



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

11 | Conclusie

11.1 GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL: EEN BEDRIEGLIJK EENVOUDIG PROBLEEM

In *Ruxley Electronics v. Forsyth* spreekt Lord Lloyd zijn verbazing uit over hoe ingewikkeld en omstreden het antwoord blijkt te zijn op de ogenschijnlijk eenvoudige vraag of een benadeelde recht heeft op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen:

‘It is surprising, and perhaps disconcerting, that at this stage of the development of the law of damages, such a simple question should have caused such a wide diversity of judicial opinion.’¹

Met een deel van de door hun gesloten overeenkomsten streven contractspartijen onstoffelijk voordeel na. Zij hebben, met andere woorden, een immaterieel belang in hun overeenkomst. Het dagelijkse leven biedt een overvloed aan voorbeelden hiervan. Mensen boeken vakanties en reserveren kaartjes voor het theater om te ontspannen en plezier te maken, kopen gezinsauto's, woonhuizen en meubels om comfortabel te leven en nemen advocaten in de arm om familierechtelijke geschillen, zoals over een omgangsregeling, te beslechten. Dat contractspartijen een immaterieel belang kunnen hebben in een overeenkomst, is tegenwoordig onomstreden en haast vanzelfsprekend. Het antwoord op de vraag of een contractspartij vervolgens recht heeft op schadevergoeding wanneer zij door een wanprestatie het nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen, is dat daarentegen allerminst. Gemist onstoffelijk voordeel roept juist ingewikkelde en fundamentele schadevergoedingsrechtelijke vragen op over de kwalificatie, de vergoedbaarheid en de begroting van zulk nadeel. Wat op het eerste oog een eenvoudig en veelvoorkomend probleem lijkt te zijn – een mislukte vakantie, een tijdelijk onbruikbare gezinsauto of een te ondiep zwembad – heeft in het Nederlandse, Duitse en Engelse schadevergoedingsrecht tot de nodige jurisprudentie en een omvangrijk juridisch debat geleid. Dit proefschrift beantwoordt allereerst de vraag hoe het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zich in het Nederlandse recht heeft ontwikkeld en hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot de rechtsontwikkelingen die zich in het Duitse en het Engelse recht hebben voorgedaan.

1 Lord Lloyd, p. 361 in *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 AC 344 (HL).

Daarvoor is het noodzakelijk om nader in te gaan op de vraag wat in niet-juridische zin moet worden verstaan onder immateriële contractuele belangen en onder onstoffelijk voordeel.² Uit een overeenkomst vloeien rechten voort voor een contractspartij. Deze contractuele rechten dienen één of meerdere van haar belangen.³ Een contractspartij kan in een overeenkomst een economisch belang hebben – dat wil zeggen zij kan met een overeenkomst rechtstreeks of indirect een vergroting van haar vermogen nastreven – maar haar contractuele belang kan ook immaterieel van aard zijn. Met sommige overeenkomsten streeft een contractspartij geen vermogensvermeerdering na, maar een onstoffelijk voordeel.⁴

Onstoffelijke voordelen zijn heterogeen en kunnen uiteenlopen, van het woongenot van een landhuis tot de rust die een straatverbod voor een agressieve ex-vriend brengt en van een ontspannen vakantie aan de Zwarte Zee tot het plezier van deelname aan de Dakar Rally. Desalniettemin kan aan de hand van rechtseconomische literatuur in het algemeen iets worden gezegd over de economische waarde van deze uiteenlopende onstoffelijke voordelen. Een onstoffelijk voordeel is een contractspartij ten minste waard wat zij heeft uitgegeven om dat voordeel te verkrijgen. Deze uitgaven vallen uiteen in twee componenten. Een contractspartij zal soms alleen een contractsprijs aan haar wederpartij hebben betaald om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen, bijvoorbeeld wanneer zij een pakketreis heeft geboekt bij een reisbureau. In andere gevallen zal zij niet alleen een contractsprijs aan haar wederpartij verschuldigd zijn, maar moet zij ook kosten bij derden maken om een onstoffelijk voordeel te kunnen verkrijgen. Zo moest Burger niet alleen een rallymotor van Brouwer Motors huren om te kunnen deelnemen aan de Dakar Rally, maar ook allerlei kosten bij derden maken, zoals het betalen van inschrijvingsgeld aan de organisator. In zulke gevallen is het onstoffelijke voordeel een contractspartij ten minste waard wat zij in totaal bij haar wederpartij zelf én bij eventuele derden heeft uitgegeven om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. Immers, als dat niet zo zou zijn geweest, zou zij nooit bereid zijn geweest al deze uitgaven te doen.⁵

Het is verder aannemelijk dat het nagestreefde onstoffelijke voordeel een contractspartij meer waard is dan de totale kosten die zij moet maken om dat voordeel te verkrijgen. Ook een contractspartij die onstoffelijk voordeel nastreeft, hoopt door het aangaan van een overeenkomst haar positie te verbeteren. Zij streeft, anders gezegd, een consumentensurplus of immateriële winst na. Hoewel het om verschillende redenen lastig blijkt te zijn om exact te berekenen welke immateriële winst een contractspartij zou hebben gerealiseerd wanneer haar wederpartij de overeenkomst zou zijn nagekomen, is het wel

2 § 2.1.

3 § 2.2.

4 § 2.3.1 en appendix 1.

5 § 2.4.1.

aannemelijk dat de overeenkomst haar *een* consumentensurplus zou hebben opgeleverd. Kortom, de waarde van onstoffelijk voordeel bestaat uit drie componenten. Zulk voordeel is een contractspartij ten minste waard wat zij heeft uitgegeven om dit voordeel te verkrijgen – bij haar wederpartij zelf *en* bij derden – *plus* een lastig te berekenen immateriële winst of, anders gezegd, een consumentensurplus.⁶

Door een wanprestatie kan een benadeelde het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel mislopen.⁷ Dat roept de vraag op of hij in het Nederlandse recht schadevergoeding kan krijgen voor misgelopen onstoffelijk voordeel en ook in hoeverre dat in het Duitse en het Engelse recht anders is.

11.2 TUSSEN IMMATERIËLE SCHADE ...

In dit proefschrift is daarom eerst onderzocht of een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Zo op het eerste gezicht lijkt gemist onstoffelijk voordeel immers in de gevoelssfeer te liggen. Wanneer een benadeelde door een wanprestatie een onstoffelijk voordeel is misgelopen, gaat zijn vermogen niet achteruit. Hij is geen cent armer dan hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij. Wel loopt hij genot, plezier of gemak mis. Zulk nadeel zou als immateriële schade kunnen worden gezien.

Voor de invoering van het Nieuw BW leek het Nederlandse recht in steeds ruimere mate smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel toe te kennen aan benadeelden, maar door de invoering van het gesloten stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW kwam aan deze rechtsontwikkeling abrupt een einde. Tegenwoordig is de hoofdregel in het Nederlandse recht – die in de literatuur vrijwel onomstreden is – dat een benadeelde geen recht op smartengeld heeft wanneer hij slechts ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ heeft ervaren.⁸ Toch blijft een benadeelde niet altijd met lege handen achter. Hij heeft wel recht op smartengeld voor zijn gederfde reisgenot dat het gevolg is van een tekortkoming in de nakoming van een pakketreisovereenkomst.⁹ Daarnaast heeft een benadeelde recht op smartengeld bij een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen door een wanprestatie die eveneens een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht behelst, heeft hij dus recht op een vergoeding van zijn immateriële schade.¹⁰ Dit blijven echter uitzonderingen. Een benadeelde die

6 § 2.4.2-2.4.3 en appendix 2.

7 Zie met nuances nog: § 2.3.2.

8 § 3.2.

9 § 3.3.

10 § 3.4.

door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, heeft in het Nederlandse recht slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld.

Ook in het Duitse recht zijn er maar beperkte mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen voor benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. Tot 2002 konden benadeelden die op grond van wanprestatie schadevergoeding vorderden, helemaal geen aanspraak maken op smartengeld.¹¹ De enige belangrijke uitzondering op deze hoofdregel was het nog steeds bestaande recht op smartengeld voor gedupeerde vakantiegangers wanneer hun reisorganisator zijn verplichtingen uit een pakketreisovereenkomst niet nakomt. Deze regeling vindt bovendien analoog toepassing op andere gevallen van reisorganisatie.¹²

In 2002 verruimde de Duitse wetgever de mogelijkheden om bij wanprestatie smartengeld te vorderen. Sindsdien heeft een benadeelde bij wanprestatie, net zoals bij een onrechtmatige daad, recht op smartengeld wanneer sprake is van een aantasting van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking.¹³ De rechtspositie van benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, is door deze wijziging van § 253 BGB enigszins verbeterd, maar de verbetering is wel bescheiden. Uit bijvoorbeeld de jurisprudentie over de beroepsaansprakelijkheid van artsen en advocaten blijkt dat de verruiming enige nieuwe mogelijkheden biedt aan benadeelden om met succes smartengeld te vorderen, maar lang niet in alle gevallen waarin zij onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, zal eveneens sprake zijn van een schending van een van de in § 253 BGB genoemde rechtsgoederen.¹⁴ Ook in het Duitse recht heeft een benadeelde dus slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.

Een deel van de Duitse literatuur pleit al sinds de invoering van het BGB voor een algemeen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel bij wanprestatie. Een benadeelde zou recht moeten hebben op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel, zodra de contractuele verplichting die zijn wederpartij niet is nagekomen het doel had hem zulk voordeel te verschaffen. Met andere woorden, zodra de immateriële contractuele belangen van een benadeelde binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst vallen, zou hij recht moeten hebben op smartengeld wanneer deze belangen door de wanprestatie worden aangetast en hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel is misgelopen.¹⁵

11 § 4.2.1.

12 § 4.3.

13 § 4.2.1 en 4.4.1.

14 § 4.4.1. Het Duitse recht kent weliswaar een recht op smartengeld voor schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht, maar dat wordt nauwelijks toegepast in het contractenrecht, zie: § 4.4.2.

15 § 4.2.2.

In het Engelse recht is de hoofdregel weliswaar altijd geweest dat een benadeelde bij wanprestatie geen recht heeft op smartengeld, maar daar zijn in de jurisprudentie twee belangrijke uitzonderingen op deze hoofdregel tot ontwikkeling gekomen.¹⁶ Allereerst heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer hij door een wanprestatie fysiek ongemak heeft ervaren. Tegenwoordig wordt fysiek ongemak ruim uitgelegd, waardoor bijvoorbeeld ook stanken en geluidsoverlast er onder kunnen vallen.¹⁷ Ten tweede heeft een benadeelde recht op smartengeld wanneer het een doel van de overeenkomst was om hem onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar hij door de wanprestatie van zijn wederpartij dit voordeel is misgelopen. De oorsprong van dit recht op smartengeld ligt in geschillen over mislukte vakanties, maar de nieuwe uitzondering heeft tegenwoordig een algemeen toepassingsbereik. Bovendien is het niet vereist dat het verschaffen van onstoffelijk voordeel het enige doel van de overeenkomst is, maar volstaat het dat het verkrijgen van zulk voordeel voor de benadeelde een van de belangrijke redenen was om de overeenkomst aan te gaan.¹⁸ Het huidige Engelse recht biedt benadeelden zodoende ruime mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

11.3 ... EN VERMOGENSSCHADE

Het Engelse recht biedt een benadeelde dus aanzienlijk meer mogelijkheden dan het Nederlandse en het Duitse recht om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Het recht op smartengeld in de drie rechtsstelsels vertelt echter maar het halve verhaal. In Nederland en Duitsland wordt tegenwoordig een zodanig ruime uitleg aan het vermogensschadebegrip gegeven dat ook het gemiste onstoffelijke voordeel zelf of de tevergeefs gemaakte kosten om zulk voordeel te verkrijgen als een vorm van vergoedbare vermogensschade kunnen kwalificeren. Het derde deel van dit proefschrift staat daarom in het teken van deze ruimere interpretatie van het vermogensschadebegrip.

In het Nederlandse recht is de verruiming van het vermogensschadebegrip onlosmakelijk verbonden met de discussie over het recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel. Voorstanders van zo'n recht op smartengeld wordt tegengeworpen dat gemist onstoffelijk voordeel helemaal geen immateriële schade is. Het mislopen van onstoffelijk voordeel heeft voor de benadeelde weliswaar geen vermogensachteruitgang tot gevolg – hij is niet armer dan hij bij correcte nakoming zou zijn geweest – maar vormt wel degelijk vermogensschade. Onstoffelijk voordeel, zoals vakantieplezier, kan in de regel

¹⁶ § 5.2.

¹⁷ § 5.3.

¹⁸ § 5.4.

uitsluitend tegen betaling verkregen worden. Omdat onstoffelijk voordeel in het economische verkeer wordt verhandeld en via de markt op geld wordt gewaardeerd, vormt het mislopen ervan vermogensschade.¹⁹ Deze gedachte won in de twintigste eeuw steeds meer terrein in de Nederlandse literatuur en werd na de invoering van het Nieuw BW ook door de Hoge Raad aanvaard. In *Burger/Brouwer Motors* kwalificeerde de Hoge Raad gemist onstoffelijk voordeel als een vorm van vermogensschade en overwoog vervolgens dat zulke schade in beginsel begroot kan worden op de uitgaven die de benadeelde tevergeefs heeft gedaan om dat voordeel te verkrijgen. De Hoge Raad aanvaardde de gedachte dat onstoffelijk voordeel vermogensschade vormt in algemene zin en beperkte dit recht op schadevergoeding niet tot specifieke overeenkomsten, gevalstypen of onstoffelijke voordelen. Weliswaar introduceerde de Hoge Raad enkele additionele beperkingen aan het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel, zoals een extra redelijkheidstoets en het vereiste dat het onstoffelijke voordeel in rechtens relevante mate moet zijn misgelopen, maar deze extra vereisten lijken geen hoge drempels op te werpen voor benadeelden. In het huidige Nederlandse recht heeft een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, dus een algemeen recht op schadevergoeding, omdat gemist onstoffelijk voordeel als vergoedbare vermogensschade wordt gekwalificeerd. Deze schade wordt in beginsel begroot aan de hand van de tevergeefs gemaakte kosten van de benadeelde, maar in sommige gevallen, zo blijkt uit de rechtspraak, kan een andere begrotingsmaatstaf aangewezen zijn.²⁰

In de Duitse rechtspraak is de commercialiseringsgedachte – onstoffelijk voordeel dat in het economische verkeer tegen betaling te verkrijgen is, vormt ook vermogensschade – in beperkte mate aanvaard. In de Duitse literatuur en rechtspraak zijn namelijk de nodige kanttekeningen geplaatst bij de commercialiseringsgedachte, met name dat deze in strijd zou zijn met de ratio van § 253 BGB. Alleen het gebruiksgenot van een voor het dagelijkse levensonderhoud essentieel goed, zoals een auto of een woonhuis, wordt daarom als vermogensschade gekwalificeerd. Bovendien is vereist dat het gederfde gebruiksgenot het gevolg is van een aantasting van het goed zelf en dat de benadeelde de mogelijkheid en de wil had dit goed te gebruiken gedurende de periode dat dit door de wanprestatie onmogelijk was. Zodra hem bijvoorbeeld een vergelijkbaar vervangend goed ter beschikking stond, heeft hij geen recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot. Deze bijzondere vorm van vermogensschade wordt begroot aan de hand van de kosten om een vervangend goed te huren, waar de winst van de verhuurder dan nog van wordt afgetrokken, of aan de hand van de kosten die nodig zijn om een goed in eigendom te verkrijgen en te onderhouden.²¹

19 § 6.2.

20 § 6.3.

21 § 7.2.

Hoewel de commercialiseringsgedachte in de Duitse jurisprudentie nooit volledig is aanvaard, heeft de Duitse wetgever met de invoering van § 284 BGB benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen op een andere manier toch een algemeen recht op schadevergoeding gegeven. Deze nieuwe paragraaf in het BGB geeft uitdrukking aan de zogenoemde frustratieleer. Volgens deze leer zijn ook alle kosten die een benadeelde heeft gemaakt om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen maar die door een wanprestatie tevergeefs zijn geworden, vergoedbare vermogensschade.²² Deze frustratieleer werd in de jurisprudentie altijd van de hand gewezen, omdat – net zoals de commercialiseringsgedachte – deze leer strijdig zou zijn met § 253 BGB. De wetgever stapte over dit bezwaar en andere bedenkingen heen en gaf benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, toch een algemeen recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten. Hoewel ook de nieuwe § 284 BGB enkele beperkingen aanbrengt, kan een benadeelde in het huidige Duitse recht over het algemeen zijn tevergeefs gemaakte kosten vergoed krijgen wanneer hij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.²³

In het Engelse schadevergoedingsrecht is het vermogensschadebegrip tot op heden niet zodanig verruimd dat ook gemist onstoffelijk voordeel als vergoedbare vermogensschade kan worden gezien. Geïnspireerd op het in de rechtspraak ontwikkelde bewijsvermoeden dat bij wanprestatie de gederfde omzet van de benadeelde ten minste gelijk is aan de uitgaven die hij heeft gedaan om die omzet te realiseren, verdedigt een deel van de literatuur dat ook de waarde van gemist onstoffelijk voordeel kan worden begroot aan de hand van de tevergeefs gedane uitgaven.²⁴ In de jurisprudentie staat deze gedachte nog in haar kinderschoenen, maar in de recente rechtspraak is reeds enige steun te vinden voor het idee dat de tevergeefs gemaakte kosten een indicatie kunnen geven welke waarde gemist onstoffelijk voordeel heeft.²⁵

11.4 NAAR EEN ALGEMEEN RECHT OP SCHADEVERGOEDING VOOR GEMIST ONSTOFFELIJK VOORDEEL BIJ WANPRESTATIE

Ten aanzien van de vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel staat het Nederlandse schadevergoedingsrecht dus voor vergelijkbare vragen als het Duitse en het Engelse recht. De in dit proefschrift gemaakte rechtsvergelijking laat zien dat de antwoorden die in deze rechtssystemen op deze vragen zijn gegeven, soms verschillen. In het Nederlandse, Duitse en Engelse recht loopt de dogmatische inpassing van het recht op schadevergoeding voor gemist

22 § 7.3.

23 § 7.4.

24 § 8.2.

25 § 8.3.

onstoffelijk voordeel uiteen. Bovendien zijn er enkele substantiële verschillen tussen de vereisten voor een recht op schadevergoeding voor zulk nadeel.²⁶ Toch overheersen de overeenkomsten tussen de drie rechtsstelsels.

Hoewel het Nederlandse recht lang niet altijd volledige compensatie biedt voor het gemiste onstoffelijke voordeel, laat het benadeelden zeker niet met lege handen achter. Dat is niet anders in het Duitse en het Engelse recht. In het Nederlandse en het Duitse recht is tegenwoordig algemeen aanvaard dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade is of dat een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten wanneer hij zulk voordeel is misgelopen. Bovendien kunnen zij naast een vergoeding voor deze vermogensschade óók smartengeld vorderen, mits daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Zo'n wettelijke grondslag zal niet altijd aanwezig zijn wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen. Benadeelden kunnen hierdoor in de regel wel een vergoeding krijgen voor hun tevergeefs gemaakte kosten, maar het door hen gemiste consumentensurplus zal niet altijd worden gecompenseerd in het Nederlandse en Duitse recht. In het Engelse recht hebben benadeelden juist ruimere mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, maar de gedachte dat de tevergeefs gemaakte kosten een goede indicatie zijn van de waarde van onstoffelijk voordeel staat in dat rechtsstelsel nog in haar kinderschoenen. Daar worden vooralsnog slechts bescheiden smartengeldbedragen toegekend voor gemist onstoffelijk voordeel.

Noch in het huidige Nederlandse recht noch in het huidige Duitse en Engelse recht krijgt een benadeelde de waarde van zijn gemiste onstoffelijke voordeel – de tevergeefs gemaakte kosten plus het gederfde consumentensurplus – in alle gevallen volledig vergoed.²⁷ Dat is niet verbazingwekkend. Er is in deze drie rechtsstelsels immers al een lange weg afgelegd om tot de huidige bescherming van immateriële contractuele belangen te komen. Sinds het einde van de negentiende eeuw tekent zich in Nederland, Duitsland en Engeland een duidelijke rechtsontwikkeling af naar een steeds ruimer recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. Soms gebeurde dat via het recht op smartengeld en soms via het recht op schadevergoeding voor vermogensschade, maar het is onmiskenbaar dat in de loop der jaren het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel geleidelijk steeds verder is uitgebreid.²⁸

Deze rechtsontwikkeling roept een normatieve vraag op: biedt het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende bescherming aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden? Het laatste hoofdstuk van dit proefschrift behandelt deze vraag. Een deel van de Nederlandse literatuur is van mening dat het huidige recht veel te ver gaat met het toekennen van

26 Zie uitgebreid: § 9.2 en 9.3.

27 § 9.4.1.

28 § 9.4.2.

schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.²⁹ Dit proefschrift verdedigt juist de stelling dat het voor een adequate bescherming van immateriële contractuele belangen noodzakelijk is dat benadeelden een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel krijgen toegekend.

Aan de vraag of gemist onstoffelijk voordeel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen 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. Toch zou het een vergissing zijn om de kwalificatievraag als een voorvraag te zien. Gemist onstoffelijk voordeel heeft zowel kenmerken van vermogensschade als van immateriële schade. Het is een twijfelgeval. In het Nederlandse en het Duitse recht lijkt de uiteindelijke kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel als vermogensschade toch vooral te worden ingegeven door het feit dat bij een kwalificatie als immateriële schade zulk gemist voordeel in de regel niet voor vergoeding in aanmerking zou komen. Bovendien blijkt dat de kwalificatie van gemist onstoffelijk voordeel aanzienlijk aan relevantie inboet zodra de wetgever heeft bepaald dat zulk nadeel voor vergoeding in aanmerking komt, zoals in artikel 7:511 lid 2 BW en § 284 BGB. 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.³⁰ De aandacht kan meteen worden gericht op de vergoedbaarheidsvraag.

Het staat buiten kijf dat het Nederlandse burgerlijke recht tegenwoordig ook de immateriële contractuele belangen van een contractspartij beoogt te beschermen.³¹ Niemand twijfelt er meer aan dat op Brouwer Motors een afdwingbare verbintenis rustte om een geschikte rallymotor aan Burger ter beschikking te stellen, hoewel Burger in deze verbintenis uitsluitend het immateriële belang van deelname aan de Dakar Rally had. Deze erkenning van immateriële contractuele belangen als beschermde belangen heeft ook consequenties voor het schadevergoedingsrecht. In de Nederlandse literatuur bestaat namelijk consensus dat het aansprakelijkheidsrecht – en daarmee ook het schadevergoedingsrecht – tot overkoepelend doel heeft de juridisch erkende belangen van benadeelden te beschermen. Wanneer een rechtens beschermd belang is aangetast door de fout van een ander, stelt het schadevergoedingsrecht zich de taak om de ontstane schade zo volledig mogelijk te compenseren en zodoende de situatie waarin de geschonden rechtsplicht zou zijn nageleefd zoveel mogelijk te benaderen. Dat zou in beginsel niet anders moeten zijn wanneer het beschermde belang immaterieel van aard is. Ook dan zou het

²⁹ Zie met name: § 10.1.1; § 3.3.1 en § 6.3.2.2.

³⁰ § 9.3.1.

³¹ § 10.2.1.

schadevergoedingsrecht er naar moeten streven om de benadeelde zo volledig mogelijk te compenseren voor het door hem geleden nadeel. Toch kan een benadeelde in het huidige Nederlandse recht niet altijd aanspraak maken op een volledige vergoeding van de waarde van het gemiste onstoffelijke voordeel. 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.³²

Gemist onstoffelijk voordeel heeft enkele eigenschappen gemeen met immateriële schade. Een deel van de literatuur is van mening dat het om allerlei redenen onmogelijk is om immateriële schade te compenseren met geld. Compensatie van immateriële schade is, anders gezegd, altijd onvolkomen. Daarin kan een argument worden gevonden om ook gemist onstoffelijk voordeel niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Op dit onvolkomenheidsargument valt het nodige af te dingen. Zo is het een misvatting dat tijdelijke immateriële schade, zoals het tijdelijk gederfde genot van een huis of auto, na verloop van tijd vanzelf zal verdwijnen.³³ Ook de gedachte dat schadevergoeding geen compensatie kan bieden voor gemist onstoffelijk voordeel is onjuist. Onstoffelijk voordeel laat zich, anders dan ernstig leed zoals het verlies van een kind, vrij eenvoudig in geld uitdrukken. De in de Nederlandse literatuur verdedigde gedachte dat compensatie onmogelijk is wanneer een geldbedrag geen herstel kan bieden, miskent daarnaast de functie die compensatie binnen het aansprakelijkheidsrecht vervult. Schadevergoeding beoogt namelijk juist een alternatief te bieden in gevallen dat herstel niet meer mogelijk blijkt te zijn.³⁴ Gemist onstoffelijk voordeel is weliswaar subjectief, wat de vaststelling en berekening ervan ingewikkeld maakt, maar ook dat vormt geen overtuigend argument om benadeelden een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te ontfagen. Dit probleem doet zich namelijk net zo goed voor bij andere schadeposten en leerstukken. Een rechter zou net als bij deze andere leerstukken in staat moeten zijn om aan de hand van objectieve gegevens in te schatten of een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen en, zo ja, hoeveel dat gemiste voordeel dan waard is. Bovendien kunnen de tevergeefs gemaakte kosten fungeren als een objectief uitgangspunt voor de schadebegroting.³⁵

Ook het argument dat een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel nadelige economische gevolgen zou hebben, kan maar moeilijk hard worden gemaakt. Een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel heeft zeker economische consequenties, maar de rechtseconomische

32 § 10.2.2.

33 § 10.3.2.

34 § 10.3.3.

35 § 10.3.4 en 10.3.5.

literatuur is verdeeld over de vraag in hoeverre deze positief of negatief zijn. Enerzijds zou een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel ertoe leiden dat wederpartijen een betere financiële prikkel krijgen om hun overeenkomst na te komen, maar anderzijds zou het leiden tot voor benadeelden onaanvaardbare prijsverhogingen van goederen en diensten. De rechtseconomische literatuur wijst dus in verschillende richtingen. Het antwoord op de vraag of een recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel een positief economisch effect heeft, hangt af van het normatieve gewicht dat aan deze verschillende economische effecten wordt gegeven.³⁶

Een veelgehoord argument tegen een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel is dat zo'n aanspraak het aansprakelijkheidsrecht oeverloos zou doen uitdijen. Hoewel de eventuele uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht in een macro-economische discussie zeker gewicht toekomt, vormt het op zichzelf geen goede rechtvaardiging om in een individueel geval een schadevergoedingsvordering af te wijzen.³⁷ Wie het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel wil begrenzen tot specifieke gevallen, zal een criterium moeten vinden om te rechtvaardigen dat in het ene geval schadevergoeding wordt toegewezen en in het andere geval niet. Het Nederlandse, Duitse en Engelse recht laten zien dat dit niet eenvoudig is. Veel van de additionele criteria die in de jurisprudentie van deze rechtsstelsels zijn ontwikkeld, roepen namelijk precies de vraag op wat nu rechtvaardigt dat benadeelden in bepaalde gevallen wel recht hebben op een vergoeding maar in vergelijkbare gevallen niet.³⁸ Een verdere uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht is daarom misschien het offer dat moet worden gebracht om aan de immateriële contractuele belangen van contractspartijen voldoende bescherming te bieden.

Toch is het maar de vraag of de soep zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend. De algemene schadevergoedingsrechtelijke leerstukken, zoals de redelijke toerekening en de schadebeperkingsplicht, bieden reeds mogelijkheden om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel binnen de perken te houden.³⁹ Het Engelse en het Duitse recht laten bovendien zien dat een in het Nederlandse recht onderontwikkeld leerstuk daarin ook een belangrijke rol kan vervullen: de contractuele relativiteit. In het Duitse recht heeft een benadeelde alleen recht op schadevergoeding bij wanprestatie wanneer de overeenkomst tot doel heeft hem tegen de geleden schade te beschermen. Alleen wanneer een belang binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst ligt, heeft hij recht op schadevergoeding wanneer dat belang wordt aangetast en hij schade lijdt. In de Duitse literatuur is verdedigd dat een toepassing van dit leerstuk ook ervoor kan zorgen dat het recht op schade-

36 § 10.4.

37 § 10.5.1.

38 § 9.3.3.

39 § 10.5.2.

vergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel binnen de perken blijft. Immers, niet alle overeenkomsten hebben het doel de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen. In het Engelse recht is de *object of the contract*-uitzondering eveneens in verband gebracht met de rechtsregel dat een benadeelde alleen recht heeft op schadevergoeding wanneer een overeenkomst tot doel heeft hem tegen zulke schade te beschermen. Dit leerstuk van de contractuele relativiteit is ook voor het Nederlandse recht een bij uitstek geschikt middel om het recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel te begrenzen. Alleen wanneer de contractspartijen de immateriële contractuele belangen binnen het beschermingsbereik van hun contractuele afspraken hebben gebracht, zou een benadeelde recht hebben op een vergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel. Het leerstuk van contractuele relativiteit kan er dus voor zorgen dat een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel op een te rechtvaardigen wijze wordt begrensd. 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.⁴⁰

Het laatste argument ter rechtvaardiging van een beperkte vergoedbaarheid van gemist onstoffelijk voordeel komt er in de kern op neer dat het Nederlandse recht reeds op andere wijze voorziet in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Dit proefschrift laat echter zien dat zonder een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel er een leemte zou bestaan in de bescherming van immateriële contractuele belangen. Het recht op nakoming, ontbinding en vervangende schadevergoeding kunnen deze leemte niet volledig wegnemen, met name omdat deze remedies er niet in slagen om een volledige compensatie te bieden voor het gederfde consumentensurplus.⁴¹ Het idee dat contractspartijen via een contractuele regeling zelf in deze leemte zullen voorzien, is bovendien onrealistisch.⁴²

De conclusie van dit proefschrift is dus dat in het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht de immateriële contractuele belangen van benadeelden nog onvoldoende zijn beschermd. Het is zeker niet zo dat zulke belangen helemaal verwaarloosd worden. Benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, hebben tegenwoordig reeds verschillende mogelijkheden om compensatie te krijgen voor een deel van de waarde van dit gemiste voordeel. Voor een voldoende bescherming van de immateriële contractuele belangen van contractspartijen is het echter noodzakelijk om benadeelden een algemeen recht te geven op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel.

40 § 10.5.3.

41 § 10.6.2.

42 § 10.6.3.

11.5 HET BREDERE PERSPECTIEF

Dit pleidooi voor een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel roept de vervolgvraag op of dit recht zou kunnen worden erkend zonder het BW te wijzigen. Dat lijkt op het eerste oog niet eenvoudig. Gemist onstoffelijk voordeel heeft namelijk karakteristieken van immateriële schade. Uit het gesloten stelsel volgt dat het rechters niet vrijstaat om voor immateriële schade een vergoeding toe te kennen zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. De vraag of zulke schade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, is aan de wetgever voorbehouden. Het toekennen van schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel zonder een duidelijke wettelijke grondslag schuurt daardoor met de ratio van het gesloten stelsel.

Zo bleek dat het niet mogelijk is om een van de reeds bestaande grondslagen, zoals de aantasting in de persoon op andere wijze, zodanig extensief te interpreteren dat ook het mislopen van een met een overeenkomst nagestreefd onstoffelijk voordeel daaronder valt. Een zodanig ruime interpretatie van het begrip persoonsaantasting zou gekunsteld zijn. Bij persoonsaantastingen denkt men toch niet snel aan mislukte trouwfoto's of het gemiste gebruiksgenot van een gezinsauto. Dat is ook zeker niet wat de wetgever voor ogen stond met deze smartengeldcategorie.⁴³ Een analoge toepassing van artikel 7:511 lid 2 BW op andere overeenkomsten lijkt om dezelfde reden niet haalbaar binnen de huidige grenzen van het gesloten stelsel.⁴⁴ Een verdere verruiming van het vermogensschadebegrip, waardoor ook het gederfde consumentensurplus als vermogensschade wordt gekwalificeerd, botst eveneens met het gesloten stelsel. De verruiming van het vermogensschadebegrip zou dan nog meer een truc worden om het gesloten stelsel te omzeilen.⁴⁵

Een deel van de Duitse literatuur zoekt de oplossing niet in een ruimere interpretatie van de wet, maar in een ruimere interpretatie van de partijafspraken. Het idee is in essentie dat uit een contractuele verplichting die tot doel heeft om de benadeelde een onstoffelijk voordeel te verschaffen, ook de gezamenlijke partijbedoeling zou kunnen worden afgeleid dat de benadeelde een aanspraak op smartengeld heeft wanneer zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van deze contractuele verplichting. Rechters zouden in zulke contractuele verplichtingen, met andere woorden, een impliciet smartengeldbeding kunnen lezen.⁴⁶ Toch is ook deze oplossing moeilijk te verenigen met het gesloten stelsel. Weliswaar is artikel 6:95 BW van regelend recht en mogen

43 Lindenbergh 1998, p. 92. Recent verkende Lindenbergh *NTBR* 2019, p. 125-126 zelf de grenzen van het begrip persoonsaantasting.

44 Zie eerder: Beumers *NTBR* 2016, p. 178.

45 Zie reeds de kritiek op de verruiming van het vermogensschadebegrip in § 10.1 en in de Duitse literatuur in § 7.2.1 en § 7.3.1.

46 § 4.4.3.

contractspartijen afwijkende afspraken maken over de vergoedbaarheid van schade, maar ze zullen dat wel expliciet moeten doen.⁴⁷ Immers, wanneer de partijen in een overeenkomst iets ongeregeld laten, vult in beginsel het regelende recht de afspraken aan.⁴⁸ Door in een contractuele verplichting die een immaterieel belang van de benadeelde dient, ook meteen een impliciet smartengeldbeding te lezen, wordt het regelende recht in feite omzeild.⁴⁹ Bovendien is het maar zeer de vraag of steeds kan worden volgehouden dat een wederpartij die zich tot een dergelijke contractuele prestatie verplicht, daarmee ook meteen de bedoeling heeft haar aansprakelijkheid uit te breiden tot schade die zij op grond van de wet niet hoeft te vergoeden. Ook dat zal in de regel toch, op zijn zachtst gezegd, een zeer ruime interpretatie van haar wil zijn.

Het ligt dan ook in de rede om wettelijk te bepalen dat benadeelden bij wanprestatie een algemeen recht hebben op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel. De wetgever zou in het BW moeten opnemen dat ook gemist onstoffelijk voordeel een schadepost is die voor vergoeding in aanmerking komt.⁵⁰ Alleen zo is het mogelijk om binnen het schadevergoedingsrecht adequate bescherming te bieden aan de immateriële contractuele belangen van benadeelden zonder dat er frictie met het gesloten stelsel ontstaat. De gelegenheid zou door de wetgever meteen kunnen worden aangegrepen om – net zoals in de Duitse literatuur is voorgesteld⁵¹ – ook wettelijk te bepalen dat een benadeelde alleen recht heeft op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel wanneer het een doel van de overeenkomst is zijn immateriële contractuele belangen te beschermen. Daarmee zou de wetgever de rechtspraktijk een instrument bieden om een excessieve uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht tegen te gaan.⁵²

De conclusie dat een ingrijpen van de wetgever noodzakelijk is, laat zien dat er misschien ook aanleiding is om de wenselijkheid van het gesloten stelsel zelf nader te onderzoeken. Artikel 6:95 BW is een noviteit in het Nieuw BW, die haar oorsprong vindt in een omstreden paragraaf uit het BGB. Het is de vraag of het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW de rechtsontwikkeling niet onnodig remt door vergoedbaarheidsvragen zoals die ten aanzien van gemist onstoffelijk voordeel steeds aan de wetgever over te laten. Lindenbergh was in zijn proefschrift nog enigszins optimistisch. Als de wetgever bereid is om maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van de vergoedbaarheid van immaterieel nadeel steeds snel door middel van wetswijzigingen in het gesloten

47 Lindenbergh 1998, p. 183 en Krans 1999, p. 262.

48 Artikel 6:248 lid 1 BW.

49 § 4.4.3.

50 Deze schadepost zou aan dezelfde regels onderworpen moeten zijn als iedere andere schadepost, zoals ten aanzien van de mogelijkheid om de vergoedbaarheid ervan contractueel uit te sluiten.

51 § 4.2.2.2.

52 § 10.5.3.

stelsel te verwerken, kon 'starheid' worden voorkomen.⁵³ De hobbelige en lange weg die moest worden afgelegd voordat affectieschade eindelijk voor vergoeding in aanmerking kwam, is een indicatie dat de werkelijkheid minder rooskleurig is.

Dit pleidooi voor een algemeen recht op schadevergoeding voor gemist onstoffelijk voordeel kan ook bijdragen aan de algemene discussie over de relatie tussen de vraag welke belangen door het vermogensrecht zouden moeten worden beschermd en welke schade vervolgens voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen.⁵⁴ Overeenkomsten worden gesloten met een reden. Een contractspartij kan verschillende belangen hebben in de overeenkomsten die zij aangaat, ook immateriële.⁵⁵ Dit proefschrift laat zien dat het voor een voldoende bescherming van immateriële contractuele belangen noodzakelijk is om een benadeelde bij wanprestatie recht te geven op een volledige vergoeding van het door hem misgelopen onstoffelijke voordeel.

53 Lindenberg 1998, p. 68.

54 Zie over de verhouding tussen belang en schade in het algemeen bijvoorbeeld: Nuninga NTBR 2018, p. 155 en Van Boom 2020, p. 104-120.

55 Zie: § 2.3.2 en § 10.2.

