. Daarom vormt gederfd gebruiksgenot gewoon immateriële schade, aldus deze auteurs.[12] Er was in de literatuur vergelijkbare kritiek op de overweging van het BGH dat een verspilde vakantiedag vermogensschade kan zijn. Ook een tegenvallende verlofdag levert immers geen vermogensachteruitgang op voor de benadeelde, maar maakt hem slechts ongelukkiger.[13]

Het debat in Nederland en Duitsland laat zien dat gemist onstoffelijk voordeel zowel kenmerken van vermogensschade als van immateriële schade heeft en eigenlijk tussen beide vormen van schade in lijkt te vallen. Zo lijkt gemist onstoffelijk voordeel zonder veel problemen in geld uit te drukken te zijn. In het economische verkeer kennen partijen met enige regelmaat economische waarde toe aan het gebruiksgenot van een auto of aan een vakantie. Dat maakt gemist onstoffelijk voordeel fundamenteel anders dan bijvoorbeeld het verlies van een naaste, dat zich aanzienlijk lastiger in geld laat uitdrukken. Als gemist onstoffelijk voordeel als immateriële schade wordt gekwalificeerd, blijft het daarmee een bijzondere vorm van immateriële schade die zich maar moeilijk laat vergelijken met bijvoorbeeld affectieschade. Maar, als gemist onstoffelijk voordeel in plaats daarvan als vermogensschade zou worden gekwalificeerd, zou het net zo goed een bijzondere vorm van vermogensschade zijn. Hoewel van gemist onstoffelijk voordeel kan worden volgehouden dat het een zekere economische waarde heeft, blijft het zo dat het verlies ervan voor de benadeelde geen vermogensachteruitgang tot gevolg heeft. Daarin verschilt gemist onstoffelijk voordeel fundamenteel van andere vormen van vermogensschade, zoals de beschadiging van een parketvloer door een klunzige verhuizer. In dat geval is er wel degelijk sprake van een vermogensachteruitgang voor de benadeelde. Terecht noemt Krans gemist onstoffelijk voordeel dan ook 'twijfelschade'.[14] Het lijkt noch 'echte' vermogensschade noch 'echte' immateriële schade te zijn, maar in een tussencategorie te vallen.

Een achterliggende vraag is waarom de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel nu eigenlijk zo van belang – en daardoor zo omstreden – is in het Nederlandse en het Duitse recht. Uit de rechtsvergelijking blijkt dat de kwalificatie in deze rechtsstelsels eigenlijk uitsluitend relevant is omdat gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl het als immateriële schade in de regel niet voor vergoeding in aanmerking komt. De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel heeft dus belangrijke gevolgen voor de vergoedbaarheid ervan. Achter het debat over

12 Zie: § 7.2.1.
13 Zie: § 4.3.2.1.
14 Krans 1999, p. 255.

de vraag of gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade of immateriële schade is, schuilt daarmee de normatieve vraag of benadeelden voor zulke schade een vergoeding zouden moeten krijgen of niet.

Zo is in de Nederlandse en de Duitse literatuur met enige regelmaat het verwijt gemaakt dat de verruiming van het vermogensschadebegrip in feite niets meer is dan een academische truc om de beperkingen van het gesloten stelsel te omzeilen en daarmee de wil van de wetgever.[15] In zijn conclusie voor *Liander/Heiloo* overweegt A-G Hartlief in vergelijkbare zin dat het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel in wezen een vergoeding van immateriële schade behelst, die de wetgever eigenlijk via artikel 6:106 BW heeft willen beperken tot enkele in de wet geregelde gevallen.[16] Volgens Schulze gebruikt het BGH de commercialiseringsgedachte bij tijdelijk gederfd gebruiksgenot van goederen als een uitweg om aan de door de wetgever gestelde beperkingen aan het recht op smartengeld te ontkomen.[17] Het BGH gaf ten aanzien van gederfd reisgenot zelfs met zoveel woorden toe dat de vroegere kwalificatie van verspilde vakantiedagen als een vorm van vergoedbare vermogensschade noodzakelijk was, omdat het op grond van het BGB niet mogelijk was om voor gederfd reisgenot smartengeld toe te kennen. Door de invoering van § 651f BGB (oud) kregen rechters deze mogelijk wel en kon de oude lijn in de rechtspraak dat verspilde vakantiedagen vermogensschade zijn, worden losgelaten, aldus het BGH.[18]

Dat de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel onlosmakelijk verbonden is met de vergoedbaarheid ervan, blijkt ook uit het debat over § 284 BGB. Een deel van de literatuur is van mening dat § 284 BGB het 'tevergeefs worden' van de gedane uitgaven als de te vergoeden schade aanmerkt. Critici van deze interpretatie wijzen erop dat zulke schade helemaal geen vermogensschade, maar immateriële schade is. Het tevergeefs worden van uitgaven heeft voor een benadeelde immers geen vermogensachteruitgang tot gevolg. De reactie van de voorstanders van deze interpretatie is dat dat misschien wel waar is, maar dat het er eigenlijk niet toe doet. Nu de wetgever een wettelijke grondslag heeft geschapen om zulke schade te vergoeden, kan de kwalificatie van het 'tevergeefs worden' van uitgaven als vermogensschade of immateriële schade in het midden blijven. Immers, zelfs als het immateriële schade zou zijn, zou § 284 BGB de vereiste wettelijke grondslag bieden voor de vergoeding ervan. Omdat vaststaat dat de wetgever *wil* dat zulke schade voor vergoeding in aanmerking komt, boet de kwalificatievraag aanzienlijk aan relevantie in.[19]

15 Zie voor de Duitse literatuur met name de auteurs besproken in § 7.2.1 en § 7.3.1. Zie in de Nederlandse literatuur bijvoorbeeld: Verheij *AV&S* 2017, p. 113-114.

16 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*).

17 Schulze *NJW* 1997, p. 3440.

18 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.aa).

19 Zie: § 7.4.2.

Het verbaast dan ook niet dat in de Engelse rechtspraak geen uitgebreid debat is geweest over het vermogensschadebegrip. Daar spitste de jurisprudentie zich immers meteen al toe op de vraag onder welke voorwaarden een benadeelde recht heeft op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel en hoe zulke immateriële schade vervolgens begroot moet worden. Ingewikkelde interpretaties van het vermogensschadebegrip waren in het Engelse recht simpelweg niet nodig om een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verder te ontwikkelen.

Kortom, de achterliggende vraag lijkt toch steeds te zijn of gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen of niet. De vraag of gemist onstoffelijk voordeel moet worden gekwalificeerd als vermogensschade, immateriële schade of iets daartussen in, wordt pas relevant wanneer dat gevolgen heeft voor de vergoedbaarheid ervan. Omgekeerd beïnvloeden de verschillen in vergoedbaarheid van vermogensschade en ander nadeel ook hoe gemist onstoffelijk voordeel wordt gekwalificeerd in een rechtsstelsel. Juist de beperkte mogelijkheden voor rechters om smartengeld toe te kennen, lijken er in het Nederlandse en het Duitse recht toe hebben geleid dat in de rechtspraak het vermogensschadebegrip is verruimd.

De kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel gaat dus niet vooraf aan de vergoedbaarheid ervan, maar valt er grotendeels mee samen. In een normatieve discussie komt aan de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel dan ook geen zelfstandige betekenis toe. De aandacht kan meteen worden gericht op de achterliggende vraag of zulk nadeel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen of niet.

10.2 Immateriële contractuele belangen en compensatie

10.2.1 Het vermogensrecht en immateriële belangen

Aan het einde van de negentiende eeuw woedde in de Nederlandse literatuur een fundamenteel debat over de vraag of voor het ontstaan van een verbintenis uit overeenkomst vereist is dat de prestatie waartoe de schuldenaar zich verplicht, voor de schuldeiser een zekere economische waarde heeft.[20] Deze discussie was overgewaaid uit het buitenland en dan met name uit Duitsland. Daar had een Zwitserse civielrechtelijke procedure over een spoorlijn tot debat geleid. Enkele Zwitserse kantons wilden een nieuwe spoorlijn realiseren: de Gäubahn. Verenigd in een gezamenlijk comité sloten zij een overeenkomst met spoorwegmaatschappij Die Schweizerische Centralbahn. Deze spoorwegmaatschappij verplichtte zich tot de aanleg van de door de kantons gewilde spoorlijn en kreeg in ruil daarvoor de benodigde concessies en vergunningen

20 Zie daarover: Drucker *RM* 1892, p. 176-242. Drucker werd zelf geïnspireerd door Von Jhering *Jh. Jb.* 1880, p. 126 e.v.

om deze spoorlijn te exploiteren. Vanwege economische tegenspoed rondde de spoorwegmaatschappij de aanleg van het nieuwe traject niet af. Het comité vorderde vervolgens in rechte nakoming van de contractuele verplichting van de spoorwegmaatschappij om een nieuwe spoorlijn te realiseren. De spoorwegmaatschappij stelde zich onder meer op het standpunt dat op haar geen afdwingbare verbintenis rustte om de spoorlijn aan te leggen, nu het realiseren ervan geen economische waarde had voor de kantons. De spoorlijn diende immers 'slechts' het publieke belang dat Zwitserland beter ontsloten zou worden en leverde het comité van kantons zelf geen enkele winst, opbrengsten of ander financieel gewin op. Om die reden zou er geen sprake zijn van een afdwingbare verbintenis. Zowel het comité als de spoorwegmaatschappij gaf verschillende rechtsgeleerden de opdracht om een juridisch advies (*Gutachten*) te geven over dit verweer. Deze adviezen vonden vervolgens hun weg naar Nederland.[21]

In Nederland was onder andere Asser van mening dat pas van een verbintenis sprake kon zijn wanneer de bedongen prestatie een zekere economische waarde heeft.[22] Het vermogensrecht beschermt immers uitsluitend het vermogen. Bovendien bestond er de angst dat zonder dit vereiste van economisch belang tal van informele en vriendschappelijke beloftes en afspraken rechtens afdwingbaar zouden worden en dat het contractenrecht oeverloos zou uitdijen.[23] Volgens Drucker was de gedachte dat het privaatrecht uitsluitend het vermogen van rechthebbenden beschermt, onjuist. Er zijn immers tal van voorbeelden waaruit blijkt dat het vermogensrecht ook de immateriële belangen van contractspartijen beschermt en waarborgt. Zo kan een eigenaar ook een zaak revindiceren wanneer deze geen enkele economische, maar wel een emotionele waarde heeft, zoals een fotoalbum met familiefoto's. Een bewaarnemer is in vergelijkbare zin ook verplicht een door hem bewaarde zaak terug te geven wanneer deze geen enkele economische waarde heeft. Deze en andere voorbeelden bewezen volgens Drucker dat 'het privaatrecht zich in ruimen omvang bezighoudt met rechten, wier beteekenis niet door een zeker aantal guldens en centen kan worden voorgesteld'.[24] De angst dat er geen enkel criterium meer zou bestaan om de vriendschappelijke beloftes en toezeggingen te onderscheiden van rechtens afdwingbare verbintenissen, leek hem overtrokken. Aan de hand van de *wil* van partijen kan een rechter immers bepalen of zij zich contractueel hebben verbonden of niet. Bovendien zou vereist blijven dat een partij voldoende belang heeft bij het in rechte afdwingen van een verbintenis. Voldoende belang is, volgens Drucker, echter ruimer dan econo-

21 Zie voor een overzicht van deze adviezen: Drucker *RM* 1892, p. 195.
22 Het standpunt van Asser blijkt uit Drucker *RM* 1892, p. 205 en 217 en *Asser/Van Goudoever* 1913, p. 8-9.
23 Zie daarover met name: Küppers 1976, p. 5-6.
24 Drucker *RM* 1889a, p. 18 en Drucker *RM* 1892, p. 214. Zie ook: *Asser/Van Goudoever* 1913, p. 9.

misch belang en kan ook gelegen zijn in het verkrijgen van onstoffelijk voordeel.[25] Door te vereisen dat een contractspartij een economisch belang moet hebben in een contractuele verbintenis, zou een grote groep overeenkomsten niet afdwingbaar zijn, zoals een overeenkomst die een contractspartij het recht geeft een concert of theatervoorstelling bij te wonen.[26] Tal van overeenkomsten en individuele bedingen beogen immers uitsluitend om een contractspartij een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Door het vereiste van een economisch belang zou er een 'gevoelige leemte' in het Nederlandse recht ontstaan: 'tal van maatschappelijke behoeften zullen in hunne bevrediging worden belemmerd'.[27]

In het Duitse recht beslechtten uiteindelijk de ontwerpers van het BGB dit fundamentele twistpunt. Ten aanzien van de wettelijke bepaling over de verbintenis overwogen zij dat 'ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers' niet tot het 'Wesen der Obligation' behoort. In een moderne samenleving strekken verbintenissen niet slechts tot het verschaffen van economisch voordeel, maar kan een contractspartij een verbintenis ook aangaan om 'idëele goederen' te verkrijgen.[28]

Tegenwoordig lijkt ook in het Nederlandse recht de gedachte dat het vermogensrecht niet uitsluitend economische belangen, maar ook de immateriële belangen van rechthebbenden beschermt nauwelijks meer omstreden te zijn. Zo schrijft Bloembergen:

> 'Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling is niet vol te houden dat emotionele belangen in het vermogensrecht geen rol spelen, dat het […] in het vermogensrecht "alleen om de poen" draait.'[29]

Er is in de Nederlandse literatuur nog enige discussie over de vraag of ook zuiver emotionele belangen, zoals het verwerken van het verlies van een overleden kind, door het vermogensrecht worden beschermd. Het omstreden arrest *Jeffrey* en de daaropvolgende rechtspraak van de Hoge Raad over het belangvereiste bieden misschien nog enige steun voor de gedachte dat dit niet zo zou zijn.[30]

---

25 Drucker *RM* 1892, p. 201. p. 214-215.

26 Drucker *RM* 1892, p. 178-192 somt een rits aan voorbeelden van overeenkomsten en bedingen op die tot onstoffelijk voordeel strekken.

27 Drucker *RM* 1892, p. 215.

28 Zie daarover, met verwijzingen naar de Duitse parlementaire geschiedenis: Küppers 1976, p. 5-6.

29 Bloembergen, par. 2, in zijn annotatie onder HR 5 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, *NJ* 2000/63 (*Bigamie*).

30 HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*), r.o. 3.5. Zie over dit arrest de discussie tussen Van Maanen *NTBR* 1999, p. 47-49 en Nieskens-Ipshording *NTBR* 1999, p. 137-138. Een vraag is nog in hoeverre de Hoge Raad in HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, *NJ* 2010/172 (*Chipshol*), r.o. 3.6 is teruggekomen van deze lijn. Zie over het belangvereiste recent, met verdere verwijzingen: Gillaerts & Keirse *MvV* 2020, p. 409-419.

Buiten kijf staat echter dat het Nederlandse vermogensrecht tegenwoordig ook immateriële *contractuele* belangen erkent en waarborgt. Voor het ontstaan van een verbintenis uit overeenkomst is niet vereist dat de schuldeiser een economisch belang heeft in het contractuele recht. Sterker nog, uit enkele benoemde overeenkomsten, zoals de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst, vloeien verbintenissen voort die uitsluitend immateriële belangen dienen.[31] Het verweer van de spoorwegmaatschappij dat uit een overeenkomst geen geldige verbintenis voortvloeit wanneer de contractuele prestatie waartoe de overeenkomst verplicht, de schuldeiser geen economisch, maar slechts onstoffelijk voordeel verschaft, heeft in het huidige Nederlandse recht geen enkele kans van slagen. De gedachte bevreemdt dat op Brouwer Motors geen verbintenis zou rusten om aan Burger een rallymotor ter beschikking te stellen, omdat deze prestatie Burger slechts het onstoffelijke voordeel van deelname aan de Dakar Rally zou verschaffen. Het lijkt eveneens onverdedigbaar dat op een advocaat geen inspanningsverbintenis zou rusten om zijn cliënt zo goed mogelijk bij te staan, omdat zijn cliënt in een gerechtelijke procedure uitsluitend een immaterieel belang heeft, zoals het voorkomen van een ontvoering van zijn kinderen naar het buitenland.[32]

Deze erkenning van immateriële belangen laat zich vanuit het beginsel van contractsvrijheid eenvoudig verklaren. Het zou strijdig zijn met het beginsel dat contractspartijen zelf mogen bepalen tot welke contractuele verplichtingen zij zich verbinden, als vervolgens uitsluitend de door hun gesloten overeenkomsten waarin zij een economisch belang hebben in rechte afdwingbaar zouden zijn. Het is immers goed mogelijk dat een contractspartij gebonden *wil* zijn aan een overeenkomst die haar geen economisch voordeel, maar uitsluitend onstoffelijk voordeel verschaft.[33]

31 Zie: *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/27.

32 Men kan natuurlijk verdedigen dat zowel Burger als het Comité geen immaterieel belang, maar een vermogensbelang hebben in de overeenkomst. Het recht op de motor of de aanleg van een spoorlijn heeft zeker enige economische waarde. In het Duitse recht is ook discussie geweest over de reikwijdte van het begrip vermogensbelang. Die discussie vertoont gelijkenissen met de discussie over de vraag of het missen van onstoffelijk voordeel vermogensschade of immateriële schade is, zie daarover: Küppers 1976, p. 5-17. Hoe men zulke belangen ook kwalificeert, geen discussie bestaat over de vraag of zulke belangen erkend en gewaarborgd worden in het huidige vermogensrecht.

33 Nieuwenhuis 1979, p. 63 verdedigt: 'Het autonomie-beginsel verzet zich tegen het aannemen van contractuele gebondenheid daar, waar die gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.' Het omgekeerde is in dit verband net zo goed waar. Contractsvrijheid verzet zich *ook* tegen het aannemen van contractuele *on*gebondenheid, waar die *on*gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.

10.2.2 Schadevergoeding en gemist onstoffelijk voordeel

De juridische erkenning van immateriële contractuele belangen heeft ook consequenties voor het schadevergoedingsrecht. Met schadevergoeding wordt geprobeerd een benadeelde zoveel als mogelijk is in de positie te plaatsen waarin hij zou hebben verkeerd als een bepaalde normschending, zoals een wanprestatie, niet zou hebben plaatsgevonden.[34] Daarvoor moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de benadeelde zich ná de normschending bevindt en de hypothetische situatie waarin hij zou zijn geweest wanneer de schadeveroorzaker zijn rechtsplichten, bijvoorbeeld zijn contractuele verplichtingen, wel zou zijn nagekomen. Het negatieve verschil tussen zijn huidige situatie en de hypothetische situatie zonder normschending vormt de schade van de benadeelde.[35] Met het toekennen van schadevergoeding wordt vervolgens beoogd deze schade zo volledig mogelijk te compenseren. Dit beginsel van volledige compensatie schrijft voor dat een benadeelde geen lager, maar zeker ook geen hoger geldbedrag zou moeten krijgen dan de door hem geleden schade.[36] Daaruit volgt ook dat schade zo concreet mogelijk moet worden berekend. Bij de vergelijking worden alle omstandigheden meegewogen, zodat de schade van de benadeelde zo precies en nauwkeurig mogelijk wordt benaderd.[37]

Door een benadeelde volledige compensatie te bieden voor geleden schade, draagt het schadevergoedingsrecht bij aan het overkoepelende doel van het aansprakelijkheidsrecht: de bescherming van juridisch erkende belangen. Het recht kent aan zijn rechtssubjecten allerlei rechten toe die ertoe strekken hun belangen te beschermen.[38] Het recht biedt hen vervolgens allerlei mogelijkheden om deze rechten te handhaven. Zo kan een rechthebbende nakoming van rechtsplichten vorderen, eventueel onder last van een dwangsom. Het komt desondanks geregeld voor dat de primaire rechten van een rechthebbende worden geschonden, waardoor zijn belangen worden aangetast en hij schade lijdt. Schadevergoeding heeft tot doel om de ontstane schade zo volledig mogelijk te compenseren en zodoende de situatie waarin de primaire rechtsplicht zou zijn nageleefd zo goed als mogelijk is te benaderen. Het schadevergoedingsrecht biedt zogezegd 'nazorg' bij schendingen van rechtsnormen. Het draagt bij aan de handhaving van rechten en de bescherming van belangen door achteraf compensatie voor het geleden nadeel te bieden wanneer een

34 Bloembergen 1965, p. 13; Lindenbergh 2014, p. 8 en Hebly 2019, p. 30.

35 Bloembergen 1965, p. 13-20. Dit is ook vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zie recent bijvoorbeeld: HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *RvdW* 2019/286 (*Woonoppervlakte*), r.o. 3.4.2.

36 Zie uitgebreider: Lindenbergh 2014, p. 17-18; Tjong Tjin Tai 2017, p. 4 en Hebly 2019, p. 30-33.

37 Zie uitgebreider: Lindenbergh 2014, p. 51-52 en Tjong Tjin Tai 2017, p. 4.

38 Bloembergen 2002, p. 14-15; Lindenbergh 2014, p. 8-11; Hebly 2019, p. 29-30, p. 31 en Van Dam 2020, p. 29.

rechtsnorm is geschonden.[39] Het doel van het schadevergoedingsrecht is dus niet zozeer gelegen in het vergoeden van geleden schade an sich, maar in de bescherming van juridisch erkende belangen of, zoals Van Dam het zegt:

> 'Achter de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, ligt daarom de vraag welke rechten en belangen in het aansprakelijkheidsrecht worden beschermd.'[40]

Het vermogensrecht erkent ook immateriële belangen. Onterecht is dan ook de conclusie van Verburg dat het doorslaggevende argument voor het vergoeden van smartengeld 'weinig juridisch', maar voornamelijk 'rechtspolitiek van aard' is.[41] De juridische rechtvaardiging van smartengeld is gelegen in het feit dat het Nederlandse vermogensrecht ook de achterliggende immateriële belangen van rechthebbenden erkent en beschermt. Een slachtoffer van een verkeersongeval heeft recht op smartengeld voor het door hem opgelopen letsel, omdat het burgerlijke recht niet alleen zijn economische belangen – zoals zijn mogelijkheid om een inkomen te verwerven en de waarde van zijn auto – beschermt, maar ook zijn immateriële belang van geestelijke en lichamelijke gezondheid. De werkelijke rechtspolitieke vraag is welke belangen het burgerlijke recht zou moeten beschermen en welke niet. Zodra de keuze is gemaakt om een immaterieel belang binnen het vermogensrecht te erkennen – zoals bij de eer en goede naam of de geestelijke en lichamelijke gezondheid is gedaan – volgt daar in beginsel uit dat bij een aantasting van dat belang een benadeelde recht zou moeten hebben op een vergoeding van het daardoor ontstane immateriële nadeel.[42]

Zoals bleek, erkent het vermogensrecht ook het immateriële belang van een contractspartij bij het verkrijgen van het met een overeenkomst nagestreefde onstoffelijke voordeel. Een contractspartij kan dan ook nakoming vorderen van contractuele verplichtingen die haar uitsluitend een onstoffelijk voordeel verschaffen. Als Burger voor aanvang van de Dakar Rally zou hebben ontdekt dat de gehuurde rallymotor niet goed functioneerde, zou hij zonder twijfel in rechte hebben kunnen afdwingen dat Brouwer Motors deze zou hebben hersteld of een vervangend exemplaar ter beschikking zou hebben gesteld. Uit deze juridische erkenning van immateriële contractuele belangen volgt dat een benadeelde in beginsel recht zou moeten hebben op schadevergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, wanneer hij dit voordeel als gevolg van een wanprestatie is misgelopen.

De ontwerpers van het BGB voelden zich genoodzaakt om uit te leggen waarom het BGB wel erkende dat van een geldige verbintenis sprake kan zijn

39 Aldus Hebly 2019, p. 30.
40 Van Dam 2020, p. 29.
41 Verburg 2009, p. 17-18.
42 In die zin ook Van Dam 2020, p. 49.

wanneer deze slechts tot onstoffelijk voordeel strekt, maar een benadeelde desondanks géén recht heeft op smartengeld wanneer zijn wederpartij zulke verbintenissen niet nakomt en hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel daardoor misloopt.[43] Dit vormt immers een uitzondering op het beginsel dat bij een aantasting van een rechtens beschermd belang alle schade vergoed moet worden. De vraag is dus niet, zoals Verburg lijkt te impliceren, wat het toekennen van schadevergoeding in zulke gevallen rechtvaardigt, maar juist wat rechtvaardigt dat immateriële schade *niet* volledig voor vergoeding in aanmerking komt.[44] Een deel van de Engelse literatuur is zich hiervan eveneens bewust gebleken:

> 'It is thus not the general availability but the general unavailability of damages for non-pecuniary loss that conflicts with the basic principle and needs to be justified.'[45]

Ook in het Nederlandse recht zou het uitgangspunt moeten zijn dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, tenzij er een goed argument bestaat om een benadeelde dat recht te ontzeggen. Zulke argumenten zijn zeker te vinden in de literatuur, de rechtspraak en de parlementaire geschiedenis, maar geen van deze argumenten blijkt bij nadere bestudering overtuigend te zijn.

10.3 De onvolkomenheid van de compensatiefunctie

10.3.1 De compensatiefunctie onder vuur

Gemist onstoffelijk voordeel heeft enkele belangrijke eigenschappen gemeen met immateriële schade. Het meest fundamentele argument ter rechtvaardiging van een beperking aan de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel komt er in de kern op neer dat compensatie van zulke schade vanwege dit immateriële karakter helemaal niet mogelijk zou zijn. In de Nederlandse literatuur bestaat er consensus over de onvolkomenheid van de compensatiefunctie in gevallen van immateriële schade.[46] Met name ten aanzien van gemist onstoffelijk voordeel valt er echter het nodige op dit onvolkomenheidsargument af te dingen.

---

43 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*). Zie uitgebreider: § 4.2.2.2.

44 Zie eerder reeds: Beumers *NTBR* 2016, p. 176-177.

45 Harder 2010, p. 105. Zie uitgebreider: § 5.4.5.

46 Een deel van de literatuur ziet daarin een reden om smartengeld niet of slechts terughoudend toe te kennen, zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 2014, p. 11 en eerder Lindenbergh 1998, p. 50-51. Een ander deel van de literatuur verzet zich niet zozeer tegen het toekennen van smartengeld, maar is van mening dat het toekennen ervan een ander doel heeft dan het bieden van compensatie, zie met name: Verheij 2002, p. 433-444.

10.3.2 Geringe immateriële schade verdwijnt vanzelf

Volgens Verheij volgt reeds uit de aard van immateriële schade dat, behalve bij blijvend geestelijk of lichamelijk letsel, compensatie niet mogelijk is. Naar zijn mening is er namelijk een belangrijk verschil tussen vermogensschade en immateriële schade. Vermogensschade, zo betoogt hij, verdwijnt nooit vanzelf. Als een benadeelde € 100 kwijtraakt door de fout van een ander, is hij zonder schadevergoeding blijvend € 100 armer dan hij zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder deze fout. Zelfs wanneer hij door puur toeval een aanzienlijk geldbedrag verkrijgt, bijvoorbeeld door het winnen van een loterij, blijft deze benadeelde € 100 armer dan hij zou zijn geweest zonder de fout.[47] Bij immateriële schade is dat anders. 'Een inbreuk op de privacy, een aantasting van de eer en goede naam, geluidshinder en een trage afwikkeling van de schade door een verzekeraar' hebben als kenmerkend karakteristiek dat de daardoor ontstane schade vanzelf zal verdwijnen:

> 'Het – soms wat cynische – gezegde dat tijd alle wonden heelt, gaat hier op.'[48]

Verheij vervolgt:

> 'Als in veel gevallen vaststaat dat de immateriële schade op termijn verdwijnt, is het vanuit [het compensatieperspectief] niet goed te rechtvaardigen dat compensatie moet plaatsvinden.'[49]

Er moet immers een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie na de normschending en de hypothetische situatie dat er geen normschending zou zijn geweest. Omdat immateriële schade vanzelf verdwijnt, laat deze vergelijking op termijn geen verschil meer zien tussen beide situaties. Met andere woorden, de benadeelde lijdt, als men maar lang genoeg wacht, geen schade meer, aldus Verheij. De benadeelde hoeft dan ook niet gecompenseerd te worden.[50]

Verheij ziet in zijn vergelijking een essentieel verschil tussen de situatie ná de normschending en de hypothetische situatie dat er geen normschending zou zijn geweest over het hoofd. Het komt ongetwijfeld voor dat een huurder die door een wanprestatie van zijn woningbouwcorporatie enkele maanden te kampen heeft met een rattenplaag, weer met plezier in zijn huis woont, zodra de verhuurder eindelijk iets tegen deze overlast onderneemt.[51] Het is zelfs mogelijk dat de huurder op den duur vergeet hoe vervelend het was

47 Verheij 2002, p. 435. In vergelijkbare zin ook: Emmering *NJB* 1967, p. 1180-1181.
48 Verheij 2002, p. 435 en recent Verheij *NJB* 2020, p. 825.
49 Verheij 2002, p. 436.
50 Verheij 2002, p. 435-436.
51 Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3155, *WR* 2013/120 m.nt. De Waal (*Rattenplaag*).

dat er ratten door zijn keuken renden. Daaruit volgt alleen niet, zoals Verheij verdedigt, dat de huurder dus geen immateriële schade heeft geleden. Een vergelijking tussen zijn huidige situatie na de wanprestatie en de hypothetische situatie dat de verhuurder zijn contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, laat wel degelijk een verschil zien. In de hypothetische situatie zou er immers helemaal geen rattenplaag zijn geweest, óók niet gedurende de maanden dat de verhuurder in strijd met zijn contractuele verplichtingen niets tegen de overlast ondernam. In de hypothetische situatie zou de huurder de gehele tijd het ongestoorde genot van zijn woning hebben gehad, terwijl hij nu vijf maanden overlast heeft ervaren. De huurder is dus wel degelijk slechter af door de wanprestatie en lijdt dus ook gewoon immateriële schade.

Uit het feit dat immaterieel nadeel op den duur weer verdwijnt, volgt juist dat er kennelijk een bepaalde periode zulk nadeel is geweest. Het door Verheij aangehaalde gezegde dat de tijd alle wonden heelt, impliceert dat er wonden waren, die genezing behoefden. In de hypothetische situatie zonder de fout zou van zulke wonden überhaupt geen sprake zijn geweest.[52] Dat uit de 'tijdelijke aard' van immateriële schade zou volgen dat compensatie niet mogelijk is, is dus een misvatting, die berust op een onjuiste vergelijking tussen de situatie na de normschending en de hypothetische situatie waarin deze normschending zou zijn uitgebleven.

10.3.3 Geld en immateriële schade zijn ongelijke grootheden

Tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW voerde Minister van Justitie Donker een principieel argument tegen smartengeld aan:

> 'Geld en zieleleed zijn te ongelijke grootheden dan dat zij tegen elkaar dienen opgewogen te worden.'[53]

Ook een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat immateriële schade niet in geld uitgedrukt kan worden. Volgens Stolker is het principieel onmogelijk om leed te vergoeden met geld. Het gaat immers om verschillende grootheden. Leed, zo betoogt hij, kan naar zijn aard enkel worden gecompenseerd met vreugde.[54] Ook andere auteurs wijzen erop dat geld maar in beperkte mate kan bijdragen aan het concrete herstel van immateriële schade.

---

52 Wanneer Verheijs redenering wordt doorgetrokken naar tijdelijk letsel, wordt meteen duidelijk wat er aan de argumentatie schort. Het zou bijzonder onredelijk zijn wanneer een dader het slachtoffer van een verkeersongeval geen smartengeld verschuldigd zou zijn, omdat wanneer de zitting eenmaal plaatsvindt de gebroken arm en de gekneusde ribben van het slachtoffer al weer zijn genezen. Dat de Hoge Raad het ook zo ziet, blijkt uit: HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147 (*Blauw oog*).

53 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372 (MvA II)

54 Stolker *RMThemis* 1988, p. 1-5.

Dat rechtvaardigt volgens Lindenbergh ten dele waarom het Nederlandse recht zo terughoudend is met het toekennen van smartengeld.[55] Het argument gaat vaak gepaard met ethische bedenkingen. Zo werd tijdens de parlementaire behandeling van het Nieuw BW aangevoerd dat het toekennen van smartengeld zou kunnen leiden tot het vercommercialiseren van verdriet.[56]

Dit argument heeft een zekere gevoelsmatige overtuigingskracht in gevallen van zwaar leed en ernstig verdriet die het gevolg zijn van een aantasting van fundamentele persoonlijke belangen. Het verdriet dat het gevolg is van het verlies van een kind en het leed dat gepaard gaat met ernstig blijvend letsel, lijkt op het eerste gezicht niet in een geldbedrag uit te drukken te zijn. Ook valt nauwelijks in te zien hoe een geldbedrag zulk leed ooit zou kunnen goedmaken of wegnemen. Zodra het echter niet meer om zulke ernstige gevallen van immateriële schade gaat, maar juist om meer alledaagse ongenoegens en ergernissen is dit argument beduidend minder overtuigend. Om immaterieel nadeel van zulke orde zal het in de regel gaan wanneer een benadeelde door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, zoals het genot van een vakantie. In deze gevallen zijn geld en gemist onstoffelijk voordeel helemaal niet zulke fundamenteel verschillende grootheden. Een contractspartij heeft immers in de regel bepaalde uitgaven gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen.[57] Het met overeenkomsten nagestreefde onstoffelijke voordeel wordt in het economische verkeer regelmatig in een geldbedrag uitgedrukt en op geld gewaardeerd. Het lijkt daarmee in de regel gewoon mogelijk om met een geldbedrag compensatie te bieden voor zulk gemist onstoffelijk voordeel. In de vooroorlogse Nederlandse literatuur was er dan ook consensus dat een benadeelde juist voor zulke alledaagse vormen van immateriële schade, zoals gemist plezier en genot, recht zou moeten hebben op smartengeld. In zulke gevallen is compensatie met een geldbedrag immers helemaal niet problematisch.[58]

Aan het argument ligt bovendien de veronderstelling ten grondslag dat compensatie voor immateriële schade onvolkomen is wanneer schadevergoeding geen herstel biedt of, anders gezegd, de immateriële schade niet 'goedmaakt'. Omdat een geldbedrag het geleden nadeel niet wegneemt, is ook compensatie eigenlijk niet goed mogelijk, lijkt de achterliggende gedachte te zijn.[59] Stolker is daar zeer duidelijk over:

---

55 Lindenbergh 2014, p. 11 en Verheij *NJB* 2020, p. 824-825.

56 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 384-385 (De Gaay Fortman).

57 Zie daarover: § 2.4.

58 Zie uitgebreider hierboven: § 3.2.3.1. In het huidige debat bevreemdt deze gedachte kennelijk, zie bijvoorbeeld: Verheij 2002, p. 410, die dat 'nauwelijks verdedigbaar' vindt.

59 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 2014, p. 18: 'Hoewel over de ratio van [het recht op smartengeld] tijdens de parlementaire behandeling betrekkelijk weinig is gezegd, is zij vermoedelijk deels terug te voeren op de beperkte mogelijkheid om, als het gaat om immateriële schade, aan herstel of benadering daarvan door compensatie bij te dragen.'

> 'Smartegeld is naar mijn mening *uiteindelijk* géén vergoeding voor een verloren been, voor littekens in het gezicht of voor het verlies van reuk of goede smaak […]. Dat kan ook niet, want wat is (het verdriet om) een verloren been waard? Smartegeld moet naar mijn oordeel worden beschouwd in relatie tot zijn doel: het verschaffen van vreugde. Dus geen compensatie-*op-zichzelf*, maar compensatie-*teneinde.* Als dat doel niet kan worden behaald, behoort ook geen smartegeld te worden toegekend.'[60]

Stolker miskent daarmee de juridische betekenis van compensatie en de zelfstandige rol die de compensatiefunctie in het vermogensrecht vervult naast de herstelfunctie. Schadevergoeding kan zeker bijdragen aan herstel – zo stelt een vergoeding van de reparatiekosten voor een beschadigde auto de benadeelde in staat zijn auto te herstellen – maar schadevergoeding beoogt hoofdzakelijk om de benadeelde te compenseren voor zijn nadeel door hem in plaats van feitelijk herstel *een geldbedrag van gelijke waarde* toe te kennen.[61] Compensatie vervult zo een essentiële functie in gevallen dat herstel onmogelijk is. Juist in zulke gevallen kan de benadeelde slechts nog worden gecompenseerd. Hem kan uitsluitend nog een geldbedrag worden toegekend met een waarde die de door hem onomkeerbaar geleden schade zo veel mogelijk benadert.

Bij vermogensschade is deze verhouding tussen herstel en compensatie onomstreden. De feiten uit de Engelse zaak *Aerial Advertsing v. Batchelors Peas* illustreren dat. In 1937 gaat Batchelors Peas een overeenkomst aan met Aerial Advertising, een reclamebureau dat zogenoemde luchtreclame verzorgt. Afgesproken wordt dat gedurende negen maanden iedere ochtend dat het helder weer is, een vliegtuigje van het luchtreclamebedrijf zal rondvliegen met een spandoek met daarop de tekst: 'Eat Batchelors Peas'. 11 november 1937 is een heldere dag en ook op die ochtend stijgt een piloot van het luchtreclamebedrijf op. Deze piloot vergeet alleen dat het Remembrance Day is – het Engelse equivalent van Dodenherdenking – waardoor precies gedurende de twee minuten stilte tijdens een herdenking in Manchester het vliegtuigje met de slagzin van Batchelors Peas voorbij vliegt. Dit leidt uiteraard tot publieke verontwaardiging en negatieve aandacht in de media. Batchelors Peas ontvangt boze brieven en klanten weigeren zijn producten nog te kopen. Het merk loopt, anders gezegd, onherstelbare reputatieschade op door de fout van Aerial Advertising.[62] Geen geldbedrag van Aerial Advertisement kan de imagoschade van Batchelors Peas ongedaan maken, maar daaruit volgt geenszins dat compensatie voor het geleden nadeel ook niet meer goed mogelijk is. Sterker nog, juist het feit dat herstel van de fout onmogelijk is, biedt een rechtvaardiging om Aerial Advertising dan maar te verplichten om met een geldbedrag

60 Stolker *RMThemis* 1988, p. 21-22.
61 In vergelijkbare zin: Verheij 2002, p. 410-411 en Hebly 2019, p. 34.
62 *Aerial Advertising Co v. Batchelors Peas Ltd* [1938] 2 All ER 788 (KB).

compensatie te bieden voor de door hun vergissing veroorzaakte vermogensschade, zoals voor de teruggelopen verkoop van potjes erwten.

Met andere woorden, het compenseren van de benadeelde met een geldbedrag vormt juist een essentieel alternatief wanneer feitelijk herstel van de schade niet meer mogelijk is.[63] Dat is bij immateriële schade niet anders. Veelal kan de geleden immateriële schade, zoals letsel, niet meer ongedaan worden gemaakt. In zulke gevallen is het gerechtvaardigd om de benadeelde te compenseren en hem in plaats van herstel iets anders te bieden, zoals een geldbedrag van gelijke waarde. Terecht geeft Lindenbergh aan dat schadevergoeding in zulke gevallen een *next best* is.[64] Dat is echter geen reden om dan maar van het toekennen van smartengeld af te zien. Het vormt juist een belangrijke rechtvaardiging om de benadeelde te compenseren. Het doel blijft immers om de benadeelde zoveel als mogelijk is in de positie te plaatsen waarin hij zonder de normschending zou zijn geweest.[65]

10.3.4 Het bestaan van immateriële schade kan niet objectief worden vastgesteld

Compensatie van immateriële schade zou daarnaast niet goed mogelijk zijn vanwege de moeilijke objectiveerbaarheid ervan. Lichamelijk en geestelijk letsel zijn nog objectief vast te stellen, maar voor andere vormen van immateriële schade zou dat niet mogelijk zijn. Of een benadeelde zich daadwerkelijk minder gelukkig voelt, is uiteindelijk zuiver subjectief. Dit probleem doet zich ook voor bij gemist onstoffelijk voordeel: de ene vakantieganger lacht het slechte hotel weg en geniet alsnog volop van zijn vakantie, terwijl een beroerd bed de vakantie van een ander volledig kan verpesten. Verheij is dan ook van mening dat het 'praktisch onmogelijk' is om te weten of iemand in zulke gevallen immateriële schade lijdt. Het nadeel is 'principieel niet vast te stellen'.[66] Dit bezwaar gaat veelal gepaard met de angst voor simulatie of fraude door benadeelden, die hun leed zouden aanzetten om er zo een financieel voordeeltje uit te slaan.[67]

Een relativering van dit probleem is op haar plaats. Het vermogensrecht stelt de rechter immers vaker voor de taak om te bepalen of aan zuiver subjectieve criteria is voldaan.[68] Sommige wettelijke normen vereisen bijvoorbeeld

63 Hebly 2019, p. 34.
64 Lindenbergh 2014, p. 8.
65 In algemene zin: Lindenbergh 1998, p. 33-35; Lindenbergh 2014, p. 11 en *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/140. Onder het Oud BW betoogden Verburgh *AA* 1975, p. 327; *Asser/Rutten* 1978, p. 192 en Overeem 1979, p. 26 dit reeds.
66 Verheij 2002, p. 436, 437 (voetnoot 17) en Verheij *NJB* 2020, p. 825.
67 Verheij *NJB* 2020, p. 825.
68 Denk bijvoorbeeld ook aan de belangrijke rol van de subjectieve wil van een partij bij de totstandkoming van rechtshandelingen (art. 3:33 BW).

subjectieve kennis van een feit of dat een dader opzettelijk heeft gehandeld.[69] Wat iemand weet en welke beweegredenen hij heeft om iets doen, zijn ook zuiver subjectief. Een rechter zou eigenlijk 'in iemands hoofd moeten kunnen kijken' om zeker te weten of aan zulke subjectieve vereisten is voldaan.[70] Nu dat niet mogelijk is, beoordelen rechters aan de hand van objectieve gegevens op een indirecte wijze of iemand bijvoorbeeld subjectieve kennis had van een feit of omstandigheid. Zo kan soms uit geschriften, zoals brieven en notulen, of uit getuigenverklaringen blijken dat iemand op een zeker tijdstip bepaalde kennis daadwerkelijk bezat.[71] Daarnaast rechtvaardigen de omstandigheden van het geval soms het feitelijke vermoeden dat iemand van een feit op de hoogte was. Wanneer het vaststaat dat iemand een brief heeft ontvangen, is bijvoorbeeld het feitelijke vermoeden gerechtvaardigd dat hij van de inhoud ervan ook kennis heeft genomen.[72]

Op vergelijkbare wijze vereist de Hoge Raad bij ernstige schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten tegenwoordig uitdrukkelijk dat een benadeelde aan de hand van concrete gegevens aannemelijk maakt dat de normschending nadelige gevolgen voor hem heeft gehad.[73] Verheij is kritisch over deze nieuwe lijn. Hij vreest dat het toekennen van smartengeld hierdoor een bijzonder subjectieve aangelegenheid en een 'kwestie van onderbuikgevoel' wordt:

> 'Krijgt de bejaarde vrouw die een emotioneel verhaal heeft vanwege een inbraak waarbij haar huis volledig overhoop werd gehaald, nu smartengeld en de Groningse boer die hetzelfde is overkomen, maar die het hart niet op de tong heeft, niet?'[74]

Deze angst lijkt onterecht, niet in de laatste plaats omdat de Hoge Raad reeds te kennen heeft gegeven dat een enkele persoonlijke verklaring van de benadeelde over de nadelige gevolgen van de normschending niet volstaat om het bestaan van immateriële schade aan te nemen.[75] Net zoals bij het bewijs van subjectieve kennis, zullen de negatieve gevolgen van de normschending afgeleid moeten worden uit geschriften, bijvoorbeeld uit brieven of berichten aan vrienden en familie, getuigenverklaringen of uit de omstandigheden van het geval. Een rechter kan aan de hand van zulke gegevens beoordelen of het objectief aannemelijk is dat een benadeelde immateriële schade heeft geleden of niet. Het valt niet in te zien waarom rechters daartoe bij het vaststellen van

69 Katan 2017, p. 27-28.
70 Katan 2017, p. 44 onder verwijzing naar: Hartlief *WPNR* 2005, p. 953.
71 Katan 2017, p. 45.
72 Katan 2017, p. 28-29.
73 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenbergh (*EBI*), r.o. 4.2.1. Zie uitgebreider: § 3.4.3.2.
74 Lindenbergh 2014, p. 131 en Verheij *NJB* 2020, p. 829.
75 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.5. Zie uitgebreider: § 3.4.3.2.

immateriële schade meer of minder goed in staat zouden zijn dan bij de toetsing van andere zuiver subjectieve vereisten.

10.3.5 Immateriële schade is niet te becijferen

Een laatste probleem dat in de literatuur wordt gesignaleerd, betreft de berekenbaarheid van immateriële schade. Een rechter kan misschien nog wel beoordelen of het aannemelijk is dat de benadeelde immateriële schade heeft geleden, maar hij moet deze schade vervolgens ook begroten. Het zou onmogelijk zijn om immateriële schade te becijferen, want wat is, in de woorden van Stolker, 'een verloren been waard?'.[76] Omdat voor rechters iedere maatstaf ontbreekt om de omvang van de schade te bepalen, zou het toekennen van smartengeld uitmonden in willekeur en leiden tot rechtsonzekerheid.[77] Ook is er een vrees dat rechters excessief hoge schadevergoedingsbedragen zullen toekennen.[78]

Deze angst voor willekeur en rechtsonzekerheid is enigszins selectief. Voor de begroting van vermogensschade hebben rechters immers al geruime tijd de bevoegdheid om de schade naar eigen inzicht te schatten, zodra de benadeelde aannemelijk heeft gemaakt dat hij schade heeft geleden.[79] Dat roept de vraag op waarom bij immateriële schade rechters niet het vertrouwen zou moeten worden gegeven om de omvang van de schade te schatten.[80] In de Engelse rechtspraak overwoog Lord Mustill daarover:

> 'In several fields the judges are well accustomed to putting figures to intangibles, and I see no reason why the imprecision of the exercise should be a barrier, if that is what fairness demands.'[81]

Wanneer naar de huidige praktijk ten aanzien van smartengeld wordt gekeken, bijvoorbeeld bij letsel, valt daarnaast te betwijfelen of deze selectieve angst terecht is. Weliswaar kent het Nederlandse recht geen wettelijk vastgelegd tarievenstelsel voor smartengeld bij letsel, maar de toekenning van smartengeld blijkt in zulke gevallen niet volstrekt willekeurig te zijn. De lagere rechtspraak pleegt voor vergelijkbaar letsel ook vergelijkbare smartengeldbedragen toe te kennen. Persoonlijke omstandigheden van slachtoffers spelen zeker een rol, maar er is aan de hand van eerdere rechtspraak een goede inschatting te maken

76 Stolker *RMThemis* 1988, p. 21.
77 Zie daarover: Lindenbergh 2014, p. 131 en 221.
78 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372 (MvA).
79 Lindenbergh *GS Schadevergoeding, art. 6:97 BW*, aant. 3.1 en 3.5.
80 Dit punt maakte Drucker *RM* 1892, p. 237 reeds.
81 Lord Mustill in *Ruxley Electronics & Construction Ltd v. Forsyth* [1996] AC 344 (HL), p. 361. Zie uitgebreid: § 5.4.5.

binnen welke bandbreedtes het toegekende smartengeld voor bijvoorbeeld een gebroken been zal komen te liggen.[82]

Voor gemist onstoffelijk voordeel bestaat er bovendien wel degelijk houvast om de schade te begroten. Het onstoffelijke voordeel is de benadeelde ten minste waard wat hij heeft uitgegeven om dat voordeel te verkrijgen.[83] Als dat niet zo zou zijn geweest, zou de benadeelde de uitgaven immers nooit gedaan hebben.[84] De tevergeefs gemaakte kosten vormen zo, volgens Kramer, 'a sensible starting place' om de waarde van gemist onstoffelijk voordeel te begroten.[85] Bovendien kan eventueel met een additionele billijkheidstoets, zoals het Duitse en het Nederlandse recht reeds kennen, worden voorkomen dat de tekortschietende wederpartij aansprakelijk wordt gehouden voor onverwachte of excessieve tevergeefs gedane uitgaven van de benadeelde.[86]

Het zal verder in de regel aannemelijk zijn dat het gemiste onstoffelijke voordeel de benadeelde méér waard is dan de door hem tevergeefs gemaakte kosten en dat hij een consumentensurplus zou hebben gerealiseerd als de overeenkomst zou zijn nagekomen.[87] Het is ingewikkeld om precies en nauwkeurig te berekenen hoe groot het gederfde consumentensurplus van een benadeelde is. Het valt alleen niet in te zien waarom een rechter de hoogte van dit consumentensurplus niet simpelweg zou kunnen schatten, net zoals hij bij gederfde winst en bij andere gevallen van immateriële schade al doet. Er is geen reden om aan te nemen dat zulke schattingen van het consumentensurplus zuiver willekeurig zullen uitvallen. Bovendien zou de toegekende vergoeding voor het gederfde consumentensurplus kunnen worden gerelateerd aan – of zelfs gemaximeerd door – de tevergeefs gemaakte kosten. Dat gebeurt reeds in het Duitse reisovereenkomstenrecht. Het smartengeld voor gederfd reisgenot van een tegenvallende pakketreis bedraagt maximaal eenmaal de betaalde reissom.[88] Zo'n beperking zou bijdragen aan de rechtszekerheid. De trouwfotograaf die een fotorolletje kwijtraakt weet dan namelijk waar hij aan toe is.[89] De verschuldigde schadevergoeding voor het gederfde consumen-

82 Bijvoorbeeld met behulp van het smartengeldboek van de ANWB. Zie eerder: Beumers *NTBR* 2016, p. 177.

83 Deze tevergeefs gemaakte kosten vallen verder uiteen in de contractsprijs die de benadeelde heeft betaald aan zijn tekortschietende wederpartij en eventuele uitgaven die hij bij derden heeft gedaan om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Zie daarover: § 2.4.1 en in appendix 2. Zie over de mogelijkheid om de aan de tekortschietende wederpartij betaalde contractsprijs via ontbinding terug te krijgen: § 10.6.2.3.

84 Zie uitgebreid: § 2.4.3.

85 In die zin ook Kramer 2017, p. 544-547.

86 Zie: § 6.3.2.2 en § 7.4.3.4.

87 Zie: § 2.4.3.

88 Zie: § 4.3.3.3.

89 Kg Rotterdam 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, *Prg.* 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*)

tensurplus van het bruidspaar bedraagt dan nooit meer dan eenmaal de door hem bedongen contractsprijs.[90]

10.3.6 Naar een volledige vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel

Het bieden van zo volledig mogelijke compensatie voor gemist onstoffelijk voordeel is dus gewoon mogelijk. Het toekennen van schadevergoeding voor zulk nadeel stelt rechters zeker voor enkele uitdagingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de aannemelijkheid en de berekening van de geleden schade, maar vergelijkbare moeilijkheden bieden zij bij andere leerstukken en schadeposten reeds het hoofd. Hoewel een geldbedrag de immateriële schade zelf lang niet altijd zal herstellen, vormt schadevergoeding een belangrijk alternatief om de immateriële contractuele belangen van een contractspartij te beschermen. Compensatie is in sommige gevallen de beste optie die resteert om de aantasting van het immateriële contractuele belang te redresseren. Een deel van de literatuur vindt dat desondanks zou moeten worden afgezien van het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, omdat dit nadelige economische gevolgen zou hebben.

10.4 De vermeende negatieve economische gevolgen

10.4.1 Recht en economie

In het juridische debat over smartengeld schermen zowel voorstanders als tegenstanders geregeld met economische argumenten. Minister van Justitie Donker verzette zich tegen een algemeen recht op smartengeld, met name ook in het contractenrecht. Eén van zijn argumenten raakte aan de vermeende nadelige economische gevolgen van het toekennen van zulke vergoedingen:

> 'Wanneer in België de premie voor verzekering tegen de gevolgen der aansprakelijkheid voor auto-ongevallen ongeveer driemaal zo hoog is als in Nederland, dan ligt de hoofdreden hiervan in de kwistige wijze, waarop de Belgische rechter vergoeding voor ideële schade toekent.'[91]

90 Deze beperking heeft wel een potentieel denivellerend effect. Immers, wie veel geld heeft uitgegeven om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen heeft daardoor recht op meer schadevergoeding. 'De gewone man' die voor weinig geld op de camping in Frankrijk staat, heeft dus recht op een lager bedrag aan smartengeld wanneer zijn vakantie in het water valt, dan zijn rijkere buurman die een vakantie naar een exotische bestemming boekt. Dat heeft iets oneerlijks, want het is helemaal niet gezegd dat de subjectieve waarde van een goedkope vakantie lager is dan die van een dure vakantie.

91 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372 (MvA II).

Met andere woorden, een algemeen recht op smartengeld zou er toe leiden dat de prijzen van goederen en diensten omhoog zouden schieten, nu de hogere schadevergoedingsbedragen die aanbieders verschuldigd zouden zijn bij een eventuele wanprestatie, zouden worden doorberekend aan de consument.[92] Maar ook pleitbezorgers van een ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel voeren economische argumenten aan. Zo biedt volgens Van Kogelenberg het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel aanbieders een economische prikkel om de door hun gesloten overeenkomsten na te komen. Zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou deze prikkel ontbreken.[93] Wat de voorstanders en de tegenstanders gemeen hebben, is dat ze het in de regel nalaten om hun economische inzichten te onderbouwen en de neiging hebben ze als vanzelfsprekendheden te presenteren.[94]

In de rechtseconomische literatuur is daarentegen wel theoretisch onderbouwd welke economische gevolgen het toekennen van smartengeld bij wanprestatie zou kunnen hebben. Het gebruik van zulke literatuur heeft in het juridische discours nog al eens existentiële vragen opgeroepen, zoals: waartoe is het recht op aarde?[95] De aan een deel van de rechtseconomische literatuur ten grondslag liggende gedachte dat het burgerlijke recht tot doel heeft – of zelfs zou moeten hebben – om economische efficiëntie te bevorderen, is op zijn zachtst gezegd omstreden.[96] In de Nederlandse literatuur lijkt enige steun te zijn voor de gedachte dat het burgerlijke recht er naar streeft – en ook zou moeten streven – om economisch efficiënte resultaten te bereiken.[97] Andere auteurs vinden daarentegen juist dat het recht niet tot doel heeft, of zou moeten hebben, om welvaart te maximaliseren. Recht en rechtvaardigheid zijn in deze visie autonome begrippen en de bestudering ervan vormt een zelfstandige wetenschappelijke discipline. Of een rechtsregel bijdraagt aan het realiseren van een maatschappelijk wenselijke uitkomst, zoals welvaartsmaximalisatie, is niet bepalend voor de vraag of deze rechtsregel rechtvaardig is of niet.[98] Recht is, met andere woorden, een onafhankelijk concept dat niet wordt bepaald door een specifieke visie over wat goed zou zijn voor een samenleving.

---

92 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 1998, p. 50-51. Zie in het Duitse recht: Honsell *JuS* 1976, p. 228.

93 Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 107. Zie ook: Beumers *NTBR* 2016, p. 177.

94 Zie bijvoorbeeld: Beumers *NTBR* 2016, p. 177.

95 Nieuwenhuis 2006, p. 1-5.

96 Zie bijvoorbeeld de kritische beschouwing van civilist Nieuwenhuis 2006, p. 30-31 en de eveneens kritische reactie daarop van rechtseconoom Van Velthoven *R&R* 2008, p. 29-35, 45-46.

97 Zie bijvoorbeeld: Barendrecht *NJB* 2002, 105-117.

98 Zie bijvoorbeeld: Weinrib 2012, p. 3-16. In de Nederlandse literatuur ziet men deze gedachte bijvoorbeeld terug bij Nuninga *NTBR* 2018, p. 154-155. In dezelfde zin waarschuwt Nieuwenhuis 2006, p. 20, 30-31 ervoor dat het burgerlijke recht niet gereduceerd moet worden tot een onderdeel van de economie en als een zelfstandige wetenschap moet worden beschouwd.

Het recht is volgens deze auteurs meer dan slechts een middel om een bepaalde maatschappelijk wenselijke uitkomst te realiseren.[99]

Dit fundamentele rechtsfilosofische debat over de raison d'être van het burgerlijke recht hoeft (gelukkig) niet te worden beslecht om relevante inzichten te ontlenen aan rechtseconomische literatuur. Ook zonder de achterliggende gedachte te aanvaarden dat het recht tot doel heeft of zou moeten hebben om welvaart te maximaliseren, is het relevant om te weten welke economische gevolgen een rechtsregel heeft of, platter gezegd, hoeveel een bepaalde rechtsregel de samenleving kost of oplevert. Ook in een breder normatief debat over de wenselijkheid van een rechtsregel spelen de economische gevolgen ervan immers een rol.[100] Posner overweegt daarover:

> 'While nowadays relatively few of the people in our society who think about these things consider wealth maximization or some other version of efficiency the paramount social value, few judge it a trivial one.'[101]

Kortom, de economische gevolgen zijn in het Nederlandse recht misschien geen doorslaggevende reden om schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen of af te wijzen, maar ze komen wel degelijk enig gewicht toe in het debat over de vraag of zulke vergoedingen wenselijk zijn of niet.[102] Op de vraag of het recht op schadevergoeding voor immateriële schade een positieve of negatieve economische invloed heeft, geeft de rechtseconomische literatuur echter geen eenduidig antwoord.

---

99 Deze gedachte vindt haar oorsprong in het liberalisme, dat als uitgangspunt heeft dat ieder individu gelijke rechten zou moeten hebben en in dezelfde mate de vrijheid zou moeten krijgen om zijn of haar leven naar eigen inzicht in te richten. Een rechtvaardigheidstheorie die de vraag wat rechtvaardig is afhankelijk maakt van een bepaalde maatschappelijke uitkomst, zoals welvaartsmaximalisatie of het voldoen aan de Tien Geboden uit het Oude Testament, maakt ook de rechten en vrijheden van ieder afzonderlijk individu afhankelijk van hun bijdrage aan dit 'grotere goed'. Dat kan ertoe leiden dat de vrijheden en rechten van bepaalde individuen worden geofferd om dit 'grotere goed' te bereiken. Met name Rawls 1971, p. 22-27 verzet zich daarom tegen zulke rechtvaardigheidstheorieën. Dat verklaart misschien waarom, tot frustratie van Van Velthoven *R&R* 2008, p. 45-46, civilisten hun rechtvaardigheidsoordeel (of 'diepe rechtvaardigheidsgevoelens', zoals Van Velthoven het noemt) niet relateren aan welke maatschappelijke uitkomst ermee wordt bereikt, maar als een zelfstandig en onafhankelijk oordeel zien.

100 Zo ook de auteurs die kritisch zijn over dit rechtseconomische uitgangspunt, zie: Weinrib 2012, p. 17 en Nieuwenhuis 2006, p. 20, 30-31.

101 Posner *JLS* 1979, p. 109-110.

102 Volgens Van Velthoven *R&R* 2008, p. 35 moet de rechtseconomische stelling dat het recht welvaartsmaximalisatie tot doel heeft en zou moeten hebben met 'een flinke knipoog' worden gelezen. Er is voldoende ruimte om naast welvaartsmaximalisatie andere overwegingen mee te wegen. Zijn standpunt wijkt daarmee misschien minder af van dat van Nieuwenhuis dan Van Velthoven zelf lijkt te suggereren.

10.4.2 Efficiënte contractsbreuk

10.4.2.1 De theorie van efficiënte contractsbreuk

Volgens de theorie van de efficiënte contractsbreuk zou een benadeelde bij wanprestatie, naast recht op een vergoeding van zijn vermogensschade, ook recht moeten hebben op een volledige vergoeding van zijn immateriële schade. Het contractuele schadevergoedingsrecht moet volgens deze theorie zo zijn ingericht dat een contractspartij haar contractuele verplichtingen uitsluitend dan niet nakomt wanneer dat economisch efficiënt zou zijn. Een voorbeeld verheldert deze theorie.[103] Elektronicabouwer A verkoopt aan B voor € 2 miljoen een specialistische en unieke machine om een geavanceerd medisch hulpmiddel te produceren. B kan de gekochte machine op een winstgevende manier inzetten in zijn bedrijf, waardoor de machine voor hem een totale economische waarde van € 2,5 miljoen heeft. C kan de machine echter nog efficiënter en winstgevender inzetten in zijn onderneming, waardoor voor C deze machine een waarde van € 3 miljoen heeft. In dit voorbeeld zou de economisch efficiënte uitkomst zijn dat C, en niet B, uiteindelijk de machine geleverd krijgt. C kan immers meer winst maken met de machine dan B.[104]

Deze economisch efficiënte uitkomst wordt bereikt, zo is de gedachte, wanneer A verplicht is om de volledige schade van B te vergoeden in het geval dat A zijn contractuele verplichting om de machine te leveren niet nakomt. In het voorbeeld zou een schadevergoeding van € 2,5 miljoen dus efficiënt zijn. In dat geval zal A alleen bereid zijn de contractuele verplichtingen jegens B niet na te komen, wanneer hem méér dan € 2,5 miljoen wordt geboden voor de machine. Immers, alleen dan levert een wanprestatie A meer op dan het gewoon nakomen van zijn overeenkomst. In het voorbeeld zal C bereid zijn om meer dan € 2,5 miljoen te betalen voor de machine. Zolang de prijs voor de machine lager is dan € 3 miljoen, gaat C er immers nog op vooruit. Het gevolg van het toekennen van volledige schadevergoeding zal zijn dat A de machine verkoopt en levert aan C voor een contractsprijs ergens tussen € 2,5 en 3 miljoen. A kan vervolgens zijn overeenkomst met B niet meer nakomen en moet hem € 2,5 miljoen schadevergoeding betalen. De economisch efficiënte uitkomst wordt daarmee bereikt.

Deze wettelijke plicht van A om B's volledige schade te vergoeden voorkomt ook dat A zijn contractuele verplichtingen niet nakomt wanneer dat niet efficiënt zou zijn. Stel dat de machine voor C slechts een economische waarde van € 2,2 miljoen heeft. C zal dan nooit bereid zijn meer dan € 2,5 miljoen voor de machine te betalen. Hij zou dan immers een verliesgevende investering doen. A zal echter niet bereid zijn de machine voor minder dan € 2,5 miljoen te verkopen, omdat bij een lagere prijs A slechter af is dan wanneer hij gewoon

103 Het voorbeeld is ontleend aan Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1139-1140.
104 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1139-1140.

zijn overeenkomst met B nakomt.[105] In dat geval zal de machine dus aan B worden geleverd en wordt eveneens de economisch efficiënte uitkomst bereikt.

10.4.2.2 Efficiënte contractsbreuk en immateriële schade

Dat volledige vergoeding van de door de benadeelde geleden schade leidt tot economisch efficiënte contractsbreuken geldt onverminderd wanneer de benadeelde geen vermogensschade maar immateriële schade lijdt. Om een economisch efficiënt resultaat te bereiken, moet namelijk compensatie worden geboden voor de *subjectieve* waarde die de benadeelde aan de prestatie van zijn wederpartij hecht. Anders gezegd, doorslaggevend is de vraag wat de contractuele prestatie *de benadeelde* waard is.[106] Deze subjectieve waarde kan gelegen zijn in het economische voordeel dat de benadeelde kan realiseren met een prestatie, zoals de omzet die een nieuwe specialistische machine een onderneming oplevert. De subjectieve waarde kan daarentegen ook gelegen zijn in een onstoffelijk voordeel.[107]

Opnieuw illustreert een voorbeeld waarom de theorie van de efficiënte contractsbreuk voorschrijft dat ook het eventuele gemiste consumentensurplus voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Diesen is verloofd en gaat met trouwfotograaf Samsom een overeenkomst aan om voor een bedrag van € 1.000 foto's te maken tijdens haar bruiloft. De subjectieve waarde die Diesen aan haar trouwfoto's hecht is € 2.500 en zij realiseert dus een consumentensurplus van € 1.500.[108] Samsom krijgt twee dagen na het aangaan van de overeenkomst met Diesen het verzoek om op dezelfde dag als Diesens huwelijk voor € 1.500 foto's te maken tijdens een bedrijfsfeest. Voor het bedrijf hebben de foto's een subjectieve waarde van € 2.000. In dit voorbeeld zou de economisch efficiënte uitkomst zijn dat de trouwfotograaf zijn contractuele verplichtingen jegens Diesen nakomt. Voor Diesen heeft de prestatie van de fotograaf immers een hogere subjectieve waarde dan voor het bedrijf. Wanneer op de fotograaf slechts een verplichting zou rusten om de geleden vermogensschade te vergoeden en niet het eventuele verloren consumentensurplus, zou het economisch efficiënte resultaat niet worden bereikt. In dat geval zou de fotograaf aan Diesen slechts de marktwaarde van zijn prestatie, die waarschijnlijk ongeveer € 1.000 zal bedragen, hoeven te vergoeden wanneer hij zijn contractuele verplichtingen niet nakomt. Het is dan gunstiger voor hem om zijn contractuele verplichtingen jegens Diesen niet na te komen en in plaats daarvan voor € 1.500 foto's te maken op het bedrijfsfeest. Omdat slechts een gedeelte van de *subjectieve* waarde die de prestatie van de fotograaf voor Diesen heeft, voor

105 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1140-1141.
106 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1140-1141.
107 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 582-584.
108 Zie over de moeilijkheid om het consumentensurplus vast te stellen: § 2.4.2.

vergoeding in aanmerking komt, bereikt het schadevergoedingsrecht niet het economisch efficiënte resultaat. Wanneer de fotograaf óók wettelijk verplicht zou zijn om schadevergoeding te betalen voor het gemiste consumentensurplus, zou dat anders zijn geweest. In dat geval zou de fotograaf immers € 2.500 in plaats van € 1.000 aan schadevergoeding moeten betalen aan Diesen wanneer hij zijn contractuele verplichtingen niet zou nakomen. In dat geval zou hij nooit een overeenkomst hebben gesloten met het bedrijf. Voor de fotograaf was wanprestatie dan immers pas winstgevend geweest vanaf € 2.500, terwijl het bedrijf maximaal bereid zou zijn geweest om € 2.000 aan de fotograaf te betalen.[109]

Kortom, de theorie van de efficiënte contractsbreuk schrijft voor dat de benadeelde bij wanprestatie recht zou moeten hebben op een volledige vergoeding van de subjectieve waarde van de prestatie, ongeacht of dat in juridische zin als vermogensschade of immaterieel nadeel wordt gekwalificeerd. Wanneer immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, zal dat leiden tot inefficiënte contractsbreuk. Omdat de wederpartij niet de volledige subjectieve waarde hoeft te compenseren, ontstaat er een prikkel om te snel wanprestatie te plegen. De theorie van de efficiënte contractsbreuk gaat steeds uit van opzettelijke wanprestaties, maar een volledige schadevergoeding zorgt ook dat een contractspartij een efficiënte mate van zorg betracht bij het nakomen van een overeenkomst. Een plicht om de volledige schade te vergoeden, dwingt een contractspartij met dit aansprakelijkheidsrisico rekening te houden en zorgt ervoor dat zij economisch efficiënte voorzorgsmaatregelen neemt om schade te voorkomen.[110] Er is dus zeker een economisch argument ten faveure van het volledig vergoeden van gemist onstoffelijk voordeel.[111] Er bestaat echter ook een belangrijk tegenargument.

10.4.3 Schadevergoeding, verzekering en prijsverhoging

10.4.3.1 Schadevergoeding als verzekering

In de rechtseconomische literatuur ziet men schadevergoeding niet slechts als een middel om het gedrag van de schuldenaar te sturen, maar ook als een verzekering voor de schuldeiser. Het schadevergoedingsrecht verzekert contractspartijen immers wettelijk dat zij hun schade vergoed krijgen van hun wederpartij, wanneer deze wederpartij wanprestatie pleegt. Een contractspartij

109 Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld: Mullen *OJLS* 2016, p. 88-90. Zie ook: Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141-1142.

110 Harris e.a. *LQR* 1979, p. 609-610; Shavell 1987, p. 133-134; Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1141-1142 en Mullen *OJLS* 2016, p. 88-90.

111 Mullen *OJLS* 2016, p. 88-90 en, met enige nuancering, Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1060-1062 en ook, ten aanzien van het onrechtmatige daadsrecht, Shavell 1987, p. 127-163. Zie in de Nederlandse literatuur: Lindenbergh & Van Kippersluis 2009, p. 218-220.

betaalt voor deze wettelijke verzekering op indirecte wijze ook een premie. Haar wederpartij zal het verhoogde aansprakelijkheidsrisico immers verdisconteren in haar contractsprijzen, zo is de gedachte. Zo functioneert het schadevergoedingsrecht in essentie hetzelfde als ieder ander verzekeringsproduct. Een contractspartij betaalt een iets hogere contractsprijs, maar is daarmee verzekerd van een vergoeding van haar schade wanneer haar wederpartij de overeenkomst niet nakomt.[112] De vraag is vervolgens of zo'n verzekering economisch efficiënt is of, anders gezegd, of een rationele contractspartij zich ook *vrijwillig* tegen dit risico zou hebben verzekerd als zij een vrije keuze zou hebben om dat te doen.

Voor vermogensschade luidt het antwoord bevestigend. De reden daarvoor is gelegen in het afnemend marginale nut van geld. Iedere extra euro die iemand verdient, heeft voor hem een lagere subjectieve waarde dan de euro die hij daarvoor heeft verdiend. Voor een alleenstaande moeder die nauwelijks kan rondkomen, is duizend euro naar alle waarschijnlijkheid een geschenk uit de hemel. Een vermogend bankier is misschien ook blij met duizend euro, maar dat bedrag heeft voor hem waarschijnlijk veel minder subjectieve waarde dan voor de alleenstaande moeder. De simpele reden daarvoor is dat de bankier al een groot vermogen en een riant inkomen heeft, waar die extra duizend euro relatief weinig extra waarde meer aan toevoegt.[113]

Dat verklaart waarom *risicomijdende* contractspartijen – en de aanname is dan dat partijen dat in de regel zullen zijn – zich vrijwillig willen verzekeren tegen vermogensschade.[114] Een verzekering kost contractspartijen geld, terwijl ze geen recht hebben op schadevergoeding wanneer hun wederpartij haar contractuele verplichtingen nakomt. In dat geval zijn ze armer dan ze zonder een verzekering zouden zijn geweest. Het voordeel dat daar tegenover staat, is dat, wanneer hun wederpartij wel wanprestatie pleegt, zij hun volledige schade vergoed krijgen. Zonder verzekering zouden contractspartijen met lege handen achterblijven. De gedachte in de literatuur is dat de subjectieve waarde van deze mogelijke volledige schadevergoeding bij wanprestatie hoger is dan de subjectieve waarde van de betaalde premie in het geval dat een wederpartij haar contractuele verplichtingen gewoon nakomt. De verklaring daarvoor is gelegen in het zojuist besproken afnemend marginale nut van het geld. Door de schade is namelijk het vermogen van de benadeelde verminderd, waardoor

112 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1152 (voetnoot 18) en Avraham *Toronto LJ* 2005, p. 944-945. In het onrechtmatige daadsrecht, zoals bij productaansprakelijkheid, geldt hetzelfde principe. Hoe groter het aansprakelijkheidsrisico, hoe duurder goederen en diensten worden. Een deel van de hier geciteerde literatuur, zoals Shavell 1987, gaat primair over het onrechtmatige daadsrecht, maar is ook van toepassing op contractuele relaties.

113 Zie daarover uitgebreider: § 2.4.2.

114 Een risicozoekende contractspartij durft misschien de gok wel te nemen om zich niet te verzekeren. Zij neemt het risico op hoge schade voor lief om nu minder te betalen voor een goed of dienst. Zie over de vraag waarom individuen verondersteld worden risicoavers te zijn: Shavell 1987, p. 186-187.

het marginale nut van zijn geld hoger is dan het voor de schadeveroorzakende gebeurtenis was. De schadevergoeding die de wederpartij moet betalen, heeft dus een extra subjectieve waarde, juist omdat de benadeelde door de wanprestatie armer is geworden en hij geld weer harder nodig heeft. De premie wordt daarentegen betaald voordat het vermogen is achteruitgegaan door de wanprestatie. De premie is dus betaald met geld dat een relatief lage subjectieve waarde had voor de benadeelde, omdat hij op het moment dat hij de premie betaalde over meer vermogen beschikte.[115] Een WA-verzekering illustreert dit helder. Voor een gezin met een dubbelmodaal inkomen is het betalen van de maandelijkse premie van vijf a zes euro geen noemenswaardig financieel offer. Omdat het gezin genoeg verdient en flink gespaard heeft, merkt het de uitgave van dit kleine geldbedrag nauwelijks. Als een gezinslid aanzienlijke schade veroorzaakt, die de financiële draagkracht van het gezin te boven gaat, kan het gezin de door de verzekeraar geboden dekking juist goed gebruiken. Juist omdat het gezin door de aansprakelijkheid armer dreigt te worden, heeft de geboden dekking een hoge subjectieve waarde. Anders gezegd, na de fout heeft het gezin opeens heel hard geld nodig. Craswell vat het als volgt samen:

> 'In effect, then, insurance allows a policyholder to transfer money away from some possible states of the world (those in which the calamity does not strike) and into other possible states of the world (those in which it does).'[116]

Omdat geld voor de benadeelde een lagere subjectieve waarde heeft wanneer hij er veel van heeft, is het volstrekt rationeel om dit geld te verplaatsen naar een mogelijke situatie waarin hij het geld juist hard nodig heeft en geld dus in subjectieve zin een hogere waarde heeft.[117] Ook vanuit het perspectief van het schadevergoedingsrecht als verzekering is het dus economisch efficiënt om vermogensschade te vergoeden.

10.4.3.2 Verzekering en immateriële schade

Vanuit dit verzekeringsperspectief zou immateriële schade echter niet voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Wanneer een benadeelde immateriële schade lijdt, heeft dit geen vermogensvermindering tot gevolg. De pasgetrouwde echtgenoten zijn ongetwijfeld ongelukkiger wanneer zij geen foto's van hun huwelijk hebben, maar ze zijn in financiële zin niet slechter af door de wanprestatie van de trouwfotograaf. Anders dan bij vermogensschade, is hun vermogenspositie ongewijzigd gebleven. Dat betekent ook dat de subjectieve waarde van geld niet is toegenomen als gevolg van de wanprestatie. Anders

115 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151-1152. Zie voor een rekenvoorbeeld: Shavell 1987, p. 193-194.
116 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151.
117 Shavell 1987, p. 186-187 en Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1151-1152.

gezegd, de echtgenoten hebben na de wanprestatie niet opeens harder geld nodig. De verklaring van het feit dat een benadeelde zich verzekert tegen vermogensschade gaat daarom niet op voor immateriële schade. Een verzekering voor immateriële schade zou betekenen dat een contractspartij een premie betaalt om in het geval van een wanprestatie in een *betere* vermogenspositie te komen dan zij zonder deze wanprestatie zou zijn geweest. Aangezien de schadevergoeding het totale vermogen vergroot, heeft dit geldbedrag een lager marginaal nut dan de betaalde premie, waardoor het verlies van de subjectieve waarde van de betaalde premie niet meer opweegt tegen de subjectieve waarde van volledige schadevergoeding bij een eventuele wanprestatie.[118] Een verzekering voor immateriële schade komt in feite neer op een gok, aldus Craswell. Een benadeelde geeft dan geld uit om, wanneer het meer of minder waarschijnlijke geval zich voordoet dat zijn wederpartij wanprestatie pleegt, in een *betere* vermogenspositie te komen dan hij nu verkeert. Aangezien wordt aangenomen dat benadeelden risicomijdend zijn, valt het niet te verwachten dat ze deze gok zullen nemen. De verloofden betalen dus liever geen premie om zich te verzekeren tegen het verlies van trouwfoto's en nemen voor lief dat ze geen financiële compensatie krijgen voor het moeten missen van de foto's van hun huwelijk wanneer de trouwfotograaf in gebreke zou blijven.[119]

Kortom, vanuit het verzekeringsperspectief zou vermogensschade wel, maar immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Geheel onomstreden is deze rechtseconomische analyse overigens niet. Aanhangers van de verzekeringstheorie vinden van oudsher steun voor hun standpunt in het empirische gegeven dat er geen verzekeringsproducten lijken te bestaan – zij baseren zich vooral op de Angelsaksische verzekeringsmarkt – die verzekernemers dekking bieden voor hun geleden immateriële schade. Daaruit zou blijken dat verzekeringnemers inderdaad geen behoefte hebben aan zulke verzekeringen.[120] Recenter empirisch en experimenteel onderzoek laat echter een ander beeld zien. Niet alleen zouden er wel degelijk verzekeringen tegen immateriële schade bestaan, uit experimenten zou ook blijken dat contractspartijen wel degelijk behoefte hebben aan zulke verzekeringsproducten.[121] Maar er zijn ook theoretische beperkingen aan het verzekeringsperspectief. Zo is de aanname steeds dat de wanprestatie geen invloed heeft op de subjectieve

118 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1152; Porat 2017, p. 321 en Ben-Shahar & Porat *Colombia LR* 2018, p. 1908-1909. Voor een inzichtelijk rekenvoorbeeld zie: Shavell 1987, p. 229-230. In het Nederlandse recht is deze analyse gebruikt in het debat over affectieschade: Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 2.3. Zie ook: Visscher *AV&S* 2008, p. 249 en Lindenbergh & Van Kippersluis 2009, p. 220.

119 Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1152. Zie ook: Shavell 1987, p. 193.

120 Zie bijvoorbeeld: Shavell 1987, p. 230-231. Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze literatuur en verdere verwijzingen: Avraham *Toronto LJ* 2005, p. 945-946.

121 Zie hierover: Avraham *Toronto LJ* 2005, p. 941-979. In het Nederlandse recht heeft met name Schwitters *AV&S* 2014, p. 13-15 en ook Visscher *AV&S* 2008, p. 250-251 kritiek gehad op dit empirische argument.

waardering van geld *in het algemeen*. Het is evenwel goed mogelijk dat een wanprestatie ertoe leidt dat de benadeelde in het algemeen minder of juist meer subjectieve waarde toekent aan geld. In het Nederlandse debat over affectieschade is bijvoorbeeld aangevoerd dat het verlies van een kind er waarschijnlijk toe leidt dat een ouder in het algemeen minder plezier beleeft aan zijn geld dan voor het ongeval. Omdat geld na het verlies van een kind over het algemeen een lagere subjectieve waarde zal hebben, zal een benadeelde zich vooraf niet tegen zulke schade willen verzekeren. Op dat moment heeft geld nog een relatief hoge subjectieve waarde – hij kan dan nog gewoon genieten van een vakantie – terwijl hij na het ongeval nauwelijks meer plezier haalt uit zijn geld.[122] Het is echter ook mogelijk dat een benadeelde na een wanprestatie juist in het algemeen een hogere subjectieve waarde toekent aan geld. Een slachtoffer dat door een ongeval hulpbehoevend is geworden, hecht misschien meer subjectieve waarde aan geld, omdat hij meer geld nodig heeft om dezelfde activiteiten te ontplooien als hij voor het ongeval deed. Zo is een skivakantie aanzienlijk duurder wanneer iemand aangepaste ski's nodig heeft. In zo'n geval heeft een vergoeding van smartengeld dus misschien wel degelijk een grotere subjectieve waarde dan de daarvoor betaalde verzekeringspremies.[123]

10.4.4 Conflicterende doelstellingen

De werkelijkheid is dus weerbarstiger dan dit verzekeringsperspectief in eerste instantie doet vermoeden. Dat geldt overigens net zo goed voor de theorie van efficiënte contractsbreuk. Zo is betoogd dat de preventieve prikkel die uitgaat van het schadevergoedingsrecht beperkt is, omdat contractspartijen, bijvoorbeeld via een verzekering, hun schadevergoedingsplicht kunnen afwentelen.[124] Omdat de precieze omvang van de immateriële schade van de benadeelde in de regel lastig valt te bepalen, is het voor zijn wederpartij bovendien ingewikkeld om vooraf in te schatten hoe groot haar aansprakelijkheidsrisico is. Ook deze onzekerheid kan inefficiëntie tot gevolg hebben, omdat de wederpartij teveel of juist te weinig zorg betracht bij het nakomen van haar contractuele verplichtingen en dit bovendien hoge transactiekosten kan veroorzaken.[125]

Desalniettemin bestaat er op theoretisch niveau onmiskenbaar een spanning tussen beide theorieën. Een efficiënte preventie van wanprestaties vereist dat ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Uit de verzekeringstheorie volgt juist dat bij wanprestatie immateriële schade niet voor

122 Zie: Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 2.1. en par. 2.3.
123 Shavell 1987, p. 230. Zie hierover ook: Visscher *AV&S* 2008, p. 250-251 en Lindenbergh & Kippersluis 2009, p. 220-226.
124 Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 5.
125 Schwitters *AV&S* 2014, p. 13-14.

vergoeding in aanmerking zou moeten komen, omdat benadeelden zich uit eigen beweging nooit zouden hebben verzekerd tegen zulk nadeel. Een deel van de literatuur meent daarom dat ten aanzien van het vergoeden van smartengeld een volledig efficiënte uitkomst niet haalbaar is.[126] Wanneer immateriële schade volledig voor vergoeding in aanmerking komt, voorkomt dat inefficiënte wanprestaties, maar betalen contractspartijen misschien een te hoge contractsprijs. Wanneer immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, dringt het schadevergoedingsrecht contractspartijen geen ongewilde verzekering tegen immateriële schade op, maar is er onvoldoende economische prikkel om inefficiënte wanprestaties te voorkomen.[127]

Uit de rechtseconomische literatuur volgt dus geen eenduidige richting voor het bredere juridische debat over de wenselijkheid van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. De vraag is, in de kern, welk economisch gevolg meer gewicht zou moeten hebben. Het is daarbij niet ondenkbaar dat onder bepaalde omstandigheden preventie de doorslag moet geven en onder andere omstandigheden niet.[128] Zo stelt Porat voor om alleen smartengeld toe te kennen in gevallen waarin een benadeelde bij een wanprestatie uitsluitend immateriële schade en geen vermogensschade lijdt. In zulke gevallen, zoals bij mislukte vakanties of verloren trouwfoto's, zou er zonder recht op smartengeld helemaal geen preventie plaatsvinden. In gevallen waarin met name vermogensschade valt te verwachten, zorgt de potentiële aansprakelijkheid voor deze vermogensschade al voor een stevige prikkel om de overeenkomst na te komen en kan een vergoeding van de eventueel geleden immateriële schade achterwege blijven.[129] Dit idee om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te beperken tot specifieke gevallen, raakt aan het bredere juridische debat over het potentiële gevaar van een oeverloze uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht.

126 Shavell 1987, p. 230-232; Craswell *San Diego LR* 2003, p. 1153 en Porat 2017, p. 320-322. In het Nederlandse recht wijzen Suurmond & Van Velthoven *NJB* 2005, par. 5 bij de vergoeding van affectieschade op dit fenomeen. Zie ook: Visscher *AV&S* 2008, p. 250.

127 Shavell 1987, p. 231-232 en Craswell *San Diego LR* 2003, p. 372. Visscher *AV&S* 2008, p. 250 denkt dat een synthese mogelijk is. Het is misschien waar dat de verloofde vrouw geen verzekering wil afsluiten tegen de immateriële schade van het verlies van haar trouwfoto's, maar ze is, naar zijn idee, misschien wel bereid meer te betalen voor de foto's, als daarmee wordt bereikt dat de trouwfotograaf meer zorg betracht bij de nakoming van de overeenkomst. Aangezien zij zelf bereid zou zijn om additionele kosten te maken om het verlies van de trouwfoto's te voorkomen, zal ze ook bereid zijn een hogere contractsprijs te betalen als dat tot gevolg heeft dat haar wederpartij zulke additionele kosten ter voorkoming van haar immateriële schade maakt.

128 Ben-Shahar & Porat *Columbia LR* 2018, p. 1908-1909 pleiten in het contractenrecht bijvoorbeeld voor een grotere nadruk op preventie.

129 Porat 2017, p. 320-322.

10.5 Het gevaar van een oeverloze uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht

10.5.1 De noodzaak van een rechtvaardiging

De ontwikkeling naar een ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht steevast gepaard gegaan met een vrees voor een te grote uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht. Een belangrijke reden voor de Nederlandse wetgever om het recht op smartengeld te beperken tot enkele wettelijk geregelde gevallen was het voorkomen van een excessieve ontwikkeling van vergoedingen voor ander nadeel dan vermogensschade.[130] In het Duitse recht ziet men het tegengaan van een oeverloze uitdijing van het recht op smartengeld ook als een belangrijke rechtvaardiging voor het gesloten stelsel.[131] Van eenzelfde vrees getuigt de opmerking van Slaughton LJ dat hij niet enthousiast wordt van het idee dat iedere scheepseigenaar in een commercieel geschil over de betaling van de vrachtprijs ook smartengeld zou kunnen vorderen voor zijn ongenoegen en ongemak.[132]

De verruiming van het vermogensschadebegrip in de Nederlandse en Duitse rechtspraak is met hetzelfde argument bekritiseerd. Een deel van de Duitse literatuur vreest dat een algemene aanvaarding van de commercialiseringsgedachte of de frustratieleer zal leiden tot een oeverloze uitdijing van de schadevergoedingsplicht van wanpresterende contractspartijen.[133] A-G Spier betoogt in zijn conclusie voor *Burger/Brouwer Motors* dat met het aanvaarden van een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel de doos van Pandora zou worden geopend en ook andere Nederlandse auteurs hebben gewezen op het potentiële gevaar van een uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht.[134]

Een uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht zou om tal van redenen onwenselijk kunnen zijn. Het zou kunnen betekenen dat er aanzienlijk meer gerechtelijke procedures aanhangig worden gemaakt en dat daarmee de druk op de rechtspraak toeneemt. Het zou ook tot gevolg kunnen hebben dat contractspartijen een groter aansprakelijkheidsrisico lopen wanneer zij deelnemen aan het economische verkeer. Zo lopen trouwfotografen een groter risico als zij een opdracht aannemen. Als zij hun overeenkomst niet nakomen, zijn zij voor meer schade aansprakelijk dan voorheen. De vrees is dat de trouwfotografenbranche een eventuele stortvloed aan nieuwe claims niet zou kunnen dragen of dat dit risico onverzekerbaar zou kunnen worden. De vrees voor

130 Zie: § 3.2.3.2.
131 Zie: § 4.2.1.
132 Zie: § 5.4.2.
133 Zie: § 7.2.1. en 7.3.1.
134 Zie: § 6.3.2.1.

een uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht is daarmee in essentie een *floodgates*-argument.[135]

Het *floodgates*-argument is macro-economisch van aard. Op macro-economisch niveau heeft het ook zeker enige overtuigingskracht. Een overbelasting van de rechterlijke macht, het potentiële gevaar dat bedrijfstakken omvallen en de onbetaalbaarheid of onverzekerbaarheid van het aanbieden van bepaalde goederen of diensten zijn zonder twijfel ongewenste macro-economische effecten. Een eerste vraag is uiteraard of ook empirisch kan worden bewezen dat de aanvaarding van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel inderdaad zulke negatieve effecten zal hebben. Maar zelfs als dat zo zou zijn, kleeft aan het *floodgates*-argument een principieel bezwaar.

Op individueel niveau biedt het *floodgates*-argument namelijk geen overtuigende rechtvaardiging om een benadeelde een recht op schadevergoeding te ontzeggen. In de woorden van Harder:

> 'The floodgate argument is as weak as it is common. Where a particular remedy should in principle be available, it makes little sense to deny it on the ground that, if available, it would actually be pursued.'[136]

Als eenmaal is aanvaard dat een benadeelde in beginsel recht zou moeten hebben op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, lijkt het principieel onverdedigbaar om hen dat recht vervolgens alsnog te ontzeggen uitsluitend met het argument dat teveel andere benadeelden óók zo'n recht op schadevergoeding zouden krijgen. Hoe nastrevenswaardig het voorkomen van een uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht vanuit macro-economisch perspectief ook is, het biedt geen rechtvaardiging om in een individueel geval een schadevergoedingsvordering af te wijzen.

De Groningse gaswinningsproblematiek kan dat illustreren. In dit politiek gevoelige dossier spelen op de achtergrond enkele grote macro-economische belangen. De gaswinning in Groningen is jarenlang een belangrijke bron van inkomsten geweest voor de Nederlandse staat. De door de gaswinning veroorzaakte schade is bovendien groot en treft een aanzienlijk deel van de inwoners van de provincie Groningen. De kosten voor de NAM en eventueel voor de Nederlandse Staat zijn daarmee potentieel enorm. Niet alleen drogen de gasbaten op, de aansprakelijkheidslast heeft grote gevolgen voor de NAM, de gaswinning in het algemeen en misschien zelfs voor de schatkist. Zulke macro-economische gevolgen zijn weliswaar reëel, maar lijken op zichzelf geen rechtvaardiging te kunnen vormen om individuele gedupeerde inwoners uit het gaswinningsgebied schadevergoeding voor gederfd woongenot te ontzeggen. Wanneer een rechter tot het oordeel komt dat de NAM onrechtmatig inbreuk maakt op het eigendomsrecht van een gedupeerde huiseigenaar en

135 Zie bijvoorbeeld: Katan *NTBR* 2019, p. 147.
136 Zie: Harder 2010, p. 110-111. Zie ook: Kryla-Cudna *ERPL* 2018, p. 525.

dat deze huiseigenaar daardoor woongenot derft dat voor vergoeding in aanmerking komt, zou het bevreemden als deze rechter de vordering alsnog afwijst met het argument dat als hij aan *deze* eigenaar schadevergoeding toekent, al zijn buren misschien óók met succes een vordering zouden instellen en het dan allemaal wel heel kostbaar en tijdrovend zou worden.

Kortom, vanuit een macro-economisch perspectief is er misschien veel voor te zeggen om een uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht tegen te gaan, maar dit risico is geen overtuigend argument om een benadeelde in een individueel geval een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontzeggen. Wie het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel binnen de perken wil houden, moet een rechtvaardig criterium weten te vinden om in het ene geval zulke schade wel te vergoeden, maar in het andere geval niet.

10.5.2 Een onvermijdelijk offer

In de Nederlandse, Duitse en Engelse rechtspraak is dan ook op verschillende manieren geprobeerd het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te beperken tot specifieke gevallen, maar de drie rechtsstelsels worstelen met hetzelfde probleem. Het is helemaal niet eenvoudig gebleken om een rechtvaardig criterium te vinden.

Zo is in Duitsland het recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot van een goed beperkt tot goederen die essentieel zijn voor het dagelijkse levensonderhoud. Een benadeelde heeft geen recht op een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van luxegoederen. Nog los van de afbakeningsproblemen die dat oplevert, is dit onderscheid niet te rechtvaardigen volgens de Duitse literatuur. Het schadevergoedingsrecht in het algemeen maakt namelijk geen onderscheid tussen voor het dagelijkse levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen. Wanneer iemand een zeiljacht of privézwembad beschadigt, kan hij zich niet verweren tegen zijn schadevergoedingsplicht met de stelling dat hij slechts een luxegoed heeft beschadigd. Het valt niet in te zien waarom dat bij de derving van het gebruiksgenot opeens wel mogelijk zou moeten zijn.[137] Ook het vereiste dat de derving van het gebruiksgenot het resultaat moet zijn van een aantasting van het goed zelf, strookt niet met de algemene beginselen van het schadevergoedingsrecht. Het is niet te rechtvaardigen, aldus de Duitse literatuur, dat het er voor de vergoedbaarheid van zulke schade opeens toe doet of een benadeelde zijn auto niet kan gebruiken omdat na een ongeval het autoportier niet meer opengaat of omdat zijn rijbewijs ten onrechte is ingenomen door de politie.[138] In het Engelse recht loopt men eveneens tegen dit rechtvaardigingsprobleem aan. Het recht op smarten-

137 Zie: § 7.2.2.2.
138 Zie: § 7.2.2.3.

geld bij wanprestatie is in dat rechtsstelsel onder meer beperkt tot gevallen waarin de benadeelde fysiek ongemak heeft ervaren. Daaraan wordt tegenwoordig niet alleen een zodanig ruime uitleg gegeven dat het lastig valt in te zien wat géén fysiek ongemak maar puur psychologisch leed vormt, maar rijst ook de vraag wat rechtvaardigt dat bij fysiek ongemak wel een recht op smartengeld bestaat en in andere gevallen niet. De Engelse rechtspraak heeft tot op heden geen ratio voor deze specifieke uitzondering gegeven, aldus een deel van de literatuur.[139]

In het Nederlandse recht vormt de beperking aan het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot een pregnant voorbeeld van dit rechtvaardigingsprobleem.[140] Twee vakantiegangers boeken via een reisbureau voor dezelfde dagen hetzelfde hotel aan de Spaanse kust. De ene vakantieganger vraagt het reisbureau om ook een busreis naar Spanje te regelen, terwijl de andere vakantieganger met eigen vervoer komt. Het hotel blijkt ongelooflijk smerig en slecht onderhouden te zijn. Het lijkt in niets op wat het reisbureau de twee vakantiegangers heeft toegezegd. Beiden derven daardoor in dezelfde mate het reisgenot van hun vakantie. In het huidige Nederlandse recht heeft uitsluitend de vakantieganger die óók een busreis heeft geboekt bij het reisbureau recht op smartengeld. De door hem gesloten overeenkomst kan immers als een *pakket*reisovereenkomst worden gekwalificeerd, omdat hij voor één vakantie twee reisdiensten heeft afgenomen bij zijn reisorganisator. De andere vakantieganger – die op dezelfde dagen in hetzelfde smerige hotel verbleef en in dezelfde mate het reisgenot derfde door dezelfde fout van hetzelfde reisbureau – heeft daarentegen géén recht op smartengeld, omdat zijn reis geen pakketreis is. Hij heeft immers slechts één reisdienst afgenomen. Hem komt dus geen beroep op artikel 7:511 lid 2 BW toe.[141] Deze beperking aan het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot heeft ongetwijfeld tot gevolg dat het aansprakelijkheidsrecht niet oeverloos uitdijt, maar het is niet te rechtvaardigen dat het toekennen of afwijzen van de vordering uitsluitend afhangt van het antwoord op de vraag of de vakantieganger toevallig ook een busreis heeft geregeld via het wanpresterende reisbureau. Met andere woorden, het gehanteerde criterium is arbitrair.[142] In het Duitse recht passen rechters § 651n BGB analoog toe en kennen zij ook smartengeld toe wanneer een vakantie niet aan de omschrijving van een pakketreis voldoet, maar daar loopt men uiteindelijk tegen vergelijkbare rechtvaardigingsproblemen aan. Er zijn immers tal van andere overeenkomsten – denk aan concerten en pretparken – waarmee een benadeelde plezier en genot nastreeft. Wanneer zulke overeenkomsten niet worden nagekomen, heeft een benadeelde geen recht op smartengeld. Dat roept

139 Zie: § 5.3.2.
140 Zie hierover uitgebreid: § 3.3.1.
141 Zie bijvoorbeeld: Kg Zaandam 12 juni 1997, *TvC* 1998, p. 144.
142 Eenzelfde probleem speelde reeds in het Oud BW met betrekking tot artikel 1637w OBW, zie daarover: § 3.2.3.1.

onvermijdelijk de vraag op wat nu rechtvaardigt dat er bij reisovereenkomsten wel een recht op smartengeld bestaat, maar bij andere overeenkomsten waarmee een benadeelde plezier of genot nastreeft niet.[143]

Veel van de in de Nederlandse, Duitse en Engelse literatuur ontwikkelde beperkingen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel slagen er niet in het gemaakte onderscheid tussen gevallen te rechtvaardigen. De conclusie moet daarom misschien zijn dat een verdere uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht nu eenmaal een onvermijdelijk gevolg is van de aanvaarding van een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Dit potentiële gevaar op uitdijing volstaat immers niet om individuele benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen een recht op schadevergoeding te ontzeggen en ook andere in de rechtspraak en door de wetgever ontwikkelde beperkingen aan deze schadevergoedingsaanspraak laten zich niet rechtvaardigen. De eventuele uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht is misschien het offer dat gebracht moet worden om ook de immateriële contractuele belangen van benadeelden voldoende bescherming te bieden.[144]

Toch is het maar de vraag of de soep zo heet gegeten wordt als hij wordt opgediend. Het schadevergoedingsrecht kent immers enkele algemene leerstukken die de aansprakelijkheid voor gemist onstoffelijk voordeel in belangrijke mate kunnen beperken.[145] Zo zal het lang niet altijd redelijk zijn om het gemiste onstoffelijke voordeel aan de wanpresterende contractspartij toe te rekenen, bijvoorbeeld omdat zulke schade onvoorzienbaar voor haar was. Ook heeft de benadeelde een schadebeperkingsplicht en kan het door een wanprestatie verkregen voordeel aan hem worden toegerekend. Door zulke algemene leerstukken strikter toe te passen, kan een verdere uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht het hoofd worden geboden zonder dat schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel op arbitraire gronden wordt afgewezen.[146]

---

143 Zie: § 4.3.4.

144 Katan *NTBR* 2019, p. 147 geeft enkele andere voorbeelden waarin aan het recht doen aan de belangen van benadeelden meer gewicht is toegekend dan aan het risico op een mogelijke uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht.

145 Bovendien moet er allereerst sprake zijn van een normschending. Zeker bij buitencontractuele zorgvuldigheidsnormen kan een uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht al grotendeels worden voorkomen door niet te gauw een schending van een zorgvuldigheidsnorm aan te nemen. Zo is het ten aanzien van hinder een vaste lijn in de rechtspraak dat een bewoner enige overlast van zijn omgeving heeft te dulden, zie recent: HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, *NJ* 2017/265 (*De Booij/Van Deurzen*), r.o. 3.3.2.

146 Voor een vergelijkbaar argument in het Engelse recht: Enonchong *OJLS* 1996, p. 632, 637-638. Zie ook: Kryla-Cudna *ERPL* 2018, p. 525.

10.5.3 Contractuele relativiteit

10.5.3.1 Het beschermingsdoel van de overeenkomst

Het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou ook in het Nederlandse recht kunnen worden beperkt tot gevallen waarin een overeenkomst tot doel heeft de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In het Engelse recht speelt het doel van de overeenkomst reeds een essentiële rol bij de toepassing van de *object of the contract*-uitzondering[147] Bovendien is in de Duitse literatuur een zeer vergelijkbare beperking aan het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel voorgesteld, namelijk een beperking aan de hand van de *Schutzzwecklehre*. Deze in de Duitse literatuur voorgestelde beperking en de Engelse *object of the contract*-uitzondering vertonen opvallende gelijkenissen. Zo is het uitgangspunt van beide beperkingen hetzelfde. Een benadeelde heeft niet reeds recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel wanneer zulke schade voorzienbaar is voor zijn wederpartij, maar hij zal ook moeten aantonen dat de overeenkomst tot doel heeft hem zulk voordeel te verschaffen en hem tegen het mislopen ervan beoogt te beschermen. Ook de wijze waarop dit vereiste moet worden getoetst, is nagenoeg gelijk. Een benadeelde zal zijn wederpartij op zijn minst op de hoogte moeten hebben gesteld van het feit dat hij een onstoffelijk voordeel nastreeft met de overeenkomst. Daarnaast zal uit andere contractuele afspraken moeten blijken – zoals uit garanties, uit een hogere prijs of uit bedingen die zijn immateriële belang beogen te beschermen – dat de overeenkomst er toe strekte de benadeelde te beschermen tegen het mislopen van het nagestreefde onstoffelijke voordeel. Bovendien gaat men er in beide rechtsstelsels vanuit dat sommige overeenkomsten, zoals reisovereenkomsten, er naar hun aard toe strekken om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In zulke gevallen heeft een benadeelde ook recht op smartengeld wanneer hij geen mededelingen heeft gedaan over het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel. Dat blijkt bij zulke overeenkomsten immers al voldoende uit de inhoud van de contractuele verplichtingen.[148]

Een opvallende overeenkomst bestaat er ook ten aanzien van wat *niet* wordt gevergd van een benadeelde om aan dit vereiste te voldoen. Er is ondertussen consensus in de Engelse literatuur en rechtspraak dat een benadeelde niet in de overeenkomst hoeft te bedingen dat zijn wederpartij hem een onstoffelijk voordeel, zoals vakantieplezier, zal verschaffen.[149] In het Duitse recht kan een benadeelde reeds contractueel bedingen dat hij – in afwijking van het wettelijke stelsel – recht heeft op smartengeld voor gemist onstoffelijk voor-

147 Zie: § 5.4. Overigens is deze uitzondering niet onomstreden, zie: § 5.4.5.
148 Zie: § 4.2.2.2 over Duits recht en § 5.4.4.3 over Engels recht.
149 Zie: § 5.4.4.3.

deel.[150] In de Engelse en Duitse literatuur wordt er al geruime tijd op gewezen dat het onrealistisch is om te verwachten dat een benadeelde die onstoffelijk voordeel nastreeft – dat zal geregeld een consument zijn – er aan zal denken om over zulke bedingen te onderhandelen en nog minder realistisch dat een professionele wederpartij, zoals een reisbureau, zo'n beding zal aanvaarden.[151] Hoewel in het Duitse recht in enkele uitzonderlijke gevallen het bestaan van zo'n beding uit de onderhandelingen en de overige omstandigheden is afgeleid, zouden benadeelden in de meeste gevallen met lege handen achterblijven.[152] Daarom vereisen noch de Engelse *object of the contract*-uitzondering noch de in de Duitse literatuur voorgestelde beperking aan het recht op smartengeld dat een benadeelde de bescherming van zijn immateriële contractuele belang heeft bedongen. De vraag is niet zozeer welke contractuele verplichtingen de contractspartijen zijn aangegaan, maar welke achterliggende belangen zij met de overeengekomen verplichtingen beogen te beschermen.

Bovendien laat de uitzondering zich in beide rechtsstelsels rechtvaardigen, omdat het in essentie een specifieke toepassing lijkt te zijn van een algemener schadevergoedingsrechtelijk leerstuk dat ook het Nederlandse recht niet onbekend is: de relativiteitsleer.

10.5.3.2 De Schutzzwecklehre in het Duitse recht

Het is een vaste lijn in de Duitse rechtspraak dat een benadeelde uitsluitend recht heeft op schadevergoeding wanneer de contractuele verplichting die zijn wederpartij niet is nagekomen tot doel heeft hem tegen de geleden schade te beschermen.[153] Een contractspartij staat niet in voor alle mogelijke nadelige gevolgen die haar wanprestatie heeft, aldus Schiemann, maar 'nur für die Einbußen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen'.[154] Anders gezegd, het kan zijn dat een belang van de benadeelde buiten het beschermingsbereik van de contractuele plicht valt en dat hij daardoor geen recht heeft op schadevergoeding wanneer de wanprestatie dit belang schaadt.[155] Welke belangen een overeenkomst beoogt te beschermen en welke niet, is een kwestie van uitleg van de partijbedoelingen.[156] Dit leerstuk vindt

150 Zie: § 4.3.3.
151 Zie: § 4.2.2.2.
152 Zie: § 4.4.3.
153 Zie over deze leer uitgebreider en met verwijzingen: *Lange/Schiemann* 2003, p. 103-113 en *MüKoBGB/Oetker BGB* § 249, rl. 123. De grondlegger van het leerstuk is zonder twijfel Rabels, die in zijn handboek *Des Rechts des Warenkaufs* uit 1936, het leerstuk voor het eerst introduceert, p. 495-510, zie met name p. 496: 'Der Vertrag gibt die Pflichten an, er zeigt, welche Interessen des Gläubigers befriedigt werden sollen und verdeutlicht dadurch, welche Folgen der Nichterfüllung im Vermögen des Gläubigers der Schuldner gutzumachen hat.' Zie ook: Raiser *JZ* 1963, p. 462-466 en Lange *JZ* 1976, p. 201-207.
154 *Lange/Schiemann* 2003, p. 104.
155 *Lange/Schiemann* 2003, p. 104.
156 Lange *JZ* 1976, p. 201 en *Lange/Schiemann* 2003, p. 104.

zijn oorsprong in een negentiende-eeuwse uitspraak van het Reichsgericht. Een handelaar geeft een expediteur de opdracht om een partij suiker te vervoeren naar Valparaíso in Chili. Hij bedingt dat de suiker moet worden vervoerd met het schip de Adamant. In strijd met deze contractuele verplichting laat de expediteur de suiker vervoeren met een ander schip: de Potsdam. De Potsdam komt vervolgens veilig in Valparaíso aan, terwijl de Adamant op zijn reis naar Chili vergaat. Dat lijkt goed nieuws voor de handelaar, maar dat is het niet. De handelaar heeft zijn suiker namelijk oververzekerd. De in Valparaíso aangekomen suiker heeft een lagere verkoopwaarde dan het bedrag dat zijn verzekeraar hem zou hebben uitgekeerd wanneer de suiker verloren was gegaan op zee. In rechte vordert hij schadevergoeding van de expediteur voor dit verschil tussen de waarde van de suiker en de misgelopen uitkering van zijn verzekeraar. Als de expediteur zich aan zijn contractuele plicht zou hebben gehouden om de suiker met de Adamant te vervoeren, zou de suiker zijn vergaan, zou vervolgens de verzekeraar hebben uitgekeerd en zou de handelaar uiteindelijk beter af zijn geweest. Het Reichsgericht wijst de vordering af. Het beding dat de suiker vervoerd zou worden op de Adamant had immers tot doel het belang van de handelaar bij veilig en tijdig transport van zijn suiker naar de overeengekomen bestemming te waarborgen. Deze contractuele verplichting had daarentegen niet tot doel zijn belang te beschermen bij het opstrijken van een hoge verzekeringsuitkering wanneer zijn suiker op zee zou vergaan. Met die achterliggende bedoeling waren de expediteur en de handelaar het contractuele beding om de suiker met de Adamant te vervoeren niet overeengekomen.[157]

Tegenwoordig zorgt de *Schutzzwecklehre* er met name voor dat de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, zoals artsen, advocaten en fiscalisten binnen de perken blijft.[158] Een belastingadviseur gaf een foutief fiscaal advies aan twee broers die een investering overwogen in een huis dat hun moeder hen had nagelaten. Deze investering bleek achteraf helemaal niet winstgevend te zijn. De oorzaak daarvan lag alleen niet in de fiscale gevolgen waarover zij foutief waren geïnformeerd door hun belastingadviseur, maar had een totaal andere oorzaak. De broers stelden zich op het standpunt dat, als de belastingadviseur hen juist zou hebben geïnformeerd over de fiscale risico's van hun investeringsplan, zij van hun plan zouden hebben afgezien en het geld winstgevend zouden hebben geïnvesteerd. Door zijn wanprestatie zijn zij deze winst misgelopen. Het BGH wijst hun vordering af. De overeenkomst met de adviseur had uitsluitend tot doel de broers te beschermen tegen de fiscale risico's van hun investeringen, zoals ongunstige beschikkingen van de belastingdienst.

157 RG 4 november 1891, *RGZ* 28, 159.

158 Zie daarover uitgebreid en met verwijzingen: *Lange/Schiemann* 2003, p. 105-109.

> 'Sinn und Zweck [der Vertragsplicht] wäre es dagegen nicht gewesen, den Kl. vor Vermögensdispositionen zu bewahren, die sich aus anderen als steuerlichen Gründen als wirtschaftlich nachteilig herausstellen würde.'[159]

De schade van de broers was niet ontstaan door de verwezenlijking van een fiscaal risico waarover ze foutief waren geïnformeerd, maar had een andere oorzaak. De belastingadviseur was dan ook niet aansprakelijk, omdat de door hem geschonden contractuele verplichting niet tot doel had de broers tegen zulke andere financiële risico's te beschermen.[160]

Ook overeenkomsten tussen advocaten en hun cliënten kunnen een begrensd beschermingsbereik hebben. Zo gaat de Duitse literatuur er over het algemeen vanuit dat wanneer een advocaat wordt ingeschakeld om uitsluitend de economische belangen van zijn cliënt te behartigen, de overeenkomst niet tot doel heeft de geestelijke gezondheid of andere immateriële belangen van zijn cliënt te beschermen.[161] Zoals reeds bleek, deelt het BGH deze opvatting. Zo was een advocaat die twee jonge ouders ten onrechte had verteld dat hun aansprakelijkheidsverzekering geen dekking bood voor een woningbrand die hun kinderen hadden veroorzaakt, niet verplicht om smartengeld te betalen voor het psychische leed dat hij deze ouders daarmee had aangedaan. Door zijn advies verkeerden de ouders langere tijd in staat van hevige paniek, omdat ze dachten dat ze financieel geruïneerd waren. Toch wees het BGH hun smartengeldvordering af:

> 'Das Mandat betraf ausschließlich die Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen der Klägerin und ihres Ehemanns […] Der Inhalt des Vertrages war auf die Erteilung ordnungsgemäßer Rechtsauskünfte in diesem vermögensrechtlichen Bereich gerichtet. Der Schutz der Gesundheit der Mandanten gehörte hingegen nicht zu den von den Beklagten übernommenen Pflichten.'[162]

Volgens voorstanders van een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie, kan aan de hand van deze *Schutzzwecklehre* ook het door hun voorgestelde recht op smartengeld op een rechtvaardige wijze worden begrensd. Een benadeelde heeft uitsluitend recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, wanneer de overeenkomst er toe strekte hem tegen deze schade te beschermen.[163] Anders gezegd, het is vereist dat zijn immateriële contractuele belangen binnen het beschermings-

159 BGH 30 januari 1990, *NJW* 1990, 2057, p. 2058 (I.2.b).
160 BGH 30 januari 1990, *NJW* 1990, 2057, p. 2058 (I.2.b).
161 Zie daarover, kritisch en met verdere verwijzingen: Schiemann *JZ* 2011, p. 526-527.
162 BGH 9 juli 2009, *JZ* 2011, 524, p. 526 (II.3.b.2).
163 Zie: § 9.3.3.2. en § 4.2.2.2. Rabels 1936, p. 497-498 gaf zelf de eerste aanzet voor deze gedachte. Naar zijn idee lagen immateriële belangen in het algemeen buiten het beschermingsbereik van overeenkomsten, maar 'Ausnahmen […] sind sehr wohl denkbar'. Uiteindelijk komt het aan op de 'Sinn des Vertrags' en die kan er toe strekken immateriële belangen te beschermen, aldus Rabels.

bereik van de overeenkomst liggen. Bij zuiver commerciële transacties zal dit vereiste er in de regel toe leiden dat een wederpartij niet aansprakelijk is voor eventueel gemist onstoffelijk voordeel, zelfs niet wanneer zij het ontstaan van zulke schade kon voorzien. Een vervoerovereenkomst om een zaak naar een andere stad te brengen, zal in beginsel alleen strekken tot bescherming van de economische belangen van de eigenaar. De overeenkomst met advocaat, die is ingeschakeld om zijn cliënt in een zuiver commercieel geschil bij te staan, zal uitsluitend strekken tot bescherming van de economische belangen van deze cliënt. Dat verandert bijvoorbeeld pas wanneer de eigenaar van de zaak uitdrukkelijk heeft medegedeeld aan zijn vervoerder dat de te vervoeren zaak een grote emotionele waarde heeft en dat hij een garantie wil dat de zaak onbeschadigd zal blijven tijdens het transport.[164] Onder zulke omstandigheden zal het immateriële belang van de eigenaar wel binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst komen te liggen. Wanneer een advocaat wordt ingeschakeld om zijn cliënt bij te staan in een strafrechtelijke procedure, waarin mede diens vrijheid in het geding is, kunnen de immateriële belangen van zijn cliënt ook binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst liggen.[165] Bovendien kan aan de hand van de *Schutzzwecklehre* smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel worden toegekend, wanneer een overeenkomst er naar zijn aard toe strekt de benadeelde onstoffelijk voordeel te verschaffen. Bij zulke overeenkomsten zal het voor de contracterende partijen immers evident zijn dat het immateriële belang binnen het beschermingsbereik van de contractuele verplichtingen valt. Bij een pakketreis, bijvoorbeeld, is het voor de vakantieganger en het reisbureau zonneklaar dat de overeenkomst uitsluitend tot doel heeft het onstoffelijke voordeel van een plezierige vakantie te verschaffen aan de vakantieganger.[166]

10.5.3.3 De assumption of responsibility in het Engelse recht

De in de Duitse literatuur voorgestelde beperking aan het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel vertoont sterke gelijkenissen met de *object of the contract*-uitzondering uit het Engelse schadevergoedingsrecht. Het verbaast dan ook niet dat ook in de Engelse literatuur deze uitzondering in verband is gebracht met een vergelijkbaar algemeen schadevergoedingsrechtelijk leerstuk, dat – zeker voor Engelse begrippen – recent tot ontwikkeling is gekomen. Deze ontwikkeling vindt haar oorsprong in *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* (SAAMCO), een uitspraak van het House of Lords uit 1996. Het draaide in deze zaak om verschillende taxateurs die als gevolg van een onzorgvuldige inspectie de waarde van onroerend goed

164 Zie: § 4.2.2.2 voor Riedels voorbeeld over de vervoerovereenkomst.
165 Zie: § 4.4.1.3 voor gevallen waarin een overeenkomst met een advocaat wel strekte tot bescherming van immateriële belangen, zoals de vrijheid of de gezondheid van de cliënt.
166 Zie: § 4.2.2.2.

te hoog inschatten. Deze onjuiste waardebepalingen geven zij door aan verschillende kredietverstrekkers, die op basis hiervan hypotheken verstrekken. Wanneer de kredietverstrekkers een correcte waardebepaling zouden hebben gekregen van de taxateur, zouden ze dat nooit hebben gedaan, omdat het onroerend goed onvoldoende verhaal zou bieden wanneer de kredietnemer zijn lening niet zou terugbetalen. Na het verstrekken van de geldlening op basis van deze onjuiste informatie dalen de huizenprijzen aanzienlijk. Deze negatieve ontwikkeling op de vastgoedmarkt zorgt ervoor dat het onroerende goed nóg minder verhaal blijkt te bieden wanneer de kredietnemer zijn lening uiteindelijk niet terugbetaalt. De kredietverstrekkers stellen vervolgens de taxateurs aansprakelijk voor het verschil tussen de niet-terugbetaalde leningen en het bedrag dat het geëxecuteerde onroerende goed heeft opgeleverd. Immers, als de taxateurs hun contractuele plicht om zorgvuldig te taxeren zouden zijn nagekomen, zouden zij nooit een geldlening hebben verstrekt aan de inmiddels insolvente kredietnemers. In dat geval zouden ze ook niet met een deels onbetaalde lening zijn achtergebleven. De ontstane verliezen zouden de taxateurs volledig moeten vergoeden.[167] Lord Hoffmann, die unaniem wordt gevolgd door de andere rechters, ziet dat anders:

> 'A person under a duty to take reasonable care to provide information on which someone else will decide upon a course of action is, if negligent, not generally regarded as responsible for all the consequences of that course of action. He is responsible only for the consequences of the information being wrong.'[168]

Lord Hoffmann geeft als voorbeeld een arts die door een bergbeklimmer wordt gevraagd of zijn geblesseerde knie voldoende sterk is om een bergtocht te maken. De arts doet een te oppervlakkig onderzoek en stelt de onjuiste diagnose dat de knie van de bergbeklimmer sterk genoeg is. Door deze positieve doktersverklaring besluit de bergklimmer aan de tocht te beginnen, maar nog voordat hij last krijgt van zijn knie, komt hij tijdens een gladde klim ten val en loopt hij letsel op. Als de dokter de knie zorgvuldig zou hebben onderzocht en de bergbeklimmer juist zou hebben geïnformeerd, zou de bergbeklimmer van zijn tocht hebben afgezien en zou hij dus ook nooit letsel hebben opgelopen. Dat een bergbeklimmer ten val komt tijdens een bergtocht is bovendien voorzienbaar. Toch kan de arts, volgens Hoffmann, niet aansprakelijk worden gehouden voor het letsel van de bergbeklimmer. De 'scope' van de contractuele verplichting van de arts strekt zich slechts uit over de nadelige gevolgen van zijn onzorgvuldige doktersverklaring, bijvoorbeeld een eventuele verergering van de knieblessure. Het door de bergbeklimmer opgelopen letsel valt echter buiten de 'scope of duty' van de arts. Zijn contractuele plicht strekte, met

167 Lord Hoffmann, p. 210 in *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL).

168 *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL), p. 214.

andere woorden, niet tot bescherming tegen deze schade. In vergelijkbare zin zijn de taxateurs wel aansprakelijk voor het negatieve verschil tussen het door de kredietverstrekker uitgeleende bedrag en de werkelijke waarde van het onroerende goed, maar niet voor het deel van het verlies dat het gevolg is van een daaropvolgende daling van de huizenprijzen.[169]

Het in *SAAMCO* ontwikkelde leerstuk is de afgelopen jaren met enige regelmaat toegepast in andere gevallen waarin een benadeelde op basis van onjuiste informatie een ongunstige investeringsbeslissing neemt.[170] In *The Achilleas* lijkt het House of Lords voor het eerst een ruimere toepassing aan het leerstuk te geven. De eigenaar van het schip de *Achilleas* heeft een bevrachtingsovereenkomst gesloten met een scheepsbevrachter. Afgesproken wordt dat het schip uiterlijk op 2 mei weer ter beschikking zal worden gesteld aan de scheepseigenaar. De scheepseigenaar slaagt erin de Achilleas vanaf die datum opnieuw te bevrachten voor een zeer gunstige prijs. Het schip raakt echter vertraagd, waardoor het uiteindelijk pas op 8 mei in de afgesproken haven aankomt. De scheepseigenaar raakt daardoor zijn lucratieve nieuwe bevrachtingsopdracht kwijt en moet genoegen nemen met een minder lucratieve opdracht. Hij vordert schadevergoeding van de vertraagde bevrachter voor deze gederfde winst.[171] Lord Hoffmann is van mening dat de bevrachter niet aansprakelijk is voor deze schade, maar uitsluitend verplicht is om – zoals gebruikelijk is in de zeevaart – voor de dagen dat hij te laat is de actuele dagprijs voor bevrachting te betalen. In zijn overwegingen stelt Lord Hoffmann voorop dat:

> 'It seems to me logical to found liability for damages upon the intention of the parties (objectively ascertained) because all contractual liability is voluntarily undertaken. It must be in principle wrong to hold someone liable for risks for which

169 *South Australia Asset Management Corporation v. York Montague* [1997] AC 191 (HL), p. 210-212. Een rekenvoorbeeld: Een taxateur doet ondeugdelijk onderzoek en waardeert een onroerend goed op €300.000, terwijl het in werkelijkheid maar €250.000 waard is. Op basis van deze foutieve taxatie leent een bank €300.000 uit aan een kredietnemer. Enkele jaren later blijkt de kredietnemer de lening niet meer te kunnen terugbetalen. Door een daling van de huizenprijzen is het onroerende goed dan nog maar €150.000 waard. De bank blijft met een onverhaalbare schuld zitten van €150.000 en stelt de taxateur daarvoor aansprakelijk. De taxateur is slechts verplicht €50.000 te vergoeden. Dat is immers het verschil tussen de door hem foutief ingeschatte waarde en de werkelijke waarde van het onroerende goed toen de bank de lening verstrekte. Deze schade valt binnen het beschermingsbereik van zijn contractuele verplichtingen. De overige €100.000 aan onverhaalbare schuld is het gevolg van een negatieve ontwikkeling op de huizenmarkt. De contractuele plicht van de taxateur strekte niet tot bescherming tegen deze schade. Die schade moet de kredietverstrekker daarom zelf dragen.

170 Zo bevestigde de Supreme Court *SAAMCO* recent in *Hughes-Holland v. BPE Solicitors* [2017] UKSC 21.

171 Lord Hoffmann in *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 1-5.

> the people entering into such a contract in their particular market, would not reasonably be considered to have undertaken.'[172]

De vraag is, met andere woorden, welke risico's de contractspartijen van elkaar hebben willen overnemen toen zij een overeenkomst aangingen. De partijen hebben bij het sluiten van hun overeenkomst een bepaald beschermingsbereik van de contractuele verplichtingen voor ogen. De gesloten overeenkomst heeft tot doel bescherming te bieden tegen bepaalde negatieve gevolgen. Volgens Lord Hoffmann zullen dat in de regel alle voorzienbare negatieve gevolgen zijn. In de meeste gevallen volstaat daarom het traditionele leerstuk van *remoteness* om te bepalen voor welke schade de wanpresterende contractspartij aansprakelijk is. Soms behoeft deze voorzienbaarheidstoets echter een correctie. Het kan zo zijn dat schade weliswaar voorzienbaar is, maar dat het niet de bedoeling van de wederpartij is om het risico op het ontstaan van zulke schade over te nemen. Met andere woorden, er moet ook worden getoetst of er sprake is van *assumption of responsibility* voor het risico dat zich uiteindelijk heeft verwezenlijkt.[173] SAAMCO is daar volgens Lord Hoffmann een voorbeeld van.[174] In vergelijkbare zin strekt de *scope* van de contractuele verplichting van een bevrachter om een schip op tijd weer ter beschikking te stellen aan de scheepseigenaar zich niet uit over het risico dat een eventuele nieuwe lucratieve bevrachtingsovereenkomst wordt misgelopen, aldus Lord Hoffmann. Zulke schade is weliswaar voorzienbaar, maar in de zeevaart is het gebruikelijk om slechts een vergoeding te betalen voor de extra dagen dat het schip bij de vertraagde bevrachter in gebruik is. In het licht van deze commerciële context ligt het niet voor de hand dat de bevrachter bij het sluiten van de overeenkomst het risico van de door de scheepseigenaar gederfde winst heeft willen overnemen.[175]

In *Supershield v. Siemens* voegde Toulson LJ hieraan toe dat deze correctie op de voorzienbaarheid ook de andere kant op kan werken. Soms is schade weliswaar onvoorzienbaar, maar is de wanpresterende contractspartij toch aansprakelijk, omdat uit de partijbedoelingen blijkt dat de overeenkomst de benadeelde tegen deze onwaarschijnlijke schade beoogt te beschermen.[176] De eigenaar van een kantoor heeft een aannemer de opdracht gegeven om een meerdere beveiligingsmechanismen te installeren op een sprinklersysteem, zodat er bij een defect geen schade aan het pand kan ontstaan. De kans dat alle beveiligingsmechanismen tegelijk defect gaan, is bijzonder onwaarschijnlijk, maar het gebeurt toch. Er ontstaat daardoor alsnog schade aan het pand. De aannemer heeft weliswaar gelijk dat door al deze beveiligingsmechanismen

172 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 12.
173 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 11.
174 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 14-17.
175 *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL), par. 23, 26.
176 *Supershield v. Siemens* [2010] 1 CLC 241 (CA), par. 44.

de ontstane schade onvoorzienbaar is, maar toch is hij aansprakelijk, aldus Toulson LJ. De eigenaar heeft de contractuele plicht om meerdere beveiligingsmechanismen te installeren immers juist bedongen om precies deze onwaarschijnlijke schade te voorkomen. Uit de contractuele verplichting blijkt zo dat de aannemer het risico op het ontstaan van deze onwaarschijnlijke schade heeft overgenomen van de eigenaar van het kantoorpand.[177]

Volgens Kramer is de regel dat een benadeelde bij wanprestatie recht heeft op smartengeld wanneer het een *object of the contract* is om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen in essentie niets meer dan een specifieke toepassing van dit leerstuk van *assumption of responsibility*. Het volstaat immers niet dat het voor zijn wederpartij voorzienbaar is dat de benadeelde een onstoffelijk voordeel zou mislopen bij een eventuele wanprestatie, maar het is ook vereist dat het een doel van de overeenkomst is om de benadeelde het gemiste voordeel te verschaffen. Het is dus ook bij de *object of the contract*-uitzondering de vraag of zijn wederpartij het risico op het ontstaan van het nadeel heeft overgenomen en daarmee of het immateriële contractuele belang van de benadeelde binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst is komen te liggen.[178]

Het verdient opmerking dat het door Kramer gelegde verband tussen de *object of the contract*-uitzondering en dit nieuwe leerstuk geen gemeengoed is in de Engelse literatuur en rechtspraak.[179] Het leerstuk zelf is eveneens omstreden.[180] In het Engelse recht is het nog een revolutionaire gedachte dat schade weliswaar voorzienbaar kan zijn, maar toch buiten het beschermingsbereik van een contractuele plicht kan liggen. Kramer en Hoffmann zien de meerwaarde in van dit nieuwe leerstuk, maar een aanzienlijk deel van de Engelse literatuur is niet overtuigd.[181] *The Achilleas* zelf is daar een goed voorbeeld van. Twee rechters van de Supreme Court, Baroness Hale en Lord Rodger, volgden Lord Hoffmann niet en wezen de vordering van de scheepseigenaar af, omdat de schade naar hun idee simpelweg niet voorzienbaar was.[182] Een deel van de Engelse literatuur is dan ook onverminderd kritisch op de *object of the contract*-uitzondering en wil deze additionele beperking opheffen.[183]

177 *Supershield v. Siemens* [2010] 1 CLC 241 (CA), par. 44.
178 Kramer *LQR* 2009, p. 414 en Kramer 2017, p. 537-539.
179 Aldus ook Kramer 2017, p. 539.
180 Van der Kooij 2019, p. 288 is misschien iets te stellig over de aanvaarding van dit leerstuk in het Engelse recht.
181 Pleitbezorgers zijn onder andere Hoffmann *Edin LR* 2009, p. 43-61; Kramer *LQR* 2009, p. 408-415 en Kramer 2017, p. 299-350. Kritisch zijn bijvoorbeeld: Robertson *LS* 2008, p. 172-196; Peel 2015, p. 1180-1186 en Burrows 2019, p. 99-104 (over *The Achilleas*) en p. 117-127 (over *SAAMCO*).
182 Met name Baroness Hale, par. 93, is kritisch in *Transfield Shipping v. Mercator Shipping (The Achilleas)* [2009] 1 AC 61 (HL). Zie ook: Lord Rodger, par. 63.
183 Zie: § 5.3.5.

10.5.3.4 De contractuele relativiteit in het Nederlandse recht

In Nederland is het geen revolutionaire gedachte dat een norm er toe kan strekken om bepaalde belangen van een benadeelde wel te beschermen, maar andere belangen niet. Voor de onrechtmatige daad bepaalt artikel 6:163 BW immers dat 'geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden'. Dit relativiteitsvereiste speelt onder meer een belangrijke rol bij schendingen van wettelijke plichten. Het kan zijn dat iemand een wettelijke plicht schendt en daardoor een onrechtmatige daad pleegt, maar desondanks niet aansprakelijk is omdat deze wettelijke plicht niet strekte tot bescherming tegen de door de benadeelde geleden schade.[184]

Ook het idee dat het relativiteitsvereiste in het contractenrecht een belangrijke rol zou kunnen vervullen is niet nieuw. In de parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW is uitdrukkelijk overwogen dat het relativiteitsvereiste niet beperkt is tot het terrein van de onrechtmatige daad en dat ook

> '[…] bij de verplichting tot schadevergoeding wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis […] men zich steeds [zal] moeten afvragen of de strekking van de overtreden norm was, de schuldeiser te beschermen tegen schade van het in concreto voorgevallen type en ingetreden op de wijze als in feite is geschied'.[185]

Met andere woorden, ook een *contractuele* norm kan er toe strekken om uitsluitend bepaalde belangen van een contractspartij te beschermen. Bij een wettelijke norm moet steeds worden nagegaan, bijvoorbeeld aan de hand van de parlementaire geschiedenis, welke belangen de wetgever beoogt te beschermen met de door hem ingevoerde wettelijke plicht. Een contractuele norm wordt door de contractspartijen zelf in het leven geroepen. Voor een antwoord op de vraag aan welke belangen een contractuele norm bescherming beoogt te bieden, zal dus gekeken moeten worden naar de gemeenschappelijke bedoelingen van de contracterende partijen. Het bepalen van het beschermingsbereik van een overeenkomst is dus in essentie een uitlegkwestie.[186] Hoewel het contractuele relativiteitsvereiste geen vlucht heeft genomen in de Nederlandse rechtspraak,

184 Zie bijvoorbeeld: HR 13 april 2007, ECLI:NL:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576 m.nt. Vranken (*Iraanse vluchtelinge*), r.o. 3.4.

185 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 341.

186 Artikel 1374 lid 1 OBW bepaalde: 'Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.' Wie het beschermingsbereik van zulke 'tot wet strekkende verplichtingen' wil vaststellen, zal uiteraard te rade moeten gaan bij de 'wetgevers' van deze plichten: de contractspartijen.

kan het wel op steun rekenen in de literatuur.[187] Volgens Lankhorst, die zich laat inspireren door het Duitse recht, is het goed te verdedigen dat ook in het contractenrecht een relativiteitsvereiste zou moeten gelden:

> 'De relativiteitsgedachte sluit zeer nauw aan bij het spel van het contracteren. Het contract kent een door partijen zoveel mogelijk afgebakend toepassingsbereik en wordt duidelijker nog dan het wettenrecht geregeerd door het na te streven en te bereiken doel. […] Het is daarom dat de relativiteitsleer met zijn verwijzing […] naar de strekking van de overeenkomst een praktisch en vanzelfsprekend gezichtspunt is ter bepaling en beperking van de contractuele aansprakelijkheid.'[188]

Dit leerstuk maakt het ook in het Nederlandse recht mogelijk om de aansprakelijkheid voor gemist onstoffelijk voordeel te beperken tot gevallen waarin een overeenkomst tot doel heeft om de benadeelde zulk voordeel te verschaffen. Voor zo'n beperking valt veel te zeggen. De contractuele relativiteitsleer kan er allereerst voor zorgen dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, wanneer zijn wederpartij een overeenkomst niet nakomt die er naar zijn aard toe strekt om hem een onstoffelijk voordeel te verschaffen. Wanneer een verloofde een trouwfotograaf de opdracht geeft om foto's te maken tijdens zijn bruiloft, is het voor beide contracterende partijen evident dat de verloofde met de overeenkomst een onstoffelijk voordeel – een tastbare herinnering aan zijn huwelijksdag – nastreeft. Bij zulke overeenkomsten liggen de immateriële belangen zonder twijfel binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst. Het verkrijgen van onstoffelijk voordeel is immers het voornaamste of zelfs het enige doel dat de benadeelde met de overeenkomst nastreeft. Aan de andere kant kan het contractuele relativiteitsvereiste er voor zorgen dat een contractspartij niet bij de wanprestatie van iedere overeenkomst gehouden is om schadevergoeding te betalen voor gemist onstoffelijk voordeel, zelfs wanneer zij deze schade kon voorzien. Niet bij alle overeenkomsten zullen de immateriële contractuele belangen van de benadeelde binnen het beschermingsbereik van de contractuele verplichtingen liggen. Het voorbeeld van de advocaat die door een cliënt wordt ingeschakeld om hem in een zuiver commercieel geschil bij te staan is verhelderend. De advocaat kan misschien wel voorzien dat zijn cliënt psychische schade lijdt wanneer hij een beroepsfout maakt, maar wanneer hij uitsluitend wordt ingeschakeld om de economische belangen van zijn cliënt te behartigen, kan de bescherming van de geestelijke gezondheid van zijn cliënt buiten het beschermingsbereik van zijn contractuele verplichtingen liggen. Daarmee is

187 Recent nog uitgebreid door Van der Kooij 2019, p. 244-254 en p. 282-292 en eerder reeds door Lankhorst 1992, p. 87-98. Krans 1999, p. 146-149 is weliswaar van mening dat een contractueel relativiteitsvereiste niet nodig is, maar ziet het doel van de overeenkomst wel als een belangrijk gezichtspunt voor de toepassing van andere schadevergoedingsrechtelijke bepalingen, zoals de redelijke toerekening.

188 Lankhorst 1992, p. 97-98.

niet gezegd dat immateriële belangen nooit binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst tussen een advocaat en zijn cliënt kunnen vallen. Zo kan de inhoud van de opdracht aan een advocaat juist wel strekken tot bescherming van immateriële belangen, bijvoorbeeld wanneer hij zijn cliënt bijstaat in een strafrechtelijke of familierechtelijke procedure.

Uiteindelijk komt het bij de contractuele relativiteit aan op een uitleg van wat de partijen voor ogen stond toen zij de overeenkomst aangingen. De vraag is steeds welke belangen zij met de contractuele plichten beogen te beschermen en welke risico's op schade zij van elkaar willen overnemen. Net zoals bij andere uitlegvragen, zal het voorkomen dat partijen hier achteraf – bijvoorbeeld nadat een van de contractspartijen is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen – van mening over verschillen. Het is onvermijdelijk dat een beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel aan de hand van het beschermingsdoel van de overeenkomst nieuwe afbakeningsvragen oproept.[189] Daar staat echter een belangrijk voordeel tegenover. Door de gemeenschappelijke partijbedoelingen de doorslag te laten geven voor het antwoord op de vraag of gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking komt, biedt de contractuele relativiteit wel een solide rechtvaardiging om in het ene geval schadevergoeding voor zulk nadeel toe te kennen en in het andere geval af te wijzen. Het is misschien niet altijd eenvoudig om te achterhalen welke belangen een contractuele norm beoogt te beschermen, maar de contractuele relativiteit resulteert niet in een arbitrair onderscheid. Het ligt in het contractenrecht – waarbinnen de contractsvrijheid een essentieel beginsel is – juist voor de hand om 'ter bepaling en beperking van de contractuele aansprakelijkheid' voor gemist onstoffelijk voordeel doorslaggevende betekenis toe te kennen aan wat de contractspartijen daarover voor ogen stond op het moment dat zij een overeenkomst aangingen.

10.5.4 Een middenweg

De contractuele relativiteit biedt zo een middenweg tussen het onbeschermd laten van immateriële contractuele belangen binnen het schadevergoedingsrecht en een potentieel te grote uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht. Omdat voor het antwoord op de vraag of het verkrijgen van onstoffelijk voordeel binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst ligt doorslaggevende betekenis toekomt aan de partijbedoelingen, biedt de contractuele relativiteit bovendien een te rechtvaardigen beperking aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.

189 Krans 1999, p. 253 en Lindenbergh 2020, p. 143 wijzen op deze mogelijke nieuwe afbakeningsproblemen.

10.6 Een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is niet nodig

10.6.1 Voldoende bescherming buiten het schadevergoedingsrecht

Een laatste vraag is of het eigenlijk wel nodig is om binnen het schadevergoedingsrecht in de bescherming van immateriële contractuele belangen te voorzien. Een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat via het recht op nakoming en het recht om de overeenkomst te ontbinden, het vermogensrecht al adequate bescherming biedt aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden. In vergelijkbare zin is bepleit dat de mogelijkheid om zelf – eventueel in afwijking van het wettelijke stelsel – een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te bedingen, contractspartijen al voldoende de mogelijkheid biedt om in de bescherming van hun immateriële belangen te voorzien. Volgens deze auteurs is het daarom niet nodig om het recht op schadevergoeding verder uit te breiden. Er zou in het vermogensrecht namelijk helemaal geen sprake zijn van een leemte in de rechtsbescherming.

10.6.2 Bescherming binnen het stelsel van remedies

10.6.2.1 Nakoming, vervangende schadevergoeding en ontbinding

Een benadeelde is niet uitsluitend aangewezen op het schadevergoedingsrecht wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verplichtingen en hij daardoor het nagestreefde onstoffelijke voordeel misloopt of dreigt mis te lopen. Mits aan de daarvoor geldende wettelijke vereisten is voldaan, staan een benadeelde ook andere remedies ter beschikking. Zo kan hij bij de rechter nakoming van de contractuele verplichtingen vorderen, de overeenkomst ontbinden of de niet-geleverde contractuele prestatie omzetten in een vervangende schadevergoeding. Het uitgangspunt is bovendien dat een benadeelde een vrije keuze heeft tussen deze vorderingen.[190]

Wat deze keuzevrijheid betekent voor een benadeelde, kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld. Een verloofde vrouw geeft een bekende modeontwerper de opdracht om voor haar een trouwjurk te ontwerpen en te vervaardigen. De verloofden willen hun bruiloft op midzomernacht vieren. Om die reden komen de aanstaande bruid en de modeontwerper overeen dat de trouwjurk uiterlijk op 1 juni zal worden afgeleverd. Door een verschrijving in zijn agenda – hij noteert 1 juli – vergeet de modeont-

190 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. De Hoge Raad maakt wel een voorbehoud: 'De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.'

werper de afgesproken datum. Daardoor is de bestelde trouwjurk op 1 juni nog niet klaar.

Het Nederlandse recht biedt de aanstaande bruid nu, naast het vorderen van schadevergoeding, tal van andere mogelijkheden. Zo kan ze allereerst bij de rechter nakoming vorderen van de contractuele verplichting van de modeontwerper om haar een trouwjurk te leveren. Deze gerechtelijke veroordeling kan ze kracht bijzetten door de rechter te verzoeken een dwangsom op te leggen.[191] Zodra de modeontwerper in verzuim is, kan de aanstaande bruid haar contractuele recht op de trouwjurk door middel van een schriftelijke verklaring omzetten in een vervangende schadevergoeding.[192] In dat geval krijgt zij, zo volgt uit de schaarse rechtspraak van de Hoge Raad, aanspraak op een geldbedrag ten belope van de objectieve marktwaarde van de contractuele prestatie van de modeontwerper. Met andere woorden, ze heeft recht op een geldbedrag ten belope van de waarde van het ontwerpen en het vervaardigen van de door haar bestelde trouwjurk. De aanstaande bruid blijft ook na deze omzetting verplicht om de afgesproken koopsom te betalen aan de modeontwerper.[193] Wanneer een wederpartij wel een prestatie heeft geleverd, maar dat niet deugdelijk heeft gedaan – de modeontwerper levert een trouwjurk die veel te krap is en waarvan het stiksel loslaat[194] – kan de benadeelde er ook voor kiezen de contractuele verplichting tot herstel om te zetten in een vervangende schadevergoeding. In dat geval heeft hij recht op het bedrag dat nodig is om alsnog een deugdelijke prestatie bij een derde te verkrijgen. Voor

191 Op grond van artikel 3:296 BW. Soms zal uit de aard van de verplichting, de wet of een rechtshandeling voortvloeien dat een rechthebbende geen nakoming kan vorderen. Zo kan een rechter de Nederlandse Staat geen wetgevingsbevel geven, zie daarover: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *RvdW* 2019/89 (*Urgenda*), r.o. 8.2. Zie over het recht op nakoming in het algemeen: Haas 2009.

192 Op grond van artikel 6:87 lid 1 BW. In het voorbeeld is de tekortkoming in de nakoming van de contractuele verplichting uiteraard toerekenbaar. Wanneer verzuim intreedt, zal in dit voorbeeld, nu het een consumentenkoop betreft, worden bepaald aan de hand van het relatief nieuwe artikel 7:19a BW.

193 HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 m.nt. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*), r.o. 3.4.2 en HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7821, *NJ* 2004/586 (*Van Laar/Bouwconsultant*), r.o. 3.4. Ook in de literatuur gaat men ervan uit dat een benadeelde recht heeft op een vergoeding van de objectieve marktwaarde van de contractuele prestatie. Zie: Knijp *NbBW* 2002, p. 77; Hijma, par. 3, in zijn noot onder HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*); *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/403 en Van Wechem & Rinkes *NJB* 2017, p. 2516-2517.

194 Geen omzetting vindt plaats, die door de tekortkoming, gezien haar geringe betekenis, niet wordt gerechtvaardigd, aldus lid 2 van artikel 6:87 BW. Als er slechts één draadje van de trouwjurk loszit, is omzetting misschien een te rigoureuze maatregel. Zie daarover: HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743, *RvdW* 2017/527 (*Scheve keukenvloer*), r.o. 3.4.3.

de aanstaande bruid betekent dit dat ze recht heeft op het geldbedrag dat nodig is om de jurk te laten verstellen en repareren door een kleermaker.[195]

De aanstaande bruid kan er ook voor kiezen om de overeenkomst te ontbinden.[196] Beide partijen worden dan allereerst bevrijd van de contractuele verplichtingen die zij nog niet zijn nagekomen. De modeontwerper hoeft de trouwjurk niet meer te leveren en de aanstaande bruid hoeft de afgesproken prijs niet meer te betalen. Daarnaast ontstaat er wederzijds een obligatoire verplichting om hetgeen reeds door de andere partij is gepresteerd ongedaan te maken. Dat komt in de regel neer op een teruggaveplicht. De modeontwerper zal bijvoorbeeld een eventuele aanbetaling moeten terugbetalen aan de aanstaande bruid.[197] Wanneer de modeontwerper wel een jurk levert, maar deze te krap is en het stiksel loslaat, kan de aanstaande bruid er ook voor kiezen om een evenredige prijsvermindering te vorderen.[198] Sluit de aard van een prestatie uit dat zij ongedaan wordt gemaakt – dit speelt vooral bij diensten, bijvoorbeeld bij een knipbeurt door een kapper – dan treedt daarvoor een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van ontvangst.[199] Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook in dat geval de objectieve marktwaarde van de prestatie – de gemiddelde marktprijs van een knipbeurt bij de kapper – doorslaggevend is.[200] Wanneer een dergelijke prestatie ondeugdelijk is nagekomen – de kapper heeft het haar scheef geknipt – is voor de waardebepaling de werkelijke waarde die de prestatie voor de benadeelde heeft gehad, doorslaggevend. Ook een gebrekkige prestatie kan de benadeelde immers nog enig voordeel opleveren. Als de benadeelde zijn kapsel slechts nog kan 'redden' door het helemaal opnieuw te laten knippen

195 HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 m.nt. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*), r.o. 3.4.2. Zie ook: Knijp *NbBW* 2002, p. 77 en Hijma, par. 3, in zijn noot onder HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, *NJ* 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*). Volgens *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/403, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, heeft de aanstaande bruid in zulke gevallen ook het recht om de contractuele plicht een jurk te leveren om te zetten in vervangende schadevergoeding. In dat geval moet ze de reeds ontvangen gebrekkige jurk retourneren aan de modeontwerper.

196 Wanneer hij in het geheel niet levert, moet de modeontwerper eerst in verzuim zijn geraakt, aldus artikel 7:19a BW. In het geval dat de geleverde trouwjurk niet aan de overeenkomst beantwoordt, is ontbinding pas mogelijk wanneer de modeontwerper niet binnen een redelijke termijn de gebreken aan de jurk herstelt, aldus artikel 7:22 lid 2 BW.

197 Dat volgt uit artikel 6:271 BW. Zie daarover: Hartlief 1994, p. 33-83; De Vries 1997, p. 175-176; Bakels 2011, p. 56-57 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/699.

198 In dit geval op grond van artikel 7:22 lid 1 sub b BW. Bij de toepassing van het algemene ontbindingsleerstuk van artikel 6:265 BW kan hetzelfde worden bereikt door gedeeltelijke ontbinding te vorderen.

199 Dit volgt uit artikel 6:272 BW. Zie daarover: De Vries 1997, p. 176-178 en Bakels 2011, p. 71-72.

200 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1031 (*Toelichting Meijers*). Kritisch daarover Hartlief *Kwartaalbericht NBW* 1989, p. 38 en Hartlief 1994, p. 59-60, die van mening is dat de waarde moet worden gesteld op de afgesproken contractsprijs. Zie ook: De Vries 1997, p. 177-178 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/704.

door een andere kapper en de slechte knipbeurt hem dus geen enkel voordeel heeft opgeleverd, staat het de rechter vrij om te bepalen dat de waarde van de ondeugdelijke prestatie nihil is.[201]

Het Nederlandse recht reikt een benadeelde, naast het vorderen van schadevergoeding, dus legio andere mogelijkheden aan om het tekortschieten van zijn wederpartij in de nakoming van haar contractuele verplichtingen te redresseren. De benadeelde heeft in het Nederlandse recht aanzienlijk meer opties dan in het Engelse recht. In het Nederlandse recht heeft een benadeelde een algemeen recht op nakoming van contractuele verplichtingen, terwijl het Engelse recht een benadeelde slechts in uitzonderlijke omstandigheden de mogelijkheid biedt via de rechter nakoming van een overeenkomst af te dwingen. Een rechter wijst een nakomingsvordering in beginsel uitsluitend toe wanneer schadevergoeding geen adequate remedie is, dat wil zeggen wanneer het voor een benadeelde niet mogelijk is de contractuele prestatie elders te verkrijgen.[202] Bovendien moet de contractuele verplichting voldoende duidelijk zijn en de naleving ervan geen constante controle of een voortdurend ingrijpen van de rechter vergen.[203] In de Engelse literatuur gaan de laatste decennia stemmen op om een benadeelde bij wanprestatie aanspraak te geven op een vergoeding van de waarde van de niet-nagekomen contractuele prestatie *zelf* of, anders gezegd, op *substitutionary damages*.[204] De uiteenlopende opvattingen van de rechters van het House of Lords in *McAlpine v. Panatown* laten zien dat het nog geen uitgemaakte zaak is of een benadeelde een algemeen recht op zulke vervangende schadevergoeding heeft.[205] In bepaalde gevallen heeft een benadeelde recht op een vergoeding van de herstelkosten wanneer zijn wederpartij een gebrekkig werk – dit speelt met name bij bouwcontracten – oplevert, maar ook deze aanspraak is een uitzondering in het Engelse recht en kent bovendien strikte additionele vereisten.[206] Tot slot bevrijdt ontbinding in het huidige Engelse recht een benadeelde slechts

201 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1031 (*Toelichting Meijers*). Zie ook: De Vries 1997, p. 176-178; Bakels 2011, p. 71-72 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/704.

202 Uit bijvoorbeeld *Societe des Industries Metallurgiques SA v. The Bronx Engineering Co Ltd* [1975] Lloyd's rep. 465 (CA) blijkt dat dit criterium strikt wordt uitgelegd. Zie over dit vereiste uitgebreid: Burrows 2004, p. 458-474 en Beatson e.a. 2016, p. 608-614. Overigens kan een benadeelde de contractuele verplichting om een geldsom te betalen wel in rechte afdwingen. Bovendien zijn ook in Groot-Brittannië de Europese richtlijnen over consumentenkoop steeds geïmplementeerd, waardoor bij consumentenkoop een benadeelde wel recht op nakoming (althans herstel of vervanging) heeft.

203 Zie met name: Lord Hoffmann in *Co-Operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL), p. 15-16.

204 Over het bestaan en de wenselijkheid van zo'n aanspraak is de laatste jaren zeer veel geschreven in de Engelse literatuur. Zie bijvoorbeeld: McKendrick *CPL* 1999, p. 72-73; Webb *OJLS* 2006, p. 57-61 en Winterton *LMCLQ* 2012, p. 449-450.

205 *Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518 (HL). Zie over dit arrest in het bijzonder: McKendrick *OUCLJ* 2003, p. 145-180.

206 Zie daarover met name: *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL).

van zijn contractuele verplichtingen die nog niet opeisbaar zijn, maar heeft hij geen algemeen recht op ongedaanmaking van de door hem reeds verrichte prestaties.[207] Zo heeft een benadeelde tot op heden slechts recht op terugbetaling van zijn vooruitbetalingen wanneer zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen *in het geheel* niet is nagekomen. Wanneer de wederpartij haar contractuele verplichtingen wel reeds gedeeltelijk is nagekomen, heeft de benadeelde geen recht meer op terugbetaling van eventuele vooruitbetalingen.[208]

In het Engelse recht is een benadeelde voor de bescherming van zijn contractuele belangen dus veel vaker aangewezen op het schadevergoedingsrecht dan in Nederland. Een deel van de literatuur lijkt van mening te zijn dat een benadeelde in het Nederlandse recht dan ook helemaal geen aanspraak op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel nodig heeft, omdat het recht op nakoming, ontbinding en vervangende schadevergoeding zijn immateriële contractuele belangen al voldoende beschermen. Dat is naar mijn mening niet het geval. Ook in het Nederlandse recht zou zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een leemte bestaan in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Om dat toe te lichten, is het nuttig om eerst uit te leggen op welke wijze deze remedies de immateriële contractuele belangen van een benadeelde wel kunnen dienen.

10.6.2.2 Voorkomen is beter dan genezen

Vóór haar trouwdag is de aanstaande bruid voor de bescherming van haar immateriële contractuele belang – het dragen van een mooie trouwjurk op haar bruiloft – zeker gebaat bij het recht op nakoming van de contractuele verplichting van de modeontwerper om een trouwjurk te leveren. Door de modeontwerper met een gerechtelijk bevel, al dan niet onder last van een dwangsom, te dwingen om de trouwjurk op tijd te leveren, kan ze verzekeren dat ze op haar bruiloft over haar gedroomde trouwjurk beschikt.[209] Het recht op nakoming kan de benadeelde op deze wijze in de gelegenheid stellen om het nagestreefde onstoffelijke voordeel alsnog te realiseren. Ontbinding en vervangende schadevergoeding kunnen een benadeelde op een indirecte wijze

207 Het recht op restitutie na ontbinding van een overeenkomst is notoir ingewikkeld én omstreden in het huidige Engelse recht. Of een contractspartij recht heeft op restitutie is niet alleen afhankelijk van de vraag of zij de benadeelde dan wel de wanpresterende partij is, maar ook of zij teruggave van een reeds betaalde geldsom vraagt dan wel een vergoeding voor een verrichte dienst of een geleverd goed. Zie hierover: Peel 2015, hfd. 22 en Beatson e.a. 2016, p. 620-530.

208 Zie over dit omstreden vereiste van 'total failure of consideration': Lord Goff in *Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co* [1998] WLR 574 (HL), p. 588. Zie hierover uitgebreid: Beatson e.a. 2016, p. 621-624.

209 Wanneer de jurk te krap is en het stiksel loslaat, kan ze herstel of eventueel vervanging vorderen op grond van artikel 7:21 lid 1 sub b BW.

in de gelegenheid stellen het gemiste onstoffelijke voordeel alsnog te realiseren. Als de aanstaande bruid de overeenkomst ontbindt, is ze bevrijd van haar verplichting om de koopsom te betalen en krijgt ze eventuele vooruitbetalingen terug. Zo ontstaat er weer bestedingsruimte om bij een ander modehuis in allerijl een nieuwe trouwjurk aan te schaffen. Met het vorderen van vervangende schadevergoeding bereikt de aanstaande bruid in dit geval een vergelijkbaar resultaat. Ze krijgt dan in plaats van de bestelde trouwjurk een geldbedrag ten belope van de waarde ervan. Met dat geldbedrag kan ze elders een nieuwe trouwjurk aanschaffen.[210] Bovendien biedt het recht op vervangende schadevergoeding de aanstaande bruid de mogelijkheid om, wanneer de geleverde jurk niet aan de overeenkomst beantwoordt, de modeontwerpers contractuele verplichting tot herstel om te zetten in een vervangende schadevergoeding. In dat geval beloopt de vervangende schadevergoeding de kosten om de trouwjurk door een kleermaker te laten herstellen.[211]

Naar alle waarschijnlijkheid prefereert de aanstaande bruid het verkrijgen van een trouwjurk boven schadevergoeding voor het moeten missen van deze jurk op haar bruiloft. Schadevergoeding kan slechts compensatie bieden voor het missen van onstoffelijk voordeel, maar zal in de regel geen volledig herstel bieden voor het gemiste plezier van het dragen van een mooie trouwjurk tijdens een huwelijk. Voorkomen is beter dan genezen.

Het probleem is alleen dat voorkomen niet altijd mogelijk is. Zo is het een uitgangspunt van het Nederlandse contractenrecht dat een schuldenaar niet verplicht is tot nakoming van zijn contractuele verplichtingen wanneer dit niet van hem gevergd kan worden, omdat dit te kostbaar of anderszins te belastend voor hem is.[212] Zo kunnen bij een verbouwing van een huis of een bedrijfspand kleine gebreken ontstaan, die zeer kostbaar zijn om te herstellen. In een recent arrest van de Hoge Raad ging het bijvoorbeeld om een scheve keukenvloer. Een aannemer maakte een fout bij het plaatsen van een keukenvloer waardoor deze vloer zodanig scheef lag dat niet meer werd voldaan aan de toepasselijke STABU-richtlijnen. De aannemer pleegde daarmee wanprestatie. Het was echter met het blote oog niet te zien dat de vloer scheef

---

210 De bruid blijft wel verplicht om de koopprijs te betalen. Het resultaat van het vorderen van vervangende schadevergoeding zal daardoor veelal vergelijkbaar zijn met ontbinding. Sommige auteurs, bijvoorbeeld Stolp 2007, p. 144 en 147, zijn zelfs van mening dat het vorderen van vervangende schadevergoeding of ontbinding lood om oud ijzer is. Zoals eerder door mij en Van Vught (Beumers & Van Vught *AA* 2018, p. 99) is uiteengezet, zijn er soms wel degelijk verschillen tussen beide remedies, met name wanneer de verschuldigde contractsprijs hoger ligt dan de objectieve waarde van de contractuele prestatie van de wederpartij.

211 De Jong 2014, p. 181 ziet deze mogelijkheid als een belangrijk voordeel van vervangende schadevergoeding.

212 Zie met name: HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. Dit uitgangspunt ziet men ook terug in enkele wettelijke regelingen, zoals bij de koopovereenkomst in artikel 7:21 lid 4 BW en bij aanneming van werk in artikel 7:759 lid 2 BW.

lag: dat kon enkel met gedetailleerde metingen worden vastgesteld. Bovendien leverde dit gebrek geen hinder op bij het gebruik van de keuken. De kosten om de vloer te egaliseren waren daarentegen aanzienlijk. In zulke gevallen kan het zo zijn dat herstel, of het vergoeden van de kosten om zulk herstel door een derde te laten uitvoeren, te belastend is voor de schuldenaar.[213] Omdat zijn vordering tot herstel dan wordt afgewezen, kan de benadeelde in zulke gevallen niet voorkomen dat hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel – het plezier van een egale keukenvloer – misloopt.[214]

Het is daarnaast mogelijk dat nakoming simpelweg feitelijk niet meer mogelijk is. Een kunstliefhebber heeft al jaren de wens om een bepaalde tekening van Karel Appel te kopen en in zijn woonkamer te hangen. Op een gegeven moment lukt het hem om de eigenaar van de tekening te bewegen om het kunstwerk aan hem te verkopen, maar voor de levering gaat, door de onzorgvuldigheid van de verkoper, het kunstwerk verloren in een brand. In zulke gevallen van absolute onmogelijkheid is het voor de verkoper feitelijk onmogelijk om nog na te komen. Het door de kunstliefhebber nagestreefde onstoffelijke voordeel – het esthetische plezier van de tekening van Karel Appel boven de schouw – is onomkeerbaar verloren gegaan.[215] Om een vergelijkbare reden heeft een benadeelde niets meer aan een nakomingsvordering in het geval dat het essentieel is dat een bepaalde contractuele prestatie op een specifieke dag of gedurende een bepaalde periode wordt geleverd, maar op dat moment uitblijft. Het is essentieel dat een trouwfotograaf op de huwelijksdag aanwezig is om foto's te maken. Hetzelfde geldt voor de bruidstaart die de patisserie heeft gebakken en voor het bandje dat zal optreden tijdens het huwelijksfeest. Het bruidspaar heeft na de trouwdag niets meer aan de prestaties van deze partijen, omdat het daarmee nagestreefde onstoffelijke voordeel – foto's van de ceremonie, een taartpunt voor de bruiloftsgasten en muziek op het huwelijksfeest – al onomkeerbaar verloren is gegaan.[216]

---

213 In HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:743, *RvdW* 2017/527 (*Scheve keukenvloer*), r.o. 3.4.3 had het Hof onvoldoende gemotiveerd waarom het toekennen van de kosten van herstel niet te belastend was voor de aannemer. In de Nederlandse literatuur lopen de meningen uiteen over de vraag wanneer nakoming te belastend of kostbaar is. Zo willen Haas 2009, p. 135-204 en Veldman *WPNR* 2001, p. 736-738 veel eerder dan in het huidige recht wordt gedaan, aannemen dat nakoming te belastend is voor een schuldenaar.

214 Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 103 wijst er terecht op dat in zulke gevallen het nog wel eens lastig zou kunnen zijn voor een benadeelde om aan te tonen dat hij het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate is misgelopen. De keuken in het voorbeeld kan immers zonder enige hinder worden gebruikt en bovendien is het gebrek *niet zichtbaar*.

215 Zie hierover: *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/382.

216 De heersende leer is dat ook in zulke gevallen waarin 'de tijd van de vervulling een wezenlijk bestandsdeel van de verbintenis uitmaakt' sprake is van blijvende onmogelijkheid, zie: *Asser/Sieburgh 6-I* 2016/383. Van Schaick *NTBR* 2012, par. 4 is van mening dat geen sprake is van blijvende onmogelijkheid, maar van een fatale termijn in de zin van artikel 6:83 sub a BW. Wat daar ook van zij, het staat vast dat het nagestreefde onstoffelijke voordeel onomkeerbaar verloren is gegaan.

Zelfs wanneer nakoming van de contractuele verplichtingen nog mogelijk is, kan het zo zijn dat de wederpartij het missen van het onstoffelijke voordeel niet meer volledig ongedaan kan maken. De Engelse zaken over de beroepsaansprakelijkheid van advocaten illustreren dat helder. Misschien was het voor de advocaat van Heywood mogelijk geweest om, enkele maanden na het ondermaatse gerechtelijke verzoek tot een straat- en contactverbod voor Heywoods gewelddadige ex-vriend, een nieuw verzoek in te dienen en zo zijn contractuele plicht alsnog na te komen. De stalking zou vanaf dat moment weliswaar worden beëindigd, maar het immateriële nadeel dat Heywood leed in de periode dat een deugdelijk verzoek van haar advocaat uitbleef, is daarmee niet goedgemaakt. Door de initiële fout van de advocaat heeft de stalking onnodig lang voortgeduurd. Het uit deze vertraging voortvloeiende nadeel is onomkeerbaar en de advocaat kan deze schade niet wegnemen door op een later moment zijn contractuele plichten wel deugdelijk na te komen.[217]

Kortom, als nakoming niet meer mogelijk is of een deugdelijke nakoming zo lang uitblijft dat de benadeelde het onstoffelijke voordeel reeds onomkeerbaar is misgelopen, biedt een nakomingsvordering onvoldoende bescherming aan het immateriële contractuele belang van de benadeelde. Ook ontbinding en vervangende schadevergoeding bieden de benadeelde in zulke gevallen geen indirecte mogelijkheid meer om het onstoffelijke voordeel bij een derde te verkrijgen, om de simpele reden dat hij het gemiste onstoffelijke voordeel ondertussen niet meer kan verwezenlijken.[218] Compensatie voor het gemiste onstoffelijke voordeel is het enige wat het recht hem in zulke gevallen nog zou kunnen bieden.

10.6.2.3 Niet goed, geld terug

In de Nederlandse literatuur leeft ook de gedachte dat het vermogensrecht reeds via het recht van ontbinding voldoende in de compensatie van gemist

---

217 Zie voor een uitgebreidere bespreking van *Heywood v. Wellers* en vergelijkbare beroepsaansprakelijkheidszaken: § 5.4.1.

218 Hijma, par. 4, in zijn annotatie onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*) geeft als een mogelijke rechtvaardiging voor de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten dat een dergelijke vergoeding de benadeelde in staat stelt het onstoffelijke voordeel op een later moment alsnog te verkrijgen. Zie ook: Van Wees *TvC* 2019, p. 69. Geheel overtuigend is deze rechtvaardiging niet. Niet alleen zal de benadeelde soms helemaal niet een tweede keer proberen het onstoffelijke voordeel te verkrijgen (in die zin reeds Verheij *AV&S* 2017, p. 115-116), maar in andere gevallen kan dat helemaal niet meer. Zo kon Burger wel meedoen aan een latere Dakar Rally, maar het plezier van de Dakar Rally *van 1998* is hij onomkeerbaar verloren. Dat roept de vraag op in hoeverre het Burger te doen was om deel te nemen aan deze specifieke Dakar Rally of meer om deelname aan *een* editie van de Dakar Rally. Voor vakanties geldt hetzelfde. Een mislukte zomervakantie naar Engeland in 2016 kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, tot op zekere hoogte worden goedgemaakt door een geslaagde zomervakantie in 2017. Het plezier van een geslaagde zomervakantie *in 2016* is de benadeelde echter onomkeerbaar misgelopen.

onstoffelijk voordeel voorziet. Door de overeenkomst te ontbinden krijgt de benadeelde immers zijn geld terug of, in het geval van gedeeltelijke ontbinding of prijsvermindering, een deel ervan. Met deze terugbetaling of prijsvermindering zou de benadeelde gecompenseerd worden voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, is dan de gedachte. Zo schrijft Tjong Tjin Tai, in het kader van de pakketreisovereenkomst, ten aanzien van gederfd reisgenot:[219]

> 'Prijsverlaging is een passende remedie voor lastig op geld te waarderen schade als gederfd reisgenot. In het algemeen zal een proportionele prijsverlaging, gerelateerd aan de relatieve omvang van het gederfde genot, passend lijken.'

Om die reden ziet Tjong Tjin Tai geen noodzaak om aan de gedupeerde vakantieganger een additioneel recht op smartengeld voor gederfd reisgenot toe te kennen. Het gederfde reisgenot wordt immers al 'door de prijsverlaging gedekt'.[220] Lindenbergh komt meer in het algemeen tot dezelfde conclusie. Volgens hem kan in gevallen van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst die beoogt te voorzien in immateriële behoeften van een benadeelde, de gemiste vreugde 'vaak ook via (al dan niet gedeeltelijke) ontbinding […] worden geredresseerd'.[221]

Gemist onstoffelijk voordeel is een vorm van gevolgschade, die ontstaat wanneer het voor de wederpartij niet meer mogelijk is om haar contractuele verplichtingen na te komen of nakoming niet meer kan voorkomen dat de benadeelde het voordeel misloopt.[222] In het tweede hoofdstuk is uiteengezet dat de waarde van onstoffelijk voordeel, zoals reisgenot, in drie verschillende componenten uiteenvalt. De waarde van onstoffelijk voordeel is ten minste gelijk aan de uitgaven die de benadeelde heeft gedaan om het voordeel te verkrijgen. Deze gemaakte kosten kunnen allereerst bestaan uit de contractsprijs die de benadeelde heeft voldaan aan zijn wederpartij. De tevergeefs gemaakte kosten kunnen daarnaast bestaan uit uitgaven bij derden die nodig waren om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Ten derde streeft een benadeelde een consumentensurplus of immateriële winst na. Deze drie componenten samen vormen de totale waarde van het onstoffelijke voordeel.[223]

De 'niet goed, geld terug'-gedachte gaat er in de kern vanuit dat met de terugbetaling van de contractsprijs of een prijsvermindering deze gevolgschade

---

219 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/532.

220 *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/533. Zie ook: Van Wees *TvC* 2019, p. 69, die reeds tot de genuanceerdere conclusie komt dat prijsverlaging niet in alle gevallen een adequate wijze is om gederfd reisgenot te begroten, met name niet bij annulering door de reisorganisator.

221 Lindenbergh *NTBR* 2019, p. 126.

222 Schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is dan ook altijd een vorm van aanvullende schadevergoeding. Het is geen vervangende schadevergoeding voor de niet-geleverde contractuele prestatie zelf, maar voor de negatieve consequenties die het uitblijven van de prestatie heeft voor de benadeelde. Zie § 2.2 over het verschil tussen contractuele rechten en contractuele belangen.

223 Zie uitgebreid hierover: § 2.4.

bestaande uit het gemiste onstoffelijke voordeel reeds geheel kan worden weggenomen. Dat is alleen niet zo. Het recht van ontbinding schiet – op vergelijkbare wijze als bij gederfde winst – op twee fronten tekort in het bieden van volledige compensatie voor gemist onstoffelijk voordeel.

Het consumentensurplus

Om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen is het in sommige gevallen uitsluitend nodig voor een benadeelde om een contractsprijs aan zijn tekortschietende wederpartij te betalen. Terugbetaling van dit bedrag of prijsvermindering neemt de gevolgschade bestaande uit het gemiste onstoffelijke voordeel echter niet volledig weg. De benadeelde streeft immers ook een consumentensurplus na.

Het voorbeeld van de wanpresterende trouwfotograaf Samsom illustreert dat.[224] Diesen zoekt een trouwfotograaf voor haar huwelijk. Zij is bereid maximaal € 2.000 aan haar trouwfoto's uit te geven. Het onstoffelijke voordeel van professionele trouwfoto's is haar, anders gezegd, € 2.000 waard.[225] Zij huurt vervolgens trouwfotograaf Samsom in, die een prijs van € 1.250 rekent voor het maken van de trouwfoto's. Samsom eist bovendien dat Diesen vooruitbetaalt. Samsom komt vervolgens niet opdagen tijdens de bruiloft, waardoor Diesen het door haar nagestreefde onstoffelijke voordeel – professionele trouwfoto's – geheel misloopt.[226] Als Diesen de overeenkomst zou ontbinden, zou Samsom naar Nederlands recht verplicht zijn om het vooruitbetaalde bedrag van € 1.250 terug te betalen aan haar. De trouwfoto's waren Diesen echter € 2.000 waard. Na terugbetaling van de contractsprijs is dus € 750 van de waarde van het onstoffelijke voordeel nog niet vergoed door Samsom. Met andere woorden, voor het consumentensurplus – het verschil tussen de voor het onstoffelijke voordeel betaalde contractsprijs en de subjectieve waarde ervan voor de benadeelde – biedt deze terugbetaling geen compensatie.

Hier dringt een vergelijking met gederfde winst zich op. Stel dat Diesen geen verloofde is die een trouwfotograaf zoekt, maar een kunsthandelaar. Ze koopt van kunstfotograaf Samsom voor € 1.250 een serie unieke foto's en betaalt de koopprijs wederom vooruit. Nog voordat Samsom heeft geleverd, lukt het haar de gekochte foto's voor € 2.000 door te verkopen aan een particuliere kunstverzamelaar. Vervolgens schiet Samsom tekort in zijn verplichting de unieke foto's in eigendom over te dragen, omdat hij ze voor een hogere prijs heeft verkocht en reeds heeft geleverd aan een derde.[227] Als Diesen de

224 Het voorbeeld is ontleend aan *Diesen v. Samsom* [1971] SLT 49.

225 Zie voor hetzelfde voorbeeld: § 10.4.1. Zie § 2.4.2 over de moeilijkheid om het consumentensurplus te berekenen en § 10.3.5 hoe deze moeilijkheid het hoofd kan worden geboden.

226 Tegenwoordig is het nauwelijks voor te stellen dat er zonder fotograaf helemaal geen foto's van het huwelijk zouden zijn. *Diesen v. Samsom* speelt zich af in de jaren zestig van de vorige eeuw, toen nog niet iedereen te allen tijden een camera op zak had.

227 Het vorderen van nakoming is daarmee geen optie meer, aldus HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2401, *NJ* 1997/641 (*Budde/Tao Moa Cruising Limited*), r.o. 3.3.

overeenkomst zou ontbinden, zou ze recht hebben op terugbetaling van de koopprijs van € 1.250, maar daarmee zou ze nog niet gecompenseerd zijn voor de gederfde nettowinst van € 750 die ze zou hebben gemaakt wanneer Samsom zijn contractuele verplichting om de foto's te leveren zou zijn nagekomen. Het is onomstreden in het Nederlandse recht dat Diesen in dat geval naast terugbetaling van de kooprijs eveneens recht heeft op aanvullende schadevergoeding voor haar gederfde nettowinst van € 750.[228] Zonder zulke aanvullende schadevergoeding zou Diesen immers geen volledige compensatie krijgen en na de ontbinding met een deel van de schade blijven zitten. Dat is in essentie niet anders wanneer Diesen geen winst, maar een onstoffelijk voordeel – professionele trouwfoto's – nastreeft. Ook in dat geval loopt zij nettowinst mis door de wanprestatie, maar dan een nettowinst die immaterieel van aard is. Ook deze nettowinst wordt niet weggenomen door terugbetaling van de vooruitbetaalde contractsprijs.

In het Duitse en het Engelse recht is reeds erkend dat terugbetaling van de contractsprijs of prijsvermindering geen volledige compensatie biedt voor het gemiste consumentensurplus. Dat blijkt duidelijk uit de Duitse en Engelse rechtspraak over mislukte vakanties. Zo is het een vaste lijn in de rechtspraak van het BGH dat een gedupeerde vakantieganger naast een recht op prijsvermindering ook recht heeft op smartengeld voor zijn gemiste reisgenot. De prijsvermindering geeft slechts uitdrukking aan de lagere economische waarde die de door de reisorganisator geleverde, tegenvallende vakantie heeft in vergelijking met de contractueel bedongen vakantie. Daarbovenop loopt een benadeelde een zekere immateriële nettowinst mis, aldus het BGH. Het recht op smartengeld voor gederfd vakantiegenot dient ter compensatie van deze gederfde immateriële winst.[229] Ook in het Engelse recht is sinds *Jarvis v. Swans Tours* het uitgangspunt dat een benadeelde naast schadevergoeding voor het verschil in waarde tussen de geleverde, tegenvallende vakantie en de contractueel bedongen vakantie, recht heeft op smartengeld voor zijn gemiste reisgenot. Met andere woorden, ook in Engeland ziet men in dat een vergoeding van het waardeverschil tussen de overeengekomen en de geleverde reis, het niet-gerealiseerde consumentensurplus of de gederfde immateriële winst niet goedmaakt.[230] Om ook binnen het Nederlandse recht benadeelden volledige compensatie te bieden voor het gemiste genot van een pakketreis, zouden zij bij een wanprestatie door hun reisorganisator *naast* een aanspraak op prijsvermindering of op terugbetaling van de reissom, recht moeten hebben op smartengeld voor hun misgelopen consumentensurplus. Een deel van de totale waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel van de vakantie wordt

228 Zie uitdrukkelijk artikel 6:277 lid 1 BW.

229 Zie: § 4.3.3.

230 Zie: § 5.4.4.1. Zie hierover eerder: Beumers *NTBR* 2016, p. 172-173. Er is hier een duidelijke parallel met de discussie over het combineren van smartengeld met het vorderen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade, zie: § 6.4.

reeds goedgemaakt door terugbetaling van de reissom, maar hun gederfde immateriële nettowinst is daarmee nog niet vergoed.[231]

Tevergeefs gemaakte kosten bij derden

Er is bovendien een tweede reden waarom het noodzakelijk is om een benadeelde naast een recht op terugbetaling of prijsvermindering, ook een aanspraak op aanvullende schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te geven. Ter verkrijging van de trouwfoto's hoefde Diesen uitsluitend een geldbedrag aan haar tekortschietende wederpartij zelf te betalen. Ook voor een pakketreis zal een benadeelde in de regel slechts een reissom hoeven te voldoen aan zijn tekortschietende reisorganisator. Er zijn echter ook gevallen waarin om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen de benadeelde niet alleen een contractsprijs moet betalen aan zijn tekortschietende wederpartij maar ook aanzienlijke uitgaven moet doen bij derden. In zulke gevallen beloopt de waarde van het onstoffelijke voordeel ten minste de aan de tekortschietende wederpartij betaalde contractsprijs *plus* deze bij derden gedane uitgaven.[232]

Burger/Brouwer Motors is hier een helder voorbeeld van. Voor zijn deelname aan de Dakar Rally huurde Burger allereerst voor *ƒ* 17.413 een rallymotor van Brouwer Motors. Hij moest daarnaast ook nog tal van andere kosten bij derden maken om mee te kunnen doen. Zo betaalde Burger *ƒ* 15.000 aan inschrijvingsgeld aan de organisatie achter de Dakar Rally en was hij *ƒ* 12.059 kwijt aan een monteur. In totaal beliepen deze bij derden gemaakte kosten *ƒ* 32.859.[233] Nog los van het eventuele consumentensurplus dat Burger zou hebben gerealiseerd, was het onstoffelijke voordeel van deelname aan de Dakar Rally hem dus ten minste een ruime *ƒ* 50.000 waard. Door de ontbinding van de overeenkomst met Brouwer Motors zou Burger recht hebben gekregen op een terugbetaling van de betaalde huursom voor de rallymotor (*ƒ* 17.413) en daarmee slechts een gedeelte van wat deelname aan de Dakar Rally hem waard was, vergoed hebben gekregen, namelijk grofweg 35 procent. Kortom, om Burger volledig te compenseren voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel, is het noodzakelijk hem naast een recht op terugbetaling van de huursom van de rallymotor, eveneens recht te geven op aanvullende schadevergoeding voor het resterende deel van de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel.

---

231 Ter illustratie verwijs ik naar het voorbeeld uit § 2.4.1. De fabriekseigenaar wil maximaal €1.500 uitgeven aan een vakantie. Het reisbureau rekent een reissom van €1.200. Bij een ontbinding krijgt de fabriekseigenaar de reissom van €1.200 terug. De overige €300 zou hij dan als aanvullende schadevergoeding moeten kunnen vorderen. Alleen zo wordt hij volledig gecompenseerd.

232 Zie: § 2.4.1 en appendix 2.

233 Deze kosten bij derden had Burger volgens het hof dat na verwijzing over deze zaak moest oordelen, voldoende onderbouwd. In totaal voerde Burger *ƒ* 53.303,70 aan tevergeefs gemaakte kosten op. Zie: Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, *NJ* 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*).

Een vergelijking met gederfde winst is wederom instructief. In *Anglia Television v. Reed* wilde een televisiezender een nieuwe film produceren.[234] Voor de hoofdrol van deze film trok hij Robert Reed aan, maar uiteraard moest de televisiezender ook allerlei andere investeringen doen bij derden, zoals in filmlocaties, in andere acteurs en in grimeurs en cameramannen. Het doel van Anglia Television was om met de film winst te maken, dat wil zeggen een omzet te generen waarmee alle gemaakte kosten voor de film zouden zijn terugverdiend en waarmee ook nog een nettowinst zou zijn gerealiseerd. Doordat Robert Reed op het laatste moment zonder geldige reden bedankte voor zijn rol, moesten de opnames worden geannuleerd en liep de televisiezender deze nagestreefde omzet geheel mis. Naar Nederlands recht zou Robert Reed door de ontbinding van de overeenkomst de voor zijn rol ontvangen vergoeding hebben moeten terugbetalen aan de televisiezender, maar daarmee zou de gederfde omzet van Anglia Television bij lange na niet zijn gecompenseerd. De verwachte omzet zou immers niet alleen het salaris van Robert Reed, maar ook alle andere productiekosten voor de film hebben gedekt en bovendien nog een nettowinst hebben opgeleverd.[235] Reed zou dus naast een plicht tot terugbetaling van zijn reeds ontvangen salaris eveneens schadevergoeding moeten hebben betalen aan Anglia Television voor de door zijn wanprestatie gederfde omzet. Ook na de terugbetaling van het salaris blijft Anglia Television immers met schade zitten.[236] Voor Burger was dat in essentie niet anders. Hij streefde weliswaar geen omzet maar een onstoffelijk voordeel na, maar ook bij hem overtrof de waarde van het misgelopen voordeel de aan Brouwer Motors betaalde huursom voor de rallymotor aanzienlijk.

Een onvolkomen alternatief

Het recht van de benadeelde om na een ontbinding een reeds voldane contractsprijs terugbetaald te krijgen van zijn wederpartij, biedt dus geen volledige compensatie voor het door hem gemiste onstoffelijke voordeel. Niet alleen compenseert deze terugbetaling niet voor het gemiste consumentensurplus of de gederfde immateriële nettowinst, zij biedt ook geen compensatie voor eventuele bij derden tevergeefs gedane uitgaven om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen.[237] Zonder een recht op aanvullende schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou dus sprake zijn van ondercompensatie. Dat

234 *Anglia Television Ltd v. Reed* [1972] 1 QB 1972 (CA).

235 Het juridische probleem in *Anglia Television v. Reed* was dat de televisiezender niet kon bewijzen wat zijn omzet zou zijn geweest, zie daarover: § 8.2.1.

236 Zie opnieuw artikel 6:277 lid 1 BW.

237 Om dezelfde reden biedt ook vervangende schadevergoeding in een geval als dit onvoldoende compensatie. Bij vervangende schadevergoeding zou Burger slechts recht hebben gehad op een geldbedrag ten belope van de objectieve waarde van de contractuele verplichting van Brouwer Motors om een rallymotor ter beschikking te stellen. Zie over de verhouding tussen vervangende schadevergoeding en gedeeltelijke ontbinding en prijsvermindering: Krans 2020, p. 267-277.

zou betekenen dat het Nederlandse recht tekort zou schieten in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Een fundamenteel beginsel van het schadevergoedingsrecht is immers dat schade *volledig* moet worden gecompenseerd. Met een enkele terugbetaling van de reeds betaalde contractspartij kan volledige compensatie, net zoals in gevallen van gederfde winst, niet worden bereikt.

Vanuit een schadevergoedingsrechtelijk perspectief biedt het recht van ontbinding de benadeelde in feite een mogelijkheid om één specifieke uitgave die is gedaan om het gemiste onstoffelijke voordeel te verkrijgen achteraf nog ongedaan te maken, namelijk de contractsprijs die hij aan zijn wederpartij heeft betaald.[238] Daarmee vermindert de benadeelde de schade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel enigszins, omdat door de terugbetaling het totaal aan tevergeefs gemaakte kosten afneemt. Door de overeenkomst te ontbinden zou Burger de schade bestaande uit gemist onstoffelijk voordeel met *ƒ* 17.413 hebben kunnen verminderen, omdat hij de tevergeefs betaalde huursom voor de rallymotor dan zou hebben teruggekregen. Als de benadeelde ervoor kiest om van ontbinding af te zien, blijft de betaalde contractsprijs een tevergeefs gedane uitgave, die bij de begroting van het gemiste onstoffelijke voordeel moet worden meegenomen. In *Burger/Brouwer Motors* koos Burger er bijvoorbeeld niet voor om de huurovereenkomst te ontbinden, maar voerde hij de aan Brouwer Motors betaalde huurprijs op als één van de tevergeefs gedane uitgaven aan de Dakar Rally.[239] Er lijkt niets op tegen dat een benadeelde deze route volgt. Het uitgangspunt is immers dat het een benadeelde vrijstaat te kiezen tussen de verschillende remedies die het contractenrecht hem aanreikt. Dat pleit ervoor de keuze of hij de contractsprijs via een ontbinding terugbetaald wil krijgen of dat hij deze contractsprijs liever als een tevergeefs gedane uitgave in de schadebegroting van het gemiste onstoffelijke voordeel wil betrekken, aan de benadeelde zelf te laten.[240] Deze keuzevrijheid van de benadeelde vormt een belangrijke bijkomende reden waarom een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel noodzakelijk is. Nog los van de vraag *of* via ontbinding volledige compensatie bereikt kan worden – dat is dus niet zo – willen sommige benadeelden, zoals Burger, de overeenkomst

238 Of, in het geval dat de contractsprijs nog niet is betaald, te voorkomen dat hij deze verschuldigd wordt aan de wanpresterende wederpartij.

239 Zie: Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BC3648, *NJ* 2008/56 (*Burger/Brouwer Motors*), r.o. 2.13. De eerste twee tevergeefs gemaakte kosten die Burger opvoert, zijn betalingen gedaan aan Brouwer Motors zelf. Zie bijvoorbeeld ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.21: '[Appellant] maakt aanspraak op schadevergoeding uit wanprestatie [..] en betrekt deze schadevergoeding […] ook op het reeds betaalde lesgeld [aan de wanprestant]. […] De enkele omstandigheid dat een vergelijkbaar resultaat middels een beroep op ontbinding en ongedaanmaking zou zijn te bereiken […] staat aan vergoeding als schade in elk geval niet in de weg.'

240 In het Duitse recht gaat men ook ervan uit dat een benadeelde mag kiezen tussen schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten en ontbinding, zie: § 7.4.3.2 onder *de verrichte tegenprestatie*.

simpelweg niet ontbinden, maar slechts het door hun gemiste onstoffelijke voordeel als schade vergoed krijgen. Ook voor de bescherming van benadeelden die, om wat voor reden dan ook, de overeenkomst niet willen ontbinden, is het nodig om een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te erkennen in het Nederlandse recht.

10.6.3 Het boete- en smartengeldbeding

Er is nog een andere reden waarom het volgens een deel van de literatuur niet nodig is om benadeelden een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen. Artikel 6:95 BW is namelijk van regelend recht. Het staat contractspartijen vrij om in hun overeenkomst afwijkende afspraken te maken over de vergoedbaarheid van immateriële schade. Een contractspartij kan dus gewoon bedingen dat zij recht heeft op een volledige vergoeding van het door haar gemiste onstoffelijke voordeel, ook voor zover dat uit immateriële schade zou bestaan.[241] Omdat contractspartijen de mogelijkheid hebben om zelf contractueel te voorzien in een recht op smartengeld, zo is de gedachte, is het niet nodig dat het Nederlandse recht benadeelden een aanspraak op schadevergoeding voor hun gemiste onstoffelijke voordeel geeft. Als er al een leemte in de rechtsbescherming zou bestaan, kunnen partijen die eenvoudig zelf wegnemen.

Reeds in de parlementaire geschiedenis van het BGB ziet men deze gedachte naar voren komen. De ontwerpers van het BGB verwierpen het standpunt dat de invoering van § 253 BGB – dat eveneens van regelend recht is – er toe zou leiden dat er een leemte in de bescherming van de immateriële belangen van contractspartijen zou ontstaan. Contractspartijen, zo was de gedachte, kunnen immers zelf voorzien in de bescherming van deze belangen door een boete of een recht op schadevergoeding te bedingen.[242] In de Nederlandse literatuur is deze gedachte bij Krans terug te vinden. Hij verdedigt allereerst dat het niet wenselijk is om het recht op smartengeld uit te breiden naar gevallen waarin een benadeelde slechts normaal onbehagen heeft ervaren. Hij wijst er vervolgens op dat contractspartijen die de route naar smartengeld toch willen openhouden, een contractuele regeling kunnen treffen.[243] Ook hij lijkt daarmee te suggereren dat de mogelijkheid om smartengeld te bedingen reeds voor een adequate bescherming van de immateriële belangen van contractspartijen zorgt.

Al sinds de negentiende eeuw twijfelt men aan de realiteitszin van het idee dat contractspartijen zelf in een recht op schadevergoeding zullen voorzien.

---

241 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 333 (*MvA II*). Zie daarover: Krans 1999, p. 261-263 en Lindenbergh 1998, p. 70.

242 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven*).

243 Krans 1999, p. 253.

Zo merkte Von Gierke in 1889 reeds op dat het burgerlijke recht niet slechts voor 'geriebene Geschäftsleute' is geschreven, maar ook voor leken, die waarschijnlijk niet op het idee zullen komen om een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te bedingen.[244] In de huidige Duitse literatuur ziet men dezelfde kritiek terug. Wanneer een consument een overeenkomst aangaat met een commerciële partij zal er in de regel helemaal geen ruimte zijn om te onderhandelen over de algemene voorwaarden, zeker wanneer hij contracteert met een grote aanbieder. Bovendien zullen de meeste leken niet eens weten dat er een mogelijkheid bestaat om een contractueel recht op smartengeld te bedingen. Het idee dat een consument bij iedere overeenkomst waarin hij een immaterieel belang heeft een boete- of schadevergoedingsclausule bedingt, is op zijn best naïef te noemen, aldus deze auteurs.[245]

Er kleeft bovendien een fundamenteler bezwaar aan het idee dat contractspartijen zelf moeten voorzien in een recht op schadevergoeding voor hun gemiste onstoffelijke voordeel. Bij andere contractuele belangen die binnen het Nederlandse recht worden beschermd, wordt niet verlangd dat een contractspartij zelf een recht op schadevergoeding bedingt voor het geval dat deze belangen worden aangetast. Een benadeelde hoeft geen recht op een vergoeding van zijn vermogensschade te bedingen om daar na een wanprestatie aanspraak op te kunnen maken. Evenmin verlangde de Hoge Raad dat de moeder van baby Kelly voor haar eerste bezoek aan de verloskundige van het LUMC een recht op smartengeld had bedongen in haar geneeskundige behandelingsovereenkomst voor het geval dat er een medische fout zou worden gemaakt.[246] Ook zij had recht op smartengeld zonder dat een expliciet contractueel beding haar daar een aanspraak op gaf. Het is niet te rechtvaardigen dat dit voor gemist onstoffelijk voordeel opeens anders zou moeten zijn en voor zulke schade wel te vereisen dat een benadeelde een recht op schadevergoeding bedingt. Een benadeelde zou in beginsel recht moeten hebben op een vergoeding van gemist onstoffelijk voordeel, ongeacht of hij zo'n aanspraak heeft bedongen of niet.

---

244 Von Gierke 1888, p. 198.

245 Zie: § 4.2.2.2. Drucker 1892, p. 217-218 voegt daar nog aan toe dat een dergelijke contractspartij op weinig sympathie kan rekenen: 'Men neme eens de proef en vrage zich af, hoe in het dagelijksch leven zou worden geoordeeld over iemand, die in alle gevallen, door ons in den aanvang van dit opstel genoemd, een strafbeding wilde aangaan. Het recht behoort rekening te houden met datgene , wat tusschen fatsoenlijke en verstandige lieden pleegt te geschieden; het kan niet verlangen, dat de menschen zich als onverdragelijke pedanten in de wereld gaan bewegen.'

246 Het idee dat de moeder van baby Kelly hier aan zou hebben gedacht en ook over in onderhandeling zou zijn getreden met het LUMC, lijkt me bijzonder onrealistisch.

10.6.4 Een leemte in het Nederlandse recht

Zonder een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou in het Nederlandse recht een leemte in de bescherming van immateriële contractuele belangen bestaan. In gevallen dat nakoming van de contractuele verplichting – door de wederpartij zelf of door een derde – onmogelijk is of het gemiste onstoffelijke voordeel niet meer kan wegnemen, schiet het recht van ontbinding tekort in het bieden van volledige compensatie voor het gemiste onstoffelijke voordeel. Het is niet realistisch om te verwachten dat contractspartijen zelf in deze leemte zullen voorzien.

10.7 Tussenconclusie

Het staat buiten kijf dat het huidige Nederlandse recht ook de immateriële belangen van contractspartijen beoogt te beschermen. Voor het schadevergoedingsrecht – dat tot doel heeft de rechtens erkende belangen van contractspartijen te waarborgen – heeft dit de consequentie dat bij een aantasting van een immaterieel contractueel belang de benadeelde zijn schade volledig vergoed zou moeten krijgen. Wanneer een benadeelde door een wanprestatie het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen, schrijft dit beginsel dus voor dat hij dit gemiste onstoffelijke voordeel volledig vergoed zou moeten krijgen. Toch heeft een benadeelde in het Nederlandse recht lang niet in alle gevallen een aanspraak op een volledige vergoeding van zijn gemiste onstoffelijke voordeel. De vier in de literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis aangevoerde hoofdargumenten ter rechtvaardiging van deze beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel overtuigen niet. Zo valt er het nodige af te dingen op het idee dat vanwege het immateriële karakter van het nadeel compensatie voor gemist onstoffelijk voordeel onmogelijk zou zijn. Schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel heeft bovendien niet een eenduidig negatief of positief economisch effect. Het komt er veel meer op aan welk economisch effect zou moeten prevaleren boven het andere. Het verruimen van het recht op schadevergoeding kan tot gevolg hebben dat het aansprakelijkheidsrecht in grote mate uitdijt, maar dit macro-economische risico vormt op zichzelf geen goede reden om een individuele benadeelde een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontzeggen. Het is in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht niet eenvoudig gebleken om een rechtvaardige beperking van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te vinden. Het leerstuk van de contractuele relativiteit biedt echter wel een mogelijkheid om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel op een te rechtvaardigen wijze te begrenzen. Zonder een uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zou er een leemte bestaan in de rechtsbescherming van contractspartijen. De andere remedies bij wanprestatie, zoals nakoming en ontbin-

ding, kunnen deze leemte niet volledig vullen. Ook is het onrealistisch te verwachten dat partijen zelf contractueel in deze leemte zullen voorzien, nog daargelaten of het te rechtvaardigen valt dat zij daarvoor zelf verantwoordelijk zouden moeten zijn.

Kortom, er is geen overtuigend argument om het uitgangspunt los te laten dat alle schade, dus ook gemist onstoffelijk voordeel, volledig voor vergoeding in aanmerking moet komen wanneer door een wanprestatie een immaterieel contractueel belang van een benadeelde wordt aangetast. Er is dan ook alle reden om de huidige ontwikkeling in het Nederlandse recht toe te juichen en zelfs om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel verder te veralgemeniseren.