

University of Groningen

## Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel misten

Verheij, A.J.

*Published in:*  
Aansprakelijkheid Verzekering en Schade

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verheij, A. J. (2017). Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel misten: overwegingen n.a.v. Rechtbank Noord Nederland 1 maart 2017, C/19/109028/HA ZA 15-33. *Aansprakelijkheid Verzekering en Schade*, 2017(3), 106-117. [AV&S 2017/21].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel misten: overwegingen n.a.v. Rechtbank Noord-Nederland 1 maart 2017, C/19/109028/HA ZA 15-33

AV&amp;S 2017/21

**Op 1 maart jl. heeft de Rechtbank Noord-Nederland voor recht verklaard dat de NAM wegens gasgeïnduceerde aardbevingenjgens meer dan honderd Groningers aansprakelijk is voor vermogensschade in de vorm van gedeerd woongenot en immateriële schade. De vraag op hoeveel iedere benadeelde aanspraak kan maken, is doorverwezen naar de schadestaat-procedure. In deze bijdrage staat de vraag centraal of beide schadeposten inderdaad voor vergoeding in aanmerking komen. De conclusie luidt dat voor de toekenning van smartengeld goede argumenten zijn, maar dat er dubbeltelling plaatsvindt indien er daarnaast nog vermogensschade in de vorm van gedeerd woongenot wordt vergoed.**

## 1. Inleiding

In de procedure die aanleiding gaf tot deze uitspraak vorderden meer dan honderd natuurlijke personen – kort gezegd – een verklaring voor recht dat de Staat en de NAM jegens hen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor door hen, nader op te maken bij staat, geleden en nog te lijden immateriële schade en vermogensschade. De laatste schadepost betreft gemis van onstoffelijk voordeel, te weten het ongestoord woongenot.

De rechtbank wijst de vorderingen jegens de Staat af. Weliswaar heeft de Staat onrechtmatig gehandeld, maar er is geen causaal verband aanwezig met de door eisers gestelde schadeposten (r.o. 4.1.12.3). Zij acht de NAM echter wel aansprakelijk jegens een groot aantal eisers (r.o. 4.2, 4.4 en 4.5) en veroordeelt haar tot schadevergoeding nader op te maken bij staat.

In deze bijdrage staan de vergoedbaarheid van immateriële schade en vermogensschade centraal.<sup>2</sup> Voor het overzicht van de lezer worden in paragraaf 2 de belangrijkste overwegingen van de rechtbank geciteerd of samengevat waarna in paragraaf 3 en 4 een analyse volgt. Paragraaf 5 bevat een samenvatting.

1 Prof. mr. A.J. Verheij is hoogleraar privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen. Citeerwijze: A.J. Verheij, 'Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel misten: overwegingen n.a.v. Rechtbank Noord-Nederland 1 maart 2017, C/19/109028/HA ZA 15-33', AV&S 2017/21, afl. 3.  
2 De vraag in hoeverre de NAM zich jegens eisers kon beroepen op een vaststellingsovereenkomst met een finaal kwijtingsbeding stel ik in een bijdrage voor het *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* aan de orde.

## 2. Overwegingen rechtbank

### 2.1 Grondslag aansprakelijkheid NAM

Allereerst is discussie tussen partijen over de vraag op welke grondslag de NAM aansprakelijk is. De NAM erkent dat zij risicoaansprakelijk is op grond van art. 6:177 lid 1 sub b BW, maar stelt dat eisers geen belang hebben bij een oordeel over de vraag of zij daarnaast ook aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW. De rechtbank verwierpt dit betoog terecht omdat de aard van aansprakelijkheid een omstandigheid is die van belang is bij de vaststelling van de hoogte van een eventueel toe te kennen vergoeding voor immateriële schade (r.o. 4.2.2).<sup>3</sup>

### 2.2 Immateriële schade

Uit verschillende passages blijkt wat de negatieve emoties zijn die eisers feitelijk (dus zonder de vraag welk juridisch etiket daarop dient te worden geplakt) stellen te hebben ondervonden.

“4.2.3 (...) Eisers voeren aan dat hun persoonlijke levenssfeer en levensvreugde en daarmee hun woongenot door de constante dreiging van de aardbevingen wordt aangetast en dat dit een inbreuk is op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning.

(...)

4.2.4. Niet in geschil is dat de aardbevingen in het algemeen het woongenot van bewoners van het Groningenveld aantasten en dat de bevingen het gevolg zijn van de bedrijfsactiviteiten van NAM. Er ontstaat schade aan de woningen en velen zijn bang voor hun veiligheid, ervaren spanningen en worden in hun dagelijks leven met de gevolgen van de aardbevingen geconfronteerd. Deze (over)last overschrijdt gezien de aard, de ernst en de duur daarvan de grenzen van hetgeen eisers in het maatschappelijk verkeer als 'gewone' hinder hebben te accepteren en vormt een inbreuk op hun eigendomsrechten en op hun recht op ongestoord woongenot. NAM, die deze onrechtmatige overlast als exploitant van Mijnbouw-werken heeft veroorzaakt, is daarom ook op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de schade die inwoners daardoor lijden.

(...)

4.4.1 Eisers stellen dat zij door de aardbevingen niet alleen vermogensschade maar ook immateriële schade

3 Zie met verwijzingen Groene Serie, Schadevergoeding, Art. 6:106 BW, aant. 4.17 (Lindenbergh).

lijden en recht hebben op vergoeding daarvan. Zij voeren daartoe het volgende aan. Eisers zijn woonachtig in het gebied waar veelvuldig aardbevingen voorkomen, althans hebben daar een woning of een woning gehad. Als gevolg van de constante dreiging van aardbevingen hebben zij angst, zorgen, ergernis, overlast onbehagen en in sommige gevallen lichamelijke en (ernstige) psychische klachten en zijn zij in hun woongenot aangetast. Veel inwoners leven (voortdurend) in angst: wanneer komt de volgende beving? Met betrekking tot de afhandeling van de fysieke schade heeft NAM weliswaar een procedure in het leven geroepen, maar die verloopt voor heel veel mensen niet naar tevredenheid. Als de schade al is hersteld, dan ontstaat na een volgende beving weer nieuwe schade. Het gevolg is dat veel mensen in het aardbevingsgebied lange tijd met schade zitten die niet wordt hersteld of vergoed door NAM of voortdurend aannemers over de vloer hebben, waardoor hun levensvreugde en daardoor hun woongenot ernstig wordt verstoord. Veel inwoners maken zich ook zorgen over de waarde van hun woningen. Uit onderzoeken blijkt dat die waarde als gevolg van de aardbevingen is gedaald. De woningen zijn vaak onverkoopbaar, waardoor mensen zich gevangen voelen in hun huis, niet weg kunnen uit het gebied, financiële zorgen hebben en hun toekomstplannen in rook op zien gaan. Uit onderzoeken naar de effecten van de aardbevingen komt naar voren dat de impact op het dagelijks leven en het welzijn van de mensen groot is en de aantasting van hun woongenot enorm. (...)

Uitgesplitst vallen er dus drie soorten negatieve emoties te identificeren:

- (i) angst (voor de eigen fysieke veiligheid);
- (ii) gederfde levensvreugde (ergernis over de trage schadeafhandeling, zorgen/angst over de toekomst, over de waardedaling van de eigen woning en – in geval van onverkoopbaarheid – het gevoel gevangen te zijn in het eigen huis); en
- (iii) overlast/hinder (voortdurend aannemers over de vloer).

Hoewel deze drie soorten immateriële schade noch door eisers (zie bijvoorbeeld r.o. 4.2.3) noch door de rechtbank (zie bijvoorbeeld 4.2.4) consequent worden onderscheiden, is dat wel van belang omdat niet alle negatieve emoties even gemakkelijk als persoonsaantasting kwalificeren zoals hierna in paragraaf 3 zal blijken.

Wat betreft de juridische grondslag van hun smartengeldvordering gaan eisers voor twee ankers liggen. Ten eerste (r.o. 3.1 sub II) stellen eisers derhalve dat de feitelijke aantasting van het woongenot een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW vormt. Ten tweede (r.o. 3.1 sub III en IV) wordt het recht op een ongestoord woongenot als persoonlijkheidsrecht als alternatieve grondslag gepostuleerd. De inbreuk daarop vormt zowel een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) als een persoonsaantasting (art. 6:106 lid 1 sub b BW).

De rechtbank acht de NAM aansprakelijk voor immateriële schade.

“4.4.4. De rechtbank stelt voorop dat de wetgever de lat voor toekenning van immateriële schadevergoeding hoog heeft willen leggen. De rechter dient daarmee blijkens de parlementaire behandeling terughoudend te zijn, zowel voor wat betreft de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon als de omvang van het toe te wijzen bedrag. Uitgangspunt is dat buiten de gevallen van lichamelijk letsel en aantasting van eer en goede naam, sprake moet zijn van geestelijk letsel, waarmee wordt bedoeld een in de psychiatrie erkende ziekte, die objectief is of kan worden vastgesteld. De Hoge Raad heeft echter een aantal malen uitgesproken dat een schending van fundamentele persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op zelfbeschikking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, gelet op de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen voor de benadeelde een aantasting in de persoon op andere wijze kan opleveren, zonder dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen (HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, Blauw Oog). Dit is in lijn met de wetsgeschiedenis, waarin als voorbeeld van een dergelijk fundamenteel recht, het recht op privacy is genoemd. In zijn arrest van 4 oktober 2013 (ECLI:NL:HR:2013:851), betreffende een onrechtmatige perspublicatie door het Parool, oordeelde de Hoge Raad dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kan worden aangemerkt als een aantasting in de zin van 6:106 lid 1 onder b BW die aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade en dat daarmee in dat geval het recht op schadevergoeding wegens aantasting in de persoon in de zin van die bepaling gegeven was. In de door partijen genoemde zaak van Baby Kelly heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de schending van het zelfbeschikkingsrecht van de ouders ook als aantasting van de persoon kwalificeert en in de zaak van de Groninger Oudejaarsrellen kwalificeerde een inbreuk op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning als zodanig.

4.4.5. Het geschil van partijen betreft in wezen de vraag of de gevolgen van de aardbevingen van dien aard en ernst zijn dat ook zonder dat psychisch letsel is of kan worden aangetoond, sprake is van een ernstige inbreuk op een fundamenteel persoonlijkheidsrecht die vergoeding van immateriële schade rechtvaardigt.

De rechtbank merkt op dat NAM niet kan volhouden dat voor (alle) inwoners in het aardbevingsgebied sprake is van ‘gewone hinder’ die hen niet direct persoonlijk raakt. Daarmee bagatelliseert NAM de situatie en doet zij velen tekort. Uit de onderzoeken blijkt dat de aardbevingen diep ingrijpen op het leven van veel inwoners en de directeur van NAM en de minister hebben dit in hun uitspraken ook onderkend. Dat dit zo is, blijkt ook wel uit de grote hoeveelheid schademeldingen en de (bouwkundige) maatregelen die (moeten) worden getroffen om veiligheidsrisico's te beperken en het leefklimaat te

verbeteren. Veel inwoners ervaren de situatie als (zeer) belastend en vrijwel alle eisers schetsen in hun persoonlijke verklaringen dat dit ook voor hen zo geldt.

4.4.6. Vraag is of de aard en de ernst van de door gaswinning veroorzaakte aardbevingen en de gevolgen daarvan zodanig zijn dat gesproken kan worden van een aantasting in de persoon. Dat betekent dat moet worden beoordeeld

- (I) of NAM inbreuk maakt op een fundamenteel persoonlijkheidsrecht,
- (II) of die inbreuk ernstig is en
- (III) of de gevolgen van de inbreuk eisers rechtstreeks treffen.

De rechtbank is met eisers van oordeel dat het recht op eerbiediging van de integriteit van hun persoon, de veiligheid van hun woning en hun persoonlijke levenssfeer belangrijke fundamentele rechten zijn. De inbreuk die daarop door NAM wordt gemaakt is in veel gevallen ook ernstig, want in een groot deel van het Groningenveld worden inwoners gedurende langere tijd geconfronteerd met aardbevingen en/of de dreiging van (zwaardere) aardbevingen, die hun lijf en goederen kunnen schaden. Dit gaat verder dan een enkele aantasting van het milieu als zodanig. Uit de diverse onderzoeken die zijn overgelegd en de maatregelen die door NAM en de Staat worden getroffen blijkt dat de aardbevingen bij veel inwoners ten koste gaan van hun welzijn, hun levensvreugde en hun toekomstplannen. Mensen vrezen voor hun eigen veiligheid en die van hun dierbaren, hebben financiële zorgen omdat zij zich gevangen voelen in een woning die minder waard wordt en onverkoopbaar is, hebben spanning en frustraties over de schades die ontstaan en over de financiële afwikkeling en het herstel daarvan en hebben in algemene zin verdriet om wat zij kwijt zijn geraakt. De situatie in het aardbevingsgebied is in die zin vergelijkbaar met de zaak van de Groninger Oudejaarsrellen dat gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot lijf en goed aan de orde zijn. Bovendien gaat het in de onderhavige zaak om een veel langere periode die tot op de dag van vandaag voortduurt en voor onbepaalde tijd blijft voortduren. De Afdeling heeft in haar uitspraak van 18 november 2015 geoordeeld dat de aard en de schaal van de met de gaswinning gepaard gaande gevolgen zodanig zijn, dat de in de artikelen 2 en 8 EVRM genoemde grondrechten (te weten het recht op bescherming van leven en het recht op eerbiediging van privé leven, familie- en gezinsleven en woning) van toepassing zijn. Er is sprake van een ingrijpende en langdurige aantasting van de directe private woonomgeving van mensen en het is onzeker hoe lang en hoe intensief die aantasting nog zal voortduren. De rechtbank wijst erop dat Staat in zijn conclusie van antwoord heeft gesteld dat de aard en omvang van geïnduceerde aardbevingen waarschijnlijk nooit exact kunnen worden vastgesteld en dat daarover in elk geval tot op heden onzekerheid bestaat.”

Tegen deze achtergrond concludeert de rechtbank (r.o. 4.4.7) dat de NAM een ‘ernstige inbreuk’ maakt op een ‘fundamenteel persoonlijkheidsrecht’. Dat levert een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW op voor degenen die daardoor persoonlijk gevoelens van angst, zorg en psychisch onbehagen ervaren, zonder dat sprake is van geestelijk letsel. Dat geldt echter niet voor alle bewoners in het aardbevingsgebied (r.o. 4.4.8). De rechtbank is het eens met de NAM dat onderzoeken en enquêtes niet bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of bij elke individuele eiser gesproken kan worden over een aantasting in de persoon. De rechtbank wijst de vordering derhalve slechts toe aan eisers die persoonlijke verklaringen in het geding hebben gebracht (soms van de hand van hun partner of een hulpverlener) waarin wordt beschreven hoe zij geraakt worden door de aardbevingen. Of de zorgen die eisers benoemen overwegend betrekking hebben op hun persoonlijke veiligheid, op de waarde- en verkoopbaarheid van hun woning of op de (overlast door) de schadeafwikkeling, en of sprake is van angst, verdriet of boosheid acht de rechtbank (in deze hoofdprocedure) niet van belang. Ter begroting verwijst de rechtbank de zaak door naar de schadestaatprocedure.

### 2.3 Vermogensschade

Eisers vorderen verder verklaring voor recht dat de NAM aansprakelijk is voor geleden en nog te lijden vermogensschade bestaande uit de gemis van het onstoffelijk voordeel, te weten het ongestoorde woongenot (r.o. 3.1 sub V en VI).<sup>4</sup> Eisers stellen dat zij voor dat ongestoorde woongenot uitgaven hebben gedaan, zoals betaling van hypotheekrente, die hun doel hebben gemist door het onrechtmatig handelen van de NAM (r.o. 4.5.1). De NAM erkent dat gemis van woongenot ergernis kan opleveren, maar die ergernis is geen vermogensschade (r.o. 4.5.2).

De rechtbank neemt tot uitgangspunt hetgeen de Hoge Raad in *Pollen/Linssen Yachts* heeft beslist over uitgaven die hun doel hebben gemist.<sup>5</sup>

“4.5.3 In zijn arrest van 5 december 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BF1042) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wanneer iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, bij het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt zal hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen, en dat indien deze schade op de voet van artikel 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend

4 Eisers vorderen datzelfde ten aanzien van de Staat, maar dat laat ik hier buiten beschouwing.

5 HR 5 december 2008, NJ 2010/579, m.nt. Hijma. In dit arrest vorderde Pollen vergoeding van vermogensschade wegens het feit dat hij het door hem gekochte motorjacht door gebreken gedurende anderhalf jaar minder goed had kunnen gebruiken. Zie verder uitvoerig over dit arrest hierna paragraaf 4.2.

als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, die ander deze schade in haar geheel zal moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.

De Hoge Raad overwoog verder nog dat de uitgaven hun doel in rechtens relevante mate moeten hebben gemist en dat daarbij de bijzondere omstandigheden van het geval van belang zijn, zoals de tijd gedurende welke de zaak niet gebruikt kon worden en het functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving. De ergernis zelf, die door gering gemis van verwacht genot is teweeggebracht, is echter geen vermogensschade.”

De rechtbank wijst de vordering van eisers vervolgens toe. Zij overweegt dat eisers niet al het genot van hun woningen hebben gederfd en dat dus niet alle uitgaven hun doel hebben gemist (r.o. 4.5.5). Zij wijst (r.o. 4.5.7) alleen de vorderingen toe van eisers die verklaringen hebben overgelegd waarin is aangegeven in welke mate zij in het genot van hun woningen zijn gestoord (tocht, vochtproblemen, klemmen-de deuren en andere beperkingen in de gebruiksmogelijkheden). In de schadestaatprocedure moet worden bekeken of een bepaalde eiser niet reeds eerder schadevergoeding heeft ontvangen voor dezelfde schade uit hoofde van de waardevermindering van de eigen woning.

### 3. Vergoedbaarheid van immateriële schade

#### 3.1 Wanneer is sprake van een persoonsaantasting?

Vergoeding van immateriële schade vereist een wettelijke grondslag (art. 6:95 BW) en art. 6:106 BW is de belangrijkste bepaling in dat verband. Hoewel dit artikel is geplaatst in een afdeling die ziet op de *omvang* van de schadevergoeding gaat het niet slechts over de hoogte van het toe te kennen smartengeld, maar *vestigt* het tevens het recht op toekenning daarvan. In deze procedure staat het bestaan van een recht op smartengeld centraal, in het bijzonder de vraag wat onder het begrip persoonsaantasting (art. 6:106 lid 1 sub b BW) moet worden verstaan. Wanneer is daarvan sprake? Aangenomen wordt dat er twee categorieën zijn: Geestelijk (psychisch<sup>6</sup>) letsel en de (ernstige<sup>7</sup>) schending van een

fundamenteel recht.<sup>8</sup> Onder deze laatste categorie vallen persoonlijkheidsrechten en overige fundamentele rechten zoals het recht om binnen een redelijke termijn een rechterlijke beslissing te verkrijgen.<sup>9</sup> Persoonlijkheidsrechten beschermen de integriteit en de ontwikkeling van het individu.<sup>10</sup> Inhoudelijk bestaat veelal overlap met mensen- en grondrechten, maar deze laatste rechten zijn primair bedoeld om mensen tegen de overheid te beschermen, terwijl persoonlijkheidsrechten zijn toegesneden op horizontale verhoudingen. Voorts hebben mensenrechten en persoonlijkheidsrechten historisch een eigen ontwikkeling door-gemaakt.<sup>11</sup> Waar de rechtbank in r.o. 4.4.4 en 4.4.5 spreekt over ‘fundamentele persoonlijkheidsrechten’ worden beide soorten rechten door elkaar gehaald, maar praktisch maakt dat niet uit. Het recht op privacy wat hier in het geding is, is overigens zowel een persoonlijkheidsrecht als een mensen- en grondrecht (art. 8 EVRM en art. 10 Grondwet).<sup>12</sup>

Geestelijk letsel vormt een gezondheidsaantasting en vergt dus dat een zekere drempel is overschreden: enkel psychisch onbehagen is onvoldoende.<sup>13</sup> Hoewel eisers en rechtbank van een andere visie lijken uit te gaan (r.o. 4.4.1 en 4.4.4), is voor geestelijk letsel niet altijd noodzakelijk dat benadeelde aantoonbaar lijden aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Alleen in geval van shockschade heeft de Hoge Raad dat expliciet bepaald.<sup>14</sup> In andere gevallen geldt dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld.<sup>15</sup>

6 De wet spreekt in art. 6:107 BW van geestelijk letsel, maar de term psychisch letsel lijkt beter: het slachtoffer is immers in zijn psyche aangetast en heeft (in de regel) geen behoefte aan een geestelijk hulpverlener, maar aan een psycholoog of psychiater. Bovendien worden alleen verklaringen van psychologen en psychiater relevant geacht voor het aantonen van deze schade.

7 Er is wel gesteld (zie o.a. S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 163) dat slechts de ernstige inbreuk op de privacy recht geeft op smartengeld omdat de Hoge Raad het woord ‘ernstig’ in enkele uitspraken in de mond nam (HR 30 oktober 1987, NJ 1988/277 (*naturistengids*) en HR 1 november 1991, NJ 1992/58). Daar tegenover is verdedigd dat de ernst van de inbreuk niet bij de vestiging, maar bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld dient te worden meegewogen, zie met verwijzingen A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 277 en 333-334. In het ‘*wrongful life*’-arrest sprak de Hoge Raad overigens ook van een ‘ernstige inbreuk’ op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder, zie HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, r.o. 4.8.

8 Zie onder andere S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 135 en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 34. Zie ook E. Gijssels, R. Rijnhout & J. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, AA 2014, 801-813, die geestelijk letsel als hoofdregel bestempelen (zie par. 5.3.2 en 5.3.3). Dat is m.i. onjuist: het zijn twee zelfstandige categorieën die naast elkaar staan zonder dat van enige hiërarchie sprake is.

9 Zie over schending van de redelijke termijn met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak Groene Serie, Schadevergoeding, Art. 6:106 BW, aant. 2.8.14 (*Lindenberg*).

10 Zie HR 15 april 1994, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*) waarin de Hoge Raad het algemeen persoonlijkheidsrecht erkende als een supergrondrecht dat ten grondslag ligt aan “grondrechten als het recht op privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting”. Hoewel de opsomming niet uitputtend is (‘als’), is opvallend dat de Hoge Raad niet verwijst naar de fysieke integriteit (art. 11 Grondwet).

11 Zie S.D. Lindenberg, ‘De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1999, nr. 3, p. 1669-1671 en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 38-39.

12 Omdat de privacy al wordt beschermd door een horizontaal werkend persoonlijkheidsrecht is het strikt genomen minder relevant om te onderzoeken in hoeverre de NAM direct normadressaat is van bepalingen uit het EVRM. Dit aspect wordt daarom hierna buiten beschouwing gelaten, zie voor een de(r)gelijke analyse E. Gijssels, R. Rijnhout & J. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, AA 2014, par. 4.

13 Zie met verwijzingen naar rechtspraak *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/143.

14 HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3. De Hoge Raad hield overigens nog een slag om de arm door te bepalen dat ‘in het algemeen’ een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is vereist. Zie over de vraag waarom niet te dogmatisch moet worden vastgehouden aan deze eis A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 181-182.

15 HR 9 mei 2003, NJ 2005/168 (*Beliën/Prov. Noord-Brabant*), r.o. 5.2.3.

Bij de toekenning van smartengeld wegens de schending van een fundamenteel recht, staat de rechtshandavingsfunctie voorop.<sup>16</sup> Desalniettemin moet het (praktische) onderscheid tussen beide categorieën niet worden overtrokken. Ten eerste kan de schending van een fundamenteel recht ook leiden tot geestelijk letsel, denk bijvoorbeeld aan het geval dat iemand psychisch instort na gênante onthullingen uit de intieme sfeer. Tussen beide categorieën staat derhalve geen Chinese muur; ze zijn van een andere orde. Ten tweede zal het slachtoffer van de schending van een fundamenteel recht zich hoogstwaarschijnlijk ook (enigszins) gecompenseerd voelen door de toekenning van smartengeld. Ten derde zal bij beantwoording van de vraag of sprake is van een ernstige inbreuk op een fundamenteel recht ook gewicht worden toegekend aan de waarschijnlijke gevolgen die deze inbreuk voor het slachtoffer had. Ook bij deze tweede categorie wordt derhalve verder gekeken dan de enkele rechtsinbreuk.

### 3.2 In hoeverre bestaat recht op vergoeding van angstschade?

De vraag is waar in bovenstaande tweedeling gevoelens van angst moet worden ondergebracht. In veel gevallen zal de angst niet hebben geleid tot geestelijk letsel en evenmin zal steeds sprake zijn van (de ernstige) inbreuk op een fundamenteel recht, denk aan de verkeerde diagnose van een arts waardoor een patiënt enige tijd denkt een dodelijke en ongeneeslijke ziekte te hebben. Er bestaat geen (fundamenteel) recht op een angstvrij leven. Op het eerste gezicht is er dus geen ruimte voor vergoeding van angstschade. Desalniettemin heeft de Hoge Raad (zoals hierna wordt uitgewerkt) in het Oosterparkrellen-arrest (HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken) vergoeding van angstschade toegestaan en ook in de lagere rechtspraak wordt ervan uitgegaan dat dergelijke schade in bepaalde gevallen, zoals bij kinderontvoering voor vergoeding in aanmerking komt (zie hierna). Uit deze uitspraken blijkt echter niet precies via welke redenering angstschade onder het begrip persoonsaantasting wordt gebracht. Is wellicht sprake van een derde categorie naast geestelijk letsel en de ernstige inbreuk op een fundamenteel recht?

De feiten in het Oosterparkrellen-arrest waren kort gezegd als volgt.<sup>17</sup> In de nacht van 30 op 31 december 1997 heeft een groep van circa 65 jongeren de woning van X en zijn echtgenote Y die daarin aanwezig waren, tot driemaal toe aangevallen, om omstreeks 21.50 uur, 22.30 uur en 0.00 uur. De derde aanval werd, zo valt in de conclusie van A-G Hartkamp (sub 1) te lezen, 'met behulp van buurtbewoners' afgeslagen. X heeft vanaf 21.50 uur ten minste vijfmaal met de politie gebeld en om hulp verzocht. De Mobiele Eenheid arriveerde pas na afloop om 02.30 uur. De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.11) ten aanzien van het door de rechtbank aan het belaagde echtpaar toegekende smartengeld:

“Op grond van de aard en de ernst van deze nalatigheid [het uitblijven van hulp door de politie, AJV], die naar het kennelijke oordeel van de rechtbank leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning, heeft zij kunnen oordelen dat van aantasting van de persoon van X. en zijn echtgenote sprake is geweest.”

De Hoge Raad casseerde het vonnis van de rechtbank echter voor zover smartengeld was toegekend aan de zoon, die niet thuis was ten tijde van de belaging. Hoewel het volgens de Hoge Raad 'vanzelfsprekend' is dat hij zich 'grote zorgen' zal hebben gemaakt over zijn ouders, staat aan zijn vordering in de weg dat hij zich zelf niet in een bedreigde situatie heeft bevonden (r.o. 3.11). Hieruit valt af te leiden dat het smartengeld werd toegekend voor gevoelens van angst en niet wegens schending van het recht op de eigen woning. Bovendien moet deze angst betrekking hebben op de eigen fysieke integriteit. Zorg van de zoon voor het welzijn van zijn ouders was immers niet voldoende voor de toekenning van smartengeld. De vraag is of deze uitspraak eraan in de weg staat dat – zoals door verschillende feitenrechters is aangenomen<sup>18</sup> – een ouder waarvan het kind is ontvoerd door de andere ouder en ex-partner, recht heeft op smartengeld. Ervan uitgaande dat zorg om de fysieke integriteit van een dierbare niet voldoende is, lijkt het antwoord op het eerste gezicht ontkennend te luiden, hoewel dat onbevredigend is.<sup>19</sup> In geval van kinderontvoering valt echter te betogen dat het recht op *family life* van de bezorgde ouder is geschon- den. Smartengeld kan derhalve worden gefundeerd op de (ernstige) inbreuk op een fundamenteel recht, te weten de privacy (zie ook art. 8 EVRM).

Relevant voor beantwoording van de vraag in hoeverre angstschade voor vergoeding in aanmerking komt, lijkt ook het zogenoemde blauw oog-arrest.<sup>20</sup> In de casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag, werd A door een viertal flatgenoten (B, C, E en F) bij het binnengaan van zijn woning staande gehouden waarbij B hem twee klappen in het gezicht gaf. A vordert smartengeld wegens 'ernstige pijn' en nadien ervaren angstgevoelens. Voor het laatste heeft zijn huisarts hem doorverwezen naar de GGZ. Rechtbank en hof wijzen de vordering van A af omdat zijn fysieke letsel, te weten een blauw oog, te gering is om smartengeld te rechtvaardigen en A overigens onvoldoende heeft gesteld

18 Zo kende de Rechtbank Zwolle een moeder € 26.000 aan smartengeld toe wegens ontvoering van haar kinderen (van 1,5 en 3 jaar oud) door haar ex gedurende meer dan een jaar, zie Rb. Zwolle 6 februari 2002, *LJN* AE1650. De man werd hiervoor wegens overtreding van art. 279 Sr (opzettelijke onttrekking minderjarige aan gezag) strafrechtelijk veroordeeld tot 24 maanden gevangenisstraf waarvan 8 maanden voorwaardelijk. In hoger beroep werd dit bedrag overigens verlaagd tot € 5000 omdat geestelijk letsel volgens het hof niet was komen vast te staan, zie Hof Arnhem 22 maart 2005, *LJN* AT2244.

19 A.J. Verheij, 'Wil de Hoge Raad plegers van bijzonder ernstige normschendingen steviger aanpakken?', *AV&S* 2013/1.

20 HR 29 juni 2012, *NJ* 2012/410 en *JA* 2012/147, m.nt. Lindenbergh. Zie over dit arrest ook A.J. Verheij, 'Wil de Hoge Raad pleger van bijzonder ernstige normschendingen steviger aanpakken?', *AV&S* 2013/1 en voor een rechts-economische analyse L. Visscher, *AV&S* 2012/20.

16 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445 e.v. en S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, par. 3.4.7.

17 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken.

om geestelijk letsel aannemelijk te maken. De Hoge Raad casseert: zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom dit letsel te gering is om voor vergoeding in aanmerking te komen (r.o. 3.4). Interessant is echter de volgende overweging:

“3.5 De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat A. onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van de zojuist aangehaalde wetsbepaling, faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld.”

Deze overweging lijkt erop te duiden dat de Hoge Raad ook los van geestelijk letsel en de schending van een fundamenteel recht ruimte ziet voor toekenning van smartengeld wegens een aantasting in de persoon. Vereist zijn daartoe (i) een bijzondere ernstige normschending die; (ii) ernstige<sup>21</sup> gevolgen heeft. Gevallen waarin iemand opzettelijk fysiek wordt bedreigd en daardoor – naar mag worden aangenomen – aanzienlijke angst ervaart, lijken aan deze voorwaarden te voldoen. De toewijzing van smartengeld in het Oosterpark-arrest lijkt zo achteraf van een fundament te worden voorzien.

Wat hier ook van zij, of bovenstaande twee arresten de inwoners van Groningen die angst hebben voor de gevolgen van toekomstige aardbevingen verder helpen, is de vraag. Van een opzettelijke en directe dreiging met geweld zoals in het arrest Oosterparkrellen is geen sprake. Waarschijnlijk is evenmin voldaan aan de vereisten van het blauw oog-arrest. Als het opzettelijk uitdelen van klappen daarvoor niet voldoende is, zal dat evenmin gelden voor gaswinning als zodanig.

### 3.3 Hinder

Eisers hebben gesteld hinder in de vorm van praktisch ongemak te ondervinden als gevolg van de aardbevingen (vocht, klemmende deuren etc.). Veel rechtspraak die betrekking heeft op hinder gaat over geluids- of stankoverlast.<sup>22</sup> Desalniettemin lijkt het geen twijfel dat trillingen ook hinder kunnen opleveren. In het burenenrecht noemt art. 5:37 BW deze bron van hinder zelfs expliciet. Twee vragen laten zich in dit verband stellen:

- A. Leidt hinder wel tot immateriële schade of gaat het om vermogensschade? en, bij bevestigende beantwoording van deze vraag,
- B. Is de hinder wel voldoende ernstig om een aantasting in de persoon op te leveren?

21 De Hoge Raad gebruikt dit woord weliswaar niet, maar lijkt dit wel te bedoelen, want anders wordt verwijzing naar de gevolgen van de normschending zinledig.

22 Zie rechtspraak vermeld in Groene Serie, Schadevergoeding, Art. 6:106 BW, aant. 2.8.12 (Lindenbergh).

#### A. Hinder: vermogensschade of immateriële schade?

Er is discussie mogelijk over de kwalificatie van de aard van de door hinder veroorzaakte schade. De vraag of onrechtmatige hinder leidt tot vermogensschade dan wel immateriële schade is omstreden in de literatuur. Meijers en Wolfsbergen gingen in de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw van de laatste opvatting uit, maar later was met name Bloembergen van mening dat hinder slechts (abstract te begroten) vermogensschade oplevert.<sup>23</sup> Beide opvattingen werk ik hieronder kort uit.

De opvatting van Meijers en Wolfsbergen was gestoeld op twee arresten van de Hoge Raad uit de jaren dertig.<sup>24</sup> In deze arresten was sprake van stankoverlast respectievelijk geluidsoverlast. De Hoge Raad liet de aard van de geleden schade in het midden, maar besliste slechts dat van schade in de zin der wet sprake was in geval van de onrechtmatige “ontneming of vermindering van het genot, waarop iemand krachtens tot zijn vermogen behorende rechten aanspraak vermag te maken”. Meijers was in het geval van stankoverlast door een rivier van mening dat er geen sprake was van vermogensschade nu vaststond dat de benadeelde niet van plan was haar huis te verkopen.<sup>25</sup> Wolfsbergen ging in deze kwalificatie mee waarbij hij zich baseerde op het arrest inzake de geluidsoverlast door een Studentensociëteit. In die zaak vorderde de eiser die overlast ondervond ten gevolge van het stampen en bonzen van de feestende studenten, namelijk uitdrukkelijk geen vergoeding van de verminderde verkoopwaarde van zijn huis, maar van de door hem geleden slapeloosheid. Wolfsbergen merkt op dat het genot van slapen geen recht is waarop men afspraak kan maken krachtens de eigendom van een huis en dat ook de huurder of de inwonende dienstbode recht hebben op schadevergoeding.<sup>26</sup>

Bloembergen daarentegen, betoogde dat het in deze twee zaken ging om op geld waardeerbare en niet om immateriële schade:

“Ontnomen wordt aan de eigenaar een gedeelte van het op geld te waarden genot van de zaak (...); als gevolg van de onrechtmatige daad stelt hij zich tevreden met de vermindering van zijn consumptieve woongenogens.”<sup>27</sup>

Daartoe moet vaststaan dat de woongenogens van de eigenaar inderdaad verminderd zijn. Dat is niet het geval als de eigenaar afwezig was of door een defect aan zijn neus of door doofheid geen last ondervond van stank

23 Zie voor verwijzingen naar andere auteurs A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, nr. 56 noot 2.

24 HR 29 januari 1937, NJ 1937/570, m.nt. E.M. Meijers (Voortse Stroom) en HR 31 december 1937, NJ 1938/517, m.nt. E.M. Meijers (Studentensociëteit).

25 Annotatie bij HR 29 januari 1937, NJ 1937/570.

26 A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 192.

27 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, nr. 56. In dezelfde zin S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 165.

of lawaai. Volgens Bloembergen wordt hier in de praktijk echter geen onderzoek naar ingesteld: de rechter kent zowel voor het verleden als voor de toekomst een bepaald bedrag per dag als schadevergoeding toe en laat in het midden of de eigenaar daadwerkelijk nadeel heeft geleden. Dit leidt Bloembergen tot de conclusie dat de praktijk doorgaans onbewust een abstract schadebegrip hanteert.

Tegen de opvatting van Bloembergen zijn verschillende argumenten aan te voeren.<sup>28</sup> Een eerste onwenselijk gevolg van het standpunt dat hinder leidt tot vermogensschade, is dat een gezin van zes personen evenveel schadevergoeding zou ontvangen als een alleenstaande, terwijl de omvang van de psychische belasting zes keer zo groot is. Een tweede bezwaar is dat de eigenaar van een duur huis meer schadevergoeding ontvangt dan de eigenaar van een goedkoper huis. Dit doet geen recht aan de in principe gelijke wijze waarop mensen de overlast ervaren. Of men nu in een villa woont of in een appartement, de slapeloze nachten vermoeidheid en concentratieproblemen wegen even zwaar. In de derde plaats levert vergoeding van de waardevermindering alleen een duidelijke maatstaf op in geval van structurele overlast. Ten slotte dient ook het feit dat ernstige hinder een inbreuk op de privacy vormt, mee te wegen. Een (ernstige) inbreuk op de privacy geeft recht op smartengeld (zie hierna) en niet in te zien valt waarom dit anders zou zijn indien de inbreuk plaatsvindt door middel van hinder. De rechtsgelijkheid noopt derhalve tot toekenning van smartengeld bij onrechtmatige hinder.

De te prefereren opvatting is dat hinder naar omstandigheden zowel vermogensschade als immateriële schade kan veroorzaken. Zeker bij structurele hinder zal de benadeelde vermogensschade lijden in de vorm van een waardedaling van de woning<sup>29</sup>, maar daarnaast ook immaterieel nadeel ondervinden door bijvoorbeeld slecht slapen.<sup>30</sup> De rechtbank zit ook duidelijk op dit spoor, want anders zou zij de vorderingen tot vergoeding van immateriële schade van eisers die eerder al compensatie hadden ontvangen voor de waardedaling van hun woning hebben afgewezen en dat heeft zij niet gedaan.

Deze benadering spoort met uitspraken van de Hoge Raad waarin de Raad er kennelijk vanuit gaat dat hinder zoveel tot vermogensschade als tot immateriële schade kan leiden.<sup>31</sup>

#### B. *Is de hinder ernstig genoeg om een persoonsaantasting op te leveren?*

Hinder kan ook een schending van de privacy en daarmee een persoonsaantasting veroorzaken, maar of daarvan sprake is, hangt af van de ernst van de hinder.<sup>32</sup>

Of de hinder daarvoor ernstig genoeg is, valt zonder grondige dossierkennis niet te zeggen. Desalniettemin maak ik enkele algemene opmerkingen. Het praktisch ongemak waarvan de uitspraak gewag maakt, bestaat uit zaken als vochtvorming, klemmende deuren en aannemers over de vloer. Hoe vervelend dat ook is, op het eerste gezicht lijkt dat toch van een andere orde dan ernstige geluidsoverlast waardoor slapen onmogelijk is of een permanente stankoverlast die alles doordringt. Er is sprake van enig fysiek ongemak, maar – anders dan bijvoorbeeld in het Engelse recht<sup>33</sup> – is er geen duidelijk precedent van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat fysiek ongemak een aantasting in de persoon oplevert.<sup>34</sup> In een geheel andere context – namelijk die van *wrongful birth* – heeft de Hoge Raad de vordering tot smartengeld van een ongewenst zwanger geworden vrouw zelfs afgewezen bij ontstentenis van geestelijk letsel.<sup>35</sup> Het is de vraag of als zelfs de tastbare ongemakken van een zwangerschap onvoldoende zijn voor het aannemen van een persoonsaantasting, de ongemakken als gevolg van aardbevingen wel voldoende zijn. Hoewel aan het *wrongful birth*-arrest derhalve een tegenargument valt te ontleen, lijkt mij dat voorzichtigheid op zijn plaats is om het lot van de smartengeldvordering in dit arrest tot algemeen principe te verklaren. *Wrongful birth* is immers een (zeer) bijzondere vordering met eigen karaktertrekken. Generalisatie lijkt daarom niet zonder meer mogelijk.

Bovendien zijn er verschillende tegenargumenten die de andere kant uit wijzen. Ten eerst valt te wijzen op art. 7:510 BW dat recht op smartengeld geeft in geval van gederfd reisgenot.<sup>36</sup> In veel gevallen zal de oorzaak daarvan (mede) gelegen zijn in enige vorm van fysiek ongemak, bijvoorbeeld kakkerlakken of een niet werkend aircosysteem in een warm land. Vergoeding van gederfd reisgenot compenseert derhalve in de praktijk voor fysiek ongemak. Dat artikel kan niet als basis worden gebruikt voor het idee dat iedere vorm van teleurstelling ook in het kader van art. 6:106 BW smartengeldwaardig moet zijn. Echter het beperktere argument dat fysiek ongemak dat in de reiscontext vergoedbaar is, dat

28 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 332-333.

29 Hinder in de vorm van trillingen kan uiteraard ook zaakschade veroorzaken.

30 Vgl. in die zin ook R. Overeem, *Smartegeld*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 21.

31 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. Van Schelten (*Verhoeven/Lammers*), r.o. 7.3.

32 Vgl. onder meer EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996/506, m.nt. Dommering waarin ernstige overlast van een fabriek door stank, damp en lawaai de gezondheid van klagers aantastte en daarmee een schending van art. 8 EVRM opleverde. Ook zonder dat sprake is van een gezondheidsaantasting kan de privacy zijn geschonden, zie EHRM 24 juni 2004, *NJ* 2005/22, m.nt. Dommering (*Caroline van Monaco I*). In dat geval werd klaagster continue gevolgd door journalisten.

33 Zie daarover M.Th. Beumers, 'Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling. En wat het Engelse recht ons daarover kan leren', *NTBR* 2016/25.

34 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 165 is van oordeel dat hinder zonder geestelijk letsel geen recht geeft op smartengeld.

35 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner.

36 Het bedrag is overigens gemaximeerd tot het bedrag van de reissom, zie art. 7:511 BW.



ook in andere contexten (en dan op basis van art. 6:106 BW) dient te zijn, vind ik wel sterk.

Verder valt op dat gestrande trein- en vliegreizigers bij (forse) vertraging recht hebben op schadevergoeding al dan niet in de vorm van terugbetaling van de kosten van het ticket.<sup>37</sup> Iedereen die bij vertraging wel eens een tijd op een winderig perron of in een overvolle luchthaven heeft doorgebracht weet uit eigen ervaring dat dit fysiek ongemak meebrengt. Het feit dat vervoerders reizigers compenseren, valt te zien als een belangrijke indicatie dat fysiek ongemak serieus wordt genomen in onze rechtsorde.

Hoewel er dus ook argumenten pleiten voor het tegendeel lijkt me dat feitelijk ongemak als gevolg van de aardbevingen in beginsel (en uiteraard afhankelijk van de precieze omstandigheden) een persoonsaantasting kan opleveren.

### 3.4 *In hoeverre bestaat recht op vergoeding van gederfde levensvreugde?*

Gederfde levensvreugde wordt standaard vergoed in geval van blijvend fysiek letsel. Gederfde levensvreugde komt echter niet voor vergoeding in aanmerking in geval van (dreiging van) zaakschade. Zaakschade geeft immers in de regel geen recht op vergoeding van immateriële schade, want dat zou neerkomen op vergoeding van affectieschade. Dat is slechts anders indien de zaak is aangetast met het oogmerk om een ander immateriële schade toe te brengen (art. 6:106 lid 1 sub a BW). Daarvan is hier echter geen sprake.

### 3.5 *Afweging*

Uit het bovenstaande blijkt dat de negatieve emoties die benadeelden in het aardbevingsgebied ondervinden niet altijd één op één neerkomen op een persoonsaantasting. Eerder waren andere auteurs eveneens voorzichtig in relatie tot vergoedbaarheid van immateriële schade.<sup>38</sup>

Dit gezegd hebbende denk ik dat het belangrijk is om het hele plaatje in ogenschouw te nemen. In het voorgaande heb ik de verschillende negatieve emoties vanwege analytische doeleinden stuk voor stuk geanalyseerd. Bij beantwoording van de vraag of sprake is van een persoonsaantasting dienen alle negatieve emoties echter gezamenlijk te worden gewogen en goed verdedigbaar is dat dit geheel zwaarder weegt dan de som der delen. De impact van de aardbevingen op het leven en welzijn van de inwoners moet absoluut niet worden onderschat. Dat blijkt ook uit door de rechtbank uitvoerig geciteerd (r.o. 2.12.6) onafhankelijk onderzoek dat in 2016 is verricht met subsidie van de Dialoogtafel. Ook het optreden van de NAM en de Staat dragen er niet bepaald toe bij dat bewoners zich veilig voelen. De rechtbank (r.o. 2.11.2)

citeert de bijzonder stevige conclusie van de Onderzoeksråd voor Veiligheid:

“Het Ministerie van Economische Zaken en de NAM zijn ernstig tekortgeschoten bij de gaswinning in Groningen. Ze hebben jarenlang alleen maar oog gehad voor de opbrengsten en zijn blind geweest voor de veiligheid van de inwoners in het winningsgebied (...)”

Dat het Groningse aardgasdossier bijzonder veel onrust, angst en zorgen veroorzaakt, is ruimschoots aannemelijk geworden en de toekenning van smartengeld is daarom goed navolgbaar.

Ter afsluiting nog twee opmerkingen over art. 6:106 BW. De eerste is dat de grondgedachte van dit artikel is dat niet iedere negatieve emotie, hoe gering ook, recht dient te geven op smartengeld. Mij dunkt dat alles gewikt en gewogen niet kan worden gezegd dat door in de Groningse casus smartengeld toe te kennen de deur wagenwijd wordt open gezet voor onbeperkte vergoeding van immateriële schade.

Ten tweede verdient onderstreping dat het begrip persoonsaantasting uit art. 6:106 lid 1 sub BW geen gesloten karakter heeft en mogelijkheden biedt voor verdere rechtsontwikkeling.<sup>39</sup> De rechter is derhalve gelegitimeerd om de impact van een bepaalde onrechtmatige gedraging op de benadeelde te wegen en daarbij alle omstandigheden van het geval in ogenschouw te nemen.

## 4. *Vergoedbaarheid van vermogensschade als gevolg van gederfd woongenot*

### 4.1 *Algemeen*

Het controversiële aan vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist, is dat ze ook zonder de wanprestatie of onrechtmatige daad zouden zijn gemaakt.<sup>40</sup> Het klassieke voorbeeld betreft degene die een ticket voor een opera heeft gekocht, maar de voorstelling niet kan bijwonen omdat hij door een onrechtmatige daad van een ander letsel oploopt. In dat geval ontbreekt het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade: de kosten voor het ticket waren immers al gemaakt.

Uitgaven die hun doel hebben gemist, worden als vermogensschade beschouwd.<sup>41</sup> De vraag dringt zich niettemin op of het eigenlijk toch niet gaat om vergoeding van immateriële schade bestaande uit gevoelens van ergernis, teleurstelling en frustratie. Tussen de onrechtmatige daad en die gevoelens bestaat immers wél causaal verband. Als bo-

37 Zie wat betreft vliegtuigen Verordening (EG) 261/2004 en de arresten *Sturgeon* (HvJ 19 november 2009, NJ 2010/394, m.nt. Mok) en *Nelson* (HvJ 23 oktober 2012, NJ 2013/4, m.nt. Mok) en wat betreft de trein *www.ns.nl* onder Klantenservice en Geld terug bij vertraging.

38 E. Gijsselaar, R. Rijnhout & J. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, AA 2014, 801-813.

39 In dezelfde zin Groene Serie, Schadevergoeding, Art. 6:106 BW, aant. 2.8.1 (*Lindenbergh*).

40 Internationaal is vergoeding ook controversieel, zie met verwijzingen de Conclusie van Spier sub 5.12 voor HR 28 januari 2005, NJ 2008/55, m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

41 Art. 6.1.9.1 lid 2 O-M bevatte oorspronkelijk een bepaling over deze uitgaven die later is geschrapt. De MvA II, Parl. Gesch., p. 333, gaat ervan uit dat hier om vermogensschade gaat, zie verder Groene Serie, Schadevergoeding, art. 6:95 BW, aant. 4.3.2 (*Lindenbergh*).

venstaande vraag bevestigend wordt beantwoord, ontstaat frictie met art. 6:106 BW. Met dit artikel heeft de wetgever immers een drempel willen opwerpen tegen vergoeding van ieder negatieve emotie, hoe gering ook. Gegeven die ratio is het vaste rechtspraak dat 'enkel psychisch onbehagen' geen persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW oplevert. De vraag doemt dus op of vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist niet een truc is ter omzeiling van de beperkingen van art. 6:106 BW.

Het idee om hypotheekrente terug te vorderen ter compensatie van gederfd woongenot is bij mijn weten nog nooit ter toetsing aan de rechter voorgelegd.<sup>42</sup> Als iemand ten gevolge van letsel waarvoor een ander aansprakelijk is, geen gebruik kan maken van een abonnement op een sportschool, dan wordt dit nadeel veelal meegenomen bij de bepaling van het smartengeld maar soms wordt compensatie verschaft onder het hoofd 'uitgaven die hun doel hebben gemist'.<sup>43</sup> In de huidige letselschadepraktijk is het echter niet zo dat indien het slachtoffer enkele maanden in een revalidatiekliniek verblijft, hij ook zijn hypotheekrente over die periode vergoed krijgt. Het door verblijf in de revalidatiekliniek veroorzaakte ongemak wordt onder het hoofd immateriële schade vergoed. In de Groningse aardbevingscasus hebben benadeelden echter niet ten gevolge van een ongeval, maar door aantasting van hun woonhuis woongenot gederfd. De vraag is of dat geval zo wezenlijk anders ligt dat wel recht bestaat op (gedeeltelijke) teruggave van de hypotheekrente. Deze vraag is niet zo gemakkelijk te beantwoorden, omdat het kader wat de Hoge Raad heeft geschapen voor vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist nog niet is uitgekristalliseerd.

#### 4.2 Twee arresten

De Hoge Raad heeft twee arresten gewezen waarin vergoedbaarheid van uitgaven die hun doel hebben gemist centraal stonden. De algemene regel die de Hoge Raad daarin gaf, is in beide arresten dezelfde. In het laatste arrest, *Pollen/Linssen Yachts*, formuleerde de Hoge Raad het als volgt:

"3.5 (...) dat wanneer iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardebaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, bij het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt zal hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen, en dat indien deze schade op de voet van

art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, die ander deze schade in haar geheel zal moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn."<sup>44</sup>

In de casus die aan de basis stond van dit arrest had koper Pollen zijn nieuwe motorjacht gedurende anderhalf jaar minder goed kunnen gebruiken wegens allerlei gebreken. Hij vorderde vergoeding van onder andere ligkosten, verzekeringskosten en waardevermindering van het jacht. De Hoge Raad wees deze vordering af met de overweging dat de kans dat een gekochte zaak niet direct onberispelijk functioneert nog niet betekent dat de uitgaven die de koper heeft gedaan ter verkrijging van het met behulp van die zaak te behalen onstoffelijke voordeel hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Dat hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval.

In het eerste arrest over de kwestie van uitgaven die hun doel misten, huurde Burger een auto om deel te nemen aan rally Dakar.<sup>45</sup> Ten gevolge van gebreken in de auto moest hij voortijdig afhaken. Hij vorderde vergoeding van onder andere de extra kosten van een vervroegde reis naar huis. De Hoge Raad wees hier wel schadevergoeding toe.

Het verschil in uitkomst laat zich verklaren door verschillen in het feitencomplex. Burger had vrijwel geen plezier gehad van de gehuurde auto, want hij viel al op dag drie uit, terwijl Pollen op enkele dagen na wel gewoon had kunnen varen met zijn jacht, zij het dat hij minder hard had kunnen varen en minder verre tochten had kunnen maken dan gepland. Bovendien was het verband tussen de door Pollen opgevoerde schadeposten en het vaarplezier minder nauw dan de kosten die Burger had gemaakt. Zo is waardevermindering geen uitgavenpost en is het doel van een verzekering niet om het vaarplezier te faciliteren, maar om dekking te geven tegen een risico.<sup>46</sup>

De te beantwoorden vraag is hier dus of het door de aardbevingen veroorzaakte verminderde woongenot dusdanig is dat uitgaven die zijn gedaan ter verkrijging van woongenot redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking komen. Dat geeft weinig houvast, ook niet omdat de Hoge Raad geen specifieke gezichtspunten heeft geformuleerd ter invulling van het redelijkheidsoordeel, maar stelt dat alle omstandigheden van het geval daarbij relevant zijn.

Eén feitelijk verschil tussen de casusposities van genoemde arresten en de aardbevingsproblematiek springt direct in het oog. In beide arresten was sprake van *wanprestatie*, terwijl in de aardbevingscasus de storing in het woongenot door de *onrechtmatige daad van een derde* is veroorzaakt. De vraag is of dat feitelijke verschil ook juridisch relevant is.

42 Wel is er een uitspraak van de Rechtbank Arnhem waarin wegens hinder zowel smartengeld als vergoeding van vermogensschade werd toegekend. De vermogensschade bestond uit de genotsderving en werd begroot door de huurwaarde gedurende de schadepriode te bepalen in de situatie zonder overlast en in de situatie met overlast en vervolgens het verschil te nemen. Zie Rb. Arnhem 14 maart 2007, *NJF* 2007, 279. Rb. Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK4126 kende wel (gedeeltelijke) vergoeding van hypotheekrente toe wegens een zwembad waarvan geen gebruik kon worden gemaakt.

43 Zo bleek mij uit enkele telefoongesprekken met letselschadeadvocaten.

44 HR 5 december 2008, *NJ* 2010/579, m.nt. Hijma.

45 HR 28 januari 2005, *NJ* 2008/55, m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*).

46 Op vergoeding van de deskundigenkosten had Pollen uiteraard wel recht. Omdat het hof ook die schadepost had afgewezen, casseerde de Hoge Raad.

Dat hangt af van de ratio van vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist. Dat is derhalve de eerste te beantwoorden vraag.

#### 4.3 **Waarom worden uitgaven die hun doel hebben gemist vergoed?**

Hijma merkt in zijn annotatie bij *Burger/Brouwer Motors* ter rechtvaardiging voor vergoeding op dat de benadeelde later ter verkrijging van het misgelopen onstoffelijk voordeel alsnog dezelfde uitgaven zou hebben gemaakt.<sup>47</sup> Tussen de wanprestatie en die toekomstige schade bestaat wel causaal verband. Door de reeds gedane uitgaven te vergoeden, worden de in de toekomst te maken kosten eigenlijk alleen maar naar voren gehaald.

Als dat zo zou zijn, is er niet veel aan de hand, maar het is twijfelachtig of dat altijd het geval is. Denkbaar is inderdaad dat Burger bij de eerste de beste gelegenheid weer aan de Dakar rally meedoet om de mislukking goed te maken. Echter ook voorstelbaar is dat hij dat toch wel zou hebben gedaan. In dat geval ontbreekt het causaal verband weer.

Hijma lijkt dit zelf ook te beseffen waar hij in zijn noot (sub 6) onder *Pollen/Linssen Yachts* schrijft:

“De schade die de benadeelde in dit soort gevallen vergoed wil zien, heeft in eerste instantie het karakter van immateriële schade: onrust, ergernis, boosheid (geleden immaterieel verlies), uitblijven van genot of vreugde (gederfde immateriële winst).”<sup>48</sup>

Gezien het limitatieve karakter van art. 6:106 BW en omdat over een causaliteitsprobleem wordt heengestapt concludeert hij enkele zinnen later:

“Daarom dient bij de transformatie van immaterieel gemis naar materiële schade terughoudendheid te worden betracht; zij is geen regel, maar uitzondering.”

Hijma lijkt de te compenseren schadepost in essentie dus als immaterieel te beschouwen.<sup>49</sup> De materiële en immateriële aspecten zijn eveneens zeer met elkaar vervlochten bij A-G Wuisman. Hij ziet de uitgaven die hun doel hebben gemist enerzijds als vermogensschade, maar de vraag of vergoeding in aanmerking komt, laat hij kennelijk afhangen van de ernst van het geleden *immateriële* nadeel:

“In geval van een tijdelijke genotsderving (...), is er in beginsel ruimte voor vergoeding van vermogensschade, indien de aard, omvang en/of ernst van de genotsderving en de overige omstandigheden van het geval zodanig

zijn, dat er sprake is van een rechtens ontoelaatbare inbreuk op het vermogensrecht, waaraan het genot wordt ontleend (...).”<sup>50</sup>

Voor het in wezen immateriële karakter van deze schadepost pleit ook dat een zekere drempelwaarde overschreden moet zijn alvorens recht op vergoeding ontstaat. In de regel komt ook geringe vermogensschade immers voor vergoeding in aanmerking.

Een echte verklaring waarom juist in gevallen als deze een vergoeding op zijn plaats is, wordt niet gegeven. Vergoeding is in bepaalde (niet nader aangeduide) omstandigheden kennelijk redelijk. Waarom uitzondering op art. 6:106 BW hier redelijk is en in andere gevallen niet, blijft onduidelijk. De figuur van ‘vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist’ krijgt daarmee een nogal ongrijpbaar en zelfs semi-illegaal karakter.

De kwalificatie van vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist als in wezen immaterieel helpt ons dus niet verder. Is er geen redenering te bedenken op grond waarvan deze schade (nog net) als vermogensschade valt te construeren? Ik waag een poging.

#### 4.4 **Hoe zijn uitgaven die hun doel missen als echte vermogensschade te construeren?**

Een mogelijke redenering bestaat uit de volgende stappen.

- Om uitgaven die hun doel hebben gemist als vermogensschade te zien, is noodzakelijk dat vergoeding daarvan beperkt blijft tot gevallen waarin de benadeelde voldoende aannemelijk maakt dat hij later opnieuw dezelfde kosten zou maken om het immateriële voordeel alsnog te kunnen genieten. Slaagt hij hierin niet, dan heeft hij geen recht op vergoeding van zijn gedane uitgaven.
- Als dit de regel is, ontstaat echter een praktisch probleem. In iedere zaak die zich voordoet, zal namelijk discussie ontstaan over de vraag of de benadeelde aan de op hem rustende bewijslast heeft voldaan. Dit compliceert de schadeafwikkeling en brengt derhalve kosten met zich.
- De vraag is dan ook of uit overwegingen van *efficiency* geen abstrahering dient plaats te vinden. Geabstraheerd wordt dan van de kwestie of de benadeelde al dan niet in de toekomst alsnog dezelfde uitgaven zou hebben verricht.
- Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dan zou vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist niet meer zijn dan een voorbeeld van de ook op andere terreinen voorkomende abstract berekende vermogensschade.

Het materiële karakter van de geleden schade lijkt daarmee op het eerste gezicht gered, maar is dat ook echt zo? Hieraan

47 Sub 4 van zijn annotatie onder HR 28 januari 2005, NJ 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*).

48 HR 5 december 2008, NJ 2010/579.

49 Vgl. A-G Wuisman die in zijn conclusie voor *Pollen/Linssen Yachts* de schade wegens uitgaven die hun doel misten weliswaar als vermogensschade ziet, maar vervolgens sub 2.6 opmerkt “De kans dat het de betrokkene in werkelijkheid veeleer om een genoegdoening voor de ergernis gaat dan om een vergoeding van een geldelijk nadeel, is groot te achten”.

50 Sub 2.8 van zijn conclusie voor HR 5 december 2008, NJ 2010/579, m.nt. Hijma (*Pollen/Linssen Yachts*).

valt weer te twijfelen als de volgende vraag wordt gesteld: *waarom* is abstrahering *hier* toegestaan? Als het antwoord luidt dat abstrahering terecht is omdat de benadeelde een immaterieel voordeel is misgelopen zijn we weer terug bij af, want daarmee blijft onverklaard waarom juist dit (geringe) immateriële nadeel vergoed dient te worden.

De waaromvraag is overigens niet goed te beantwoorden, omdat er geen algemeen in de literatuur aanvaarde of door de Hoge Raad geformuleerde theorie is die bepaalt wanneer abstractie is toegestaan en wanneer niet.<sup>51</sup> Wellicht valt echter aan de ratio van abstracte schadeberekening enige richting te ontleenen.

#### 4.5 *Wat is de ratio van abstracte schadeberekening?*

Abstracte schadeberekening wordt behalve door efficiëncyoverwegingen mede gerechtvaardigd door de rechtshandhavingsfunctie.<sup>52</sup> Een voorbeeld ter toelichting. De eigenaar van een onrechtmatig beschadigde zaak die deze niet wil herstellen, wordt verrijkt indien hij herstelkosten ontvangt. De rechtvaardiging om desalniettemin herstelkosten toe te kennen, is dat het schadevergoedingsrecht hem *de gelegenheid moet geven* om zijn zaak te herstellen. Alleen zo wordt zijn eigendomsrecht gehandhaafd.

Als de functie van vergoeding van uitgaven die hun doel misten, is te duiden als rechtshandhaving, dan valt nu de eerder opgeworpen vraag te beantwoorden of er juridisch onderscheid gemaakt dient te worden tussen gevallen van wanprestatie en gevallen waarin de benadeelde genot derft door de onrechtmatige daad van een derde. Zoals eerder door Van Kogelenberg is opmerkt, prikkelt vergoeding van kosten die hun doel misten de debiteur om zijn verplichtingen correct na te komen.<sup>53</sup> Een consument die een op realisering van onstoffelijk voordeel gerichte overeenkomst sluit, zal in de regel namelijk geen concrete vermogensschade lijden in geval van wanprestatie. Daarin verschilt dit type overeenkomst van de commerciële B2B overeenkomst. Een bedrijf dat een machine koopt om in te zetten in zijn productieproces zal immers vrijwel altijd vermogensschade lijden indien de machine gebrekkig functioneert. Indien de consument geen vergoeding zou kunnen krijgen voor uitgaven die hun doel misten, wordt hij als het ware 'gediscrimineerd' ten opzichte van bedrijven. De consument kan er immers niets aan doen dat hij slechts immaterieel nadeel lijdt.

Hoewel vergoeding van uitgaven die hun doel misten ook een extra prikkel kan zijn ter handhaving van de fysieke integriteit, is dat toch minder sprekend. De fysieke integriteit wordt immers al beschermd door het recht op vergoeding van vermogensschade en immateriële schade. Het eigendomsrecht wordt weliswaar alleen beschermd door een recht op vergoeding van vermogensschade, maar herstelkosten worden – zoals als eerder aangegeven – abstract

berekend. Er is derhalve in mindere mate sprake van een 'gat' in de rechtshandhaving dan bij consumentenovereenkomsten die gericht zijn op realisering van immaterieel voordeel. Dat betekent wat mij betreft niet zonder meer dat ingeval een onrechtmatige daad van een derde nooit grond kan zijn voor vergoeding van uitgaven hun doel misten. Geconstateerd is slechts dat vanuit rechtshandhavingsperspectief minder aanleiding bestaat voor vergoeding.

Rechtshandhaving als ratio voor vergoeding van uitgaven die hun doel misten, doet de volgende vraag rijzen: vindt geen dubbelstelling plaats nu de toekenning van smartengeld bij schending van privacy ook de rechtshandhaving dient (zie hiervoor paragraaf 3.1)?

#### 4.6 *Vindt dubbelstelling plaats door zowel vergoeding van immateriële schade als van uitgaven die hun doel hebben gemist?*

Om deze vraag te beantwoorden, moeten we vaststellen welke rechten precies worden gehandhaafd. Alleen in geval van handhaving van hetzelfde recht vindt dubbelstelling plaats. Welk recht beoogt vergoeding van hypotheekrente derhalve hier te handhaven? Dat is, zoals ook eisers hebben gesteld, het recht op ongestoord woongenot, maar dat recht is een onderdeel van het recht op privacy. Aldus lijkt de conclusie te moeten luiden dat dubbelstelling plaatsvindt door zowel smartengeld toe te kennen als ook de uitgaven die hun doel misten te vergoeden.

Hoe de Hoge Raad dit ziet, is niet duidelijk. Uit een wat ouder arrest blijkt wel dat door hinder veroorzaakte genotsderving in ieder geval ook vermogensschade oplevert.<sup>54</sup> De rechtbank had (in sub 3.4) van zijn vonnis geoordeeld dat de veroorzaakte hinder dusdanig ernstig was dat recht op smartengeld bestond, maar had daar ten overvloede toegevoegd dat 'gederfd huurgenot mede als vermogensschade is te beschouwen'. Het tegen deze kwalificatie gerichte cassatiemiddel (sub 3.2) wordt door de Hoge Raad verworpen (r.o. 3.5). Uit dit arrest valt echter niet af te leiden of benadeelden zowel recht op smartengeld hebben als ook recht op vergoeding vermogensschade in de vorm van gederfd genot. De Rechtbank Arnhem oordeelde in 2007 dat beide schadeposten naast elkaar voor vergoeding in aanmerking kwamen.<sup>55</sup>

Wat hier ook van zij, als de conclusie dat bij nadere beschouwing dubbelstelling plaatsvindt juist is, is de volgende vraag langs welke weg het gederfde woongenot het beste vergoed kan worden.

#### 4.7 *Dient vergoeding van gederfd woongenot plaats te vinden door middel van toekenning van smartengeld of via de figuur van vergoeding van uitgaven die hun doel hebben gemist?*

Op het eerste gezicht lijkt het niet uit te maken via welke band vergoeding wordt toegekend. Eisers hebben hun woongenot

51 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/38.

52 G.R.J. de Groot, 'Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening', VR 1980, (p. 49-58).

53 M. van Kogelenberg, 'Het glas is halfvol ... of halfleeg?', NTBR 2009/13.

54 HR 17 juni 1994, NJ 1994/670 (St. Joseph/Van Fessem-Van Gils).

55 Rb. Arnhem 14 maart 2007, NJF 2007/279, zie hiervoor noot 41.

namelijk niet volledig gederfd: ze konden gewoon in hun huis blijven wonen. Ze hebben daarom slechts recht op teruggave van een gedeelte van de betaalde hypotheekrente. Hoe wordt dit deel bepaald? Bij ontstentenis aan een duidelijke maatstaf is het antwoord: door de billijkheid.<sup>56</sup> De rechter zal hoogte van het smartengeld echter ook bepalen met behulp van diezelfde billijkheid. In zoverre lijkt de keuze voor de ene dan wel de andere figuur lood om oud ijzer.

Bij nadere overdenking is er echter toch een verschil en dat is hetzelfde als bij de hierboven weergegeven discussie over de kwalificatie hinderschade (is dat vermogensschade of immateriële schade)? Door gederfd woongenot te zien als immateriële schade wordt direct rekening gehouden met het aantal personen dat woongenot derft. Wordt de schade daarentegen als vermogensschade beschouwd, dan wordt dit aspect niet direct meegewogen. Aangrijpingspunt is dan de objectieve aantasting van het huis als gevolg van de aardbevingen (scheuren, vochtproblemen, klemmende deuren etc.). Dit zal worden uitgedrukt in een percentage en de eigenaar zal dit percentage van zijn hypotheekrente als schadevergoeding ontvangen. Een alleenstaande krijgt dan dus evenveel als een gezin bestaande uit vier personen. In de praktijk zal dit onderscheid vrijwel nooit zo scherp komen te liggen omdat huiseigenaren niet precies dezelfde hypotheekrente zullen betalen. De redenen hiervoor staan echter los van de concrete, door bewoners ervaren vermindering van hun woongenot. Er zal dus nauwelijks verband bestaan tussen de door bewoners concreet ervaren derving van woongenot en het toegekende bedrag en dat lijkt me onwenselijk. Vergoeding van gederfd woongenot via de toekenning van smartengeld is daarom de te prefereren route.

## 5. Samenvatting

Hoewel er hier en daar op dogmatische slakken zout valt te leggen, heeft de rechtbank een goed gemotiveerd vonnis gewezen in een complexe zaak die maatschappelijk zeer gevoelig ligt.

Het oordeel dat inwoners van Groningen die ernstige hinder ondervinden van aardbevingen recht hebben op smartengeld wegens een aantasting in hun overtuigt (paragraaf 3.5).

De rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van vergoedbaarheid van uitgaven die hun doel misten geeft nog weinig houvast en daarom is voorzichtigheid geboden bij het trekken van al te ferme conclusies. Met die slag om de arm lijkt het er echter op dat vergoeding van immateriële schade en (gedeeltelijke) terugbetaling van hypotheekrente een dubbeltelling oplevert (paragraaf 4.6). Als er inderdaad een keuze gemaakt dient te worden, verdient toekenning van smartengeld de voorkeur (paragraaf 4.7).

<sup>56</sup> Vgl. Conclusie van Spier sub 5.7 voor HR 28 januari 2005, NJ 2008/55, m.nt. Hijma (*Burger/Brouwer Motors*) die opmerkt dat niet simpel gerekend kan worden met een evenredig deel van de genoten prestatie.