Universiteit
Leiden
The Netherlands

# Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm

Nuninga, W.T.

**Citation**
Nuninga, W. T. (2022, September 22). *Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm*. *Recht en Praktijk – Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*. Wolters Kluwer, Nederland. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3463747

| | |
|---|---|
| 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/1887/3463747 |

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

| | |
|---|---|
| Promotores: | Prof. mr. W.H van Boom<br>Prof. mr. Jac. Hijma |
| Promotiecommissie: | Prof. mr. A.G. Castermans<br>Prof. mr. K.J.O. Jansen (EUR)<br>Prof. mr. A.L.M. Keirse (UU)<br>Prof. mr. H.B. Krans<br>Prof. mr. V. Mak<br>Prof. mr. A.J. Verheij (RUG) |

Verkorte citeerwijze: Nuninga, *Recht, plicht, remedie (R&P nr. CA25*) 2022/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie* (*R&P nr. CA25*), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 16940 9
NUR 822-206

© 2022, Wolters Kluwer Nederland B.V., W.Th. Nuninga.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden.
Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via wolterskluwer.com/nl-nl/privacy-cookies.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
NAVIGATOR

FSC
www.fsc.org
MIX
Papier van verantwoorde herkomst
FSC® C004472

# Recht, plicht, remedie

*of*

*De belofte van de norm*

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 22 september 2022
klokke 16.15 uur
door
Wijnand Thijmen Nuninga
geboren te Rotterdam
op 19 maart 1991,
overleden te Rotterdam
op 17 februari 2022

# Voorwoord

Het manuscript van Thijmen Nuninga werd in januari 2022 unaniem en met veel waardering goedgekeurd door zijn leescommissie. Daarmee kwam het einde van zijn promotietraject in zicht. Thijmen had nog wel een aantal voornemens. Zo wilde hij naar aanleiding van de input van de leescommissie bepaalde onderdelen nader verduidelijken en actualiseren. Dat is er niet van gekomen, want op 17 februari 2022 is Thijmen plotseling overleden.

Deze gepubliceerde versie van het proefschrift komt vrijwel geheel overeen met het manuscript dat is goedgekeurd door de leescommissie. De tekst is door een aantal bevriende juristen, zijn partner en de paranimfen gecontroleerd op taalfouten. Inhoudelijk is het proefschrift niet gewijzigd, afgezien van een paar kleine veranderingen die Thijmen zelf al op papier had aangebracht. Met het publiceren van zijn manuscript in de serie 'Recht en Praktijk' hopen we dat de juridische gemeenschap alsnog de vruchten kan plukken van Thijmens werk.

Thijmens proefschrift is zo goed als af. Zijn veelbelovende juridische carrière was daarentegen nog maar net begonnen. Thijmen was een échte jurist. Dat klinkt niet zo bijzonder, maar dat is het wel. Juridisch onderzoek was voor Thijmen geen vrijblijvende aangelegenheid. Hij voelde zich verantwoordelijk voor de coherentie en integriteit van het aansprakelijkheidsrecht als geheel. Thijmen werd aangetrokken door grote, fundamentele vragen. Hij wist abstracte leerstukken met elkaar in verband te brengen en helder uit te leggen. Tegelijkertijd verloor Thijmen de concrete toepassing niet uit het oog. Hij kon op systematische en inzichtelijke wijze theorie omzetten in begrijpelijke, rechtvaardige oplossingen voor specifieke kwesties. 'Er is weinig zo praktisch als goede theorie', was één van zijn gevleugelde uitspraken.

Voor Thijmen was fundamenteel juridisch onderzoek geen zware last, maar eerder een blije roeping of zelfs iets dat hij niet kon laten. Als collega's of studenten bij hem aanklopten met een juridisch dilemma, dan zag je zijn ogen oplichten. In discussies was Thijmen opgewekt, creatief, lichtvoetig, haast speels; maar ook bevlogen, vasthoudend en kritisch. Hij daagde zijn gesprekspartner uit, en scherpte ondertussen zijn eigen gedachten aan. Hij had een sterke mening en vaak ging hij er met gestrekt been in, maar hij stond open voor nuanceringen en andere invalshoeken. Hij dacht groots en tegelijkertijd nauwkeurig, en inspireerde anderen dat ook te doen.

Thijmen was een bijzondere jurist, maar zo mogelijk nog bijzonderder als persoon. Het is niet makkelijk om in woorden uit te drukken wat hem zo uniek maakte, want Thijmen was enorm veelzijdig. Hij was integer, fijngevoelig, gebalanceerd, oprecht. Naasten spreken in dit verband van een 'zuivere geest'. In de omgang met anderen wordt Thijmen omschreven als warm, enthousiast, zorgzaam, humorvol, dus als een echte gangmaker. Heel kenmerkend was ook zijn gepassioneerde nieuwsgierigheid. Als je met Thijmen sprak, kon je rekenen op zijn volledige aandacht en oprechte meelevendheid. Bij Thijmen voelde je je gehoord en begrepen. Of misschien beter: je voelde je thuis. Thijmens overlijden heeft velen ontheemd. De mooie en warme herinneringen zullen blijven.

Jasper Nuninga
Tim Bleeker

# Inhoudsopgave


VOORWOORD V

**1 INLEIDING** 1

1.1 Remedies in het privaatrecht 1
1.2 De gevolgen van verminderde aandacht 3
1.2.1 Praktische problemen 3
1.2.2 De problematiek nader geduid 5
1.2.3 Toespitsing vraagstelling 7
1.3 Recht, plicht, remedie 8
1.3.1 De oplossingsrichting: de relativiteit van het delictuele remedierecht 8
1.3.2 Nadere afbakening 9
1.3.3 Opzet van het onderzoek 11

**2 DE BELOFTE VAN DE NORM** 13

2.1 Inleiding 13
2.2 Recht, plicht, remedie 14
2.2.1 Rechten en plichten 14
2.2.2 Remedies 16
2.2.2.1 De remedie in het Nederlandse recht 16
2.2.2.2 De remedie als juridisch instrument van de gerechtigde 18
2.3 De remedie als instrument tot het bereiken van een extern doel 19
2.3.1 De remedie als instrument ter voorkoming en vergoeding van schade 19
2.3.2 De remedie als instrument tot handhaving van beleid 22
2.4 De remedie als instrument ter verwezenlijking van een intern doel 25
2.4.1 De remedie als middel tot ‘handhaving’ van rechten en plichten 26
2.4.2 De schadevergoeding als monetair equivalent van het geschonden recht 27
2.4.3 Het belang van de normatieve reden 30
2.5 Een normcentrisch en relationeel remedierecht 32
2.5.1 Normatieve redenen, relativiteit en het remedierecht 32
2.5.2 De remedie als instrument ter verwezenlijking van de belofte van de norm 33
2.6 Conclusie 36

| | | |
|---|---|---|
| **3** | **HET BEVEL TOT NAKOMING VAN DE NORM** | 39 |
| 3.1 | Inleiding | 39 |
| 3.2 | Het recht op een bevel | 40 |
| 3.2.1 | Een recht op nakoming | 40 |
| 3.2.2 | Grenzen aan het recht op nakoming | 41 |
| 3.2.2.1 | De weigering in het publiek belang | 41 |
| 3.2.2.2 | De weigering in kort geding | 42 |
| 3.2.2.3 | De weigering wegens misbruik van recht | 43 |
| 3.2.3 | Proportionaliteit en de strekking van de norm | 45 |
| 3.2.3.1 | Proportionaliteit in het delictuele remedierecht | 45 |
| 3.2.3.2 | De rol van de norm bij een belangenafweging | 46 |
| 3.3 | De inhoud van het rechterlijk bevel | 48 |
| 3.3.1 | De ontwikkeling van de overeenstemmingseis | 48 |
| 3.3.1.1 | Van compensatie naar voorkoming | 48 |
| 3.3.1.2 | Handhaven: alleen met door de wetgever gecreëerde dwangmiddelen | 49 |
| 3.3.2 | Nuanceringen van de Hoge Raad | 51 |
| 3.3.2.1 | Een in algemene termen opgesteld bevel | 51 |
| 3.3.2.2 | Een schakel in een onrechtmatige keten | 52 |
| 3.3.2.3 | Kort geding | 53 |
| 3.3.2.4 | Nevenvorderingen | 55 |
| 3.4 | Het bevel als relatieve remedie in theorie en praktijk | 57 |
| 3.4.1 | De relativiteit van het bevel | 57 |
| 3.4.1.1 | Relativiteit bij het rechterlijk bevel | 57 |
| 3.4.1.2 | De aanspraak en overeenstemmingseis als uitvloeisel van relativiteit bij bevel en verbod | 59 |
| 3.4.2 | Het praktisch belang van aanspraak en overeenstemmingseis | 60 |
| 3.4.2.1 | Zakelijke acties | 60 |
| 3.4.2.2 | Gebiedsverboden | 61 |
| 3.4.2.3 | Publicatieverbod | 63 |
| 3.5 | Conclusie | 64 |
| **4** | **DE SCHADEVERGOEDING IN NATURA ALS PASSENDE VERGOEDING** | 65 |
| 4.1 | Inleiding | 65 |
| 4.2 | Een discretionaire remedie | 66 |
| 4.2.1 | Aanspraak en discretie | 66 |
| 4.2.2 | De Nederlandse schadevergoeding in natura | 67 |
| 4.3 | Wanneer schadevergoeding in natura passend is | 68 |
| 4.3.1 | Het verlies van een unieke zaak of een beperkt recht: een klasse apart? | 69 |
| 4.3.2 | Wat maakt een zaak eigenlijk uniek? | 70 |
| 4.3.2.1 | De unieke zaak met enkel vermogensbelang | 70 |
| 4.3.2.2 | ‘Soortzaken’ waarvan de waarde toch niet in geld uit te drukken is | 71 |
| 4.3.3 | De bescherming van immateriële belangen | 72 |
| 4.3.3.1 | Complexiteit van begroting is geen reden voor vergoeding in natura | 72 |
| 4.3.3.2 | Belangen die niet op geld te waarderen zijn | 73 |
| 4.4 | Wat een passende schadevergoeding in natura is | 75 |
| 4.4.1 | De schadevergoeding in natura is gericht op vergoeding | 75 |
| 4.4.1.1 | Niet meer en niet minder | 76 |
| 4.4.1.2 | De grens tussen vergoeden en straffen | 77 |
| 4.4.2 | Nakoming bij wijze van schadevergoeding? | 78 |

| | | |
|---|---|---|
| 4.4.2.1 | De mogelijkheid van samenloop | 78 |
| 4.4.2.2 | De onwenselijkheid van vrije keuze | 79 |
| 4.5 | Conclusie | 81 |
| **5** | **DE NORM EN HET CAUSAAL VERBAND BIJ SCHADEVERGOEDING** | 83 |
| 5.1 | Inleiding | 83 |
| 5.2 | Normatieve overwegingen en het condicio sine qua non-verband | 84 |
| 5.2.1 | De rol van de norm bij vaststelling van het csqn-verband | 84 |
| 5.2.1.1 | De wegdenkoefening van het csqn-verband | 84 |
| 5.2.1.2 | Wat moet worden weggedacht? | 85 |
| 5.2.1.3 | Wat moet daarvoor in de plaats worden gedacht? | 87 |
| 5.2.2 | De billijkheid en het csqn-verband | 93 |
| 5.2.2.1 | Versoepeling van stelplicht en bewijslast | 94 |
| 5.2.2.2 | De omkeringsregel | 95 |
| 5.2.3 | Een reeks aan normatieve overwegingen | 96 |
| 5.3 | De norm en de normatieve causaliteitsleerstukken | 97 |
| 5.3.1 | Het relativiteitsvereiste | 97 |
| 5.3.1.1 | De relativiteit als centraal mechanisme voor normvoortzetting | 97 |
| 5.3.1.2 | Relativiteit en rechtszekerheid | 99 |
| 5.3.2 | Redelijke toerekening | 101 |
| 5.4 | Een normatieve causaliteitstoets | 105 |
| 5.4.1 | Een normcentrisch schadevergoedingsrecht | 105 |
| 5.4.2 | Inpassing in het Nederlandse recht | 107 |
| 5.5 | Conclusie | 109 |
| **6** | **HET RECHT OP EEN KANS EN DE MOGELIJKHEID VAN EEN PROPORTIONELE VERGOEDING** | 111 |
| 6.1 | Inleiding | 111 |
| 6.2 | Het verschil tussen de twee leerstukken in theorie | 112 |
| 6.2.1 | Het verschil in achtergrond | 112 |
| 6.2.1.1 | Het leerstuk van verlies van een kans | 112 |
| 6.2.1.2 | De proportionele aansprakelijkheid | 114 |
| 6.2.2 | Het verschil uitgediept | 116 |
| 6.2.2.1 | Waar het verschil niet in zit: de begrotingsfase tegenover de vestigingsfase | 116 |
| 6.2.2.2 | Waar het verschil wel in zit: kansen en onbekendheden, kansen op en kansen dat | 118 |
| 6.3 | De praktische consequenties van het theoretische verschil | 120 |
| 6.3.1 | Een verschil in toepassingsbereik | 120 |
| 6.3.1.1 | Het leerstuk van verlies van een kans | 120 |
| 6.3.1.2 | Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid | 127 |
| 6.3.2 | Een verschil in begrotingstechniek | 129 |
| 6.4 | Het belang van het onderscheid | 133 |
| 6.5 | Conclusie | 136 |
| **7** | **DE WINSTAFDRACHT** | 137 |
| 7.1 | Inleiding | 137 |
| 7.2 | Onrechtmatig behaalde winst en ongerechtvaardigde verrijking | 138 |
| 7.3 | Winst, schade, gedrag en exclusiviteit | 139 |
| 7.3.1 | Winst en schade | 139 |

| | | |
|---|---|---|
| 7.3.2 | Winstafdracht als preventiemaatregel | 141 |
| 7.3.3 | Winstafdracht bij inbreuk op exclusieve rechten | 143 |
| 7.3.3.1 | Een wijdverbreide gedachte … | 143 |
| 7.3.3.2 | … die nergens een volledige verklaring kan geven | 145 |
| 7.4 | Het onderling betere recht op winst | 145 |
| 7.4.1 | Een combinatie van inzichten | 145 |
| 7.4.2 | Het onderling betere recht in de praktijk | 149 |
| 7.4.2.1 | Zaken waar winstafdracht mogelijk is en dat moet blijven | 149 |
| 7.4.2.2 | Zaken waar winstafdracht mogelijk is, maar dat niet zou moeten zijn | 151 |
| 7.4.2.3 | Zaken waar winstafdracht twijfelachtig is, maar onder voorwaarden mogelijk zou moeten zijn | 151 |
| 7.4.3 | De causaliteitstoets | 153 |
| 7.4.3.1 | Nut en noodzaak van een causaliteitstoets | 153 |
| 7.4.3.2 | Problemen bij toerekening | 154 |
| 7.5 | Conclusie | 155 |
| **8** | **DE STRUCTUUR VAN HET REMEDIERECHT** | 157 |
| 8.1 | Inleiding | 157 |
| 8.2 | Eén norm, één remedie | 159 |
| 8.3 | Cumulatie van remedies | 161 |
| 8.3.1 | Het bevel en de andere remedies | 162 |
| 8.3.2 | De schadevergoeding en de winstafdracht | 163 |
| 8.3.3 | De schadevergoeding in geld en de schadevergoeding in natura | 165 |
| 8.4 | De norm en de keuze tussen tegenstrijdige remedies | 165 |
| 8.5 | Conclusie | 167 |
| **9** | **REMEDIES ZONDER NORMSCHENDING** | 169 |
| 9.1 | Inleiding | 169 |
| 9.2 | Zakelijke acties en het belang van de norm | 170 |
| 9.2.1 | Rechten en plichten | 170 |
| 9.2.2 | De primaire plicht het recht van een ander te respecteren | 171 |
| 9.2.3 | Schadevergoeding wegens een blote rechtsinbreuk? | 173 |
| 9.3 | Schadevergoeding zonder voorafgaande normschending | 174 |
| 9.3.1 | De risicoaansprakelijkheden | 174 |
| 9.3.2 | Schadevergoeding wegens rechtmatige daad | 174 |
| 9.3.3 | Een primaire plicht tot schadevergoeding? | 176 |
| 9.4 | Het belang van normstelling | 177 |
| 9.4.1 | Tussen risico- en schuldaansprakelijkheid | 177 |
| 9.4.2 | Twee radicale consequenties | 178 |
| 9.4.2.1 | Moet alle aansprakelijkheid stoelen op normschendingen? | 178 |
| 9.4.2.2 | Is alle aansprakelijkheid gestoeld op risicoverdeling? | 180 |
| 9.4.3 | Het belang van normstelling | 181 |
| 9.4.3.1 | Het nut van een primaire plicht tot schadevergoeding | 182 |
| 9.4.3.2 | De raadgevende rol van de norm | 184 |
| 9.5 | Conclusie | 185 |
| **10** | **CONCLUSIE** | 187 |
| 10.1 | De verwezenlijking van een aanspraak | 187 |
| 10.1.1 | Het probleem van de disjunctieve benadering | 187 |
| 10.1.2 | De herwaardering van het verband tussen recht en remedie | 188 |
| 10.2 | De selectie van de juiste remedie | 190 |

| | | |
|---|---|---|
| 10.2.1 | De aan de norm verbonden remedie | 190 |
| 10.2.2 | De keuze tussen meerdere beschikbare remedies | 191 |
| 10.2.3 | Het belang van normstelling en -uitleg | 193 |
| 10.3 | De vormgeving van de gekozen remedie | 194 |
| 10.3.1 | De directe invloed van de norm | 194 |
| 10.3.2 | De indirecte invloed van de norm | 195 |
| 10.4 | De zekerheid van een normcentrisch remedierecht | 197 |

Summary 199

Literatuur 213

Rechtspraak 235

Curriculum vitae 247

Publicaties 249

# 1 Inleiding

## 1.1 Remedies in het privaatrecht

De privaatrechtelijke remedie is een instrument dat iemand kan inzetten in reactie op dreigend of reeds voorgevallen onrecht.[1] Sommige remedies kunnen door de gerechtigde zelf en zonder tussenkomst van een rechter worden ingezet, zoals de buitengerechtelijke vernietiging,[2] de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst[3] of de eigenmachtige verwijdering van overhangende takken of ondergroeiende wortels.[4] Andere remedies eisen rechterlijke tussenkomst. Vaak gaat het dan om een veroordeling van de gedaagde om bepaald gedrag te verrichten, zoals bij het bevel en de schadevergoeding in natura,[5] of om een bepaald bedrag af te dragen, zoals bij de schadevergoeding in geld en de winstafdracht.[6] In andere gevallen speelt de rechter zelf een rol, door zijn vonnis in de plaats van een rechtshandeling te laten treden[7] of simpelweg uit te spreken wat rechtens is.[8] In uitzonderlijke gevallen kan de rechter de eiser machtigen zelf zijn recht te halen.[9] Zonder vooruit te lopen op de precieze definitie en duiding van de aard van 'de remedie' – ik kom daar in hoofdstuk 2 op terug – is in ieder geval duidelijk dat deze diffuse verzameling aan juridische instrumenten in belangrijke mate bepaalt wat partijen in rechte voor elkaar kunnen krijgen.

Ondanks het praktische belang van de remedie, is de aandacht voor het remedierecht als rechtsgebied beperkt.[10] Anders dan in het Romeinsrechtelijke actiënstelsel en in de vroege *common law* staat de remedie in ons huidige juridisch

---

1 In de Nederlandse literatuur wordt ook wel van 'sancties' (Van Nispen 2018) en 'rechtsvorderingen' (Deurvorst, in: *Groene Serie Onrechtmatige Daad,* § II.1.1; Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/151) gesproken. In deze dissertatie zal steeds gebruik gemaakt worden van de in zwang geraakte term 'remedie' (zie Van der Helm 2019, p. 2; Castermans & Krans 2019, p. 89; Schelhaas 2017, p. 28, 84; Keirse 2012, p. 77; Van Boom 2006, p. 7). Nadere theoretische onderbouwing van die term volgt in Hoofdstuk 2.

2 Art. 3:49 BW.

3 Art. 6:265 jo. 267 BW.

4 Art. 5:44 BW.

5 Artt. 3:296 (bevel) en 6:103 (schadevergoeding in natura) BW.

6 Artt. 6:74, 6:162 en 6:172 e.v. jo. 6:95 e.v. (schadevergoeding) en 6:104 (winstafdracht) BW.

7 Artt. 3:300 en 3:301 BW.

8 Art. 3:302 BW.

9 Art. 3:299 BW.

10 Er zijn wel studies naar de verschillende remedies an sich – zoals de proefschriften over de schadevergoeding (Bloembergen 1965), het rechterlijk bevel (Van Nispen 1978) en de verklaring voor recht (Groeneveld-Tijssens 2015) – maar de aandacht voor het gebied als geheel is beperkt tot een monografie over sancties (Van Nispen 2018).

denkkader niet centraal. Waar in die systemen de vraag vooral was of de feiten aanleiding gaven tot een actie van A jegens B, is bij ons de voorvraag of B inbreuk heeft gemaakt op een recht van A of een jegens A verschuldigde plicht heeft geschonden.[11] Waar in die systemen 'recht' en 'remedie' elkaars praktische gelijke waren,[12] staan die twee in de moderne benadering steeds vaker los van elkaar.[13]

Die loskoppeling begon met de verschuiving van de aandacht van de actie naar het subjectieve recht.[14] Soms gaat dat vooral om een verschil in benadering. Zowel in het BW van 1838 als in dat van 1992 worden vorderingen als de revindicatie en de vordering tot schadevergoeding weergegeven als onderdeel van een materieelrechtelijk recht (de eigenaar heeft het recht zijn zaak terug te vorderen) of als materieelrechtelijke plicht (degene door wiens schuld schade is ontstaan, is verplicht deze te vergoeden).[15] In die benadering staan vordering en recht nog steeds nauw met elkaar in verband. Wel komen recht en rechtsvordering los van elkaar te staan.[16] Die verandering van denken is niet te onderschatten. Waar men in een actieënstelsel uitsluitend dacht aan wat men bij de rechter kan verwezenlijken, wordt in de moderne benadering meer aandacht besteed aan wat men in meer algemene zin aan elkaar verschuldigd is en van elkaar mag verwachten. En met die verschuiving van aandacht ontstaat ruimte na te denken over het instellen van verschillende vorderingen op grond van dezelfde grondslag.[17] Waarom, immers, zou een rechtsschending zich altijd moeten oplossen in schadevergoeding?

In de loop van de 20e eeuw werd het met de ontwikkeling van remedies als het rechterlijk bevel, de schadevergoeding in natura en de winstafdracht mogelijk om op verschillende manieren op te komen tegen dreigende en reeds gepleegde rechtsschendingen.[18] Deze remedies werden niet direct verbonden aan een specifieke normschending en werden vaak gepresenteerd als 'sanctie.' Hoewel som-

11 Windscheid 1856, p. 3; Endemann 1925, p. 81; Maitland 1929, p. 296; Van Nispen 2018, p. 1; Smith 2019, p. 43.

12 Metzger 1997, p. 208-209. In de Instituten van Justinianus lezen we: *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* (zie Inst. 4, 6 pr.), vrij vertaald: een actie is niets anders dan het recht in rechte op te eisen wat hem toekomt. Daarbij moet worden bedacht dat de Romeinse jurist het *ius persequendi iudicio* (het recht in rechte op te eisen) niet ziet als het abstracte, subjectieve recht, waarmee wij nu bekend zijn, maar uitsluitend als de juridische mogelijkheid de gedaagde te laten veroordelen of bepaald gedrag door de rechter goed te laten keuren. Zie daarover Bezemer 2015, p. 432.

13 Daarbij moet worden opgemerkt dat ook in die oude systemen op enig moment wel de idee ontstond dat de procedurele aanspraak slechts een verwezenlijking van een reeds daarbuiten bestaande aanspraak was (zie Bezemer 2015, p. 424; Metzger 1997, p. 215-216; Smith 2019, p. 42), maar vanwege de opzet van die systemen was het zo dat wie sprak over een 'recht' daarmee logischerwijs ook sprak over de procedurele verwezenlijking daarvan.

14 Waar dat punt precies ligt, is niet geheel duidelijk. Schrage constateert reeds in de Middeleeuwen een verschuiving in redeneertrant (Schrage 1977, p. 30) al concludeert hij uiteindelijk dat de Middeleeuwse jurist toch de Digesten bleef interpreteren en bleef denken in termen van *actiones* (Schrage 1977, p. 70). Bezemer meent dat De Revigny in de dertiende eeuw naast de *actio* een *ius* zag, zie Bezemer 2015, p. 432.

15 Zie resp. de artt. 629 en 1401 BW (oud) en 5:2 en 6:162 BW. Deze benadering strookt die van Von Savigny, die de *actio* als materieelrechtelijke aanspraak in het moderne recht plaatste, zie daarover Kaser, Knütel & Lohsse 2021, p. 49.

16 Het huidige BW omschrijft het eigendomsrecht in art. 5:1 BW en de daaraan verbonden rechtsvordering in art. 5:2 BW. Zie daarover Van Es 2005, p. 189. Zie evenwel ook Meijers, die art. 5:2 BW nadrukkelijk als een species van het algemene art. 3:296 BW presenteert, zie TM, *Parl. Gesch. Boek 5, p.* 71.

17 Schrage stelt terecht de vraag of het uitmaakt dat het denken in acties heeft plaatsgemaakt voor het denken in subjectieve rechten (Schrage 1977, p. 70). Het feit dat in de 20e eeuw verschillende remedies voor onrechtmatige daden tot wasdom zijn gekomen, suggereert van wel.

18 HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M.M (*Kieft/Otjes*); HR 18 maart 1932, ECLI:NL:HR:1932:176, *NJ* 1932, p. 1329, m.nt. P. Scholten (*Van Dijk/Knippen*); en de invoering van art. 6:104 BW, VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6,* p. 1266. Bij die laatste verdient opmerking dat art. 634 BW (oud) de eigenaar wel het recht gaf de zakelijke vruchten op te eisen van een bezitter te kwader trouw, maar die remedie was ook weer geformuleerd als materieel recht en – belangrijker – beperkt tot bepaald geval.

mige vorderingen in het BW van 1992 nog altijd worden gepresenteerd als een directe plicht tot handelen, zodat deze remedies nog veel weghebben van de oude acties,[19] heeft een aantal aansprakelijkheidsrechtelijke remedies een eigen plek gekregen, nadrukkelijk náást de materieelrechtelijke grondslag.[20] Resultaat van deze ontwikkeling is dat in het aansprakelijkheidsrecht een knip is ontstaan tussen de *vaststelling* van een onregelmatigheid en de procedurele *reactie* daarop. Eerst wordt in een materieelrechtelijke analyse nagegaan of sprake is van een wanprestatie of onrechtmatige daad (hierna: normschending), pas daarna wordt bekeken of en in hoeverre de 'remedie' ook voor toewijzing in aanmerking komt. De normschending zou gezien kunnen worden als niet meer dan een voorwaarde voor het openen van het arsenaal aan remedies: een sluis die men doormoet om vervolgens vrijelijk naar oplossingen te kunnen zoeken. Een reden om te bepalen welke remedie in welke vorm moet worden toegewezen lijkt de normschending echter niet te geven.[21]

Gevolg van deze 'losgekoppelde' of 'disjunctieve' benadering is dat *vooraf* lang niet altijd duidelijk is welke remedie in een bepaald geval en in welke omvang passend is. En, als dan een bepaalde remedie wordt gekozen, is *achteraf* niet altijd goed uit te leggen waarom juist deze remedie moest worden opgelegd. Ik licht die problemen en de daarbij horende vraagstelling toe (§ 1.2), waarna ik uiteenzet hoe ik die vraag in de rest van deze dissertatie denk te beantwoorden (§ 1.3).

## 1.2 De gevolgen van verminderde aandacht

### *1.2.1 Praktische problemen*

Stel dat een huurder in strijd met zijn huurovereenkomst de woning onderverhuurt én dat zijn onderhuurders schade aan de woning toebrengen.[22] Sinds het arrest van de Hoge Raad in *Ymere* is duidelijk dat de eigenaar via artikel 6:104 BW bij wijze van schadevergoeding aanspraak kan maken op de door de huurder gemaakte winst.[23] De vraag is dan natuurlijk of hij daarnaast ook aanspraak kan maken op vergoeding van de aan de woning aangebrachte schade. Op basis van de tekst van artikel 6:104 BW zou gedacht kunnen worden van niet: de 'winstaf-

19 Zie nog altijd de formulering van bijvoorbeeld de artt. 5:2 (revindicatie), 6:162 (schadevergoeding wegens onrechtmatige daad), 3:121 (de vordering tot afgifte van vruchten door de bezitter te kwader trouw) en 5:44 (het recht op eigenrichting met betrekking tot overhangende takken en ondergroeiende wortels) BW.

20 Het bevel (art. 3:296 BW), de schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW) en de winstafdracht (art. 6:104 BW) zijn daar het duidelijkste voorbeeld van. De schadevergoeding vindt haar basis nog altijd in materieelrechtelijke artikelen zoals de artt. 6:74, 6:162 en 6:171 e.v. BW, maar zij is dan wel weer nadrukkelijk uitgewerkt in een eigen Afdeling 6.1.10 BW.

21 Zelfs als over de keuze voor een bepaalde remedie geen discussie bestaat, is deze knip waar te nemen. Het beste voorbeeld daarvan is het onderscheid tussen de vaststellingsfase en de omvangsfase bij de beoordeling van een vordering tot schadevergoeding. Zie voor de uitleg van die knip bijv. Asser/Sieburgh *6-II* 2021/50.

22 Zoals bijv. Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1172. Deze uitspraak is verder weinig interessant omdat de aanmaningen van de eigenaar-verhuurder dusdanig waren opgesteld dat de huurder daarin de vrijheid mocht lezen de woning te verlaten zonder schade te vergoeden.

23 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.7.

dracht' ís immers de schadevergoeding.[24] Een vergelijking met de 'echte' winstafdracht uit het intellectuele eigendomsrecht suggereert juist van wel: cumulatie van winstafdracht en vergoeding van schade die niet bestaat uit misgelopen winsten is daar juist wel mogelijk.[25] Een eenduidig antwoord is er niet. De verwarring wordt vervolgens nog groter als de eigenaar daarnaast ook nog een ontruimingsbevel zou willen vorderen. Sluit toewijzing van het bevel winstafdracht of schadevergoeding uit? En maakt het dan nog uit of we die vordering inkleden als schadevergoeding in natura of als een rechterlijk bevel? Ook hier is niet meteen duidelijk wat de correcte oplossing is.

Dit soort vragen doet zich niet alleen voor als de eiser vorderingen wenst te cumuleren. Ook als de eiser slechts één remedie vordert is lang niet altijd duidelijk op *welke* remedie hij dan recht heeft. Neem een geval van een hinderlijke aanbouw. Als de aanbouw van mijn buren de lichtinval in mijn woning ernstig beperkt, kunnen zij dan worden veroordeeld de aanbouw af te breken of moet ik genoegen nemen met schadevergoeding? En als mijn buren in die aanbouw een winstgevend bedrijf hebben geëxploiteerd, kan ik dan aanspraak maken op een schadebegroting op grond van artikel 6:104 BW of is die route bij voorbaat afgesneden? Of neem een geval van oneerlijke concurrentie. Kan de oneerlijke concurrent worden veroordeeld tot het afdragen van zijn gemaakte winsten of is zijn eerlijke concurrent aangewezen op schadevergoeding in geld? Kan de laatste de eerste misschien laten veroordelen zijn bedrijf op te doeken? Of, minder vergaand, kan het de oneerlijke concurrent worden verboden te opereren in een bepaalde geografische markt? Het antwoord op al deze vragen is niet steeds klip en klaar en dat maakt het moeilijk voor partijen om vooraf hun kansen in te schatten. Dat kan de kansen op een succesvolle schikking verkleinen en dat vergroot de druk op het rechterlijk apparaat.

Noodzakelijkerwijs worden deze vragen in de praktijk op enig moment beantwoord. De rechter kan partijen niet naar huis sturen met de boodschap dat hij het ook niet weet. Dat betekent dat soms veroordelingen worden uitgesproken die moeilijk zijn te verklaren. De verliezende partij zal daar echter moeite mee hebben. Waarom moet ik de aanbouw afbreken? Kan ik niet gewoon betalen? Waarom moet ik eigenlijk mijn met onderhuur behaalde winsten afdragen? Wat heeft die eigenaar daarmee te maken: hij heeft er toch geen last van gehad? Waarom kan ik mijn concurrent die steeds opnieuw de regels schendt niet gewoon laten veroordelen de tent te sluiten: zou het voor iedereen niet beter zijn als hij zijn bedrijfsvoering staakt? Het antwoord op deze vragen is binnen een disjunctieve benadering van het remedierecht lang niet altijd te geven. Dat is problematisch, want behalve een voorspelbare uitkomst is het systeem partijen ook een verklaring verschuldigd van waarom deze veroordeling nu juist bij deze bevindingen past. Zulke verklaringen zouden enerzijds kunnen helpen bij de acceptatie van die veroordeling, maar vormen anderzijds vooral de basis van een volwassen

24 Art. 6:104 BW bepaalt: "Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan." (Onderstreping WThN).

25 Cumulatie van winstafdracht en vergoeding van gederfde winsten is uitgesloten, maar cumulatie van winstafdracht met vergoeding van andere schade niet, zie HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, *NJ* 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade (*Danestyle/HBS*), r.o. 3.3.5.

rechtssysteem: een veroordeling moet worden gerechtvaardigd door middel van een goede redenering.

Dit probleem is niet zuiver een kwestie van beter uitleggen; soms is het verband met het materiële recht dermate losgelaten dat de uitkomst objectief moeilijk te rechtvaardigen is. Een eerste voorbeeld is het in hoofdstuk 3 te behandelen geval van een detectivebureau dat wordt verboden zich in het algemeen negatief uit te laten over de eiser omdat het een advertentie had geplaatst waaruit de indruk kon ontstaan dat de eiser zich schuldig had gemaakt aan strafbare feiten.[26] Zo'n algemeen verbod is een stevige inbreuk op de vrijheid van meningsuiting én de vrije beroepsuitoefening van het detectivebureau. Nu kan het best zo zijn dat die advertentie onrechtmatig was, maar rechtvaardigt dat een algemeen verbod? Dat lijkt wat ver te gaan. Sterker nog: er is een scenario denkbaar waarin het juist heel wenselijk is als het detectivebureau zijn bevindingen kan delen met het publiek, bijvoorbeeld als de eiser is betrokken bij frauduleuze activiteiten. Als er zo'n algemeen verbod ligt, zou het detectivebureau daar waarschijnlijk echter liever vanaf zien.

Een tweede voorbeeld is het in hoofdstuk 5 te behandelen geval van beroepsaansprakelijkheid.[27] Het ging daar om een zeer capabele arts die de zeldzame fout had begaan te laat een controle uit te voeren. Als hij tijdig had gecontroleerd had *hij* zijn patiënt waarschijnlijk eerder behandeld dan hij in werkelijkheid had gedaan, zodat de patiënt in die zin slechter af was dan ze had kúnnen zijn. Het probleem was echter dat de 'redelijk handelend en redelijk bekwaam arts' de patiënt waarschijnlijk helemaal niet eerder zou hebben behandeld. Vergeleken met een behandeling door de maatmanarts was de patiënt dus helemaal niet slechter af. Het hof liet de veroordeling tot schadevergoeding desalniettemin in stand. De Hoge Raad eist echter dat bij de schadebegroting alleen moet worden gekeken naar wat *deze* arts waarschijnlijk had gedaan. Waarschijnlijk was in dit geval dat hij de patiënt bij een tijdige controle eerder geopereerd zou hebben en dat maakte dat de patiënt in werkelijkheid slechter af was dan in het hypothetische scenario zonder de fout. Die regel is duidelijk en maakt de uitkomst voorspelbaar, maar de arts zou legitiem de vraag kunnen stellen waarom hij aansprakelijk wordt gehouden, terwijl een minder capabele collega dat niet zou zijn geweest. Zijn controle was dan laat, de patiënt heeft wel de *behandeling* gekregen waar zij op had mogen rekenen, namelijk een behandeling op het moment waarop een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts die zou hebben uitgevoerd. Waarom zou de arts financieel verantwoordelijk zijn voor omstandigheden waar hij vooraf nooit verantwoordelijk voor was?

Deze problemen duiden allemaal op een gebrek aan rechtszekerheid, maar dan wel in verschillende vormen. Ik licht dat toe.

### *1.2.2 De problematiek nader geduid*

Het meest duidelijke probleem van de huidige stand van het remedierecht is dat de uitkomst van een procedure niet altijd te voorspellen is, omdat vooraf niet

26 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155, zie hierna § 3.4.2.3.
27 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), zie hierna § 5.2.1.3.

duidelijk is welke remedie bij welke normschending past. Dit is rechtsonzekerheid in de meest klassieke zin van het woord. De traditionele opvatting van rechtszekerheid is immers dat rechtszekerheid vooral draait om *duidelijkheid* voor de gebruikers van het systeem. Deze formele en weinig verstrekkende eis komt erop neer dat een systeem kenbaar en voorspelbaar moet zijn.[28] Een gebrek aan zekerheid over de uitkomst is onwenselijk, omdat die onzekerheid het voor partijen lastiger maakt om hun kansen vooraf in te schatten. Het feit dat het remedierecht deze vorm van onzekerheid vertoont, is op zichzelf echter niet noodzakelijkerwijs problematisch. In deze enge en formele opvatting staat de rechtszekerheid namelijk volledig los van de inhoud van de regel en kan grotere rechtszekerheid betekenen dat het systeem minder rechtvaardig wordt.[29] Het zou dus zo kunnen zijn dat er goede redenen zijn om rechtsonzekerheid in *enge* zin in stand te houden om zo meer rechtvaardige uitkomsten mogelijk te maken. Het is dan wel zaak dat partijen op een andere manier zekerheid krijgen.

Een iets ruimere – maar nog steeds formele – opvatting van de rechtszekerheid eist dan ook niet zozeer dat de *uitkomst* voorspelbaar is, maar dat het *gevolgde beoordelingspad* dat is.[30] Hier is vooral cruciaal dat duidelijk voor partijen is waar het debat over zal gaan en welke gezichtspunten tegen elkaar zullen worden afgewogen. Dit is nog steeds een formele opvatting van rechtszekerheid – ze draait immers nog steeds om voorspelbaarheid – maar is nadrukkelijk ruimer. Deze vorm van rechtszekerheid hoeft niet haaks te staan op de rechtvaardigheid, omdat ze toestaat dat via open normen maatwerk wordt geleverd. Tegelijkertijd blijft het systeem wel 'rechtszeker' omdat subjecten weten wat ze kunnen verwachten van de procedure. In theorie zou een gebrek aan formele rechtszekerheid in *enge* zin dus gecompenseerd kunnen worden door toegenomen rechtszekerheid in *ruime* zin. Toch is het daar in het remedierecht ook niet altijd even goed mee gesteld. Natuurlijk is vaak duidelijk dat een beroep wordt gedaan op open normen als 'goede trouw' en 'redelijkheid en billijkheid', maar die normen zijn dermate open dat niet altijd duidelijk is waar de rechter zijn waardeoordeel precies op zal baseren. Welke omstandigheden maken een bepaalde uitkomst redelijk? Welke factoren zullen bij de beoordeling daarvan worden betrokken? Ook op het gebeid van rechtszekerheid in ruime zin valt nog wel wat te winnen.[31]

Het derde geconstateerde probleem, namelijk dat de uiteindelijk gekozen remedie niet altijd goed kan worden gerechtvaardigd op basis van het materiële recht, raakt aan een andere fundamentele eis van een rechtsstelsel: de eis dat men ervan op aan kan dat materieelrechtelijke aanspraken ook kunnen worden verwezenlijkt. Deze eis heeft geen duidelijke noemer in het Nederlandse recht. We zouden die eis bijvoorbeeld kunnen duiden als de 'materiële pendant' van de rechtszekerheid. Stel dat een bedrijf meerdere sollicitatieprocedures per jaar uitvoert en na verloop van tijd duidelijk wordt dat de baan steeds naar een witte heteroseksuele cisman van midden veertig gaat. In dat geval kunnen we de procedure wel *voorspelbaar* noemen, maar niet zonder meer *rechtszeker*. De belofte

28 Houwing 1947, p. 4-5; Pels Rijcken 1978, p. 310-311; Drion 1981, p. 3; Witgens 1994, p. 1088; Bertea 2008, p. 29-30.
29 Suijling 1927, p. 39; De Grooth 1947, p. 3-4, 18; Houwing 1947, p. 14-15.
30 Zie in zekere zin Witgens 1994, p. 1088 en Pels Rijcken 1978, p. 310-311, maar nadrukkelijker in internationale literatuur Bertea 2008, p. 34 e.v.; Aarnio, Alexy & Peczenik 1981.
31 Zie met name de §§ 5.2.2, 5.3 en 6.3.1.2.

van een open procedure is immers dat alle kandidaten gelijk zullen worden behandeld, maar daar lijkt in dit geval geen sprake van te zijn. De kandidaten die niet binnen het plaatje passen, krijgen niet de eerlijke kans die een open procedure hen belooft en kunnen dus niet 'zeker zijn' van hun recht.

Ideaal is de term 'materiële rechtszekerheid' natuurlijk niet. In het verleden is de hier bedoelde eis ook wel gepresenteerd als 'zekerheid van recht' en als zodanig náást de rechtszekerheid geplaatst.[32] De term 'materiële rechtszekerheid' maakt het onderscheid tussen die twee niet bepaald duidelijk. Een andere manier om deze eis te duiden zou dan ook zijn door een verband te leggen met de eis van effectieve rechtsbescherming. Net zoals men toegang tot een rechter moet hebben, moet men er ook van op aan kunnen dat die rechter een uitspraak doet die het materiële recht verwezenlijkt. We zouden deze eis in plaats van de eis van 'materiële rechtszekerheid' dus ook wel de eis van 'materiële rechtsbescherming' kunnen noemen. Ook die term is echter suboptimaal, want de term van effectieve rechtsbescherming wordt juist al zoveel gebruikt in ander verband.[33] Er gaat om die reden een zekere normatieve lading van uit die het debat hierover zou kunnen vertroebelen. Om die reden heb ik het in het vervolg steeds over 'materiële rechtszekerheid,' in het volle besef dat dit niet de meest ideale term is. Hopelijk maakt deze korte discussie duidelijk wat ik ermee bedoel: de eis dat partijen er van op aan kunnen dat de rechter hun materieelrechtelijke aanspraken zal vertalen in zijn uitspraak.

Wat daar ook van zij en hoe we die eis ook noemen, belangrijke constatering is dat de manier waarop het remedierecht momenteel wordt toegepast niet altijd voorziet in 'materiële rechtszekerheid'. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de remedie de eiser minder biedt dan naleving van de norm hem zou hebben opgeleverd. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de gerechtigde een zaak is verloren of misgelopen die voor hem behalve een materieel belang, ook een immaterieel belang vertegenwoordigt, maar de eiser toch alleen de materiële waarde vergoed krijgt.[34] Dat gebrek doet zich evenwel *ook* voor als de gedaagde tot méér wordt veroordeeld dan waar hij op grond van het materiële recht toe verplicht is. Behalve de aanspraken die wij actief op anderen hebben, hebben wij immers ook de aanspraak dat wij daarbuiten vrij zijn ons te begeven zoals wij willen. Het is die aanspraak die wordt beperkt als de remedie de gedaagde in verhouding tot zijn wederpartij tot meer verplicht dan het materiële recht deed. Noch het een, noch het ander is wenselijk in het kader van 'materiële rechtszekerheid.'

### *1.2.3 Toespitsing vraagstelling*

Deze vormen van 'rechtsonzekerheid' doen zich niet in het *gehele* remedierecht voor. Tot nu toe heb ik steeds voorbeelden uit het delictuele aansprakelijkheidsrecht gebruikt. De reden daarvoor is dat de verhouding tussen verschillende *con-*

32 Zie voor deze nevenschikking en terminologie *Kamerstukken II* 1898/99, 78, nr. 3, p. 2 aangaande de mogelijkheid om een in kracht van gewijsde gegaan strafvonnis te kunnen herzien nadat er nieuwe bewijsstukken aan het licht zijn gekomen.

33 Hij roept bijvoorbeeld associaties op met een instrumentalistische benadering van het privaatrecht en de EU-rechtelijke eis van afschrikwekkendheid en effectiviteit. De EU-rechtelijke eis heb ik buiten dit onderzoek willen houden om helder te krijgen wat het privaatrecht in nationale context te bieden heeft (zie hierna § 1.3.2). De instrumentalistische benadering onderwerp ik aan nadere analyse in § 2.3.2.

34 Zie hierna § 4.3.

*tractuele* remedies vrij duidelijk is. Ten aanzien daarvan heeft de Hoge Raad in *Multivastgoed/Nethou* namelijk overwogen dat een contractuele crediteur niet geheel vrij is in de keuze tussen nakoming en schadevergoeding, maar bij het maken van die keuze is gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid en zich mede moet laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.[35] In de literatuur is deze regel vervolgens nader ingevuld. Stolp heeft betoogd dat deze regel met zich brengt dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bepalen welke remedie voor toewijzing in aanmerking komt,[36] terwijl Haas een lans heeft gebroken voor concretere handvatten zoals de Duitse regel dat nakoming in beginsel moet worden afgewezen als dat de debiteur meer dan 130% van de door de crediteur geleden schade zou kosten.[37]

Eenzelfde ontwikkeling bestaat in het delictuele remedierecht evenwel niet en het ligt niet voor de hand de benadering uit *Multivastgoed* één-op-één te transponeren. Ten eerste is de verhouding tussen de delictuele debiteur en crediteur er niet altijd een waarin zij gehouden zijn met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. Waar contractspartijen elkaar per definitie uitkiezen en zelf hun verhouding vormgeven, is dat in de delictuele context niet steeds het geval.[38] Vaak komen zij elkaar immers 'toevallig' tegen. Het past dan ook niet zonder meer, maar daar kom ik later op terug,[39] om de delictuele crediteur de plicht op te leggen zijn vordering in te stellen met het oog op de belangen van de wederpartij. Ten tweede is het maar de vraag hoeveel deze regel helpt de hiervoor geproblematiseerde gevallen te beslissen. Wanneer is het redelijk winstafdracht toe te wijzen? Wanneer is cumulatie van een bevel en schadevergoeding wel redelijk en wanneer niet? Als al deze beslissingen afhankelijk zijn van een door de rechter te verrichten belangenafweging, is er aan voorspelbaarheid weinig gewonnen. Of de beslissing er begrijpelijk van wordt, hangt dan in sterke mate af van hoe goed de rechter zijn belangenafweging onder woorden brengt. De vraag is, kortom, welke benadering de rechtszekerheid van het delictuele remedierecht in zowel formele als materiële zin wel zou vergroten.

## 1.3 Recht, plicht, remedie

### *1.3.1 De oplossingsrichting: de relativiteit van het delictuele remedierecht*

De hoofdvraag is niet beantwoord door een terugkeer naar het actiënstelsel te bepleiten. Dat systeem is weliswaar uitermate *voorspelbaar* – welke veroordeling zal volgen is immers met zoveel woorden bepaald in de *formula* of *writ* – maar daarmee is niet gezegd dat materieelrechtelijke aanspraken steeds worden verwezenlijkt. Het antwoord op die vraag is in dit onderzoek gezocht in het duidelijker in kaart brengen van het verband tussen de remedie en de achterliggende

35 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5.
36 Stolp 2007.
37 Haas 2009, p. 143-183.
38 Het is natuurlijk wel zo dat partijen die slechts nog aan het onderhandelen zijn over een overeenkomst, al in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste verhouding tot elkaar komen te staan, zie HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).
39 Zie § 3.2.2 & § 8.1.

materieelrechtelijke aanspraak. Momenteel wordt de beoordeling van een geschil vaak gesplitst in een materieelrechtelijke 'vaststellingsfase' (is er sprake van gepleegd of dreigend onrecht?) en een 'remediefase' (welke remedie past daarbij?).[40] Dat is op zichzelf geen probleem, maar het resultaat daarvan lijkt vaak te zijn dat men in die tweede fase het normatieve wiel opnieuw probeert uit te vinden. Door opnieuw de vraag te stellen wat eigenlijk redelijk zou zijn, gaat veel normatieve informatie verloren. De rechter is nu aangewezen op algemene concepten als redelijkheid en billijkheid en zal vaak zijn beslissing moeten stoelen op een belangenafweging in het concrete geval. Dat is zonde, want de aan de vordering ten grondslag gelegde gepleegde of dreigende normschending zegt evenwel veel over hoe de normatieve verhouding ligt. Wat was of is de gedaagde verplicht te doen? Waar had of heeft de eiser precies aanspraak op? Wat vertellen die plichten enerzijds en rechten anderzijds ons over de verantwoordelijkheidsverdeling? Juist door naar die normschending te kijken, kan duidelijk worden wat een passende geschilbeslechting zou zijn.

Die benadering vertoont verwantschappen met de rol de norm vervult bij de toepassing van het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. Zonder al te veel op de theoretische onderbouwing van deze benadering vooruit te willen lopen – die volgt in hoofdstuk 2 – kan nu alvast expliciet gemaakt worden de in deze dissertatie verdedigde benadering een veralgemenisering van deze relativiteits*gedachte* behelst. Dit leerstuk wordt door sommigen wel geduid als een instrument dat de rechter kan gebruiken om te vergaande aansprakelijkheid binnen de perken te houden,[41] maar er zit meer achter.[42] De gedachte is dat als het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW bestaat om te voorkomen dat een normschender aansprakelijk wordt gehouden voor schade waartegen de norm de gerechtigde niet beschermde, daarmee iets heel fundamenteels is gezegd over de rol van de remedie in het aansprakelijkheidsrecht. Kennelijk is de strekking van de norm een cruciale schakel in het bepalen van het recht op en de omvang van de schadevergoeding. Als dat zo is, zou dat dan niet voor iedere remedie moeten gelden? Zou de relativiteitsgedachte niet uitgebreid kunnen worden naar het remedierecht als geheel, zodat de selectie en vormgeving van een specifieke remedie steeds afhangen van de strekking van de norm?

### *1.3.2 Nadere afbakening*

Centraal in dit onderzoek staan de typische delictuele remedies waarbij de gedaagde door de rechter wordt veroordeeld iets te doen. Het richt zich met andere woorden op het rechterlijk bevel,[43] de schadevergoeding in natura,[44] de schadevergoeding in geld,[45] en de winstafdracht,[46] maar niet op de verklaring voor

40 Voor de schadevergoeding is deze splitsing algemeen aanvaard, zie Asser/Sieburgh *6-II* 2017/50.
41 Zie bijv. Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/129; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, par 1.1.4; Di Bella 2014, p. 126-134; J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576 (*Iraanse Vluchteling*), par. 7.
42 Zie hierover nader §§ 2.5, 3.4.1 & 5.3.1.
43 Hoofdstuk 3.
44 Hoofdstuk 4.
45 Hoofdstuk 5 & Hoofdstuk 6.
46 Hoofdstuk 7.

recht.[47] In lijn met het doel om duidelijkheid te verschaffen over het *delictuele* remedierecht zijn typisch contractuele remedies zoals de ontbinding, de vernietiging en de opschorting buiten de analyse gehouden.[48] Dat betekent evenwel niet dat ik bij de analyse een principieel of formeel onderscheid tussen contractuele en delictuele *grondslagen* maak. Sommige wanprestaties zijn immers *ook* onrechtmatige daden en andere wanprestaties – zoals die van de arts die niet de zorg van een goed hulpverlener betracht[49] – lijken dermate veel op onrechtmatige daden dat het de vraag is of het onderscheid ertoe doet. De eerste afbakening ligt dus veel meer in de selectie van de typische delictuele *remedies* dan in de selectie van bepaalde *grondslagen*.

Een tweede afbakening is gelegen in het nationale karakter van het onderzoek. Hoewel onze rechtsorde steeds internationaler wordt, het privaatrecht sterk wordt beïnvloed door EU-regelgeving en zelfs het remedierecht op punten door EU-instrumenten geregeld wordt,[50] is de nationale rechtsorde in dit onderzoek het uitgangspunt. De voornaamste redenen daarvoor zijn (i) dat er genoeg geschreven en ongeschreven normen zijn die geen Europese oorsprong hebben en (ii) dat zelfs als die normen van Europese oorsprong zijn, niet gezegd is dat zij via het *privaatrecht* gehandhaafd moeten worden. Meestal ontwikkelt de EU-wetgever een norm die vervolgens in het nationale recht van de lidstaten moet worden gehandhaafd. Dat moet dan gebeuren op voldoende effectieve wijze,[51] maar daarmee is nog niet gezegd dat die handhaving ook via het privaatrecht moet geschieden.

Om die reden heb ik de nationale beginselen op dit punt juist gescheiden willen houden van de EU-rechtelijke eisen van effectiviteit en afschrikwekkendheid. Als we willen weten of het Nederlandse privaatrecht een geschikt middel biedt om de door het EU-recht vereiste effectiviteit te bieden, moeten we weten wat het privaatrecht in zijn nationale context zou doen. Met die regels in het achterhoofd kunnen we vervolgens in een concreet geval beschouwen of het Nederlandse privaatrecht de vereiste effectieve bescherming biedt of niet. Bij een ontkennend antwoord kan dan duidelijker de vraag gesteld worden of het wenselijker is om het privaatrecht aan te passen of om te opteren voor publiekrechtelijke handhaving. Het is zaak niet bij aanvang al die EU-rechtelijke eis leidend te laten zijn bij een analyse van het *privaatrecht.* Dat zou namelijk veronderstellen dat de keuze voor het privaatrecht als beleidshandhavend systeem al gemaakt is, terwijl dat nu juist de vraag is. Ook nu wordt al geconcludeerd dat privaatrechtelijke handha-

47 Zie bijv. Suijling 1928, p. 10. Gillaerts & Keirse wijzen er terecht op dat de eiser wel degelijk belang kan hebben bij deze vordering. Dat pleidooi onderschrijf ik graag. Zie Gillaerts & Keirse 2020. In deze dissertatie beperk ik me desalniettemin tot de *veroordelende* vonnissen.

48 Natuurlijk is de vernietiging van eenzijdige rechtshandelingen mogelijk (zie daarover: Spierings 2016, § 2.3.6.) en kan ook de opschorting worden ingezet buiten het overeenkomstenrecht (zie bijv. de thans in art. 5:27 Awb gecodificeerde regel dat een bestuursorgaan in geval van bestuursdwang een privaatrechtelijk retentierecht toekomt: HR 11 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2343, *NJ* 1998/240, m.nt. M Scheltema (*Focke/gemeente Middelburg*)). Toch moge duidelijk zijn dat dit remedies zijn die vooral plaatsvinden in de overeenkomstenrechtelijke sfeer en met het typische 'onrechtmatige daadsrecht' weinig te maken hebben.

49 Art. 7:453 BW.

50 Zie bijv. art. 82 AVG en de gehele Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (*PbEU* 2004, L 157/45...).

51 Zie alleen al de artt. 10 WVEU en 47 Handvest EU.

ving lang niet altijd geschikt,[52] efficiënt[53] of wenselijk is.[54] Een onderzoek naar uitgangspunten van het nationale remedierecht zou zelfs kunnen bijdragen aan het debat over de noodzaak en wenselijkheid van aanpassing van het nationale privaatrecht ten behoeve van de handhaving van het EU-recht.

### *1.3.3 Opzet van het onderzoek*

Deze dissertatie is een nadere verkenning van de gedachte dat een benadering van het delictuele remedierecht vanuit de aan de vordering ten grondslag gelegde norm de rechtszekerheid in zowel formele als materiële zin zou kunnen vergroten. In hoofdstuk 2 voorzie ik die gedachte van nader theoretisch fundament en meer detail. Daarin staan de vragen naar wat de aard van 'de remedie' is en hoe zij zich verhoudt tot de rechten en plichten van partijen centraal.

De daar verdedigde, meer gedetailleerde uitwerking van die benadering van het remedierecht pas ik in de hoofdstukken 3 tot en met 7 vervolgens toe op de verschillende remedies. In ieder hoofdstuk richt ik me op een concreet vraagstuk dat voor de daar centraal gezette remedie speelt. Bij het bevel is de prangende vraag bijvoorbeeld welke omvang het bevel mag hebben. Bij de winstafdracht is de vraag veel eerder in welke gevallen winstafdracht überhaupt een geschikte remedie zou kunnen zijn. Het streven is dan ook niet om een sluitend overzicht te geven van alle denkbare remedierechtelijke kwesties, maar eerder om in kaart te brengen hoe een normcentrische en relationele benadering van het remedierecht past bij het geldende recht en hoe ze kan helpen heikele problemen in het remedierecht op te lossen. Van de meeste van deze hoofdstukken zijn eerdere versies gepubliceerd in artikelvorm.[55] Al deze hoofdstukken zijn gewijzigd, aangevuld en geactualiseerd.*

De aan deze hoofdstukken ten grondslag liggende onderzoeken zijn steeds volgens hetzelfde stramien opgebouwd. De remedie wordt daarin eerst theoretisch geduid aan de hand van de Nederlandse doctrine en een spiegeling van die doctrine aan de Duitse en de Engelse. Deze spiegeling is geen systematische rechtsvergelijking. Behalve dat de hoofdvraag geen rechtsvergelijking eist, is een goede invulling daarvan ook lastig. Juist omdat een systeem van het delictuele remedierecht ontbreekt is het lastig om een methodologisch verantwoorde rechtsvergelijking op te zetten. Bij een functionele benadering eist dat de formulering van een feitelijk probleem, waarvan de juridische oplossing in systeem A vergeleken kan worden met de juridische oplossing in systeem B.[56] Dat ligt hier niet voor de hand omdat de vraag naar de structuur van het remedierecht een juridisch-technische en geen functionele is. Alternatief zou zijn om een institutionele vergelijking te verrichten. Daarbij moeten min of meer vergelijkbare 'instituten' (zoals 'het huwelijk' of 'het contract') met elkaar worden vergeleken.[57] Dat ligt al dichter bij de strekking van dit onderzoek, maar het probleem is dat het

52 Van Boom 2002, p. 109; Hartlief 2008a, p. 774; Meurkens 2017, p. 260.
53 Visscher 2009, p. 70-71.
54 Weinrib 2012a, p. 22.
55 Nuninga 2018 (hoofdstuk 3); Nuninga 2019 (hoofdstuk 6); Nuninga 2020a (hoofdstuk 5); Nuninga 2020b (hoofdstuk 7).
* Dit proefschrift is geactualiseerd tot december 2021.
56 Van Reenen 1995; Zweigert & Kötz 1998, p. 34 et seq; Örücü 2006, p. 32.
57 Örücü 2007, p. 32; Oderkerk 2015, p. 589-623, p. 610.

delictuele *remedierecht* in verschillende jurisdicties vanwege een gebrek aan aandacht ondergedefinieerd is. Dat maakt selectie van voldoende vergelijkbare objecten lastig. In plaats daarvan is ervoor gekozen ten aanzien van de praktische problemen naar het buitenlandse recht te kijken ter inspiratie. Om de inspiratie enigszins consistent te houden wordt daarbij steeds gekeken naar het Duitse en het Engelse recht. Vervolgens worden de bevindingen getoetst aan de recente Nederlandse praktijk. Daarbij is voor ieder deelonderzoek een afgebakende hoeveelheid aan feitenrechtspraak verzameld. Afhankelijk van de beschikbare hoeveelheid materiaal gaat het om tussen de 3 en 10 jaar aan lagere rechtspraak die is verzameld op basis van één of meer zoektermen in de database van www.rechtspraak.nl.[58] De rechtspraak die daarmee is gevonden is geanalyseerd en samengevat. In deze dissertatie zijn geen samenvattingen opgenomen; alleen de bevindingen worden weergegeven.

Uit deze concrete toepassingen van de in hoofdstuk 2 verdedigde benadering wordt duidelijk hoe de invloed van de norm is terug te zien bij toepassing van de individuele remedies en hoe nadrukkelijkere aandacht voor die invloed de uitkomsten voorspelbaarder en begrijpelijker zou kunnen maken. De vraag die dan nog onbeantwoord is, is wat deze benadering doet voor het delictuele remedierecht als geheel. Hoe verhouden de verschillende remedies zich binnen deze benadering eigenlijk tot elkaar? Is samenloop tussen remedies binnen die benadering überhaupt mogelijk? Zo ja, kan die benadering helpen die problematiek op te lossen? In hoofdstuk 8 laat ik zien hoe het doorredeneren van deze benadering het aantal gevallen van samenloop beperkt én van dienst kan zijn bij de oplossing van eventuele resterende problemen. Tot slot kijk in hoofdstuk 9 voorbij het delictuele remedierecht en werk ik uit hoe deze benadering zich verhoudt tot de gevallen waar voor aansprakelijkheid niet vereist is dat een toerekenbare normschending is gepleegd of dreigt te worden gepleegd. Conclusies volgen in hoofdstuk 10.

58 Rechterlijk bevel: tijdspanne 2010-2017, zoekterm “3:296” (140 zaken); schadevergoeding in natura: tijdspanne 2010-2020, zoekterm “6:103” (96 zaken); schadevergoeding in geld: tijdspanne 2010-2020, zoektermen “hypothetische situatie” “schade” “onrechtmatig” (406 zaken); gedeeltelijke schadevergoeding: tijdspanne 2015-2018, zoekterm “kansschade” (68 zaken), “verlies van een kans” (59 zaken), “proportionele aansprakelijkheid” (106 zaken); winstafdracht: tijdspanne 2010-2018, zoekterm: “6:104” (107 zaken).

# 2 De belofte van de norm

## 2.1 Inleiding

Om tot een meer rechtszekere benadering van het remedierecht te komen is van belang helder voor ogen te krijgen wat de aard van de privaatrechtelijke remedie precies is en hoe de remedie zich verhoudt tot de materiële rechten en plichten waarop zij wordt gestoeld. Die vraag heeft een conceptuele kant (hoe verhouden de concepten van recht, plicht, en remedie zich tot elkaar?) en een operationele kant (wat is de wisselwerking tussen de remedie en de materieelrechtelijke rechten en plichten?). Dit hoofdstuk is gewijd aan het beantwoorden van die vragen en het verder uitwerken van de gedachte dat de relativiteitsgedachte het remedierecht kan structureren.

In § 2.2 zet ik uiteen dat de privaatrechtelijke verhouding steeds bestaat waar sprake is van een recht bij de één en een daarmee correlerende plicht bij de ander. Conceptueel gezien is de remedie dan het instrument dat de gerechtigde in staat stelt die aanspraak zoveel mogelijk te verwezenlijken. Om vervolgens de wisselwerking tussen norm en remedie in het Nederlandse delictuele aansprakelijkheidsrecht beter te begrijpen verken ik verschillende visies op het aansprakelijkheidsrecht en ga ik na welke rol de remedie daarin speelt. Daartoe bespreek ik in § 2.3 eerst twee benaderingen die gericht zijn op een 'extern' doel, namelijk het vergoeden en voorkomen van schade (de traditionele visie) en het bewerkstelligen van naleving van normen (de instrumentalistische visie). Vervolgens richt ik de blik naar binnen en verken ik in § 2.4 wat een meer interne benadering te bieden zou hebben. Conclusie van die analyses is dat de interne benadering een goede basis biedt voor de duiding van het remedierecht, maar dat het zaak is ervoor te waken dat de visie niet loszingt van de realiteit en wel blijft draaien om de kwesties waar de regels voor bedoeld zijn. In § 2.5 presenteer ik dan een 'normcentrische' benadering van het remedierecht, die inspiratie put uit zowel de interne als de externe benadering.

Kern van dit betoog is dat norm en remedie niet los van elkaar kunnen worden gezien, maar dat de materieelrechtelijke verhouding juist veel informatie bevat over welke remedie in welk geval beschikbaar is en welke vorm ze moet krijgen. De norm zegt namelijk vrij veel over wat partijen van elkaar mogen verwachten en hoe kosten en baten tussen hen verdeeld moeten worden. Daarmee oefent de norm invloed uit over welke remedie geselecteerd moet worden en hoe ze eruit moet zien. Die invloed heeft een 'harde' en een 'zachte' kant. In de eerste plaats

schrijft de norm voor hoe de verhouding tussen partijen eruit had moeten zien. De remedie is een instrument om dat scenario zoveel mogelijk te verwezenlijken. Niet alle remedies zijn daar altijd voor geschikt. De selectie van de juiste remedie en de vormgeving daarvan in een concreet geval zal dan ook vooral afhangen van het antwoord op de vraag welke remedie het beloofde scenario kan verwezenlijken. Dat is de 'harde' invloed van de norm. Meestal zullen daarmee voldoende bevredigende resultaten worden bereikt, maar het is denkbaar dat het aldus bereikte resultaat enigszins wringt, zoals waar onzekerheid steevast voor rekening voor het slachtoffer komt. In die gevallen kan er aanleiding bestaan op grond van de billijkheid tot een ander oordeel te komen. Anders dan wel gedacht wordt, is de rol van de norm daar echter niet uitgespeeld. In de tweede plaats kan de norm dan helpen inzichtelijk te maken welke factoren bij het billijkheidsoordeel in acht zullen moeten worden genomen. Dat is de 'zachte' invloed van de norm, die in het Nederlandse recht gevoeld wordt in leerstukken als de redelijke toerekening en de proportionele aansprakelijkheid.

## 2.2 Recht, plicht, remedie

Om de conceptuele vraag naar hoe de remedie zich verhoudt tot rechten en plichten te kunnen beantwoorden, is eerst noodzakelijk een werkdefinitie van die laatste twee begrippen te krijgen: wat zijn rechten en plichten eigenlijk? (§2.2.1) Met dat begrippenkader in de hand kan vervolgens een voorzichtig begin worden gemaakt met de conceptuele duiding van de remedie zelf (§ 2.2.2).

### *2.2.1 Rechten en plichten*

De term 'recht' wordt in het Nederlandse recht meestal gebruikt ter omschrijving van het subjectieve recht, zoals het recht van eigendom op een zaak.[1] In die betekenis is een recht een bundel van bevoegdheden (ik mag in beginsel doen met de zaak wat ik wil) en aanspraken op het vrij zijn van inmenging (ik behoef geen inmenging van anderen te dulden en kan een bevel ter voorkoming daarvan vorderen).[2] We spreken echter ook van een 'recht op nakoming'[3] of een 'recht op schadevergoeding'[4] Het woord 'recht' heeft daar een andere betekenis. Niet alleen is de eerste variant absoluut (i.e. geldend tegenover iedereen) terwijl de tweede relatief is (i.e. alleen geldend tegenover een bepaalde partij), maar met die eerste bedoelen we méér dan alleen een aanspraak.[5]

Hohfeld wees in 1913 op een vergelijkbare verwarring in de *common law* ten aanzien van het concept *right.* In zijn optiek is het nodig om dat begrip op te splitsen om zo de juridische discussie in betere banen te leiden. Hoewel de context van het 21e-eeuwse Nederlandse recht een andere is, zijn zijn bevindingen niet minder behulpzaam. Hohfeld omschrijft hoe het concept 'right' gebruikt kan

1 Zie art. 5:1 BW.
2 Zie bijv. Meijers 1958, p. 71-79, die het subjectieve recht vooral een ordenende functie toedicht, en Suijling 1927, p. 5860, die een onderscheid maakt tussen rechtsbetrekkingen en subjectieve rechten.
3 Zie bijvoorbeeld Haas 2009.
4 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh 2020, p. 75 e.v.
5 Zie ook: Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/4.

worden in de zin van een *claim right*, een *privilege*, een *power*, en een *immunity*. De eigenaar van een stuk land heeft het recht anderen te verbieden op zijn land te lopen (*claim right*), hij is zelf wel vrij dat te doen (*privilege*) en hij mag zijn recht op een ander overdragen om zo de juridische verhoudingen aan te passen (*power*), maar is dat aan niemand verplicht (*immunity*).[6] Al deze concepten kunnen worden vervangen door het woord recht: ik heb het *recht* vrij te zijn van eigendomsinbreuken, ik heb het *recht* op mijn land te doen wat ik wil, ik heb het *recht* mijn land over te dragen, en ik heb het *recht* zelf te beslissen of ik dat doe of niet.[7]

Maar Hohfeld's benadering is voor deze dissertatie vooral op een andere manier belangrijk. Hij wijst er namelijk op dat al deze concepten pas betekenis krijgen als zij worden geduid in relatie tot anderen. Al deze 'rechten' hebben een evenknie bij een of meer anderen.[8] Die correlatieven zijn respectievelijk een *duty,* een *no-right,* een *liability,* en een *disability.* Iedereen is verplicht niet zonder toestemming het land van een ander te betreden (*duty*), is ook niet vrij om dat te doen (*no-right*), moet dulden dat het land wordt overgedragen (*liability*) en kan de eigenaar niet dwingen dat te doen (*disability*).[9]

In deze dissertatie zal de term 'recht' voornamelijk gebruikt worden in de zin van *claim right* of 'aanspraak'. Binnen het delictuele aansprakelijkheidsrecht vervullen immers zowel de norm als de remedie doorgaans die functie. Neem het geval waarin B de auto van A vernielt. A's eigendomsrecht geldt weliswaar 'tegenover iedereen,' maar moet in deze civiele procedure evengoed worden geïndividualiseerd. Voor de vernieling was B onder een *duty* de auto van A niet te vernielen. Die *duty* gaf A een *claim right* op eerbiediging van zijn eigendom. Als A na de beschadiging vervolgens schadevergoeding vordert, verandert aan die structuur vrij weinig: hij heeft een *claim right* (aanspraak) op de vergoeding van zijn schade en de gedaagde is onder een correlerende *duty* (rechtsplicht) die schade te vergoeden. Waar in deze dissertatie wordt gesproken over een 'plicht' wordt ook steeds gedoeld op een 'relatieve' of 'relationele' plicht, waarvan nakoming verschuldigd is aan een of meer aanwijsbare anderen die een met die plicht correlerende aanspraak hebben. In overeenstemming met deze terminologie zal ik partijen die nog niet een procedure zijn verwikkeld aanduiden als 'gerechtigde' en 'verplichte.' Zijn ze dat wel, dan noem ik ze gewoon eiser en gedaagde.

6 Hohfeld 1913, p. 30-55. Vgl. ook Suijling 1927, p. 58-60 e.v., die een vergelijkbaar overzicht geeft, zij het conceptueel iets minder duidelijk. Zo rekent hij zowel de vorderingsrechten als de eigendom tot de subjectieve rechten. Dat is niet geheel onjuist, maar maakt m.i. onvoldoende duidelijk dat de mogelijkheid iets te kunnen vorderen verschilt van het privilege te doen wat men wil en de bevoegdheid deze positie aan anderen over te dragen.

7 Het verdient opmerking dat de eerste twee rechten primair zijn, in de zin dat ze op zichzelf kunnen bestaan, maar dat de laatste twee het bestaan van de eerste veronderstellen. Zie Hurd & Moore 2018, p. 301.

8 Het draait er daarbij niet alleen om dat men een bepaalde handeling verdient, maar ook dat men daar aanspraak op kan maken, zie Feinberg 1970, p. 249-250.

9 Hohfeld 1913, p. 30-55. Daar hoort nog de kanttekening bij dat ieder concept behalve een correlatief bij een ander ook een conceptueel spiegelbeeld heeft. Een '*no-right'* is het tegenovergestelde van een '*right'*, een *duty* van een *privilege,* een *disability* van een *power,* en een *liability* van een *immunity.* Voor de doeleinden van deze dissertatie is die conceptuele onderverdeling minder van belang.

### *2.2.2 Remedies*

#### 2.2.2.1 De remedie in het Nederlandse recht

De term 'remedie' is overgewaaid uit de *common law*[10] en wordt de laatste jaren in Nederland steeds vaker gebruikt,[11] maar wat een remedie precies is en of 'remedie' überhaupt wel de juist term is voor wat ermee bedoeld wordt, is omstreden.[12]

Remedies zijn er in alle soorten en maten. De bekendste aansprakelijkheidsrechtelijke remedies zijn de rechterlijke veroordeling tot nakoming ('het bevel') en de veroordeling tot vergoeding van schade ('de schadevergoeding'). Die twee remedies lijken op elkaar in de zin dat een gedaagde wordt veroordeeld iets te doen, maar vervullen een hele andere rol in het geschil. Het bevel tot nakoming richt zich noodzakelijkerwijs op nakoming van een rechtsplicht *in de toekomst*. Voorafgaande schending is niet vereist en schade, causaal verband en toerekenbaarheid van normschending zijn dat vanzelfsprekend ook niet.[13] De schadevergoeding richt zich daarentegen op het *verleden.* De vraag is steeds of er een toerekenbare normschending of andere gebeurtenis heeft plaatsgevonden waardoor schade is veroorzaakt.[14] Behalve dat verschil in perspectief, verschillen ze ook in die zin dat het bevel slechts een herhaling van een reeds bestaande plicht betreft,[15] terwijl de plicht tot vergoeding van schade ontstaat *doordat* een rechtsplicht is geschonden.

Wat ze wel gemeen hebben, is dat beide remedies resulteren in de veroordeling van de gedaagde om iets te doen. Hoewel in het vervolg van deze dissertatie alleen remedies die aan die eigenschap voldoen centraal zullen staan, is het belangrijk om te zien dat dát geen karaktertrek van 'de remedie' in het algemeen is. Ten eerste eisen niet alle remedies steeds een rechterlijke tussenkomst, zoals de ontbinding,[16] de vernietiging,[17] en de opschorting,[18] of de eigenrichting in het burenrecht.[19] Ten tweede resulteert niet iedere remedie erin dat de gedaagde iets zal moeten doen. De verklaring voor recht[20] en de mogelijkheid de uitspraak van de rechter in de plaats van een rechtshandeling te laten treden,[21] laten de gedaagde tot op grote hoogte ongemoeid.

Het vinden van een juiste term die deze diffuse verzameling aan instrumenten omschrijft is niet eenvoudig. In Nederland spreekt men traditioneel ook wel van

10 Bestudeerd in handboekvorm door: Lawson 1980; Zakrzewski 2006; Burrows 2019; Smith 2019.
11 Een willekeurige greep: Van der Helm 2019, p. 2; Castermans & Krans 2019, p. 89; Schelhaas 2017, p. 28, 84; Keirse 2012, p. 77; Van Boom 2006, p. 7.
12 Birks 2000; Smith 2019.
13 Zie de tekst van artikelart. 3:296 BW. Zie verder Van Nispen 2018, p. 25-28; Van der Helm 2019, p. 9-10.
14 Zie bijv. de tekst van de artt. 6:74, 6:162 en 6:174 e.v. BW.
15 Al is dat enigszins omstreden, zie hierna § 3.3.
16 Art. 6:265 BW.
17 Art. 3:49 BW.
18 Zie art. 6:52 BW. Strikt genomen geldt dit ook voor corresponderende rechtsplichten in het delictuele aansprakelijkheidsrecht, maar omwille van de duidelijkheid, vanwege het feit dat de opschorting in deze dissertatie verder geen rol van betekenis meer speelt, én vanwege de hiervoor vereiste wederkerigheid schaar ik haar hier onder de contractuele remedies.
19 Denk aan het verwijderen van overhangende takken of wortels, zie art. 5:44 BW.
20 Art. 3:302 BW.
21 Artt. 3:300 en 301 BW.

sancties,[22] rechtsvorderingen[23] en acties.[24] Geen van die termen is ideaal. De term 'sanctie' heeft een zekere normatieve lading: ze impliceert dat het een straf is voor onrecht. Het is lastig in te zien hoe een verklaring voor recht of een rechterlijk bevel onder die definitie kan worden gebracht. Hoewel de term 'rechtsvordering' dat probleem niet heeft, is die term weer problematisch omdat niet alle 'remedies' rechterlijke tussenkomst eisen.[25] Alternatief zou men nog kunnen denken aan de term 'actie', maar die term roept weer te veel associaties op met de Romeinsrechtelijke *actio* en de Engelse *action*. In die systemen vervulde de 'actie' de rol die het 'recht' nu bij ons vervult,[26] terwijl het uitgangspunt van een 'remedie' nu juist is dat ze wordt ingezet *in reactie op* een rechtsinbreuk.[27]

De term 'remedie' zelf is ook niet geheel zonder problemen. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden dat een 'remedie' altijd iets ongedaan moet maken, wat zou betekenen dat het bevel er niet onder kan vallen.[28] Daar kan de kanttekening bij worden geplaatst dat het buiten het juridisch taalgebruik niet ongebruikelijk is om te spreken van een 'preventieve remedie' (bijv. tegen een ziekte), maar ideaal is de term niet. Toch zie ik reden om in het vervolg aan deze term vast te houden. Ten eerste wordt er voldoende duidelijk mee gemaakt dat het een reactie op iets onrechtmatigs is dat elders wordt vastgesteld. Zelfs al is de centrale these van deze dissertatie dat de selectie en vormgeving van de remedie meer in overeenstemming moet worden gebracht met de materieelrechtelijke verhouding,[29] dan nog is het zaak te onderkennen dat de remedie in de moderne benadering wel een zelfstandige plek inneemt *naast* de materieelrechtelijke rechten en plichten. Ten tweede is de term 'remedie' wel voldoende neutraal om al deze instrumenten te kunnen omschrijven. Er wordt niet meer gesuggereerd dan dat het een reactie op iets onwenselijks is. Zolang we daarbij voor ogen houden dat dat onwenselijke in de toekomst of in het heden mag liggen, strookt dat ook met hoe 'de remedie' in het algemeen wordt ingezet.[30] Tot slot is de term de afgelopen jaren ook in het Nederlands juridisch taalgebruik ingeburgerd geraakt.[31] De term heeft dus het voordeel van enige bekendheid.

Deze voordelen hebben echter ook een nadeel: heel veel meer dan dat de remedie 'een reactie' op 'iets onwenselijks' is, vertelt deze terminologie ons namelijk niet. De aard van de remedie – die we moeten begrijpen om haar verhouding tot de materieelrechtelijke rechten en plichten van partijen te duiden – volgt daar niet zonder meer uit.

22 Van Nispen 2018; Van Nispen 1978; Lindenbergh 2007, p. 8.
23 Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige Daad,* § II.1.1; Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/151.
24 Bijv. in het kader van een vordering in het algemeen belang, zie Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/155.
25 Wat mij betreft kunnen definities als *court orders* (zie Zakrzewski 2006, p. 44-45) of *judicial rulings* (zie Smith 2019, p. 19) dan ook van de hand gewezen worden.
26 Windscheid 1856, p. 3; Endemann 1925, p. 81; Maitland 1929, p. 296; Van Nispen 2018, p. 1; Smith 2019, p. 43.
27 Zie hiervoor § 1.1.
28 Birks 2000, p. 9.
29 Zie hierna § 2.5.
30 Zie hierna § 2.2.2.2.
31 Zie bijv. Van Boom 2006; Stolp 2007; De Rey 2019a; Aronstein 2019.

#### 2.2.2.2 De remedie als juridisch instrument van de gerechtigde

Alle hiervoor besproken 'remedies' overziend valt op dat het steeds om een instrument gaat waar de ene partij (de 'gerechtigde') gebruik van *kan* maken om 'iets' voor elkaar te krijgen in zijn relatie tot een of meer andere benoemde partijen (de 'gedaagde', 'aangesprokene' of 'wederpartij'). Of het nu gaat om een remedie die bestaat uit een bij de rechter in te stellen vordering (zoals die tot schadevergoeding of winstafdracht) of om een buitengerechtelijke remedie (zoals de vernietiging); steeds is het een instrument dat de gerechtigde in staat stelt 'iets' voor elkaar te krijgen in zijn relatie tot zijn wederpartij. Dat 'iets' kan bestaan uit een zelfstandige wijziging van de rechtspositie (zoals bij de vernietiging), een uitspraak van de rechter (zoals bij de verklaring voor recht) of een veroordeling van de wederpartij door de rechter (zoals bij de schadevergoeding en het bevel).

De inzet van een 'remedie' zorgt er dus voor dat tussen gerechtigde en wederpartij iets verandert ten opzichte van de situatie voordat ze is ingezet. Voor de condemnatoire remedies, zoals de schadevergoeding en het rechterlijk bevel, is die wijziging vooral te zien aan de procedurele handhavingsbevoegdheden die de gerechtigde voor de veroordeling niet had.[32] Maar ook een niet met zijdelingse dwangmiddelen omklede veroordeling of een zuiver declaratoir vonnis heeft een zeker handhavend effect: van een veroordeling door een rechterlijk college gaat nu eenmaal een zekere normatieve kracht uit die vóór de veroordeling niet bestond.[33] De remedies die een gerechtigde eventueel zelf mag inzetten, zoals de opschorting en de vernietiging, vallen tenslotte eveneens binnen deze begripsomschrijving: door de inzet van de remedie verandert de juridische verhouding tussen eiser en gedaagde. Waar de gerechtigde eerst nog verplicht was na te komen, mag hij dat nu geheel of tijdelijk achterwege laten.

Een eerste kenmerk van deze begripsomschrijving is dat de remedie hiermee niet als een natuurlijk uitvloeisel van het rechtssysteem wordt neergezet,[34] maar duidelijk wordt omschreven als juridisch instrument dat de eiser in een ontwikkeld rechtssysteem ter beschikking gesteld wordt.[35] Wat die remedies dan precies zijn kan van rechtsstelsel tot rechtsstelsel en van moment tot moment verschillen. Een tweede kenmerk is dat duidelijk wordt dat de inzet van de remedie niet is

32 De tenuitvoerlegging van vonnissen wordt geregeld in het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en kan direct (bijv. middels executoriaal beslag, zie de artt. 439 e.v. en 502 e.v. Rv) en zijdelings (bijv. middels een lijfsdwang of dwangsom, zie de artt. 585 en 611a Rv).

33 Hart 2012, p. 40 e.v; Schauer 2019, p. 58, onder verwijzing naar o.a. Skitka 2010, p. 267-281; Tyler 2006, p. 46. Zie ook: Skitka e.a 2021, p. 347-366. Een veroordeling kan ook aanzet geven tot rechtsverwezenlijking door partijen zelf, zie Groeneveld-Tijssens 2015, p. 60.

34 Zoals bijvoorbeeld wel Polak 1949, p. 43, die de schadevergoeding een 'sequeel' van de verbiedbaarheid noemt die beide 'inhaerent' zouden zijn aan de civiel rechtsorde, en de kritiek daarop van Van Nispen 1978, p. 16.

35 Er wordt ook niet te veel achter iedere remedie gezocht. Ieder rechtsstelsel kent zijn eigen remedies en dat stelsel wordt meestal als een gesloten stelsel opgevat. Zie bijv. Van Nispen 2018, p. 9-10; Deurvorst in: *GS Onrechtmatige Daad* § II.1.2. Dat wordt in Amerikaanse literatuur wel geduid als een uitwerking van het sociaal contract: in een ontwikkelde maatschappij geven wij het recht op eigenrichting op in ruil voor door het systeem ter beschikking gestelde remedies. Zie bijvoorbeeld Goldberg 2005, p. 604; Goldberg & Zipursky 2014, p. 17-37. In zekere zin ook: Gold 2020. Zie ook: Suijling 1928, p. 20 e.v. Zij lijken overigens vooral oog te hebben voor het recht op *rechterlijke* tussenkomst dat partijen krijgen, maar mijns inziens is een zelf uit te oefenen recht ook binnen die gedachte te brengen: in ruil voor het opgeven van een (ongericht) recht op eigenrichting krijg ik het recht via een bepaalde route alsnog te bewerkstelligen waar ik recht op heb. Denk aan het vereiste dat een vernietigingshandeling aan de wederpartij moet worden gecommuniceerd, zie art. 3:49 BW.

gegeven: het is aan de gerechtigde of ze wordt ingezet of niet. Hoewel dat vrij axiomatisch is – het privaatrecht is vanuit het oogpunt van de gerechtigde nu eenmaal facultatief van aard – is dat wel een belangrijk inzicht: de remedie is een instrument dat de *gerechtigde* naar *eigen inzicht* in kan zetten.

Deze omschrijving van de remedie is nog vrij algemeen en neutraal; ze laat bijvoorbeeld nog in het midden of de privaatrechtelijke remedie ingezet mag worden om te bestraffen, genoegdoening te verschaffen, te corrigeren, of om al deze functies te vervullen. Voor een goed begrip van de rol van de remedie in het delictuele aansprakelijkheidsrecht is evenwel een nadere invulling nodig. Met welk doel mogen deze instrumenten worden ingezet? Mag de wederpartij bestraft worden? Mag een remedie worden ingezet om gedrag in de toekomst af te dwingen? Wanneer wel? Wanneer niet? Mag een remedie ingezet worden om derden tot bepaalde gedragingen te bewegen? Waarom wel? Waarom niet? Om die vragen te kunnen beantwoorden verken ik verschillende visies op het delictuele remedierecht en waar de remedie in die visie toe zou mogen dienen (§ 2.3 en § 2.4). Met de aanwijzingen die die verkenning oplevert schets ik daarna de benadering van het delictuele remedierecht die in de rest van deze dissertatie centraal zal staan (§ 2.5).

## 2.3 De remedie als instrument tot het bereiken van een extern doel

Het aansprakelijkheidsrecht wordt op verschillende manieren geduid. De twee visies die momenteel dominant zijn zoeken het doel van het aansprakelijkheidsrecht, en het remedierecht in het verlengde daarvan, buiten de juridische verhouding zelf. In de ene visie is het aansprakelijkheidsrecht vooral gericht op voorkoming en vergoeding van feitelijke schade.[36] Het remedierecht is daarmee een instrument dat alleen kan worden ingezet ten behoeve van dát doel. In de andere visie wordt het aansprakelijkheidsrecht vooral gezien als instrument ter verwezenlijking van beleidsdoelen.[37] De remedie wordt daarmee meer een instrument van de beleidsmaker dan van de gerechtigde. Hoewel beide visies nuttige inzichten bieden, geven ze mijns inziens geen van beide een overtuigende theoretische verklaring van het remedierecht als geheel.

### *2.3.1 De remedie als instrument ter voorkoming en vergoeding van schade*

De voorkoming en vergoeding van schade speelt onmiskenbaar een grote rol in ons delictuele aansprakelijkheidsrecht. De meeste ongeschreven normen zijn bijvoorbeeld gevaarzettingsnormen die ontstaan doordat bepaald gedrag een risico op schade in het leven roept.[38] De plicht het kelderluik te sluiten of af te zetten ontstaat *omdat* voorbijgangers erin zouden kunnen vallen. En als een voorbijgan-

36 Zie daarover: Nieskens-Isphording 1999, p. 137; Hartlief 2008a, p. 771; Keirse 2009, p. 100-104; Kortmann 2009, p. 23-24; Barendrecht, Kars & Moree 1995, p. 16. En zie de verzuchtingen van Van Boom 2006, p. 8, 12.

37 Zie bijv. Verheij 2002, p. 445 e.v.; Van Boom 2006; Hartlief 2008b, p. 237-239; Engelhard e.a. 2009; Zippro 2009.

38 Van Dam 2020, p. 201.

ger er bij het uitblijven van voorzorgsmaatregelen dan toch in valt, dan ontstaat voor degene die de plicht had het luik te sluiten of af te zetten vanzelfsprekend de plicht die schade te vergoeden.[39] In die zin is het dan ook niet gek als men zou denken dat alle aansprakelijkheidsrecht om schade en de voorkoming daarvan draait.[40] Toch is dat een te beperkt beeld.

Neem bijvoorbeeld het eigendomsrecht. Hoewel dat recht voor anderen zonder meer de plicht schept het object van eigendom geen schade toe te brengen, geeft het de eigenaar ook de mogelijkheid anderen gebruikmaking te ontzeggen. Als A dagelijks over het land van B loopt zonder enige schade toe te brengen, dan kan B hem dat desalniettemin door de rechter laten verbieden.[41] Hetzelfde geldt voor bepaalde wettelijke normen. Zolang de op A rustende norm strekt tot de bescherming van B, kan B de rechter A laten veroordelen tot nakoming daarvan.[42] En wie verder kijkt ziet dat het aansprakelijkheidsrecht ook niet altijd draait om vergoedbare schade, zoals wanneer het wordt ingezet om de afdracht van met verboden onderhuur behaalde winsten te bewerkstelligen.[43]

De nadruk die in deze visie op schade wordt gelegd leidt bovendien tot lastig verdedigbare resultaten. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is het oordeel van de Hoge Raad in het *Jeffrey*-arrest.[44] In deze procedure stond de vraag centraal of de ouders van de na zijn zwemtherapie verdronken Jeffrey voldoende belang hadden bij hun vordering tot een verklaring voor recht dat het ziekenhuis onvoldoende toezicht had uitgeoefend. Zij hadden behoefte aan die verklaring om verder te kunnen met de verwerking van het verlies van hun kind. Het hof achtte de aanwezigheid van concrete schade onaannemelijk en die bevinding klinkt door in het oordeel dat de ouders onvoldoende belang hadden bij hun verklaring voor recht. Zowel hof als Hoge Raad constateerde namelijk dat het belang bij *die* vordering zuiver emotioneel was, dat een zuiver emotioneel belang niet een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW is en de ouders dus niet-ontvankelijk waren in hun vordering.[45]

Die benadering is op verschillende manieren bekritiseerd[46] én verdedigd.[47] Nieskens-Ipshording verdedigt het arrest met de opmerking dat het vermogensrecht nu eenmaal alleen 'om de poen' draait.[48] Bloembergen wijst er in een noot onder het *Bigamie*-arrest van 5 november 1999 op dat die stelling toch wel erg kort door de bocht is; ook voor schending van 'emotionele' of 'ideële' belangen wordt immers schadevergoeding toegekend.[49] Dat is juist, maar we kunnen de kritiek nog fundamenteler maken: waarom zou materieel of immaterieel *nadeel* vereist zijn voor voldoende belang? Waarom, met andere woorden, zou de reme-

39 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).
40 Zie bijvoorbeld Barendrecht, Kars & Moree 1995, p. 16.
41 Tenzij dat in het geval neer zou komen op misbruik van recht, natuurlijk, zie HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*).
42 Concl. Plv. P-G F.F. Langemeijer & A.G. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), par. 2.8.
43 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).
44 HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VU*).
45 HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VU*), r.o. 3.5.
46 A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 5 november 1999l, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, *NJ* 2000/63 (*Bigamie*); Van Maanen 2000; Van Dam 2000, p. 74-75.
47 Nieskens-Isphording 1999, p. 137; Gras 2006, p. 38.
48 *Ibid.*
49 A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 5 november 1999l, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, *NJ* 2000/63 (*Bigamie*).

die alleen een uiting van correctieve rechtvaardigheid kunnen zijn? Er is juist een goede reden te denken dat dat niet zo is.

Stel nu dat de ouders voorafgaand aan de zwemles een gebrek aan toezicht constateren. Neem ook aan dat vooraf duidelijk is dat zij géén vermogensschade kunnen lijden en dat het overlijden van het kind niet zal gelden als een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106 BW of geestelijk letsel in de zin van artikel 6:107 BW oplevert. Zouden we dan werkelijk vol willen houden dat zij om die reden onvoldoende belang zouden hebben bij een vordering tot verkrijging van een *rechterlijk bevel* tot uitoefening van voldoende toezicht? Het lijkt ondenkbaar dat zulke acties niet-ontvankelijk zouden moeten worden verklaard wegens gebrek aan voldoende belang omdat zij slechts een zuiver emotioneel belang dienen. Toch is dat wel de logische implicatie van het arrest: ook bij het voorkomen van verdrinking is hun belang immers zuiver emotioneel en de toets aan de belang-maatstaf gaat aan de inhoudelijke beoordeling van de vordering vooraf.

Dit geval staat in schril contrast tot de gevallen waarin ondanks het ontbreken van aanwijsbare vermogensschade, de rechter toch probeert een vorm van 'schadevergoeding' toe te wijzen, zoals bijvoorbeeld in *Ymere*.[50] Een woningcorporatie sprak daar een onderverhurende huurder aan tot schadevergoeding. Het probleem was dat de schade bestaande uit het (a) moeten bijbouwen van nieuwe sociale huurwoningen en (b) het moeten optuigen van onderzoek naar illegale onderhuur niet volledig te wijten was aan de door de huurder georganiseerder onderhuur: die schade was het gevolg van een wijdverbreide onderhuurpraktijk. De Hoge Raad oordeelde dat de rechter in zo'n geval – i.e. waarin duidelijk is dat schade is geleden, maar niet duidelijk is hoe groot die dan is – gebruik mag maken van zijn in artikel 6:104 BW vervatte bevoegdheid om de schade te begroten op de winst van de gedaagde.[51]

Overtuigend is dat niet. De winst van de gedaagde en de schade van de eiser hebben hier niet zo veel met elkaar te maken. De gedachte dat de winst een goede maatstaf is om de schade te begroten gaat hier dus niet op. Bovendien, als moeilijkheid van begroting het probleem zou zijn, waar is dan de grens van het toepassingsbereik? Stel dat een werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk is voor de arbeidsongeschiktheid van een van zijn werknemers. Kan de werknemer dan met succes afdracht van de met de besparingen behaalde winsten vorderen? Op basis van de regel uit *Ymere* is er eigenlijk geen reden dat niet te doen. De omvang van die schade is immers notoir lastig te begroten – wat zou bijvoorbeeld het carrièrepad van de werknemer zijn geweest in afwezigheid van het ongeval? –en de werkgever zal best winst kunnen hebben gemaakt met het uitsparen van veiligheidsmaatregelen, zodat aan de 'vereisten' van de Hoge Raad voldaan is. Toch zullen de meesten toepassing van artikel 6:104 BW hier vreemd vinden.[52] De reden daarvoor lijkt me erin gelegen dat juist artikel 6:104 BW duidelijk maakt dat het aansprakelijkheidsrecht soms ook *niet* om schade draait.

---

50 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.7, waar hij overweegt dat artikel 6:104 BW (begroting schade eiser op winst gedaagde) "(…) zich immers juist voor toepassing [leent] in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is (…)."

51 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.7.

52 Zie hierover nader hoofdstuk 7.

Kortom: de gedachte dat het aansprakelijkheidsrecht alleen om de vergoeding en voorkoming van schade draait is op het eerste gezicht wel begrijpelijk – veel normen gaan immers over schadevoorkoming en -vergoeding – maar het aansprakelijkheidsrecht heeft meer te bieden. Sommige normen strekken tot bescherming tegen schade die niet voor vergoeding in aanmerking zou komen[53] en sommige normen hebben weinig met schadevoorkoming te maken.[54] Een werkbare benadering van het delictuele remedierecht zal dus ook ruimte moeten bieden aan deze niet (zuiver) op schadevoorkoming en -vergoeding gerichte normen.

### *2.3.2 De remedie als instrument tot handhaving van beleid*

Een alternatieve visie op het aansprakelijkheidsrecht is dan ook dat het niet alleen draait om schadevoorkoming en vergoeding, maar ook om het behalen van andere doelen. Onder invloed van de Europese[55] en nationale[56] wetgever is het privaatrecht steeds vaker ingezet om bepaalde beleidsdoelen te bereiken en sinds de eeuwwisseling is de aandacht in de literatuur voor het inzetten van het privaatrecht als beleidshandhavend instrument gestegen.[57] Deze benadering maakt het mogelijk een genuanceerder beeld van het remedierecht neer te zetten, maar heeft ook haar eigen tekortkomingen.

Een groot voordeel dat de handhavingsgedachte heeft ten opzichte van de zuiver op schadevergoeding gerichte visie is de erkenning van de pluriformiteit van normen in het privaatrecht. Een visie waarin het remedierecht zuiver dient tot het vergoeden van schade gaat eraan voorbij dat lang niet alle gedragsnormen zien op het voorkomen van schade bij anderen. Denk bijvoorbeeld aan regels die discriminatie tegengaan, die het milieu beschermen, of het recht van de kunstenaar tegen verminking van zijn werk op te komen. Die regels *kunnen* we natuurlijk wel interpreteren als regels die schade beogen te voorkomen, maar daarmee zouden we voorbijgaan aan de aard van deze regels. Discriminatieverboden gaan niet alleen over het garanderen van gelijk loon voor gelijk werk, maar ook over het beschermen van de menselijke waardigheid. Milieuregels zijn er natuurlijk om de leefomgeving gezond en veilig te houden, maar daarin ligt in ieder geval ten dele ook respect voor die leefomgeving *an sich* besloten. En het persoonlijkheidsrecht van de auteur is er niet alleen om schade aan het kunstwerk te voorkomen, het is er vooral om diens auteurschap te respecteren: zelfs als het verminkte

53 Bijv. als gevolg van de beperkingen van het stelsel van artt. 6:95 en 6:105 BW.
54 Zoals een onderhuurverbod, zie hierna § 7.3.1 & 7.4.2.1.
55 Zie bijv. Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken; Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten; Verordening 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming; Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie.
56 Zie bijv. de Hoofdstukken 8 en 9 van de Wet van 20 november 2006, houdende regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (Wet handhaving consumentenbescherming). Toegegeven zij dat de Nederlandse wetgever zelf niet zo expliciet is als de Unie-wetgever in het stellen van handhavende doelen.
57 Zie bijvoorbeeld Verheij 2002, p. 445 e.v.; Van Boom 2006; Hartlief 2008b, p. 237-239; Engelhard e.a. 2009; Zippro 2009.

werk zijn aanzien zou doen toenemen, dan nog zou hij tegen verminking kunnen optreden.

De gedachte dat het privaatrecht zoveel mogelijk de handhaving van al die regels in al hun verscheidenheid moet nastreven komt aan die pluriformiteit tegemoet. In deze visie draait het er niet om dat het remedierecht er is om één hoger doel te bereiken (nl. het voorkomen en vergoeden van individuele schade), maar om één van de met *deze* regel beoogde doelen te bereiken. Zij komt erop neer dat het remedierecht niet meer is dan een instrument ter handhaving van het objectieve recht. Zoals Van Boom schrijft: "*What is considered right should be encouraged and what is wrong should be discouraged*."[58] In die benadering zouden we de remedie niet zozeer moeten zien als een instrument om schade te voorkomen of te vergoeden, maar als een instrument om naleving van regels te bewerkstelligen.

Deze visie is vooral bedoeld als kritiek op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht: in huidige vorm voldoet het aansprakelijkheidsrecht in de instrumentalistische visie namelijk niet. De remedies die het privaatrecht rijk is zijn namelijk lang niet altijd even effectief in het bewerkstelligen van de gewenste naleving. Schadevergoeding alleen biedt vaak onvoldoende prikkel om van normschending af te zien, zodat berekenende actoren gewoon zullen doorgaan met het schenden van gedragsnormen die 'bestraft' worden met schadevergoeding. Stel dat A bewust een gebrekkig product op de markt brengt als gevolg waarvan gebruikers zowel zaakschade als letselschade kunnen lijden. A heeft cynischerwijs berekend dat de eventueel te betalen vergoedingen aan slachtoffers nooit boven zijn winsten zullen uitstijgen.[59] Het privaatrecht biedt A geen enkele prikkel zijn gedrag aan te passen. Wie handhaving via het privaatrecht wil bewerkstelligen zal tot de conclusie moeten komen dat in dit soort gevallen *punitive damages,*[60] winstafdracht,[61] of verhoogde schadevergoedingen beschikbaar zouden moeten zijn.[62]

Het probleem met die benadering is dat ze het moeilijk maakt om de remedie te presenteren als rechtvaardige beslechting van het *geschil tussen partijen*; de keuze voor en vormgeving van een remedie is binnen deze visie immers per definitie niet afhankelijk van het tussen hen gerezen geschil, maar van de mate waarin ze kan bijdragen aan een hoger doel. Natuurlijk kan het zo zijn dat een bepaalde gedragsnorm wordt ingevoerd omdat daarvan een positief maatschappelijk effect wordt verwacht;[63] de gedachte dat een bank een verhoogde zorgplicht heeft dient niet alleen de klanten van de bank, maar ook het systeem als geheel. Het probleem is echter dat instrumentalisten aan de erkenning van dat maatschappelijke doel de conclusie verbinden dat het geschil tussen partijen ondergeschikt moet worden gemaakt aan dat doel, bijvoorbeeld door invoering van verdergaande remedies. Als het privaatrecht er inderdaad is om het objectieve recht te handhaven, dan lijkt dat inderdaad nodig. Maar dat het privaatrecht er met die reden is,

58 Van Boom 2006, p. 9.
59 Voorbeeld ontleend aan *Grimshaw v. Ford Motor Company* (119 Cal.App. 3d 757).
60 Hartlief 2008b, p. 239; Visscher 2009*, p.* 74; Meurkens 2017.
61 Van Boom 2002, p. 109.
62 Visscher 2009, p. 74; Zippro 2009, p. 778-779.
63 Zie daarover bijv. De Jong & Van der Linden 2017, p. 4-16; De Jong 2019, p. 133-141.

is een stevige aanname. Sterker nog; er is reden te denken dat die rol juist niet bij het privaatrecht past.

Ten eerste valt te betwijfelen of deze benadering bij de opzet van het privaatrecht past. Zo is de privaatrechtelijke procedure facultatief: in uitgangspunt ben ik de enige die over mijn aanspraken kan procederen en ik *hoef* het niet te doen. Hoewel van het privaatrecht zonder meer een ordenende functie uitgaat, is het niet zo dat waar ik volgens het privaatrecht recht op heb ook zal geschieden. Daar zal ik iets voor moeten doen. Dat betekent dat we er niet zonder meer op kunnen vertrouwen dat aanspraken via het privaatrecht gehandhaafd zullen worden, zodat de 'handhaving' langs deze weg geen gegeven is. Het is bovendien niet zo, dat het privaatrecht altijd door iedereen ingezet kan worden. Alleen degene die door de norm beschermd werd kan er een beroep op doen.[64] Het is dus niet alleen zo dat we moeten hopen dat private partijen zelf gaan handhaven, we moeten er ook op hopen dat de *juiste* private partijen zelf gaan handhaven.

Ten tweede valt te betwijfelen of deze benadering past bij de uitgangspunten van het privaatrecht. Het probleem dat het privaatrecht qua opzet nog weinig stimulerend werkt voor handhaving zouden we door uitbreiding van de prikkels voor potentiële eisers en versterking van het remediearsenaal nog wel kunnen aanpakken.[65] Het blijft echter de vraag of we dat op normatieve gronden ook moeten willen. Het privaatrechtelijke geschil is een geschil tussen een of meer benoemde partijen. De vraag is steeds wat tussen hen rechtens is. Versterking van het remediearsenaal om prikkels voor gerechtigden en afschrikwekkendheid voor normadressaten te vergroten verhoudt zich slecht tot die structuur. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

Neem de uit het hiervoor gegeven voorbeeld producent A die bewust een gebrekkig product op de markt brengt omdat hij niet verwacht dat de eventueel te betalen schadevergoedingen zijn winsten zullen overstijgen. Vanuit rechtshandhavend oogpunt ligt het toewijzen van *punitive damages* hier voor de hand. De schadevergoeding alleen zou een rationele normschender immers niet afschrikken. Stel nu dat één van de slachtoffers, B, een vordering wenst in te stellen, maar dat B's schade in omvang beperkt is en bovendien alleen bestaat uit zaakschade. Heeft B nog steeds recht op *punitive damages?* De handhavingsgedachte suggereert van wel, maar waarom? Wat heeft B te maken met het leed van anderen? En wat als een derde partij, C, een jaar later procedeert? Krijgt C dan ook *punitive damages* toegewezen? Of heeft C nu een vordering op B? Zelfs als een aantal slachtoffers zich verenigd heeft in een collectieve actie: waarom zouden specifiek deze slachtoffers recht hebben op *punitive damages?*

Dit argument moet niet verkeerd worden begrepen. De slachtoffers hebben zonder meer recht op een remedie. Als zij behalve vermogensschade vooral emotionele schade hebben geleden, dan is er alle reden om vergoeding daarvan toe te wijzen.[66] Maar het enkele feit dat A vanuit een soort algemeen rechtsgevoel straf zou verdienen,[67] geeft een toevallig slachtoffer niet ineens recht op het innen van die boete. Dat verhoudt zich niet met de gedachte dat een rechter in een civiel-

64 Dat volgt bijv. uit het woord 'jegens' in de artt. 3:296 en 6:162 BW.
65 Zoals bijvoorbeeld betoogd door Meurkens 2017; Hartlief 2008; Van Boom 2006.
66 *Punitive damages* worden op deze manier verdedigd door Goldberg. Zie Goldberg 2005, p. 604.
67 Zie ook Weinrib 2012b, p. 96; Beever 2003.

rechtelijk geschil een vonnis wijst tussen partijen, dat partijen bindt en – naar ik mag hopen – tussen hen recht doet.

Deze verhouding komt ook tot uitdrukking in de relativiteitsvereisten van de artikelen 6:162, 6:163 en 3:296 BW. Deze artikelen maken duidelijk dat iedere aanspraak steeds bestaat *jegens* een ander. Vooraf betekent dit dat waar B verplicht is zich op een bepaalde manier tegenover A te gedragen en die plicht dreigt niet na te leven, A de nakoming daarvan kan afdwingen op grond van artikel 3:296 BW.[68] Heeft B de plicht reeds geschonden en heeft A daardoor schade geleden, dan geeft artikel 6:162 lid 1 BW haar het recht vergoeding daarvan te vorderen. B is dan vanzelfsprekend verplicht die vergoeding te voldoen. In de basis is de verhouding tussen A en B de enige die ertoe doet: de vraag is, met andere woorden, wat tussen deze partijen rechtens is. Vandaar ook dat de tandarts die ziet dat zijn concurrent niet de vereiste diploma's heeft alleen dan vergoeding van zijn omzetschade kan vorderen als de rechter bereid is conform de correctie-Langemeijer een afzonderlijke zorgvuldigheidsnorm jegens concurrenten te formuleren.[69] Zij hebben alleen een vordering als hun concurrent hen iets verschuldigd was.

Kortom: als we het remedierecht proberen te structureren aan de hand van de idee van handhaving van beleid, verdwijnt de privaatrechtelijke relatie tussen A en B naar de achtergrond. Door een 'hoger' doel te introduceren wordt misschien recht gedaan aan de maatschappelijke doelen die de wetgever bij het formuleren van de regel wellicht had, maar niet aan de aard van het civielrechtelijke geschil dat de rechter moet beslechten. Uitgangspunt is nog steeds dat de rechter een geschil tussen de partijen die voor hem staan beslecht. De meer algemene relativiteitsgedachte is daar een uiting van. In uitgangspunt moet het dan ook de verhouding tussen die partijen zijn die hem leidt bij de beslechting van een geschil.

## 2.4 De remedie als instrument ter verwezenlijking van een intern doel

De benadering waarin het aansprakelijkheidsrecht en de daarbij horende remedies strekken tot voorkoming van schade of ter handhaving van beleid zoeken het doel van het aansprakelijkheidsrecht buiten de verhouding tussen de bij het geschil betrokken partijen. Zij strekken tot verwezenlijking van een 'extern' doel. Daartegenover kunnen theorieën worden geplaatst die het doel van het aansprakelijkheidsrecht meer zien gelegen in het handhaven van rechten en plichten over en weer. In dit meer 'interne' perspectief worden de verklaring en rechtvaardiging voor de remedie gezocht in de rechten en plicht van partijen.

Deze meer interne benadering geeft een begin van een goede verklaring voor het remedierecht, maar moet nog wel nader worden geconcretiseerd (§ 2.4.1). Dat heeft met name in het buitenland geleid tot de moeilijk verdedigbare theorie dat het geschonden recht 'voortleeft' in de schadevergoeding. Gevaar daarvan is dat de schadevergoeding niets meer wordt dan het monetair equivalent van het

68 Zie de dwingende formulering van art. 3:296 BW en HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1.

69 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*).

geschonden recht, waarmee de schadevergoeding eerder het karakter van afkoopsom of boete krijgt, dan van vergoedingsmaatregel (§ 2.4.2). Een beloftevollere uitwerking is die waarin de normatieve redenen die ten grondslag liggen aan de tussen partijen geldende norm gebruikt worden om het remedierecht vorm te geven (§2.4.3). Ook daar leeft het geschonden recht voort in de remedie, maar door de focus te verleggen naar de redenen voor naleving, ontstaat ruimte een minder eenzijdig beeld van het remedierecht te schetsen. Wat dat beeld zou zijn en hoe het in het Nederlandse recht past, schets ik in §2.5.

### *2.4.1 De remedie als middel tot 'handhaving' van rechten en plichten*

Een visie op het aansprakelijkheidsrecht die zich van zowel de traditionele op schade gerichte visie als van de instrumentalistische visie onderscheidt, is die van 'rechtshandhaving' of 'rechtsvoortzetting'. De gedachte hier is dat het aansprakelijkheidsrecht ertoe dient zoveel mogelijk te bewerkstelligen dat rechtens beschermde belangen en rechten worden gehandhaafd.[70] De term 'rechtshandhaving' suggereert enige verwantschap met de instrumentalistische visie, maar over het algemeen is het tegendeel het geval. Meestal wordt er namelijk mee bedoeld dat de schadevergoeding vooral een middel is om het geschonden recht te herstellen. Hoewel er dus wel van 'rechtshandhaving' wordt gesproken, lijken deze auteurs de schadevergoeding vooral te zien als een manier om de rechten van de ene partij *tegenover* een of meer benoemde anderen geldend te maken. Anders dan de instrumentalisten stellen zij dus wel het geschil tussen eiser en gedaagde centraal.

De duidelijkste voorvechter van de idee dat de schadevergoeding strekt tot handhaving van rechtens erkende rechten en belangen is Van Dam. Hij schrijft dat het aansprakelijkheidsrecht bestaat om vast te stellen (i) welke rechten en belangen voor bescherming in aanmerking komen, (ii) in hoeverre die rechten en belangen dan moeten worden beschermd, en (iii) hoe ze in ere moeten worden hersteld.[71] Daarmee neemt hij een intern perspectief in, waarbij het systeem vooral innerlijke coherentie nastreeft: het aansprakelijkheidsrecht bestaat om de door het aansprakelijkheidsrecht beschermde belangen en rechten intact te houden.[72] Recentelijk heeft Hebly zich hierbij aangesloten. Hij schrijft dat het doel van het aansprakelijkheidsrecht moet worden 'gezocht in de vaststelling van de omvang van rechten en belangen en, in het verlengde daarvan, in het voorzien in sancties in geval van (dreigende) rechtsschendingen'[73] en dat '[a]ndere doelen dan herstel en compensatie, zoals preventie, bestraffing, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking, […] voor de vormgeving van het schadevergoedingsrecht geen of hooguit een zeer beperkte betekenis [hebben].'[74]

Bloembergen lijkt enige sympathie voor deze visie te hebben. Zo ziet hij de schade nadrukkelijk als een juridisch begrip en meent hij dat de abstracte schade-

70 Van Dam 2020, p. 29 e.v.; Hebly 2019, p. 29; Lindenbergh 2020, p. 8.
71 Van Dam 2020, p. 29.
72 De Zweedse rechtsrealist Lundstedt heeft er wel op gewezen dat die redenering het recht tot een zinloze interne exercitie reduceert waarbij het doel van het recht wordt het recht te handhaven, zie daarover Arvind 2012, p. 163.
73 Hebly 2019, p. 29.
74 *Ibid. p.* 40. Waarbij opmerking verdient dat de termen 'herstel en compensatie' suggereren dat hij steeds een *feitelijk* schadebegrip voor ogen heeft, terwijl Van Dams definitie ruimte laat voor een normatief schadebegrip.

begroting goed te verklaren is als vergoeding voor de vermindering van de waarde van de zaak.[75] Hoewel hij niet zo ver gaat dat iedere rechtsinbreuk tot schadevergoeding moet leiden,[76] acht hij dus niet doorslaggevend of kosten daadwerkelijk worden gemaakt: de beschadiging is genoeg.[77] Ook Lindenbergh lijkt open te staan voor deze benadering, al is zijn positie minder duidelijk. Lindenbergh schrijft, net als Van Dam en Hebly, dat "het aansprakelijkheidsrecht ten doel heeft dat aanspraken rechtens kunnen worden gehandhaafd,"[78] maar schrijft enkele pagina's verder dat het feit dat schadevergoeding niet altijd even indrukwekkend is "ervoor [kan] pleiten om in geval van lacunes in de rechtshandhaving naast schadevergoeding te kiezen voor andere sancties, zoals bijvoorbeeld de verplichting tot afdracht van behaald voordeel of een privaatrechtelijke boete."[79] Hoewel de eerste formulering nog wel in de mal van Van Dam gedrukt kan worden, vertoont de tweede weer meer kenmerken van een instrumentalistische visie.

Wat daar ook van zij, de kerngedachte is duidelijk: de schadevergoeding is in deze benadering een instrument dat het oorspronkelijke recht van de gerechtigde 'handhaaft' door de schending daarvan te beantwoorden met een schadevergoeding. Hoewel deze gedachte nog wat algemeen is, zit er in de kern wel iets waardevols. Ze maakt duidelijk dat een privaatrechtelijke remedie dient ter handhaving van een relationele aanspraak.[80] Dat is een nuttig startpunt, want daarmee wordt voorkomen dat één doel een *status aparte* in het aansprakelijkheidsrecht krijg (zoals in de traditionele visie) of dat het geschil tussen partijen het onderspit delft ten faveure van handhaving van het beleid in het algemeen (zoals in de instrumentalistische visie). Deze 'rechthandhavingsgedachte' is evenwel nog vrij abstract en geeft op zichzelf weinig richting. Zonder de juiste nuances kan dat zelfs tot een vreemd systeem leiden.

### *2.4.2 De schadevergoeding als monetair equivalent van het geschonden recht*

De idee van 'rechtshandhaving' wordt door sommige auteurs op een lastig verdedigbare manier doorgetrokken. Voor de *common law* heeft Weinrib verdedigd dat de schadevergoeding eigenlijk niet meer is dan het monetaire equivalent van het geschonden recht. Hij ontwikkelt daartoe een normatieve variant op de correctieve rechtvaardigheid. Waar de correctieve rechtvaardigheid in de traditionele visie vooral draait om het ongedaanmaken van vermogensverschuivingen, is het

75 Bloembergen 1965, p. 47. Hij acht deze gedachte ook een handige manier om de schadebeperkings'plicht' in te passen, zie Bloembergen 1965, p. 390 e.v.

76 Anders dan bijvoorbeeld Polak (Polak 1949, p. 43), van wiens positie hij nadrukkelijk afstand neemt (Bloembergen 1965, p. 26-27).

77 Wat nog altijd het uitgangspunt van die rechtspraak is, zie destijds: HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*). Zie nog altijd: HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman*); HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, *NJ, m.nt.* C.J.H. Brunner (*Den Haag/v. Schravendijk*); HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A/Hiddema*); HR 11 januari 2011 ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*); HR 10 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*); HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Meeùs*).

78 Lindenbergh 2020, p. 7.

79 *Ibid. p.* 9.

80 Hebly 2019, p. 30.

Weinrib erom te doen de *normatieve* verschuiving te herstellen.[81] Als de ene partij inbreuk maakt op het recht van de ander, dan heeft die eerste vrijheid genomen die zij niet had (ze mocht die inbreuk niet maken) en de andere is op ontoelaatbare wijze in haar vrijheid beperkt (zij mocht vrij van deze inbreuk blijven). Die 'normatieve transactie' moet binnen Weinribs variant op de correctieve rechtvaardigheid ongedaan worden gemaakt. In die benadering is de schadevergoeding dan niet zozeer een instrument om *schade* weg te nemen, maar om een *rechtsinbreuk* te herstellen.[82]

De reden dat Weinrib de schadevergoeding daartoe geschikt acht, is dat het vaak niet mogelijk is om de feitelijke rechtsinbreuk ongedaan te maken. Als ik per ongeluk op het land van een ander bouw, kan ik het bouwwerk natuurlijk verwijderen, maar een uitgedeelde schop kan niet ongedaan gemaakt worden.[83] Vanwege dat simpele feit moeten we wel terugvallen op wat Stevens noemt '*the next best thing*'[84]: een vergoeding in geld. Dat mag volgens Weinrib evenwel niet verhullen dat de eiser die schadevergoeding nog altijd hetzelfde recht aan het uitoefenen is. Hij acht het onverdedigbaar om te zeggen dat een rechthebbende het recht zou verliezen zodra het wordt geschonden.[85] Anders gezegd: het kan niet zo zijn dat ik het recht heb niet neergestoken te worden, maar dat de messteker dat recht zou kunnen tenietdoen juist door mij neer te steken. Beter zou het zijns inziens dan ook zijn om in te zien dat dat recht 'voortleeft' in de schadevergoedingsactie.[86] Het vorderen van schadevergoeding is, met andere woorden, gewoon andere manier om mijn oorspronkelijke recht te handhaven.

Deze benadering lijkt sterk op de hiervoor gepresenteerde rechtshandhavingsgedachte, maar doordat ze net iets verder gaat draagt ze het risico in zich dat de remedie loszingt van de realiteit. Een mooi voorbeeld daarvan is te vinden bij de nauw aan deze benadering verwante *Rechtsfortsetzungsgedanke* die in de jaren '30 in Duitsland is ontwikkeld. Neuner betoogde destijds dat iedere rechtsinbreuk in wezen recht geeft op een vergoeding voor de rechtsinbreuk *an sich*.[87] Resultaat was bij hem dan wel dat *iedere* schadevergoedingsvordering abstract zou moeten worden begroot: nagegaan moet worden wat de waarde van het belang was dat het slachtoffer is ontnomen of waar inbreuk op gemaakt is.[88] In de meest pure vorm doorgevoerd zou dat erop neerkomen dat iedere schending van een recht met dezelfde schadevergoeding zou moeten worden beantwoord, wat haaks staat op het thans geldende recht.

Die benadering gaat verder dan de hiervoor in § 2.4.1 gepresenteerde variant van de 'rechtshandhaving.' Waar de theorie daar vooral dienstdeed om de vergoeding van feitelijke verliezen te verklaren, beginnen het feitelijke en normatieve elkaar hier uit het oog te verliezen. In Nederland heeft deze doorgevoerde gedachte weinig voeten aan de grond gekregen, al zien we er sporen van terug bij Verheij. Hij schrijft dat "het privaatrecht in staat dient te zijn om te reageren op

81 Weinrib 2012a *p.* 114 e.v.
82 Weinrib 2012a, p. 65.
83 Weinrib 2012b, p. 94.
84 Stevens 2007, p. 60. In vergelijkbare bewoordingen, maar zonder twijfel niet van exact dezelfde opvatting als Weinrib en Stevens: Hebly 2019, p. 30-31; Lindenbergh 2020, p. 8; Bloembergen 2002, p. 13-14.
85 Weinrib 2012b, p. 88.
86 Weinrib 2012a, p. 135-136. Zie ook: Weinrib 2012b, p. 84, 92-94.
87 Neuner 1931, p. 291.
88 Neuner 1931, p. 290.

de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Deze reactie dient niet te geschieden met het oog op (speciale of generale) preventie, maar is een kwestie van logische noodzaak: zonder (re)actie geen recht. (…) Het geschonden recht zet zich voort in de vorm van een rechtsaanspraak."[89] Dit standpunt krijgt bij Verheij ook feitelijke consequenties waar het gaat om inbreuken op fundamentele rechten. Ten aanzien daarvan schrijft hij dat iedere inbreuk op een fundamenteel recht zonder meer moet worden aangemerkt als een 'aantasting in de persoon' in de zin van artikel 6:106 onder b BW, omdat de aantasting anders niet kan worden beantwoord met schadevergoeding.[90] Ook als de inbreuk geen feitelijk nadeel voor de gerechtigde heeft opgeleverd. Ten aanzien van de schending van een fundamenteel recht klinkt dat al snel sympathiek,[91] maar het is de vraag of we dat soort schendingen ook steeds met schadevergoeding moeten willen beantwoorden.

Problematisch aan deze benadering is dat ze haaks staat op de gehele schadevergoedingspraktijk. Het al dan niet slagen van de schadevergoeding hangt onder het geldende recht immers niet uitsluitend af van welk recht is geschonden, maar is afhankelijk van het feitelijke nadeel dat de eiser heeft geleden. Zelfs bij de abstracte begroting van zaakschade, waar wordt 'geabstraheerd' van de vraag of de eiser wel kosten voor herstel heeft gemaakt, staat uiteindelijk de vraag centraal welke kosten in dit geval gemaakt zouden moeten worden.[92] Geheel in lijn met dat uitgangspunt heeft de Hoge Raad in het *EBI*-arrest dan ook overwogen dat van een 'aantasting in de persoon' in de zin van artikel 6:106 onder b BW alleen sprake is als het slachtoffer ook daadwerkelijk nadeel heeft geleden.[93] Zulk nadeel kan onder omstandigheden aanwezig worden verondersteld,[94] maar de schending van een fundamenteel recht alleen is onvoldoende. Dat is ook noodzakelijk om te voorkomen dat de remedierechtelijke reactie los komt te staan van

89 Verheij 2002, p. 445. Al moet daarbij worden aangetekend dat hij dit standpunt soms ook op meer instrumentalistische gronden inneemt, zie Verheij 2020, p. 830, waar hij opmerkt dat " (…) het idee [wellicht is] dat bescherming via strafrecht of bestuursrecht de taak is van de overheid en niet van het privaatrecht. Een tekort aan publiekrechtelijke rechtshandhaving moet in die visie niet door het privaatrecht worden opgevangen maar door extra investeringen 'public enforcement'. Dit lijkt echter slechts een theoretische mogelijkheid, inbreuken op fundamentele rechten zonder letsel hebben voor het Openbaar Ministerie geen prioriteit en het is ook zeer de vraagof het wenselijk is dat toezichthouders uitgroeien tot gigantische bureaucratische organisaties met alle problemen van dien."

90 Verheij 2020, p. 830.

91 Al stond de Hoge Raad er weinig sympathiek tegenover, zie HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), r.o. 4.2.1.

92 Deze gedachte wordt voor zaakschade deels gevolgd. Hoewel niet iedere eigendomsinbreuk een recht op een vast bedrag oplevert, is de gedachte wel dat de beschadiging *an sich* een recht op vergoeding schept; de reparatiekosten zijn slechts een begrotingsmaatstaf (zie HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*). Zie ook: HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman*); HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, *NJ* 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Den Haag/v. Schravendijk*); HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A/Hiddema*); HR 11 januari 2011 ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*); HR 10 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*); HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Meeùs*)). Dat geldt nadrukkelijk *niet* voor andere schadeposten (zie HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*); HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*); HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*)), maar ook daarvan zouden we best kunnen zeggen dat de concrete schadevergoeding niet meer is dan een begroting van het recht in het concrete geval: opgesloten zijn in het verkeerde regime geeft wel recht op schadevergoeding, maar gelet op het even draconische alternatief stellen we de waarde daarvan op *nihil.*

93 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), r.o. 4.2.1.

94 Soms brengen de aard van de normschending en de gevolgen daarvan dat met zich, zie HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *NJ* 2012/410 (*Blauw oog*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen I*), r.o. 2.13.2; HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, *RvdW* 2021/1013 (*Aardbevingsschade Groningen II),* r.o. 3.3.4.

het concrete geval. De feitelijke omstandigheden bepalen of en in hoeverre een rechtsinbreuk tot schadevergoeding moet leiden.

En daar zit het probleem met deze volledig normatieve benadering van het schadevergoedingsrecht. Behalve dat deze 'normatieve' of 'abstracte' benadering niet in overeenstemming is met het geldende recht, is doorvoering ervan ook lastig te verdedigen. Ten eerste roept ze de vraag op waarom we dan ooit feitelijk nadeel vergoeden. Nils Jansen wijst er terecht op dat met de idee van 'normatieve verliezen' en 'normatieve winsten' de schadevergoeding zelf niet wordt verklaard. Wat doet de *feitelijke* schade er dan nog toe? Sterker nog: zou een private boete niet een betere reactie zijn op een 'normatieve transactie?'[95] In lijn met de gedachte van Neuner zouden we er dan beter aan doen de schade altijd forfaitair te begroten, zodat iedere aanrijding bestraft wordt met hetzelfde bedrag, maar daar lijkt niemand voorstander van te zijn. Ten tweede roept het de vraag op of het wel nodig is om al het onrecht met schadevergoeding te beantwoorden. Er zijn andere wegen om rechtsbescherming te bieden. Voor zover niet-naleving van de norm in de toekomst dreigt, kan de gerechtigde naleving daarvan bij de rechter vorderen. Die bescherming heeft hij dus zonder meer. Als een norm niet is nageleefd, maar de gerechtigde geen aantoonbaar nadeel heeft geleden, dan rijst de vraag of een remedierechtelijk antwoord wel nodig is. In sommige gevallen is denkbaar dat een immateriële vergoeding in de vorm van excuses of een publieke erkenning van schuld uitkomst biedt,[96] maar in andere gevallen is het misschien niet nodig. Als de norm tegen schade beschermt en de normschending niet tot schade leidt, moet de kous daar soms wellicht ook gewoon mee af zijn. We hoeven elkaar niet altijd in rechte de maat te nemen.

Resultaat is dat deze invulling van de rechtshandhavingsgedachte zowel praktische als theoretische bezwaren kent. Het positieve recht stelt concreet nadeel nu eenmaal centraal en daar is veel voor te zeggen: als een norm strekt tot voorkoming van schade, dan is de vergoeding daarvan een passende reactie. In die constatering ligt evenwel direct besloten dat de gedachte dat het geschonden recht of de geschonden norm voortleeft in de remedie wel degelijk iets toe te voegen heeft. In de basis is het nog steeds een waardevolle gedachte dat de remedie zoveel mogelijk wordt gericht naar het recht of de norm waarop ze wordt gestoeld. Als we die gedachte op een andere manier concretiseren, kan die gedachte juist heel waardevol zijn bij het vormgeven van het remedierecht.

### *2.4.3 Het belang van de normatieve reden*

Zo bezien hebben alle voorgaande visies in meer of minder mate iets te bieden. Voordeel van de 'externe' handhavingsgedachte is dat ze tegemoetkomt aan de pluriformiteit van het geldende normenkader. Nadeel is dat ze het geschil tussen partijen tweede viool laat spelen ten opzichte van de beleidsdoelen. De interne handhavingsgedachte heeft dat minder, maar zij heeft weer als probleem dat ze zou kunnen leiden tot een systeem dat van het recht een doel op zich maakt. Nadeel daarvan is dat dit haaks staat op de praktijk dat we *daadwerkelijke* schade

95 Jansen 2003, p. 104. Een vergelijkbaar punt wordt gemaakt door, onder andere, Hebly en Schut. Zie Hebly 2019, p. 44, onder verwijzing naar: Schut 1963, p. 155.

96 Zie hierna § 4.3.3.2.

vergoeden en niet gewoon forfaitaire bedragen voor normschendingen toewijzen. De bruikbare elementen van deze verschillende benaderingen kunnen worden samengebracht door de focus te leggen op de redenen die aan de oorspronkelijke norm ten grondslag lagen. Die redenen vertellen ons namelijk veel over waarom een bepaalde remedie passend is.

John Gardner wijst erop dat wie onderzoekt wat de 'normatieve' reden is voor het opleggen van een schadevergoedingsplicht (in geld of in natura) tot de conclusie zal komen dat die redenen dezelfde zijn als de redenen die aan de oorspronkelijke plicht ten grondslag lagen. Dat levert een variant op de rechtsvoortzetting op: de redenen voor het opleggen van de primaire plicht (en het toekennen van het daarmee samenhangende 'recht'[97]) leven voort in de plicht tot schadevergoeding (en het daarmee correlerende recht daarop).[98] Om dit abstracte punt wat concreter te maken gebruikt Gardner het voorbeeld waarin hij zijn kinderen belooft op zaterdag naar het strand te gaan. Stel dat hij dat inderdaad doet. In dat geval was zijn persoonlijke reden wellicht het plezier dat hij uit dat uitstapje haalde, maar de *morele* reden om dat te doen bestaat in het feit dat hij het had beloofd. Kan hij die belofte *niet* nakomen, dan is hij niet ineens bevrijd van deze belofte. Een oplossing zou dan zijn om zijn kinderen de volgende zaterdag naar het strand te nemen. Maar waarom het strand? Waarom de zaterdag erna? Dat komt, schrijft Gardner, omdat de niet-nagekomen belofte nog steeds een zekere invloed over hem heeft; hij blijft gebonden door de redenen die hij aanvankelijk voor nakoming had. Zo is het ook met schadevergoeding: de reden om mij niet neer te steken (het respecteren van mijn lichamelijke integriteit) biedt direct een reden om in ieder geval mijn behandelingskosten te vergoeden nadat ik toch ben neergestoken (mij in staat stellen te herstellen).[99]

De winst van deze denkwijze is dat een normatieve verklaring wordt gegeven voor de verhouding tussen een gedragsnorm en de daarop gestoelde remedie. *Omdat* ik een plicht had tegen de schade te behoeden, ben ik nu verplicht haar te vergoeden. Daarmee wordt de selectie van de ene of de andere remedie eenvoudiger: was ik verplicht schade te voorkomen? Dan ligt schadevergoeding voor de hand. Was het mij tegenover de gerechtigde verboden winsten te behalen? Dan ligt winstafdracht juist meer voor de hand. Daarbij is het bovendien eenvoudig duidelijk welke schade of winst moet worden vergoed of afgedragen; namelijk die schade die naleving beoogde te voorkomen of die winsten waarvan het behalen was verboden. Door te denken vanuit de redenen die bestonden om de primaire norm na te leven, wordt het eenvoudiger een remedie te selecteren en vorm te geven. En hoewel die gedachte nog vrij abstract is en klinkt alsof ze vreemd is aan de Nederlandse rechtsorde, is dat niet noodzakelijkerwijs het geval.

97 Zie hiervoor § 2.2.1; Hohfeld 1913.
98 Gardner 2010.
99 *Ibid*. p. 33 e.v.

## 2.5 Een normcentrisch en relationeel remedierecht

### *2.5.1 Normatieve redenen, relativiteit en het remedierecht*

Stel dat de APV van mijn gemeente mij verbiedt andere zonwering op mijn kozijnen aan te brengen dan een aan bepaalde kleurvoorschriften beantwoordende luifel. Die regel bestaat om ervoor te zorgen dat het straatbeeld uniform is. In weerwil van die regel breng ik geen luifel, maar reflecterende folie op de ruiten aan. Wanneer ik op een zonnige dag het raam openzet verblindt de weerkaatsing van de zon een van de passerende automobilisten, die als gevolg van de verblinding tegen een geparkeerde auto aanrijdt. Ervan uitgaande dat ik hier niet op bedacht hoefde te zijn en er dus geen ongeschreven zorgplicht op mij rustte de ramen gesloten te houden, kan de automobilist alleen nog proberen een vordering te stoelen op mijn schending van de APV. Die vordering zal waarschijnlijk worden afgewezen op grond van het relativiteitsvereiste: de APV-regel strekte er immers niet toe de automobilist te beschermen. En die gedachte strookt met die van Gardner: de redenen voor het volgen van de APV waren gelegen in het beschermen van het straatbeeld, niet in het beschermen van de automobilist.

Sommige auteurs menen dat het relativiteitsvereiste simpelweg een instrument is om al te vergaande aansprakelijkheid in te dammen.[100] Heel overtuigend is dat niet. Als dat het *doel* van de bepaling zou zijn, waarom heeft de wetgever dat instrument dan zo expliciet gelinkt aan de strekking van de geschonden norm? Dat was dan niet nodig geweest. Natuurlijk heeft de relativiteit wel het *effect* vergaande aansprakelijkheid te voorkomen, maar dat verklaart haar niet. Beter lijkt het om het relativiteitsvereiste te zien als een instrument om de oorspronkelijke normatieve verhouding tussen gerechtigde en verplichte te gebruiken om de remedie te formuleren.[101] Het vereiste dwingt ons immers te bezien of de normatieve redenen voor naleving van de primaire gedragsregel wel een normatieve reden kunnen geven voor de vergoeding van schade. En zo zit het ook in het voorbeeld van de APV. De APV strekt ertoe het straatbeeld te beschermen. Met andere woorden: de *reden* voor naleving is het beschermen van het straatbeeld. De schade van de automobilist komt niet voor vergoeding in aanmerking, omdat de APV niet tot bescherming daartegen strekte. Met andere woorden: de reden om die regel na te leven was om het straatbeeld te beschermen en *die* reden biedt geen grondslag voor een verplichting tot schadevergoeding jegens de ongelukkige automobilist.

Deze gedachte, die we de 'relativiteits*gedachte'* zouden kunnen noemen, werkt op meer terreinen dan bij het relativiteitsvereiste alleen. Neem het recente *Deutsche Bank/X.*[102] De kwestie kwam neer op het volgende. Een bank had bij een van haar klanten een investeringsfonds onder de aandacht gebracht zonder daarbij te vermelden dat zij geen zelfstandig onderzoek naar de betrouwbaarheid van het fonds had gedaan. Het onder de aandacht brengen *an sich* was niet onrechtmatig; het nalaten melding te maken van het niet-doen van onderzoek wel.

---

100 Zo wordt de leer wel geduid door bijv. Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/129; Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, par. 1.1.4; Di Bella 2014, p. 126-134; J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576 (*Iraanse Vluchteling*), par. 7.

101 Den Hollander 2016, p. 71-86. Zie ook: Van den Berge 2017, p. 46-48; Lindenbergh 2007.

102 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).

De klant investeerde in het fonds en jaren later ging het als gevolg van fraude failliet. De vraag was nu: is de bank aansprakelijk voor de schade omdat zij het fonds onder de aandacht heeft gebracht van de klant? Niet zonder meer, aldus de Hoge Raad. Het attenderen op het investeringsfonds was niet onrechtmatig. Dat de klant zijn beslissing te investeren had gebaseerd op die attendering doet dan ook niet ter zake. De normschending was erin gelegen dat de bank niet goed had uitgelegd dat ze geen onderzoek naar dat fonds had gedaan. Bij *die* normschending is de vraag wat er zou zijn gebeurd als de bank correct had gewaarschuwd. Schadevergoeding was dus alleen verschuldigd als de klant bij juiste informatie ook van investering zou hebben afgezien. De redenen voor naleving van de primaire norm leven voort in de remedie.

De idee dat de redenen voor naleving van de materieelrechtelijke norm doorwerken in de remedie is bovendien niet uniek aan de schadevergoeding. Bij een rechterlijk bevel is er zelfs weinig inbeeldingsvermogen voor nodig. Omdat het bevel niet meer is dan een vordering tot nakoming, zijn de redenen voor het opleggen van het bevel vanzelfsprekend identiek aan de redenen die ten grondslag liggen aan de norm. Bij andere remedies, zoals de schadevergoeding in natura en de 'winstafdracht' is die vertaalslag minder voor de hand liggend. Zoals ik hierna zal betogen is het echter niet zonder reden dat de schadevergoeding in natura vooral wordt toegewezen waar een unieke zaak verloren is gegaan,[103] en de winstafdracht vooral wordt ingezet waar de gerechtigde een voordeel heeft getrokken uit een goed dat aan een ander toebehoorde.[104] Die remedies zouden wel eens heel goed kunnen passen bij de redenen die aan de oorspronkelijke norm ten grondslag lagen.

Deze abstracte gedachte moet natuurlijk wel nog enigszins worden geconcretiseerd om van praktisch nut te zijn. De echte concretisering zal plaatsvinden in de hoofdstukken 3 tot en met 9, die het best kunnen worden gezien als toepassingen van de hier verdedigde benadering, maar in theoretisch opzicht kan er ook nog het een en ander worden verduidelijkt.

### 2.5.2 *De remedie als instrument ter verwezenlijking van de belofte van de norm*

Vanuit deze relativiteitsgedachte is de remedie een instrument van de gerechtigde om zijn aanspraken op één of meer anderen te verwezenlijken. Iedere norm wordt in het leven geroepen met een bepaald doel. Dat doel kan algemeen of veelzijdig zijn, maar een doel is er altijd. Dat doel kan het makkelijkst concreet worden gemaakt door de vraag te stellen welk scenario de norm partijen voorhoudt. Net zo goed als contractspartijen elkaar bepaalde prestaties en risicoverdelingen be-

103 Zie bijv. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2011/179 (*Van der Plas/Janssens*); Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6779, *NJF* 2014/411; Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3737, *TBR* 2015/197; Rb. Amsterdam 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN3398. Zie hierna Hoofdstuk 4.

104 Zie bijv. 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275. Zie hierna Hoofdstuk 7.

loven, doet de delictuele norm partijen ook een belofte. Voor de gerechtigde betekent dat, dat hij bepaald gedrag van de verplichte mag verwachten en er op mag rekenen dat de zorg die die ander voor hem moest dragen zoveel mogelijk wordt verwezenlijkt. Voor de verplichte betekent het, andersom, dat hij er van uit mag gaan dat hij voor bepaalde omstandigheden verantwoordelijk is gemaakt, maar voor andere niet. Voor zover zijn positie niet wordt beheerst door de op hem rustende norm, belooft de norm hem een zekere vrijheid daarvan.

Die belofte van de norm kan een meer directe en een meer indirecte invloed uitoefenen over de selectie en vormgeving van de remedies. De meer directe invloed wordt gevoeld bij de selectie van de meeste remedies. De primaire aanspraak van de gerechtigde is er natuurlijk één op naleving van de norm. Vandaar dat hierna, in hoofdstuk 3, het bevel tot naleving van die norm als eerste en – in ieder geval in theoretisch opzicht – centrale remedie zal worden behandeld. Als die norm onverhoopt toch wordt geschonden rijst de vraag welke andere remedie dan het meest passend is. Door de vraag te stellen welke belangen de norm beloofde te beschermen, wordt snel duidelijk welke remedie in uitgangspunt het meest passend is. De meeste normen beschermen tegen schade en de schending van die normen leidt vanzelfsprekend tot de verplichting de daardoor ontstane schade te vergoeden. Waar normen andere belangen dienen, zoals niet voor vergoeding in aanmerking komende immateriële belangen of het belang bepaalde winsten te kunnen behalen, liggen andere remedies wellicht meer voor de hand. Toewijzing van de schadevergoeding in natura of de winstafdracht geeft de gerechtigde immers veel meer dan waar de oorspronkelijke norm hem aanspraak op gaf.

Die belofte oefent vervolgens ook een duidelijke invloed uit over wat de omvang van de remedie is. Bij de schadevergoeding is dat niets nieuws. Hiervoor besprak ik al het recente *Deutsche Bank/X*: omdat de norm er alleen op gericht was de klant te informeren over de betrokkenheid van de bank bij het fonds, zou een vergoeding alleen beschikbaar zijn geweest als die informatie verschil had gemaakt.[105] In essentie is dit een vraag naar welke belofte de norm partijen deed. In dit geval beloofde de norm een wereld waarin de klant een eigen, goed geïnformeerde keuze had kunnen maken. Als die keuze voor hem had geleid tot een beter resultaat, dan is de bank voor de nadelige gevolgen aansprakelijk. Als dat niet zo was, is er echter geen reden die de bank bindt daar verantwoordelijkheid voor te dragen.[106] Aan de hand van deze simpele vraag kan een groot deel van de remedierechtelijke kwesties op voorspelbare wijze worden opgelost. Bij het bevel, bijvoorbeeld, wordt eenvoudig duidelijk dat het de verplichte nooit tot meer mag verplichten dan de materieelrechtelijke norm deed: het bevel is een nakomingsactie en de dreiging van schending geeft onvoldoende reden om de verplichte ineens zwaardere verplichtingen op te leggen.[107]

Een meer indirecte invloed van de norm is te zien in gevallen waar bij selectie of vormgeving van de remedie een beroep wordt gedaan op open normen of dis-

105 Dit is overigens niets nieuws; het is een herhaling van de *Differenzhypothese* van Mommsen. Schade moet volgens hem worden begroot aan de hand van „(…) die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunst eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde." Zie, Mommsen 1855, p. 3.

106 Deze gedachte werk ik nader uit in hoofdstuk 5.

107 Deze gedachte werk ik nader uit in de §§ 3.3 en 3.4.

cretionaire bevoegdheden. In hoofdstuk 4 zal ik uitwerken dat de schadevergoeding in natura naar Nederlands recht een discretionaire remedie is, die alleen wordt toegewezen als de rechter dat passend acht. Anders dan bij de keuze tussen schadevergoeding in geld en winstafdracht kan de norm hier geen directe invloed over uitoefenen. Wel kan de norm dienstdoen als richtingwijzer. Er zijn nu eenmaal gevallen waarin de schadevergoeding in natura de gerechtigde dichter bij de belofte van de norm brengt dan de schadevergoeding in geld, zoals bijvoorbeeld bij het verlies van een unieke zaak.[108]

Die indirecte invloed van de norm is daarnaast goed te zien waar de rechter gebruik maakt van meer open normen, zoals de redelijke toerekening, of waar op grond van de billijkheid de werking van de rechtsregels wordt aangepast via bewijsvermoedens.[109] Deze normen doen dienst om een genuanceerd resultaat te bereiken dat zo 'rechtvaardig' mogelijk is. Een belangrijk inzicht van het centraal stellen van de tussen partijen geldende norm en de daaraan ten grondslag liggende redenen, is dat duidelijk wordt dat de uitoefening van deze bevoegdheden vaak strookt met de strekking van de onderliggende norm en dat nadrukkelijkere benoeming daarvan de rechtszekerheid in zowel formele als materiële zin ten goede zou komen. Deze gedachte werk ik in de verschillende hoofdstukken nader uit, maar een korte toelichting is hier wellicht al op haar plaats.

Neem bijvoorbeeld een veiligheidsnorm die beoogt te beschermen tegen een zeldzame longziekte. Als de gedaagde werkgever de norm schendt en de eisende werknemer de longziekte oploopt, dan kan de werknemer bij resterende causaliteitsonzekerheid een beroep doen op de omkeringsregel.[110] Vanuit een normcentrische benadering van het remedierecht is dat niet zomaar een billijkheidsoordeel, maar een direct gevolg van het soort norm waar we mee te maken hebben en het beschermingsniveau dat daarvanuit gaat. Het hoge niveau van zorg dat bij deze norm hoort – de gezondheid van de werknemer staat hier immers tegenover zuiver financiële lasten van de gedaagde – maakt toepassing van het bewijsvermoeden dat de omkeringsregel gepast is. Die regel kan juist in deze gevallen worden toegepast, omdat ze een betere weerslag geeft van de verantwoordelijkheidsverdeling die uit de materieelrechtelijke norm spreekt dan de conventionele bewijsregels zouden doen.

In het kader van de redelijke toerekening vervult de norm een vergelijkbare rol. De dogmatische positie is dat een reeks aan factoren moet worden gewogen om te beoordelen of toerekening van schade aan de dader in een concreet geval redelijk is.[111] Kritiek daarop is dat de rechter niet steeds iedere 'factor' of omstandigheid expliciet maakt en dat vooraf niet duidelijk is waarom.[112] In hoofdstuk 5 zal ik betogen dat vanuit de tussen partijen geldende norm vaak heel duidelijk is welke factoren in een concreet geval geselecteerd moeten worden. Beschermt de norm tegen voorzienbare schade? Dan ligt nadruk op het voorzienbaarheidscriterium voor de hand. Beschermt de norm tegen letselschade? Juist dan ligt een

108 Zie bijv. HR 14 januari 2012, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88, m.nt. Verstijlen (*Van der Plas/Janssens*); HR 24 februari 2017, *NJ* 2018/141, m.nt. Snijders (*Gemeente Heusden/X*). Zie hierna: § 4.3.1.

109 Zie hierna § 5.2.2 & § 5.3.2.

110 HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, *NJ* 1991/55, r.o. 3.3; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), r.o. 3.3.

111 Zie bijv. Brunner 1981a, p. 211-212; Dijkshoorn 2011, p. 258-259; Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520-521.

112 Zie bijv. Dijkshoorn 2011.

ruimere toerekening voor de hand. Hoewel de uitkomst van dit soort oordelen nooit helemaal kan worden voorspeld, kan de uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid wel op rechtszekere wijze plaatsvinden door duidelijk te maken welke normatieve oordelen moeten worden geveld.[113] Dat beoordelingsproces kan structuur gegeven worden aan de hand van de normatieve informatie die de norm bevat.

Dit zijn slechts enkele voorbeelden van hoe de norm doorwerkt in het remedierecht. Deze voorbeelden zijn bedoeld om de werking van deze benadering kort te illustreren. Nadere uitwerking van deze doorwerking volgt in de hoofdstukken 3 tot en met 7 voor de verschillende remedies die het delictuele aansprakelijkheidsrecht rijk is en in hoofdstuk 8 ten aanzien van de verhouding tussen die remedies.

## 2.6 Conclusie

Remedies zijn er in alle soorten en maten. In het algemeen kan niet meer worden gezegd dan dat het een juridisch instrument is dat aan een gerechtigde ter beschikking wordt gesteld om te reageren op dreigend of reeds gepleegd onrecht. Dat instrument is niet identiek aan de rechten en plichten die het materiële recht rijk is, maar neemt in de moderne benadering een eigen plek in. Dat roept de vraag op ten behoeve waarvan het instrument ingezet kan worden.

In de civielrechtelijke theoretische literatuur zijn er verschillende benaderingen ontwikkeld die allemaal een andere rol van het remedierecht suggereren. De meest bekende benadering is die waarin het aansprakelijkheidsrecht er vooral toe strekt om schade te voorkomen of weg te nemen. In die benadering wordt het doel van de remedie te eenzijdig: niet alle remedies reageren altijd op dreigende of reeds voorgevallen schade. Een andere benadering is dat het aansprakelijkheidsrecht er vooral is om naleving van het recht te bewerkstelligen. In die instrumentalistische visie is meer ruimte voor de gedachte dat niet alle normen draaien om schade, maar wordt de remedie een instrument dat vooral ingezet wordt om een hoger doel dan de geschilbeslechting te bereiken. Het is de vraag of deze benadering strookt met de uitgangspunten van het privaatrecht, dat een gerechtigde de keuze geeft al dan niet voor haar eigen belangen op te komen, maar werkt in ieder geval materiële rechtsonzekerheid in de hand. Het risico ontstaat immers dat, omwille van de effectieve handhaving, een toevallige eiser méér krijgt toegewezen dan haar toekomt en dat een ongelukkige gedaagde tot veel meer wordt veroordeeld dan op basis van het materiële recht kan worden gerechtvaardigd.

Een meer interne benadering, waarbij de rechtvaardiging van de remedie meer wordt gezocht in de verhouding tussen partijen heeft dan ook meer te bieden. Daarbij is het van belang om niet de afslag te nemen naar de volstrekte abstractie dat iedere schadevergoeding in feite het monetaire equivalent van het geschonden recht is. Hoewel die gedachte in abstracto aantrekkelijk kan klinken, roept doorvoering ervan al snel de vraag op of we niet beter zouden kunnen werken met forfaitaire boetes op onrechtmatig gedrag. Dat strookt niet met het gel-

113 Zie over deze benadering van de rechtszekerheid hiervoor § 1.2.2.

dende recht en er lijkt ook weinig voor te zeggen dat pad in te gaan. Meer heil kan worden verwacht van een benadering waarin de nadruk wordt gelegd op de normatieve redenen die aan de norm ten grondslag liggen en die partijen met elkaar verbinden. Door steeds te vragen waarom deze verplichte jegens deze gerechtigde naleving van deze plicht verschuldigd is of was, wordt vaak eenvoudig duidelijk welke remedie past bij een concreet geval van dreigend of voorgevallen onrecht.

Die zoektocht naar de uitgangspunten van de remedie past bovendien goed bij het Nederlandse delictuele aansprakelijkheidsrecht. We zien die zoektocht bijvoorbeeld terug bij de toepassing van het relativiteitsvereiste bij de schadevergoeding, maar ook daarbuiten heeft die relativiteits*gedachte* een belangrijke rol te spelen. De selectie en vormgeving van de remedie kan voor een groot deel direct worden voorspeld door de vraag te stellen welke remedie het beste de belofte van de norm verwezenlijkt, zodat iedere partij het hare krijgt. De norm kan bovendien van dienst zijn bij het geven van richting aan het vellen van billijkheidsoordelen. Waar een billijkheidsoordeel geveld moet worden of een discretionaire bevoegdheid moet worden uitgeoefend, is vooraf niet altijd duidelijk wat de uitkomst zal zijn. Aan de hand van de belofte van de norm kan in ieder geval duidelijk gemaakt worden welke waardeoordelen zullen moeten worden geveld. Ook dat biedt rechtszekerheid. In de navolgende hoofdstukken zal ik deze abstracte gedachtes nader uitwerken.

# 3 Het bevel tot nakoming van de norm

## 3.1 Inleiding

Wie aan remedies in het aansprakelijkheidsrecht denkt, denkt waarschijnlijk eerst en vooral aan de schadevergoeding. Het is de meest ontwikkelde en meest bestudeerde remedie. Ook dit onderzoek is opgebouwd vanuit die remedie: de relativiteitsgedachte uit het schadevergoedingsrecht heeft in hoofdstuk 2 immers als basis gediend voor een benadering van het remedierecht waarin de tussen partijen geldende norm centraal staat. In die benadering moet de schadevergoeding niet worden gezien als de kern van het remedierecht. De focus op de tussen partijen geldende norm suggereert dat het niet de schadevergoeding, maar het rechterlijk bevel is dat centraal zou moeten staan in ons denken over remedies.

Artikel 3:296 bepaalt dat 'hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten (…) daartoe op vordering van de gerechtigde [wordt] veroordeeld.' Het bevel is in de kern dus niets anders dan de veroordeling van de gedaagde om iets te doen waartoe hij al verplicht was. Daarmee is het eigenlijk *de* manier om de belofte van de norm te verwezenlijken: als de vergoeding van schade moet worden gezien als het bieden van een *next best,*[1] moet het bevel tot nakoming worden gezien als het bieden van *the very best*. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal op welke manier het bevel daaraan mag bijdragen. Waar kan een partij wel en geen aanspraak op maken? Hoever mag de rechter gaan om de gerechtigde daarin te helpen?

In dit hoofdstuk zal ik betogen dat het Nederlandse recht, in lijn met de idee dat het delictuele remedierecht ertoe strekt zoveel mogelijk de naleving van de norm te bewerkstelligen, de gerechtigde een *recht* op toewijzing van het bevel geeft. Het bestaan van de norm dicteert in de meeste gevallen de toewijsbaarheid van de remedie. In de uitzonderlijke gevallen waar aanleiding is een aanvullende belangenafweging te verrichten, kan de norm helpen te selecteren welke belangen voor weging in aanmerking komen (§ 3.2). Vervolgens zal ik betogen dat de keerzijde van dit sterke recht op toewijzing is dat de omvang van het bevel nauwkeurig in overeenstemming moet worden gebracht met de materiële rechtsplicht waarvan het nakoming beveelt (§ 3.3). Deze naar het materiële recht gerichte

1 Lindenbergh 2020, p. 8; Stevens 2007, p. 59.

structuur is goed verklaarbaar vanuit de relativiteitsgedachte (§ 3.4.1) en levert bovendien praktisch bruikbare handvatten op (§ 3.4.2).

## 3.2 Het recht op een bevel

Een normcentrische benadering suggereert dat een veroordeling tot nakoming van de rechtsplicht steeds moet kunnen worden uitgesproken. Als het remedierecht er is om de verhouding tussen eiser en gedaagde zoals de norm die schetst zoveel mogelijk te verwezenlijken, dan is het bevel daartoe de meest geëigende remedie. Die remedie strekt er immers toe de gerechtigde precies datgene te geven waar de norm hem recht op gaf: nakoming door de gedaagde. Dat een *recht* op nakoming bestaat is ook het uitgangspunt van het Nederlandse recht (§ 3.2.1). In de uitzonderingsgevallen waarin daarvan mag worden afgeweken is de rechter gehouden een belangenafweging te verrichten (§ 3.2.2). Die belangenafweging wordt niet gedicteerd door de norm, al geeft de strekking van de norm wel richting bij het selecteren van de te wegen belangen (§ 3.2.3).

### *3.2.1 Een recht op nakoming*

Artikel 3:296 BW is dwingend geformuleerd: "Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, *wordt* hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld." (cursivering WThN). De Hoge Raad ziet het bevel als een remedie waar de begunstigde van de norm een recht op heeft.[2]

De vraag of een bevel *moet* worden toegewezen waar de gedaagde een plicht jegens de eiser heeft, werd op de spits gedreven in *Claas/Van Tongeren*.[3] Claas had een stuk land dat op grond van de plaatselijk bouwverordening alleen voor een agrarisch bedrijf mocht worden gebruikt. Hij exploiteerde er echter een autoplaatwerkbedrijf. Op enig moment besloten Claas en andere omwonenden bij de burgerlijke rechter te vorderen dat Van Tongeren zou worden verboden zijn perceel in strijd met de verordening te gebruiken voor andere doelen dan het opereren van een agrarisch bedrijf. Na geoordeeld te hebben dat de belangen van Claas c.s. door de betreffende bepaling beschermd werden, overwoog de Hoge Raad:

> "Als eenmaal de onrechtmatigheid van de gedragingen ter zake waarvan een verbod wordt gevraagd, vaststaat, is dit verbod immers in beginsel zonder meer toewijsbaar en is deze toewijzing, behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen, niet afhankelijk van een nadere belangenafweging (…)"[4]

2 In de zin van een *claim right,* zie hiervoor § 2.2.1; Hohfeld 1913, p. 33 e.v.; HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1.

3 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).

4 *Ibid.* r.o. 3.3.

Het rechterlijk bevel in een bodemprocedure[5] is daarmee een remedie waarop de eiser *aanspraak* kan maken bij de rechter. Dat strookt ook met de rol van die remedie in een normcentrisch remedierecht. Als de gedaagde niet zou kunnen worden veroordeeld zijn plicht na te komen, dan zou hij het recht zijn plicht te schenden via de rechter kunnen 'kopen' voor het bedrag van de schadevergoeding. Zeker waar schadevergoeding niet eenvoudig mogelijk is – bijvoorbeeld vanwege de complexiteit van de begroting, maar ook vanwege het immateriële karakter van de door de norm beschermde belangen – zou de norm dan wel erg aan betekenis inboeten.

Hiermee onderscheidt het Nederlandse recht zich van bijvoorbeeld het Engelse. De Engelse *injunction* is afkomstig uit de *equity*[6] en wordt om die reden nog altijd gezien als een 'discretionaire remedie.'[7] Dat betekent dat de vraag of het bevel kan worden toegewezen in beginsel aan de rechter is. Er zijn wel gevallen waarin een *injunction* in uitgangspunt wordt toegewezen, zoals bijvoorbeeld het geval van *trespass,* maar zelfs dan is de toewijzing slechts '*as of course'* (vanzelfsprekend) en niet *'as of right'* (bij wijze van aanspraak).[8] In hoofdstuk 4 zal ik betogen dat een vergelijkbare aanpak past bij de schadevergoeding in natura van artikel 6:103 BW. Bij het bevel van artikel 3:296 BW past die aanpak echter niet. Rechtsplichten zijn er om te worden nagekomen en de rechtspraak rondom het bevel vertoont eerder een omgekeerde structuur: de gerechtigde heeft een recht op toewijzing waaraan slechts in uitzonderingsgevallen mag worden getornd.

### *3.2.2 Grenzen aan het recht op nakoming*

Dat gezegd hebbende: het recht op nakoming is natuurlijk niet ongeclausuleerd. Artikel 3:296 BW bepaalt dat het bevel ondanks de toewijsbaarheid in beginsel geweigerd kan worden op grond van de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling. Specifieke vormen van dit soort uitzonderingen zijn er legio,[9] maar in algemene zin zijn in het delictuele aansprakelijkheidsrecht drie weigeringsgronden van groot belang: de weigering in het publiek belang, de weigering op grond van een belangenafweging in kort geding en de weigering wegens misbruik van recht. Al deze weigeringsgronden laten een zekere belangenafweging toe, zij het binnen bepaalde grenzen.

#### 3.2.2.1 De weigering in het publiek belang

Een geval waarin een belangenafweging nadrukkelijk vereist is, is dat waarin de te verbieden activiteit wordt verricht in het publiek belang. Op grond van arti-

5 In kort geding staat de Hoge Raad nadrukkelijk toe dat toe- of afwijzing op grond van een belangenafweging plaatsvindt, zie HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly-Clark*); HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*), r.o. 3.5.1. Zie ook: Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/161, Van der Helm 2018, p. 84-85.

6 Een stelsel van regels dat tot 1878 parallel aan de *common law* functioneerde als een zelfstandig rechtssysteem, zie Worthington 2003, p. 10-13.

7 Davies 2020, p. 545; Burrows 2019, 444.

8 *Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652, p. 655 (Lord Upjohn).

9 Denk aan de onmogelijkheid aan de verplichting te voldoen, de uitsluiting door een specifieke wettelijke bepaling en alle manieren waarop partijen zelf de remedie kunnen uitsluiten. Zie voor een overzicht Van der Helm 2018, p. 39-49; Van Nispen 2018, p. 21-22.

kel 6:168 BW kan "de rechter […] een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld." De eiser behoudt wel zijn recht op schadevergoeding.

Dit artikel vindt zijn oorsprong in de *Voorste Stroom*-arresten.[10] De Gemeente Tilburg vervuilde een riviertje (de Voorste Stroom) door de stadsriolering daarin te laten uitmonden. Normaal gesproken zou dat een ontoelaatbare hinder opleveren die de rechter zou kunnen verbieden, maar de Hoge Raad overwoog dat waar de hinder in het publiek belang noodzakelijk is, deze activiteit in beginsel doorgang zou moeten kunnen vinden, zolang de Gemeente de benadeelden maar schadevergoeding betaalde.[11] Dat leverde een vreemde constructie op waarbij de betaling van schadevergoeding als een soort 'onvoltooide rechtvaardigingsgrond' moest worden gezien: het gedrag is onrechtmatig, tenzij schadevergoeding betaald wordt. Met de hercodificatie van 1992 is die regel simpelweg opgenomen in artikel 6:168 BW als discretionaire bevoegdheid.[12]

Dit artikel geeft de rechter de mogelijkheid een genuanceerde oplossing te bereiken door het bevel af te wijzen, maar schadevergoeding toe te wijzen. Juist omdat het hier gaat om een weging van het private belang bij een bevel tegen het publieke belang bij de activiteit lijkt dat gepast: hoewel het publieke belang in sommige gevallen wellicht de voortzetting van de activiteit eist, wordt het afwentelen van de lasten op één of enkele individuen daarmee niet gepast.[13] Uitgangspunt is dus ook hier dat de gerechtigde *zoveel mogelijk* krijgt waar de norm hem recht op geeft. Als er goede redenen zijn het bevel af te wijzen, dan moet dat mogelijk zijn, maar dat betekent niet dat het privaatrechtelijke belang wordt opgeofferd. Artikel 6:168 BW maakt de afwijzing van het bevel in bijzondere gevallen weliswaar mogelijk, maar benadrukt tegelijkertijd dat daar dan een schadevergoedingsveroordeling voor in de plaats zal treden.

#### 3.2.2.2 De weigering in kort geding

De voorzieningenrechter in kort geding heeft op basis van artikel 254 Rv de bevoegdheid 'een onmiddelijke voorziening bij voorraad' te geven. Niet alle op basis van deze bevoegdheid afgegeven bevelen zijn echter van gelijke aard en het lijkt nuttig een tweedeling te maken tussen bevelen die de procedure ordenen en bevelen die een voorschot nemen op de bodemprocedure. De eerste categorie bevelen past het best bij de term 'voorziening bij voorraad' en doet denken aan de op artikel 223 Rv gestoelde voorlopige voorzieningen in de bodemprocedure, die bedoeld zijn om de procedure te stroomlijnen.[14] Hierbij gaat het vooral om veroordelingen die beperkt zijn tot de duur van de procedure, zoals een spreekverbod in de media, en die vooral zien op het verloop van de procedure en de

10 HR 19 maart 1943, ECLI:NL:HR:1943:66, *NJ* 1943/312 (*Voorste Stroom VI*); HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stoom VII*).

11 *Ibid.*

12 MvT, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 670.

13 Zie bijv. Hof Leeuwarden 20 april 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT7080 (lozing rioolwater in zandput); Rb. Rotterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ6223 (gebod tot afbraak verkeerd aangelegde weg afgewezen i.v.m. de hoge kosten versus het beperkte belang van eiser daarbij); Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH7428 (overlast door bouw van sociale huurwoningen).

14 De formele basis voor de voorziening in kort geding is niet art. 223 Rv, maar art. 254 Rv.

bescherming van (vermeende) belangen voor de duur daarvan. Hier lijkt weinig betekenis te zijn weggelegd voor artikel 3:296 BW. Het gaat dan immers niet zozeer om veroordelingen tot nakoming van een rechtsplicht jegens de wederpartij, maar om ordemaatregelen ten behoeve van degelijke geschilbeslechting.

Andere op artikel 254 Rv gestoelde bevelen hebben echter wel meer weg van een op artikel 3:296 BW gestoelde vordering. Hierbij gaat het eerder om een veroordeling een rechtsinbreuk te staken of om bepaalde voorzorgsmaatregelen te nemen. Die bevelen moeten worden gezien als een voorschot op de uiteindelijke remedie, net zoals het voorschot op de schadevergoeding in kort geding dat is.[15] Hoewel het kort geding niet *gericht* is op beslechting van het geschil,[16] wordt zij door partijen vaak wel zo gebruikt. In de literatuur wordt dit wel de 'definitieverende werking' van het kortgedingvonnis genoemd.[17] Die realiteit maakt dat de voorzieningenrechter er goed aan zou doen zich bij zulke 'voorlopige bevelen' te richten naar de eisen van artikel 3:296 BW. Mocht dit de laatste keer zijn dat partijen hun geschil aan de rechter voorleggen, dan is het wel wenselijk dat zijn oordeel zoveel mogelijk strookt met hoe hij in de bodemprocedure zou oordelen. De vraag wordt dan niet zozeer of een voorlopige voorziening voor het verloop van de procedure noodzakelijk is, maar of de voorzieningenrechter verwacht dat het bevel in de bodemprocedure toegewezen zal worden.[18]

Die tweedeling heeft consequenties voor de wijze van beoordeling. De eerste categorie bevelen zal altijd gestoeld en beoordeeld worden op basis van een belangenafweging. In de tweede categorie is daarvoor minder ruimte. Dat betekent natuurlijk niet dat bij dit soort voorlopige bevelen in het geheel geen ruimte voor een belangenafweging is. Een bevel kan ingrijpende gevolgen hebben voor partijen en het past bij de aard van het kort geding dat gelet op de belangen van partijen van toewijzing kan worden *afgezien*. In *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* oordeelde de Hoge Raad dan ook dat de voorzieningenrechter die voorshands tot het oordeel komt dat een rechtsplicht bestaat die geschonden wordt of dreigt te worden (wat in beginsel betekent dat het gevorderde verbod moet worden toegewezen[19]) het gevorderde verbod mag afwijzen op grond van een belangenafweging.[20] Mij lijkt daarmee evenwel niet gezegd dat hij een bevel ook mag *toewijzen* op basis van een belangenafweging alleen. Zolang het gaat om een bevel dat een voorschot neemt op een veroordeling in een bodemprocedure, lijkt het zuiverder aan te sluiten bij de eisen van het materiële recht.

### 3.2.2.3 De weigering wegens misbruik van recht

De meest fundamentele weigeringsgrond is echter die van misbruik van recht. Ook hier kan het bevel worden afgewezen op basis van een belangenafweging, al

15 HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, *NJ* 1986/84, m.nt. W.L. Haardt (*M'Barek/Van der Vloodt*).
16 Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 207.
17 Deurvorst 1994, p. 126 e.v.
18 Van Schaick 2016, p. 331.
19 Vgl. de formulering van art. 3:296 BW en HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).
20 HR 15 december 1995, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly-Clark*). Verkade meent dat hiermee al gegeven is dat art. 3:296 BW geen toepassing in kort geding vindt. De Hoge Raad spreekt echter slechts over de mogelijkheid tot het afzien van het afgeven van een bevel of verbod. Zie Verkade 2016, p. 83.

wordt de lat nadrukkelijk hoog gelegd. De gerechtigde mag dan een recht op toewijzing hebben, het recht misbruiken mag hij nooit.

In *Kuipers/De Jongh* erkende de Hoge Raad dat een bevel ondanks het feit dat daarop in beginsel aanspraak bestaat toch kan worden afgewezen als de inzet van de remedie kwalificeert als misbruik van recht.[21] Het draaide hier om de garage van Kuipers die deels op het erf van De Jongh bleek te zijn gebouwd. Een erfoverschrijding is onrechtmatig en een bevel tot verwijdering lag in de rede. Toch zag de Hoge Raad hier reden het verbod af te wijzen. Dat had te maken met de disbalans in belangen – de kosten van verplaatsing lagen natuurlijk veel hoger dan de schadevergoeding die Kuipers eventueel zou moeten betalen – maar misbruik van recht eist meer dan financiële wanverhouding alleen. De casus van *Kuipers/De Jongh* geeft een goede illustratie van wat precies bij de beoordeling moet worden betrokken.

Toen Kuipers zijn woning kocht werd de erfafscheiding feitelijk gevormd door een heg. Naar zijn weten was dat ook de kadastrale grens. In werkelijkheid bleek die heg voor 76 cm op het erf van mevrouw De Jongh te staan. Toen hij zich voornam de garage te bouwen hebben hij en mevrouw De Jong wel gesproken over het risico van erfoverschrijding, maar kwamen ze tot de conclusie dat die overschrijding hoogstens een paar centimeter zou bedragen. Toen de garage een jaar stond kwam aan het licht dat de erfgrens in werkelijkheid ergens anders lag. Kuipers bood aan de schade die De Jongh door deze bouw leed te vergoeden. Hoewel De Jongh dat aanbod niet uitdrukkelijk afsloeg, besloot ze toch te gaan procederen.

Onder deze omstandigheden oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat De Jongh in beginsel een aanspraak op verwijdering heeft niet uitsluit

> "(…) dat, zo Kuipers te goeder trouw is geweest, De Jongh door in plaats van genoegen te nemen met een redelijke schadevergoeding een vordering tot amotie in te stellen, zich aan misbruik van recht zou hebben schuldig gemaakt, indien het nadeel dat Kuipers door de amotie zou lijden, zowel op zichzelf beschouwd als in zijn verhouding tot het belang dat De Jongh met haar vordering nastreeft, zo groot zou zijn dat, alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen, De Jongh naar redelijkheid niet tot de uitoefening van haar recht amotie te vorderen had kunnen komen"[22]

De nadruk die de Hoge Raad hier legt op de omstandigheden waaronder De Jongh de vordering instelt past goed bij de figuur van misbruik van recht. Per definitie eist die figuur immers een kwalificatie van het gedrag van de eiser: is deze uitoefening van het recht nog wel redelijk? Daarvoor is in het algemeen vereist dat de rechthebbende de wanverhouding tussen de belangen kent en uitoefening ook echt onaanvaardbaar zou zijn.[23] Er is dus ruimte voor een belangenafweging, maar wel een die pas bij hoge uitzondering tot afwijzing van het bevel kan leiden.

21 HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*).
22 *Ibid.*
23 Schrage 2019, p. 8-14, 29.

### 3.2.3 Proportionaliteit en de strekking van de norm

Via deze routes is het ondanks het feit dat in beginsel een *recht* op toewijzing bestaat toch mogelijk op basis van een belangenafweging af te zien van toewijzing. Verschillende auteurs lijken echter van mening te zijn dat er meer ruimte moet zijn voor een zelfstandige proportionaliteitstoets.[24] Het is de vraag of dat passend is en of dat op zichzelf voldoende richting geeft. Hieronder zal ik betogen dat een zelfstandige proportionaliteitstoets in aanvulling op de hiervoor besproken afwijzingsgronden niet nodig is en bovendien eerder verwarrend dan verhelderend zou kunnen werken (§ 3.2.3.1). Ook bij de huidige stand van zaken zou er echter behoefte kunnen bestaan aan nadere sturing van de belangenafweging. Daarbij zou de strekking van de norm een zekere indirecte invloed kunnen uitoefenen over de selectie van de te wegen belangen (§ 3.2.3.2).

#### 3.2.3.1 Proportionaliteit in het delictuele remedierecht

Van Nispen schrijft dat de uitoefening van remedierechtelijke bevoegdheid altijd wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.[25] Hoewel die stelling juist is – de hiervoor besproken misbruik van recht maatstaf is een *species* van de redelijkheid en billijkheid[26] – kan ze wel de verkeerde indruk wekken. Artikel 3:13 BW bepaalt dat onder andere sprake is van misbruik van recht waar het recht wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden, met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of de rechthebbende met het oog op de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Daarmee wordt een hogere drempel opgeworpen dan de redelijkheid en billijkheid alleen doen: de uitoefening moet ook echt misbruik opleveren.[27]

In het overeenkomstenrecht eisen de redelijkheid en billijkheid wel een grotere wederzijdse zorg van partijen.[28] De contractuele crediteur moet zich bij zijn remediekeuze steeds laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij.[29] Deze regel is nadrukkelijk ingegeven door de contractuele verhouding en dan wel in het bijzonder in het kader van de overeenkomsten van koop en aanneming van werk.[30] Een directe transponering van de regel uit *Multivastgoed/Nethou* naar het delictuele aansprakelijkheidsrecht lijkt zich slecht te verhouden tot het verschil in materieelrechtelijke grondslag. Waar contractspartijen elkaar steeds ‘goede trouw’ of ‘gedrag conform de eisen van redelijkheid en bil-

24 Zie bijv. Dijkman 2019, die betoogt dat het EU-recht daar in octrooizaken toe noopt. Het zou mijn voorkeur verdienen om naar Duits voorbeeld de proportionaliteitstoets vooral in te richten conform de nationale leerstukken (zie ten aanzien daarvan: Scharen 2019, p. 113), maar deze specifieke kwestie laat ik hier verder rusten.

25 Van Nispen 2018, p. 23; Van Nispen 1978, p. 236-237.

26 Zie ook: Schrage 2019, p. 8-14. Deze categorisering kan wel tot enige verwarring leiden. De eisen van ‘redelijkheid en billijkheid’ leggen juist méér verplichtingen op dan het verbod van misbruik van recht. Het is wat verwarrend om de lagere standaard (misbruik van recht) te kwalificeren als de species van de hogere standaard (redelijkheid en billijkheid). Juister lijkt mij dan ook: Rodenburg 1985, p. 61 en 64, die de eerste toets als een volledige toets en de tweede als een marginale toets kwalificeert. Erg veel doet het er overigens niet toe: *rubrica non est lex*. Veel belangrijker is dat de proportionaliteitstoets niet verzelfstandigd wordt ten opzichte van de misbruik van recht-maatstaf.

27 Schrage 2019, p. 29.

28 Dat geldt overigens ook voor partijen die zich nog in de precontractuele fase bevinden, zie HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

29 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

30 De Hoge Raad wijst expliciet op de artt. 7:21 BW en 7.12.8 Ontw. BW.

lijkheid' verschuldigd zijn,[31] geldt dat voor partijen die enkel worden verbonden door een delictuele rechtsplicht niet altijd en zeker niet in dezelfde mate.

Anders dan contractspartijen die elkaar hebben uitgekozen en om die reden tot elkaar veroordeeld zijn, worden de delictuele 'debiteur en crediteur' eerder verbonden door het lot dan door vrije wil. In het eerste geval past het bij onze rechtscultuur dat partijen er eerst samen uit proberen te komen in plaats van direct naar het remediearsenaal te grijpen.[32] In het tweede geval is het vaak niet redelijk om van de gerechtigde te verwachten dat hij zich steeds rekenschap geeft van alle belangen die de verplichte zou kunnen hebben. Het materiële recht geeft hem een aanspraak op naleving van de norm en hij hoeft zich in beginsel niets aan te trekken van die ander. Dat betekent natuurlijk niet dat in het geheel geen belangenafweging kan worden gemaakt. Artikel 3:13 BW biedt de grondslag daartoe expliciet. Het punt is alleen dat de belangenafweging slechts in uitzonderlijke gevallen zal mogen doorslaan in een afwijzing van het bevel.[33] Die drempel ligt nadrukkelijk hoger dan op grond van de regel uit *Multivastgoed/Nethou* in het overeenkomstenrecht voor de nakomingsactie zou kunnen worden gedacht.

Een laatste bezwaar tegen de proportionaliteitstoets zou kunnen zijn dat die toets de rechter dwingt het normatieve wiel in de remediefase opnieuw uit te vinden, wat noch de uitkomst, noch de beoordeling voorspelbaar zou maken. De rechter zou dan immers opnieuw alle relevante omstandigheden van het geval moeten verzamelen en de daarin besloten belangen tegen elkaar wegen. Daarmee zou het materieelrechtelijke debat in de remediefase nogmaals moeten worden gevoerd, wat de procedure voor partijen niet overzichtelijker zou maken. De beoordeling zou dan behalve aan formele rechtszekerheid in enge zin, ook inboeten aan formele rechtszekerheid in ruime zin.

#### 3.2.3.2 De rol van de norm bij een belangenafweging

Probleem met het laatste punt van kritiek op een eventuele proportionaliteitstoets is evenwel dat zij evengoed zou kunnen worden gericht tegen de huidige praktijk van belangenafweging; ook daar is immers niet duidelijk welke belangen zullen worden gewogen en hoe. De norm kan hier geen volstrekte zekerheid bieden: het bestaan van de norm suggereert immers toewijzing, terwijl de rechter afwijzing overweegt. Dat betekent evenwel niet dat de bron van normatieve informatie uitgeput is. Bij de invulling van die belangenafweging kan de norm namelijk wel enige indirecte invloed uitoefenen.

De verschillende weigeringsgronden vervullen steeds dezelfde functie: zij geven een normatieve reden om in een concreet geval een *prima facie* recht op toewijzing van het bevel tóch geen gestand te doen. Bij toepassing van artikel 6:168 BW is dat het publieke belang dat met de activiteit gediend is, in het kort geding is dat het risico dat een snelle beslissing onvoldoende zorgvuldig is, en bij toepassing van artikel 3:13 BW is dat het afkeurenswaardigde gedrag van de eiser. Maar waartegen moeten deze belangen in het concrete geval worden gewogen? De kapitaalkrachtigheid van de eiser? De mate waarin de eiser zich

31 Art. 6:2 BW omschrijft het met zoveel woorden.
32 De contractuele eis dat een wanprestant die nog na zou kunnen komen eerst in de gelegenheid moet worden gesteld dat alsnog te doen is een goed voorbeeld van die grondhouding, zie de artt. 6:74 jo. 6:81 e.v. BW.
33 Zie over de 'onaanvaardbaarheid': Schrage 2019, p. 29.

zelf aan de regels heeft gehouden? Uit de gedachte dat iedere norm iets vertelt over wat de precieze verantwoordelijkheidsverdeling tussen partijen is, ligt het voor de hand de selectie van de te wegen belangen af te laten hangen van de strekking van de norm. Ik licht dat toe.

Neem twee fabrieken in gedachten die allebei in het publieke belang opereren, maar ook onrechtmatige hinder veroorzaken. De ene fabriek veroorzaakt hinder door stankoverlast, de ander door het lozen van giftige stoffen in een aan woonhuizen grenzende vaart. Hoewel beide fabrieken in het publiek belang opereren, is er ten aanzien van de tweede fabriek veel meer reden een beroep op artikel 6:168 BW te weigeren. Dat komt omdat de gezondheidsbelangen waar de tweede fabriek zorg voor moet dragen in ons recht zwaarder wegen dan het enkele ongemak dat de eerste fabriek veroorzaakt.[34] Dat verschil in beoordeling was echter ook al uit de norm zelf af te leiden: de strekking van de hindernorm is immers afhankelijk van de maatschappelijke zorgvuldigheid.[35] De norm die zegt dat het lozen van giftige stoffen verboden is, doet dat nadrukkelijk met het oog op een hoogwaardig rechtsbelang.

En zo werkt het steeds. Het lijkt bijvoorbeeld onwaarschijnlijk dat het recht op leven ooit misbruikt kan worden, terwijl het recht op uitzicht zich daar veel eenvoudiger voor leent. Vandaar dat het slagen van een beroep op misbruik van het recht op door een ander te nemen veiligheidsmaatregelen veel minder voor de hand ligt dan misbruik van het recht op ongestoord woongenot. Dat verschil in de aard van het recht van de eiser en de daarmee correlerende plicht voor de eiser, rechtvaardigt een andere weging. Zo ook in het kort geding. Als de norm strekt tot de bescherming tegen letselschade, dan ligt een toewijzing van het bevel eerder voor de hand dan wanneer het uitsluitend strekt tot bescherming tegen oneerlijke concurrentie. Het risico van een foute beslissing weegt in dat eerste geval veel minder zwaar dan in het tweede.

Daarbij zou de vraag gesteld kunnen worden waarom het nodig is te kijken naar de strekking van de norm. Is de hiervoor beschreven exercitie niet precies wat met een belangenafweging bedoeld wordt? De reden daarvoor is dat niet in ieder geval alle belangen voor weging in aanmerking zouden moeten komen. Dat de eigenaar van een bedrijf psychisch onbehagen ervaart bij de jegens hem gerichte oneerlijke concurrentie doet niet terzake; hoe oprecht dat onbehagen ook is. De vraag is vooral in hoeverre zijn *zakelijke* belangen in het geding komen en hoe die afwegen tegen het risico op eventuele onzorgvuldigheid in de beoordeling in kort geding. Dat de milieuactivist depressief wordt van de vervuiling die een op zichzelf nuttige fabriek veroorzaakt is akelig en zelfs begrijpelijk, maar doet er bij de vraag of het bevel tot staking van de activiteiten op grond van het publieke belang moet worden afgewezen niet toe. Daar draait het echter om de vraag welke gezondheidsbelangen gediend zijn bij naleving van de milieunorm en hoe *die* belangen afsteken tegen het publieke belang.

34 Vgl. de hoge waardering van letselschade in de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Zie daarover Brunner 1981a, p. 216; Brunner 1981b, p. 234.

35 Zie de verwijzing naar art. 6:162 BW in art. 5:37 BW.

## 3.3 De inhoud van het rechterlijk bevel

De constatering dat de aanspraak op het rechterlijk bevel in beginsel vrij sterk is, maakt de vraag naar wat de omvang van het bevel dan precies mag zijn des te crucialer. Vanuit het perspectief van de eiser kan het namelijk aantrekkelijk zijn een zo ruim mogelijk geformuleerd bevel te vorderen. Als mijn buren hinderlijk hard muziek draaien na tien uur 's avonds, dan is het een aantrekkelijk idee een gebod de stereo weg te doen te vorderen. Dan gaat de muziek tenminste niet meer aan. Heeft mijn concurrent mijn klantenbestand ontfutseld, dan heb ik het liefst dat hem in het geheel wordt verboden in mijn geografische markt te opereren. Dan weet ik tenminste zeker dat hij dat klantenbestand niet gebruikt. Maar kan ik daar een aanspraak op maken? Vanuit het perspectief van de gedaagde zijn dit soort bevelen een stuk minder aantrekkelijk. Waarom, immers, zou van hem iets verlangd kunnen worden waar hij op grond van het materiële recht strikt genomen niet toe verplicht was? Heb ik als gerechtigde überhaupt wel een aanspraak op zo'n bevel?

In deze paragraaf betoog ik dat uitgangspunt van het Nederlandse recht nog steeds is dat het bevel niet tot meer mag verplichten dan de materiële rechtsplicht. Eerst zet ik uiteen hoe deze eis zich heeft ontwikkeld (§ 3.3.1). Vervolgens betoog ik dat de Hoge Raad de eis hier en daar heeft genuanceerd, maar dat zij nog steeds onverkort geldt (§ 3.3.2). In paragraaf 3.4 betoog ik vervolgens dat deze eis in combinatie met de regel dat de gerechtigde een recht op nakoming heeft ook goed past binnen een 'relatief' of 'relationeel' remedierecht.

### *3.3.1 De ontwikkeling van de overeenstemmingseis*

Artikel 3:296 BW bepaalt dat 'hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten (…) *daartoe* op vordering van de gerechtigde [wordt] veroordeeld' (cursivering, WThN). Het woord 'daartoe' impliceert dat de gedaagde alleen mag worden veroordeeld zijn rechtsplicht na te leven. Dat volgt ook uit de ontstaansgeschiedenis van het bevel. Hoewel de remedie niet op compensatie maar op voorkoming gericht is (§ 3.3.1.1), betekent dit niet dat de rechter zelf dwangmiddelen in het leven mag roepen om 'effectieve handhaving' te bevorderen: ook niet in de vorm van een uitgebreid bevel (§ 3.3.1.2).

#### 3.3.1.1 Van compensatie naar voorkoming

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende geen met artikel 3:296 BW vergelijkbare bepaling. In de 19e en vroege 20e eeuw konden rechterlijke verboden of geboden alleen worden verkregen ter handhaving van zakelijke rechten[36] of als schadevergoeding voor reeds geleden onrecht. Zo werd in 1903 in *Rotterdam/Boels* de gemeente Rotterdam weliswaar bevolen een onrechtmatig afgebroken gebouw

36 De eigenaar kon de stoornis van bezit doen eindigen (art. 629 Oud BW) en de eigenaar van een onroerend goed kon een vordering tot amotie instellen (art. 702 Oud BW). Deze remedies zijn nog steeds als bijzondere remedies te vinden in het huidige BW (resp. artt. 5:2 BW en 5:54 BW) maar worden gezien als species van het algemene art. 3:296 BW (zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 895; TM, *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 71).

te herbouwen, maar dan wel bij wijze van schadevergoeding.[37] Daarmee bleef de rechter bij het beslissen over de toe te wijzen remedie terugkijken naar het reeds begane onrecht op de manier zoals dat nu bij de schadevergoeding in natura van artikel 6:103 BW gebeurt.

In 1914 werd duidelijk dat deze remedie zich ook goed leende voor een meer preventief perspectief, doordat de Hoge Raad het in het *Kieft/Otjes*-arrest mogelijk achtte een verbod op voortzetting van onrechtmatig handelen *in de toekomst* toe te wijzen.[38] Later zou duidelijk worden dat voor toewijzing van een nakomingsveroordeling geen *voorafgaande* schending van een rechtsplicht vereist is[39] en dat een verbod ten aanzien van alle soorten rechtsplichten kan worden ingeroepen.[40] Zolang sprake is van een reële dreiging van normschending en een voldoende materieel belang bij het gevorderde bevel,[41] heeft de eiser recht op toewijzing.[42] Hiermee verschoof de focus van de remedie van het verleden naar de toekomst en van compensatie naar handhaving.

### 3.3.1.2 Handhaven: alleen met door de wetgever gecreëerde dwangmiddelen

Een rechterlijk bevel *an sich* kan afschrikwekkend werken. Maar niet alle gedaagden leven veroordelingen na. Dat maakt de roep om aanvullende dwangmiddelen groter. Ten eerste zal niet iedere overtreding tot een geslaagde schadevergoedingsactie leiden. Ten tweede, zelfs als een overtreding van het bevel eveneens een recht op schadevergoeding schept, dan wil dat nog niet zeggen dat daar een afschrikwekkende werking vanuit gaat.[43] Voor 'harde preventie' lijkt dus meer vereist. De Hoge Raad is daar in de vroege jaren van de bevelsremedie echter duidelijk over geweest: handhaven mag alleen met door de wetgever gecreëerde dwangmiddelen.

(a) De dwangsom

In *Kieft/Otjes* deed de problematiek rondom de handhavende kracht van het bevel zich direct voor. Kieft viste regelmatig in het water van een gebied dat in eigendom toebehoorde aan waterschap De Beemster. Otjes vorderde namens het waterschap een verbod jegens Kieft. Het Hof had het gevraagde verbod te vissen toegewezen en versterkt met een dwangsom van *f* 50,- voor iedere toekomstige overtreding. Daar bestond op dat moment nog geen wettelijke basis voor. A-G Ledeboer meende dat hoewel het verbod inderdaad toegewezen mocht worden, het Hof met het opleggen van een dwangsom zijn boekje te buiten was gegaan:

---

37 HR 13 maart 1903, *W* 7899 (*Rotterdam/Boels*). Voor de feiten, zie Rb. Rotterdam 1 mei 1899, *W* 7314 (*Rotterdam/Boels*). Vergelijkbaar: HR 13 juni 1913, *W* 9531 (*Maatschappij van de Weldadigheid/Nicola*). Zie verder over de schadevergoeding in natura Hoofdstuk 4.

38 HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M.M (*Kieft/Otjes*).

39 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*), betreffende een inbreukverbod op *alle* door BUMA beheerde auteursrechten.

40 HR 18 augustus 1944, ECLI:NL:HR:1944:26 *NJ* 1944-45/598 (*Gemeente Alkmaar/Provincie Noord-Holland*), betreffende een bevel tot nakoming van de plicht de stroomvoorziening te garanderen. Tot deze uitspraak betroffen alle bevelen en verboden handhaving van absolute rechten.

41 Art. 3:303 BW, zie ook: Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/153: vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 895; Bleeker 2018, p. 143-145.

42 Zie de formulering van art. 3:296 BW en HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*). Zie ook: Van Nispen 2018, p 13, 32.

43 Zie bijv. Van Boom 2006, p. 20; Van Boom 2007, p. 986.

> "Wat het Hof deed is het verschaffen van een dwangmiddel, dat de wet niet kent en dat geheel in strijd is met den geest van onze geheele wetgeving, daar het veronderstelt een aan den rechter gegeven macht, om zonder eenige wettelijke grens, op overtreding van eenig gebod of verbod, zuiver arbitrair eene boete te stellen."[44]

De Hoge Raad kwam tot hetzelfde oordeel onder de overweging dat volgens de wet veroordelingen zich alleen konden oplossen in schadevergoeding.[45] Deze opvatting werd in de literatuur gedeeld.[46] Resultaat was dat de dwangsom pas als dwangmiddel kon worden toegepast toen zij in 1933 bij wet werd ingevoerd.[47]

(b) De ontwikkeling van de overeenstemmingseis

Dezelfde afwijzende houding tegenover versterking van handhaving valt te ontwaren ten aanzien van het bevel waarbij de gedaagde méér wordt verboden dan waartoe hij op grond van zijn rechtsplicht gehouden was. Zo'n ruim geformuleerd gebod of verbod werkt *de facto* als een extra dwangmiddel, omdat het de begunstigde partij toestaat in te grijpen in het rechtmatige handelen van de veroordeelde om onrechtmatig gedrag te voorkomen. Dit soort bevelen wees de Hoge Raad aanvankelijk van de hand.[48]

Een duidelijk voorbeeld is *Holst/Philips*.[49] Philips onderhield een zogenoemde gesloten verkooporganisatie. Dat wil zeggen dat zij producten alleen verkocht aan bij haar aangesloten verkopers met wie een minimumprijs was afgesproken. Holst en enkele andere handelaren behoorden niet of niet meer tot deze gesloten verkooporganisatie. Toch boden zij begin jaren zestig verschillende Philips-producten tegen lage prijzen aan. Een dergelijk doorbreken van een verkooporganisatie levert volgens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad een onrechtmatige daad op als het (i) bewust, (ii) regelmatig en (iii) ter bevordering van het eigen bedrijf en ter benadeling van concurrenten geschiedt.[50] Philips meende dat het gedrag van Holst daarop neerkwam en vorderde dat het Holst verboden werd nog Philips-producten te verhandelen.

Het Hof Amsterdam wees de vordering toe omdat Philips belang had bij een dergelijk verbod.[51] De Hoge Raad zag geen brood in die redenering: het was niet onrechtmatig om überhaupt Philips producten te verhandelen en dat kon Holst dan ook niet verboden worden.[52] Natuurlijk had Philips wel 'belang' bij het ruime verbod. Voor haar is het veel makkelijker om *iedere* verhandeling van haar producten tegen te gaan dan te moeten zoeken naar verhandeling die 'bewust, regelmatig en ter bevordering van het eigen bedrijf van de verkoper' is. Maar op zo

---

44 Conclusie A-G R.B. Ledeboer bij HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98 (*Kieft/Otjes*)
45 HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M. Meijers (*Kieft/Otjes*), p. 2.
46 Zie bijv. Westerouen van Meeteren 1919.
47 Wet van 29 december 1932, Stb. 676. Voor die tijd werd wel een 'voorwaardelijke schadevergoeding' verbonden aan het bevel. Zoals Beekhoven-Van den Boezem betoogt, zou men die veroordeling best kunnen hebben ervaren als een dwangsom (zie Beekhoven van den Boezem 2003, p. 164). Toch was deze veroordeling van fundamenteel andere aard dan de dwangsom omdat de hoogte afhankelijk werd gesteld van de te lijden schade in plaats van (daarnaast) de financiële positie van de gedaagde.
48 HR 16 juni 1911, *W* 9194 (*Suikerman/Staat*); HR 17 januari 1930, ECLI:NL:HR:1930:256, *NJ* 1930/573, m.nt. E.M. Meijers (*Ontvanger/Spaarbank*).
49 HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips).*
50 HR 11 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1892, *NJ* 1937/1096, m.nt. Meijers (*Kolynos*); HR 12 januari 1962, ECLI:NL:HR:1962:113, *NJ* 1962/246, m.nt. Beekhuis (*Nibeja/Grundig*).
51 HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips*), p. 819-820.
52 *Ibid.* p. 824.

een ruim bevel heeft Philips geen recht. Het bevel kwam er namelijk op neer dat Holst ook rechtmatige verhandeling van Philips producten werd verboden. En dat achtte de Hoge Raad niet gepast:[53] er moet overeenstemming bestaan tussen rechtsplicht en remedie. Deze overeenstemmingseis is in eerdere en latere jurisprudentie terug te vinden[54] en auteurs lijken de eis vanzelfsprekend te vinden.[55]

### *3.3.2 Nuanceringen van de Hoge Raad*

Wie recente rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de feitenrechters erop naslaat zou de indruk kunnen krijgen dat de overeenstemmingseis niet meer nauwgezet gevolgd wordt. De Hoge Raad staat in sommige gevallen bevelen toe waarvan men zich kan afvragen of er nog wel een rechtsplicht onder ligt. Hieronder bespreek ik vier van die gevallen: het bevel in algemene termen, het bevel aangaande een schakel in een onrechtmatige keten, het bevel in kort geding en de zogeheten 'nevenvorderingen' in het IE-recht. De meeste zijn bij nadere beschouwing niet strijdig met de overeenstemmingseis. Waar dat wel zo is, is er reden voor kritiek. Die zet ik in deze paragraaf op praktische gronden aan, maar werk ik in paragraaf 3.4 theoretisch nader uit.

#### 3.3.2.1 Een in algemene termen opgesteld bevel

Een ogenschijnlijke uitzondering is dat bevelen ruim geformuleerd mogen worden als nauwkeurigere omschrijving lastig of onmogelijk is, zoals bij een mogelijke inbreuk op IE-rechten.[56] Enigszins paradoxaal is die algemeenheid nodig om verdere geschillen te voorkomen. Als een inbreukmaker structureel inbreuk maakt op verschillende rechten van eiser of steeds een nieuwe vorm van inbreuk verzint, dan zou een bevel dat zich alleen uitstrekt tot die voorgaande inbreuk makkelijk door de inbreukmaker kunnen worden omzeild. Natuurlijk kan de gerechtigde dan een nieuw bevel krijgen, maar de vraag is wat hij daarmee opschiet. Een in algemene termen opgesteld bevel kan dan uitkomst bieden.

Zo'n algemeen bevel zou zich in theorie kunnen uitstrekken tot gedrag dat op zichzelf wel rechtmatig is, zoals bijvoorbeeld een verbod zich laatdunkend over een ander uit te laten. Dat soort uitlatingen *kunnen* onrechtmatige laster opleveren, maar *kunnen* ook rechtmatig zijn. Zo'n algemeen bevel lijkt dan in strijd met de overeenstemmingseis, maar in de praktijk valt dat mee. Ten eerste is het aantal gevallen waarin een in algemene termen opgesteld bevel nodig is beperkt. Zo is het vaak mogelijk om een bevel op te stellen dat letterlijk onrechtmatig gedrag verbiedt (bijv. door het maken van inbreuk op een auteursrecht te verbieden).[57] Waar de algemeenheid echt noodzakelijk is wordt, ten tweede, overeenstemming

53 *Ibid.*

54 HR 17 januari 1930, ECLI:NL:HR:1930:256, *NJ* 1930/573, m.nt. E.M. Meijers (*Ontvanger/Spaarbank*); HR 14 juni 1963, ECLI:NL:HR:1963:AC3603. *NJ* 1965/82, m.nt. J.H. Beekhuis (*EZH/Bailey I*); HR 1 december 1972, ECLI:NL:PHR:1972:AB6720, *NJ* 1973/111, m.nt L. Wichers Hoeth (*Royal Sluis/Hakkenberg & Hoopman*); HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901 *NJ* 1987/1, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*Gebiedsverbod*).

55 Van Nispen 1978, p. 408 (hoewel hij deze eis niet lijkt te stellen voor nevenvorderingen, zie Van Nispen 1978, p. 351-353); Van Nispen 2018, p. 32; Drion 1962, p. 217; Blaauw 2002, p. 193.

56 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*).

57 Zie hierna in § 3.4.2.3 mijn kritiek op een verkeerde toepassing van deze regel in Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155.

op een andere manier gegarandeerd. De Hoge Raad verbindt aan dat soort algemeen opgestelde bevelen namelijk de uitlegregel "dat de draagwijdte van het verbod beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld dat zij (…) inbreuken, als door de rechter verboden, opleveren."[58] Zo bewerkstelligt de Hoge Raad dat de gedaagde vrij blijft zich te bewegen binnen de ruimte die het recht hem biedt, zonder dat de rechter hoeft over te gaan tot het geven van gedetailleerde regels: het gezond verstand kan hier richting geven.

#### 3.3.2.2 Een schakel in een onrechtmatige keten

Een moeilijker geval is dat waarin rechtmatig gedrag wordt verboden omdat het een schakel vormt in een onrechtmatige keten, zoals in het *Maxis/Boekhandelaren*-arrest.[59] Een aantal uitgevers en boekhandelaren had afspraken gemaakt over de minimumprijs van boeken. Maxis doorbrak deze gesloten verkooporganisatie van de Nederlandse boekhandelaren door toch boeken aan te bieden tegen een lagere prijs. Maxis kon ten aanzien van één deel van de boeken aantonen dat ze uit België geïmporteerd werden, maar ten aanzien van een ander deel niet. Dat wekte de indruk dat Maxis profiteerde van de wanprestatie van een of meerdere handelaren in Nederland. Een aantal handelaren vorderde een bevel de handel in deze boeken te staken. De Hoge Raad achtte het verbod toewijsbaar:

> "Wanneer echter, zoals het Hof hier heeft aangenomen, voor de onrechtmatigheid van enig gedrag een zekere stelselmatigheid en frequentie van bepaalde handelingen is vereist, en de rechter in de dreiging dat gedaagde zich aan zulk gedrag zal schuldig maken, aanleiding ziet tot het opleggen van een verbod daarvan, kan het voor de effectiviteit van zijn verbod noodzakelijk zijn, afzonderlijke handelingen welke deel zouden uitmaken van het gevreesde onrechtmatige gedrag, op straffe van een dwangsom te verbieden. Het onderdeel gaat er ten onrechte van uit dat in een dergelijk geval de rechter een zodanige vrijheid niet zou hebben."

Dat ligt heel dicht aan tegen wat in *Holst/Philips* zo principieel van de hand was gewezen. Het gaat hier weliswaar om een schakel in een keten van potentieel onrechtmatig handelen, maar dat neemt niet weg dat die schakel op zichzelf gewoon rechtmatig is. Natuurlijk is het gevorderde verbod 'effectiever' dan het nauwkeuriger geformuleerde verbod, maar, om de redenering maar eens tot het absurde te reduceren, Maxis verbieden überhaupt te handelen is ook 'effectief.' Toch zal niemand *dat* rechtvaardig vinden. Het punt is nu juist dat op grond van een vaststelling van rechten en plichten *over en weer* tot een genuanceerd oordeel gekomen moet worden. Het beoordelingskader dat de Hoge Raad de rechter hier aanreikt, is te eenzijdig.

Mij lijkt enige voorzichtigheid dan ook geboden. Natuurlijk is het waar dat om pragmatische redenen een bevel soms in algemene termen moet worden af-

---

58 HR 18 februari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4633, *NJ* 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*). De regel werd geïntroduceerd door HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, *NJ* 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*). Zie ook: HR 27 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4946, *NJ* 1969/365, m.nt. D.J. Veegens (*Carl Zeiss Jena/Jenaer Glaswerk*); HR 29 maart 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AG4987, *NJ* 1985/592, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Konsumenten Kontakt/Electrorama*); HR 20 mei 1994, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras (*Van Weezenbeek/Het Financieele Dagblad*); HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, *NJ* 2003/356, m.nt. Ch. Gielen.

59 HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, *NJ* 1979/480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis/Boekhandelaren*).

gegeven, maar veel meer vrijheid zou de rechter hier niet moeten nemen. Het is niet uitgesloten dat de Hoge Raad deze ruimte heeft genomen omdat het hier gaat om een kort geding en hij de voorzieningenrechter ruimte wil geven, maar in de kern komt deze benadering in strijd met het uitgangspunt van *Holst/Philips* en, zoals ik hierna uiteen zal zetten, de aard van het bevel in een normcentrisch en relationeel remedierecht.[60]

### 3.3.2.3 Kort geding

Betoogd zou kunnen worden dat de vrijheid die de Hoge Raad de rechter hier geeft, volgt uit het feit dat in kort geding gevraagd wordt om ordemaatregelen waarbij men het niet zo nauw hoeft te nemen met wat het materiële recht eist. Zoals hiervoor betoogd is het daarbij goed om een onderscheid te maken tussen het bevel als procesordenende maatregel en het bevel als materieelrechtelijke remedie, waarvan de grondslag in artikel 3:296 BW moet worden gezocht.[61]

Ten aanzien van die eerste geldt vanzelfsprekend dat de voorzieningenrechter een grote beoordelingsruimte heeft. Zolang het doel is om gedurende de procedure de verhouding tussen partijen in goede banen te leiden is daar ook weinig op tegen. Zolang een bevel als doel heeft de procedure te ordenen en het zich in ieder geval beperkt tot de duur van die procedure, is lastig in te zien waarom de overeenstemmingseis nauwgezet gevolgd zou moeten worden. Maar voor zover het gaat om het bevel als voorlopige variant van een in bodemprocedure definitief te maken materieelrechtelijke remedie, lijkt enige voorzichtigheid geboden.

Opnieuw, een *afwijzing* op grond van een belangenafweging past goed bij het karakter van het kort geding.[62] Als de voorzieningenrechter voorshands van oordeel is dat aan de vereisten van artikel 3:296 BW is voldaan, maar op basis van een belangenafweging tot de conclusie komt dat een verbod te ingrijpend zou zijn, dan past het bij de aard van het kort geding dat hij daarvan afziet. In *Euromedica/Merck* gaat de Hoge Raad echter nog een stapje verder, door te overwegen dat:

> "[o]nverminderd het bepaalde in art. 3:296 BW, dat in kort geding evenwel toepassing mist, […] het, indien sprake is van een gedraging of een dreigende gedraging van de verwerende partij in strijd met hetgeen deze dient te doen of na te laten, in beginsel [is] voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt om op grond van een afweging van de wederzijdse belangen te beslissen of hij desgevorderd een verbod of bevel zal opleggen en, indien hij daartoe overgaat, te bepalen hoe ver dat zich zal uitstrekken."[63] (onderstreping WThN).

Hiermee lijkt de Hoge Raad te impliceren dat (i) de grondslag van de vordering – wat artikel 3:296 BW voor het bevel toch is – genegeerd mag worden in kort geding, en (ii) dat het de rechter op grond van een belangenafweging vrij staat

60 Zie hierna § 3.4.
61 Zie hiervoor § 3.2.2.2.
62 *Ibid.*
63 HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*), r.o. 3.5.1. Deze uitspraak heeft gevolg gevonden in Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602.

een verbod of bevel af te geven dat tot méér verplicht dan het materiële recht doet.[64] Noch het een, noch het ander past in ons recht.

Ten aanzien van de eerste stelling lijkt voor zich te spreken dat de grondslag van de vordering in kort geding niet genegeerd kan worden.[65] Natuurlijk is het zo dat met de regels van het bewijsrecht omwille van de snelheid van het geding soepeler mag worden omgesprongen,[66] maar het is niet zo dat de kortgedingrechter een dorpsoudste is die het materiële recht naast zich neer mag leggen.[67] A-G Verkade suggereert in zijn conclusie bij *Euromedica/Merck* dat deze stelling steun vindt in de uitspraken *AVRO/BUMA,*[68] *Van 't Hooft/Coca Cola,*[69] *Intres/Walt Disney,*[70] en *Procter & Gamble/Kimberly Clark.*[71] Maar dat lijkt niet te kloppen. In *AVRO/BUMA* is niet meer beslist dan dat het bevel niet beperkt hoeft te zijn tot reeds gepleegde onrechtmatige handelingen en onder omstandigheden in redelijk algemene termen opgesteld mag worden, in *Van 't Hooft/Coca Cola* is beslist dat de vraag of vrees voor herhaling bestaat, een feitelijk oordeel is dat in cassatie niet getoetst kan worden, en *Procter & Gamble/Kimberly-Clark* en *Intres/Walt Disney* bieden alleen steun voor de stelling dat de rechter van een verbod mag *afzien* op grond van een belangenafweging. Gelet op het feit dat de Hoge Raad zelf in latere uitspraken artikel 3:296 BW weer terloops van toepassing verklaart in kort geding, is niet ondenkbaar dat het hier om een *slip of the pen* gaat.[72]

Ook over de juistheid van de tweede stelling kan worden getwijfeld. Mocht de Hoge Raad toch bedoeld hebben dat het de voorzieningenrechter vrijstaat op grond van een belangenafweging tot een *ruimer* verbod te komen, dan lijkt dat onjuist te zijn. In het algemeen geldt natuurlijk dat een rechter onder omstandigheden op een algemene formulering van het bevel mag uitkomen, omdat een te precieze formulering het praktisch nut van het bevel ondermijnt,[73] maar dat is niet hetzelfde als een veroordeling volledig te formuleren aan de hand van haar

64 Het woord 'onverminderd' impliceert dat de rest van de overweging niet afdoet aan de werking van art. 3:296 BW. Dat is echter lastig te rijmen met (a) de stellige uitspraak dat die bepaling 'in kort geding evenwel toepassing mist' en (b) de met de tekst van dat artikel strijdige uitleg die volgt.

65 Zie bijvoorbeeld HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4: "(…) Ook in kort geding gelden de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Deze motiveringsplicht heeft uitdrukking gevonden in de art. 121 Grondwet (Gr.w), 20 Wet RO, 59 en 429k Rv; hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval." Als de grondslag van de rechtsvordering genegeerd zou mogen worden lijkt toetsing in hoger beroep lastig.

66 Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 217, daar aangehaald: HR 29 januari 1943, ECLI:NL:HR:1943:AG1934, *NJ* 1943/198; HR 21 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AH8582, *NJ* 1979/194, m.nt. W.H. Heemskerk; HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:1998:ZC2720, *NJ* 1999/682, m.nt. J.B.M. Vranken.

67 Zie Schut 1985, p. 145 e.v. Korthals Altes wijst volledige discretie bij de beoordeling in kort geding ook af, maar ziet de materie kennelijk toch anders: Korthals Altes 1985, p. 332.

68 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*).

69 HR 22 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:33, *NJ* 1958/478 (*Van 't Hooft/Coca Cola*).

70 HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1899, *NJ* 1996/510, m.nt. D.W.F. Verkade (*Intres/Walt Disney*).

71 Sub 6.2 Conclusie A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2005:AS5238 bij HR 15 april 2005, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*).

72 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, *NJ* 2011/373 (*Thuiskopie/Heldt*), r.o. 3.6.3; HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *NJ* 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Tirion/Cruijff*), r.o. 3.8. Zie voor uitspraken van voor die datum bijv. HR 19 maart 2004, ECLI:N:HR:2004:AO0903, *NJ* 2007/585, m.nt. P. Vlas (*Philips/Postech*), r.o. 3.4.3.

73 HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*); HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, *NJ* 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*), p. 1157. Zie hierover ook Conclusie A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2010:BM0140 bij HR 4 juni 2010, *RvdW* 2010/708.

praktisch nut. Zolang het bevel een voorlopige variant van het bevel in een bodemprocedure is, moet zij wel naar die remedie worden gericht en een te vrijblijvende formulering draagt het risico in zich dat een bevel wordt afgegeven dat slecht strookt met de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen.

Zolang het niet gaat om een bevel dat als 'procesordenende voorziening' moet worden aangemerkt, moet over het bevel in kort geding niet te makkelijk worden gedacht. Ten eerste geldt dat de afwegingen van de voorzieningenrechter in hoger beroep wel controleerbaar moeten blijven[74] en dat wordt bij een belangenafweging moeilijker dan bij een materieelrechtelijke toets. Ten tweede spreekt de voorzieningenrechter weliswaar ordemaatregelen uit, maar *de facto* gaat van het kort geding steeds meer een definitiverende werking uit: partijen schikken steeds vaker op basis van het voorlopig oordeel.[75] Is het verbod bijvoorbeeld te ruim, dan zou worden geschikt op basis van een onvolledig en onvoldoende in het recht gegrond beeld. En dat raakt behalve aan de voorspelbaarheid vooral ook aan de materiële rechtszekerheid: de gedaagde kan er niet op rekenen dat hij zal krijgen wat het recht hem beloofde.

### 3.3.2.4 Nevenvorderingen

Tot slot lijkt de eis in het IE-recht in het verleden nogal eens los te zijn gelaten. Naast een vordering tot het staken en gestaakt houden van inbreuk, stellen rechthebbenden doorgaans ook enkele zogenoemde nevenvorderingen in.[76] Nevenvorderingen zien bijvoorbeeld op de vernietiging van de inbreukmakende goederen, het doen van opgave van toeleveranciers of afnemers, of een 'recall'-bevel.[77] De meeste van die nevenvorderingen zijn inmiddels gecodificeerd, maar het feit dat ze nog altijd worden toegewezen in gevallen waar geen wettelijke basis is aan te wijzen trekt de overeenstemmingseis wel in twijfel.

Aanvankelijk leek de Hoge Raad ook bij zulke nevenvorderingen de overeenstemmingseis te volgen. In *Chloe/Peeters* had het hof een vordering tot opgave van namen en adressen van toeleveranciers van inbreukmakende producten afgewezen omdat daartoe geen rechtsplicht bestond. Zowel A-G Asser als de Hoge Raad kon zich hierin vinden: het was onvoldoende duidelijk geworden waarom Peeters opgave zou moeten doen.[78] Twee jaar later oordeelde de Hoge Raad in *SKF/Hameco* echter dat voor toewijzing van een dergelijke vordering geen onrechtmatig handelen vereist is. Hameco klaagde over de toewijzing van de nevenvordering tot verstrekking van een lijst met namen en adressen van afnemers aan SKF omdat het hof niet eerst had vastgesteld dat daar een rechtsplicht toe bestond. De Hoge Raad reageerde afwijzend:

> "Het onderdeel faalt, omdat voor zulk een veroordeling zulk een onrechtmatig handelen jegens SKF niet vereist was. De rechter kan op vordering van degene jegens wie een onrechtmatige daad is gepleegd, naast een veroordeling om zaken door middel waarvan de onrechtmatige daad

74 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.
75 Deurvorst 1994, p. 126 e.v. Zie hiervoor ook § 3.2.2.2.
76 Van Nispen 1978, p. 349.
77 Gielen 2017, p. 740-744.
78 HR 27 november 1988, ECLI:NL:HR:1987:AD0091, *NJ* 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloé/Peeters*). Waarbij overigens alleen de A-G expliciet wees op de noodzaak van een rechtsplicht.

> is gepleegd van afnemers terug te nemen, de aansprakelijke persoon veroordelen op een door de rechter te bepalen wijze een lijst van afnemers van die zaken te verstrekken. Zulks vormt, zoals het hof het uitdrukt, een deugdelijk middel om na te gaan of gedaagde aan de veroordeling de zaken terug te nemen voldoet en daarmede een aanvaardbaar zijdelings middel om nakoming van deze veroordeling te verzekeren."[79]

Hiermee lijkt de Hoge Raad een algemene bevoegdheid van de rechter te creëren nevenvorderingen toe te wijzen om nakoming van de veroordeling te verzekeren. Inmiddels gebeurt dat in het IE-recht op grond van een expliciete wettelijke basis,[80] maar daarbuiten gebeurt het nog altijd op basis van deze rechtspraak.[81]

Van Nispen betoogt dat dit geen probleem is. Volgens hem *hoeven* nevenvorderingen ook niet te stoelen op een rechtsplicht, omdat zij gerechtvaardigd worden door de behoefte executiegeschillen te voorkomen.[82] Hij onderschrijft weliswaar dat het afgeven van namen en adressen van leveranciers of afnemers soms (onnodig) schadelijk kan zijn voor de inbreukmakende partij, maar ziet dat liever opgelost door de informatie aan een onafhankelijke derde te verschaffen.[83] Dat is op zichzelf een pragmatische oplossing, maar lost dat probleem alleen op voor deze specifieke nevenvordering. Bij andere nevenvorderingen zijn andere problemen denkbaar. Gevolg zou zijn dat een lappendeken aan oplossingen nodig is om dit probleem te ondervangen. De rechtszekerheid is daar nu niet bepaald mee gediend en de overeenstemmingseis wordt nog steeds geweld aangedaan.

Dat betekent uiteraard niet dat de bevelen die nu als 'nevenvorderingen' worden toegewezen, met een goede redenering niet als 'hoofdvordering' toegewezen zouden kunnen worden. Zoals A-G Asser in zowel *Chloe/Peeters* als *SKG/Hameco* laat zien, is het in veel gevallen heel goed mogelijk een *rechtsplicht* te vinden om goederen af te geven, namen te verstrekken of producten te vernietigen.[84] Ook hier geldt weer dat dat soms zal lukken en soms niet. Lukt dat, dan is er niets mis met de toewijzing van de vordering. Lukt dat niet, dan is het blijkbaar het goed recht van de inbreukmaker om goederen niet af te geven, niet te vernietigen, of niet zijn leveranciers en afnemers te noemen.

Het feit dat de meeste nevenvorderingen in het IE-recht inmiddels van een wettelijke basis zijn voorzien, is veelzeggend. Ook hier moet gelden dat de veroordeling wel een wettelijke grondslag moet bieden. Artikel 3:296 BW kan die

---

79 HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1044, *NJ* 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*).

80 Zie bijvoorbeeld: art. 2.22 lid 7 en 3.18 lid 7 BVIE; art. 70 leden 7 en 12 ROW, art. 70 leden 8 en 12 ZPW 2005; art. 28 leden 1 en 10 Aw; art. 17 lid 1 en art. 18a WNR. Dat lijkt uiteraard evengoed in strijd met de overeenstemmingseis omdat het een vorderingsrecht is zonder dat expliciet een recht of plicht is gecreëerd. Ten aanzien van door de wetgever gecreëerde nevenvorderingen zou echter nog wel kunnen worden betoogd dat – het adagium *ubi ius ibi remedium* omkerende – als de wetgever een remedie creëert, eveneens een recht ontstaat. De creatie van een dergelijk recht door de *wetgever* is makkelijker te aanvaarden omdat het democratisch mandaat van de wetgever die creatie rechtvaardigt.

81 Zie bijv. t.a.v. laster op websites gehost door een provider: Rb. Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1935 (*Deutsche Bahn/XS4ALL*); HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, *NJ* 2009/550, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Lycos/Pessers*). T.a.v nauwe met IE-recht verbonden onrechtmatige gedragingen: oneerlijke mededinging door vergelijkende reclame: Rb. Haarlem 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:RBHAA:2002:AE2465 (*KPN/Pretium*); Rb. Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:RBHDHA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*); slaafse nabootsing: Rb. Den Bosch 2 mei 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX0691 (*Inter Shop/Free Time Products c.s.*).

82 Van Nispen 1978, p. 353.

83 Van Nispen 1978, p. 351-352.

84 Sub 2.6-2.9 en 2.17-2.18 Conclusie A-G Asser ECLI:NL:PHR:1990:AD1044 bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*); Sub 2.14-2.15 en 3.5 Conclusie A-G Asser ECLI:NL:PHR:1987:AD0091 bij HR 27 november 1988, *NJ* 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloé/Peeters*).

grondslag bieden, maar dan moet wel naar een zekere rechtsplicht worden gezocht. Gebeurt dat niet, dan lijkt voor een 'nevenvordering' alleen plaats als daar een andere grondslag voor kan worden gevonden.

## 3.4 Het bevel als relatieve remedie in theorie en praktijk

Het samenspel van de hiervoor besproken regels omtrent het rechterlijk bevel vertelt ons veel over de aard van de remedie. Het Nederlandse recht hanteert als uitgangspunt dat een recht op toewijzing van het bevel ontstaat (§3.2), maar verbindt daaraan de consequentie dat het bevel zich niet verder uit mag strekken dan de rechtsplicht die gedaagde jegens eiser heeft (§ 3.3). Voor nadere belangenafwegingen is weinig plaats. Het publiek belang speelt alleen via artikel 6:168 BW een rol en een private belangenafweging kan ofwel (a) alleen in kort geding worden uitgevoerd, en dan uitsluitend ter *afwijzing* van het bevel, ofwel (b) alleen worden uitgevoerd met inachtneming van de hoge drempel van misbruik van recht. Afwijking van de eis dat het bevel moet overeenstemmen met de onderliggende rechtsplicht wordt alleen in uitzonderingsgevallen toegestaan en in die gevallen is de rechtvaardiging daarvoor ook nog eens twijfelachtig.

Hieronder zal ik eerst betogen dat de in het schadevergoedingsrecht ontwikkelde relativiteitsgedachte het samenspel van het recht op nakoming en de overeenstemmingseis goed kan verklaren (§ 3.4.1). Vervolgens laat ik aan de hand van enkele casustypes zien welk praktisch nut deze benadering kan hebben in moeilijke gevallen (§ 3.4.2). Conclusie is dat het bevel als nakomingsremedie een cruciale rol te spelen heeft binnen een normcentrisch en relationeel remedierecht, dat zowel het recht op nakoming als de overeenstemmingseis daar goed bij passen en dat de nuanceringen die de Hoge Raad op die regels aan lijkt te brengen met enig wantrouwen moeten worden bekeken (§ 3.5).

### *3.4.1 De relativiteit van het bevel*

Hiervoor kwam al aan de orde dat de relativiteit een bredere rol in het delictuele aansprakelijkheidsrecht te spelen heeft.[85] De idee dat het bevel nooit verder mag strekken dan waar het materiële recht de gedaagde toe verplichtte is daar een uiting van. Hieronder ga ik nader in op welke functie de relativiteitsgedachte heeft bij het bevel. Daarbij betoog ik eerst dat ze ook een belangrijke rol te spelen heeft bij de de formulering van het bevel (§ 3.4.1.1) en vervolgens dat ze een goede verklaring biedt voor het samenspel van de aanspraakregel en de overeenstemmingseis (§ 3.4.1.2).

#### 3.4.1.1 Relativiteit bij het rechterlijk bevel

Toepassing van het relativiteitsvereiste in het schadevergoedingsrecht draait in de kern om het relateren van een geschonden norm aan een geschaad belang.[86] Den Hollander presenteert die exercitie als een dubbele vertaalslag: enerzijds

85 Zie § 2.5.
86 Zie ook: Den Hollander 2016, pp. 71-86; Van den Berge 2017, p. 46-48; Lindenbergh 2007.

moet het concrete gedrag aangemerkt worden als normschending (van concreet naar normatief), anderzijds moet bekeken worden of het geschade belang de concreet geleden schade dekt (van normatief naar concreet). Praktisch levert dit drie redeneerstappen op. Eerst moet bekeken worden of het concreet vertoonde gedrag aangemerkt kan worden als een normschending. Dat is een 'normatieve' of 'juridische' kwalificatie van het gedrag. Ten tweede moet worden nagegaan welke belangen door de geschonden norm worden beschermd. Alleen als de belangen van de eiser worden beschermd door de geschonden norm zal schadevergoeding toewijsbaar zijn. Dat is het zoeken naar een normatief verband. Ten derde moet bekeken worden welke concreet geleden schade daaronder valt. Er wordt een bedrag geplakt op dat geschonden belang.[87] Dat is een concretisering van het geschonden belang.[88]

Deze drie stappen zijn een gedetailleerde uitwerking van de werking van het relativiteitsvereiste bij schadevergoeding, maar zoals hiervoor is betoogd is er goede reden de meer algemene relativiteitsgedachte uit te breiden naar de andere remedies.[89] Het is alleen de vraag hoe dat zou moeten. Toepassing van deze gedachte bij bevel en verbod blijft tot nu toe onderbelicht[90] en op het eerste gezicht lijkt die toepassing lastig omdat voor het afgeven van een bevel of verbod niet is vereist dat schade al is ingetreden of dreigt in te treden, terwijl schade toch een belangrijk onderdeel is van (het schadegebonden element van) het relativiteitsvereiste.[91]

De focus op schade miskent echter dat het relativiteitsvereiste dat we doorgaans in werking zien slechts een concretisering van de meer algemene gedachte voor één specifieke remedie is: de schadevergoeding. De vertaalslagen die daarbij gemaakt worden, kunnen simpelweg niet toegepast worden op de verbodsactie. Schade is namelijk niet altijd een element van rechtsplichten.[92] Zo zijn gevallen denkbaar waarin geen concrete vermogensschade valt te vrezen, maar toch een verbod toewijsbaar is, zoals in het geval dat ik dagelijks over het land van een ander loop. In andere gevallen is dreiging van schade wel een onmisbaar element van de rechtsplicht, maar ook daar is schade geen vereiste van de remedie. Het open laten staan van een kelderluik is op zichzelf niet onrechtmatig, maar wel als daarmee een risico ontstaat dat anderen daardoor schade kunnen lijden.[93] De mate van waarschijnlijkheid dat schade zal intreden, is daarmee van belang voor de vraag of een rechtsplicht aangenomen moet worden, maar niet voor toewijzing van de bevelsremedie.[94]

Toch heeft de relativiteit wel degelijk een rol te spelen bij het bevel. Ook hier is immers de vraag of een normatieve brug geslagen kan worden tussen gerech-

87 In de Angelsaksische literatuur over dit onderwerp wordt de schadevergoeding ook wel 'the next best thing' genoemd. Zie Stevens 2007, p. 59; Stevens 2012, p. 145.
88 De drie stappen zijn met name inzichtelijk gemaakt met de grafische weergave in Den Hollander 2016, p. 82.
89 Zie hiervoor §1.3.1 & § 2.5.
90 Zie voor eenzelfde constatering: Bleeker 2017.
91 Alleen een dreiging van schending van de rechtsplicht en voldoende belang bij naleving zijn vereist, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-IV* 2015/153; vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 895; Bleeker 2018b, par. 3.1.
92 Bleeker 2018a, p. 8-10.
93 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).
94 Dat onderscheid is belangrijk omdat hiermee duidelijk wordt dat de algemene criteria aangaande dreiging slechts zien op de dreiging dat de rechtsplicht zal worden geschonden. De criteria voor het vaststellen van het vereiste verband tussen gedrag en schade, daarentegen, kunnen per norm verschillen. Dat maakt dat, bijvoorbeeld bij voorzorgverplichtingen, ruimhartiger kan worden omgegaan met dit verband als de mogelijke schade van ingrijpender aard is. Zie De Jong 2016, p. 99, 102.

tigde en verplichte die een veroordeling van die laatste rechtvaardigt. Dat leidt ertoe dat, als eenmaal vastgesteld is dat een rechtsplicht bestaat die dreigt geschonden te worden, de vraag moet worden gesteld of (a) de verplichte nakoming verschuldigd was *jegens* deze gerechtigde en, zo ja, (b) *waartoe* de verplichte dan precies gehouden was. Het antwoord op deze vraag hangt ervan af of de gerechtigde een privaatrechtelijk relevant belang heeft dat bij schending in het gedrang zou komen.[95] Uit *Duwbak Linda* is bekend dat voor toewijzing van schadevergoeding vereist is dat de norm beoogt (i) dit slachtoffer te beschermen (ii) tegen deze schade (iii) geleden op deze wijze.[96] Voor het afgeven van een bevel of verbod is dan vereist dat de norm (i) deze eiser beoogt te beschermen in (ii) het in gedrang komende belang tegen (iii) de schending zoals die dreigt.[97] Als aan die eisen is voldaan, ligt het enerzijds volledig in de rede om een bevel toe te wijzen (de aanspraakregel), maar dan wel alleen voor zover de plicht zich daartoe uitstrekt (de overeenstemmingseis).

Een goed voorbeeld is de zaak *Pharmacia/Cosmétique II.* Cosmétique bracht een haargroeimiddel (Dercos) met de werkzame stof Aminexil op de markt. Pharmacia meende – naar uiteindelijk bleek: terecht[98] – dat dit product op grond van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WGV) als geneesmiddel geregistreerd had moeten worden en vorderde naast schadevergoeding (i) een verbod op het verhandelen van Dercos en (ii) een algeheel verbod op het verhandelen van producten met Aminexil zonder voorafgaande registratie. Het hof wees het ruime verbod af omdat de bepalingen van de WGV strekken tot bescherming van de volksgezondheid en niet tot bescherming van producenten of handelaren in geneesmiddelen tegen oneerlijke concurrentie.[99] Het specifieke verbod werd toegewezen omdat, geheel conform de correctie-Langemeijer,[100] de WGV wel bijdroeg aan een zorgplicht jegens de concurrent en de rechter die ten aanzien van het product Dercos aanwezig en geschonden achtte.[101] Ook hier zorgt het relativiteitsvereiste er dus voor dat een privaatrechtelijke remedie alleen kan worden verkregen voor zover deze eiser daar recht op heeft.

### 3.4.1.2 De aanspraak en overeenstemmingseis als uitvloeisel van relativiteit bij bevel en verbod

Wordt geaccepteerd dat relativiteit een rol heeft te spelen bij bevel en verbod en wordt geaccepteerd dat het daarbij gaat om het verbinden van recht en plicht in één normatieve exercitie, dan wordt duidelijker waarom het Nederlandse recht

95 Zie Van Nispen 1978, p. 172 die dit vereiste nadrukkelijk niet onder wat nu artikel 3:303 BW is wil scharen, maar het enkel ziet als een uitwerking van de relativiteit. Zie voor dat eerste punt ook Van Nispen 2018, p. 30-33.

96 Vgl. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, *NJ* 2006/28, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*).

97 De laatste van deze drie eisen is in de conclusie van Advocaten-Generaal Langemeijer en Wissink nadrukkelijk niet opgenomen, zie Conclusie Plv. P-G F.F. Langemeijer & A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887 bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), para. 2.8 & 4.243.

98 Zie HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (*Pharmacia/Cosmétique I*).

99 Zie r.o. 3.3 eindarrest hof onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmétique II*).

100 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*).

101 Zie r.o. 22 tussenarrest hof en r.o. 3.3 eindarrest hof onder HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485 (*Pharmacia/Cosmétique II*). De Hoge Raad laat zich niet expliciet uit over de omvang van het verbod, maar gelet op het feit dat hij het oordeel van het hof over het relativiteitsvereiste in stand hield, is denkbaar dat deze benadering juist was.

een *aanspraak* op een bevel kent en daaraan de eis verbindt dat het bevel overeenstemt met de rechtsplicht die op gedaagde rust.

De relativiteitsgedachte eist dat een 'normatieve' brug wordt geslagen tussen de rechten van de eiser en de plichten van gedaagde. Daar waar gezegd kan worden dat de gedaagde een plicht heeft *jegens* deze eiser, ligt een actie in de rede. Waar dat in een *ex post* situatie betekent dat een eiser een aanspraak verwerft op vergoeding van bepaalde schade, betekent dat bij het bevel dat hij een aanspraak verwerft op een bevel van bepaalde omvang. In beide gevallen wordt de omvang van de remedie gedicteerd door de onderliggende norm. Bij de schadevergoeding betekent dat, dat moet worden gezocht tegen welke schade de norm beoogde te beschermen. Bij het bevel betekent dat, dat moet worden gezocht tot welk gedrag de gedaagde *jegens eiser* wel verplicht was en tot welk gedrag niet meer. De privaatrechtelijke remedie kan de gedaagde nooit tot méér verplichten dan waartoe hij jegens eiser verplicht was.

Vandaar ook dat een bevel in kort geding dat vooruitloopt op de bodemprocedure en een bevel dat ziet op een rechtmatige schakel in een onrechtmatige keten met enige argwaan moeten worden bekeken. Toewijzing van dat soort bevelen raakt aan de fundamenten van deze remedie. Een bevel is een behoorlijk ingrijpende remedie waar de eiser ook nog eens aanspraak op kan maken. Het past dan wel dat zorgvuldig wordt gezocht naar wat partijen over en weer jegens elkaar verplicht zijn en dat het bevel niet verder gaat dan dat. Als, zoals in *Maxis/Boekhandelaren* de verdenking bestaat dat het gedrag een schakel vormt in een keten van onrechtmatig gedrag, dan is het toch echt aan de eiser dit te bewijzen. Zou dat niet zo zijn, dan zou degene die toevallig gedaagd is tot meer verplicht worden dan degene die dat niet is – en daar verzetten relativiteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zich tegen.

### *3.4.2 Het praktisch belang van aanspraak en overeenstemmingseis*

Behalve dat de combinatie van aanspraak en overeenstemmingseis dogmatisch goed te plaatsen zijn, zijn zij ook van praktisch belang. Het volgen van beide regels maakt immers veel duidelijker waar de gedaagde toe zal worden verplicht. In de feitenrechtspraak worden die regels echter niet altijd even goed toegepast. Het contrasteren van de goede en minder goede toepassingen maakt hopelijk inzichtelijk wat kan worden gewonnen met een nadrukkelijke toepassing van de overeenstemmingseis. Hier volgt een greep uit de rechtspraak ten aanzien van zakelijke acties (§ 3.4.2.1), gebiedsverboden (§ 3.4.2.2), en publicatieverboden (§ 3.4.2.3).

#### 3.4.2.1 Zakelijke acties

Verboden gestoeld op zakelijke rechten – op absolute rechten in het algemeen, eigenlijk – komen veel voor en worden vaak keurig toegewezen in overeenstem-

ming met de onderliggende rechtsplicht.[102] Slechts in één categorie gevallen wordt de overeenstemmingseis niet zorgvuldig gevolgd en worden vreemde resultaten bereikt: het ontruimingsbevel van een gehuurd pand in kort geding.

Als een huurder de overeenkomst schendt, kan de verhuurder ontbinding vorderen. Anders dan bij de ontbinding van andere overeenkomsten, kan de huurovereenkomst niet buitengerechtelijk worden ontbonden.[103] Dat kan ook niet in kort geding, aangezien de voorzieningenrechter geen constitutieve vonnissen mag uitspreken.[104] Resultaat is dat ook na dat kortgedingvonnis gewoon een huurovereenkomst bestaat en de huurder dus het recht heeft in het gehuurde te verblijven. Toch wijzen voorzieningenrechters niet zelden een ontruimingsvordering in kort geding toe op grond van het eigendomsrecht van de verhuurder.[105] Ten onrechte, want de ontbinding is nog niet uitgesproken en zal wellicht nooit uitgesproken worden. Van Schaick stelt dat de kortgedingrechter daarom moet beoordelen 'of het überhaupt zal komen tot een procedure voor de bodemrechter waarin een vordering tot ontbinding wordt ingesteld respectievelijk wordt toegewezen.'[106] Gelet op het constitutieve karakter van de uitspraak in de bodemprocedure lijkt zelfs dat echter nog onvoldoende: totdat die uitspraak er ligt, is het verblijf simpelweg niet onrechtmatig.

Natuurlijk zijn gevallen denkbaar waarin het noodzakelijk is dat de huurder de woning verlaat, bijvoorbeeld omdat hij daar een wietplantage heeft of andere huurders lastigvalt. In dat soort gevallen zal het mogelijk zijn een rechtsplicht te vinden zich niet meer in het pand te begeven.[107] Dat is minder ingrijpend dan een ontruimingsbevel, omdat de huurder niet direct al zijn spullen hoeft te pakken. Behalve dat het bevel een beperktere omvang heeft, zal een dergelijk bevel ook minder snel afgegeven worden; een rechtsplicht het pand te verlaten zal soms best gevonden kunnen worden, maar niet in alle gevallen waarin nu ontruimingsvonnissen worden uitgesproken. Dat legt de door Van Schaick geconstateerde praktijk enigszins aan banden en zorgt ervoor dat het uiteindelijke oordeel van de rechter op een zorgvuldigere, beter voorzienbare en vooral transparante vaststelling van rechten en plichten over en weer gestoeld wordt.

### 3.4.2.2 Gebiedsverboden

Voorzieningenrechters in de jaren '70 en '80 waren bereid de pleger van (seksuele) intimidatie uit preventie-overwegingen de toegang tot bepaalde gebieden te ontzeggen.[108] In het licht van slachtofferbescherming is dat wenselijk: hoe verder

102 Zie bijv.: HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, *NJ* 1994/107 (*Van Loon/Blaauwbroek (Kraaiende Hanen)*); Rb. Dordrecht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX3998; Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2165; Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2278; Rb. Overijssel 5 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3055; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8789.

103 Art. 7:231 BW.

104 Hugenholtz/Heemskerk 2021, p. 211-212.

105 Van Schaick 2016, p. 331, vn. 17 en de rechtspraak daar aangehaald.

106 *Ibid.*

107 Zoals het Hof 's-Hertogenbosch – kennelijk toevallig, aangezien het (ten onrechte, zie § 3.2.2.2 & 3.3.2.3) van oordeel was dat art. 3:296 BW in kort geding geen toepassing vond – deed in: Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602, r.o. 4.6.

108 Zie bijv. Rb. Amsterdam 1 november 1984, ECLI:NL:RBARN:1984:AH0497, *KG* 1984/336; Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0372, *KG* 1984/211; Pres. Rb. Amsterdam 11 oktokber 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0470, *KG* 1984/309.

de pleger van het slachtoffer vandaan bleef, des te kleiner de kans op recidive. In 1985 accepteerde de Hoge Raad de mogelijkheid gebiedsverboden op te leggen in kort geding, maar alleen in die gevallen waarin van de gedaagde gezegd kan worden dat hij *verplicht* was de eiseres te behoeden voor contact.[109] In die context lijkt dat een hele onsympathieke houding: waarom zou de pleger niet per definitie kunnen worden verboden in de buurt van het slachtoffer te komen? Toch is het vasthouden aan de overeenstemmingseis van de Hoge Raad bij gebiedsverboden een goede zet. In gevallen van seksueel misbruik of intimidatie zal zo'n mijdingsplicht vrijwel altijd kunnen worden aangenomen. Het lijkt weinig vergezocht dat de pleger van misbruik een ongeschreven plicht heeft het slachtoffer de ruimte te geven op eigen voorwaarden het contact te zoeken of niet. Dit soort verboden zullen ook bij hantering van de eis eenvoudig kunnen worden toegewezen. Daarbuiten kan ze echter wel de nodige nuance aanbrengen doordat ze de rechter dwingt te vragen of de gedaagde ook echt verplicht is het gevorderde gedrag te vertonen.

Een goed voorbeeld is een geschil dat speelde voor de Rechtbank Den Haag.[110] De Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland vorderde dat een imam met wie zij gebrouilleerd was de toegang tot de moskee werd verboden *en* werd verboden om zich binnen een straal van 500 meter rondom die moskee te begeven. De Rechtbank wees de eerste vordering toe, maar de tweede af. Dat is ook juist: alleen ten aanzien van het eerste verbod kon een rechtsplicht (respecteren van het eigendomsrecht) gevonden worden.[111] Een ander voorbeeld, met omgekeerd resultaat, is een zaak uit 2017 waar een buurvrouw werd verboden honden in haar huis te hebben. Zij had eerder een hond gehad die het buurmeisje had aangevallen. Gelet op het feit dat de confrontatie met honden het emotionele herstel van het meisje ernstig bemoeilijkte was de rechtbank van oordeel dat van eiser mocht worden verwacht dat zij geen honden in huis nam tot eiser en zijn dochter verhuisd waren.[112] Ook dat lijkt juist: het is niet ongebruikelijk dat wij de plicht hebben schade van anderen te beperken of herstel te bespoedigen.[113]

Dat steeds weer zoeken naar een rechtsplicht van gedaagde jegens eiser klinkt heel bezwaarlijk voor de rechter, maar is vaak zo lastig nog niet. Neem bijvoorbeeld het geval waarin een man die zich meerdere malen agressief had gedragen jegens het personeel van de zorginstelling waar zijn moeder verbleef. De rechtbank Rotterdam verbood hem de toegang tot een bepaald deel van een complex, maar stond hem wel toe zijn moeder te blijven bezoeken.[114] Dat klinkt als een typische 'maatwerkveroordeling', maar dit lijkt me volledig in lijn met de gevaarzettingsleer. Voor mensen die zichzelf aantoonbaar slecht in de hand hebben,

109 HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901, *NJ* 1987/1, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*Gebiedsverbod*).

110 Rb. Den Haag, 19 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ5352 (*Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland/Een Imam*).

111 Rb. Utrecht 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6044, JHV 2009/225; Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4939; Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297.

112 Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297 (*De hond van de buren*), r.o. 4.1.

113 Daarbij mag nog wel worden aangetekend dat het verbod zich wellicht niet hoefde uit te strekken tot *alle* honden; het houden van een poedel had het herstel van het buurmeisje wellicht niet bemoeilijkt.

114 Rb. Rotterdam 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8081 (*Stichting Ouderenhuisvesting Rotterdam/Gedaagde*).

lijkt een rechtsplicht conflictsituaties te vermijden niet moeilijk te formuleren.[115] Kennelijk vormen zij een gevaar voor anderen en het past bij het Nederlands burgerlijk recht dat soort gevaren zo veel mogelijk te minimaliseren. Omgekeerd geldt dat degene die het slachtoffer zouden kunnen worden van dat gevaar ervan uit moeten kunnen gaan dat hen niets aangedaan wordt. Het nadrukkelijker in lijn brengen van de veroordeling met de onderliggende rechtsplicht voorziet de veroordeling van een betere rechtvaardiging en maakt het voor partijen duidelijker waar zij hun pijlen op moeten richten. Gelet op het feit dat het vaak zo lastig niet is zo'n plicht te formuleren, verdient het aanbeveling dat steeds te doen.[116]

### 3.4.2.3 Publicatieverbod

Als iemand op een of andere manier onrechtmatig over een ander gepubliceerd heeft, kan hem een rectificatiebevel en een verbod op herhaling worden opgelegd.[117] Vaak stemmen rechtsplicht en verbod volkomen overeen.[118] Een goed voorbeeld is de voorgenomen publicatie van een boek over het passageproces. Hendrik-Jan Korterink had enkele getuigenverklaringen uit het passageproces in handen gekregen en wilde die als onderdeel van een boek over dat proces publiceren. Om de eerlijke berechting van verdachten Dino S. en Ali. A. te garanderen, vorderden de Staat en de verdachten een publicatieverbod tot zes maanden na het vonnis. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wees het verbod toe, omdat het meende dat Korterink verplicht was de eerlijke berechting niet te bemoeilijken.[119] Dat lijkt volkomen terecht: het is niet onrechtmatig het boek te publiceren, maar wel in een bepaald tijdvak. Het verbod moet en mag zich dan ook niet minder ver en niet verder uitstrekken dan dat tijdvak.[120]

Ook dit gaat niet altijd goed. Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 25 februari 2005.[121] Het gedaagde detectivebureau had in verschillende kranten een advertentie geplaatst waarin het een beloning van €10.000,- uitloofde voor degene die kon zeggen waar eiseres, werkzaam bij een niet bij naam genoemd advocatenkantoor, zich op een bepaalde datum en bepaald tijdstip bevond. Het detectivebureau kon (of wilde) geen reden aandragen voor zijn uitlatingen. Omdat van de advertentie 'de suggestie uitgaat dat [eiseres] in de uitoefening van het beroep van advocaat een belangrijke fout heeft gemaakt' was de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat gedaagde zich hiervan had

115 Voor een vergelijkbaar betoog ten aanzien van voorzorgplichten zie Van der Wiel 2017, p. 16; Van der Wiel 2007, p. 55.

116 Al gebeurt dat lang niet altijd, zie naast het hiervoor genoemde voorbeeld ook: Rb. Overijssel 4 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4371 en Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3751. In beide gevallen ging het om een contactverbod van een man die zich bedreigend had uitgelaten jegens zijn ex-partner en hun kinderen. In beide gevallen werd de beoordeling afhankelijk gemaakt van een belangenafweging alleen. Opvallend genoeg leidde dat tot toewijzing van het bevel in het geval waarin de bedreiging beperkt was gebleven tot verbale bedreiging (het Overijsselse vonnis) en een weigering daarvan in het geval waarin de gedaagde in het verleden strafrechtelijk veroordeeld was tot poging tot doodslag (het Haagse arrest). Nadrukkelijkere afstemming op het materiële recht zou deze veroordelingen inzichtelijker en – hopelijk – consistenter maken.

117 Resp. art. 6:167 BW en art. 3:296 BW.

118 Zie bijv.: Hof Den Haag 21 november 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF1696 (*Regionale Economische Ontwikkeling Midden-Limburg BV/Uitgeversmaatschappij de Limburger*); Rb. Den Haag 8 november 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*).

119 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8469 (*Korterink/Staat*).

120 Voor de volledigheid: deze veroordeling moet worden onderscheiden van de typische op art. 223 Rv gestoelde of daarmee vergelijkbare veroordelingen, aangezien het hier niet draait om een maatregel ter ordening van de procedure zelf, maar een maatregel om het proces van een ander rechtmatig te laten verlopen.

121 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155.

moeten onthouden.[122] Naast een volkomen terecht rectificatiebevel, sprak de voorzieningenrechter een verbod uit (i) deze uitlatingen te herhalen en (ii) zich "op enigerlei andere wijze negatief of suggestief uit te laten over eiseres."[123] Met dat tweede deel van het verbod wordt het bevel echter veel groter gemaakt dan wat redelijkerwijs de rechtsplicht van het detectivebureau kan zijn; waarom zou het zich niet negatief over de advocaat mogen uitlaten? Sterker nog, misschien bestaat op enig moment juist een morele plicht *wel* negatieve berichten over de advocaat te delen met het publiek.

## 3.5 Conclusie

In een normcentrisch en relationeel remedierecht is het bevel de centrale remedie. Om praktische redenen zal het doorgaans niet de meest gevorderde remedie zijn – vaak heeft men pas door dat een onrechtmatige daad gepleegd wordt *nadat* schade is geleden – maar in theoretisch opzicht is het de primaire remedie. Het strookt met die gedachte dat naar Nederlands recht ook een *aanspraak* op veroordeling bestaat; dat past bij de idee dat ernaar gestreefd wordt de eiser zoveel mogelijk te geven waar hij recht op heeft, namelijk naleving van de relationele norm.

Dat recht kent evenwel duidelijke grenzen. De eiser zal weliswaar altijd moeten krijgen waar hij recht op heeft, de gedaagde moet ook niet tot meer worden verplicht dan waartoe hij op basis van het materiële recht verplicht was. Het feit dat hij zijn plichten in de toekomst dreigt te schenden verplicht hem niet ineens tot meer. Het procesrecht biedt voldoende dwangmiddelen om naleving te verzekeren; een verdere inperking van de vrijheid door de gedaagde tot veel meer te verplichten dan het materiële recht doet past daar niet bij. Vandaar dat een belangrijke aanvullende regel is dat het bevel steeds in overeenstemming moet worden gebracht met de materiële plicht die op gedaagde rust.

Zorgvuldige toepassing van die overeenstemmingseis zorgt ervoor dat het toegewezen bevel of verbod is afgestemd op de rechtsplichten die uit het materiele recht volgen. Het negeren daarvan leidt ertoe dat van het uiteindelijke bevel of verbod soms niet gezegd kan worden dat het de gedaagde tot handelingen verplicht waartoe hij op grond van het materiële recht gehouden was. Dat is allereerst problematisch omdat daarmee de normatieve rechtvaardiging aan de remedie ontvalt, terwijl dat toch het doel van de juridische redenering moet zijn. Ten tweede kan het de rechtszekerheid beknellen omdat partijen in het partijdebat minder goed kunnen inschatten op grond waarvan de omvang bepaald wordt. Het vervangen van de door het recht gedreven analyse van het materiële recht door een discretionaire belangenafweging maakt het lastig voor partijen om tijdens het partijdebat hun pijlen te richten op de omvang van de remedie. En dat is behalve onnodig verwarrend ook in strijd met de structuur van het remedierecht. De remedie volgt de rechten en plichten van partijen – niet andersom.

122 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155, r.o. 6-7.
123 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155, onder 'Beslissing.'

# 4 De schadevergoeding in natura als passende vergoeding

## 4.1 Inleiding

Nauw aan het rechterlijk bevel verwant is de schadevergoeding in natura van artikel 6:103 BW. Dat artikel bepaalt dat "[s]chadevergoeding wordt voldaan in geld" maar dat "de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom [kan] toekennen". Het artikel geeft de rechter de mogelijkheid de gedaagde te veroordelen iets te doen of na te laten dat de schade van de eiser zoveel mogelijk wegneemt. Deze remedie ligt tussen het bevel en de schadevergoeding in: het *doel* is vergoeden van schade, de *vorm* is een veroordeling tot het verrichten van een prestatie.

Of schadevergoeding in natura in een concreet geval passend is, is aan de rechter.[1] Dat geeft hem een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van zowel de toewijzing als de precieze vormgeving, die hij bij het rechterlijk bevel niet heeft.[2] Dat lijkt zich slecht te verhouden met de hiervoor verdedigde opvatting dat de remedie ten doel heeft de gerechtigde zoveel mogelijk te bieden wat de norm beloofde. Is de schadevergoeding in natura dan niet bij uitstek geschikt om wat de norm beloofde alsnog te bieden? Brengt zij de gerechtigde, met andere woorden, niet zo dicht mogelijk in de buurt van wat naleving van de norm haar had geboden? Opvallend genoeg wijkt de Nederlandse praktijk van schadevergoeding in natura, ondanks het discretionaire karakter van de remedie, niet eens zo ver af van die gedachte. Waar de normmeer dan alleen een vermogensbelang beschermt én een passende vergoeding in natura beschikbaar is, wordt ze vaak toegewezen.

Hieronder bespreek ik eerst wat het verschil is tussen een aanspraak en een discretionaire remedie en hoe de Nederlandse schadevergoeding in natura daarbinnen past. Daarbij concludeer ik dat de schadevergoeding in natura onherroepelijk discretionair van aard is, maar dat dat niet hoeft te betekenen dat er geen structuur valt aan te wijzen (§ 4.2). Die structuur moet worden gevonden in de praktijk van artikel 6:103 BW. Aan de hand van die praktijk betoog ik dan dat de

---

1 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 362.

2 Bij een geslaagd beroep op artikel 3:296 BW heeft de eiser in beginsel recht op toewijzing van het bevel, zie HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1. Zoals betoogd in hoofdstuk 3 is de vrijheid die de rechter heeft bij de vormgeving van dat bevel ook in sterke mate beperkt. Zie ook Van der Helm 2019, p. 33-34.

remedie vooral toegepast wordt en zou moeten worden in gevallen waarin het beschermde belang lastig op geld waardeerbaar is (§ 4.3). Vervolgens betoog ik dat als daar sprake van is, de vraag rijst of er in het concrete geval een passende wijze van vergoeding gevonden kan worden. Zaak daarbij is dat de eiser niet minder, maar ook niet meer krijgt dan waar de onderliggende norm hem recht op gaf (§ 4.4).

Conclusie is dat de vraag of en hoe schadevergoeding in natura zal worden toegewezen altijd in het concrete geval door de rechter zal moeten worden beantwoord. De norm kan daarbij zeker van dienst zijn en er zijn gevallen denkbaar waarin een *prima facie* recht op deze remedie kan worden aangenomen, maar uiteindelijk is het aan de rechter in het concrete geval (§ 4.5).

## 4.2 Een discretionaire remedie

De schadevergoeding in natura is een discretionaire bevoegdheid. Anders dan in Duitsland en Zwitserland heeft de Nederlandse wetgever gekozen de schadevergoeding in geld tot primaire en de schadevergoeding in natura tot secundaire remedie te maken.[3] Daartegenover staat de Engelse benadering, waarin de *injunction* nooit 'as of right' beschikbaar is, maar altijd discretionair blijft.[4] Hieronder verken ik deze benaderingen kort (§ 4.2.1) en betoog ik dat het Nederlandse systeem meer weg heeft van het Engelse en dat de manier waarop de remedie daar toch enigszins gestructureerd beschikbaar wordt gemaakt inspiratie kan bieden voor het vergroten van de rechtszekerheid in het Nederlandse systeem (§ 4.2.2).

### *4.2.1 Aanspraak en discretie*

Naar Duits recht is de schadevergoeding in natura de primaire vorm van schadevergoeding.[5] § 249 Abs. I BGB bepaalt dat "[w]er zum Schadensersatz verpflichtet ist, (…) den Zustand herzustellen [hat], der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Dat betekent niet dat het niet mogelijk is om een aanspraak op vergoeding in geld te maken. De keuze is in beginsel aan de eiser: als hij opteert voor een vergoeding in geld, gaat dat voor. In theorie heeft de schuldeiser echter wel een *recht* op schadevergoeding in natura, dat slechts in uitzonderlijke gevallen wordt afgewezen. In die zin verschilt het Duitse systeem sterk van het Nederlandse.

In de praktijk wordt de soep evenwel niet zo heet gegeten. Oetker meent zelfs dat in de praktijk de regel (*Naturalrestitution*) en uitzondering (*Geldersatz*) van positie hebben gewisseld.[6] Voor zaak- en personenschade bepaalt § 249 Abs. II BGB ten eerste nadrukkelijk dat bij wijze van *Naturalrestitution* een recht ont-

3 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 568.

4 Typerend is de opmerking van Lord Upjohn over *mandatory injunctions: Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652, p. 655: *"The grant of a mandatory injunction is, of course, entirely discretionary and unlike a negative injunction can never be 'as of course'."* In het algemeen geldt dat vorderingen met betrekking tot unieke zaken eerder voor toewijzing gereed liggen, zie Burrows 2019, p. 403 (voor *specific performance*) en 444 e.v. (voor de *injunction*).

5 Flume 2018, randnummers 55-79.

6 Oetker 2019, randnummer 320.

staat op vergoeding van *de kosten* die voor herstel nodig zijn. Dat is ook begrijpelijk, want het gros van de gedaagden zal de zaak niet kunnen herstellen of het medisch letsel kunnen verhelpen. Voor alle andere gevallen geldt ten tweede dat een passende vergoeding in natura wel voldoende mogelijk moet zijn.[7] De gevorderde prestatie moet wel *herstel* kunnen bieden. Hoewel slechts vereist is dat de vervangende prestatie de oude toestand 'voldoende' benadert,[8] zijn er nog altijd veel gevallen denkbaar waarin dat eenvoudigweg niet meer mogelijk is.[9] In die gevallen is de schuldeiser aangewezen op de waardevergoeding van § 251 BGB.[10]

In het Engelse recht is de aanspraak van de gerechtigde minder sterk. Discretionaire remedies zijn in het Engelse recht niet ongebruikelijk. Remedies zoals de *injunction* en *specific performance* worden daar nog altijd gezien als remedies die beschikbaar zijn waar een monetaire vergoeding (*damages*) '*inadequate'* wordt geacht.[11] Dat betekent niet dat partijen helemaal aan de gemoedstoestand van de rechter zijn overgeleverd. In de praktijk worden er wel degelijk vuistregels gegeven. Zo wordt een *injunction* ter voorkoming van *trespass* in het algemeen bijvoorbeeld toegewezen,[12] terwijl dat in geval van andere inbreuken op het eigendomsrecht minder voor de hand ligt.[13] Toewijzing van de *injunction* geschiedt in dat soort gevallen '*as of course'* maar niet '*as of right.'*[14]

### *4.2.2 De Nederlandse schadevergoeding in natura*

De wetgever heeft de nadrukkelijke keuze gemaakt het Duitse systeem waarin de *Naturalrestitution* de primaire remedie is, niet te volgen.[15] Veel van de gevallen die naar Duits recht worden gezien als *Naturalrestitution* worden naar Nederlands recht opgelost via de gewone schadevergoedingsregels (zoals bij personenschade) of de abstracte schadebegroting (zoals bij zaakschade).[16] De schadevergoeding in natura hoeft naar Nederlands recht dan ook niet dezelfde rol te vervullen. De enige prangende vraag voor de Nederlandse wetgever was of als uitgangspunt moest worden aangenomen dat degene die schade veroorzaakt in beginsel gehouden is die via een prestatie weg te nemen. Die vraag is ontkennend beantwoord.

Daarmee ligt het Nederlandse systeem dichter tegen het Engelse systeem aan. Hoewel de uit de *equity* ontstane *injunction* het midden houdt tussen een schade-

7 § 251 BGB.
8 BGH 23 maart 1976, *NJW* 1976, 1396; BGH 8 december 1987, *NJW* 1988, 1835; BGH 15 oktober 1992, *NZV* 1992, 68.
9 Zie bijv. BGH 8 mei 2003, *NJW-RR* 2003, 1042, waarin de schade bestond in het leegtrekken van de entiteit die een *Patronatserklärung* (patronaatsverklaring, *letter of comfort*) had afgegeven en de vordering tot het verstrekken van een nieuwe *Patronatserklärung* door de onrechtmatigedaadsschuldenaar werd afgewezen.
10 Het is wel zo dat waar de *Naturalrestitution* alleen mogelijk is door een betaling van een geldsom, die veroordeling op basis van § 249 Abs. I BGB kan worden uitgesproken, zie BGH 13 november 2011, *NJW* 2013, 450.
11 Davies 2020, p. 545; Burrows 2018, p. 2081.
12 Burrows 2019, p. 444.
13 In *Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652 werd een *injunction* om door de fout van de gedaagde weggeslibd land terug te plaatsen geweigerd, terwijl een *injunction* om verder wegslibben te voorkomen, werd toegewezen.
14 *Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652, p. 655 (Lord Upjohn).
15 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 568.
16 Zie bijv.: HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*). Zie ook: HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman*); HR 11 januari 2011 ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*); HR 10 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*); HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Meeùs*).

vergoeding in natura en een rechterlijk bevel,[17] biedt de werking van die remedie wel een aanwijzing voor hoe het Nederlandse systeem nader ontwikkeld kan worden. De gedachte dat de remedie in sommige gevallen meer voor de hand ligt dan in andere zou een nuttige manier zijn om deze remedie van meer structuur te voorzien. In de Nederlandse literatuur wordt dan ook wel bepleit dat in 'passende gevallen' de rechter wel degelijk verplicht zou moeten zijn om op vordering van de eiser schadevergoeding in natura toe te wijzen.[18] De vraag is dan alleen wat die passende gevallen precies zijn.

Om de vraag te kunnen beantwoorden wanneer dit het geval is, volstaat een conceptuele analyse evenwel niet; de voorgestelde structuur moet wel aansluiten bij de Nederlandse praktijk. Om die reden ga ik hieronder nader in op de vraag in welke gevallen een schadevergoeding in natura passend zou kunnen zijn en waar juist niet (§ 4.3), en waar een veroordeling aan zou moeten voldoen om in een concreet geval passend genoemd te kunnen worden (§ 4.4).

## 4.3 Wanneer schadevergoeding in natura passend is

In de rechtspraak wordt de schadevergoeding in natura vooral toegekend in gevallen waar de eiser een unieke roerende zaak,[19] onroerende zaak[20] of een beperkt recht op zo'n zaak[21] is verloren (§ 4.3.1). Toch is de enkele constatering dat een bepaalde zaak of een bepaald recht 'uniek' te noemen is (voor zover dat al kan) niet altijd doorslaggevend. Sommige 'soortzaken' hebben voor het individu wel degelijk unieke waarde. Het lijkt niet passend de veroordeling in natura hier af te wijzen op grond van de kwaliteit die de zaak voor ánderen heeft. De praktijk lijkt dat ook te erkennen. De remedie wordt vooral toegewezen in gevallen waar de eiser een aanvullend belang bij deze specifieke zaak heeft (§ 4.3.2). De beste verklaring lijkt dan ook te zijn dat de schadevergoeding in natura in het bijzonder past waar de geschonden norm in het concrete geval (evt. naast vermogensbelangen) belangen beschermt die niet of lastig op geld te waarderen zijn. Dat betekent dat de remedie niet alleen past bij het verlies of mislopen van een (voor de eiser) unieke zaak, maar ook in gevallen waar de schade een meer immaterieel karakter heeft, zoals bij onvergoedbare affectieschade of aantasting van de eer en de goede naam (§ 4.3.3).[22]

17 Een bevel een *trespass* te staken is immers eerder een bevel tot nakoming, terwijl een bevel tot het herstellen van land dat is beschadigd als gevolg van het onrechtmatig verwijderen van steunwanden weer meer een schadevergoeding in natura is. Zie *Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652.

18 Asser/Sieburgh 6-II 2017/23; Krans 1999, p. 300.

19 HR 14 januari 2012, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van der Plas/Janssens*).

20 Die vanwege hun locatie eigenlijk altijd uniek zijn te noemen, vgl. op dit punt het Engelse recht ten aanzien van *specific performance* (nakoming): Burrows 2019, p. 403.

21 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143.

22 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2093, *JOR* 2018/253, m.nt. Van Eeden-Van Harskamp; Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5415; Rb Den Haag 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9231, *NJF* 2018/538. In de rechtspraak met name tot uiting gebracht in de rectificatievordering, die door rechters soms niet op art. 6:167 BW, maar op art. 6:103 BW gestoeld wordt. Hoewel het meer voor de hand ligt in dat geval het specifieke art. 6:167 BW tot uitgangspunt te nemen, maakt het voor de aard van de veroordeling niet uit; ook de rectificatie kan gezien worden als een vergoeding in natura, zie *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/303.

### 4.3.1 Het verlies van een unieke zaak of een beperkt recht: een klasse apart?

De in de praktijk meest in het oog springende vorm van schadevergoeding in natura is die tot overdracht van onroerende zaken of de vestiging van beperkte rechten. Omdat het goederenrecht rechtszekerheid hoog in het vaandel heeft, is de goederenrechtelijke verdeling van goederen er niet altijd een die het best aansluit bij het rechtsgevoel. Waar het gaat om een verloren of misgelopen lading graan kan het onrecht nog wel geremedieerd worden met een vergoeding in geld, maar waar het gaat om een unieke zaak zoals een kunstobject of een onroerende zaak is dat al moeilijker: geld neemt daar slechts een deel van het onrecht weg.

Een van de meest sprekende en bekende voorbeelden is het geval van *Pos/Van den Bosch*. Van den Bosch had enkele weilanden in pacht van de heer Brouwer, die met zijn zussen in een boerderij woonde. Zij (Van den Bosch en de familie Brouwer)kwamen overeen dat Van den Bosch bij het overlijden van de langstlevende bewoner van de boerderij het recht zou hebben de boerderij te kopen. Na het overlijden van de heer Brouwer, maakte de neef van de langstlevende Tante Neeltje, Pos, handig gebruik van haar gevorderde leeftijd en bewoog haar ertoe de boerderij en de percelen voor haar overlijden aan hem over te dragen. Dat leverde volgens de Hoge Raad een onrechtmatig uitlokken van wanprestatie op dat in dit geval passend geremedieerd zou kunnen worden door Pos te veroordelen de boerderij en percelen alsnog tegen betaling over te dragen aan Van den Bosch.[23]

Natuurlijk had Pos hier ook veroordeeld kunnen worden Van den Bosch de kosten van verhuizen en het misgelopen voordeel uit de overeenkomst met de Brouwers te vergoeden. Toch zou dat weinig recht doen aan het feit dat op enig moment de pacht zal aflopen en Van den Bosch dan helemaal met lege handen zou staan. Het zou dan ook passender zijn Van den Bosch op de een of andere manier in staat te stellen de eigendom te verwerven. Om te zorgen dat Van den Bosch niet ongerechtvaardigd wordt verrijkt, ligt het aan de andere kant ook voor de hand hem wel te laten betalen voor de eigendomsoverdracht. Een dergelijke remedie wordt nog steeds regelmatig toegewezen.[24]

Een vergelijkbare redenering is te zien bij kunstvoorwerpen.[25] Vanwege het unieke karakter van een kunstobject kan een schadevergoeding in geld voor de meeste mensen het leed niet goedmaken. Om daar toch aan tegemoet te komen, kan de rechter in zijn veroordeling vrij ver gaan. Een goed voorbeeld is een geval dat speelde bij de Rechtbank Amsterdam.[26] Bij de verdeling van de nalatenschap bedeelde de notaris een schilderij aan A toe. Later bleek dat het testament aldus gewijzigd was dat het schilderij naar B had moeten gaan met de opdracht het binnen de familie te houden. A had het schilderij inmiddels aan kunsthandel C

23 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

24 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3737, *TBR* 2015/197. Zie ook ten aanzien van de vestiging van een beperkt recht, zij het wegens ongerechtvaardigde verrijking: HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143.

25 Zie behalve de hierna te bespreken zaak ook dit iets complexere en daardoor als voorbeeld minder geschikt geval: HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2011/179 (*Van der Plas/Janssens*) en ten aanzien van een geschil omtrent een museumcollectie: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6779, *NJF* 2014/411 en bijbehorende schadestaat Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1520.

26 Rb. Amsterdam 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN3398.

verkocht voor €25.000, waar het nu te koop stond voor €80.000. B spreekt de notaris aan tot vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van de beroepsfout en vordert dat die schade wordt vergoed door het schilderij te verwerven en over te dragen aan B. De notaris verweert zich vanzelfsprekend met de stelling dat van hem niet verwacht kan worden een schilderij voor €80.000 te kopen. De rechtbank denkt daar anders over: het is aan de notaris te wijten dat de wensen van de erflater niet zijn gerespecteerd en dat B het schilderij nu niet binnen de familie kan houden. Het feit dat het hier om een unieke zaak gaat die bovendien voor deze familie unieke waarde bezit, rechtvaardigt dat de gedaagde notaris tot méér wordt verplicht dan wanneer hij in een zakelijke transactie een fout had gemaakt. Daar had een financiële vergoeding de belangen waarschijnlijk wel afdoende gedekt.

### *4.3.2 Wat maakt een zaak eigenlijk uniek?*

Of een zaak in het concrete geval eigenschappen heeft die niet op geld te waarderen zijn, lijkt echter niet altijd af te hangen van de 'uniciteit' van de zaak in objectieve zin. Onroerende goederen zijn dat vanwege hun ligging bijvoorbeeld altijd, maar schadevergoeding in natura wordt niet altijd toegewezen (§ 4.3.2.1). Andere zaken kunnen op het eerste gezicht bijvoorbeeld uitwisselbaar lijken, maar zijn bij nadere beschouwing voor de eiser wel dermate uniek dat een veroordeling tot overdracht wel degelijk passend is (§ 4.3.2.2).

#### 4.3.2.1 De unieke zaak met enkel vermogensbelang

Het meest recente voorbeeld van een veroordeling binnen deze categorie is door de Hoge Raad opgeworpen in *Gemeente Heusden*. Waar een eigenaar de eigendom is verloren doordat een ander twintig jaar aaneengesloten bezit van die eigendom heeft gehad, is hij in het algemeen aangewezen op schadevergoeding. De Hoge Raad wijst er in *Gemeente Heusden* op dat de eiser er in zo'n geval voor zou kunnen kiezen overdracht van het land bij wijze van schadevergoeding in natura te vorderen.[27] Die redenering overtuigt in uitgangspunt: het gaat hier immers om het verlies van een unieke zaak die niet eenvoudig te vervangen is.[28] Tegelijkertijd wordt de schadevergoeding in natura in de praktijk nog niet breed toegewezen in dit soort gevallen.[29] En niet zonder reden.

---

27 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (*Gemeente Heusden/X*), r.o. 3.7.3.

28 De vordering wordt regelmatig ingesteld, maar om uiteenlopende redenen doorgaans afgewezen, zie Rb. Noord-Holland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:512; Rb. Noord-Holland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4430, *NJF* 2018/378; Rb. Noord-Nederland 11 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5158, *RVR* 2020/17; Rb. Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2018:3493, *NJF* 2018/516; Rb. Rotterdam 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7672; Rb. Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2380; Rb. Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2953. Ook bijzonder: Rb. Noord-Holland 13 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8857, *NJF* 2019/617, waarin de rechtbank het niet opteren voor schadevergoeding in natura weliswaar aan de eiser laat, maar daarover opmerkt dat het zijn vordering in een ander daglicht plaatst (r.o. 4.17).

29 Zie hierover Verdam 2020. Maar zie ook Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2817, *RVR* 2019/84, r.o. 3.7 waarin het hof geen ruimte ziet voor een belangenafweging. Typerend is ook juist de afwijzing in Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9336, *RVR* 2018/13 die vooral wordt gestoeld op het feit dat het nadeel van de gemeente in dat concrete geval goed gedekt kan worden door schadevergoeding in geld. Dat past goed bij de gedachte dat een goed iets *meer* moet vertegenwoordigen dan alleen een beleggingsfunctie.

Neem een geval dat speelde voor de Rechtbank Rotterdam. De gemeente Capelle aan den IJssel vorderde de overdracht van een strook groen die zij was verloren door verkrijgende verjaring. De Rechtbank wees die vordering af omdat de gemeente de strook enkel wilde gebruiken als groenvoorziening en de gedaagde de strook toch al op die manier gebruikte.[30] Praktisch maakte het voor de gemeente dus weinig uit of zij de strook zelf in eigendom had, of dat de huidige eigenaar dat had. De gemeente had, met andere woorden, geen aanvullend belang dat afwijking van de hoofdregel van vergoeding in geld rechtvaardigde. Met andere woorden, het feit dat de zaak die de eiser is verloren, onroerend is, is *an sich* onvoldoende om tot schadevergoeding in natura te noodzaken; een aanvullend belang is vereist.

Bij unieke zaken zal zo'n belang eerder aan te wijzen zijn dan bij soortzaken, maar de cruciale vraag is er niet een naar de aard van de zaak. De cruciale vraag is er een naar het belang dat de eiser bij zijn vordering heeft en of dat belang beschermd werd door de geschonden norm. Is iemand bijvoorbeeld zijn woning verloren door onbevoegd handelen van een derde, –zoals in de praktijk wel voorkomt met de verwijdering van woonwagens[31] – dan ligt bij gegrondbevinding van de vordering een schadevergoeding in natura veel meer voor de hand dan wanneer iemand een beleggingsobject door hetzelfde onbevoegde handelen is verloren.[32] De vraag is steeds of (i) de geschonden norm in het concrete geval (evt. naast vermogensbelangen) een belang beschermde dat lastig op geld is te waarderen[33] en (ii) dat belang ook daadwerkelijk geschonden is.

#### 4.3.2.2 'Soortzaken' waarvan de waarde toch niet in geld uit te drukken is

De redenering werkt ook de andere kant op. In het algemeen zal gelden dat het verlies of onrechtmatig mislopen van eenvoudig te vervangen zaken goed te remediëren valt met een vergoeding in geld.[34] Sommige zaken lijken in objectieve zin weinig uniek te zijn, maar hun verlies kan in het concrete geval toch een schending van belangen met zich brengen die lastig op geld te waarderen zijn.

Dat is mooi te zien in een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.[35] In deze zaak draaide het om het verlies van een zweefmolen. Een broer en zus kochten de zweefmolen van hun vader voor €25.000. De eigendom bleef bij de vader totdat de aankoopprijs volledig zou zijn voldaan. Voordat de eigendom was overgegaan werd de zweefmolen gestolen door X. De broer en zus waren nog geen

30 Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:N:L:HR:2017:9336, *RVR* 2018/13.

31 De vordering tot terugplaatsing stond centraal in Hof 's-Hertogenbosch 24 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3213 (*Stacaravan*) en Rb. Zwolle-Lelystad 22 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2187 (*Woonwagenstandplaats*). De vordering sneuvelde in beide gevallen op andere gronden, maar in abstracto lenen deze gevallen zich goed voor een schadevergoeding in natura.

32 Het verliezen van de eigen woning kan het best geremedieerd worden door de eigen woning terug te plaatsen. Met geld alleen komt immers 'thuis' niet terug. Het verliezen van een beleggingsobject daarentegen kan net zo goed geremedieerd worden door een schadevergoeding in geld: het geschonden belang is immers ook slechts een vermogensbelang.

33 Het algemene vereiste van art. 6:163 BW geldt net zo goed voor de schadevergoeding in geld als voor de schadevergoeding in natura.

34 Al werd in Rb. Rotterdam 7 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2011:BU7338 wel een vordering tot afgifte van een partij druiven door degene die onrechtmatig geprofiteerd had van wanprestatie van de leverancier toegewezen, terwijl de eiser toch echt alleen een vermogensbelang bij die vordering had.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9497 (*Zweefmolen*).

eigenaar en zouden de molen dus niet kunnen revindiceren. Het hof merkt op dat die beoordeling in het midden kan blijven: ook als de broer en zus geen eigenaar zouden zijn geworden zou de gedaagde kunnen worden veroordeeld tot afgifte van de zweefmolen, maar dan bij wijze van schadevergoeding in natura.[36]

Deze vordering balanceert op het randje; de geschonden norm strekte ertoe de broer en zus een nog niet in eigendom verworven zweefmolen te kunnen laten exploiteren en de schade bestaat uit het gemist gebruik en het verlies van de mogelijkheid de zweefmolen in eigendom te verwerven. Omdat een zweefmolen kan worden verworven op de vrije markt en daarmee waarschijnlijk eenzelfde omzet zou kunnen worden gerealiseerd, ligt een schadevergoeding in geld hier ogenschijnlijk in de rede. Toch is schadevergoeding in andere vorm in dit bijzondere geval passend. Omdat het hier ging om een zweefmolen die aanvankelijk door de vader werd geëxploiteerd, kleeft voor de eisers aan deze molen waarschijnlijk meer dan alleen een vermogenswaarde. Ondanks het feit dat zweefmolens op de vrije markt te verwerven zijn, is deze zweefmolen in ieder geval voor eisers voldoende uniek om een vergoeding in natura mogelijk te maken.

### *4.3.3 De bescherming van immateriële belangen*

De vraag is dus steeds of in het concrete geval een belang van de eiser is geschonden dat op zichzelf lastig op geld kan worden gewaardeerd. Hoewel dat op het eerste gezicht suggereert dat de moeilijkheid van de begroting *op zichzelf* een reden voor toewijzing van een vergoeding in natura kan zijn, is daar geen goede normatieve reden voor (§ 4.3.3.1). In plaats daarvan zou de focus moeten worden gelegd op het niet-monetaire karakter van het belang, wat de deur opent voor toepassing van artikel 6:103 BW in veel meer gevallen dan alleen die in de quasi-goederenrechtelijke context (§ 4.3.3.2).

#### 4.3.3.1 Complexiteit van begroting is geen reden voor vergoeding in natura

Recentelijk heeft De Rey er onder verwijzing naar het Zwitserse recht op gewezen dat een schadevergoeding in natura van bijzonder praktisch nut kan zijn waar een berekening in geld te complex is terwijl een alternatief 'in natura' voldoende recht doet aan de situatie.[37] Dat een dergelijke veroordeling in dat soort gevallen voor de eiser praktisch kan zijn, staat buiten kijf. Gelet op het door het Nederlandse BW aan de schadevergoeding in geld gegeven primaat en de door artikel 6:97 BW gegeven vrijheid van het schatten van geleden nadeel, lijkt de *enkele* moeilijkheid van berekening echter onvoldoende reden om tot schadevergoeding in andere vorm dan geld over te gaan.

Een goed voorbeeld daarvan is een geval dat speelde bij het hof Den Bosch. In deze zaak draaide het om een weduwe die haar nabestaandepensioen was misgelopen doordat de werkgever van haar man de arbeidsovereenkomst zonder zijn

36 *Ibid.* r.o. 5.8.

37 De Rey 2019a, p. 72; De Rey 2019b, p. 202. Onder verwijzing naar ATF 21 mei 1981 107 II 134, r.o. 4: *"sie [de schadevergoeding in natura, WThN] hat namentlich den Vorteil, dass die die häufig komplizierte Berechnung des Schadens in Geld überflüssig macht.'*

instemming had gewijzigd.[38] Na het overlijden van haar man vorderde zij van de werkgever van haar man dat zij alsnog in staat zou worden gesteld om aanspraak te maken op het pensioen. Het hof Den Bosch leest de vordering zo dat zij een schadevergoeding in natura vordert wegens het onzorgvuldig jegens een derde (de weduwe) wanprestatie plegen tegen de contractpartij (de overleden echtgenoot) door niet conform de oude pensioenregeling te handelen.[39] Die vordering slaagt en het hof veroordeelt de gedaagde werkgever om verzekeraar Aegon een bedrag te betalen waarmee Aegon vervolgens aan de weduwe een nabestaandenpensioen kan uitkeren.[40]

In dit geval zou berekening van de schade inderdaad lastig zijn geweest: de uiteindelijke hoogte hangt maar net af van hoe lang zij zelf nog zal leven. Dat alleen is echter onvoldoende reden om schadevergoeding in andere vorm dan betaling van geld op te leggen. De werkgever zou bijvoorbeeld op grond van artikel 6:105 BW veroordeeld kunnen worden tot het doen van maandelijkse uitkeringen conform het pensioenreglement. De reden dat de schadevergoeding in natura hier gepast is, is dat de alternatieven net te weinig bieden. Een vergoeding van een bedrag ineens zou te laag kunnen uitvallen en een veroordeling tot betaling van maandelijkse vergoedingen zou de weduwe opzadelen met het risico dat de werkgever die betalingen op enig moment niet meer kan voldoen. Omdat het hier kennelijk mogelijk was de weduwe een aanspraak op verzekeraar Aegon te verschaffen door die verzekeraar een bedrag ineens te betalen,[41] doet de veroordeling tot het in onderhandeling treden over en het betalen van dat bedrag meer recht aan de belangen van eiseres. Dat heeft niet zoveel te maken met het feit dat de schade moeilijk te berekenen valt, maar juist te maken met het feit dat het eiseres recht gaf op een mate van zekerheid van uitkering die men van een pensioenfonds mag verwachten. Dat lage risico is een immaterieel voordeel dat met deze veroordeling gewaarborgd kon worden.[42]

### 4.3.3.2 Belangen die niet op geld te waarderen zijn

Cruciaal lijkt ook hier dus weer te zijn dat de eiser kan wijzen op een belang dat uitstijgt boven een financieel belang. Maar als dat zo is, dan rijst de vraag of het nodig is om het toepassingsbereik te beperken tot gevallen waar een eiser een zaak waarbij hij een aanvullend belang heeft, is kwijtgeraakt of misgelopen, maar daarop geen goederenrechtelijke aanspraak heeft. Natuurlijk liggen die gevallen voor de hand, omdat schadevergoeding in natura daar nogal voor de hand

38 Hof 's-Hertogenbosch 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3663, *PJ* 2019/132, m.nt. Beltman (*Nabestaandenpensioen*). Een wijziging die een verslechtering voor de werknemer inhoudt, is alleen toelaatbaar als een nadere overeenkomst is getroffen waarin de werknemer welbewust heeft ingestemd met de wijziging nadat hem voldoende duidelijkheid over de inhoud is verschaft, zie HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570, *NJ* 2010/686 (*CZ*).

39 Op grond van de maatstaf in HR 3 mei 1946, ECLI:NL:HR:1946:4, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*); HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587, m.nt. Du Perron (*Vleesmeesters/Alog*); HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017, *NJ* 2017/364, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*DMB/Compaen*).

40 Hof 's-Hertogenbosch 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3663, *PJ* 2019/132, m.nt. Beltman (*Nabestaandenpensioen*), r.o. 3.37.

41 Dat Aegon die mogelijkheid biedt, is vanzelfsprekend cruciaal; de jegens de weduwe onrechtmatig te noemen wanprestatie van de werkgever is geen reden *de verzekeraar* tot onderhandeling te dwingen.

42 Dat geldt ook voor het door De Rey aangehaalde geval waarin een werkgever de tewerkstellingsverbintenis van de werkgever miskent en waarin het Arbeidshof te Brussel de werkgever veroordeelt schadevergoeding te betalen én sociale voorzieningen aan de betreffende instanties te betalen. Zie De Rey 2019a, p. 73 onder verwijzing naar Arbh. Brussel (5e k.) 18 mei 2015, *TBR* 2016/256, m.nt. De Rey.

ligt, maar in principe is er geen reden om het toepassingsbereik tot die gevallen te beperken. Sterker nog, er is reden om te denken dat de schadevergoeding in natura juist een rol te spelen heeft buiten de quasi-goederenrechtelijke context.

Het standaardgeval van rectificatie uit artikel 6:167 lid 1 BW kan gezien worden als een species van de schadevergoeding in natura.[43] Dat lid bepaalt dat wie jegens een ander aansprakelijk is ter zake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard op vordering van die ander kan worden veroordeeld tot openbaarmaking van een rectificatie op een door de rechter aan te geven wijze.[44] Waar de publicatie niet onjuist of onvolledig is, maar desalniettemin onrechtmatig jegens de persoon over wie de publicatie gaat, is de eiser aangewezen op de schadevergoeding in natura.[45] Belangrijke toegevoegde waarde van deze bepaling is dat zij expliciet duidelijk maakt dat niet vereist is dat vermogensschade wordt geleden.[46] Sterker nog, deze remedie wordt niet geraakt door het gesloten stelsel van de artikelen 6:95 en 6:106 BW. Waar schadevergoeding in geld alleen mogelijk is als het gaat om vermogensschade of in de wet omschreven immateriële schade, is de rectificatie bij uitstek toewijsbaar in gevallen waarin schade is geleden die niet onder één van die twee categorieën te scharen valt.

Die benadering roept dan wel de vraag op welk systeem gevolgd zou moeten worden voor de schadevergoeding in natura. Zou hier, net als bij de rectificatie, geen beperking moeten gelden omdat niet-monetaire schade vergoed wordt in een andere vorm dan in geld? Of zou hier het feit dat naar Nederlands recht in beginsel geen aanspraak bestaat op vergoeding van schade die buiten het systeem van de artikelen 6:95 en 6:106 BW valt, de doorslag moeten geven? Wetssystematisch is er alle reden te denken dat de beperkingen van de vergoeding van immateriële schade door de artikelen 6:95 en 6:106 BW evengoed zouden moeten gelden voor de schadevergoeding in natura.[47] Deze remedie is immers slechts een in bijzondere gevallen toe te wijzen alternatief voor schadevergoeding in geld. Normatief is die redenering echter minder sterk.[48] De in de Parlementaire Geschiedenis en literatuur aangevoerde gronden voor de beperkingen die het stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW aanbrengt, lijken vooral te zijn gelegen in het feit dat leed en schadevergoeding ongelijke grootheden zijn; verdriet wordt niet gecompenseerd met geld.[49] Die moeilijkheid zou zich bij een niet-monetaire

43 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/303. De rectificatie wordt soms onder verwijzing naar art. 6:103 BW toegewezen, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2093, *JOR* 2018/253, m.nt. Van Eeden-Van Harskamp; Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5415; Rb. Den Haag 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9231. Van Nispen meende voor de invoering van art. 6:167 BW dat deze veroordeling beter kan worden gezien als een bevel tot voorkoming van verdere schade (Van Nispen 1978 p. 68) maar erkent dat anderen de veroordeling vaak opvatten als schadevergoeding in natura (Van Nispen 2018, p. 33).

44 Art. 6:167 lid 2 bepaalt daarentegen dat een rectificatie ook kan worden gevorderd van degene die niet aansprakelijk is omdat de publicatie hem wegens onbekendheid met de onjuistheid of onvolledigheid niet kan worden toegerekend. Dit artikellid codificeert een betamelijkheidsnorm en deze veroordeling kan beter worden gezien als een species van het rechterlijk bevel, zie TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 666; *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/303. Cruciaal onderscheid is, niet zonder reden, dat de kosten van rectificatie dan voor eiser kunnen worden gelaten, zie art. 6:167 lid 3 BW.

45 *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/303.

46 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 666.

47 Vgl. De Rey 2019b, p. 206 onder verwijzing naar Lindenbergh 1999, p. 1699, die deze beperking slechts summierlijk aanstipt.

48 Naar Duits recht is de systematiek dan ook anders: de beperking tot vermogensschade geldt alleen voor § 251 BGB en niet voor § 249 BGB, zie Oetker 2019, randnummers 321-322; Koziol 2012, p. 298.

49 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6, p.* 372; Stolker 1988, p. 1-5.

vergoeding nu juist niet voordoen, wat de vraag oproept of hier niet ruimte zou moeten zijn om nieuwe vormen van vergoeding toe te staan.

In de afgelopen jaren gaan in de literatuur bijvoorbeeld steeds meer stemmen op om een vordering tot afgedwongen excuses mogelijk te maken.[50] Hoewel natuurlijk betoogd kan worden dat afgedwongen excuses minder effectief zijn dan oprechte excuses,[51] is het maar zeer de vraag in hoeverre dat zou moeten uitmaken. Als een eiser onrecht is aangedaan dat niet in geld kan worden uitgedrukt en de eiser meent dat dit immateriële leed passend kan worden weggenomen met afgedwongen excuses, is het dan aan de rechter om te zeggen dat dat niet zo is?[52] Denk daarbij aan normen die beschermen tegen discriminatie of die de goede naam beschermen. Natuurlijk beschermen die normen de vermogensbelangen van potentiële slachtoffers, maar ze beschermen daarnaast ook de waardigheid. Als een eiser in zo'n geval behoefte heeft aan excuses van de wederpartij en we in het algemeen aannemen dat excuses een zeker – zij het niet volledig – vergoedend effect kunnen hebben, waarom zou het stelsel van de artikel 6:95 en 6:106 BW daar dan aan in de weg moeten staan?

## 4.4 Wat een passende schadevergoeding in natura is

De conclusie tot dusver is dat schadevergoeding in natura gepast is als de remedie de eiser dichter bij datgene brengt waar de geschonden norm hem recht op gaf dan een schadevergoeding in geld zou doen. Om die vergelijking te kunnen maken moet echter wel de vraag worden beantwoord hoe die schadevergoeding in natura er dan uit zou moeten zien. Omdat de rechter ten aanzien van de vormgeving evengoed een discretionaire bevoegdheid heeft, lijkt deze zijde van de vergelijking niet vastomlijnd. Toch zijn er wel wat handvatten te geven. Twee uitgangspunten zijn hier van cruciaal belang: (i) de veroordeling strekt tot vergoeding van schade en niet tot bestraffing (§ 4.4.1), en (ii) slachtoffer en dader staan in een verhouding van redelijkheid en billijkheid tot elkaar (§ 4.4.2).

### *4.4.1 De schadevergoeding in natura is gericht op vergoeding*

In alle discussies over waar een gedaagde wel en niet toe kan worden verplicht, is het eenvoudig uit het oog te verliezen dat de veroordeling tot schadevergoeding in natura een alternatief blijft voor de schadevergoeding in geld. Dat betekent dat gezocht moet worden naar een handeling die zoveel mogelijk in de buurt komt van waar de oorspronkelijke norm de eiser recht op gaf; het gaat immers nog steeds om schadevergoeding, waarbij geldt dat de vergoeding de gedaagde zoveel mogelijk in de positie moet brengen die zonder normschending zou hebben bestaan.[53]

50 Uijtenbroek e.a. 2008; Van Dijck 2017a; Van Dijck 2017b.
51 Zie bijvoorbeeld Verheij 2010. Empirisch onderzoek suggereert, overigens, dat ze desalniettemin wel degelijk effect kunnen hebben, zie daarover met nadere verwijzingen: Van Dijck 2017b, p. 298.
52 Ik dank Thijs Beumers voor dit inzicht.
53 Zie Lindenbergh 2020, p. 5-6; Hebly 2019, p. 29-30; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2.

#### 4.4.1.1 Niet meer en niet minder

Neem *Pos/Van den Bosch*. De normschending bestond hier uit het uitlokken van wanprestatie, wetende dat een derde daardoor benadeeld zou worden.[54] In dit geval is schadevergoeding in natura gepast omdat de door de norm beschermde belangen van de benadeelde Van den Bosch naast een materieel ook een immaterieel karakter hadden; hij had belang bij het kunnen kopen van *deze* boerderij op het landgoed waar hij nu al pachter was. De veroordeling die bij de schending van dat belang hoort moet wel zorgvuldig daarop worden afgestemd. Door het uitlokken van wanprestatie wordt Pos niet ineens verplicht om de boerderij om niet over te dragen aan Van den Bosch. Een veroordeling daartoe zou de remedie een punitief karakter geven.

Omdat het hier gaat om een reeds gepleegde onrechtmatige daad en Van den Bosch vergoeding vordert van zijn schade, wordt de cruciale vraag hoe de wereld eruit zou hebben gezien als Pos de wanprestatie van mevrouw Brouwer niet zou hebben uitgelokt. Het antwoord is dan direct duidelijk: dan zou Van den Bosch de mogelijkheid hebben gehad de boerderij te kopen. Een passende vergoeding die de situatie zoveel mogelijk in overeenstemming brengt met dat door de norm geschetste beeld is dan dat Van den Bosch nu alsnog de kans krijgt de boerderij te kopen. Dat is onherroepelijk een secundaire plicht – voor het onrechtmatig profiteren van de wanprestatie was hij immers nooit verplicht een boerderij aan Van den Bosch te verkopen – maar is er wel één die Van den Bosch zoveel mogelijk biedt waar hij recht op had. En zo werd de remedie ook vormgegeven.[55]

In gevallen waarin de schade met name bestaat uit het verlies van een unieke zaak of een beperkt gebruiksrecht op een unieke zaak is die vergoeding eenvoudig vorm te geven. Had de eiser zonder de onrechtmatige daad de zaak zonder tegenprestatie in eigendom gehad? Dan ligt een veroordeling de zaak over te dragen of te doen overdragen voor de hand. Zou de eiser de zaak in het hypothetische scenario onder een tegenprestatie hebben kunnen verwerven? Dan ligt een veroordeling tot overdracht in ruil voor die tegenprestatie voor de hand. Maar er zijn gevallen denkbaar waar de unieke zaak niet meer bestaat. De vraag rijst dan of vergoeding in natura nog wel op passende wijze mogelijk is.

Deze kwestie speelde bijvoorbeeld in het antieke arrest *Rotterdam/Boels*.[56] De gemeente Rotterdam had in dat geval zonder toereikende wettelijke basis twee aan Boels toebehorende panden aan de inmiddels niet meer bestaande Schoutenstraat in Rotterdam afgebroken. Bij wijze van schadevergoeding werd de Gemeente bevolen de panden te herbouwen.[57] Hoewel het beschermde belang een unieke zaak betrof en schadevergoeding in natura in beginsel mogelijk zou moeten zijn, is het maar zeer de vraag of deze veroordeling ook passend was. Gelet op het feit dat het om oude en vervallen panden ging, zou het best wel eens zo kunnen zijn dat de herbouw uiteindelijk heeft geresulteerd in een ongerechtvaardigde verrijking aan de kant van Boels. Het is dan zeer de vraag of een ver-

54 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).
55 HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).
56 HR 13 maart 1903, *W* 7899 (*Rotterdam/Boels*). Vergelijkbare problematiek speelde in Rb. Den Haag 13 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14244.
57 HR 13 maart 1903, *W* 7899 (*Rotterdam/Boels*); Rb. Rotterdam 1 mei 1899, *W* 7314 (*Boels/Rotterdam*).

oordeling van de gemeente deze panden te herbouwen dan nog wel aan te merken is als 'vergoeding'.[58]

Het probleem van discrepantie tussen het geschonden belang en de gevorderde vergoeding wordt nog duidelijker in een geval van dat speelde voor de Rechtbank Den Haag.[59] Daar ging het om een door de ene buur opgerichte overbouw die hinder opleverde voor de andere buur. Bij wijze van schadevergoeding vorderde de andere buur een vestiging van een erfdienstbaarheid om van deze muur een mandelige muur te maken. De rechtbank wees die vordering terecht af: het goederenrechtelijk systeem biedt eiser allerlei remedies tegen de eigendomsinbreuk en deze is daar niet één van.[60] Anders gezegd: omdat eiser in afwezigheid van de fout ook geen mandelige muur zou hebben gehad, kan hij dat nu ook niet ineens bij wijze van schadevergoeding vorderen.[61]

### 4.4.1.2 De grens tussen vergoeden en straffen

Een ander probleem steekt de kop op als het te vergoeden leed in de immateriële sfeer ligt. Stel dat een eiser een recht op smartengeld heeft omdat één van de in artikel 6:106 lid 1 BW genoemde gevallen zich voordoet, maar het zelf ongepast vindt om voor dit leed een vergoeding in geld te ontvangen of slechts aanspraak wil maken op een deel van de monetaire vergoeding.[62] Deze eiser zou er dan voor kunnen opteren om schadevergoeding in andere vorm dan geld te vorderen. Het kiezen van de juiste vorm is hier niet eenvoudig.

Neem het *HIV-test*-arrest.[63] Een slachtoffer van verkrachting vorderde van de civiele rechter dat de dader zou worden veroordeeld tot het ondergaan van een gedwongen HIV-test. Zij had zelf reeds een eerste bloedtest ondergaan, maar om volstrekte zekerheid te krijgen moest zij een tweede test ondergaan. Dat kon zij emotioneel niet aan en om die reden richtte zij zich nu tot de dader. De Hoge Raad zag ruimte voor een veroordeling tot het ondergaan van een bloedonderzoek omdat de dader verplicht was de schadelijke gevolgen van zijn daad zoveel mogelijk te beperken.[64] Deze veroordeling sluit goed aan bij de vergoedingsgedachte. Het slachtoffer lijdt nadeel in de vorm van onzekerheid en angst voor een HIV-be-

58 Heel stellig durf ik daar evenwel niet over te zijn, aangezien de Hoge Raad juist bij beschadiging van onroerende zaken bereid is gebleken de herbouw- of herstelkosten te vergoeden, ook als deze uitstijgen boven de afname in taxatiewaarde, zie HR 7 mei 2005, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A/Hiddema*); HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, *NJ* 1993/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Den Haag/v. Schravendijk*).

59 Rb. Den Haag 13 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14244.

60 *Ibid.* r.o. 2.10.

61 In Duitsland wordt een veroordeling tot *Naturalrestitution* alleen mogelijk geacht waar een gelijkwaardig en gelijkaardig alternatief voorhanden is, zie BGH 10 juli 1984, *NJW* 1984, 2282 (*Modelboot*). Een dergelijke toets sluit goed aan bij de hier geformuleerde gedachte dat de veroordeling de eiser niet meer, maar ook niet minder moet geven dan waar hij vooraf recht op zou hebben gehad. De *Naturalrestitution* van § 249 BGB omvat overigens zowel schadevergoeding in natura als schadevergoeding in geld, zie daartoe de formulering van § 249 Abs. 2 BGB: *Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist".* Zie ook De Rey 2019a, p. 172.

62 Bij de totstandkoming van art. 6:103 BW is men nadrukkelijk ervan uitgegaan dat vergoeding gedeeltelijk in geld en gedeeltelijk in andere vorm zou kunnen worden toegekend. Zie, MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 364.

63 HR 8 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*HIV-test*).

64 Hoewel het arrest daarmee wellicht meer in de sleutel van een veroordeling tot nakoming van een schadebeperkingsplicht is komen te staan, wordt het wel geduid als een voorbeeld van schadevergoeding in natura, zie bijv. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/22; Lindenbergh in: *T&C Burgerlijk Wetboek,* art. 6:103, aant. 2. Zoals hieronder in § 4.2 betoogd, doet het er op zich niet toe of de vordering als schadevergoeding in natura wordt ingestoken of als nakomingsvordering: in dit soort gevallen zouden de vereisten gelijk moeten zijn.

smetting. Een monetaire vergoeding zou aan dat nadeel tegemoet kunnen komen – en het slachtoffer mag daar ook voor kiezen – maar de beste manier om *dit deel* van het leed weg te nemen, is door de onzekerheid weg te nemen. Een veroordeling van de dader tot meewerken aan het onderzoek ligt dan ook voor de hand.

Brunner schrijft in zijn noot dat deze veroordeling onmiskenbaar een punitief karakter heeft.[65] Dat gaat wat snel. Deze veroordeling dient namelijk wel degelijk een ander doel dan het straffen van de dader en genoegdoening voor het slachtoffer in het leven roepen. Sterker nog, deze veroordeling heeft eigenlijk weinig met straffen te maken. Hoewel het onderzoek ongetwijfeld belastend is voor de gedaagde is lastig in te zien hoe met dit onderzoek de typische functies van een bestraffende remedie zoals genoegdoening en preventieve werking worden bewerkstelligd. Ze draait er juist om een deel van het nadeel aan de kant van de eiser zoveel mogelijk weg te nemen door de gedaagde ergens toe te verplichten. Het is, met andere woorden, juist een heel goed voorbeeld van een schadevergoeding in andere vorm dan geld.

Maar Brunner raakt daarmee wel aan een lastige kwestie in het kader van de schadevergoeding in natura; mag zij, in tegenstelling tot haar monetaire evenknie, wél punitief worden? Brunner meent dat het in dit soort gevallen gepast zou kunnen zijn om het onderscheid tussen straf- en privaatrecht weg te slaan, maar het lijkt me dat enige voorzichtigheid gepast is. Stel nu dat een slachtoffer van een geweldsdelict de dader zou willen dwingen therapie te volgen. Op zichzelf is het volgen van agressie-therapie misschien best een goed idee, maar is dat iets wat een slachtoffer in een civiele procedure zou moeten kunnen vorderen? Gelet op het vergoedende karakter van de veroordeling zal het slachtoffer dan wel moeten aantonen welk belang hij daarbij heeft. Welke schade wordt daarmee vergoed? Het is belangrijk voor ogen te houden dat, ondanks het discretionaire karakter van de remedie, het altijd moet blijven gaan om *vergoeding van schade.*

### *4.4.2 Nakoming bij wijze van schadevergoeding?*

De hiervoor besproken gevallen draaiden steeds om veroordelingen die aan de gedaagde een nieuwe, secundaire plicht oplegde. Wie eigendom heeft verworven is in beginsel niet zomaar verplicht die aan een ander over te dragen en de notaris die bij de verdeling van de nalatenschap aan de verkeerde toebedeelt, is in beginsel slechts gehouden het nadeel van de beoogde begunstigde te vergoeden, niet om de goederen voor hem te gaan verwerven op de markt. In sommige gevallen is het echter minder duidelijk om te zien of het geval zich leent voor een rechterlijk bevel of een veroordeling tot schadevergoeding in natura.

#### 4.4.2.1 De mogelijkheid van samenloop

Hoewel het rechterlijk bevel en de schadevergoeding in natura in uitgangspunt totaal verschillend zijn – de één bewerkstelligt nakoming van een primaire rechtsplicht, de andere behelst een invulling van een secundaire rechtsplicht tot vergoeding – zijn er gevallen denkbaar waarbij het niet helemaal duidelijk is welke remedie nu eigenlijk gevorderd wordt. Wie een garage bouwt op het land

65 C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 8 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347 (*HIV-test*).

van de buren wordt geacht voortdurend onrechtmatig te handelen; de moderne *actio negatoria* is er een tot nakoming van een rechtsplicht.[66] Maar hoe zit het met het geval waarin ik een bal de tuin van de buren inschiet? Maak ik daarmee een voortdurende inbreuk op het eigendomsrecht van de buren? Of heb ik één inbreuk gepleegd waarvan de gevolgen nog steeds gevoeld worden?[67] Dat lijkt een flauw onderscheid, maar omdat de twee remedies zo van elkaar verschillen, kan het kiezen van de ene of de andere remedie in het huidige systeem wel veel uitmaken. Waar de schadevergoeding in natura de rechter een dubbele discretionaire bevoegdheid geeft – dat wil zeggen ten aanzien van zowel toewijzing als vormgeving – is dat bij het rechterlijk bevel juist niet het geval: toewijzing is in beginsel verplicht en de omvang van het bevel wordt door de norm gedicteerd.[68]

Een voorbeeld is *Veldboom Beleggingen/Omwonenden* van het Hof Arnhem-Leeuwarden.[69] Een investeerder had een blok studentenwoningen laten bouwen in Groningen. De omwonenden hadden geen gebruik gemaakt van de hun ter beschikking staande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen.[70] Toen het blok eenmaal gebouwd was, ondervonden zij hinder van (i) de beperking van het uitzicht en (ii) de studenten. Voor die tweede vorm van hinder was de belegger niet verantwoordelijk, maar voor de eerste wel. De bewoners vorderen nu afbraak bij wijze van schadevergoeding in natura. De rechtbank had de vordering toegewezen, maar het hof vernietigt dat vonnis omdat het uitzicht niet in vergaande mate werd beperkt en in geen verhouding zou staan tot de kosten die met afbraak gemoeid zijn.[71]

Aangezien de eisers hier schadevergoeding in natura vorderden, had het hof op grond van de wet zonder meer de ruimte de vordering af te wijzen. Had de eiser echter gekozen voor een vordering tot nakoming, dan had het hof die ruimte niet gehad. In dat geval had de eiser een *prima facie* recht op wegneming van de hinder gehad.[72] De belegger had zich dan alleen nog kunnen verweren met de stelling dat de bewoners misbruik van hun recht maakten. Zolang dat misbruik niet uitgemaakt zou zijn, zou het hof gehouden zijn geweest de veroordeling uit te spreken.[73] Dat verschil in uitkomst lijkt echter lastig te verdedigen. Waarom zou het al dan niet slagen van de vordering in het concrete geval moeten afhangen van de gekozen route, terwijl het materiële geschil gelijk blijft? Het roept de vraag op, met andere woorden, of hier wel keuzevrijheid voor de eiser zou moeten bestaan.

### 4.4.2.2 De onwenselijkheid van vrije keuze

Mij lijkt van niet. Ten eerste kan een volledige vrije keuze voor de eiser tussen de twee remedies leiden tot verschillende beslechtingen van hetzelfde geschil. Ten

66 Van Es 2005, p. 199.
67 Van Es acht dit laatste voorbeeld een onrechtmatige daad die reeds geëindigd is, zie Van Es 2005, p. 193-200.
68 Zie hiervoor §§ 3.2 & 3.3.
69 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3392, *NJF* 2019/361(*Veldboom Beleggingen/Bewoners*). Een ander voorbeeld is Rb. Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10406.
70 *Ibid.* r.o. 2.5.
71 *Ibid.* r.o. 4.23.
72 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1.
73 Zie HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*). Het contrast tussen de twee is mooi te zien in Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4747, *NJF* 2016/499, waar de veroordeling tot het verwijderen van wortels wordt toegewezen op grond van art. 3:296 BW, maar de vordering tot herstel van het terras door de buurman wegens ongeschiktheid wordt afgewezen; een schadevergoeding in geld is voldoende vergoeding.

tweede brengt het flexibele karakter van de schadevergoeding in natura het risico met zich dat met een veroordeling op die grond de strakke regels van het rechterlijk bevel worden gepasseerd. Resultaat is dan dat meer gaat afhangen van slim procederen en minder van de normatieve waardering van het twistpunt. Natuurlijk is iedere procedure tot op zekere hoogte afhankelijk van de kwaliteiten van de argumenten die partijen of hun raadslieden naar voren brengen, maar in dit geval gaat dat wel erg ver. Hier zou het enkele kiezen van het verkeerde label er al toe kunnen leiden dat het geschil anders moet worden beslecht, terwijl de knoop die partijen doorgehakt willen zien niet is veranderd. Zij willen simpelweg weten of de gedaagde nu wel of niet zijn garage mag laten staan, of hij nu wel of niet zijn fabriek moet sluiten, etc.

In de praktijk lijkt het overigens mee te vallen; rechters geven de eiser lang niet altijd een échte keuze. In een arrest van het Hof Den Haag, bijvoorbeeld, werd ProRail veroordeeld om een brug over een door haar beheerde spoorlijn op te richten nadat een eerdere verwijdering in strijd werd geacht met een in 1842 ten gunste van eiser gevestigde erfdienstbaarheid.[74] Hoewel de vordering was ingestoken als een vordering tot schadevergoeding in natura, heeft de veroordeling de erfdienstbaarheid na te komen meer weg van een nakomingsremedie. De inhoud van de vordering was namelijk volledig afgestemd op de verplichtingen die uit die erfdienstbaarheid voortvloeien. En in een arrest van het Hof Amsterdam weigerde het hof in een schadestraatprocedure de schadevergoedingsvordering in natura uit te spreken onder andere[75] op de grond dat die vergoeding neer zou komen op nakoming van een reeds ontbonden overeenkomst.[76]

Het verdient aanbeveling deze praktijk tot regel te maken. Als de gevorderde remedie een nakomingskarakter krijgt, dan zouden de regels die het rechterlijk bevel beheersen de voorkeur moeten krijgen. Die remedie verwezenlijkt immers het best wat de norm beloofde. Dat kan enerzijds betekenen dat de veroordeling niet langer afgewezen kan worden op grond van een enkele belangenafweging, maar conform de regel in *Claas/Van Tongeren* bij wijze van recht beschikbaar is.[77] Anderzijds kan het betekenen dat de schadevergoeding in natura moet worden afgewezen omdat de veroordeling de eiser méér dreigt te bieden dan waar hij op grond van de oorspronkelijk op zijn wederpartij rustende norm recht op had. Een dergelijke veroordeling zou te veel in strijd komen met de idee van overeenstemming tussen bevel en onderliggende norm.[78]

74 Hof 's-Gravenhage 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7839.

75 Het hof wees er ook op dat wijziging in de schadestaatprocedure niet meer mogelijk was. Dat waag ik te betwijfelen. Zo'n 'verandering van invulling' werd toelaatbaar geacht in Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1520, *NJF* 2014/411; Rb. Arnhem 28 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV3725, *RVR* 2012/52 en de mogelijkheid wordt in de literatuur onderschreven. Zie Tjong Tjin Tai 2012, p. 85.

76 Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3556, r.o. 3.3-3.4. Zie ook de afwijzing van een vordering tot schadevergoeding in natura omdat de overeenkomst onvoldoende duidelijk was, zodat nakoming niet kon worden bevolen: Rb. Amsterdam 24 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7915. Waar de overeenkomst blijft bestaan, is dat uiteraard geen probleem, zie Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5649.

77 Dat is niet altijd praktijk. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10406, waarin de rechtbank een vordering tot afbraak van een lichthinderveroorzakende opbouw afwees op grond van een belangenafweging; het is de vraag of dat gepast was, gelet op het feit dat die veroordeling op grond van art. 3:296 BW (waarschijnlijk) wel toegewezen had moeten worden.

78 Zie hiervoor § 3.3.

## 4.5 Conclusie

Schadevergoeding in natura wordt in de praktijk vooral toegewezen waar de norm meer beschermt dan vermogen alleen.[79] Dat is ook terecht: als het doel van de schadevergoeding is om de gerechtigde zoveel mogelijk te bieden waar de norm hem aanspraak op gaf en een prestatie van de gedaagde hem dichter in de buurt brengt dan een vergoeding in geld, dan ligt toewijzing in de rede. Het zou dan ook goed passen om in die gevallen waar de norm strekte tot bescherming van meer dan alleen vermogensbelangen een *prima facie* recht op schadevergoeding in natura aan te nemen. Omdat de Nederlandse wetgever het primaat uitdrukkelijk bij de schadevergoeding in geld heeft gelegd en een veroordeling tot het verrichten van een prestatie een verdergaande inbreuk op de vrijheid van de gedaagde maakt dan de veroordeling tot betaling van een geldsom, is dat evenwel geen harde aanspraak. Het zal steeds aan de rechter zijn om te beoordelen of binnen de door de norm geschetste kaders ruimte is voor een vergoeding in natura.

In lijn met het discretionaire karakter van de remedie is de rechter vrij bij het maken van die keuze. Hij kan zich daarbij evenwel laten leiden door de norm. Ten eerste is het van groot belang dat de gevorderde prestatie in concreto niet te ver gaat: de schadevergoeding in natura biedt geen grondslag om de gerechtigde meer te bieden dan waar de geschonden norm hem recht op gaf. De rechter zal zich dus een goed beeld moeten vormen van waar de norm precies recht op gaf en in hoeverre de gevorderde prestatie de gerechtigde daar dichter bij in de buurt brengt. Zo werd door de Rechtbank Gelderland een jegens een bouwkundig inspecteur gerichte vordering tot het verrichten van herstelwerkzaamheden aan het (onzorgvuldig) geïnspecteerde gebouw afgewezen: de eiser had recht op een zorgvuldige inspectie, maar had geen recht op een gebouw dat vrij van gebreken was. Hoewel de onzorgvuldige inspecteur had kunnen worden aangesproken voor schade die voortvloeide uit de gebrekkige inspectie – bijvoorbeeld omdat de eiser het bouwwerk anders nooit had aangeschaft – kon hij vanzelfsprekend niet worden aangesproken tot herstel.[80]

Daarnaast kan de norm nog wel enige ‘zachte’ invloed uitoefenen. Het hiervoor besproken geval van de notaris die het familieschilderij aan de verkeerde toebedeelt waarna het wordt verkocht, is daar een goed voorbeeld van.[81] De gevorderde prestatie is hier kostbaar: het schilderij werd inmiddels aangeboden voor €80.000. Toch zag de rechtbank aanleiding de notaris te veroordelen een poging te wagen het schilderij te verwerven en aan de juiste erfgenaam te geven. Dat past ook bij de hoge mate van zorg die van een notaris verwacht mag worden bij dit soort gevoelige zaken. Was het hier bijvoorbeeld gegaan om een tussenpersoon die een lading graan aan de verkeerde partij verkoopt, dan lag een vergoeding in natura wellicht minder voor de hand. De zorgplicht die daarbij hoort, impliceert niet meer dan een financiële verantwoordelijkheid.

79 Zie hiervoor § 4.3.
80 Rb. Gelderland 6 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5234.
81 Rb. Amsterdam 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN3398.

# 5 De norm en het causaal verband bij schadevergoeding

## 5.1 Inleiding

De volgende twee hoofdstukken zijn gewijd aan de invloed die de norm op de schadevergoeding in geld kan hebben. Daarbij richt ik me in het bijzonder op het causaal verband en de mate waarin de norm invloed heeft op de vaststelling daarvan. Het causaal verband is immers een cruciale schakel bij het bepalen *of* een recht op schadevergoeding bestaat en, zo ja, welke *omvang* die vergoeding dan moet hebben. Daarbij maak ik een onderscheid tussen de vaststelling van het causaal verband in de orthodoxe alles-of-niets benadering (dit hoofdstuk) en de recente ontwikkeling dat bij een onzeker causaal verband niet steeds tot afwijzing hoeft te worden overgaan, maar via de leerstukken van de proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans kan worden gekomen tot een proportionele vergoeding (hoofdstuk 6).

De orthodoxe benadering van het schadevergoedingsrecht is dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen de vestigingsfase en de omvangsfase. In die eerste fase wordt afgelopen of aan de voorwaarden voor aansprakelijkheidsstelling is voldaan, terwijl in de tweede genuanceerder wordt gekeken of en in hoeverre de schade ook daadwerkelijk aan de dader kan worden toegerekend.[1] In die laatste fase zou dan nadrukkelijk meer ruimte zijn voor normatieve overwegingen, zoals de mate van schuld, de afstand tussen fout en schade, en de aard van het letsel. In dit hoofdstuk zal ik betogen dat de geschonden norm bij iedere stap in het vaststellen van het causaal verband in meer of mindere mate invloed uitoefent op de omvang van de schadevergoeding, ook bij de traditioneel 'feitelijke' vestigingsfase. Soms is dat een vrij directe invloed, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag wat precies moet worden weggedacht om tot een hypothetisch scenario te komen. In andere gevallen is die invloed indirecter, bijvoorbeeld bij de selectie van toerekeningsfactoren.

In paragraaf 5.2 betoog ik eerst dat het ogenschijnlijk normvrije condicio sine qua non-verband helemaal niet zo normvrij is en dat het systeem aan rechtszekerheid zou winnen als die gedachte consequenter doorgevoerd zou worden. In paragraaf 5.3 betoog ik dat ook bij de nadrukkelijk normatieve leerstukken als relativiteit, redelijke toerekening en matiging de norm een kleinere, maar betekenisvolle

1 Asser/Sieburgh *6-II* 2017/50.

rol speelt. Naarmate het leerstuk meer op de billijkheid is gestoeld (zoals bij de matigingsbevoegdheid) wordt die rol kleiner en vice versa. In paragraaf 5.4 breek ik dan een lans voor een meer integrale en normatieve causaliteitstoets, waarbij de besproken leerstukken worden gezien als instrumenten die kunnen helpen om de vraag te beantwoorden hoe de verantwoordelijkheid tussen partijen verdeeld moet worden. Daarbij is onmiskenbaar een rol voor de billijkheid weggelegd, maar wel een kleinere; de basis wordt gelegd door de geschonden norm en de daaraan ten grondslag liggende normatieve redenen.[2]

## 5.2 Normatieve overwegingen en het condicio sine qua non-verband

### *5.2.1 De rol van de norm bij vaststelling van het csqn-verband*

Schade is een rechtsbegrip.[3] Hoewel we vaak intuïtief wel weten wat we 'schade' willen noemen, is het belangrijk om van meet af aan voor ogen te houden dat 'schade' geen natuurfenomeen, maar een menselijk construct is.[4] Een bepaalde toestand kwalificeert pas als schade als hij afwijkt van 'hoe het hoort'. Een deuk in een auto kwalificeert als schade, omdat een auto geen deuken hoort te hebben. Een gebroken been kwalificeert als schade, omdat een been niet gebroken hoort te zijn. En – contentieuzer – misgelopen winst kwalificeert als schade, omdat we er kennelijk van uitgaan dat die winst behaald had moeten worden. Wat deze voorbeelden illustreren, is dat, om te bepalen of iets als 'schade' kwalificeert, we een vergelijking moeten maken met een andere situatie. In juridische context betekent dat dan dat de werkelijke situatie *met* normschending moet worden vergeleken met de hypothetische situatie *zonder* normschending.[5]

#### 5.2.1.1 De wegdenkoefening van het csqn-verband

Er is reden hier iets langer bij stil te staan. Bij het nadenken over oorzaak en gevolg ligt het voor de hand om vanuit het gevolg (iets wat we ervaren als 'schade') al terugredenerend te zoeken naar een oorzaak. Nog los van het feit dat gevolgen nooit echt één oorzaak hebben,[6] miskent die neiging ook de aard van de exercitie die nodig is om een recht op schadevergoeding vast te stellen. Bepalend is niet wat in natuurkundige zin als 'de' oorzaak te gelden heeft;[7] het gaat om de juridische vraag naar de verdeling van verantwoordelijkheid. Daarbij moet worden onderzocht hoe de situatie waar het slachtoffer zich nu in bevindt, verschilt van

2 Gardner 2010, p. 33 e.v. Zie hiervoor § 2.5.
3 Bloembergen 1965, p. 14-15. Zie daarover bijv. Tjong Tjin Tai 2016a, p. 383 en Van Velthoven 2018, p. 75.
4 Raue 2017, p. 278-279; Hebly 2019, p. 41.
5 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3. Deze manier van denken wordt wel toegeschreven aan Mommsen 1855, p. 3.
6 Wat problematisch is, aangezien het recht, op gevallen van eigen schuld, voordeelstoerekening en proportionele aansprakelijkheid na, in beginsel volledige schadevergoeding eist, zie Asser/Sieburgh *6-II* 2017/32; Bloembergen 1965, p. 117-118; Lindenbergh 2020, p. 16-17.
7 Klaassen 2017, p. 33.

de situatie waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden zonder de normschending. Ter beantwoording van die vraag moeten we echter niet van de vermeende schadepost terugredeneren naar een mogelijke oorzaak, maar vanaf de onrechtmatige daad vooruit naar wat zou zijn gebeurd zonder die onrechtmatige daad.

Neem bijvoorbeeld het volgende geval dat speelde voor de rechtbank Oost-Brabant.[8] Woningcorporatie Servatius wilde begin 2000 in samenwerking met de gemeente Maastricht en de Universiteit Maastricht studentenhuisvesting en kantoren realiseren. De toenmalige directeur gaf in 2008 het startsein voor het begin van de bouw, wetende dat nog niet alle vergunningen op orde waren. Dit wordt hem aangerekend als persoonlijk ernstig verwijt en Servatius stelt hem aansprakelijk voor de met het project geleden verliezen. De voormalig directeur voert echter aan dat de geleden verliezen helemaal niet het gevolg zijn van zijn fout, maar van de latere keuze van Servatius om in het geheel met het project te stoppen, welke keuze op zichzelf weer ingegeven is door de in 2009 gekelderde vastgoedmarkt.[9]

Wie vanuit de schadepost terugkijkt, staat hier voor een probleem: welke van deze twee mogelijke oorzaken is in juridische zin nu 'de' oorzaak van de geleden verliezen? De rechtbank Oost-Brabant lost dit eenvoudig (en dogmatisch juist) op door de vraag om te draaien: hoe anders zou de situatie zijn geweest als de directeur niet in 2008 het startsein had gegeven? Antwoord: dan was de bouw weliswaar niet gestart, maar was het project in 2009 alsnog geannuleerd. Resultaat: alleen de meerkosten van het te vroeg beginnen komen dus voor vergoeding in aanmerking. Dat is ook het juiste resultaat, want voor de gevolgen van de vastgoedcrisis kan de directeur vanzelfsprekend niet verantwoordelijk gehouden worden.

### 5.2.1.2 Wat moet worden weggedacht?

Het is dus zaak om de situatie waar de eiser zich nu in bevindt te vergelijken met de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de normschending. Die wegdenkoefening is meestal vrij eenvoudig: als ik uw auto in brand steek, dan vergelijken we simpelweg uw vermogenspositie met afgebrande auto (de werkelijke situatie) met uw vermogenspositie zonder afgebrande auto (de hypothetische situatie zonder brandstichting). Hier kunnen we simpelweg een doen (het brandstichten) vervangen door een nalaten (het niet-brandstichten). Maar lang niet alle gevallen zijn zo eenvoudig.

Ten eerste is er het probleem dat een normschending ook kan bestaan in een nalaten. Dat is problematisch, want een nalaten roept geen nieuwe toestand in het leven.[10] Omdat we zo gewend zijn een bepaalde *handeling* weg te denken, zijn we dan geneigd de gedraging die door het nalaten is 'besmet' weg te denken.[11] Toch is dat niet helemaal de juiste aanpak. Een geval waarin deze problematiek

8 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 (*Servatius/X c.s.*).
9 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 (*Servatius/X c.s.*), r.o. 5.3.9.
10 Asser/Sieburgh *6-II* 2017/84.
11 Zie hierover ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121 (*Deutsche Bank/X*), p. 2161.

mooi naar voren komt, is het recente *Deutsche Bank/X*.[12] In die zaak had de bank (Deutsche Bank) haar cliënt (X) een beleggingsfonds aangeraden. Noch in de brochure, noch op de voorlichtingsbijeenkomst had de bank duidelijk gemaakt dat zij zelf geen uitgebreid onderzoek naar de betrouwbaarheid van het fonds had gedaan. X belegde vervolgens ruim drie ton, maar een aantal jaar later ging het fonds als gevolg van een fraude failliet. X sprak vervolgens de bank aan voor zijn verliezen. Het hof is van oordeel dat de bank haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden door bij X de indruk te wekken dat zij zelf achter het fonds stond, terwijl zij in werkelijkheid geen nader onderzoek naar de betrouwbaarheid van het fonds had gedaan.[13] Vervolgens overweegt het hof dat causaal verband kan worden aangenomen, omdat X "zijn beslissing om in het Fonds te beleggen heeft gebaseerd op het voorstel van de bank, het voorlichtingsmateriaal dat hij via de bank heeft ontvangen en de voorlichtingsbijeenkomst die hij heeft bezocht, en waar de bank was vertegenwoordigd".[14]

Het causaliteitsoordeel wordt door de Hoge Raad vernietigd. Hij wijst erop dat het hof ten onrechte de gehele advisering wegdenkt in plaats van alleen het onrechtmatige element. Het aanprijzen van het fonds was op zichzelf immers niet onrechtmatig; het was het achterwege laten van een waarschuwing dat onrechtmatig was. Dat betekent dat niet moet worden nagegaan wat er zou zijn gebeurd als de bank het fonds in het geheel niet zou hebben aangeprezen, maar wat er zou zijn gebeurd als de bank bij het aanprijzen zou hebben gewaarschuwd dat zij zelf geen nader onderzoek had gedaan.[15] De benadering van de Hoge Raad is goed te verdedigen. Als de benadering van het hof zou zijn gevolgd, dan zou de bank in verhouding tot de klant een te grote verantwoordelijkheid toegeschreven krijgen. De keuze om te investeren in het fonds of niet, was aan de klant. Aan de bank was slechts de verantwoordelijkheid open te zijn over de reikwijdte van haar onderzoek naar de betrouwbaarheid van dat fonds. Waar de normschending bestaat in een nalaten, moet het normschendende nalaten worden vervangen door een normconform doen.[16]

Een vergelijkbaar probleem deed zich voor in het tweede NVM-meetinstructie-arrest van de Hoge Raad.[17] De verkopend makelaar had een woning niet volgens de meetinstructies van de NVM opgemeten, met als gevolg dat de 'werkelijke' oppervlakte (dat wil zeggen de oppervlakte conform meetinstructie) 26 $m^2$ minder was dan de oppervlakte die in de brochure stond vermeld.[18] Het hof had overwogen dat de makelaar de kopers een woning van 150 $m^2$ voorspiegelde en dat zij in plaats daarvan een woning van 124 $m^2$ hadden verkregen, zodat de schade moest worden begroot op 26 maal de vierkantemeterprijs.[19] De Hoge Raad vernietigde het arrest: het hof had niet na moeten gaan wat de vermogenspositie van eisers zou zijn geweest als het huis inderdaad 150 $m^2$ was, maar wat

12 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).
13 Hof Amsterdam 5 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:805, *JONDR* 2019/390, r.o. 3.7.
14 Hof Amsterdam 5 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:805, *JONDR* 2019/390, r.o. 3.9.
15 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*), r.o. 3.1.3.
16 Van der Kooij 2019, p. 187 en 202.
17 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*).
18 Een jaar eerder was al aangenomen dat zo'n meetfout van de verkopend makelaar een onrechtmatige daad jegens aspirant-kopers oplevert, zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie I*).
19 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10397, r.o. 5.8.

die positie zou zijn geweest als de juiste 124 m$^2$ was weergegeven.[20] Omdat het hof ervan was uitgegaan dat de kopers het huis dan niet zouden hebben gekocht,[21] moet hun huidige situatie dus worden vergeleken met die waarin zij het huis *niet* aangeschaft hadden.[22]

Wat deze analyse duidelijk zou moeten maken, is dat het bij het identificeren van het startpunt belangrijk is om voor ogen te houden dat het niet de *gedraging* is die moet worden weggedacht, maar de *normschending*. Soms zijn die twee identiek aan elkaar, omdat de normschending pas verdwijnt als de gehele gedraging verdwijnt (denk aan de brandstichting). Maar in andere gevallen bestaat de normschending in een nalaten of een deel van het gedrag. In die gevallen eist het wegdenken van de normschending dat voor het normschendend nalaten of doen een normconform doen in de plaats wordt gedacht. Vandaar dat een ongeclausuleerd advies moet worden vervangen door een met waarschuwingen omkleed advies en een gebrekkige meting moet worden vervangen door een correcte. De vraag is immers hoe de huidige situatie van het slachtoffer zich verhoudt tot de situatie waarin de gedaagde normconform zou hebben gehandeld.

Wat precies moet worden weggedacht, lijkt te volgen uit de norm zelf. Normen zoals het verbod eigendomsinbreuk te maken behelzen een soort resultaatsverplichting: gedraag u aldus dat geen inbreuk plaatsvindt. In zo'n geval moet het gedrag in het hypothetische scenario zo worden aangepast dat geen inbreuk plaatsvindt. Meestal komt dat neer op het vervangen van een doen (inbreuk) door een niet-doen (geen inbreuk). Gaat het echter om een zorgplicht, dan hebben we te maken met een duidelijker gedragsvoorschrift. Ook hier stellen we de vraag hoe het gedrag aangepast had moeten worden zodat de zorgplicht niet geschonden was, maar het resultaat is net iets anders. Hier moet het normschendende doen of nalaten worden vervangen door een normconform doen. Concreet werkt dat anders uit, maar in de kern blijft het dezelfde vraag: hoe zou de wereld eruit hebben gezien zonder *normschending*?

### 5.2.1.3 Wat moet daarvoor in de plaats worden gedacht?

Zaak is dus het werkelijke scenario waarin de norm geschonden is te vervangen door een scenario waarin normconform gehandeld is. De volgende vraag is dan nog wel hoe dat scenario verder moet worden ingekleurd; er is immers een hele reeks aan gedragingen die normconform te noemen is.[23] Dat betekent dat de rechter na het vaststellen van het juiste startpunt (dat wil zeggen het wegdenken van de normschending en vervangen door een normconform handelen) op basis van de gedingstukken een inschatting moet maken van wat *daarna* zou zijn gebeurd.

---

20 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*), r.o. 3.4.2.

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10397, r.o. 5.8.

22 HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*), r.o. 3.4.3; zie eerder in vergelijkbare zin HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *NJB* 2010/804 (*Makelaar*), r.o. 3.5.

23 Dat wordt doorgaans aangedragen als reden om de leer Demogue-Besier (een causaliteitsleerstuk dat de relativiteit zou kunnen vervangen) te verwerpen: kan de gedaagde het hypothetische scenario dan niet zo vormgeven dat hij überhaupt niet meer bij de schade zou zijn betrokken? Zie Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/143, en uitgebreider Den Hollander 2016, p. 93-98. De Hoge Raad volgt die leer dan ook niet, zie Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/143; Conclusie A-G Spier 23 december 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193 bij HR 23 november 2011, *NJ* 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), par. 8.4.1. Voor een nadere bespreking, zie hierna § 5.4.2.

Uitgangspunt van de Hoge Raad is dat gezocht moet worden naar het meest waarschijnlijke hypothetische scenario.[24] Meestal worden daarmee acceptabele resultaten bereikt (§ (a)), maar soms wringt die benadering enigszins (§ (b)). Het kan dan ook lonen die benadering iets te nuanceren (§ (c)).

(a) De feitelijke benadering van de Hoge Raad

Een van de problemen bij het vaststellen van een csqn-verband is het hypothetische gedrag van mensen. Het is vaak niet zo eenvoudig om vast te stellen wat zij zouden hebben gedaan als de normschending zich niet zou hebben voorgedaan. Het uitgangspunt is dat een inschatting moet worden gemaakt van wat waarschijnlijk zou zijn gebeurd. Dat betekent dat voor zowel de eiser, de gedaagde als een derde geldt dat waar we moeten inschatten hoe zij zich zouden hebben gedragen, we het best kunnen kijken naar hoe zij zich in vergelijkbare situaties hebben gedragen.[25]

Meestal worden met die benadering ook hele aansprekende resultaten bereikt. Neem bijvoorbeeld *Branderhorst/V*.[26] Branderhorst was op vordering van zijn buurman door de rechter bevolen zijn pluimveegroothandel te sluiten. Zijn advocaat waarschuwde hem in strijd met zijn zorgplicht als advocaat niet voor het feit dat Branderhorst ook dwangsommen zou verbeuren over de periode dat hij openbleef voordat cassatieberoep was ingesteld. Branderhorst bleef open, verbeurde dwangsommen en probeerde de *f* 85.000 aan verbeurde dwangsommen nu te verhalen op zijn advocaat. De Hoge Raad honoreerde het verweer van de advocaat dat Branderhorst in de drukke decembermaand *toch* wel open zou zijn gebleven. Ook bij juist advies zou hij dwangsommen hebben verbeurd.[27]

Zo ook in *De Swaen*.[28] In die zaak sprak Van Ess zijn belastingadviseur aan omdat deze hem ten onrechte had geadviseerd dat de renovatiekosten voor zijn monumentale pand aftrekbaar waren. Hij vorderde vervolgens van de adviseur het misgelopen belastingvoordeel. De Hoge Raad ziet daar weinig in: het is zaak zo feitelijk mogelijk na te gaan wat bij juist advies zou zijn gebeurd.[29] Zou Van Ess niet zijn overgegaan tot aanschaf en renovatie, dan moet de huidige vermogenspositie worden vergeleken met die waarin hij in het geheel niet in het project was gestapt. Zou hij ook bij juist advies zijn ingestapt, dan is zijn schade als gevolg van het advies nihil.

---

24 Asser/Sieburgh *6-II* 2017/31. Zie o.a. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*); HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*); HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *NJ* 2017/215, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hyka/Le Roux*), r.o. 3.5.2; HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, *NJ* 2018/464, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.6.2; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1042, *NJB* 2019/1563, r.o. 4.3.2.

25 Eiser: HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*), r.o. 3.4; HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*), r.o. 3.3; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.3. Gedaagde: HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4. Derde: HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*); HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981, *RvdW* 2018/760 (*Boekel & Houthoff/X*) – waarbij in Baijings en Boekel & Houthoff het hypothetische scenario zo veel mogelijk wordt benaderd door de procedure over te doen.

26 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*Branderhorst/V.*).

27 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*Branderhorst/V.*), r.o. 3.3.

28 HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*).

29 HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*), r.o. 3.4.

Het feitelijk vormgeven van het hypothetische scenario produceert aldus intuïtief aanvaardbare resultaten: het slachtoffer wordt in de positie gebracht waar hij zou zijn geweest zonder de normschending. Het is daarbij wel belangrijk te onderkennen dat het in de hiervoor genoemde gevallen steeds gaat om gevallen waarin we proberen na te gaan wat het gedrag van de *eiser* zou zijn geweest. Voor een inschatting van wat de gedaagde de eiser heeft ontnomen of aangedaan, ligt het voor de hand dat de eiser moet aantonen dat hij zonder de normschending van de gedaagde beter af zou zijn geweest doordat hij zelf anders zou hebben gehandeld. Een cowboybelegger die zelfs bij degelijk advies in dubieuze fondsen zou hebben belegd, zou zich bij tegenvallende resultaten niet moeten kunnen omdraaien om zijn verliezen te verhalen op de adviseur die een gebrekkig advies heeft gegeven. Bij een juist advies was de belegger immers niet beter af geweest. Bij de vraag wat de *gedaagde* zou hebben gedaan, treden echter andere complicaties op.

(b) De grenzen van de feitelijke benadering

Het uitgangspunt van de feitelijke benadering geldt ook voor het gedrag van de gedaagde.[30] Dat lijkt op zichzelf niet zo vreemd – waarom zou de gedaagde immers anders behandeld moeten worden dan de eiser en derden? – maar met name wanneer de gedaagde normaal gesproken heel zorgvuldig handelt kan de feitelijke benadering ertoe leiden dat met een voor hem heel ongunstig hypothetisch scenario wordt vergeleken. Immers; als hij deze fout niet had gemaakt, was hij waarschijnlijk zijn voorzichtige zelf geweest en had hij door bovengemiddelde zorg verdere schade voorkomen.

Deze problematiek komt goed naar voren in *Netvliesloslating*.[31] Een arts had in strijd met zijn zorgplicht nagelaten een pasgeborene na een eerste mislukte controle snel opnieuw te controleren op netvliesloslating. Toen hij enkele dagen te laat de controle alsnog uitvoerde, nam hij een ontwikkeling waar die hem zorgen baarde, en hij opereerde nog de volgende dag. De operatie mocht helaas niet baten en het meisje werd later blind. De vraag is nu of zij door zijn te late controle een kans op een beter resultaat heeft verloren. De arts gaf toe dat als *hij* eerder gecontroleerd zou hebben, *hij* ook eerder geopereerd zou hebben.[32] De *maatmanarts,* oordeelde ook het hof, zou echter niet eerder geopereerd hebben dan in werkelijkheid is gebeurd.[33] Het probleem is evident. Vergeleken met wat deze specifieke arts waarschijnlijk *zou hebben* gedaan, is het meisje in werkelijkheid duidelijk slechter af: ze is drie dagen later behandeld dan had gekund. Vergeleken met wat de arts *had moeten* doen, is zij echter niet slechter af: zij is behandeld op de dag waarop de arts had moeten behandelen.

De Hoge Raad overweegt dat bij de invulling van het hypothetische scenario gekeken moet worden naar wat er *waarschijnlijk* zou zijn gebeurd. De maatmanarts is leidend voor de vaststelling of sprake is van een normschending, maar deze maatmanarts speelt bij het vaststellen van csqn-verband en in de begrotings-

30 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2.

31 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*).

32 Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876 (*Netvliesloslating*), r.o. 9.

33 Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876 (*Netvliesloslating*), r.o. 13.

fase geen rol meer. In de begrotingsfase moet worden gekeken wat de arts *zou hebben* gedaan.[34] De arts zou dus bij eerdere controle ook eerder geopereerd hebben, waardoor het meisje de kans verloren had op een beter resultaat. Van der Kooij noemt dat 'niet bijzonder', omdat deze benadering simpelweg de consequentie zou zijn van de noodzaak te onderzoeken wat in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd.[35] Immers, de Hoge Raad volgt de orthodoxe benadering dat voor het vaststellen van het csqn-verband alleen de normschending moet worden weggedacht en het scenario verder feitelijk moet worden ingevuld. Toch ontstaat er hier wel een zekere discrepantie.

Stel nu dat de arts niet heel capabel, maar juist vrij slordig was en dat hij aannemelijk kan maken dat als hij niet *deze* fout zou hebben gemaakt, hij wel een *andere* fout zou hebben gemaakt. Als de Hoge Raad gecommitteerd zou zijn aan het feitelijke scenario, zou dit verweer moeten slagen. Toch overweegt hij in *Netvliesloslating* expliciet dat bij vormgeving van het hypothetische scenario er niet van uit mag worden gegaan dat de arts een andere normschending zou hebben begaan.[36] De voor de gedaagde geldende normen bepalen hier dus wel de ondergrens van hoe het hypothetische scenario eruit kan zien, maar niet de bovengrens. Bij het vormgeven van het hypothetische scenario moeten we er *in ieder geval* van uitgaan dat de gedaagde volledig normconform gehandeld zou hebben – ook als dat feitelijk onwaarschijnlijk was – maar zodra het waarschijnlijk is dat de arts 'bovenconform' zou hebben gehandeld, dan krijgt de feitelijke analyse weer voorrang.

Deze problematiek speelt ook bij onrechtmatige overheidsbesluiten. Neem het arrest *UWV*.[37] Het UWV had de werkgever van eiser J. een ontslagvergunning verleend zonder voldoende gemotiveerd aandacht te besteden aan zijn verweer. Als het UWV het verweer had meegenomen, dan had het de vergunning nog steeds kunnen verlenen. Resultaat is dus dat J. niet minder heeft gekregen dan waar hij juridisch gezien recht op had; hij had de weigering van de ontslagvergunning door het UWV immers niet kunnen afdwingen. Ook hier geeft de Hoge Raad echter aan dat de schade moet worden begroot door te vergelijken met het feitelijk waarschijnlijke scenario, niet met het juridisch voldoende scenario. Uitgangspunt moet daarbij ook weer zijn dat een nieuw besluit wordt genomen en dat dat besluit wel rechtmatig is (i.e. er is een ondergrens), maar voor de vraag hoe dat besluit er vervolgens precies uit zou hebben gezien, moet bekeken worden wat het bestuursorgaan waarschijnlijk zou hebben gedaan (i.e. er is geen bovengrens).[38] Daartoe is wat het bestuursorgaan na de vernietiging van het be-

34 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3.

35 Van der Kooij 2019, p. 210-211.

36 *Ibid*. Zie ook HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4.

37 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*).

38 De Hoge Raad heeft hier een nieuwe lijn ingezet. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde aanvankelijk in ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst*. 2005/75 (*Amelandse Benzinepomp*) nog dat in het hypothetische scenario mag worden uitgegaan van een besluit dat het bestuursorgaan rechtmatig zou hebben kunnen nemen. In HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*) en *UWV* oordeelde de Hoge Raad echter anders (en de Afdeling sloot zich daar in ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *Gst*. 2017/51, m.nt. Boesveld (*Biolicious*) bij aan): voor de vraag welk besluit het bestuursorgaan had genomen als het deze fout niet had gemaakt, moet worden gekeken naar wat het bestuursorgaan dan zou hebben gedaan (nieuwe onrechtmatigheden uitgezonderd).

sluit in werkelijkheid heeft gedaan een goede raadgever.[39] In dit geval was het zo dat zelfs met inachtneming van het verweer verlening van de ontslagvergunning mogelijk was geweest, maar gelet op de lijn van het UWV was dat feitelijk onwaarschijnlijk.[40] Concreet betekent dat dat J. schade mocht begroten door te vergelijken met het geval waarin de ontslagvergunning geweigerd zou zijn.

Fruytier en Burwick betogen dat de benadering van de Hoge Raad in *Netvliesloslating* zelfs strijdig is met zijn eigen benadering dat de normschending moet worden weggedacht en moet worden vervangen door een normconform handelen.[41] Immers, de Hoge Raad denkt voor de normschending niet een normconform handelen in de plaats, maar een 'bovenconform handelen.' Hoewel ik hun kritiek in uitgangspunt onderschrijf, denk ik dat voorstanders van de benadering van de Hoge Raad daar eenvoudig onderuit kunnen. Fruytier en Burwick willen immers de gehele behandeling (i.e. de controle en de operatie) wegdenken en vervangen door een normconforme behandeling, maar de Hoge Raad hanteert nu juist als uitgangspunt dat alleen de normschending moet worden vervangen door normconform handelen.[42] Denken we alleen het onrechtmatige element (i.e. de te late controle) weg en denken we daar een normconform handelen (i.e. een tijdige controle) voor in de plaats, dan blijft de vraag naar wat vervolgens zou zijn gebeurd onbeantwoord. De benadering van de Hoge Raad is niet innerlijk tegenstrijdig, maar dat betekent niet dat ze aanbeveling verdient.

Het probleem dat zich in deze gevallen opdringt, is dat de gedaagde hier in geld verantwoordelijk gemaakt wordt voor gevolgen waarvoor hij materieelrechtelijk geen verantwoordelijkheid droeg. Zowel de patiënt in *Netvliesloslating* als J. in *UWV* verdient onze sympathie: zij verkeren in een situatie die beter had kunnen zijn. Het verliezen van het gezichtsvermogen of het verliezen van een baan is op zichzelf al naar, nog akeliger is het te weten dat als de gedaagde geen fout had gemaakt de zaken er wel eens anders voor zouden kunnen hebben gestaan. Maar daar is niet mee gezegd dat de gedaagde *dus* voor al die gevolgen verantwoordelijk is. Het systeem van rechten enerzijds en plichten anderzijds is er nu juist op gericht om duidelijk te maken wie waarvoor het risico of de verantwoordelijkheid draagt. In zowel *UWV* als *Netvliesloslating* hadden de eisers geen juridische aanspraak op het voorkomen van de schade. De gedaagden waren, met andere woorden, niet verantwoordelijk voor het voorkomen daarvan. Via een overdreven feitelijke invulling van het hypothetische scenario, worden zij daar via de schadevergoedingsremedie echter toch verantwoordelijk voor gemaakt. En dat wringt.

Een bestuursorgaan dat zich doorgaans welwillend opstelt, zal bij een (zeldzame) fout ruimer aansprakelijk zijn dan een bestuursorgaan dat erom bekendstaat de burger zo min mogelijk tegemoet te komen. Een arts die normaal gesproken fantastisch werk levert, zal bij een (zeldzame) fout ruimer aansprakelijk zijn dan zijn collega die normaal gesproken net voldoende werk levert. Dat is niet het

39 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.6; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2. Hier wijkt de Afdeling overigens wel weer af van de Hoge Raad, zie ABRvS 11 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4163, *AB* 2020/199 (*X/Staatssecretaris V&J*).

40 Althans, dat is de stelling van het UWV, zie HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.2.2.

41 Fruytier & Burwick 2021, p. 119-121.

42 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).

gevolg van het feit dat we aan capabele artsen en welwillende bestuursorganen hogere eisen stellen – de normen zijn voor capabele en incapabele artsen en voor welwillende en onwelwillende bestuursorganen gelijk[43] –, maar van het feit dat het hypothetische scenario deels normatief (er mogen geen normschendingen in voorkomen) en deels feitelijk (we kijken hoever *deze* gedaagde boven de ondergrens zou zijn uitgestegen) wordt ingevuld. En hoewel dit op zichzelf een duidelijk systeem is,[44] is de vraag wel waarom die normatieve invloed zo eenzijdig is. Waarom kan een eiser wel profiteren van onverplichte waarschijnlijkheden, maar een gedaagde niet? Waarom, met andere woorden, werkt de norm slechts door ten gunste van één partij?

(c) Het minimaal verplichte

Het zou de rechtszekerheid in formele en materiële zin[45] ten goede komen als hier steeds het 'minimaal verplichte' als uitgangspunt bij schadebegroting zou worden genomen: alleen zo wordt bewerkstelligd dat de eiser niet minder krijgt dan waar hij recht op had, maar ook niet meer. De vraag die dat oproept is of het wel bij het Nederlandse recht past om gedaagde een beroep op 'het minimaal verplichte' toe te staan bij wijze van verweer. Met name in het overeenkomstenrecht lijkt dat slecht te passen. Hoewel de gedachte dat een schuldenaar zich er niet te makkelijk vanaf mag maken strookt met de eisen van de redelijkheid en billijkheid, is er mijns inziens altijd een ondergrens aan te wijzen en kan die ondergrens ook leidend zijn bij schadebegroting. Dat is het makkelijkst duidelijk te maken aan de hand van twee belangrijke arresten die op het eerste gezicht lijken te suggereren dat de minimale nakoming niet leidend mag zijn.[46]

In *Ordelmans/Lademo*[47] verwierp de Hoge Raad een cassatieberoep tegen een hofuitspraak in een schadestaatprocedure waar het hof bij schadebegroting na ontbinding niet alleen de *vastgestelde* wanprestatie wegdacht, maar meer in het algemeen naging wat de koper (van in dit geval een beleggingsdiamant) op grond van de overeenkomst had mogen verwachten. Het hof overwoog zelfs expliciet dat het bij schadebegroting

> "er immers niet om [gaat] wat de minste kwaliteit is, die [de verkopers] nog (net) hadden mogen leveren om (nog juist) geen wanprestatie te plegen".[48]

Hoewel die overweging suggereert dat bij schadebegroting van méér uitgegaan mag worden dan het normenkader voorschrijft, lijkt dat wat ver te gaan. Door na te gaan wat de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, stelt het hof *juist* vast wat het normenkader voorschreef. Dat formeel geen wanprestatie is

43 Art. 7:453 BW legt aan alle artsen de plicht op te handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht, zie HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*), r.o. 3.7. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai *7-IV* 2018/407; Wijne 2017, p. 52-54.

44 Vandaar dat Van der Kooij deze stap ook niet bijzonder acht, zie Van der Kooij 2019, p. 210-211.

45 Zie hiervoor § 1.2.2.

46 Arresten als HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*Branderhorst/V.*), HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*) en HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *NJB* 2010/804 (*Makelaar*) laat ik hier buiten beschouwing, omdat die de zaak iets minder op de spits drijven. Voor een uitgebreide bespreking zie Nuninga 2018, p. 299-301.

47 HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

48 R.o. 4.12 van arrest van het hof, zie HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*).

vastgesteld, doet niet ter zake. In zekere zin is dit juist een goed voorbeeld van waar het normenkader (in casu een overeenkomst) doorwerkt bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding.

In *Claas/Van Tongeren*[49] casseerde de Hoge Raad een hofarrest waarin een verbodsactie tot het overtreden van normen uit een lokale bouwverordening was afgewezen omdat de gedaagde de door die normen beschermde belangen ook op andere wijze had kunnen schenden.[50] De Hoge Raad oordeelde dat

> "[h]et enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden, die niet onrechtmatig geweest zou zijn, (...) nog niet mee[brengt] dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan".[51]

Ook die overweging suggereert op het eerste oog dat niet van het minimaal verplichte mag worden uitgegaan bij de beoordeling van de remedie. Als het hier om een schadevergoedingsvordering was gegaan, was dat inderdaad problematisch geweest: kennelijk mag de gedaagde zich er niet op beroepen dat hij binnen de grenzen van het recht deze schade toch wel had kunnen veroorzaken. Die lezing miskent echter dat het hier gaat om een relativiteitsoordeel in het kader van een *rechterlijk bevel* en niet een schadevergoedingsveroordeling. Doordat de door de bouwverordeningsnormen beschermde belangen van Claas c.s. zijn geschonden, wordt *jegens* hen voortdurend een rechtsplicht geschonden en hebben zij recht op een verbod.[52] Dat Van Tongeren hetzelfde nadeel op andere wijze had kunnen veroorzaken, doet niet ter zake. Dat moet hij vooral doen. Punt is dat er hier een wettelijke plicht wordt overschreden en dat voortzetting van die schending hem kan worden verboden op vordering van degene jegens wie hij nakoming verschuldigd was.

Daarmee lijkt duidelijk dat, afgezien van met name *Netvliesloslating*, er geen Nederlandse traditie is die zich ertegen verzet om uit te gaan van het 'minimaal verplichte' bij de begroting van schade. Natuurlijk is het niet de bedoeling dat rigide wordt omgesprongen met het naleven van normen en zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of de gedaagde niet net iets méér had kunnen en moeten doen, maar onvermijdelijk is dat ergens een grens bestaat vanaf waar we zeggen: nu is de norm geschonden. Dat punt is voor de schadebegroting cruciaal, want het bepaalt waar de eiser recht op had en waar de schadevergoeding hem zo dicht mogelijk bij in de buurt moet brengen.

### *5.2.2 De billijkheid en het csqn-verband*

De orthodoxe benadering van het csqn-verband is dus allesbehalve vrij van de invloed van de norm. De norm vormt een belangrijk startpunt voor wat moet worden weggedacht en is een belangrijke raadgever voor hoe het alternatieve scenario eruit zou moeten hebben gezien. Op dat laatste punt hanteert de Hoge Raad momenteel weliswaar een wat onevenwichtige benadering, maar de in-

49 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*).
50 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 1.
51 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.4.
52 Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/153.

vloed van de norm moge duidelijk zijn. Dit soort overwegingen – die we 'normatief' zouden kunnen noemen omdat ze een op een materieelrechtelijke norm gestoeld waardeoordeel bevatten – zijn echter niet de enige overwegingen die bij de vaststelling van een csqn-verband een rol kunnen spelen. Het zou aan de rechtsrealiteit voorbijgaan om te denken dat *alles* direct vanuit de norm kan worden verklaard, hoe verleidelijk dat binnen deze dissertatie ook zou zijn: ook op de billijkheid gestoelde normatieve overwegingen spelen een rol. De invloed van de norm is hier niet afwezig, maar wel beperkt.

#### 5.2.2.1 Versoepeling van stelplicht en bewijslast

Allereerst geldt in het algemeen dat aan het door eiser te leveren bewijs van 'toekomstige ontwikkelingen' in het hypothetische scenario niet al te hoge eisen worden gesteld.[53] In die zin lijkt de rechter dus al enigszins aan de eiser tegemoet te komen op billijkheidsgronden: omdat we niet met zekerheid kunnen zeggen wat er zonder de normschending zou zijn gebeurd, is zekerheid ook niet vereist.[54] Bovendien is het nu net de gedaagde die verantwoordelijk is voor die onzekerheid: zonder zijn onrechtmatige daad hadden we immers zeker geweten wat er zou zijn gebeurd. Die regel heeft de Hoge Raad ooit geformuleerd in het kader van letselschade,[55] maar hij wordt in de lagere rechtspraak ruimer toegepast door in het algemeen geen zekerheid te verlangen.[56]

In *Alphen aan den Rijn*[57] liet de Hoge Raad een vergelijkbaar geluid horen. Ter herinnering, het ging om het volgende. In 2011 opende een schutter vuur op winkelend publiek in een winkelcentrum in Alphen aan den Rijn. Hij voerde zijn aanslag uit met wapens waarvoor hij enkele jaren eerder vergunningen had gekregen. Achteraf bleek dat hij deze vergunningen, gelet op zijn psychiatrische verleden, nooit had mogen krijgen. De slachtoffers en nabestaanden stelden de politie aansprakelijk. Een van de verweren van de politie was dat zelfs *als* zij de vergunning niet verleend had (het startpunt van het hypothetische scenario) de schutter de aanslag toch zou hebben gepleegd, maar dan met illegale wapens. Het

53 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*), r.o. 3.5; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, *NJ* 2017/486 (*X/Goudse*), r.o. 3.3.2. Zie ook de strenge houding van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering die vereist is als een instantie negatieve ontwikkelingen in het leven van het slachtoffer wil aannemen: HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, *NJ* 2016/138, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Jerrycan*).

54 Akkermans 2000, p. 118-119.

55 HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*), r.o. 3.5; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, *NJ* 2017/115, r.o. 3.3.2. Zie bijv. Rb. Overijssel 24 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6670; Rb. Gelderland 21 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5398, *JA* 2019/24, m.nt. Klashorst; Rb. Gelderland 23 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5618, *JA* 2019/19, m.nt. J. de Clerck, r.o. 3.9.

56 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977, *JA* 2013/161, r.o. 2.2; Rb. Rotterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6616, *JA* 2014/130, r.o. 4.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2350, *JA* 2015/77, m.nt. J. Laumen-De Valk, r.o. 7.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9996, r.o. 2.5; Rb. Zeeland-West-Brabant 9 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3178, *JA* 2019/139, r.o. 4.3; Rb. Gelderland 27 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5615, *JA* 2020/30, r.o. 3.9.

57 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*).

hof redeneerde vrij vlug dat de politie zich op zulke alternatieve oorzaken niet kon beroepen.[58]

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof overeind, maar lijkt zich in die redenering niet helemaal te kunnen vinden: als de politie echt had kunnen aantonen dat zelfs bij afwijzing van de vergunning de aanslag alsnog zou zijn gepleegd, dan kan in principe geen causaal verband worden aangenomen. In dit geval had de politie echter onvoldoende concrete omstandigheden aangevoerd om tot die conclusie te komen, zodat de Hoge Raad cassatie op dit punt niet nodig achtte.[59] Daartoe acht de Hoge Raad redengevend dat

> "[m]ede gelet op de aard van de door Politieregio HM geschonden norm (een veiligheidsnorm die vuurwapenbezit beoogt te voorkomen bij personen bij wie dat bezit niet verantwoord is (...)) (...) van de Politie deze onderbouwing van de betwisting van het condicio sine qua non-verband tussen het verlof en het schietincident [mocht] worden gevergd".[60]

De Hoge Raad lijkt hier niet zo ver te gaan dat dit een geval is waar de omkeringsregel toegepast had moeten worden, maar geeft duidelijk aan dat het soort norm (een veiligheidsnorm) een van de factoren is die een extra 'betwistingsplicht' op de gedaagde legt.

### 5.2.2.2 De omkeringsregel

Maar zelfs met die versoepeling kan het zo zijn dat de eiser onevenredig veel moeite heeft een csqn-verband aan te tonen. Dat is met name onaanvaardbaar als een bepaalde norm tegen een bepaald gevaar beoogt te beschermen, die norm wordt geschonden én die schade zich vervolgens voordoet. In die gevallen staat de Hoge Raad dan ook een vermoeden van causaal verband toe.[61] Hoewel deze regel het best te zien is als een geval waarin de Hoge Raad de in artikel 150 Rv genoemde billijkheidsoverwegingen heeft gefixeerd, mag niet uit het oog worden verloren dat het de geschonden norm zelf is die toepassing van deze 'omkeringsregel' mogelijk maakt. Als een norm nu net beoogt te beschermen tegen bepaalde risico's en die risico's zich bij schending dan ook nog eens verwezenlijken, dan is het wel erg cru om het slachtoffer (dat vaak minder kennis van zaken heeft) met een nagenoeg onmogelijke bewijsopdracht te laten zitten.[62]

Dit is een voorbeeld van een geval waarin de norm via de billijkheid een vrij dwingende invloed heeft. Vanwege het uitzonderingskarakter was al duidelijk dat de regel niet in alle gevallen *mag* worden toegepast.[63] In *Reaal/ATF* maakt de Hoge Raad echter duidelijk dat de regel bij het voldoen aan de vereisten ook *moet*

---

58 Het hof verwijst naar *Parl. Gesch. Boek 6,* p. 340. Geheel overtuigend is dat niet. In die passage verwijst Meijers namelijk naar het geval waarin iemand door onrechtmatige executie is gedood en elk van de schoten voldoende was om de dood te doen intreden. In zo'n geval mag de veroorzaker van de eerste gebeurtenis zich niet verweren met de stelling dat de schade toch wel zou zijn ingetreden. Dat is nadrukkelijk anders in Alphen, waar het gaat om een *mogelijke* ontwikkeling in het hypothetische scenario zonder onrechtmatige daad.

59 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.2.2.

60 *Ibid*.

61 HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, *NJ* 1991/55, r.o. 3.3; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), r.o. 3.3.

62 Zie ook Lindenbergh 2007, p. 20-21.

63 HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), r.o. 3.3.

worden toegepast.[64] Het ging in die zaak om het volgende. De verzekerde heeft een soldeermachine bij ATF aangeschaft en stelt die net iets anders in dan voorgeschreven. Bij de derde keer gebruik is de machine in brand gevlogen en zijn het bedrijfspand en de bovenliggende woning afgebrand. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de brand het gevolg is geweest van de bedieningsfout van de gebruiker of – zoals Reaal stelt – het feit dat de verwarmingselementen en het 'fluxbad' – flux is de vloeistof die solderen eenvoudiger maakt – niet conform Europese richtlijnen van elkaar zijn gescheiden.[65] Het hof acht het aannemelijk dat de schade het gevolg is geweest van de bedieningsfout en daarmee is de kous wat hem betreft af.[66]

De Hoge Raad is het daar niet helemaal mee eens. Hij honoreert onder andere de rechtsklacht dat het hof de omkeringsregel ten onrechte niet heeft toegepast.[67] Daarbij wijst hij erop dat het hier ging om een productveiligheidsnorm die beoogde te beschermen tegen een specifiek gevaar (namelijk interne ontploffing), dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Vervolgens overweegt hij dat het hof

> "[b]ij die stand van zaken (...), als er nog onzekerheid bestond over het condicio sine qua non-verband tussen de schending van de norm en de schade, de omkeringsregel [had] *dienen* toe te passen".[68] (cursivering WThN)

Ondanks het billijkheidskarakter van deze regel – en anders dan bij de versoepeling van de bewijslast voor slachtoffers ten aanzien van het hypothetische scenario in het algemeen – is dit billijkheidsoordeel dus gefixeerd en oefent de norm een vrij dwingende invloed uit op hoe billijkheidsoverwegingen moeten worden vormgegeven.

### *5.2.3 Een reeks aan normatieve overwegingen*

Kortom: hoewel het csqn-verband een vrij klinische exercitie lijkt die weinig met normatieve overwegingen te maken heeft kan zij er in werkelijkheid niet van loskomen. De reden lijkt simpel; juristen zoeken niet naar causale verbanden omdat ze geïnteresseerd zijn in wetenschappelijke oorzaken, maar omdat ze geïnteresseerd zijn in verantwoordelijkheden. In de meer eenvoudige casus, zoals die van brandstichting of mishandeling, komen die twee goed overeen. Natuurlijk geldt strikt genomen ook dan dat meerdere oorzaken csqn voor de schade zijn – als ik niet thuis was geweest toen mijn buurman brandstichtte in ons appartementencomplex had ik geen letselschade geleden – maar de toets van het wegdenken is daar eenvoudig toe te passen.

Zodra de casus complexer wordt, wordt het echter lastiger. Dan wordt het belangrijker wat er in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd. Uit-

64 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45 (*Reaal/ATF*).
65 Reaal beroept zich daartoe op verschillende deskundigenrapporten, zie Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1144, r.o. 2.2.1.
66 Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2814, r.o. 9.3. Op zichzelf is dit al een vreemde benadering. Het ligt meer voor de hand eerst vast te stellen of sprake is van een normschending en daarna na te gaan wat de situatie was geweest als die normschending niet had plaatsgevonden, zie § 5.2.1.
67 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45 (*Reaal/ATF*), r.o. 3.2.3 voor de motiveringsklacht en r.o. 3.3 voor de rechtsklacht.
68 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45 (*Reaal/ATF*), r.o. 3.3.

gangspunt van de Hoge Raad is dat voor een normschendend handelen een normconform doen in de plaats moet worden gedacht. Het is niet toegestaan om in de plaats van de ene normschending een andere normschending te denken, zodat de norm zelf de ondergrens dicteert. Ten onrechte laat de Hoge Raad geen verdere doorwerking toe: de gedaagde moet de eiser altijd vergoeden wat hij 'in natura' had moeten bieden bij normconform handelen, maar meer ook niet.

Voor zover de eiser buiten die gevallen om moeite heeft om aan te tonen wat in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd schiet de billijkheid hem op verschillende manieren te hulp. Hoewel het hier niet gaat om een directe doorwerking van de geschonden norm zoals bij de bepaling van de 'ondergrens' van het hypothetische scenario, is de strekking van de norm wel degelijk van grote invloed op de vaststelling van wat schade is. De norm biedt namelijk wel informatie ten aanzien van de vraag of het leerstuk voor toepassing in aanmerking komt of niet. Hoewel het hier dus nadrukkelijk gaat om billijkheidsoverwegingen, is de norm voor de invulling daarvan niet betekenisloos. Een vergelijkbare invloed van de norm is te zien bij de meer normatieve causaliteitsleerstukken.

## 5.3 De norm en de normatieve causaliteitsleerstukken

Nadat het csqn-verband is vastgesteld, ontstaat naar de heersende opvatting pas meer ruimte voor normatieve overwegingen.[69] Met 'normatieve' overwegingen wordt dan vaak gedoeld op overwegingen die 'extern' zijn aan de norm, zoals de mate van schuld, de aard van het letsel of de afstand tussen schade en fout. Ook hier geldt echter dat sommige overwegingen direct zijn verbonden met de geschonden norm (§ 5.3.1), terwijl andere een sterkere band met de billijkheid hebben, zodat de norm alleen een richtingwijzende functie heeft (§ 5.3.2).

### *5.3.1 Het relativiteitsvereiste*

#### 5.3.1.1 De relativiteit als centraal mechanisme voor normvoortzetting

Het vereiste van relativiteit komt erop neer dat een schadevergoedingsvordering alleen kan slagen voor zover de geschonden norm *deze* eiser beschermde tegen *deze* schade, geleden op *deze* wijze.[70] De gedachte die daarachter zit, is dat een normatief verband gevonden moet worden tussen de schade van de eiser en het gedrag van de gedaagde, en dat een enkel csqn-verband daartoe onvoldoende is.[71] Dat zou men kunnen zoeken in het algemene streven om aansprakelijkheid in te dammen,[72] maar de vraag is wat we daaraan hebben. Natuurlijk heeft het leerstuk wel een indammend *effect,* maar als ratio van het leerstuk brengt het ons weinig verder. Het probleem van die benadering is namelijk dat er geen enkele sturende

69 Al was het maar omdat zij, anders dan art. 6:163 en 6:162 lid 1 BW, geplaatst zijn in de algemene schadevergoedingsafdeling Afdeling 6.1.10 BW.
70 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.
71 Zie bijv. Den Hollander 2016, p. 67-71; Lindenbergh 2007, p. 9-14.
72 Zie bijv. Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/129; Jansen, in *GS Onrechtmatige daad*, par. 1.1.4; Di Bella 2014, p. 126-134; J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576 (*Iraanse Vluchteling*), par. 7.

werking vanuit gaat. In deze benadering heeft men kennelijk al besloten wanneer aansprakelijkheid 'te ver' gaat en is het relativiteitsvereiste alleen maar een toverspreuk die de rechter toestaat zijn reeds bereikte conclusie rechtvaardigen. Daarmee wordt er niet uitgehaald wat erin zit: het vereiste heeft meer te bieden dan dat.

De veroordeling tot vergoeding van schade is een uitzondering op het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt. Voor het aannemen van zo'n uitzondering is wel een goede reden nodig. In eenvoudige gevallen volstaat dat een norm toerekenbaar is geschonden en dat dit tot schade heeft geleid. Als ik uw auto in brand steek en hij volledig afbrandt, ben ik verplicht de waarde van de auto aan u te vergoeden. Naarmate de casus complexer worden volstaat deze redenering echter niet meer. Een normschending kan immers *condicio sine qua non* zijn voor heel veel omstandigheden, zonder dat het gepast zou zijn daar juridische verantwoordelijkheid voor de normschender aan te verbinden. De relativiteitsgedachte is een van de leerstukken die kan helpen bij het afbakenen van de grenzen van verantwoordelijkheid, doordat ze de rechter dwingt nadrukkelijk te onderzoeken wat precies de strekking van de norm was om zo te bepalen welke verantwoordelijkheid gepaard gaat met schending daarvan. Twee voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

Een eerste voorbeeld is het arrest *Bedrijfsvereniging/Van den Akker*.[73] In dat geval ging het om een bestuurder van een busje die onzorgvuldig reed en zo een aanrijding veroorzaakte. Buiten zijn weten om was er iemand in de laadruimte gekropen. Door de aanrijding leed ook deze 'passagier' schade. De Hoge Raad oordeelde dat de zorgplicht van de chauffeur niet strekte tot bescherming van de belangen van de verstekeling, omdat de chauffeur niet op diens aanwezigheid bedacht hoefde te zijn. Waar de 'gewone' passagiers er aanspraak op konden maken dat de chauffeur voor hun veiligheid zou waken, gold dat niet voor de verstekeling.[74] Dat strookt met een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden, want anders zou de verstekeling de zorg voor zijn veiligheid zomaar aan de chauffeur kunnen opdringen zonder dat die ergens van op de hoogte was. Op deze manier brengt de Hoge Raad de remedie strak in lijn met de onderliggende norm. Hij hanteert hier, met andere woorden, niet zomaar een correctiemechanisme achteraf; hij zegt iets heel fundamenteels over hoe ver de zorg van de één voor de ander reikt.

Een iets complexer voorbeeld is het arrest *Nabbe/Staalbankiers*.[75] Nabbe belegde zijn privé-vermogen bij Staalbankiers. Toen hij op een gegeven moment grootschalige verliezen leed, sprak hij Staalbankiers aan tot schadevergoeding omdat Staalbankiers de op haar rustende saldi- en marginbewakingsplicht[76] zou hebben geschonden door transacties uit te voeren terwijl er margin- en dekkingstekorten bestonden.[77] Hof en Hoge Raad oordeelden dat het doel van die bewakingsplicht niet was om te voorkomen dat de belegger schade lijdt die hij niet wil of kan dragen. De plicht strekt ertoe te beschermen tegen het onverwacht moeten

73 HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, *NJ* 1984/536, m.nt. Van der Grinten (*Bedrijfsvereniging/Van den Akker*).
74 *Ibid.*
75 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*).
76 Art. 28 lid 2 t/m 4 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999.
77 *Ibid.* r.o. 3.1.

bijstorten als gevolg van de schending van die bewakingsplicht, niet tegen verliezen in het algemeen.[78] Dat was hier nooit gebeurd en dus moest de vordering van Nabbe worden afgewezen. Dat oordeel past goed bij de aard van de verhouding tussen Nabbe en zijn bank. Wie belegt, kan zijn geld kwijtraken. Natuurlijk heeft een bank wel een bijzondere zorgplicht jegens haar klanten – zij weten immers vaak veel minder van de gevaren van financiële transacties dan een bank – maar dat betekent nog niet dat de bankrelatie direct alle risico's op de bank doet overgaan. De cruciale vraag is steeds welke verantwoordelijkheid er bij een concrete normschending past. En in dit geval gaf de norm geen aanleiding te oordelen dat de risico's voor de rekening van bank kwamen.

### 5.3.1.2 Relativiteit en rechtszekerheid

Maar het relativiteitsvereiste heeft ook iets abstracts en dat maakt haar kwetsbaar voor de kritiek dat zij vaag is en dat rechters haar als een toverspreuk kunnen inzetten en dat ook naar hartelust doen. Een voorbeeld daarvan zou het arrest *Cijsouw/De Schelde* kunnen zijn.[79] In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een door een werkgever in de jaren '60 geschonden veiligheidsnorm strekte tot bescherming tegen de gevaren van asbest, ook als de specifieke vorm daarvan – een mesothelioom in dit geval – in de jaren '60 nog niet bekend was.[80] Dat is een lastig in te passen oordeel: zelfs als we accepteren dat relativiteit altijd een contextgebonden interpretatie is,[81] dan nog blijft de vraag bestaan hoe een norm kan beschermen tegen een onbekende schadepost. Dat lijkt op het eerste gezicht niet bepaald gunstig voor de rechtszekerheid en zet het argument dat het relativiteitsvereiste uiteindelijk een juridische toverspreuk is kracht bij. Toch denk ik dat het bij nader inzien wel meevalt.

Rechtszekerheid wordt niet alleen bereikt als uitkomsten steeds perfect kunnen worden voorspeld, maar ook door duidelijk te maken waarover de discussie zal moeten gaan.[82] In dit geval ging het om een zorgplicht van een werkgever tot bescherming tegen de tot dan toe bekende, ernstige gevolgen van blootstelling aan asbest.[83] Dat daar achteraf een ander, minstens zo ernstig gevolg aan kon worden toegevoegd verandert aan de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de partijen niet zoveel.[84] De aandoeningen zijn zeer vergelijkbaar, dus de hoogte en de reden van de schadevergoeding wijzigen niet veel.[85] Met andere woorden, ondanks het feit dat *deze* schade niet kon worden voorzien, kan moeilijk gezegd

78 *Ibid.* r.o. 3.2.
79 HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*).
80 HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*), r.o. 3.6.
81 Den Hollander 2016, p. 118-121; Lankhorst 1992, p. 117 e.v.; Jac. Hijma, annotatie bij HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), onder 4.
82 Zie bijv. Pels Rijcken 1978; Drion 1981; Bertea 2008, p. 34 e.v.; Aarnio, Alexy & Peczenik 1981*, p.* 133-158, 259-273 en 423-448. Zie hiervoor § 1.2.2.
83 Aangenomen werd dat voor de Tweede Wereldoorlog bekend was dat blootstelling aan absest kon leiden tot asbestose en dat in de jaren '50 bekend was dat zulke blootstelling kon leiden tot longkanker. Het mesothelioom zelf was nieuw, maar was voor wat betreft de ernst en aard te vergelijken met de andere schadeposten. Zie HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*), r.o. 3.4.
84 Vgl. ook Van der Kooij 2019, p. 267.
85 Het argument dat deze manier van werking onzekerheid zou creëren is bovendien wat cynisch, aangezien de rechtszekerheid dan gebruikt wordt om te zeggen dat een werknemer in zou moeten kunnen calculeren of ook *deze specifieke* ziekte zich voor zou doen. Dat gaat voorbij aan het feit dat ook voor deze werkgever duidelijk was dat hij maatregelen had moeten nemen om zijn werknemers te beschermen tegen ernstige aandoeningen. De precieze medische duiding doet er dan niet zoveel toe.

worden dat de werkgever geconfronteerd werd met een nieuw soort verantwoordelijkheid. Dit punt kan beter worden geïllustreerd door de arresten *Alphen aan den Rijn* en *Duwbak Linda* te contrasteren.

De relativiteitsvraag in *Alphen aan den Rijn* kwam erop neer of de zorgvuldigheidsnormen die in acht moeten worden genomen bij de verlening van een wapenverlof behalve tot bescherming van de algemene veiligheid ook strekken tot bescherming van individuele belangen. De Hoge Raad overwoog dat:

> "3.1.6 Uit [het systeem en totstandkoming van de Wet Wapens en Munitie] volgt dat verlof uitsluitend kan worden verleend, verlengd en van kracht kan blijven als, kort gezegd, duidelijk is dat dit gelet op de veiligheid verantwoord is. De bestaansgrond van dit stringente stelsel is gelegen in de risico's die zijn verbonden aan het voorhanden hebben van vuurwapens. Gelet op deze bestaansgrond moet worden aangenomen dat de hiervoor in 3.1.4 genoemde regels niet alleen beogen de veiligheid van de samenleving in algemene zin te bevorderen – zoals het geval was met betrekking tot de regels die aan de orde waren in het hiervoor in voetnoot 3 genoemde arrest Duwbak Linda –, maar ook om te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van vuurwapenbezit dat niet verantwoord is in de hier bedoelde zin. Verlofverlening in een geval waarin duidelijk was of had moeten zijn dat het verlof niet verantwoord was, is daarom onrechtmatig jegens slachtoffers van het daardoor mogelijk gemaakte vuurwapengebruik."[86]

Uit het systeem van de Wet Wapens en Munitie leidt hij hier het doel van bescherming van individuele belangen af. Later overweegt hij zelfs dat denkbaar is dat individuele *vermogensschade* van winkeliers die omzet zijn misgelopen voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen.[87] Dat doet hij in het kader van de leer van de redelijke toerekening, maar daar gaat de implicatie vanuit dat in ieder geval denkbaar is dat ook die schade de relativiteitstoets kan doorstaan.

In *Duwbak Linda* draaide het om de vraag of de in acht te nemen zorgvuldigheid bij het verlenen van certificaten voor de binnenvaart strekte tot bescherming van vermogensbelangen van derden. Het draaide in dat geval om ene Van Hasselt, wiens schip en zandinstallaties beschadigd waren geraakt als gevolg van het kapseizen en zinken van de slecht onderhouden duwbak "Linda". Hij vorderde onder meer vergoeding van de Staat (die het certificaat verleend had) en het onderzoeksbureau (op wiens onderzoek de Staat zijn beslissing baseerde). De Hoge Raad oordeelde dat de in acht te nemen zorgvuldigheid er niet toe strekte de vermogensbelangen van derden te beschermen. In navolging van het hof oordeelde hij dat deze norm weliswaar strekte tot bescherming van het algemeen belang, maar niet tot bescherming van individuele vermogensbelangen.[88] Uit het systeem van de relevante regelgeving kon niet worden afgeleid dat de Staat en het onderzoeksbureau verantwoordelijk waren geworden voor de veiligheid van het schip zelf; die verantwoordelijkheid lag nog altijd bij de eigenaar van de duwbak.[89]

De cynicus zal zeggen dat niet viel te voorspellen dat de norm in *Alphen* zich wel uitstrekt tot individuele vermogensbelangen, maar de norm in *Duwbak Linda* niet. Draait het immers niet in beide gevallen om 'certificeringen ten behoeve

86 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.1.6.
87 *Ibid.* r.o. 4.2.1-4.2.3.
88 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2.
89 *Ibid.* r.o. 3.4.3.

van de algemene veiligheid' waarvoor de Staat verantwoordelijk was? Op zichzelf is dat juist, maar daarmee wordt de materie wel erg 'platgeslagen'. De op de politie rustende norm strekt ertoe gevaarlijke individuen geen toegang tot wapens te verschaffen en zo te voorkomen dat zij ernstige schade aanrichten. Daar hoort een hoge mate van verantwoordelijkheid bij: de gevaren zijn groot en van de politie mag worden verwacht dat zij zorg draagt voor de algemene veiligheid. De certificaatverlening in *Duwbak Linda* is er daarentegen veel meer op gericht om scheepseigenaren te stimuleren onderhoud te verrichten teneinde de scheepvaart veilig te houden. De verantwoordelijkheid voor degelijk onderhoud blijft hier liggen bij de scheepseigenaren. Zelfs als in algemene zin bedoeld is om met de certificeringsplicht de veiligheid van de scheepvaart te bevorderen, dan nog is niet gezegd dat de Staat ook verantwoordelijk wordt voor de belangen van iedere scheepvaartsdeelnemer.[90] Anders dan in *Alphen* is de certificeringsplicht er niet om te garanderen dat alleen uitermate zorgvuldige scheepseigenaren mogen deelnemen aan de scheepvaart.

Op deze manier creëert de meer algemene relativiteits*gedachte* dus wel degelijk een vorm van zekerheid bij toepassing van het relativiteits*vereiste*. Natuurlijk vereist het een uitgebreide analyse en zullen uiteindelijk keuzes moeten worden gemaakt waarvan de uitkomst niet helemaal te voorspellen is, maar doordat duidelijk is dat moet worden gezocht naar de strekking van de norm wordt duidelijk dat partijen hun pijlen moeten richten op de mate van verantwoordelijkheid die de geschonden norm impliceert. Dat is lastig in een mechaniek te duwen waarbij steeds vooraf volledig duidelijk is welke schadesoort wel en welke schadesoort niet voor vergoeding in aanmerking komt, maar dat maakt het systeem niet onzeker. Het is voor partijen namelijk wel duidelijk waarover zij debat zullen moeten voeren. Dat tussenkomst van de rechter voor beslechting nodig is en dat de uitkomst van die beslechting vooraf niet valt te voorspellen hoeft niet problematisch te zijn. De norm biedt namelijk al heel veel informatie over langs welke lijnen dat debat zal moeten verlopen. Ook dat is een vorm van zekerheid.

### *5.3.2 Redelijke toerekening*

De leer van de redelijke toerekening wordt traditioneel gezien als een multifactorbenadering die plaatsvindt nadat een csqn-verband is vastgesteld.[91] Op een schaal van direct op de materiële norm gestoelde normatieve overwegingen tot door de billijkheid ingegeven overwegingen lijkt deze toets zich sterk richting die laatste te bewegen. Voor een deel van de in de praktijk gehanteerde factoren kan ook moeilijk gezegd worden dat ze iets met de geschonden norm te maken

90 Annotator Hijma schrijft treffend: "Naar mijn gevoelen heeft hetgeen de Hoge Raad hier 'algemene norm' noemt nauwelijks het karakter van een norm, maar veeleer dat van een algemeen, op macroniveau geformuleerd, doel: bevordering van de veiligheid te water. Dit algemene doel geeft het speelveld aan, maar verschaft daarbinnen weinig houvast. Echt houvast kan pas ontstaan op microniveau, d.w.z. op dat van de wettelijke regeling waarin de litigieuze gedragsnorm is neergelegd (in casu het certificaat- en inspectiestelsel). Op dat lagere niveau immers zal het algemene doel normaliter niet over de volle breedte worden gediend of nagestreefd; veelal zal een toespitsing aan de orde zijn, aan de hand waarvan de strekking van de uiteindelijk geformuleerde norm (mede) gestalte krijgt. De Raad kan dan ook gevoeglijk worden gevolgd, waar hij het algemene niveau passeert en doorstoot naar dat der specifieke wetgeving." Zie Jac. Hijma, annotatie bij HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), onder 6.

91 Zie daarover Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520.

hebben. Tegelijkertijd kan de geschonden norm informatie verschaffen over hoe dat leerstuk moet worden toegepast.

Net als het relativiteitsvereiste brengt de leer van de redelijke toerekening enige nuance aan op de botte bijl van het csqn-verband. In de zoektocht naar verantwoordelijkheidsverdeling werd al snel duidelijk dat sommige schade zo weinig met de normschending te maken had, dat toerekening niet meer redelijk leek. Aanvankelijk was daarvoor het criterium dat alleen 'redelijkerwijze te verwachten' of 'voorzienbare' schade voor vergoeding in aanmerking kwam,[92] maar in de loop van de 20e eeuw werd dat leerstuk ontwikkeld tot het leerstuk van 'redelijke toerekening'[93] waarbij ruimte was voor weging van een veelheid aan factoren.[94] De belangrijkste factoren bij de redelijke toerekening zijn: de waarschijnlijkheid van het gevolg, de mate van verwijdering van de gebeurtenis, de aard van de norm, de aard van de schade, de mate van schuld en de processuele houding van partijen.[95]

Voordeel van de aanvaarding van deze multifactorbenadering is dat dit soort overwegingen nu explicieter door de rechter worden benoemd.[96] De kritiek in de literatuur is evenwel dat de rechter niet altijd alle factoren afloopt, zodat vooraf niet altijd duidelijk is welke factor de doorslag zal geven.[97] Hoewel het in abstracto inderdaad vreemd klinkt om de ene factor een prominentere rol te geven dan de andere,[98] kan dat in de praktijk wel meevallen. Bekeken vanuit de geschonden norm is het vaak juist heel voor de hand liggend dat de ene of de andere factor voorrang wordt gegeven.[99] Een paar voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

---

92 HR 3 februari 1927, ECLI:NL:HR:1927:183, *NJ* 1927, p. 636, m.nt. E.M. Meijers (*Ligterink/Haagsche Post*).

93 Asser/Sieburgh *6-II* 2017/56. Kritiek op de zogeheten adequatieleer kwam vooral van Bloembergen en Köster, die meenden dat het leerstuk was verworden tot een toverspreuk, waarachter allerlei beleidsoverwegingen konden schuilgaan, zonder dat de rechter ze expliciet hoefde te maken. Zie Köster 1962; Bloembergen 1965, p. 165-168.

94 Nu gecodificeerd in art. 6:98 BW dat bepaalt: "Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend." Daarmee zijn slechts twee 'factoren' of 'beleidsoverwegingen' genoemd die een rol kunnen spelen bij invullen van die toets, maar er zijn er meer. In de praktijk wordt nog steeds veelal gebruik gemaakt van de deelregels die Brunner in 1981 afleidde uit de rechtspraak van de Hoge Raad (zie Brunner 1981a, p. 213-216; Brunner 1981b, p. 234). In de rechtspraak in de vier decennia die inmiddels verstreken zijn, is slechts een criterium toegevoegd, namelijk dat van het gedrag van partijen tijdens de procedure (zie HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*), r.o. 4.3.3. In het verleden is wel gedacht dat het 'met de normschending geschapen risico' onder art. 6:98 BW moest worden geschaard, maar inmiddels lijkt het beter deze overweging te zien als een uiting van de in art. 150 Rv vervatte billijkheidstoets. Zie HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304 (*TFS c.s./Nederlandse Spoorwegen c.s.*), r.o. 3.5.3; HR 29 november, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt W.D.H. Asser (*Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen*), r.o. 3.6. Zie ook hiervoor § 5.3.2.

95 Brunner 1981a, p. 211-212; Brunner 1981b, p. 234; Dijkshoorn 2011, p. 258-259; Holthuijsen-van der Kop 2015, p. 520-526.

96 Geheel conform de hoop van Bloembergen (zie Bloembergen 1965, p. 179) worden factoren vaak expliciet genoemd. Zie bijv. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.3.2 (aard van de norm); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen I*), r.o. 2.4.4. (aard van de norm); HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*), r.o. 3.5. (voorzienbaarheid en mate van verwijdering van ongeval); HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie/Liander*), r.o. 3.4.4 (voorzienbaarheid); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, *NJ* 2011/139 (*Hoogheemraadschap Rijnland*), r.o. 3.6.6. (mate van schuld). Niet relevant acht de Hoge Raad de gestelde onzelfzuchtigheid van de gedaagde, zie HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115 (*Avi Cranes/X*), r.o. 4.2.3.

97 Deze kritiek levert bijvoorbeeld Dijkshoorn, die de recente ontwikkeling waarin vaker een beroep wordt gedaan op andere factoren dan de aard van het risico waartegen de norm beschermde toejuicht en pleit voor een explicietere weging van verschillende factoren. Zie Dijkshoorn 2011, p. 267-268.

98 Dat heeft de wetgever nu juist willen voorkomen, zie MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6*, p. 344.

99 Vgl. het betoog van Lindenbergh, Lindenbergh 2007 p. 25-26.

Een goed startpunt is het arrest *Versluis/Ziekenzorg*.[100] In dat arrest draaide het om de schadevergoedingsvordering van een vader die fysiek en psychisch was ingestort als gevolg van de onheuse bejegening van het ziekenhuis en de artsen richting zijn dochter. De Hoge Raad oordeelde dat de artsen en het ziekenhuis inderdaad niet altijd hadden gecommuniceerd zoals zij hadden moeten doen, maar dat dat nog niet maakte dat de schade die de vader als gevolg hiervan leed zonder meer aan de artsen en het ziekenhuis konden worden toegerekend. De reden die hij daarvoor gaf, was dat de norm die door het ziekenhuis was geschonden geen verkeers- of veiligheidsnorm betrof.[101]

De vraag die bij die uitkomst gesteld kan worden is waarom het feit dat het hier om psychische letselschade aan de zijde van de vader ging niet maakte dat hier tóch moest worden toegerekend. Binnen een echte multifactorbenadering zouden de aard van de norm en de aard van de schade immers naast elkaar moeten worden gezet en dan tegen elkaar moeten worden gewogen. Bekijken we dezelfde kwestie echter vanuit de norm en welke verantwoordelijkheidsverdeling daarin besloten ligt, dan is het helemaal niet zo'n vreemde conclusie. De norm dat een arts zijn patiënten goed moet informeren en degelijk moet bejegenen heeft – of had, want ik kan me voorstellen dat de rechtsovertuiging veranderd is – niet als strekking om de bij de behandeling betrokken vader van de patiënt te beschermen tegen psychisch onbehagen. Veeleer draait die norm erom dat de patiënt in staat wordt gesteld de procedure te volgen en daarover zelf te blijven beschikken. Vanuit dat perspectief ligt vergoeding van de schade van de *vader* helemaal niet zo voor de hand. Was het daarentegen gegaan om een norm die juist tegen dit soort letselschade beoogt te beschermen – een norm die vandaag de dag wellicht eenvoudiger zal worden aangenomen – dan zou toerekening veel meer voor de hand hebben gelegen.[102]

Zo bezien is zelfs de factor van de voorzienbaarheid in sommige gevallen juist heel passend.[103] Als de norm strekt tot voorkoming van voorzienbare schade, dan zou de schending daarvan niet moeten leiden tot een verplichting tot vergoeding van onvoorzienbare schade: bescherming daartegen bood de norm namelijk niet. Anders gezegd: de norm maakte de verplichte niet verantwoordelijk voor onvoorzienbare gevolgen. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Bouwcombinatie/Liander*.[104] Paans had een aan Liander toebehorende kabel beschadigd met een zeven uur durende stroomstoring tot gevolg. Liander was verplicht vergoedingen te betalen aan netgebruikers en probeerde die nu te verhalen op Paans. Hof en Hoge Raad oordelen dat deze schade het voorzienbare gevolg was van de zaaksbeschadiging en – ondanks haar karakter van zuivere vermogensschade – als zodanig voor toerekening in aanmerking komt. De kritiek is hier dat alleen aandacht is besteed aan het voorzienbaarheidscriterium en niet aan bijvoorbeeld de aard van de schade, maar gelet op de geschonden norm is dat juist heel voor de hand liggend. De norm bestaat om voorzienbare schade te voorkomen; vanzelf-

100 HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Versluis/Ziekenzorg*).
101 *Ibid.*
102 En als die norm tegen *specifieke* schade beoogt te beschermen en die schade zich verwezenlijkt, dan doet zelfs de omkeringsregel opgeld, zie HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, *NJ* 1991/55, r.o. 3.3; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*).
103 Dijkshoorn 2011. Zie ook de kritiek van Van der Kooij 2019, p. 126 e.v.
104 HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie/Liander*).

sprekend brengt schending van die norm een verantwoordelijkheid voor voorzienbare schades met zich mee.

Dit betoog moet niet verkeerd worden begrepen. Ik bedoel niet te betogen dat 'de aard van de aansprakelijkheid' de centrale factor zou moeten worden. Sterker nog, dat zou op zichzelf weer een veel te botte bijl zijn. Wie zich alleen op die factor zou richten zou bijvoorbeeld kunnen denken dat bij de kwalitatieve aansprakelijkheden steeds dezelfde mate van toerekening gepast is. Uit de arresten *Amercentrale*[105] en *Frieslandhallen*[106] blijkt echter het tegenovergestelde. In het *Amercentrale*-arrest overwoog de Hoge Raad dat in geval van aansprakelijkheid op grond van artikel 1405 BW (oud) voor het instorten van een opslagtank met als gevolg dat olie uitstroomde, moest worden beperkt tot de 'typische gevolgen' van de instorting.[107] In *Frieslandhallen* overwoog hij daarentegen dat de 'gewone' voorzienbaarheid de doorslag kon geven bij de vraag of de door een brand opgelopen vermogensschade van ondernemers in de Frieslandhallen kon worden toegerekend aan de ouders van kinderen die de brand hadden aangestoken.[108]

Deze arresten illustreren dat zelfs als de 'aard van de aansprakelijkheid' gelijk is – het ging immers in beide gevallen om kwalitatieve aansprakelijkheden – toch verschillende toerekeningstoetsen kunnen worden aangelegd. Deze aansprakelijkheidsgronden zijn namelijk met hele andere redenen in het leven geroepen. De opstalaansprakelijkheid zoals die nu in artikel 6:174 BW is gecodificeerd is duidelijk opgenomen om verhaal van bepaald soort schade mogelijk te maken.[109] De regel dat toerekening beperkt is tot de typische gevolgen van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis past daar goed bij: de redenen die aan die vergoedingsnorm ten grondslag liggen geven daar aanleiding toe. In het geval van de in brand gestoken Frieslandhallen zijn de ouders echter kwalitatief aansprakelijk voor een schending van een zorgvuldigheidsnorm door hun kinderen. In dat geval kunnen de redenen die ten grondslag liggen aan de norm die op de kinderen rustte juist goed doorwerken in de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders.[110]

Zo bezien kan de norm dus van dienst zijn bij het selecteren en invullen van de onder artikel 6:98 BW te wegen factoren. Een volledig voorspelbare of mechanische toets wordt het er niet van, maar deze redenering helpt wel te begrijpen waarom een bepaalde factor een zwaarder gewicht krijgt in een bepaald geval. De materieelrechtelijke verdeling van verantwoordelijkheden is een goede richtingwijzer voor hoe deze toets moet worden ingevuld. Dat betekent niet dat in het geheel geen ruimte is voor overwegingen die niets met de norm te maken hebben – factoren als de mate van schuld en de houding van procespartijen hebben daar

105 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).
106 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhallen*).
107 HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509, m.nt. G.J. Scholten (*Amercentrale*).
108 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhallen*), r.o. 3.4.3.
109 Aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW ontstaat wanneer de opstal een gevaar voor personen of zaken oplevert en dit zich verwezenlijkt. Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 755.
110 Zie hierover nader § 9.4.3.2.

niets mee te maken[111] – maar wel dat het expliciteren van het verband tussen norm en toerekeningsfactoren de voorspelbaarheid ten goede zou komen.

## 5.4 Een normatieve causaliteitstoets

De orthodoxe benadering van het causaal verband bij de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad is een disjunctieve, waarbij de vaststelling van het recht op schadevergoeding (de vestigingsfase) wordt losgekoppeld van de invulling van dat recht (de omvangsfase).[112] In die benadering is veel ruimte voor externe overwegingen van natuurwetenschappelijke (csqn) en beleidstechnische (toerekening) aard. De onderliggende norm zelf lijkt alleen een rol te spelen in de toepassing van het relativiteitsvereiste. Ten onrechte, want zo eenvoudig zijn die twee fases niet te scheiden.[113] Sterker nog, het is ook niet verstandig die fases zo te scheiden, want iedere causaliteits-, relativiteits-, of toerekeningsvraag wordt uiteindelijk met hetzelfde doel gesteld: is er een goede reden om de gedaagde de schade van de eiser te laten vergoeden?

Beter zou het dan ook zijn om tot een integrale benadering van het causaal verband te komen, waarbij al deze toetsen steeds worden gericht naar wat de norm partijen beloofde. Daarvoor is niet vereist dat die leerstukken worden verlaten. Integendeel. Belangrijk is slechts dat de invloed van de norm explicieter wordt onderkend, zodat duidelijk wordt waarom een bepaalde toets wordt ingezet (§ 5.4.1). Anders dan gedacht zou kunnen worden staat die benadering niet op gespannen voet met de Nederlandse dogmatiek, maar sluit ze er juist nauw bij aan (§ 5.4.2), terwijl ze partijen wel meer zekerheid kan bieden over de vormgeving van de schadevergoeding (§ 5.5).

### *5.4.1 Een normcentrisch schadevergoedingsrecht*

Het uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is dat ieder zijn eigen schade draagt. Wie schadevergoeding vordert probeert daar verandering in te brengen door een ander die schade te laten vergoeden. Het recht staat dat toe, maar eist daarvoor wel een goede reden. Een begin van die reden kan worden gevonden in overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zoals het profijtbeginsel[114] of in de schending van een gedragsnorm.[115] Vervolgens moet een brug geslagen geworden tussen die ‘reden voor aansprakelijkheid’ en de gevorderde schade. Vanwege het grote detail van de schadevergoedingsregels is het makkelijk over het hoofd te zien, maar alle in dit hoofdstuk besproken leerstukken vervullen uitein-

111 En de vraag kan gesteld worden of die factoren dan niet zouden moeten worden ondergebracht bij de figuur van *matiging*, zoals Bloembergen betoogde (Bloembergen 1965, p. 186-187). Dat zou goed passen. De tekst van art. 6:109 BW luidt: “Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.” (Onderstreping WThN). In de Parlementaire Geschiedenis wordt nog gewezen op de geringe mate van schuld of de noodzaak snel te handelen, zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404.

112 Asser/Sieburgh *6-II* 2017/50.

113 Zie Klaassen 2017, p. 33.

114 Zoals bij de kwalitatieve aansprakelijkheden van Afdeling 6.2.2 BW.

115 Zoals bij de schuldaansprakelijkheden van Afdeling 6.2.1 BW, maar ook de reeks aan bijzondere aansprakelijkheden die door de boeken 6 en 7 BW verspreid liggen.

delijk die functie. Die invloed van de norm op de vormgeving van de schadevergoeding loopt van een vrij 'harde' of 'directe' invloed bij vaststelling van het csqn-verband en de relativiteit tot een meer 'zachte' of 'indirecte' invloed bij leerstukken als de bewijsvermoedens, de omkeringsregel en de redelijke toerekening.

De 'harde' of 'directe' invloed van de norm wordt het meest gevoeld bij de vaststelling van het csqn-verband en de toepassing van het relativiteitsvereiste. In die gevallen kan vanuit de norm vrij duidelijk worden afgeleid wat de kaders van aansprakelijkheid zijn. Bij de vaststelling van het csqn-verband wordt dat duidelijk doordat niet zozeer een onderzoek wordt ingesteld naar de natuurwetenschappelijke oorzaak van de schade,[116] maar gevraagd wordt hoe de wereld eruit zou hebben gezien zonder de normschending.[117] Dáár had de gerechtigde immers aanspraak op. Met wetenschappelijke causaliteit heeft dat eigenlijk weinig te maken. Bij de toepassing van het relativiteitsvereiste komt dat tot uitdrukking doordat de vraag gesteld wordt tegen welke schade deze norm nu eigenlijk beoogde te beschermen. In de meest gevallen kadert dat de aansprakelijkheid duidelijk in.

De invloed van de norm houdt daar evenwel niet op. Zowel bij de vaststelling van het causaal verband in de vestigingsfase als in de omvangsfase wordt een beroep gedaan op normatieve overwegingen. Hoewel de uitkomst van die overwegingen minder direct is af te leiden uit het scenario waar de norm de eiser recht op gaf, biedt de norm wel nuttige informatie over of een leerstuk voor toepassing in aanmerking komt en, zo ja, in hoeverre. Zo is de toepassing van de omkeringsregel en andere bewijsvermoedens een direct resultaat van de verantwoordelijkheidsverdeling die in de norm besloten ligt,[118] kan de selectie van relevante factoren bij redelijke toerekening goed worden verklaard aan de hand van de strekking van de norm[119] en kan in moeilijke gevallen ook de toepassing van het relativiteitsvereiste profiteren van deze 'indirecte' invloed van de norm.[120]

Al deze leerstukken samen dienen ter beantwoording van dezelfde vraag: welke verantwoordelijkheidsverdeling is in dit concrete geval gepast? Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten veel normatieve oordelen worden geveld. Om die analyse gestructureerd te houden is het verstandig daarbij te putten uit de aan de vordering ten grondslag gelegde norm. De geschonden norm is namelijk de belangrijkste bron van normatieve informatie en het zou een fout zijn die teveel te negeren. Vanuit dat opzicht valt toe te juichen dat de Hoge Raad in *Alphen aan den Rijn* bij de toepassing van de leer van de redelijke toerekening nadrukkelijk overweegt dat de *strekking* van die norm een ruime mate van toerekening rechtvaardigt,[121] zodat letselschade eenvoudig kan worden toegerekend en zelfs

116 Zevenbergen wees er in 1917 al op dat dan een hele reeks aan omstandigheden aangewezen zou moeten worden. Zie Zevenbergen 1917, p. 33 e.v.

117 Zie bijv. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3. Zie daarover eerder § 5.2.1.

118 Zie hiervoor § 5.2.2. Zie ook Lindenbergh 2007, p. 19-21.

119 Zie hiervoor § 5.3.2.

120 Zie hiervoor § 5.3.1.

121 Zie ook Van der Kooij 2019, p. 231.

toerekening van vermogensschade van winkeliers niet is uitgesloten.[122] Door te redeneren vanuit de strekking van de norm en niet uitsluitend het soort geleden schade als uitgangspunt te nemen, wordt veel beter aangesloten bij de verantwoordelijkheidsverdeling die in die norm besloten ligt.

Waar de invloed van de norm in al deze gevallen in meer of mindere mate voelbaar is, zijn er ook in een normgestuurde benadering gevallen die weinig tot niets met de norm te maken hebben. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de rechterlijke matiging op grond van artikel 6:109 BW. De rechterlijke matiging is juist ingegeven door de gedachte schrijnende uitkomsten te voorkomen.[123] Vandaar dat Bloembergen de 'mate van schuld' onder dit leerstuk wilde scharen.[124] Juist een subjectieve factor zoals de geringe schuld van de gedaagde kan aanleiding geven de schadevergoeding te matigen. Met de onderliggende norm heeft dat weinig te maken. Naar huidig recht wordt die factor gewogen in het kader van de redelijke toerekening, maar de gedachte blijft dezelfde: de invloed van deze factor stoelt op de billijkheid en heeft met de oorspronkelijke verhouding tussen partijen weinig te maken.

### *5.4.2 Inpassing in het Nederlandse recht*

Vanuit dogmatisch oogpunt zou het bezwaar kunnen rijzen dat ik met dit betoog eigenlijk de reeds verworpen leer Demogue-Besier heb verdedigd.[125] De leer Demogue-Besier is een causaliteitsleerstuk dat ooit door Demogue in Frankrijk is verdedigd[126] en in Nederland door A-G Besier werd aangehangen.[127] De kerngedachte is dat dit causaliteitsleerstuk ter vervanging van de relativiteit en redelijke toerekening zou kunnen dienen doordat het causaal verband niet wordt gezocht tussen gedraging en gevolg, maar tussen het onrechtmatige element van het gedrag en eventuele schade.[128] Dat betekent dat de vraag moet worden gesteld of de schade ook was ingetreden als de gedaagde zich rechtmatig had gedragen. Dit leerstuk kan op weinig bijval rekenen uit de literatuur en directe aanvaarding zou ik ook niet willen bepleiten. Bespreking van die kritieken kan echter wel helpen inzichtelijk te maken wat ik dan wel bedoel en of die benadering wel bij ons recht past.

Een eerste criticaster van de leer Demogue-Besier is A-G Spier. Hij schrijft in zijn conclusie bij *Palthe/DNB en AFM* dat de leer hem niet aanspreekt omdat zelfs voorstanders toch "niet willen verdedigen dat een automobilist die een aan-

122 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.3.2.

123 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404.

124 Bloembergen 1965, p. 186-187. Zie ook Van der Kooij 2019, p. 147.

125 Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/143; Van der Kooij 2019, p. 192; Den Hollander 2016, p. 93-98.

126 Demogue 1924, p. 2: *"Ainsi il ne suffit pas qu'une personne ait contrevenu certain réglements, il faut que sans cette contravention le dommage n'eut pas lieu."*

127 Conclusie A-G Besier bij HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg*), p. 168916891690: "Te recht heeft het Hof geoordeeld, dat er voor de toewijzing van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad verband moet bestaan tusschen de onrechtmatigheid der daad en de schade. Een oorzakelijk verband tusschen de daad, afgezien van, hare onrechtmatigheid, en de schade is niet voldoende en zou leiden tot ongerijmde gevolgen. Wanneer iemand jaagt zonder jachtacte of op den openbaren weg wielrijdt zonder belastingplaatje, verricht hij zeker een onrechtmatige daad, doch daarom is hij nog niet verplicht elke schade te vergoeden, welkèwelkèwelke door een schot uit zijn geweer of door een aanrijding met zijn rijwiel is veroorzaakt. Hiervoor is meer noodig; hij moet de schade ook door zijn schuld hebben veroorzaakt."

128 Zie Kerkmeester & Visscher 1999, p. 835-840.

rijding veroorzaakt met vrucht zou kunnen betogen dat hij ook thuis had kunnen blijven (wat hem beter zou zijn uitgekomen en wat hem een ruzie met zijn gade had bespaard).”[129] Als de leer inderdaad zo zou uitpakken,[130] ben ik het graag met de A-G eens dat ze geen plaats heeft in ons recht. Het lijkt me echter uitermate onwaarschijnlijk de leer zo moet worden begrepen. Natuurlijk kan de automobilist betogen dat hij rechtmatig thuis had kunnen blijven, maar het probleem is dat in dat hypothetische scenario het ongeluk *niet* zou zijn ontstaan en in werkelijkheid *wel*. Het csqn-verband zou daarmee juist bewezen zijn en het lijkt onwaarschijnlijk dat Demogue en Besier daar anders over zouden hebben gedacht.

Sieburgh redeneert juist weer dat “(…) consequente toepassing ertoe [leidt] dat de pleger van een onrechtmatige daad praktisch nooit aansprakelijk zou zijn. Wanneer bijvoorbeeld bij het toebrengen van lichamelijk letsel in abstracto het onrechtmatige element wordt geëlimineerd, is de slotsom dat de schade óók zou zijn veroorzaakt door de materiële daad indien zij niet onrechtmatig zou zijn.”[131] Ook deze argumentatie maakt een stroman van het leerstuk. De vraag is niet of de schade ook zou hebben bestaan als de daadwerkelijke gedraging rechtmatig *was*, maar of de schade zou zijn ontstaan als de hypothetische gedraging zo wordt aangepast dat zij rechtmatig *zou zijn*. Zou de interpretatie van Sieburgh gevolgd worden, dan zou de gedaagde zich inderdaad altijd kunnen verweren met de stelling dat hij de schade rechtmatig *had kunnen veroorzaken* als er een rechtvaardigingsgrond voor zijn gedrag *zou hebben bestaan* (*quod non*). Het lijkt onwaarschijnlijk dat Demogue, Besier en alle aanhangers sindsdien de leer zo uit zouden willen leggen.

Wat daar ook van zij, díe opvatting van het causaliteitsleerstuk verdedig ik in ieder geval niet. Mijn punt is simpelweg dat nu al in de rechtspraak van de Hoge Raad besloten ligt dat een causaal verband moet bestaan tussen de onrechtmatigheid en de schade.[132] Hoe men die benadering precies noemt is wat mij betreft iets minder relevant.[133] Belangrijker is dat deze benadering helemaal zo onorthodox nog niet is. Visscher en Kerkmeester wezen er eind vorige eeuw al op dat die benadering niet door de rechtspraak is verworpen, maar juist gehuldigd wordt.[134]

---

129 Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193 bij HR 23 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, *NJ* 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), par. 8.4.1.

130 Wat hij zelf overigens een paragraaf later lijkt te erkennen, zie Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193 bij HR 23 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7193, *NJ* 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*), par. 8.4.2. Het voorbeeld dat hij daar geeft vaart evenwel niet veel beter. Dat voorbeeld komt erop neer dat de automobilist na een stuurfout in aanrijding komt met een ander, maar vanwege gebrekkige remmen *exact dezelfde* schade veroorzaakt zou hebben zonder de stuurfout. Volgens mij is de stuurfout in dat geval niet eens *condicio sine qua non* en lijkt afwijzing van aansprakelijkheid me heel gepast.

131 Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/143.

132 Dit zijn de woorden die A-G Besier zelf gebruikte, zie Concl. A-G Besier bij HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg*), p. 168916891690. Anders dan Den Hollander denk ik overigens niet dat dit een ‘anomalie’ is. Hij wijst erop dat het vreemd is om een csqn-verband te slaan tussen een kwalificatie (onrechtmatigheid) en een toestand (schade). Daarmee zou een ontoelaatbaar kruisverband tussen het institutionele en het feitelijke niveau worden geslagen. In theorie is dat natuurlijk juist, maar deze kritiek lijkt me wel te berusten op een weinig welwillende lezing van het leerstuk. De vraag is natuurlijk of ‘het element van het gedrag dat het gedrag onrechtmatig maakt’ csqn is voor de schade. Dat schrijft alleen zo onhanding. Zie Den Hollander 2016, p. 97-98.

133 In de Angelsaksische literatuur wordt dit wel de *tortious aspect causation requirement* genoemd (zie bijv. Hart & Honoré 1979, p. 112. Zie voor een uitgebreidere bespreking Van der Kooij 2019, p. 193 e.v.) en in de Duitse literatuur spreekt men wel van het *rechtmäßigen Alternativverhalten* (zie bijv. Oetker 2019, randnummers 217-223. Zie verder Koziol 2012, p. 279-286; Van der Kooij 2019, p. 194-196).

134 Kerkmeester & Visscher 1999, p. 835-840.

Dat lijkt nog steeds te kloppen.[135] Een arrest als *Deutsche Bank/X* is daar een goed voorbeeld van: als alleen het weglaten van de waarschuwing in een brochure onrechtmatig is, moet bekeken worden hoe de wereld eruit zou hebben gezien als de brochure *wel* een waarschuwing had bevat, niet hoe de wereld eruit zou hebben gezien zonder brochure.[136]

Van der Kooij heeft recentelijk nog betoogd dat dit leerstuk in deze genuanceerde vorm weliswaar aantrekkelijk is, maar in sommige gevallen juist tot te scherpe begrenzing van de aansprakelijkheid leidt. Zo zou een auteursrechtinbreukmakende posterverkoper zich volgens hem niet moeten kunnen verweren tegen de schadevergoedingsvordering van de concurrent voor gemiste inkomsten met de stelling dat hij eenzelfde marktaandeel had kunnen verwerven met een rechtmatig ontwerp.[137] En de overheid zou zich niet moeten kunnen verweren tegen de schadevergoedingsvordering van gemist inkomen door een zzp'er die zonder voorafgaand bevel in bewaring was gesteld met de stelling dat als het OM tijdig om een bevel had gevraagd, de zzp'er wel rechtmatig in bewaring zou zijn gesteld.[138]

Mij lijkt het evident dat in beide gevallen een zekere remedie gepast zou kunnen zijn, maar anders dan Van der Kooij meent lijkt het me niet nodig om vergoeding van de gevorderde schadeposten toe te wijzen. Als in het eerste geval inderdaad exact dezelfde omzetdaling zou kunnen worden gerealiseerd zonder het inbreukmakend ontwerp, dan gaf het auteursrecht daar kennelijk geen aanspraak op. Een winstafdracht of een fictieve licentievergoeding zou dan passender zijn dan een vergoeding van gederfde omzet. In het tweede geval zou ik er groot voorstander zijn dat de verdachte een forfaitaire vergoeding krijgt voor het niet correct volgen van de procedures, maar als inderdaad duidelijk is dat het bevel rechtmatig afgegeven had kunnen worden en de verdachte ook dan inkomsten was misgelopen, beschermde de norm daar overduidelijk niet tegen.

## 5.5 Conclusie

Kort en goed, er is dus genoeg reden om aan te nemen dat de strekking van de norm door alle facetten van het schadevergoedingsrecht een rol speelt. Dat betekent in het geheel niet dat nu alle leerstukken maar overboord moeten worden gezet ten faveure van dat van 'de strekking van de norm.' Zo in het luchtledige is dat leerstuk veel te vaag en laat het bovendien onvoldoende ruimte aan de billijkheidsoverwegingen die extern zijn aan de norm, maar soms wel nodig zijn. Het betekent veel eerder dat de bestaande leerstukken nadrukkelijker benaderd moeten worden vanuit dat perspectief. Op die manier wordt veel duidelijker waar de rechter normatieve keuzes moet maken en waar niet.

Voor het grootste deel is de invloed van die norm direct en voorspelbaar. Toepassing van een door de norm geïnformeerde causaliteitstoets is daartoe een belangrijke eerste stap. Door steeds een verband te zoeken tussen het onrechtmatige

135 Den Hollander 2016, p. 97, onder verwijzing naar HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.*).
136 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).
137 Van der Kooij 2019, p. 203 gebaseerd op RG 29 maart 1938, *JW* 1938, 1959.
138 *Ibid.* gebaseerd op OGH 15 juli 1981, ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00035.8.0715.000 (*Glashaus*).

element en de schade wordt het net al veel minder breed geworpen dan wel gedacht wordt. De relativiteit trekt die lijn vervolgens door om bepaalde type schades buiten de deur te houden. Hoewel dat een zekere uitleg van de norm eist en bij uitleg altijd bewegingsruimte ontstaat, is de uitwerking van dit leerstuk vaak goed voorspelbaar.

Als daarna nog behoefte bestaat aan een verdere nuancering, dan neemt de invloed van norm af en die van de billijkheid toe. Anders dan gemeend wordt, denk ik niet dat deze oordelen helemaal los kunnen worden gezien van de geschonden norm. De norm kan namelijk veel informatie geven over welke billijkheidsoverwegingen in een concreet geval een rol kunnen spelen.[139] Soms is de vraag vooral of de schade in dit geval niet te ver verwijderd is van de normschending, terwijl in andere gevallen de vraag is of de eiser eigenlijk wel werd beschermd door de norm. Toerekening op basis van de voorzienbaarheid van de schade ligt nu eenmaal meer voor de hand wanneer de norm tegen voorzienbare schade beoogde te beschermen dan wanneer de norm een stringente veiligheidsnorm betreft ten aanzien van gevaarlijke stoffen waar juist vanwege de lastig te voorziene gevolgen veilig mee omgegaan moet worden. De norm biedt veel informatie over welke normatieve keuzes wanneer gemaakt moeten worden.

139 Zie in vergelijkbare zin, Lindenbergh 2007, p. 15-19.

# 6 Het recht op een kans en de mogelijkheid van een proportionele vergoeding

## 6.1 Inleiding

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht kent doorgaans een binair karakter: de gedaagde is schadeplichtig of niet. Natuurlijk kan het zo zijn dat sommige posten niet voor vergoeding in aanmerking komen of dat de vergoedingsplicht verminderd moet worden op grond van eigen schuld, maar uitgangspunt is dat waar het causaal verband is aangetoond, de gedaagde verplicht is alle schade te vergoeden. Consequentie daarvan is dat in gevallen waarin het de eiser niet lukt een causaal verband aan te tonen tussen zijn schade en de normschending van de gedaagde, de vordering volledig wordt afgewezen. Relativeringen van de hardheid van de causaliteitseis zoals de omkeringsregel of bewijsvermoedens kunnen de eiser helpen, maar aan dat uitgangspunt veranderen ze niets.

Aan die situatie is een einde gekomen met de introductie van de leerstukken van het verlies van een kans en de proportionele aansprakelijkheid.[1] Hoewel het wellicht wat ver gaat deze twee leerstukken samen tot een zelfstandige remedie te benoemen, is het belangrijk te zien hoe fundamenteel deze wijze van vergoeding afwijkt van de 'normale' schadevergoeding. Bij de volledige schadevergoeding wordt de omvang van de schadevergoeding bepaald door na te gaan wat er in afwezigheid van de normschending zou zijn gebeurd.[2] Het negatieve verschil tussen de huidige situatie en die hypothetische situatie *is* de schade. Bij de leerstukken van verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid wordt erkend dat dát niet meer te achterhalen is, maar wordt desalniettemin een vergoeding toegewezen. In plaats van dat het causaliteitsleerstuk wordt gebruikt om te bepalen hoe groot die vergoeding dan moet zijn, wordt een bepaalde schadepost als 'de schade' geselecteerd en wordt – via verschillende technieken – de vergoedingsplicht gesteld op een percentage daarvan.

---

1 Verlies van een kans: HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*), maar bekender: HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*). Proportionele aansprakelijkheid, zie HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

2 Deze manier van denken wordt wel toegeschreven aan Mommsen 1855, p. 3. De Hoge Raad maakt dat steeds explicieter, zie HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.3. Zie hiervoor ook § 5.2.1.1.

De voor deze dissertatie relevante vraag is dan natuurlijk of de inzet van dit soort proportionele schadevergoedingen afhangt van de strekking van de geschonden norm. In dit hoofdstuk zal ik verdedigen dat beide leerstukken een eigen plek innemen binnen de kaders van de schadevergoedingsremedie. Het ene leerstuk – verlies van een kans – kan direct worden verklaard vanuit de onderliggende norm. Wie de juridische argumentatie achter dat leerstuk serieus neemt, moet tot de conclusie komen dat het gaat om de erkenning van de vergoedbaarheid van een nieuw soort onstoffelijke schadepost, namelijk de verloren kans. In zekere zin gaat het dus niet eens om een gedeeltelijke vergoeding. De proportionele aansprakelijkheid berust daarentegen op de billijkheid. Net als bij de vele nuanceringen op de bewijslast heeft de geschonden norm hier een kleine rol als richtingwijzer te spelen, maar de invloed van de norm is daar nadrukkelijk indirect. Het gaat hier om een vergoeding naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid en uitgangspunt is dat hier slechts in uitzonderlijke gevallen toe mag worden overgegaan. Anders dan wel wordt gedacht,[3] gaat het hier om twee verschillende leerstukken die ook daadwerkelijk anders uitwerken.

Hierna leg ik eerst uit wat het verschil tussen de twee leerstukken in theorie is (§ 6.2). Vervolgens beargumenteer ik dat het doorredeneren van die verschillende kenmerken leidt tot een verschil in toepassingsbereik en begrotingswijze (§ 6.3). Tot slot betoog ik dat het belangrijk is het onderscheid tussen de leerstukken zuiver te blijven maken: zonder zuivere redenering ontvalt de rechtvaardiging aan de veroordeling tot gedeeltelijke vergoeding (§ 6.4).

## 6.2 Het verschil tussen de twee leerstukken in theorie

Hoewel de Hoge Raad nadrukkelijk overweegt dat de leerstukken verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid verschillende leerstukken zijn,[4] wordt in de literatuur wel betoogd dat dat onderscheid in wezen niet bestaat.[5] Wie de achtergrond van de twee leerstukken nauwkeurig analyseert (§ 6.2.1) moet echter concluderen dat er in ieder geval een *theoretisch* verschil tussen die twee leerstukken is aan te wijzen (§ 6.2.2).

### *6.2.1 Het verschil in achtergrond*

#### 6.2.1.1 Het leerstuk van verlies van een kans

Het leerstuk van verlies van een kans is in Frankrijk aan het eind van de 19e eeuw ontwikkeld met betrekking tot de aansprakelijkheid van een advocaat. Zeker was dat de advocaat een fout had begaan in de procesvoering, maar onzeker was of de

3 Volgens sommigen is het nu al zinloos om te spreken van twee verschillende leerstukken, zie A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41 (*Deloitte/Hassink*); Giesen 1999, p. 72, 122; Van Velthoven 2018a; Van Velthoven 2018b.

4 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.

5 Zie bijv. A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41 (*Deloitte/Hassink*); Giesen 1999, p. 72, 122; Van Velthoven 2018a; Van Velthoven 2018b; Wijne 2015; Van & Wijne 2012; R.P. Wijne, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, *GJ* 2016/1.

cliënt de zaak zonder die normschending wel zou hebben gewonnen. De rechter meende dat inderdaad geen causaal verband kon worden vastgesteld tussen het ondervonden nadeel en de normschending, maar dat in ieder geval een kans op succes verloren was gegaan en dat die kans op zichzelf voor vergoeding in aanmerking kwam.[6]

In Nederland is het leerstuk een eeuw later aanvaard. Vaak worden het *Baby Ruth*-arrest[7] van het Gerechtshof Amsterdam en het *Baijings*-arrest[8] van de Hoge Raad genoemd als de oorsprong, maar een eerder en sprekender voorbeeld is het arrest *Heesch/Reijs*.[9] Het ging in die zaak om het volgende. Het college van B&W van de gemeente Heesch was met de heer Reijs een voorlopige ruilovereenkomst overeengekomen, die alleen nog door de gemeenteraad moest worden goedgekeurd. Het college bedacht zich echter en legde de overeenkomst niet voor aan de gemeenteraad. Reijs vorderde primair nakoming van de ruilovereenkomst en subsidiair schadevergoeding wegens wanprestatie dan wel onrechtmatige daad. De rechtbank oordeelde dat de gemeente weliswaar niet gehouden was tot nakoming, maar wel een zorgvuldigheidsplicht had de ruilovereenkomst voor te leggen aan de gemeenteraad. Die plicht was het college niet nagekomen. Omdat niet duidelijk was hoe de gemeenteraad over de ruilovereenkomst zou hebben gestemd komt de rechtbank tot de conclusie dat dan slechts overblijft:

> "(…) dat de schade die Reijs door de gepleegde wanprestatie subs. onrechtmatige daad geleden heeft er uit bestaat dat voor haar verloren is gegaan de kans dat de raad van de gemeente zou hebben besloten in de door haar gewenste zin (…) [en] dat het ontnemen van deze kans aan Reijs op zichzelf reeds een aanmerkelijk vermogensrechtelijk nadeel voor Reijs oplevert."[10]

Het hof bekrachtigt dat oordeel[11] en de Hoge Raad laat het oordeel over de schadevergoeding in stand.[12]

Deze lijn volgt de Hoge Raad nu explicieter als een toepassing van het leerstuk van verlies van een kans. In het vergelijkbare *Overzee/Zoeterwoude* casseert hij een oordeel van het hof dat geen recht op schadevergoeding bestond omdat "niet met voldoende mate van zekerheid valt vast te stellen" hoe de raad en de Gedeputeerde Staten zouden hebben geoordeeld over een in de jaren '90 voorgestelde wijziging van het bestemmingsplan. Hij overweegt dat:

> "3.7.2 (…) de schade waarvan Overzee vergoeding vordert, bestaat in een gemiste kans op verwezenlijking van zijn plannen, en dat het onzekere antwoord op de vraag of het bestemmingsplan destijds met inbegrip van de woonbestemming voor de dienstwoning van Overzee tot stand zou zijn gekomen tot uitdrukking dient te komen in de bepaling van de grootte van die kans,

6 Cass. Req. 17 juli 1889, S 1891, 1, 399, aangehaald in Akkermans 1997, p. 126.
7 Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*).
8 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*). Zie bijv. Giesen 1999, p. 73.
9 HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*). Zie daarover Akkermans 1997, p. 112.
10 Rb. 's-Hertogenbosch 2 juni 1978, r.o. 40-41, weergegeven in HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*).
11 Hof Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1980, weergegeven in HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*).
12 Al was hij wel van oordeel dat die vergoeding moest worden toegewezen als remedie voor de schending van een zorgplicht, niet als vergoeding wegens wanprestatie. HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*).

> derhalve in de schadeberekening. In het onderhavige geval is onmiskenbaar sprake van condicio sine qua non-verband tussen de niet-nakoming en de gemiste kans."[13]

In *Heesch/Reijs* en *Overzee/Zoeterwoude* is goed te zien wat nu eigenlijk vergoed wordt: de ontnomen kans op een beter resultaat.[14] Het enige wat nog moet gebeuren is nagaan wat die kans waard was. Die ratio zien we ook terug in andere zaken[15] en ook in het buitenland wordt het leerstuk zo gekwalificeerd: de ontnomen kans is de schadepost.[16]

#### 6.2.1.2 De proportionele aansprakelijkheid

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid is aanvaard door de Hoge Raad – zij het niet met die woorden – in *Nefalit/Karamus*.[17] De casus is welbekend. Karamus was tijdens zijn werkzame leven door zijn werkgever onrechtmatig blootgesteld aan asbest. Hij had ook 27 jaar lang stevig gerookt. Op enig moment ontwikkelde hij longkanker. Hij vorderde schadevergoeding van zijn voormalige werkgever. Het was op basis van het bewijs onmogelijk te zeggen of de longkanker het gevolg was van het rookgedrag, van de asbestblootstelling of van een combinatie van beide. De Hoge Raad oordeelde dat dit soort bijzondere gevallen om een bijzondere oplossing vraagt:

> "(…) [Het is in dit soort gevallen] in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm (…) en de aard van de normschending (…) uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever (…) is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen."[18] (Onderstrepingen WThN)

In dat soort gevallen is het, aldus de Hoge Raad, gepast in plaats van de alles-of-niets-benadering een proportionele aansprakelijkheid mogelijk te maken.[19] In *Deloitte/Hassink* wordt de regel als volgt samengevat:

---

13 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*). Zie ook Rb. Noord-Holland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5922.

14 Zie ook Van Dijk 2000, p. 28.

15 Zie bijvoorbeeld het ontnemen van de kans een potentieel gunstige belastingfaciliteit te benutten in HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.1 of het ontnemen van een kans op herstel in medische zaken bijv. Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*), r.o. 4.4 (Rb. r.o. 13-14); HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), r.o. 3.5.5; HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, *NJ* 2017/422 (*X/AZM*), r.o. 3.4.2.

16 Om die reden wordt het leerstuk in Duitsland niet erkend (zie Bundesgerichtshof 23 september 1982, *NJW* 1983, 442): kansen vallen immers niet onder de door § 823 BGB beschermde belangen (zie Koziol 2012, p. 154). In Spanje laat de rechter om die reden de link met het ondervonden nadeel los: vergoeding wordt immers toegekend voor de kans, niet voor het concreet ondervonden nadeel (zie Martín-Casals 2015, p. 60).

17 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

18 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

19 In r.o. 3.13 van *Nefalit/Karamus* wordt nog melding gemaakt van art. 6:99 en 6:101 en de gedachte dat de aansprakelijkheid van de gedaagde 'verminderd' als reactie op de onzekerheid. In latere rechtspraak wordt duidelijk dat het gaat om een aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Zie bijv. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.

> "… dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt."[20]

Uitgangspunt is dus (i) dat het gaat om een situatie waarin meerdere onafhankelijk werkende gebeurtenissen afzonderlijk of samen de oorzaak van de nadelige situatie kunnen zijn, waarbij (ii) de kans dat de werkelijke oorzaak de normschending van de gedaagde is zeer klein noch zeer groot is. Als vervolgens (iii) de strekking van de norm en de aard van de normschending het toestaan en (iv) het op grond van billijkheidsoverwegingen zowel onaanvaardbaar zou zijn de schadevergoeding volledig af te wijzen als haar volledig toe te wijzen, dan mag de rechter de aangesproken partij veroordelen tot het betalen van een vergoeding naar rato van de waarschijnlijkheid dat zij de schade heeft veroorzaakt.

In *Nefalit/Karamus* zocht de Hoge Raad de basis voor de proportionele aansprakelijkheid in de artikelen 6:99 en 6:101 BW. Die redenering heeft veel weg van de door Akkermans verdedigde benadering.[21] Artikel 6:99 BW bepaalt dat wanneer de schade een gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is én vaststaat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, het slachtoffer de volledige schade kan verhalen op elk van die partijen. Zij kunnen onderling regres nemen. Artikel 6:101 BW bepaalt dat het slachtoffer geen aanspraak kan maken op schade die aan zijn eigen schuld te wijten is. De constructie van Akkermans komt erop neer dat de beginselen die aan deze artikelen ten grondslag liggen, worden uitgebreid naar de situatie waar de schade kan zijn veroorzaakt door de gedaagde of door een omstandigheid die in de risicosfeer van de eiser ligt. Het is alsof de eiser deels 'aansprakelijk' is voor zijn eigen schade en daarmee zelf een van de partijen in artikel 6:99 BW wordt. Omdat het beginsel van artikel 6:102 jo. 6:10 BW is dat hoofdelijk aansprakelijken regres op elkaar kunnen nemen naar rato van het veroorzakingsaandeel, wordt de vergoedingsplicht van de gedaagde direct al verlaagd tot dat niveau. Het zou immers zinloos zijn eerst volledig uit te betalen en daarna regres te nemen op de eiser.

De Hoge Raad maakt inmiddels geen melding meer van deze twee artikelen[22] en dat is ook niet zo gek: hoewel men vanuit de daaraan ten grondslag liggende beginselen wel tot dat resultaat kan komen, gaat het niet om een directe toepassing. Bovendien: als we die gedachte te serieus nemen, zouden we *altijd* tot een proportionele aansprakelijkheid moeten komen, want er is altijd een beetje onzekerheid over wat precies 'de' oorzaak is.[23] Er is immers nooit één oorzaak. Als het

---

20 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.2.

21 Akkermans 1997, p. 447.

22 Zie HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.2.

23 Zie ook al Zevenbergen 1917, p. 33 e.v.

slachtoffer van een brand niet thuis was geweest toen zijn buurman de brand stichtte, had hij ook geen letselschade geleden. Zijn thuiszijn is weliswaar geen onrechtmatige daad, maar dat is het roken van de heer Karamus in *Nefalit/Karamus* ook niet. Het is gewoon een omstandigheid die voor zijn rekening komt. Gelet op de terughoudend die de Hoge Raad bepleit, lijkt het verstandig dat pad niet in te slaan.

Kern van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid lijkt dan ook eerder te zijn dat in ons recht besloten ligt dat in bijzondere gevallen waarin zowel toe- als afwijzing van schadevergoeding *uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar* zou zijn, de rechter de gedaagde mag veroordelen tot een gedeeltelijke vergoeding. Dat sluit goed aan bij de hiervoor in hoofdstuk 5 besproken relativeringen van het csqn-verband op billijkheidsgronden.[24] De proportionele aansprakelijkheid is daar in zekere zin de extreme variant van. Hier wordt in het geheel geen vergelijking gemaakt tussen de werkelijke situatie en de situatie waarin de eiser zou hebben verkeerd zonder de normschending en deze benadering is niet in het systeem van volledige schadevergoeding in te passen.[25] De proportionele aansprakelijkheid is een uitzondering daarop; een op de redelijkheid en billijkheid gestoelde discretionaire bevoegdheid om onaanvaardbare resultaten te voorkomen. Dat de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje*[26] een zekere mate van terughoudendheid voorschreef bij het toepassen van dit leerstuk, is dan ook begrijpelijk.[27] Die terughoudendheid is noodzakelijk omdat met dit leerstuk de structuur van het aansprakelijkheidsrecht volledig omzeild wordt. Daar moet men nu eenmaal niet te lichtvaardig mee omgaan.[28]

### *6.2.2 Het verschil uitgediept*

De achtergrond van deze twee leerstukken leert dat er wel degelijk theoretische gronden zijn de twee leerstukken te onderscheiden. Waar het leerstuk van verlies van een kans draait om de erkenning van een nieuw soort schadepost (i.e. de verloren kans), is de proportionele aansprakelijkheid een op de billijkheid gestoelde bevoegdheid om de normale causaliteitsvaststelling te omzeilen. Het verschil tussen die twee leerstukken moet dan ook niet worden gezocht in het plaatsen van de onzekerheid in de vestigings- of de omvangsfase (§ 6.2.2.1), maar in de fundamenteel andere rol die de onzekerheid heeft te spelen (§ 6.2.2.2).

#### 6.2.2.1 Waar het verschil niet in zit: de begrotingsfase tegenover de vestigingsfase

In een poging het onderscheid tussen de twee leerstukken helder te maken wordt ook wel gewezen op het feit dat de proportionele aansprakelijkheid ziet op onzekerheid in de vestigingsfase en het leerstuk van verlies van een kans op onzeker-

24 Zie hiervoor § 5.2.2.
25 Zie Asser/Sieburgh *6-II* 2017/81; Van Velthoven 2018b, p. 74-75.
26 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8.
27 Klaassen 2012, p. 19.
28 Zie bijv. Castermans & Den Hollander 2013, p. 193; Van Dijk 2013, p. 75; T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

heid in de begrotingsfase.[29] Op zichzelf is dat niet onjuist, maar dat onderscheid kan ons niet helpen in concrete gevallen een keuze te maken.

De idee dat de ene leer in de vestigingsfase opereert en de andere in de begrotingsfase wordt door Tjong Tjin Tai in verband gebracht met het in Duitsland en Frankrijk gemaakte onderscheid tussen wat ik noem de 'beschadiging' (*dommage, Verletzung*) en het daaruit voortvloeiende 'nadeel' (*préjudice, Schaden*).[30] Zoals ik het zie is de 'beschadiging' de relatieve normschending en daarmee correlerende rechtsaantasting[31] en 'nadeel' te lezen als de economische waarde van die beschadiging. Het vaststellen van een beschadiging is nodig voor het vestigen van aansprakelijkheid en het vaststellen van nadeel is nodig voor het begroten ervan. Deze splitsing brengt Tjong Tjin Tai tot het inzicht dat de vergelijking van de vermogenspositie van het slachtoffer in de daadwerkelijke situatie met de vermogenspositie in de hypothetische situatie zonder normschending[32] niet één, maar twee keer moet plaatsvinden: eerst in de vestigingsfase daarna in de begrotingsfase.[33]

In de vestigingsfase gaat het volgens Tjong Tjin Tai om wat er werkelijk is gebeurd: de 'werkelijke causaliteit' in zijn woorden. In de begrotingsfase wordt (daarnaast) belangrijk wat er zonder de fout zou zijn gebeurd: de 'hypothetische causaliteit'.[34] In een typische schadebegroting vergelijkt men immers altijd het werkelijke scenario met het hypothetische scenario.[35] De crux zit hem in het positioneren van de onzekerheid. Bij proportionele aansprakelijkheid is niet alleen onzeker wat zou zijn gebeurd zonder de fout, maar is eveneens onzeker wat er nu precies is gebeurd in het werkelijke scenario.[36] In verlies van een kans-zaken is daarentegen zeker dat met de fout de *status quo* is behouden en bestaat ten aanzien van de 'werkelijke causaliteit' geen onzekerheid. De onzekerheid die overblijft ligt volledig in het hypothetische domein.[37]

Daargelaten dat het dubbele gebruik van de term 'causaliteit' niet heel verhelderend werkt,[38] is het maken van het onderscheid tussen deze twee fases slechts van beperkt nut. Hoewel deze twee vormen van onzekerheid conceptueel inderdaad te onderscheiden zijn, dwingt dat onderscheid niet tot gebruik van het ene of het andere leerstuk. Neem bijvoorbeeld twee gevallen waarin een stevige roker overlijdt aan longkanker. In het ene geval vorderen de nabestaanden van de patiënt schadevergoeding van de werkgever die hem blootgesteld heeft aan as-

29 Zie bijv. Asser/Sieburgh *6-II* 2017/80a, 81c; Castermans & Den Hollander 2013; Tjong Tjin Tai 2016a, p. 384; Cox 2016, p. 275.

30 Tjong Tjin Tai 2016a, p. 383-384; Tjong Tjin Tai 2016b, p. 2240-2241. Zie ook Cox 2016, p. 274-276. Beide auteurs gebruiken de termen 'schadevoorval' of 'schadegebeurtenis' in plaats van 'beschadiging' en 'schade' in plaats van 'nadeel'. Ik gebruik in dit stuk andere termen om zo ver mogelijk te blijven van het juridisch beladen woord 'schade'.

31 Zie hiervoor § 2.2.1.

32 De hoofdregel voor het begroten van schade, zie HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*); HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

33 Tjong Tjin Tai 2016b, p. 2242; Tjong Tjin Tai 2016a, p. 385.

34 Tjong Tjin Tai 2016a, p. 386.

35 Zie o.a. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*), r.o. 3.4; HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*), r.o. 3.3; HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*) r.o. 3.3.

36 Tjong Tjin Tai 2016b, p. 2241. De onzekerheid ligt dus in de vestigingsfase.

37 Tjong Tjin Tai 2016b, p. 2241. De onzekerheid ligt dus in de begrotingsfase.

38 De 'zonder-welke-niet-benadering' eist immers altijd een vergelijking tussen de twee scenario's. Het is dan vreemd de 'gang van zaken' in beide scenario's het predicaat 'causaliteit' te geven; of sprake is van causaliteit moet nog worden vastgesteld. Zie voor een vergelijkbare kanttekening Van Velthoven 2018b, p. 109.

best, in het andere van zijn arts die de behandeling drie maanden te laat heeft gestart. Als onvoldoende duidelijk wordt gemaakt met welke *schadepost* moet worden gewerkt, vertelt het onderscheid tussen begrotingsfase en vestigingsfase ons niets over welk leerstuk moet worden toegepast. Of onzekerheid nu in het werkelijke scenario (zoals in de casus van de werkgever) of het hypothetische scenario (zoals bij de arts) gelegen is, zolang men het concreet ondervonden nadeel (het overlijden) als uitgangspunt blijft nemen, is de kans als schadepost uit beeld verdwenen. Het onderscheid kan en moet dus gemaakt worden door de ene schadepost (de overlijdensschade) of de andere schadepost (de verloren of verminderde kans op herstel) te selecteren.

Het enige instructieve nut dat we van het onderscheid tussen begrotings- en vestigingsfase kunnen verwachten ontstaat pas wanneer duidelijk voor ogen wordt gehouden dat het bij toepassing van het leerstuk van verlies van een kans gaat om de verloren kans als schadepost. Dan is de splitsing in die zin van toegevoegde waarde dat zij ons helpt in te zien dat het vaststellen dat een kans verloren is gegaan stap 1 is (de *beschadiging*) en het plakken van een bedrag daarop stap 2 (het begroten van het *nadeel*). Meer instructie, echter, kunnen we er niet van verwachten.

#### 6.2.2.2 Waar het verschil wel in zit: kansen en onbekendheden, kansen op en kansen dat

Variaties op de voorgaande analyse leiden veel auteurs ertoe te beweren dat er in het geheel geen onderscheid tussen de twee leerstukken te maken valt. Zij stellen zich dan op het standpunt dat omdat schade een causaal begrip is,[39] het niet uitmaakt of de onzekerheid via het schadebegrip of via het causaliteitsleerstuk wordt verdisconteerd.[40] De keuze voor het ene of het andere leerstuk zou daarmee afhangen van hoe partijen de kwestie inkleden, maar meer ook niet.[41] Gelet op het verschil in toepassingsbereik is dat in ieder geval niet hoe de Hoge Raad de kwestie ziet, maar ook op conceptueel vlak is het niet overtuigend.

De gedachte is dan dat beide theorieën uiteindelijk een 'oplossing' bieden voor causaliteitsonzekerheid door een aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid mogelijk te maken.[42] Kijken we vanuit een bepaalde schadepost terug naar de normschending, dan lijken de twee leerstukken inderdaad grote overeenstemming te vertonen.[43] Bij het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid ziet de jurist steeds één uitkomst met verschillende oorzaken, terwijl hij bij het leerstuk van verlies van een kans steeds één oorzaak ziet met verschillende mogelijke uitkomsten. Intuïtief denkt hij dan bij het eerste geval aan een oplossing gelegen in de causaliteit (wat is er feitelijk gebeurd?), terwijl hij in het tweede geval denkt aan een oplossing gelegen in het schadebegrip (wat

39 Bloembergen 1965, p. 17-18. Hiermee wordt bedoeld dat 'schade' niet los kan worden gezien van 'causaal verband.' Iets is pas schade omdat het afwijkt van hoe het had behoren te zijn. De vergelijking met het hypothetische scenario maakt duidelijk dat het hier niet zozeer om een feitelijk causaal verband gaat, maar om een verdeling van verantwoordelijkheid. Zie hiervoor § 5.2.

40 Akkermans 2000, p. 90-91.

41 Hartlief 2000, p. 1-25, p. 6; Akkermans 2000, p. 87.

42 Zie HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.2.

43 Van Velthoven 2018a; Van Velthoven 2018b.

was er gebeurd zonder de normschending?), maar – zo gaat de kritiek – in wezen doet hij in beide gevallen precies hetzelfde: hij zoekt naar een verdeling van verantwoordelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.[44] Dat zien deze auteurs als volgt.

Het feit dat in een typisch 'verlies van een kans'-geval slechts één oorzaak *wordt* aangewezen, betekent niet dat er niet meerdere mogelijke oorzaken *kunnen worden* aangewezen.[45] Het geval waarin A niet kan deelnemen aan een zangwedstrijd doordat B haar heeft opgesloten lijkt misschien op een geval waarbij onzeker is of er nou echt iets verloren is, maar je kunt net zo goed zeggen dat het mislopen van het prijzengeld *ofwel* het gevolg is geweest van het tegenhouden door B *ofwel* het gevolg had kunnen zijn van het gebrek aan zangtalent van A. Bij proportionele aansprakelijkheid kunnen we het omgekeerde doen: het feit dat we hier te maken hebben met een duidelijke uitkomst, betekent niet dat er niet meerdere uitkomsten *denkbaar* waren.[46] Het feit dat C longkanker heeft gekregen en er naast D's normschending nog een reeks aan andere mogelijke oorzaken is, betekent niet dat de andere *mogelijke* uitkomsten analytisch irrelevant geworden zijn. In alle gevallen is steeds de vraag: hoe groot is nu de kans dat deze schade het gevolg is geweest van deze normschending?[47]

Zo bezien lijken de twee analyses inderdaad identiek, maar de redenering is circulair. Deze auteurs hebben kennelijk al aangenomen dat de twee leerstukken dezelfde functie vervullen. De gedachte is kennelijk dat beide leerstukken ingezet kunnen worden om causaliteitsonzekerheid 'op te lossen'[48] door een verdeling van verantwoordelijkheid proportioneel met de veroorzakingswaarschijnlijkheid mogelijk te maken. Wie vanuit die premisse doorredeneert, moet inderdaad tot de conclusie komen dat de twee leerstukken volledig uitwisselbaar zijn. Maar dat is nou net het probleem: met deze analyse proberen we er juist achter te komen *of* de twee leerstukken dezelfde functie hebben. Nemen we in plaats daarvan de redenering die aan de twee leerstukken ten grondslag is gelegd tot uitgangspunt, dan wordt duidelijk dat ze dat helemaal niet doen: de eerste betreft een vergoeding voor het verlies van een immaterieel vermogensbestanddeel, terwijl de tweede een vergoeding naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid is.

Een deel van de verwarring lijkt hier te ontstaan doordat het woord 'kans' op twee manieren gebruikt kan worden. Neem een hardloopwedstrijd. Voorafgaand aan de wedstrijd heeft een loper een kans *op* winst. Achteraf kan worden nagegaan wat de kans is *dat* een bepaalde oorzaak (te weinig training, de regen, etc.) de reden is dat de loper de wedstrijd niet heeft gewonnen. Dat lijkt wellicht een flauw onderscheid, maar dat het hier wel degelijk om verschillende gevallen gaat, wordt duidelijk als het woord 'kans' wordt vervangen door het woord 'waarschijnlijkheid.' Bij proportionele aansprakelijkheid is dat heel goed mogelijk

44 Van Velthoven 2018a; Van Velthoven 2018b.
45 Van Velthoven 2018a, p. 77.
46 Van Velthoven 2018a, p. 77.
47 Wijne 2015, p. 59-61; Van & Wijne 2012, p. 21-22; R.P. Wijne, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, *GJ* 2016/1; Van Velthoven 2018a, p. 78.
48 Een gedachte waar de Hoge Raad overigens zelf aan bijdraagt (zie HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5; HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, *NJ* 2021/127 (*ISG/Natwest*), r.o. 4.2) maar die vanuit de gedachte dat het hier om onderscheiden leerstukken gaat niet ideaal is.

('wat is de waarschijnlijkheid dat…') maar bij verlies van een kans kan dat eenvoudigweg niet ('ik heb een waarschijnlijkheid op…'). De crux zit hem daarbij in het feit dat kansen in de eerste formulering een toestand beschrijven ('er is een kans dat') terwijl kansen in de tweede formulering een voor bezit vatbaar vermogensbestanddeel beschrijven ('ik heb een kans op'). Dat is niet zomaar goochelen met woorden: er wordt daadwerkelijk iets anders mee bedoeld.

De klacht in de twee gevallen is een nadrukkelijk andere. Wie schadevergoeding voor verlies van een kans vordert, vordert vergoeding voor het verlies van een onstoffelijk vermogensbestanddeel van waarde in het verleden. Wie toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid vordert, identificeert een bepaalde schadepost, erkent dat geen causaal verband tussen de normschending en die schadepost bestaat,[49] maar vordert een gedeeltelijke vergoeding naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Dat is een wezenlijk andere vordering. De eerste past binnen het systeem; de tweede is een duidelijke uitzondering op het vereiste dat een eiser moet aantonen dat de gedaagde hem iets heeft aangedaan. En niet geheel onbelangrijk: dat verschil in verwijt, leidt tot een verschil in toepassingsbereik en een andere wijze van begroten.

## 6.3 De praktische consequenties van het theoretische verschil

Zo bezien zijn er dus goede redenen geweest voor het ontwikkelen van twee leerstukken. Waar de eerste een erkenning van de economische realiteit dat kansen waarde kunnen hebben is, is de tweede een billijkheidscorrectie bedoeld om schrijnende oordelen te voorkomen. De in de literatuur geleverde kritiek dat het om exact dezelfde exercitie zou gaan is theoretisch niet helemaal terecht. Betoogd wordt echter evenwel dat het onderscheid tussen de twee leerstukken er hoe dan ook niet toe zou doen, omdat ze tot dezelfde uitkomsten zouden leiden. Als dat juist is, dan zou het feit dat de leerstukken verschillende grondslagen en rechtvaardingen hebben er niet toe doen. Hieronder betoog ik dat als de dogmatische funderingen van de twee leerstukken consequent doorgeredeneerd worden, de leerstukken zowel een verschillend toepassingsbereik (§ 6.3.1) als een verschillende begrotingstechniek krijgen (§ 6.3.2). Het theoretische verschil doet er ook in praktische zin toe.

### *6.3.1 Een verschil in toepassingsbereik*

#### 6.3.1.1 Het leerstuk van verlies van een kans

Een veel gehoorde klacht ten aanzien van het leerstuk van verlies van een kans en het feit dat daar geen 'terughoudendheid' vereist is, is dat iedere casus omgeschreven zou kunnen worden tot een verloren kans casus.[50] Daarmee zou het een toverspreuk zijn die de rechter toestaat geen beslissing te nemen over wie het ri-

49 En zou in de termen van Akkermans dan dus ook erkennen dat er eigenlijk geen schade is, zie Akkermans 2000, p. 87.

50 Zie bijv. Van Velthoven 2018b, p. 103-107; A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41 (*Deloitte/Hassink*); Van Dijk 2013, p. 74.

sico van causaliteitsonzekerheid zal dragen.[51] Vanuit de hiervoor besproken theoretische achtergronden zijn er echter wel degelijk grenzen aan te wijzen, zij het dat die niet altijd even nauwgezet gevolgd worden.

Wie de gedachte achter de theorie van verlies van een kans serieus neemt, erkent dat bepaalde onzekerheden over de toekomst economische waarde kunnen vertegenwoordigen en dat die onzekerheden als zodanig onderdeel uitmaken van het vermogen. Als je een kans kunt verliezen, kun je hem kennelijk hebben; als je vergoeding voor dat verlies kunt krijgen, is hij kennelijk iets waard. Deze conceptuele grenzen monden uit in twee eisen (§ (a)). Passen we die structuur vervolgens in ons vermogensrecht in, dan is de onherroepelijke conclusie dat de verloren kans alleen voor vergoeding in aanmerking kan komen als de geschonden norm ertoe strekte de eiser een kans te bieden of diens kansen te beschermen. Het leerstuk kan alleen toegepast worden, met andere woorden, als de eiser een recht op een kans had (§ (b)).

(a) Conceptuele begrenzingen

De gedachte dat met het leerstuk van verlies van een kans niet zo zeer vergoeding wordt toegekend voor het uiteindelijk geleden nadeel, maar voor een verloren kans van waarde, geeft direct twee belangrijke grenzen: de kans moet positieve waarde hebben gehad en de kans moet teniet zijn gegaan als gevolg van de normschending.

*Een kans op iets beters*

In de kern is het leerstuk van verlies van een kans een erkenning van het feit dat sommige onzekerheden waarde vertegenwoordigen. Een gokker geeft geld uit aan een lot uit de loterij omdat hij er geld mee kan winnen, een hardloper investeert trainingsuren omdat hij met hardloopwedstrijden geld kan winnen, en een patiënt is bereid uitgaven te doen aan een behandeling omdat daarmee herstel bewerkstelligd kan worden.[52] In al deze gevallen is het echter niet zomaar een onzekerheid, het gaat steeds om een onzekerheid of de situatie *zal verbeteren*. Het moet gaan, met andere woorden, om een kans op iets *beters.*

Dat lijkt flauw, maar helpt inzichtelijk te maken dat het niet zomaar om alle soorten onzekerheden kan gaan. Heeft de normschending er bijvoorbeeld toe geleid dat er een kans is ontstaan dat de eiser in de toekomst in een slechtere situatie zal komen te verkeren – denk bijvoorbeeld aan de blootstelling aan een gevaarlijke stof die de kans op een gevaarlijke ziekte met zich brengt – dan kunnen we niet zeggen dat de eiser door deze normschending een kans is *verloren*. Het gaat hier niet zozeer om een kans die geld waard was (zoals een lot) die vervolgens verloren is gegaan, maar om het feit dat een kans op iets *slechters* is *ontstaan.* In het dagelijks spraakgebruik hebben we het in dit soort gevallen ook wel over een risico: blootstelling aan asbest roept het *risico* op longkanker in het leven. Wie is blootgesteld aan zo'n risico is wel slechter af, maar kan niet zeggen dat hij een kans is verloren. Het concept van het verlies van een kans verzet zich daartegen.

51 Zie daarover Akkermans 1997, p. 193.
52 Akkermans 1997, p. 173; Jansen 1999, p. 279; Hartlief 2000, p. 20.

Om te bepalen of we te maken hebben met een verloren kans op iets beters of de blootstelling aan een risico, moet worden bekeken wat de *status quo* van de persoon in kwestie is. Neem het simpele voorbeeld van niet kunnen deelnemen aan een wedstrijd: de ongewijzigde financiële positie van het slachtoffer is de *status quo*, het prijzengeld is het 'betere' waar de deelnemer kans op had. Hoewel de hardloper zijn kans niet op zinnige wijze kan verhandelen – zou een ander in zijn plaats starten, dan zou die ander immers niet ineens dezelfde kans op winst hebben – is het niet gek te zeggen dat de renner een kans van waarde had. Een kans van 20% op prijzengeld van € 1.000 heeft meer waarde dan in het geheel niet deelnemen. De vraag is of de onzekere toestand voor de eiser positieve waarde vertegenwoordigde.

Neem bijvoorbeeld het geval waarin een arts gehouden is een patiënt een bepaalde behandeling tegen diens aandoening toe te dienen. Een tijdige behandeling geeft de patiënt een x% kans op herstel. Ook dit is een kans op iets beters. Hoewel we instinctief geneigd zijn om te zeggen dat het gezonde leven van de patiënt de *status quo* is[53] en dat het hier dus gaat om de afwending van onheil, is dat onterecht. Hoe treurig het ook is: de situatie van de patiënt zal in afwezigheid van behandeling verslechteren. Dát is zijn *status quo.* De behandeling biedt hem een kans op iets beters en het mislopen van die behandeling, is het mislopen van een kans.

Tegelijkertijd is het niet zo dat daarmee *iedere* medische misser toepassing van het leerstuk rechtvaardigt.[54] Stel dat een arts een behandeling uitvoert die bij correcte uitvoering een 15% kans op complicaties met zich brengt. Doordat de arts een fout maakt in de voorbereiding neemt de kans op complicaties toe tot 25% en gedurende de operatie treden die complicaties inderdaad op. In dit geval kan niet gezegd worden dat de patiënt een 'kans op iets beters' heeft verloren. Veel eerder gaat het hier om een geval waarin de arts een *risico* (i.e. een kans op iets slechters) in het leven heeft geroepen dat zich, helaas, heeft verwezenlijkt.

*Een daadwerkelijk verloren kans*

Vervolgens is het de vraag of de kans ook is *verloren*. Zelfs als gezegd kan worden dat de eiser op enig moment in een onzekere positie verkeerde over of een betere situatie in zou treden, de gedaagde een fout maakt én de betere positie in werkelijkheid niet intreedt, dan is nog niet gezegd dat die kans verloren is gegaan als gevolg van de normschending.[55]

---

53 Zie bijv. het betoog van Hart & Honoré dat in termen van *common sense* in dit soort gevallen het nalaten van de arts kan worden aangemerkt als 'oorzaak' van het nadeel omdat het een afwijking van routine is: Hart & Honoré 1979, p. 35-36.

54 In Frankrijk wordt wel betoogd dat toepassing van het leerstuk *in het geheel* niet mogelijk zou moeten zijn in medische zaken, zie bijv. Jourdain 2011, p 167. Zo ongeclausuleerd gaat die kritiek te ver, maar de gedachte dat soms simpelweg geen kans verloren is, is juist.

55 In Engeland was dit een reden om de jongen die uit een boom viel en door een medische fout te laat behandeld werd toch vergoeding voor het verlies van een kans te ontzeggen: anders dan in de meeste gevallen was het hier niet zozeer de timing van de behandeling die uitmaakte, maar de precieze impact van de val. Zie *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909. Baroness Hale schreef daarover in *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2: "211. The House of Lords treated [*Hotson*] as a case in which the die was already cast by the time the claimant got to the hospital (or at least the claimant could not prove otherwise). The defendant had not even caused the loss of the chance of saving the situation, because by the time the claimant got to them there was no chance. The coin had already been tossed, and had come down heads or tails. But there must be many cases in which that is not so. The coin is in the air. The claimant does have a chance of a favourable outcome which chance is wiped out or significantly reduced by the negligence. The coin is whipped out of the air before it has been able to land."

Karakteristiek aan een kans is dat hij op enig moment 'uitgevoerd' moet worden. Een wedstrijd moet worden gelopen, een lot moet worden getrokken en een behandeling moet worden uitgevoerd. Zodra die gebeurtenis heeft plaatsgevonden, echter, is er geen sprake meer van een kans en kan die kans dus ook niet verloren gaan. Een aantal voorbeelden kan dat wellicht verduidelijken.

**Voorbeeld 1.** C organiseert een kaartspel. Iedere persoon die € 0,50 betaalt mag een kaart uit een kaartspel trekken. Degene die de hartenaas trekt, krijgt € 20. Iedere keer als het niet de hartenaas is, gaat de kaart terug het spel in. A betaalt € 0,50 en wil een kaart trekken. Vlak voordat zij trekt, gaat B er met het kaartspel vandoor.[56]

B's daad heeft ertoe geleid dat A geen kaart kon trekken. Zij heeft een kans van 1/52 op € 20 verloren. Die kans was zo'n € 0,38 waard.[57] Het ligt in de rede dat A dat bedrag van B vergoed kan krijgen. Maar stel nu dat we het voorbeeld iets aanpassen.

**Voorbeeld 2.** Neem hetzelfde kaartspel. In plaats van dat B het kaartspel steelt, laat zij A een kaart trekken, maar neemt zij de getrokken kaart vervolgens snel uit A's hand en stopt hem terug. Het is niet vast te stellen of A heeft gewonnen.

B's daad heeft ertoe geleid dat A niet weet welke kaart zij heeft getrokken. B's daad heeft er echter *niet* toe geleid dat A een kans heeft verloren.[58] A had een kans, heeft de kans 'uitgevoerd' en is nu iets anders verloren: de kennis van de uitkomst. Of die uitkomst geld waard was, kunnen we echter niet weten.[59]

Het nagaan op welk punt wordt ingegrepen is van cruciaal belang.[60] De eiser die beroep doet op een verloren kans, moet wel een kans hebben verloren. Toepassing van het leerstuk van verlies van een kans in gevallen waarin geen kans verloren is gegaan is conceptueel onverdedigbaar. Het doet bovendien de normatieve rechtvaardiging aan de veroordeling ontvallen. De rechtvaardiging van het leerstuk van verlies van een kans is dat kansen geld waard zijn en dat het verlies ervan voor vergoeding in aanmerking komt. Als dan niet kan worden vastgesteld dat het gedrag van de gedaagde heeft geleid tot het verlies van een kans aan de zijde van de eiser – die kans bestond immers niet meer toen de gedaagde zich met de zaken van de eiser bemoeide – dan is het vreemd om hem daar in rechte *toch* verantwoordelijk voor te houden.

---

56 Realistisch gezien zal C natuurlijk A uit een ander pak kaarten een kaart laten trekken, maar omwille van het voorbeeld gaan we ervan uit dat dat onmogelijk is.

57 € 0,38 = (€ 20 * (1/52)). Natuurlijk zou ook betoogd kunnen worden dat € 0,50 een betere waardering van de kans is: kennelijk was dat de marktprijs van die kans. Zie Kortmann 2012, p. 42.

58 Vgl. Jansen 1999, p. 279.

59 In een eerdere publicatie verenigde ik mij nog met de gedachte van Kortmann dat het *onjuist* is om te zeggen dat die kans 1/52 is. Ten onrechte. Het is niet zozeer onjuist om te zeggen dat de kans 1 uit 52 is (dat is gewoon een manier om onzekerheden te duiden), maar het is onjuist om te zeggen dat degene die de kaart trekt nog steeds een kans van 1 uit 52 *heeft.* Omdat de kaart is getrokken is de kans 'uitgevoerd' en kunnen we niet zeggen dat diegene nog een kans heeft. Zie Nuninga 2019, p. 45 onder verwijzing naar Kortmann 2012, p. 45-56.

60 Waarmee niet gezegd is dat het verschil is gelegen in onzekerheid in het verleden en onzekerheid in de toekomst (zie bijv. Nieuwenhuis 2008, p. 56). Zo algemeen geformuleerd zou dat kunnen suggereren dat alle gevallen waarbij de winst zich bezien vanaf het moment van procederen in het verleden voor had moeten doen (bijv. het herstel van een patiënt) niet voor toepassing van het leerstuk van verlies van een kans in aanmerking komen. Dat zou tot arbitraire resultaten leiden en is bovendien in strijd met de rechtspraak van de Hoge Raad, zie Akkermans 1997, p. 198-203; HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.9.

Dat gezegd hebbende: deze conceptuele beperking moet ook weer niet worden overdreven. In de Franse literatuur is wel verdedigd dat een patiënt wiens behandeling na enige onrechtmatige vertraging alsnog plaatsvindt de kans 'uitgevoerd' zou hebben.[61] Dat is natuurlijk onjuist. Een patiënt die te laat behandeld wordt, verliest onherroepelijk de kans die hij op het moment van eerdere behandeling gehad zou hebben. Wellicht krijgt hij daar een kleinere kans voor in de plaats en moeten we de waarde van die kleinere kans in mindering brengen op de vergoeding,[62] maar de stelling dat hij alsnog zijn kansen heeft kunnen beproeven verhoudt zich niet met de werkelijkheid van deze patiënt.[63] Deze patiënt had van de arts een x% kans op herstel moeten krijgen op dag 1, maar krijgt een y% kans op herstel op dag 3. Het verschil in waarde tussen die kansen – op de berekening kom ik hieronder in paragraaf 0 terug – komt dan voor vergoeding in aanmerking.

(b) Normatieve beperking: het recht op een kans

Als het leerstuk van verlies van een kans alleen past bij casus waarin de verloren kans de schadepost is, rijst de vraag hoe we weten wanneer de verloren kans (en niet het ervaren nadeel) een voor vergoeding in aanmerking komende schadepost is. Het voor de hand liggende antwoord is dat dit afhangt van de strekking van de norm. Ook wie mijn betoog dat de geschonden norm een centralere rol in het remedierecht moet krijgen verwerpt, zal moeten erkennen dat naar Nederlands recht geldt dat schadevergoeding alleen wordt toegewezen voorzover de geschonden norm ertoe strekte daartegen te beschermen; dat volgt uit artikel 6:163 BW. Toepassing van het relativiteitsvereiste maakt dat de gerechtigde alleen recht op vergoeding van de verloren kans heeft als hij *jegens* de gedaagde recht had op die *kans*.[64] Om dat duidelijk te maken licht ik hieronder toe hoe die toepassing werkt in theorie en in de praktijk.

*Het recht op een kans in theorie*

Ten eerste zijn daar de gevallen waarin het slachtoffer een kans voor zichzelf gecreëerd heeft die hem door de gedaagde op onrechtmatige wijze wordt ontnomen. Denk bijvoorbeeld aan een zanger die 40% kans had om een zangwedstrijd te winnen, maar niet kan deelnemen omdat de gedaagde hem bewust heeft besmet met een keelontsteking. De zanger had een kans en die is hem ontnomen. Hier is het weinig controversieel om te zeggen dat de zanger recht op de kans had: hij had die kans voor zichzelf gecreëerd en die kans is hem op onrechtmatige wijze ontnomen. In de jurisprudentie gaat het echter meestal om zaken waarin het slachtoffer nog geen kans had, maar het een plicht van de gedaagde was een kans te verstrekken. De patiënt kan zelf geen kans op herstel realiseren, maar de arts kan en moet dat wel. De ondernemer kan zelf geen kansrijk belastingadvies opstellen, maar zijn belastingadviseur kan en moet dat wel. Dat lijkt een verschil

61 Zie de door Akkermans aangehaalde literatuur: Akkermans 1997, p. 205.
62 Zie hierover voorbeeld 4 in § 6.3.2.
63 Zie ook Akkermans 1997, p. 205, die overigens niet dezelfde oplossing volgt als ik hier en in § 6.3.2 voorstel.
64 De relativiteitsleer heeft immers een personele (jegens wie bestond de plicht?) en een materiële (ter voorkoming van welke schade en op welke wijze geleden schade?) zijde. Zie Asser/Sieburgh *6-IV* 2019/129; Deurvorst, in: *GS Onrechtmatige daad,* nr. II.2.1.2.17; HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*).

met gevallen waarin de kans al bestaat,[65] maar in het algemeen maakt ons schadevergoedingsrecht geen onderscheid tussen dingen die ons worden ontnomen en die ons worden onthouden. Of B nu 10 kilo aardappelen van A vernietigt of ze weigert te leveren: A heeft recht op de dagwaarde.[66]

Dat betekent dat het leerstuk dus meestal wordt toegepast in gevallen waarin de gedaagde niet zozeer verplicht is een resultaat te realiseren, maar het slachtoffer daar een kans op te bieden.[67] Beschouwen we de praktijk nader, dan valt op dat het leerstuk ook meestal op die manier wordt toegepast. Een arts heeft in veel gevallen niet de plicht zijn patiënt te genezen, maar de plicht deze patiënt dusdanig te behandelen dat die patiënt een kans op herstel heeft;[68] de belastingadviseur is niet gehouden een bepaalde belastingfaciliteit te garanderen, maar wel om zijn cliënt te adviseren een beroep erop te doen;[69] en de advocaat is niet verplicht de procedure te winnen, maar wel om de cliënt door procederen daar een kans op te bieden.[70] In de praktijk lijkt dat soms iets anders uit te werken, maar wie stelselmatig doorredeneert, ziet steeds dezelfde structuur terug.

*Het recht op een kans toegepast*

Bij de aansprakelijkheid van advocaten wordt het leerstuk van verlies van een kans op een vreemde manier toegepast. In *Baijings* overwoog de Hoge Raad dat in zaken waarin een cliënt als gevolg van de fout van de advocaat een beroepsinstantie heeft gemist "in beginsel [moet] worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad."[71] Zo moet dus eerst een '*trial within a trial*' worden gevoerd om te bepalen of de advocaat de cliënt iets van waarde heeft ontnomen. Voor zover nodig moeten de kansen van de cliënt in die hypothetische procedure worden geschat. Deze benadering is ook terug te zien in latere rechtspraak.[72]

---

65 Voor Sarah Green is de vraag of de kans onafhankelijk van partijen bestaat het cruciale verschil tussen vergoedbaar kansverlies en niet-vergoedbaar kansverlies. Die redenering werkt weliswaar goed waar de gedaagde zelf de grootte van de kans bepaalt (bijv. als jurylid) maar is mijns inziens minder goed toe te passen op gevallen waarin de gedaagde verplicht was een kans te verstrekken. Zie Green 2015, p. 154.

66 Vergoeding dagwaarde bij niet-levering: art. 7:36 BW; HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, *NJ* 1938/269, m.nt. E.M. Meijers (*Engelse Kolenstaking*). Vergoeding dagwaarde bij volledig verlies: HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Hartman*), r.o. 3.2; HR 7 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO2786, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A/Hiddema*), r.o. 3.6; HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*), r.o. 3.3.4.

67 Zie in die zin T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1: "De precieze kwalificatie van de fout werkt door in de beoordeling van de schade. Aangezien het resultaat (de beoogde wijziging) niet zeker was, en alleen inspanning (medewerking) was toegezegd, kon de schade niet zonder meer worden vastgesteld op het achterwege blijven van de wijziging."

68 Art. 7:453 BW. Zie bijvoorbeeld HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, *NJ* 2017/422 (*X/AZM*). Zie ook HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*).

69 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*).

70 Het gros van de verlies van een kans-zaken beoordeeld door de Hoge Raad betreft beroepsfouten van advocaten (HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007/63 (*Kranendonk*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*); HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, *NJ* 2010/3 (*Velic/Lemmen*); HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0737, *NJ* 2014/480, m.nt. W.D.H. Asser; Hof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5382, *NJF* 2017/178; Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:825, *AR* 2017/686; HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981, *RvdW* 2018/760 (*Boekel & Houthoff/X*)).

71 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*).

72 Zie de uitspraak geciteerd hiervoor in voetnoot 71.

De eis dat eerst een '*trial within a trial*' moet worden gevoerd lijkt te impliceren dat de advocaat geen plicht heeft een kans te verschaffen, maar een eindresultaat moet bewerkstelligen. Is de uitkomst van de '*trial within a trial*' voor de cliënt namelijk gunstig, dan moet de advocaat immers 100% van het misgelopen of ten onrechte betaalde bedrag vergoeden. Dat wekt de indruk dat hij ook voor de fout al verplicht was die uitkomst te garanderen.[73] Toch is dat te kort door de bocht. De advocaat heeft wel degelijk alleen de plicht om zijn cliënt een *kans* op een gunstig resultaat te bieden, maar die kans is nu eenmaal gemakkelijk op 0% of 100% te stellen. Omdat de tweede rechter wordt geacht te beslissen zoals de eerste rechter had *behoren* te beslissen,[74] kan gewerkt worden met de fictie dat die uitkomst altijd al vaststond. Daar haalt toepassing van het leerstuk dus niet zoveel uit. In gevallen waarin het uiteindelijke oordeel in meer of mindere mate afhangt van welke verweren de oorspronkelijke wederpartij gevoerd zou hebben en hoe die eerste rechter zijn discretionaire bevoegdheid uitgeoefend zou hebben, echter, zal niet tot zo'n oordeel gekomen kunnen worden. Daar haalt toepassing van het leerstuk wel iets uit. Hoe meer van dat soort onzekerheden zich voordoen, hoe verder het percentage zich van het ene (100%) of het andere (0%) uiterste zou moeten verwijderen. En *vice versa*.

Ten aanzien van artsen ligt het weer net iets anders. Sinds *Baby Ruth* is het gebruikelijk in medische zaken het leerstuk van verlies van een kans toe te passen.[75] Meestal is dat ook gepast: de arts heeft de plicht de patiënt een *kans* op herstel te bieden en door vertraging is die kans verminderd of verdwenen.[76] Maar niet alle medische zorgplichten strekken ertoe de patiënt een ontsnapping aan zijn status quo te bieden. In sommige gevallen is de norm simpelweg maatregelen te nemen om bepaalde schade te voorkomen. In die gevallen werken de hiervoor besproken conceptuele beperking dat het moet draaien om het door de gedaagde veroorzaakt verlies van een kans op iets beters en het relativiteitsvereiste in tandem. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

Stel dat een arts onvoldoende zorg draagt voor de zuurstoftoevoer tijdens een operatie waarna de patiënt een hersenaandoening ontwikkelt, maar die hersenaandoening zowel het gevolg kan zijn van een medische fout als van andere oorzaken. Het House of Lords[77] heeft in zo'n geval de aansprakelijkheid van de arts volledig afgewezen omdat niet vastgesteld kon worden of de arts de schade daadwerkelijk had veroorzaakt. Het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof opteert in zo'n geval voor de alternatieve causaliteit en niet voor het leerstuk van verlies

73 Reeds elders betoogde ik dat het lastig te verdedigen is dat men in geld meer moet vergoeden dan waartoe men in natura verplicht was. Zie Nuninga 2018. Volgt men mijn redenering daar niet, dan deelt u de zorg die in deze alinea wordt besproken niet.

74 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*), r.o. 5.2.

75 Zie bijvoorbeeld al HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*); HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, *NJ* 2017/422 (*X/AZM*); Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, *GJ* 2016/1, m.nt. R.P. Wijne; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005; Rb. Rotterdam 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8640.

76 Neem bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005, waar de fout was gelegen in het opstellen van een te vage verwijsbrief. Was de brief duidelijker geweest, dan was de patiënt waarschijnlijk maanden eerder geopereerd en had hij een veel kleinere kans op blindheid gehad. Deze arts hoefde uiteraard de blindheid niet te voorkomen. Sterker nog: uit het bewijs volgt zelfs dat hem niet kan worden verweten dat hij zelf niet de juiste diagnose stelde omdat hij daar de expertise niet toe had. De enige plicht die de arts had, was de patiënt een *kans* te bieden.

77 *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074.

van een kans.[78] En dat is ook terecht. Conceptueel gezien is hier geen sprake van een verlies van een kans op iets beters: als de arts de zuurstof correct had toegediend, was de patiënt wat dat betreft in zijn *status quo* gebleven. Op normatieve gronden is dat ook goed verdedigbaar: de plicht van de arts strekte er hier niet toe de patiënt een kans te bieden op herstel, maar strekte ertoe de patiënt niet bloot te stellen aan gevaren die tot lichamelijk letsel zouden kunnen leiden. Op basis van die plicht is wellicht ruimte voor bewijslastverlichting, de omkeringsregel of zelfs proportionele aansprakelijkheid, maar met verlies van een kans heeft dit geval niets te maken.[79]

### 6.3.1.2 Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid

Door de overweging van de Hoge Raad dat een proportionele aansprakelijkheid in *Nefalit/Karamus* gerechtvaardigd was "mede gelet op de strekking van de onderhavige norm (…) en de aard van de normschending,"[80] leek het erop dat toepassing beperkt was tot veiligheidsnormen strekkende tot bescherming tegen letselschade.[81] Doordat hij in *Fortis/Bourgonje* echter duidelijk maakte dat het leerstuk in principe niet beperkt is tot bepaalde soorten normschendingen, is echter de vraag gerezen of er nog wel grenzen aan te wijzen zijn. Anders dan bij het leerstuk van verlies van een kans zijn er weinig conceptuele beperkingen te geven (§ (a)) en ligt een toepassing van het relativiteitsvereiste niet voor de hand (§ (b)). In plaats daarvan zal veel afhangen van het billijkheidsoordeel van de rechter, daarbij geïnformeerd door, maar niet gebonden aan de strekking van de norm.

(a) Conceptuele begrenzingen

De idee dat de proportionele aansprakelijkheid vooral toegepast kan worden om onbillijke resultaten te voorkomen is onherroepelijk normatief van aard. Conceptuele begrenzingen zijn lastig te geven. Ogenschijnlijk zijn er twee niet-normatieve eisen, namelijk (i) dat meerdere onafhankelijk werkende gebeurtenissen afzonderlijk of samen de oorzaak van de nadelige situatie kunnen zijn, waarbij (ii) de kans dat de werkelijke oorzaak de normschending van de gedaagde is niet zeer klein noch zeer groot is.[82] Die twee eisen geven echter vrij weinig richting.

De eis dat er meerdere potentiële oorzaken aan te wijzen zijn, is een vreemde. Dat is eigenlijk altijd het geval.[83] Het bijzondere aan juridische causaliteit is nu juist dat het feit dat er meerdere potentiële oorzaken zijn niet aan toewijzing van volledige schadevergoeding in de weg staat. Dat is natuurlijk anders wanneer er twee

78 Oberste Gerichtshof 7 november 1995, ECLI:AT:OGH0002:1995:0040OB00554.95.1107.000, zie daarover Koziol 2012, p. 154. Eerder schreef ik dat het OGH de vordering volledig afwees (Nuninga 2019, p. 48). Ten onrechte. Het wees er, net als het House of Lords, op dat eerst vastgesteld moet worden welke invloed de fout precies kon hebben gehad. Als de onduidelijkheid blijft bestaan, dan kan op normatieve gronden tot een proportionele verdeling gekomen worden. Het OGH erkent evenwel niet het leerstuk van verlies van een kans.

79 Zoals het OGH dus deed, zie Oberste Gerichtshof 7 november 1995, ECLI:AT:OGH0002:1995:0040OB00554.95.1107.000.

80 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.

81 Zie bijv. Lindenbergh 2007, p. 20-21.

82 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13; HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8. Daarbij horen nog twee normatieve overwegingen, maar die komen hieronder aan bod.

83 Zevenbergen 1917, p. 33 e.v.

samenlopende aansprakelijkheidsgebeurtenissen zijn,[84] maar bij de proportionele aansprakelijkheid gaat het daar nu juist niet om. Misschien dat sommigen het jarenlange roken van de heer Karamus willen zien als een onrechtmatige daad jegens zichzelf, maar dat lijkt wat ver te gaan. Veel eerder gaat het hier om een echte onzekerheid over wat er in het verleden precies is gebeurd die de beoordelende instantie niet voor de rekening van de één of de ander wil laten. De samenloop van oorzaken kan het probleem niet zijn: er is nooit één 'échte' oorzaak aan te wijzen.

De eis dat de onzekerheid over de aanwezigheid van het causaal verband noch zeer klein, noch zeer groot is, is daarentegen wel een logische eerste stap. Als de onzekerheid heel groot is, dan is afwijzing van de vordering niet zo problematisch. Als die onzekerheid daarentegen heel klein is, dan ligt afwijzing juist erg in de rede. Deze feitelijke 'eis' is in zekere zin een belangrijke opstap naar het meer normatieve oordeel dat daarna geveld moet worden: is dit een geval waarin het 'beter' is om tot een proportionele vergoeding te komen in plaats van vast te houden aan het alles of niets-principe? Het is een begin van een billijkheidsoordeel. Aan de andere kant is het ook echt niet meer dan een ingangseis. Er zijn veel gevallen waarin de onzekerheid niet zeer klein en niet zeer groot is, maar toepassing van de proportionele aansprakelijkheid *toch* niet voor de hand ligt. Die vraag eist onherroepelijk een normatief antwoord; feitelijke en conceptuele begrenzingen zijn hier slechts van beperkt nut.

(b) Normatieve beperking: billijkheid en terughoudendheid

In de kern is de proportionele aansprakelijkheid een op de billijkheid gestoeld leerstuk dat met de nodige terughoudendheid kan worden ingezet om onaanvaardbare resultaten te voorkomen.[85] Net zo goed als de norm in op de billijkheid gestoelde leerstukken in ieder geval nog enige 'zachte' invloed kan uitoefenen, kan de norm bij de proportionele aansprakelijkheid helpen in te zien waar toepassing meer voor de hand ligt en waar niet. Heel hard zijn die grenzen evenwel niet.

Anders dan bij het leerstuk van verlies van een kans kan de geschonden norm hier niet via de relativiteit een duidelijke afbakening geven. Er is niet zoiets als een gedragsnorm die strekt tot een proportionele bescherming. De proportionele aansprakelijkheid is een leerstuk dat geworteld is in de billijkheid: omdat zowel afwijzing als toewijzing zo onredelijk voorkomt, wordt een verdeling gemaakt.[86] Dat betekent nu ook weer niet dat er *ex aequo et bono* begroot wordt,[87] maar wel dat de keuze om tot toepassing van het leerstuk over te gaan wordt ingegeven door billijkheidsoverwegingen. Net als bij de meer uit de billijkheid voortvloeiende overwegingen die een rol spelen in het kader van de vaststelling van het causaal verband geldt dan ook dat niet helemaal te voorspellen valt wanneer het leerstuk kan worden toegepast. In beginsel mag het leerstuk in alle gevallen van aansprakelijkheid worden toegepast.[88]

84 Zoals de gevallen waarop art. 6:99 BW van toepassing is.
85 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13.
86 Vgl. de bewoordingen van de Hoge Raad in HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13. Zie hiervoor § 6.2.1.2.
87 Er zijn hele zinnige begrotingsregels te geven, zie hierna § 6.3.2.
88 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8.

Net als bij de volledige schadevergoeding lopen ook hier de normatieve overwegingen langs een spectrum van directe invloed van de norm (zoals bij de relativiteit en de vormgeving van het hypothetische scenario) naar meer indirecte invloed via de billijkheid (zoals bij de omkeringsregel, de versoepeling van de bewijslast en de redelijke toerekening).[89] De proportionele aansprakelijkheid bevindt zich nadrukkelijk aan het laatste uiteinde van dat spectrum. De invloed van de norm is daar beperkt. Het soort schade en het soort norm zijn niet beslissend voor de vraag of de proportionele aansprakelijkheid van toepassing is.[90] Dat betekent niet dat zij *geen* rol kunnen spelen, maar de keuze het leerstuk in te zetten is in grote mate aan de rechter.

De gedachte die aan de omkeringsregel ten grondslag ligt, is dat waar een norm tegen een *specifiek* gevaar beoogt te beschermen en dat *specifieke* gevaar zich ook nog eens verwezenlijkt, het dan wel erg onbillijk is om de bewijslast op de eiser te laten rusten.[91] Voor zover onzekerheid bestaat, wordt die bij dat leerstuk dus in het geheel voor rekening van de gedaagde gebracht. De proportionele aansprakelijkheid biedt een tussenoplossing voor gevallen waar het niet gaat om een specifiek gevaar waartegen de norm beoogde te beschermen, maar uit de norm wel een hoge mate van zorg spreekt. Juist in dat soort gevallen zal immers voldaan zijn aan de eis dat zowel toewijzing als afwijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar voorkomt. Waar het belang bijzonder beschermenswaardig is en uit de norm een hoge mate van zorg spreekt, zal het eerder onbillijk voorkomen om de onzekerheid volledig op de eiser af te wentelen. Aan de andere kant maakt het feit dat niet aan de vereisten voor de omkeringsregel of andere vermoedens is voldaan juist dat het ook weer onbillijk zou zijn die onzekerheid volledig op de gedaagde af te wentelen.

Op deze manier kan de norm dus wel helpen in kaart te brengen wanneer toepassing eerder voor de hand ligt en wanneer niet. Zekerheid is evenwel niet te geven. De rechter zal het moeten doen met deze algemene instructies en de waarschuwing dat hij toch vooral terughoudend moet blijven bij de toepassing van het leerstuk.

### *6.3.2 Een verschil in begrotingstechniek*

Behalve een verschil in toepassingsbereik, leidt de andere grondslag ook tot een andere begrotingstechniek. Voor de proportionele aansprakelijkheid wordt algemeen aangenomen dat niet gekeken moet worden naar het absolute verschil tussen de kans op schade voor en na de fout, maar naar het attributieve risico: het aandeel dat de fout had in de verzameling aan risico's.[92] Die benadering strookt ook met de ratio van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid: de gedaagde wordt aansprakelijk gehouden naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Deze benadering werkt als volgt.

---

89 Zie hiervoor § 5.4.

90 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8.

91 HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, *NJ* 1991/55, r.o. 3.3; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), r.o. 3.3; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), r.o. 3.3.

92 Van & Wijne, p. 20; Emaus & Keirse 2013, p. 137; Van Velthoven 2018a, p. 75.

Stel dat A een huidaandoening heeft. Er is een risico van 1% dat iemand die aandoening krijgt. Door blootstelling aan een schadelijke stof door haar werkgever B, is dat risico toegenomen naar 1,5%. A vordert van B vergoeding van (een deel van) de ziektekosten. De rechter is van oordeel dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid kan en moet worden toegepast. De vraag is nu welk deel van A's schade B moet vergoeden: 0,5%, 33% of 50%? Hoewel B in eerste instantie slechts een risicotoename van 0,5% heeft veroorzaakt, is het onterecht slechts 0,5% van de schade te vergoeden. Het risico heeft zich immers verwezenlijkt. En als het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid wordt toegepast, gaat het om aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid.[93] De vraag is niet wat de toename is geweest, maar welk aandeel B heeft gehad in de 1,5%. Dat wordt berekend door de aan de onrechtmatige blootstelling te wijten risicotoename (0,5%) te delen door het verzamelrisico (1,5%) en dat te vermenigvuldigen met 100%.[94] Dat geeft: (0,005/0,015) * 100% = 33%.

Deze benadering strookt ook met de normatieve uitgangspunten van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Uit billijkheidsoverwegingen wordt hier geen aansprakelijkheid gevestigd voor het veroorzaken van een bepaalde schade, maar wordt een vergoeding toegekend naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.[95] Het berekenen van het attributieve risico past, met andere woorden, heel goed bij de normatieve grondslag van het leerstuk.

Bij toepassing van het leerstuk van verlies van een kans gaan rechtbanken en hoven vaak anders te werk. Uitgangspunt is dat de waarde van de verloren kans berekend wordt. Sommige kansen, zoals een lot of een aandeel, hebben een marktwaarde. De beste waardering van die kans is dan gewoon de marktwaarde. Andere kansen zijn niet overdraagbaar, zoals de individuele kans een wedstrijd te winnen of een kans op herstel bij correcte behandeling. Dat betekent evenwel niet dat die kansen geen waarde hebben.[96] Soms kan worden berekend wat voor kosten men bereid is te investeren in die kans, in andere gevallen – en dat komt vaker voor – is het handiger om te kijken naar het gestelde nadeel (bijv. het misgelopen prijzengeld of het geleden fysieke letsel) en dit te vermenigvuldigen met het percentage van de kans die verloren is gegaan.[97]

Dat is een fundamenteel andere benadering, maar doordat vaak het gestelde nadeel gebruikt wordt om de waarde van de kans te berekenen, pakken de twee manieren van begroten exact hetzelfde uit waar het gaat om volledig kansverlies, zodat het onderscheid daar lood om oud ijzer is. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

**Voorbeeld 3.** Stel dat A deelneemt aan een hardloopwedstrijd met een prijs van € 1.000 voor de winnaar. A is een fervent loper en haar kansen op de overwinning worden op 25% geschat. B sluit A vlak voor de wedstrijd op het toilet op, zodat A niet kan deelnemen. Het is onduidelijk of A de wedstrijd wel had gewonnen als B haar niet had opgesloten.

93 Asser/Sieburgh 6-II 2017/79, 80a, 80c.

94 Zie voor een toepassing van deze aanpak Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, *JA* 2019/80, m.nt. E.R. Jong, r.o. 26.28-26.36. In de Engelse rechtspraak, zie *Sienkiewicz v Grief (UK) Ltd; Knowsley MBC v Willmore* [2011] UKSC 10.

95 Asser/Sieburgh 6-II 2017/79, 80a, 80c.

96 Zie daarover Akkermans 1997, p.

97 Zie bijv. Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*); Rb. Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, *JA* 2006/44, m.nt. M. Zaadhof; Rb. Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011/4; Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, *GJ* 2016/1, m.nt. R.P. Wijne.

Als hier een proportionele benadering toegepast zou worden, moet het attributief risico worden berekend. In die benadering betekent dat, dat vooraf een kans van 75% op het mislopen van de € 1.000 bestond. Door de fout is die kans toegenomen tot 100%. In een attributieve berekening levert dat op: (1 – 0,75)/1*100% = 25%.[98] Dat levert dan een schadevergoeding op van € 250. Geredeneerd vanuit de kans als immaterieel vermogensbestanddeel wordt hetzelfde resultaat bereikt. Een rationele A die van tevoren weet dat zij 25% kans heeft om te winnen zal niet meer dan € 250 aan schoenen, hardloopkleding, deelnamegeld en reiskosten willen uitgeven om mee te doen. De kans was een rationele A €250 waard.[99] Maar dat beeld verandert als het gaat om een *vermindering* van de kansen op succes.

**Voorbeeld 4.** Stel dat A deelneemt aan een hardloopwedstrijd met een prijs van € 1.000 voor de winnaar. A is een fervent loper en haar kansen op de overwinning worden op 40% geschat. B houdt A vlak voor de start tegen, waardoor zij 30 seconden te laat vertrekt. Met een achterstand van 30 seconden worden haar kansen op de overwinning op 15% geschat. A loopt wel, maar wint niet.

Hier lopen de benaderingen uit elkaar. Zij die menen dat de twee leerstukken gelijk te schakelen zijn, kijken naar het uiteindelijk ervaren nadeel (de misgelopen € 1.000) en proberen dan te achterhalen hoe groot de kans nu is dat het tegenhouden door B de reden is dat die € 1.000 is misgelopen. Zij rekenen dat als volgt door. A had al een kans van 40% om te winnen (en dus 60% kans om te verliezen) en door B's onrechtmatige daad is die kans afgenomen naar 15% (en dus heeft A nu 85% kans om te verliezen). Rekenen we met de complementaire kansen, dan geeft dat het volgende. Van de uiteindelijke 85% kans op verlies komt 25% voor rekening van B en de overige 60% voor rekening van A. Om de relatieve bijdrage van B te berekenen nemen zij ook hier het attributieve risico: (0,85-0,6)/0,85*100 ≈ 29,4%. Dat geeft een vergoeding van ongeveer € 294.

Passen we daarentegen de berekeningswijze van het leerstuk van verlies van een kans toe, dan wordt hetzelfde resultaat als in voorbeeld 3 bereikt: A had iets van waarde (40% kans op € 1.000, voor een rationele A € 400 waard), in plaats daarvan heeft zij iets minders (15% kans op € 1.000, voor een rationele A € 150 waard) en dat verschil (€ 250) moet worden vergoed. De auteurs die het leerstuk van verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid gelijkschakelen, zullen betogen dat € 294 bij toepassing van *beide* leerstukken gepast zou zijn, maar klopt dat wel? Het vreemde aan de proportionele benadering in dit geval is dat hier ineens € 44 meer wordt toegekend dan in voorbeeld 3, terwijl de hardloper uit voorbeeld 3 er toch slechter vanaf lijkt te komen: anders dan de hardloper uit voorbeeld 4 kon zij niet eens meer proberen de € 1.000 te winnen.

98 Berekend door de kans op verlies zonder fout (25% kans op winst = 75% kans op verlies) af te trekken van de kans op het verlies met fout (100%: de wedstrijd zou definitief worden verloren) en dat geheel te delen door het verzamelrisico (100%: de wedstrijd *is* verloren), zie Van Velthoven 2018a, p. 75-78; Emaus & Keirse 2013, p. 137.

99 Daarmee wil ik overigens niet zeggen dat dit de *enige* manier van berekenen is. Niet iedere casus leent zich voor een 'rationeel slachtoffer'-analyse. Kortmann betoogt wel dat bij een gestolen lot uit de loterij beter de marktwaarde vergoed kan worden dan de jackpot maal de kans daarop (Kortmann 2012, p. 42). Dat lijkt me in die gevallen inderdaad geschikt. Het vermenigvuldigen van de kans met het eindbedrag lijkt me echter een praktisch startpunt. En dat startpunt is in dit voorbeeld toevallig ook nog eens eenvoudig te onderbouwen.

De auteurs die A in voorbeeld 4 een vergoeding van € 294 zouden willen geven zullen betogen dat dit nu eenmaal het gevolg is van het feit dat we achteraf proberen na te gaan hoe groot de kans is dat A's verlies het gevolg is van B's handelen.[100] Maar hier steekt het hiervoor geconstateerde probleem van circulariteit weer op: dat resultaat wordt bereikt door aan te nemen dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van verlies van een kans beide als ratio hebben een link tussen het concreet ondervonden nadeel (i.e. de misgelopen € 1.000) en de normschending mogelijk te maken. Maar dat is slechts de ratio van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en niet die van het leerstuk van verlies van een kans. De ratio van het leerstuk van verlies van een kans is dat men kansen kan hebben, dat die kansen waarde hebben en dat het verlies ervan voor vergoeding in aanmerking komt. Die ratio dicteert een andere wijze van begroting.

Nemen we het leerstuk van verlies van een kans echter serieus, dan heeft dat ook andere gevolgen.

**Voorbeeld 5.** Neem het scenario uit voorbeeld 4. A neemt deel aan een hardloopwedstrijd met een prijs van € 1.000 voor de winnaar. A's kans om te winnen is 40%. B houdt A vlak voor de start tegen, waardoor zij 30 seconden te laat vertrekt. A's kans om te winnen is nu nog 15%. A wint wel.

Enkele auteurs menen dat hier geen vergoeding zou moeten worden toegekend omdat A helemaal geen schade lijdt.[101] Ook hier wordt duidelijk dat zij een verband blijven zoeken met het concreet ondervonden nadeel (wat hier dus non-existent is) terwijl de ratio van het leerstuk van verlies van een kans nu juist is dat een waarde moet worden gezocht voor de ontnomen kans. De schade wordt namelijk geleden op het moment dat B haar tegenhoudt; vóór het lopen van de wedstrijd. Resultaat van zuivere toepassing van die ratio is dan dat A € 1.000 prijzengeld in de wacht sleept en daarbovenop nog € 250 vergoeding zou moeten krijgen. Sommigen zullen dat ongepast vinden, anderen niet. Op zichzelf zou die benadering ons recht niet vreemd zijn – bij zaakschade hoeft een eventuele latere beperking van de schade ook geen rol te spelen[102] – maar ik wil me nu niet voor of tegen toepassing van het leerstuk in deze zaken uitspreken. Wat ik wel duidelijk wil maken, is dat als we het leerstuk van verlies van een kans serieus nemen, vergoeding van € 250 ook in dit scenario mogelijk moet zijn.

De voorgaande voorbeelden leggen bloot dat het verschil in normatieve grondslag logisch bezien door zou moeten werken in de wijze van begroting. Bij de proportionele aansprakelijkheid zal moeten worden gerekend met het attributief risico, terwijl bij verlies van een kans gewerkt zal moeten worden met abso-

100 Bij de berekening wordt er dus vanuit gegaan dat A alleen vergoeding kan vorderen als zij daadwerkelijk verliest. De aanname is dat A in die gevallen geen nadeel ondervindt (zie bijv. Van Velthoven 2018a, p. 111). Zoals uit voorbeeld 5 duidelijk wordt, is dat bij een zuivere toepassing van het leerstuk van verlies van een kans niet mogelijk.

101 Akkermans 1997, p. 206; Van Velthoven 2018b, p. 111.

102 Bij zaakschade wordt de schadevergoeding gesteld op het verschil in waarde voor en na de beschadiging, wat normaal gesproken berekend wordt aan de hand van de reparatiekosten (zie bijv. Asser/Sieburgh *6-II* 2017/35; HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*)). Mocht het slachtoffer de zaak een week later echter verkopen voor de oorspronkelijke waarde (m.a.w.: heeft het waardeverlies zich niet 'gerealiseerd') dan doet dit niets af aan zijn recht op die schadevergoeding, zie bijv. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4372, *NJ* 2011/464, m.nt. M.R. Mok (*Gemeente Den Haag/Perdaems*).

lute kansen. De kritiek vanuit de literatuur dat bij beide leerstukken gewerkt zal moeten worden met het attributieve risico zou terecht zijn als beide leerstukken ten doel hebben 'een oplossing' voor causaliteitsonzekerheid te bieden aan een eiser, maar – zoals hiervoor betoogd – is dat nu net een verkeerde aanname. Die ratio past namelijk alleen bij het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. De twee leerstukken hebben verschillende ratio's, en die verschillen werken door in de begroting.

## 6.4 Het belang van het onderscheid

De opvatting van de Hoge Raad is dat de proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van verlies van een kans twee te onderscheiden leerstukken zijn.[103] De toepassingen van dat laatste leerstuk die zijn goedkeuring kunnen dragen suggereren echter dat een zelfstandige veroordeling tot proportionele vergoeding in de maak is. Ten onrechte: er is een hele goede reden dat hier twee leerstukken zijn ontstaan en het is zaak het toepassingsbereik van beide leerstukken binnen de perken te houden. Het Nederlandse recht kent geen vordering tot proportionele schadevergoeding en zou die vordering niet te lichtvaardig moeten aanvaarden.

Het leerstuk van verlies van een kans is een leerstuk dat past binnen het orthodoxe systeem van schadevergoeding. In uitgangspunt is het immers slechts een erkenning van een nieuw soort schadepost.[104] Door het concept van een verloren kans goed door te denken en het binnen de kaders van het relativiteitsleerstuk te plaatsen wordt het toepassingsbereik bovendien op voorspelbare wijze afgebakend.[105] Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid is daarin lastiger te duiden. Uiteindelijk is het een op de billijkheid gestoelde uitzondering op het vereiste dat de eiser een csqn-verband tussen normschending en nadeel bewijst.[106] Geheel systeemvreemd is dat niet, want het csqn-verband kan ook bij de alles-of-niets-benadering van de volledige schadevergoeding op billijkheidsgronden worden gerelativeerd[107] en in zekere zin zou de proportionele aansprakelijkheid kunnen worden gezien als een verlengstuk daarvan.[108] Wel bijzonder is het feit dat in deze gevallen een bepaalde omstandigheid wordt aangewezen als 'de' schade, maar dat vervolgens maar een deel daarvan vergoed wordt.

Die bijzonderheid kan op twee manieren geduid worden. Vanuit het ene perspectief leidt toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid ertoe dat wordt getornd aan het principe van volledige vergoeding:[109] er is een post die kwalificeert als 'de schade,' maar die wordt niet volledig vergoed. Vanuit het omgekeerde perspectief zou gezegd kunnen worden dat een vergoeding mogelijk wordt gemaakt zonder dat schade is geleden. Schade is immers een causaal begrip:[110] pas door de normschending weg te denken wordt duidelijk wat schade

103 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.
104 Zie bijv. Van Dijk 2000, p. 27-42, p. 28.
105 Zie hiervoor § 6.3.1.1 onder (b).
106 Zie hiervoor § 6.3.1.2 onder (b)
107 Zie hiervoor § 5.2.2.
108 Zie hiervoor § 6.3.1.2 onder (b).
109 Hebly 2019, p. 33 e.v.
110 Zie bijv. Bloembergen 1965, p. 14-15, maar ook Akkermans 1997, p. 196.

is. Zo beschouwd wordt bij toepassing van het leerstuk linksom of rechtsom iemand tekortgedaan. Zelfs als we accepteren dat het causaal verband een normatief leerstuk is, dan nog is het een systeemvreemd concept omdat het de rechter op deze manier in staat stelt het leerstuk van het causaal verband geheel terzijde te schuiven.[111]

Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid per definitie onwenselijk is. Naarmate maatschappelijke verhoudingen complexer worden, zal het vaker voorkomen dat onduidelijk is welk gedrag tot welke gevolgen heeft geleid. Causaliteit is dan wellicht niet meer zo'n nuttige indicator van verantwoordelijkheid als zij in rudimentaire gevallen wel is, aangezien de onzekerheid altijd tot afwijzing van vorderingen zal moeten nopen. Zeker wanneer het gaat om grote bedragen en om persoonlijke belangen kan zowel het volledig afwijzen als het volledig toewijzen dan onbillijk voorkomen. Het mogelijk maken van een proportionele vergoeding in dat soort uitzonderlijke[112] gevallen kan voorkomen dat de rechter tot zo'n onverkropbaar oordeel moet komen. Het probleem is echter dat dit zo'n fundamenteel andere benadering van de risicoverdeling is, dat er terughoudend mee moet worden omgegaan.

In theorie is aan toepassing van het leerstuk van verlies van een kans niet datzelfde risico verbonden, maar dat risico blijft alleen afwezig als steeds nadrukkelijk wordt beredeneerd (a) dat eiser een kans had, (b) dat die kans door toedoen van de gedaagde verloren is gegaan en (c) dat de door de gedaagde geschonden norm de eiser een relatief *recht* op die eerbiediging of verstrekking van die kans gaf.[113] In *ISG/Natwest* lijkt de Hoge Raad daar echter weinig oog voor te hebben gehad.[114] In die zaak had een investeerder samen met een derde een rekening bij de bank. Omdat de bank vermoedde dat door de derde gefraudeerd werd, zegde ze de bankrelatie met die derde op. De investeerder werd daarvan niet op de hoogte gesteld en hij maakte na de beëindiging nog grote bedragen over. Het hof concludeerde dat de bank de investeerder weliswaar niet had hoeven waarschuwen voor eventuele fraude, maar wel in neutrale bewoordingen had moeten melden dat ze de relatie met de derde had opgezegd. De vraag was nu wat er zou zijn gebeurd als de bank dat had gedaan. De investeerder had namelijk een goede relatie met de derde en er was een aanmerkelijke kans dat het bedrag dan ook zou zijn overgemaakt.

Het hof concludeert dat de investeerder niet kan aantonen dat hij anders zou hebben gehandeld, maar dat de bank ook niet heeft aangetoond dat de investeerder redelijkerwijs van de fraude had moeten weten.[115] Dat is op zichzelf al vreemd – het is namelijk helemaal niet aan de bank om dat aan te tonen[116] – maar vervolgens wordt het nog een stapje vreemder doordat het hof overweegt dat het 'in dit alles' aanleiding ziet om de kans te schatten dat de investeerder anders zou hebben gehandeld. Het schat die kans op 25%.[117] Hoewel het hof hierbij geen keuze

111 Anders dan Akkermans meent is het in die zin dus wel degelijk systeemvreemd. Zie Akkermans 1997, p. 432-436.

112 Denk aan de door de Hoge Raad bepleitte terughoudendheid, zie HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8.

113 Zie hiervoor § 6.3.1.1.

114 HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, *NJ* 2021/127 (*ISG/Natwest*).

115 Zie Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2417, *NJF* 2018/566, r.o. 10.4.

116 Het is immers ISG dat zich op de rechtsgevolgen beroept, zie art. 150 Rv.

117 *Ibid.* Het is immers ISG dat zich op de rechtsgevolgen beroept, zie art. 150 Rv.

maakt voor het ene of het andere leerstuk leest de Hoge Raad hier een toepassing van het leerstuk van verlies van een kans in en meent dat die toepassing ook passend is.[118]

Vooropgesteld: op zichzelf is het goed denkbaar dat dit arrest in de sleutel van het leerstuk van verlies van een kans wordt geplaatst. Gezegd zou kunnen worden dat de investeerder de kans had moeten krijgen om zijn samenwerking met de derde te heroverwegen en dat hij die kans niet heeft gekregen door de fout van de bank. In die zin zou gezegd kunnen worden dat de investeerder 'een kans heeft verloren.' Het probleem is echter dat het hof hier niet de moeite heeft genomen een dergelijke redenering op te tuigen. Daarmee wordt de onzekerheid de enige voorwaarde voor het overgaan tot een proportionele benadering. En dat is om verschillende redenen problematisch. Ten eerste ontvalt daarmee de rechtvaardiging aan de veroordeling, wat uit het oogpunt van de materiële rechtszekerheid onwenselijk is. Ten tweede zou het gebrek aan aandacht voor de onderbouwing er in het vervolg toe kunnen leiden dat belangrijke vragen over verantwoordelijkheidsverdeling naar de achtergrond verdwijnen. De onzekerheid over het causaal verband zou voor toepassing van de leerstukken dan immers volstaan.

Belangrijker is echter, ten derde, dat het aldus bereikte resultaat op gespannen voet staat met het resultaat in *Fortis/Bourgonje*. Ook in dat geval ging het om een professional die informatie had moeten verschaffen op basis waarvan de eiser zijn gedrag had kunnen aanpassen, maar omdat de vordering in *Fortis/Bourgonje* in de sleutel van de proportionele aansprakelijkheid werd geplaatst kon zij niet op goedkeuring van de Hoge Raad rekenen. De vordering in *ISG/Natwest,* die in het geheel niet in een sleutel was geplaatst, kon dat ineens wel. Dat maakt het systeem er niet overzichtelijker op. Als de rechter zijn redenering niet expliciet hoeft te maken, hoe kunnen partijen het debat dan sturen? Hoe kunnen zij inschatten wat de uitkomst zou kunnen zijn?

Worden de redeneringen die aan de leerstukken ten grondslag liggen te veel losgelaten, dan herwint de kritiek terrein. Waarom zouden we überhaupt ooit een volledige veroordeling uitspreken? Kennen niet alle schadeposten een veelvoud aan oorzaken? Worden alle veroordelingen tot schadevergoeding in de toekomst proportionele veroordelingen? Dat zou een grote stap zijn, maar als een goede redenering niet meer geëist wordt, ligt dat wel op de loer. Gedaagden zullen dan ook aanspraak willen gaan maken op dit systeem.[119] Als er – bijvoorbeeld – zo'n 75% kans is dat de schade inderdaad het gevolg is van de fout van de gedaagde is het voor hem immers aantrekkelijker te opteren voor een proportionele vergoeding: een veroordeling tot betaling van 75% van € 1 miljoen is aantrekkelijker dan een veroordeling tot betaling van 100% daarvan. Dat klinkt misschien extreem, maar het is het exacte spiegelbeeld van wat in *ISG/Natwest* gebeurde.

Wat mij betreft is het dan ook zaak te blijven zoeken naar een goede rechtvaardiging voor toepassing van de in dit hoofdstuk besproken leerstukken. Zowel het leerstuk van verlies van een kans als dat van de proportionele aansprakelijkheid heeft een plek in ons systeem, maar die plek is niet onbegrensd. Wie de

118 HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, *NJ* 2021/127 (*ISG/Natwest*), r.o. 4.2.

119 In België gebeurt dit al, zie bijv. Hof van Beroep Luik 16 oktober 2020, 2019/RG/702 (ongepubliceerd), r.o. 5, waar het hof op eigen initiatief overweegt dat "Le juge peut être amené à « accorder une réparation peur perte d'une chance d'obtenir un avantage eu d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est imputable à une faute," met als resultaat dat het vooral de gedaagde is die van deze beoordeling profiteert.

rechtvaardiging voor die leerstukken volgt, komt tot een aanvaardbare toepassing daarvan. Wie de rechtvaardiging daarentegen negeert, loopt het risico te komen tot een onvoorspelbaar systeem waarin nu eens volledig, dan weer gedeeltelijk wordt vergoed.

## 6.5 Conclusie

In theorie zijn er goede redenen aan te wijzen om het systeem te handhaven waarin twee afzonderlijke leerstukken het mogelijk maken te komen tot proportionele schadevergoedingsveroordelingen. Het is dan zelfs niet nodig paniekerig te doen over de systeemvreemdheid van die vorderingen: zolang de juiste redenering gevolgd wordt, zijn zij beiden goed in te passen. Het leerstuk van verlies van een kans behelst een erkenning van het feit dat sommige onzekerheden economische waarde kunnen vertegenwoordigen en dat sommige normen tegen het verlies daarvan beschermen. De proportionele aansprakelijkheid is een op de billijkheid gestoelde uitbreiding van de mogelijkheden om een eiser in bewijsnood tegemoet te komen. Vanwege de onaanvaardbaarheid van zowel toe- als afwijzing van de vordering kan een veroordeling naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid in uitzonderingsgevallen uitkomst bieden.

Het is daarbij wel van belang dat die theoretische grondslagen steeds zorgvuldig worden doorgeredeneerd. Daarmee wordt ten eerste duidelijk dat beide leerstukken een heel eigen toepassingsbereik hebben en lang niet altijd beschikbaar zullen zijn. Ten tweede wordt duidelijk dat zij, vanwege het verschil in grondslag, leiden tot hele andere veroordelingen. Het scherp voor ogen houden van deze praktische implicaties is van groot belang voor de rechtszekerheid in zowel formele als materiële zin. Zolang duidelijk is waarom overgegaan wordt tot een proportionele veroordeling is ze veel minder problematisch. Vandaar dat de Hoge Raad er goed aan zou doen op dit punt nauwkeurige redeneringen te eisen. De enkele constatering dat op basis van de bewijsstukken écht onzeker blijft wat er is gebeurd is onvoldoende: afwijking van het gebruikelijke systeem van vergoedingen eist een betere rechtvaardiging dan deze.

# 7 De winstafdracht

## 7.1 Inleiding

De schadevergoeding is een remedie die zich nadrukkelijk richt op de positie van de gerechtigde en hoe die anders zou zijn geweest in afwezigheid van de normschending. De winstafdracht doet het omgekeerde: die remedie richt zich juist op de positie van gedaagde en draait om de vraag of de voordelen die hij met de normschending heeft behaald hem wel toekomen.

Vooropgesteld: het Nederlandse recht kent eigenlijk geen algemene vordering tot winstafdracht. Er zijn wel wat bijzondere bepalingen in het IE-recht die zo'n vordering mogelijk maken, maar het algemene vermogensrecht is sterk op schade georiënteerd. De ongerechtvaardigde verrijking geeft – anders dan in de landen om ons heen – slechts aanleiding tot een vergoeding van schade met de winst als plafond,[1] een met wanprestatie wegens overmacht behaald voordeel hoeft ook slechts tot de hoogte van de schade te worden afgedragen,[2] en artikel 6:104 BW biedt slechts de mogelijkheid de winst van de wanprestant of pleger van een onrechtmatige daad (hierna samen: normschender) te gebruiken om de schade van de benadeelde te begroten.[3]

Toch lijkt artikel 6:104 BW de laatste jaren in beweging: een verdedigbaar verband tussen schade en winst wordt losgelaten[4] en in de literatuur wordt wel de vraag gesteld of hier niet langzamerhand een Nederlandse vordering tot winstafdracht ontstaat.[5] Met deze ontwikkeling rijst dan wel de vraag in welke gevallen zo'n ogenschijnlijk systeemvreemde vordering op haar plaats is. Zou het *Kelderluik*-slachtoffer afdracht kunnen vorderen van de arbeidsuren die zijn uitgespaard door kelderluiken open te laten staan? Zou de buur van een hinder veroorzakende fabriek afdracht kunnen vorderen van de winst die met die hinder wordt veroorzaakt? Of is dat alleen mogelijk waar inbreuk wordt gemaakt op exclusieve rechten of waar de onrechtmatige daad opzettelijk gepleegd is? Op dit moment lijken rechters en partijen aangewezen op intuïtie. In dit hoofdstuk staat de vraag in

1 Art. 6:212 BW. Anders: § 812 e.v. BGB (Duitsland) en bijv. *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1988] UKHL 12 (Engeland).
2 Art. 6:78 BW, zie ook § 285 BGB.
3 Zie naast de tekst van art. 6:104 BW: MvA I Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1270; HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).
4 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).
5 Zie bijv. Van Kogelenberg 2014, p. 845.

centraal of en in hoeverre een zelfstandige verklaring gegeven kan worden voor de toepassing van artikel 6:104 BW in de praktijk, die zowel richting geeft voor de toekomst als de vordering inpast in het vermogensrecht.

Om tot een meer formeel en materieel rechtszeker systeem te komen is het geven van een typologie van gevallen van winstafdracht onvoldoende; dat zou toepassing te rigide en weinig overtuigend maken.[6] Om een meer voorspelbare toepassing van het artikel mogelijk te maken, is het nodig een verklaring te vinden die zowel past binnen het systeem van ons vermogensrecht als aansluit bij de praktijk rondom artikel 6:104 BW. Een eerste stap in die analyse is het scherp trekken van het onderscheid tussen de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking en artikel 6:104 BW (§ 7.2). Vervolgens analyseer (en verwerp) ik het karakter van artikel 6:104 BW als begrotingsmaatstaf (§ 7.3.1), als gedragssturend handhavingsmiddel (§ 7.3.2) en als logisch uitvloeisel van inbreuk op exclusieve rechten (§ 7.3.3). In paragraaf 7.4 ontwikkel ik op basis van inzichten uit binnen- en buitenland vervolgens een benadering die de huidige toepassing kan verklaren en rechters kan bijstaan in het uitoefenen van hun discretionaire bevoegdheid. In de kern is de gedachte dat wie het in onderlinge verhouding verboden is winsten te behalen, deze bij schending van dat verbod af zal moeten dragen. Omgekeerd: wie onderling een betere aanspraak op de winsten geldend kan maken, zal afdracht moeten kunnen vorderen.

## 7.2 Onrechtmatig behaalde winst en ongerechtvaardigde verrijking

Artikel 6:104 BW is een bijzondere bepaling. Het artikel biedt de rechter een bevoegdheid de winst van de gedaagde te gebruiken om de schade van de eiser te begroten. Vanwege de vorm van de uiteindelijke remedie – het afdragen van winst in plaats van het vergoeden van schade – ligt het voor de hand een verband te zoeken met het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Toch is die parallel niet helemaal terecht. Artikel 6:212 BW heeft weliswaar iets met winst te maken, maar zowel de *grondslag* van die vordering als *wat* gevorderd kan worden, verschilt van de vordering van artikel 6:104 BW.

Artikel 6:212 BW schept een vordering tot schadevergoeding waar de een ten koste van een ander is verrijkt. De vermogensaanwas aan de zijde van de verrijkte is het startpunt (de 'grondslag') van de vestiging van de 'aansprakelijkheid.' Een breed scala aan gevallen valt hieronder: een huis dat A bouwt op het land van C ter uitvoering van A's overeenkomst met B,[7] het verkrijgen van een vergunning ten koste van een ander als gevolg van een gebrekkig vergunningssysteem,[8] het onder omstandigheden verkrijgen van een door een huurder opgeknapte woning,[9]

6 Zo'n typologie is bovendien eenvoudig: (i) wanprestatie door middel van illegale onderhuur en (ii) oneerlijke concurrentie, zie HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*) en HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*). De lagere rechtspraak van de afgelopen tien jaar volgt grotendeels deze lijnen, zie verder § 7.4.2.

7 HR 29 januari 1993, *NJ* 1994/172 (*Vermobo/Van Rijswijk*).

8 HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/3 (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*).

9 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koker/Cornelius*).

de door een gebruiker ontvangen winst uit een Ponzi scheme,[10] het verlengd gebruik van een bedrijfspand,[11] enzovoort. Gegeven dit brede toepassingsbereik verrast het niet dat het karakter van de actie notoir lastig te duiden is.[12] Het is hier ook niet nodig dat te doen. Wel belangrijk is dat de focus bij deze actie ligt op een verrijking aan de zijde van de gedaagde; irrelevant is of die verrijking middels een prestatie van eiser naar gedaagde is gevloeid of dat de gedaagde onrechtmatig gedrag heeft vertoond.[13] Bovendien leidt een geslaagd beroep op artikel 6:212 BW – anders dan bij ongerechtvaardigde verrijkingsvorderingen in Engeland en Duitsland[14] – niet tot restitutie (winstafdracht), maar tot een schadevergoedingsvordering met de winst van de ontvanger als plafond. Resultaat is dat de verarmde altijd het laagste bedrag krijgt toegewezen.

Artikel 6:104 BW is van andere aard. Dit artikel bepaalt dat de rechter op vordering van de eiser diens schade mag begroten op (een deel van) de winst van degene die jegens hem wanpresteerde of een onrechtmatige daad pleegde. Grondslag voor deze bepaling is dus noodzakelijkerwijs een toerekenbare normschending. Anders dan bij de ongerechtvaardigde verrijking is de grondslag van de vordering hier dus niet gelegen in een verschuiving of aanwas van vermogen. Wat gevorderd kan worden is eveneens anders: waar onder artikel 6:212 BW de af te dragen winst begrensd wordt door de geleden schade, kan bij een succesvol beroep op artikel 6:104 BW de gedaagde worden veroordeeld zijn volledige winst af te dragen.[15] Kortom: waar artikel 6:212 BW een grondslag voor een schadevergoedingsvordering biedt, biedt artikel 6:104 BW slechts een methode om de omvang en inhoud van een remedie voor normschending te bepalen.

## 7.3 Winst, schade, gedrag en exclusiviteit

### *7.3.1 Winst en schade*

Het meest opvallende aan artikel 6:104 BW is dat het de rechter een *schadebegrotingsmaatstaf* biedt en niet een daadwerkelijke vordering tot winstafdracht bij onrechtmatig handelen in het leven roept. Dat is een bijzondere keuze bij de invoering van het huidige BW geweest. Het Ontwerp Meijers kende geen met artikel 6:104 BW vergelijkbare bepaling.[16] Pas vlak voor de invoering rees vanuit de commissie de vraag of geen behoefte bestond aan een vordering tot winstaf-

10 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).

11 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*).

12 Zie voor een overzicht Van der Linden 2019, p. 86-101 en Wissink 2002, p. 37 e.v.

13 Dat wil niet zeggen dat een geslaagde vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking nooit gepaard gaat met onrechtmatig gedrag, slechts dat het niet vereist is. Zie bijv. Meijer 2007, p. 52.

14 Zie § 812 e.v. BGB en *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1988] UKHL 12.

15 Nog wel vereist is dat aannemelijk wordt gemaakt dat *enige* schade wordt geleden, zie HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.6. Aanvankelijk werd nog wel getwijfeld of ook hier een beperking tot schade bestond. Zie bijv. Van Boom 2002, p. 77-80. In *Doerga/Ymere* liet de Hoge Raad dat echter los: de schade van woningcorporatie Ymere bestond uit opsporingskosten en de noodzaak nieuwe woningen te bouwen, de winst van huurder en onderverhuurder Doerga bestond uit geïnde onderhuurpenningen. Die twee posten hebben niks met elkaar te maken, maar toch werd afdracht van het volledige bedrag toegewezen.

16 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266. Zie ook de toelichting van Meijers op de zaakwaarneming, waar hij de Duitse *Geschäftsführung ohne Auftrag*(zaakwaarneming-te-kwader-trouw)-constructie, waarbij de eiser afdracht van de behaalde winst kan vorderen, van de hand wijst, TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, *p.* 790.

dracht.[17] De minister stelde daarop wat nu artikel 6:104 BW is voor. De vraag rees uiteraard waarom deze bepaling in de schadevergoedingsafdeling geplaatst werd en als begrotingsmaatstaf gepresenteerd werd. Het antwoord van de minister was aanvankelijk dat het hier slechts om een wetstechnische keuze ging: deze plaatsing zou toepassing van bepalingen zoals die over eigen schuld, hoofdelijkheid, redelijke toerekening, enzovoort. eenvoudiger maken.[18] Later, in de tweede memorie van antwoord, duidde hij het artikel heel expliciet als een schadebegrotingsmaatstaf waar de rechter gebruik van *kan* maken wanneer hem dit goeddunkt.[19] Dit hinken op twee gedachten duidt Deurvorst als "het tweeslachtige karakter" van die bepaling.[20]

Dit tweeslachtige karakter is niet alleen terug te zien in de wetsgeschiedenis, maar ook in de toepassing van het artikel. De tekst van artikel 6:104 BW positioneert de vordering expliciet als een wijze van begroten. In *Waeyen-Scheers/Naus* werd artikel 6:104 BW ook toegepast op een manier die past bij dit schadebegrotingskarakter. Werknemer Naus had in strijd met het non-concurrentiebeding dat hij overeen was gekomen met de maatschap Waeyen-Scheers voor zichzelf klanten bediend. De precieze schade die de maatschap door deze wanprestatie had geleden, was lastig te begroten en de Hoge Raad paste artikel 6:104 BW toe om die schade te begroten. Dat was ook verdedigbaar: hier kon nog wel volgehouden worden dat als Naus de klanten niet bediend had, de maatschap dat had kunnen doen. Brunner meent in zijn noot bij het arrest dan ook dat de Hoge Raad hiermee artikel 6:104 BW als een dubbel vermoeden uitlegt: eerst het vermoeden dát schade is geleden en vervolgens het vermoeden dat die schade gelijkstaat aan de door de gedaagde behaalde winst.[21] Op dat moment sloot de praktijk dus goed aan bij het schadevergoedingskarakter dat de minister in de tweede memorie van antwoord presenteert.

De meer winstgeoriënteerde gedachte won echter aan terrein met de in 2010 gewezen arresten *Doerga/Ymere* en *Setel/AVR*.[22] In *Doerga/Ymere* had woningcorporatie Ymere moeite met het bewijzen van de precieze omvang van de schade die zij als gevolg van illegale onderverhuur door huurder Doerga leed. Aannemelijk was dat Ymere als gevolg van de wijdverbreide onderhuurpraktijk extra woningen zou moeten bouwen en in haar strijd tegen deze praktijk opsporingskosten had gemaakt en zou moeten maken. De precieze omvang van die kosten en de mate waarin die het gevolg zouden zijn van dit specifieke geval van onderhuur waren minder goed te duiden. Het beroep van Ymere op artikel 6:104 BW werd gehonoreerd en afdracht van de volledige winst (ontvangen onderhuur minus betaalde huur) werd toegewezen. Anders dan bij *Waeyen-Scheers/Naus* kan hier moeilijk worden volgehouden dat die schade best wel eens gelijk zou kunnen zijn aan die winst. Die twee bedragen hebben eigenlijk niets met elkaar te maken. Daar komt nog bij dat zelfs het argument dat de schade praktisch niet te

17 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266.
18 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266-1267.
19 MvA I Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1270. Beide stukken zijn getekend door F. Korthals Altes (zie *Parl. Gesch. Inv.*, *p.* XVIII en XXII. Het verschil in benadering lijkt dus niet te wijten aan een wisseling in personeel).
20 *GS Schadevergoeding*, art. 6:104 BW, aant. 2. Zie ook conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BL9662 bij HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).
21 C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421 (*Waeyen-Scheers/Naus*).
22 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

begroten zou zijn niet heel sterk is. Zoals Deurvorst terecht opmerkt zijn alle mogelijke kosten (opsporingskosten, gederfde huur, enz.) met wat moeite best concreet te berekenen.[23]

In *Setel/AVR* is dezelfde loskoppeling waar te nemen. Het ging in deze zaak om twee telefoonmaatschappijen op de Antillen die vaste tarieven opgelegd hadden gekregen voor gesprekken die beginnen op het eigen netwerk en eindigen op het andere. Setel is verplicht 36 cent per minuut te betalen aan CT als het gesprek bij Setel begint en bij CT eindigt. In het omgekeerde geval is CT verplicht 15 cent per minuut te betalen aan Setel. Op enig moment laat Setel weten dat het voor gesprekken die beginnen op haar eigen netwerk en eindigen op dat van CT 21 cent per minuut méér dan gebruikelijk aan klanten in rekening zal brengen. AVR (cessionaris van CT's vermeende vordering) vordert schadevergoeding. Het Gerecht in eerste aanleg en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie maken gebruik van artikel 6:104 BWNA om de schade te begroten. De Hoge Raad laat toepassing van dat artikel toe. Er is ook hier echter geen enkele reden om aan te nemen dat de kosten die CT in rekening heeft gebracht ertoe hebben geleid dat Setel eenzelfde (of zelfs maar een vergelijkbaar) bedrag kwijtraakte.

Hoewel de Hoge Raad in beide arresten in zijn *overwegingen* vasthoudt aan de gedachte dat de winst slechts een begroting van de schade is, neemt hij met zijn daadwerkelijke *beslissing* afstand van die karakterisering. Van Kogelenberg stelt dan ook terecht de vraag of dit niet een eerste stap is weg van de karakterisering als schadebegrotingsmaatstaf en naar een werkelijke winstafdracht.[24] Dat lijkt heel goed mogelijk. Maar als het gebruiken van winst als begrotingsmaatstaf voor schade niet meer overtuigt, rijst natuurlijk de vraag hoe het artikel wel geduid moet worden.

### *7.3.2 Winstafdracht als preventiemaatregel*

Hoewel artikel 6:104 BW door de Hoge Raad nog altijd wordt gepresenteerd als begrotingsmaatstaf,[25] heeft de toepassing van dat artikel in de praktijk steeds minder met concreet geleden nadeel te maken. De vraag zou dan ook kunnen rijzen of dit niet, anders dan in hoofdstuk 2 verdedigd, een voorbeeld is van een remedie die ertoe strekt generale preventie te bewerkstelligen.[26] Waar schadevergoeding niet mogelijk is zou winstafdracht wellicht nog enig afschrikwekkend effect kunnen hebben. De gedachte is dat waar schadevergoeding zou worden afgewezen of te laag uit zou pakken om preventieve werking te hebben, de win-

23 Zij acht dat voor alle door Ymere aangevoerde schadeposten haalbaar. Zie Deurvorst 2010, p. 73-74.
24 Van Kogelenberg 2014, p. 845.
25 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, r.o. 3.7, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, r.o. 3.3.2, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).
26 Zie bijv. Deurvorst 1994, p. 174 en Van Boom 2002, p. 93.

stafdracht die functie zou kunnen vervullen.[27] Hoewel deze duiding past binnen de invulling die momenteel aan het artikel wordt gegeven, kent zij twee problemen.

Ten eerste is het maar zeer de vraag of, als gedragssturing inderdaad het doel is, deze remedie haar eigen doel wel bereikt. Hoe afschrikwekkend is het om bij ontdekking van een onrechtmatige daad of wanprestatie de nettowinst[28] af te moeten dragen? Gelet op het feit dat de pakkans bijna nooit 100% is, zou een rationele actor juist doorgaan met het schenden van de norm. De winstafdracht doet zijn algehele winst slinken, maar wordt niet tot nihil gereduceerd. Tel daarbij op dat lang niet altijd duidelijk is wat winst is en wanneer artikel 6:104 BW überhaupt toegepast mag worden en de bepaling verliest nog meer aan afschrikwekkend karakter.[29] Het lijkt aannemelijker dat sturing van gedrag pas echt plaats zal vinden als bedragen hoger dan de winst zouden kunnen worden toegewezen of aan de sanctie publicitaire gevolgen verbonden worden.[30] De tekst en geest van artikel 6:104 BW bieden echter geen ruimte om de bepaling uit te laten te groeien tot een punitieve maatregel.[31]

Ten tweede is het de vraag of deze duiding op zichzelf de rechter voldoende steun biedt bij de beslissing al dan niet gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid winstafdracht toe te wijzen. De discretionaire bevoegdheid uit artikel 6:104 BW ontstaat als de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie of onrechtmatige daad. Op het moment dat die bevoegdheid ontstaat, met andere woorden, staat al vast dat men te maken heeft met een gedaagde die een zekere vorm van laakbaar gedrag heeft vertoond. Het is goed denkbaar dat de rechter in een groot aantal gevallen gedrag zal willen sturen, maar het is eveneens duidelijk dat winstafdracht niet altijd past. Denk aan het bewust negeren van veiligheidsstandaarden binnen een bedrijf: dat is zonder meer laakbaar en idealiter worden de standaarden in de toekomst nageleefd, maar de werknemer die een eerstegraads brandwond oploopt heeft niet ineens een aanspraak op de winst gemaakt als gevolg van het nalaten van veiligheidsmaatregelen. Hij heeft recht op schadevergoeding. Willen we een duiding vinden die de rechter helpt in zijn beslissing, dan is de duiding als preventiemaatregel dus weinig behulpzaam.

Toegegeven, tegen dit punt zou nog ingebracht kunnen worden dat niet bedoeld is de winstafdracht toe te staan in alle gevallen, maar alleen in die gevallen

---

27 Zie Van Boom 2002, p. 93, 109. Overigens is dat voor Van Boom niet het enige criterium. Hij acht – net als hieronder verdedigd zal worden – winstafdracht met name gepast waar de geschonden norm het behalen van winst op deze wijze verbiedt: "Zo kan een verrijkingsafdracht het 'falen' van het schadevergoedingsrecht rechtzetten: daar waar vergoeding van concreet geleden vermogensschade als prikkel tot zorgvuldig gedrag stelselmatig tekortschiet, is soms het alternatief van daarbovenuit stijgende verrijkingsafdracht te verkiezen. Een aantal van deze gevallen treft men bijvoorbeeld aan in art. 6:106 BW. Iemand die in de boulevardpers beledigd is, kan binnen de grenzen van art. 106 aanspraak maken op vergoeding van zijn immateriële schade. Een krachtiger prikkel tot zorgvuldige journalistiek zou gelegen kunnen zijn in een verrijkingsafdracht." Zie Van Boom 2002, p. 109 ( verwijzingen uit origineel weggelaten – WThN). Zie daarover bijv. ook Schlechtriem 2001, p. 87 (Duitsland), en Edelman 2002, p. 216 en Davies & Virgo 2013, p. 648, 806 (Engeland). Wat mij betreft is dat een iets te ruimhartige lezing van het relativiteitsvereiste. Het feit dat de norm strekt tot het voorkomen van onrechtmatige winsten betekent mijns inziens niet ineens dat de remedie een instrument tot handhaving in de brede zin van het woord wordt.

28 Wat het uitgangspunt is, zie L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1269; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

29 Meurkens 2017, p. 258.

30 Zie hierover Meurkens 2017, p. 258. Molengraaff erkende al in 1887 de noodzaak na te denken over andere remedies dan de schadevergoeding als repressie voor oneerlijke concurrentie. Zie Molengraaff 1887, p. 412-419.

31 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, r.o. 3.6, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*). Zie ook Meurkens 2017, p. 258.

waarin van schadevergoeding weinig preventieve werking kan worden verwacht. Het staat weliswaar niet met zoveel woorden in de arresten van de Hoge Raad, maar een dergelijk subsidiair karakter zou nog wel kunnen worden afgeleid uit de opmerking van de Hoge Raad dat de rechter "met name gebruik zal willen maken" van zijn in artikel 6:104 BW vervatte bevoegdheid als schade lastig te bewijzen is.[32] Het vreemde aan die gedachte is echter dat de toepassing op die manier afhankelijk wordt gemaakt van bewijsproblematiek en niet van de laakbaarheid van gedrag. Bij een vordering gericht op gedragssturing ligt dat laatste echter meer voor de hand. Deze subsidiaire benadering zou de toepassing van artikel 6:104 BW bovendien een tamelijk arbitrair karakter geven en zou ertoe kunnen leiden dat toepassing zowel mogelijk wordt in gevallen waar gedragssturing niet het primaire doel is als onmogelijk wordt in gevallen waar dat wel het geval is.

### *7.3.3 Winstafdracht bij inbreuk op exclusieve rechten*

#### 7.3.3.1 Een wijdverbreide gedachte …

Tot slot is er dan de wijdverbreide gedachte dat de winstafdracht een vordering is die vooral goed past bij inbreuken op exclusieve rechten. In zijn nog voor de invoering van het Nieuw BW gevoerde pleidooi voor erkenning van de winstafdracht, ging Hermann er al van uit dat die vordering beperkt moest worden tot inbreuken op exclusieve rechten en parasiteren op bedrijfsresultaten.[33] Die gedachte is vaak terug te zien: het verzoek van de commissie om aan het Ontwerp Meijers een vordering tot winstafdracht toe te voegen kwam voort uit de behoefte inbreuken op exclusieve rechten anders te sanctioneren,[34] de rechtspraak aangaande artikel 6:104 BW heeft vaak betrekking op geschillen waar exclusieve rechten bij betrokken zijn[35] en de enige gevallen van 'echte' winstafdracht in het Nederlandse recht zijn te vinden in het IE-recht[36] −het rechtsgebied dat zich bezighoudt met exclusieve rechten op voortbrengselen van de geest.

Ook in het buitenland wordt zo wel tegen winstafdrachten aangekeken. Duitsland kent geen algemene winstafdrachtsvordering voor *onrechtmatig gedrag*, maar binnen het algehele verrijkingsrecht bestaan twee acties die daar in meer of mindere mate mee vergelijkbaar zijn. Een eerste voorbeeld is de oneigenlijke zaakwaarneming. In het Duitse recht is het mogelijk een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen jegens iemand die zonder toestemming de zaken

32 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, r.o. 3.6, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).
33 Hermann 1970, p. 5.
34 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266. Al duidt de minister zijn uiteindelijke voorstel uitdrukkelijk als een bepaling die ook toegepast kan worden bij schendingen van zorgplichten, zie MvA II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266-2167.
35 Zie bijv. de zaken over onderhuur: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275. Ten aanzien van oneerlijke concurrentie: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*); Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.
36 Zie bijv. art. 27a Aw, art. 70 ROW 1995, art. 2.21 lid 4 BVIE.

van de eiser heeft waargenomen voor eigen gewin.[37] Het praktische bereik van deze vordering is beperkt, omdat sprake moet zijn van opzettelijke inmenging voor eigen gewin, zodat hier geen algemene vordering tot winstafdracht op te stoelen valt.[38] Vergelijkbaarder is de *Eingriffskondiktion.* De *Eingriffskondiktion* biedt een aanspraak uit ongerechtvaardigde verrijking waar sprake is van de aantasting (*Eingriff*) van een beschermde rechtspositie. Bepalend is niet of deze positie door § 823 BGB beschermd wordt of dat schending laakbaar is, maar of de aangetaste rechtspositie *Zuweisungsgehalt* heeft.[39] De gedachte is dat bepaalde voordelen door de rechtsorde worden toegeschreven aan bepaalde personen en dat een winstafdracht gepast is waar ze bij de verkeerde persoon zijn beland. Dat is meestal het geval als sprake is van het trekken van voordeel uit exclusieve – of in ieder geval met bevel en verbod beschermde – rechten door een ander dan de rechthebbende.[40] Hoewel dit strikt genomen een ongerechtvaardigde verrijkingsactie betreft, ligt de actie wel dicht tegen delictuele aansprakelijkheid aan. Interessant is dan ook dat de Duitse actie die het meest lijkt op winstafdracht wegens onrechtmatige daad sterk aansluiting zoekt bij exclusieve rechten.

Ook het Engelse recht vertoont een zekere hang naar de inbreuk op een exclusief recht als basis voor winstafdracht. Ten eerste kent ook het Engelse recht de winstafdracht voor inbreuken op IE-rechten.[41] Ten tweede kan de gedaagde worden veroordeeld tot betaling van een zekere vergoeding voor het hebben mogen maken van (i) inbreuken op eigendomsrechten[42] en (ii) wanprestaties in overeenkomsten waar sprake is van een *property or analogous right*.[43] Deze remedie staat bekend als *negotiating damages* en is in de kern een vergoeding gebaseerd op wat partijen overeengekomen zouden zijn om de inbreuk of wanprestatie toe te staan.[44] Hoewel *negotiating damages* strikt genomen door het Supreme Court als compensatoire maatregel worden gepresenteerd,[45] zijn zij wel vaak geduid als restitutiemaatregel.[46] Een overkoepelende theorie zoals de *Zuweisungstheorie* bestaat in het Engelse recht niet, maar het is in ieder geval opvallend dat ook daar de aanwezigheid van een exclusief recht vaak als voorwaarde gezien wordt voor winstafdracht en daar nauw aan verwante remedies.

37 § 687 II jo. § 681 jo. § 667 BGB. Een gedachte afkomstig uit het Romeinse recht, die in Nederland als zodanig geen wortel heeft geschoten (*TM, Parl. Gesch. Boek 6*, p. 709); in Nederland worden deze gevallen normaliter geduid als vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking, zie Zwalve 1995, p. 158-159.

38 Schäfer 2020, randnummers 10-12.

39 Schwab 2020, randnummers 287-296.

40 *Ibid*. randnummer 289. Dat is evenwel niet voldoende, zie *ibid.* randnummer 290.

41 S. 61(1)(d) Patents Act 1977; s. 96(2), 229(2), en 191I(2) Copyrights, Designs and Patents Act 1988; *Edelsten v. Edelsten* (1863) 1 De GJ & SM 185; *Slazenger & Sons v. Spalding & Bros* [1910] 1 Ch 257; *Lever v. Goodwin* (1887) 36 Ch D 1; *My Kinda Town Ltd v. Soll* [1982] FSR 147.

42 Burrows 2019, p. 329-331; *Wrotham Park Estate v. Parkside Homes* [1974] 1 WLR 798.

43 *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20.

44 Zie hierover Van Kogelenberg 2018.

45 *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20. Dat onderscheid doet er overigens niet heel erg toe, omdat ten aanzien van deze maatregel kan worden gesteld dat waarmee de gedaagde is verrijkt (een bevoegdheid die hij niet had) en waar de eiser mee is verarmd (het verlies van een recht dat hij had) aan elkaar gelijk zijn. Zie in deze zin ten aanzien van het Duitse recht Raue 2017, p. 283, 460-468).

46 Zie bijv. Burrows 2013, p. 1299.

#### 7.3.3.2 … die nergens een volledige verklaring kan geven

Toch is de focus op inbreuken op exclusieve rechten te beperkt. Zelfs als we – in de geest van artikel 6:104 BW en anders dan bij de *Eingriffskondiktion* – het toepassingsbereik beperken tot *onrechtmatige* inbreuken op exclusieve rechten en zelfs als we illegale onderhuur kwalificeren als inbreuk op een eigendomsrecht, dan valt nog altijd een deel van de Nederlandse praktijk buiten de boot. Het artikel is bijvoorbeeld toegepast op een schending van een non-concurrentiebeding,[47] onrechtmatig gebruik van bedrijfsgeheimen,[48] de schending van vergunningsvoorwaarden,[49] en het onrechtmatig verkopen van melkquota.[50] Geen van deze onrechtmatige handelingen kwalificeert naar de heersende mening als inbreuk op een exclusief recht.

Ook in Duitsland en Engeland is winstafdracht mogelijk in gevallen waar wel sprake is van onrechtmatig gedrag, maar niet van een inbreuk op een exclusief recht. In Duitsland is winstafdracht mogelijk waar de debiteur winst maakt door een aan de crediteur verkochte zaak snel aan een ander te verkopen[51] en waar een bestuurder winst maakt door te concurreren met de vennootschap.[52] In Engeland gaat de winstafdracht verder: afdracht is in zeldzame gevallen mogelijk voor wanprestatie[53] en bij schendingen van *fiduciary duties*.[54] In die gevallen heeft het slachtoffer geen exclusieve aanspraak, maar wordt toch een winstafdracht mogelijk geacht. Wil men de toepassing van artikel 6:104 BW van theoretische duiding en richting voorzien, dan moet dus een meer genuanceerde theorie worden gezocht.

## 7.4 Het onderling betere recht op winst

### *7.4.1 Een combinatie van inzichten*

Wat opvalt aan zowel de Nederlandse praktijk als aan die van het buitenland is dat hoewel de inbreuk op het exclusieve recht niet het enige voorbeeld is waarin winstafdracht mogelijk is, het vaak wel gaat om gevallen die daar nauw aan verwant zijn. De voornaamste toepassingen van winstafdracht zijn te vinden bij in-

47 HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).
48 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.
49 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).
50 Bijv. Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:484; Rb. Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4740.
51 § 285 BGB; Emmerich 2019, randnummer 1.
52 § 61, § 113 HGB; § 88 AktG.
53 Burrows breekt een lans voor bredere beschikbaarheid (Burrows 2019, p. 359), maar toepassing lijkt vooralsnog beperkt. Burrows zelf noemt slechts twee succesvolle vorderingen tot winstafdracht voor wanprestatie: *Attorney General v. Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268; *Esso Petroleum Co Ltd v. Niad* [2001] All ER (D) 324 (Nov), zie Burrows 2019, p. 356-359.
54 Zie Burrows 2019, p. 525. Zie ook Smith 2014.

breuken op IE-rechten en gebruikmaking van andermans eigendom.[55] Bovendien valt op dat als het niet gaat om een exclusief recht, het toch vaak gaat om rechten of posities die daar sterk aan doen denken. Een voorbeeld is de winstafdracht bij het gebruik van bedrijfsgeheimen:[56] zeker voor de invoering van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen kwalificeerden die niet als exclusieve rechten,[57] maar het beschermingsbereik heeft daar wel veel van weg.[58]

Kennelijk hebben absolute rechten dus iets wat ze bijzonder geschikt maakt als grondslag voor een vordering tot winstafdracht. Daargelaten dat de *Eingriffskondiktion* een actie uit ongerechtvaardigde verrijking is, geeft de in dat kader ontwikkelde *Zuweisungstheorie* daar wel een goede verklaring voor. In sommige gevallen is het nu eenmaal aan één partij voorbehouden uit een bepaald goed winst te trekken.[59] Waar bij sommige schendingen rechtsherstel het best bereikt kan worden door de door het slachtoffer geleden schade te vergoeden, wordt rechtsherstel in andere gevallen beter bereikt door te bewerkstelligen dat de reeds behaalde winst komt te liggen bij de persoon die ten aanzien daarvan beter gerechtigd was. De normen die exclusieve rechten beschermen zijn daar een voorbeeld van. Toch is dat niet het hele verhaal van de winstafdracht.

Een belangrijke groep gevallen waarin winstafdracht mogelijk is zonder dat een exclusief recht geschonden is, is die van de oneerlijke concurrentie door werknemers of bestuurders. Dit geval is een van de eerste toepassingen van artikel 6:104 BW[60] en in zowel Engeland als Duitsland kan een vennootschap met succes afdracht van de door een bestuurder in strijd met zijn verplichtingen tegenover de vennootschap behaalde winst vorderen.[61] In deze gevallen is uiteraard geen sprake van een inbreuk op een exclusief recht. Toch kan in die gevallen wel een vergelijkbare gedachte aan de winstafdracht ten grondslag worden gelegd: het is niet zo dat de vennootschap een exclusief recht op de winst had, maar wel dat het de werknemer in het bijzonder verboden was die winst te behalen. In Engeland wordt hier een interessante fictie voor gebruikt. Een bestuurder is een bijzondere vertrouweling van de vennootschap: een *fiduciary*.[62] *Fiduciaries* zijn personen die op basis van hun positie of bepaalde afspraken bijzonder vertrouwd worden door een ander en om die reden een plicht van trouw jegens die ander

55 In de vorm van illegale onderhuur, om precies te zijn, zie sinds 2010: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275.

56 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.

57 Het karakter van het bedrijfsgeheim als 'vermogensrecht' onder de Wet bescherming bedrijfsgeheimen is niet geheel duidelijk. Enerzijds laat de wetgever de vermogensrechtelijke status nadrukkelijk achterwege (*Kamerstukken II* 2017/18, 34821, nr. 3, p. 4), anderzijds doen de beschikbare maatregelen in hoofdstuk 3 van de wet wel sterk aan exclusieve rechten denken.

58 Zie bijv. de reeks aan ge- en verbodsacties in art. 6 Wet bescherming bedrijfsgeheimen.

59 Overigens ontstaat natuurlijk wel een discussie over in hoeverre het goed voordelen toewijst; welke voordelen vallen er nu wel en niet onder? Zie bijv. Van Nispen 2010, p. 344-346. Zie ook Van Nispen 2018, p. 45. Zie verder § 7.4.3.

60 HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).

61 In Duitsland kan dat middels het *Eintrittsrecht* (§ 61, § 113 HGB; § 88 AktG. Hoewel die terminologie suggereert dat de vennootschap in de plaats van het bestuurslid treedt, is het in wezen slechts een aanspraak op de door de bestuurder behaalde voordelen. Zie Raue 2017, p. 405. In Engeland kan dat op basis van de *equitable wrong* van *breach of fiduciary duty* (zie Conaglen 2020, p. 194-195; Davies & Virgo 2013, p. 806).

62 Conaglen 2020, p. 146.

hebben.[63] Om aan die gedachte uiting te geven, wordt een *fiduciary* geacht alle in strijd met de *fiduciary duty* behaalde winst te hebben behaald voor de principaal.[64] De passende remedie is dan dat de principaal winstafdracht kan vorderen.[65]

In deze benaderingen wordt gebruikgemaakt van een fictie. Natuurlijk was de winst die de eiser niet had kunnen behalen niet altijd al aan hem toebedeeld en uiteraard is een onbetrouwbare bestuurder niet 'eigenlijk' bezig zijn vennootschap te verrijken. Maar die fictie zeggen wel veel over waarom winstafdracht in dit soort gevallen mogelijk moest zijn. Beide redeneringen vertrekken vanuit de verdeling zoals die is ná de normschending. In beide gevallen wordt het feit dat winst is behaald als een gegeven beschouwd[66] en wordt de aandacht verlegd naar wie van die twee partijen de beter gerechtigde is. Bij inbreuken op exclusieve rechten is dat antwoord snel gevonden: de rechthebbende is tegenover de hele wereld gerechtigd voordeel uit zijn goed te trekken en heeft dus ook tegenover de gedaagde een beter recht. In gevallen zoals die van de zojuist beschreven oneerlijke concurrentie heeft de eiser weliswaar niet tegenover de hele wereld een recht op de behaalde voordelen, maar heeft hij dat tegenover de gedaagde wel. In beide gevallen kan de eiser in de onderlinge verhouding een beter recht op de winst doen gelden dan de gedaagde.

Zo bezien is steeds bepalend of de norm enerzijds en het geschonden recht anderzijds er in samenspel toe strekken eventuele winsten aan één partij te laten. Daarmee is de essentiële exercitie er één in relativiteit:[67] was het de gedaagde *tegenover* eiser verboden *deze* winsten op *deze wijze* te behalen? Dat strookt ook met de toepassing van het relativiteitsvereiste bij een schadevergoedingsactie wegens onrechtmatige daad: een verplichting tot schadevergoeding bestaat alleen, wanneer de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Niet iedere normschending leidt tot schadevergoeding. En waarom zou het anders zijn bij winstafdracht? Niet iedere norm verbiedt de geadresseerde winst te behalen en winstafdracht is dan ook niet altijd gepast.

Strekte de zorgvuldigheidsnorm in het *Kelderluik*-arrest ertoe te voorkomen dat Coca-Cola arbeidskosten zou besparen? Uiteraard niet: die norm strekte ertoe te voorkomen dat voorbijgangers onnodig schade zou worden berokkend. Strekt de norm die hinder verbiedt ertoe te voorkomen dat de ene buur winst maakt? Natuurlijk niet: die norm strekt ertoe de andere buur in een drukke samenleving zo ongestoord mogelijk van zijn woning te laten genieten.[68] Anders ligt dat echter bij illegale onderhuur en schending van een non-concurrentiebeding. Wie is verboden de woning onder te verhuren is *tegenover de eigenaar* verboden winsten te behalen. Wie belooft niet te concurreren met zijn werkgever kan niet alsnog concurreren en beweren dat de gemaakte winst hem toekomt: *tegenover de werk-*

63 *Ibid.* p. 151.
64 Davies & Virgo 2013, p. 806.
65 Conaglen 2020, p. 194; *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley* [1972] 1 W.L.R. 443, p. 454.
66 Let op: daarmee wordt niet bedoeld dat de normschending wordt 'goedgekeurd.' Vroeger werden *restiutionary remedies* in de *common law* ook wel geschaard onder de categorie 'waiver of tort'. Die kwalificering heeft men inmiddels losgelaten, omdat niet de indruk gewekt moest worden dat de *tort* (onrechtmatige daad) zélf goedgekeurd was.
67 Zie in vergelijkbare zin Van Boom 2002, p. 82, 110.
68 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/127.

*gever* had hij zich verbonden deze winst alleen te behalen voor die werkgever en niet voor zichzelf. In dit soort gevallen biedt winstafdracht een beter rechtsherstel dan schadevergoeding.

Behalve dat deze redenering de huidige praktijk rondom artikel 6:104 BW kan verklaren – waarover hieronder meer – heeft zij nog twee voordelen. Ten eerste kan de weinig overtuigende gedachte dat de winstafdracht een vergoeding van nadeel zou zijn worden losgelaten. De winst is gecreëerd met de normschending en zou in afwezigheid daarvan nooit hebben bestaan. Het zal niet vaak voorkomen dat de eiser hard kan maken dat als de gedaagde die winsten niet had gemaakt, hij ze zou hebben gemaakt. In plaats daarvan kan men de huidige stand van zaken als uitgangspunt nemen en de vraag stellen hoe de tussen eiser en gedaagde ontstane verstoring van de verhouding hersteld kan worden. Als de geschonden norm de eiser in onderlinge verhouding een beter recht geeft op de behaalde winst, dan is de aangewezen route voor rechtsherstel de afdracht van die winst.

Tegelijkertijd – en dat is het tweede voordeel – blijft het wel mogelijk deze vordering, die niets met schade en nadeel te maken heeft, toch te plaatsen in het herstelgerichte paradigma van titel 6.1.10 BW. Hoewel niet de situatie zoals die bestond *voor* de normschending wordt hersteld, wordt de situatie zoals die bestaat *na* de normschending wel zo veel mogelijk in lijn gebracht met een rechtmatige stand van zaken. Strekt de norm er (tevens of uitsluitend) toe te beschermen tegen schade, dan stellen we de vraag wat er zou zijn gebeurd als de norm niet was geschonden. Maar strekt de norm er (tevens of uitsluitend) toe te garanderen dat slechts één partij mag proberen winst te behalen, dan ligt het meer voor de hand te vragen welk bedrag afgedragen moet worden om aan die positie zo veel mogelijk recht te doen.[69] In plaats van feitelijk herstel wordt, met andere woorden, rechtsherstel bewerkstelligd.

Daarmee verschilt de winstafdracht niet eens zo veel van de schadevergoedingsvordering. Hoewel uitgangspunt is dat de eiser met schadevergoeding moet worden gebracht in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de normschending niet had plaatsgevonden, gaat dat niet zozeer over het *terugbrengen* in een bepaalde situatie, maar om het alsnog verschaffen waar hij recht op heeft. Als A verplicht is de auto van B niet te beschadigden en hij doet dat toch, dan ligt het vergoeden van de waardedaling voor de hand.[70] Die verandering mag best als uitgangspunt gelden; de vraag is of de normschending een voldoende basis biedt om de schade te verschuiven van A naar B. De winstafdracht kan op deze manier eenzelfde structuur volgen, maar dan spiegelbeeldig.

69 Vroeger werd in Engeland wel de terminologie 'waiver of tort' gebezigd. Een van de mogelijke verklaring daarvoor is dat de eiser met dit instrument als het ware het gedrag van de gedaagde overnam en de vruchten daarvan kon plukken (zie Birks 1988, p. 315-316). Die terminologie is losgelaten, omdat de betekenis ervan niet volledig zuiver was; de onrechtmatige daad werd niet daadwerkelijk 'goedgekeurd' (zie Burrows 2009, p. 643). Naar huidig recht is een vergelijkbare benadering waar te nemen waar het gaat om *negotiating damages* (Engels recht, zie *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20), de *übliche Lizensgebuhr* (Duits recht, zie Raue 2017, p. 284) en de licentievergoeding bij inbreuken op, bijvoorbeeld, het persoonlijkheidsrecht (Nederlands recht, zie bijv. Rb. Amsterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6395, *NJF* 2017/437 (*Max Verstappen/Picnic*)).

70 HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, *NJ* 1964/449, m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Driesten*).

## 7.4.2 Het onderling betere recht in de praktijk

Tot dusver heb ik de winstafdracht vooral op theoretische gronden als zelfstandige remedie neergezet. Of deze abstracte gedachte van pas kan komen bij het geven van toepassing aan artikel 6:104 BW, hangt in grote mate ervan af of zij de huidige praktijk kan verklaren. Hieronder leg ik uit hoe de gedachte eenvoudig aansluit bij de typische winstafdrachtzaak (§ 7.4.2.1), handvatten geeft de huidige praktijk te bekritiseren (§ 7.4.2.2), en de potentie heeft ook in moeilijkere gevallen het toepassingsbereik van de winstafdracht te sturen (§ 7.4.2.3). Conclusie zal zijn dat winstafdracht in die moeilijkere gevallen vaak mogelijk is, maar dat een correctie aangebracht moet worden op de omvang van de winstafdracht. Het bepalen van de omvang is onderwerp van paragraaf 7.4.3.

### 7.4.2.1 Zaken waar winstafdracht mogelijk is en dat moet blijven

Het meest voorkomende geval van winstafdracht in de lagere rechtspraak sinds 2010, is dat van illegale onderhuur.[71] Winstafdracht is hier eigenlijk weinig controversieel. Hoewel de grondslag van de vordering wanprestatie is, levert het gedrag ook een inbreuk van het eigendomsrecht op. Immers, gebruik is slechts toegestaan als huurder, niet als onderverhuurder. De norm die voorschrijft alleen met toestemming gebruik te maken van de eigendom strekt er juist toe dat het aan de eigenaar is of en in hoeverre winst gemaakt wordt met de woning. Het maken van winst met die woning is de huurder, met andere woorden, *tegenover de eigenaar* verboden. Handelt hij daarmee in strijd, dan komt die winst aan de eigenaar toe. Het feit dat de eigenaar die winst zelf niet zou hebben behaald of niet had mogen behalen (zoals bij woningcorporaties het geval is[72]) doet er dan niet meer toe: in de onderlinge verhouding heeft de eigenaar het betere recht. En zelfs als de vordering enkel wordt gestoeld op de wanprestatie kan dit resultaat worden bereikt: een onderverhuurverbod strekt er onder meer toe de huurder *tegenover de eigenaar* te verbieden winst te trekken uit de woning. Het handelen in strijd met die relatieve plicht geeft aanleiding tot winstafdracht.

Bijkomend voordeel van deze redenering is dat niet langer gesteggeld hoeft te worden over de vraag of de eigenaar deze winst wel behaald zou kunnen hebben. In *Doerga/Ymere* was dat bijvoorbeeld een punt van discussie omdat Ymere als woningcorporatie nooit de hoge huur die Doerga ontving had mogen rekenen, maar eigenlijk is dat altijd problematisch. Bij vaststelling van schadevergoeding moet immers het werkelijke scenario niet vergeleken worden met een scenario waarin de eigenaar zelf een beter betalende huurder had kunnen zoeken, maar met het scenario waarin geen verboden onderhuur had plaatsgevonden. Tenzij

71 Zie bijv. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275.

72 Een van de twistpunten in HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).

duidelijk is dat de huurder de huur dan zelf opgezegd zou hebben, is dat hypothetische scenario voor wat betreft de vermogenspositie van de eigenaar identiek aan het werkelijke: hij ontvangt maandelijks de huur van zijn huurder. Voordeel van de hier verdedigde opvatting is dat de vraag of die winsten in afwezigheid van de normschending door de eigenaar behaald zouden zijn niet meer gesteld hoeft te worden. Het feit dat winst behaald is, mag worden beschouwd als een gegeven. De enige vraag is of de norm die is geschonden, maakt dat de ene partij (Ymere) er een betere aanspraak op heeft dan de andere (Doerga). Dat is hier zonder meer het geval. Het was Doerga *tegenover* Ymere verboden deze winst te maken. Het zou Ymere weliswaar publiekrechtelijk verboden zijn die winst te maken, maar dat doet in haar relatie tot Doerga niet ter zake.

Met deze redenering kan bovendien een vreemde lijn in de rechtspraak hersteld worden. In de lagere rechtspraak wordt wel de eis gesteld dat de eiser enige vorm van schade aannemelijk maakt: de heersende uitleg van artikel 6:104 BW dicteert immers dat het hier gaat om 'schadevergoeding'.[73] Toepassing van deze regel leidt tot inconsistente resultaten: waar een particulier die kon aantonen dat hij een werkneemster had die een deel van haar tijd had besteed aan het opsporen van illegale onderhuur zijn beroep op artikel 6:104 BW zag slagen,[74] hadden particulieren die dat niet konden aantonen het nakijken.[75] Gelet op het feit dat ook die eerste particulier een bedrag toegewezen krijgt dat veel hoger ligt dan zijn concrete schade, lijkt dit verschil in uitkomst lastig te billijken. Waarom kan iemand die misschien een uurtje heeft besteed (of heeft laten besteden) aan het opsporen van illegale onderhuur wel de volle winst vorderen en een ander niet?[76] Nemen we de theorie van de beter gerechtigde als grondslag voor de winstafdracht, dan wordt in al deze gevallen hetzelfde resultaat bereikt: in onderlinge verhouding is de eigenaar de beter gerechtigde ten aanzien van de winst.

Ook de gevallen van oneerlijke concurrentie zijn eenvoudig te verklaren. Neem het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 9 juni 2015 hierover.[77] Een medewerker van een houtverwerkingsbedrijf heeft op enig moment samen met de gedaagde een v.o.f. opgericht. De werknemer heeft in strijd met zijn geheimhoudingsplicht bedrijfsgeheimen aan de v.o.f. en aan gedaagde verstrekt. Gedaagde handelt sinds 2009 alleen. Het houtverwerkingsbedrijf vordert nu winstafdracht, dan wel schadevergoeding voor misgelopen winst. Het hof wijst de winstafdracht toe: het deel van de winst dat wordt geacht te zijn behaald als gevolg van gebruik van de bedrijfsgeheimen (in dit geval: klantgegevens) leent zich voor afdracht op grond van artikel 6:104 BW.[78] Bedrijfsgeheimen zijn geen exclusieve IE-rechten; de bescherming geschiedt via zorgvuldigheidsnormen ten

73 Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222, r.o. 3.4.4; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567.
74 Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567.
75 Hof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3741; Rb. Utrecht 28 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0572.
76 Deze kritiek is al eerder geuit door Jaap Spier, zie concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BL9662, puntpar. 4.9.2 bij HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*); Spier 1994, p. 90-91.
77 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.
78 *Ibid.* r.o. 9.5-9.6.

aanzien van geheime gegevens.[79] In die normstelling zit echter iets bijzonders. Anders dan bij bijvoorbeeld een gevaarzettingssituatie is het gebod niet alleen 'berokken een ander geen schade' maar ook 'gebruik andermans geheimen niet voor eigen gewin'.[80] Een winstafdracht is in dit soort gevallen goed verdedigbaar.

### 7.4.2.2 Zaken waar winstafdracht mogelijk is, maar dat niet zou moeten zijn

De gedachte van de onderling betere aanspraak geeft ook aanleiding de huidige benadering van de Hoge Raad te bekritiseren. De Hoge Raad heeft in *Setel/AVR* winstafdracht mogelijk geacht in een geval waarin geen onderling winstverbod bestond en waar de geschonden norm in het bijzonder op schade gericht is. Dit lijkt een geval waar concrete schadeberekening (eventueel door schatting) gepaster was geweest. Ter herinnering: het ging hier om het geval waarin één telecomaanbieder (Setel) in strijd met zijn vergunning hogere kosten ging rekenen voor gesprekken die op het eigen netwerk beginnen, maar op het vreemde eindigen. Onder toepassing van de correctie Langemeijer werd de aanbieder hier aansprakelijk gehouden voor schade van de ander (CT, later AVR). Omdat schade lastig te berekenen was, werd deze begroot aan de hand van de door Setel behaalde winst.[81]

Dit resultaat is lastig te rechtvaardigen. Juist toepassing van de correctie Langemeijer zou bloot moeten leggen waarom dit geval zich eigenlijk slecht leent voor winstafdracht. De correctie schrijft voor dat waar de schending van een publiekrechtelijke norm *niet* strekt ter bescherming van slachtoffers, deze schending *an sich* wel een factor kan zijn bij het vinden van een zelfstandige zorgvuldigheidsnorm.[82] Die nieuwgevonden zorgvuldigheidsnorm strekt er dan toe te beschermen tegen *schade.* En dat is de crux in deze zaak: de nieuwgevonden zorgvuldigheidsnorm verbood Setel niet om winst te maken, maar om schade te berokkenen. De betere oplossing in dit geval zou zijn geweest de schade zo veel mogelijk concreet te berekenen en desnoods te schatten. Net als in *Doerga/Ymere* was dat met de getroosting van wat moeite waarschijnlijk best mogelijk geweest. Anders dan in *Doerga/Ymere*, echter, is een schadevergoedingsvordering ook het *enige* waar CT (AVR) aanspraak op zou moeten kunnen maken. Een relatief winstverbod bestond niet.

### 7.4.2.3 Zaken waar winstafdracht twijfelachtig is, maar onder voorwaarden mogelijk zou moeten zijn

De idee van de onderling betere aanspraak biedt aldus een grondslag om de toepassing in het gros van de gevallen te rechtvaardigen, maar biedt eveneens de

79 In 2015 geschiedde dat nog via het ongeschreven recht. Inmiddels zijn deze zorgvuldigheidsplichten nauwkeuriger omschreven in de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, waarmee het bedrijfsgeheim een meer exclusief karakter krijgt.

80 Overigens is het natuurlijk *ook* onbetamelijk om bedrijfsgeheimen te gebruiken op een manier die de 'rechthebbende' schade toebrengt, maar dat is, strikt genomen, een andere norm. Daar is schadevergoeding uiteraard wel gepast.

81 Zie r.o. 4.4 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, te kennen uit HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*), r.o. 3.2.

82 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/138; HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*).

handvatten om die toepassing te bekritiseren in twijfelachtige gevallen. Daartussenin liggen echter nog de gevallen waarin winstafdracht vooralsnog niet mogelijk wordt geacht, maar waar de idee van de onderling betere aanspraak die mogelijkheid wel suggereert. De prangende vraag is daar natuurlijk of uitbreiding naar die gevallen al te zeer in strijd komt met het rechtsgevoel.

Neem de gevallen waarin de roddelpers onrechtmatig publiceert over het privéleven van een bekendheid. Als het roddelblad winst maakt met die publicatie zou een winstafdracht geen gekke oplossing zijn. Theoretisch is best verdedigbaar dat een persoonlijkheidsrecht dezelfde behandeling verdient als een exclusief recht van intellectuele eigendom.[83] Als íemand recht op de aldus behaalde winsten heeft, is het degene over wie geroddeld wordt wel. Toch kleven daar wel wat bezwaren aan. Problematisch is namelijk dat juist het roddelkarakter van de privéinformatie maakt dat (i) de bekende persoon de informatie meestal niet zal willen delen en (ii) zelfs als hij of zij dit zou doen, daarmee bijna nooit de winst behaald zou kunnen worden die het roddelblad behaalt. Het roddelblad heeft immers een publiek verworven, reclamepartners aan zich gebonden en kan het verhaal brengen 'als roddel', wat waarschijnlijk beter verkoopt dan een door de bekendheid zelf geopenbaard persbericht. Hoe onfatsoenlijk de roddelpers ook kan zijn, er kleeft toch iets vreemds aan de gedachte om klakkeloos de winst aan de besprokene toe te kennen.

Eenzelfde probleem ontstaat bij lucratieve wanprestatie. Neem het geval waar A een zeldzaam kunstobject verkoopt aan amateurverzamelaar B voor € 80.000. Voordat A aan B levert, levert het marktonderzoek dat A maanden eerder had uitgezet ineens een resultaat op: het blijkt dat de van de samenleving afgezonderde verzamelaar C het object eigenlijk best zou willen hebben. A neemt contact op met C en na een korte onderhandeling verkoopt en levert zij het aan C voor € 120.000. Het feit dat A het object aan B had beloofd suggereert dat ondanks het feit dat A in beginsel absoluut gerechtigd is, B *onderling* wel beter gerechtigd is.[84] Maar ook hier geldt dat afdracht van de volle € 40.000 ruimhartig klinkt. Hoe onfatsoenlijk het niet nakomen van beloftes ook is, er kleeft toch iets vreemds aan de gedachte een passieve koper B een winst toe te kennen die alleen maar gerealiseerd is door verkoper A's eigen inspanningen (i.e. het uitzetten van marktonderzoek).

Dat lijkt een probleem voor de gedachte dat bepalend moet zijn wie van de twee onderling het betere recht heeft. Zonder nuance dicteert die gedachte namelijk dat winstafdracht in beide gevallen mogelijk zou moeten zijn. Dat probleem zit er mijns inziens echter niet in dat winstafdracht in die gevallen *per se* onwenselijk of ongepast is, maar dat het te ver lijkt te gaan om de gedaagde *alle* winst af te laten dragen. Een oplossing kan dan ook zijn gelegen in het zoeken van nuance. Net zoals men bij schadevergoeding wel moet nagaan of en in hoeverre de schade is veroorzaakt door de normschending, ligt het bij winstafdracht voor de hand na te gaan of en in hoeverre de winst aan de normschending is toe te schrijven. Er moet, met andere woorden, een causaliteitstoets worden aangelegd.

83 Sieburgh 2010, p. 294.
84 B had immers ex art. 3:296 BW nakoming kunnen afdwingen.

## 7.4.3 De causaliteitstoets

### 7.4.3.1 Nut en noodzaak van een causaliteitstoets

Dat een causaliteitstoets nodig is, wordt het makkelijkst duidelijk in die gevallen waar de normschending geen voorwaarde lijkt te zijn voor het behalen van de winsten. Denk bijvoorbeeld aan de telefoonfabrikant die inbreuk maakt op een octrooi voor kleine speakers: hoewel de verbeterde geluidskwaliteit ongetwijfeld heeft bijgedragen aan de winst, zal toch zeker niet alle met de telefoonverkoop behaalde winst aan die inbreuk toe te schrijven zijn. Een deel zal de fabrikant zelf toekomen omdat de winst berust op eigen innovatie, eigen octrooien of – waar de gedaagde bijzonder onzuiver op de graat is – op octrooien of bedrijfsgeheimen van derden. Hoewel winstafdracht hier zonder meer mogelijk moet zijn, zal niemand volhouden dat alle met de verkoop van telefoons behaalde winst voor afdracht in aanmerking komt; slechts een klein deel van de winst wordt 'veroorzaakt' door de normschending.[85]

Of stel dat A zich schuldig maakt aan de verkoop van goederen *die al aan B toebehoren*. Denk bijvoorbeeld aan een geval waarin A en B gezamenlijk goederen opslaan in één loods en de onzorgvuldige A per ongeluk de partij van B aan een te goeder trouw zijnde C verkoopt en levert. Voor de goederen die van B waren, ontvangt hij € 12.000 terwijl de marktwaarde € 10.000 was. Hoewel A niet beschikkingsbevoegd was, is C door de werking van artikel 3:86 BW toch eigenaar geworden. B zal een vordering uit onrechtmatige daad moeten instellen jegens A. Ervan uitgaande dat de rechter winstafdracht wil toepassen, rijst de vraag hoe groot die winst is: € 10.000 of € 12.000? De normschending is zonder meer een csqn voor het behalen van de winst, maar is dat genoeg? Stel dat B een uitzonderlijk goede marketeer is. Is die € 2.000 dan niet zijn verdienste? Meer juridisch geformuleerd: kan die extra € 2.000 wel worden 'toegerekend' aan de normschending? En hoe zit het dan met het geval waarin B C heeft gevonden door gebruik te maken van (bedrijfsgeheime) klantenbestanden van D? Is die € 2.000 dan niet beter toe te schrijven aan diens verdienste in het opstellen van het klantenbestand?

Bij de bespreking van deze problematiek wijst Van Nispen[86] op de Engelse benadering van Laddie J in *Celanese International Corp v. BP Chemicals*.[87] In die uitspraak ging het om een octrooi voor de productie van een bepaalde stof. De gedaagde maakte inbreuk op dat octrooi bij de productie van een azijnzuur. Dat proces omvatte uiteraard veel meer dan alleen het geoctrooieerde. Laddie J besliste dat een volledige winstafdracht hier niet gepast zou zijn. De winst kan maar één keer afgedragen worden. Dat betekent dat de 'pot' winst beschikbaar moet blijven voor eventuele vorderingen tot winstafdracht van derden. Zou hier *geen* proportionele afdracht mogelijk zijn, dan zou de rechthebbende die als eerste vordert te veel krijgen en de rest het nakijken hebben. Deze proportionele benadering strookt met de gedachte van de onderling betere aanspraak: alleen dat deel waar het slachtoffer een beter recht op kan doen gelden komt voor afdracht in aanmerking. Het is dan ook zaak bij toepassing van artikel 6:104 BW niet alleen artikel 6:163

85 Dit is een variant op het door Van Nispen gegeven voorbeeld in Van Nispen 2018, p. 46.
86 Van Nispen 2010, p. 344-346; Van Nispen 2018, p. 45.
87 [1999] RPC 203.

BW, maar ook artikel 6:98 BW analoog toe te passen: eiser zou alleen dat deel moeten kunnen vorderen dat kan worden toegerekend aan de normschending.

Deze benadering maakt dat de beantwoording van de digitale vraag ('wel of geen winstafdracht') niet een digitaal, maar een gradueel antwoord ('ja, voor een deel') kent. De gedachte dat winstafdracht in de hiervoor beschreven 'atypische gevallen' mogelijk moet zijn, wordt daarmee minder lastig verteerbaar. Het slachtoffer van de roddelpers hoeft immers niet *alle* winst te krijgen; daar heeft hij ook helemaal geen recht op. Zo ook het slachtoffer van de wanprestatie: voor zover hij kan aantonen dat de door verkoper A behaalde winst volledig voortvloeit uit de zaak zelf, ligt volledige winstafdracht voor de hand. Toont A echter aan dat de behaalde winst voor een deel is toe te schrijven aan zijn uitzonderlijke koopmanskwaliteiten, dan ligt afdracht van een kleiner deel voor de hand.

#### 7.4.3.2 Problemen bij toerekening

Het steeds moeten nagaan welk deel van de winst kan worden toegerekend aan de normschending levert op zichzelf natuurlijk ook problemen op. Een eerste nadeel is bijvoorbeeld dat eisers niet altijd inzichtelijk kunnen maken welke winst het gevolg is van de normschending omdat zij geen beeld hebben van de precieze bedrijfsvoering van de normschender. Een tweede nadeel is dat waar een gedaagde meerdere winstverboden tegenover meerdere rechthebbenden overtreedt, de gedaagde die onrechtmatig behaalde winst zal mogen behouden tot hij tot afdracht wordt aangesproken.

Toch zouden deze problemen niet in de weg moeten staan aan het uitvoeren van deze exercitie. Het ligt veel meer voor de hand deze problemen op te lossen met de instrumenten die al bestaan. Zo kan de lastige bewijspositie van de eiser verlicht worden met een weerlegbaar bewijsvermoeden dat alle winst behaald is met de normschending. Voor de gedaagde uit het telefoonvoorbeeld hierboven is dat geen probleem; die kan eenvoudig aantonen dat de speaker slechts een minuscuul onderdeel van het product is en slechts in beperkte mate heeft bijgedragen aan de algehele winst. En wie van oordeel is dat winst behaald met schending van meerdere normen tegenover meerdere potentiële eisers niet door de normschender behouden mag worden, kan conform de parlementaire geschiedenis[88] een invers analoge toepassing van de hoofdelijkheidsbepalingen overwegen: het bedrag wordt afgedragen aan de eerste eiser, waarna andere eisers regres kunnen nemen op die eerste.

Hier bestaat uiteraard ruimte voor discussie: niet iedereen zal deze oplossingen wenselijk vinden en degenen die de oplossingen op zichzelf aantrekkelijk vinden kunnen van mening verschillen over de precieze invulling. Wat van de genoemde problemen ook zij; aan het uitgangspunt van winstafdracht volgens toerekening mogen zij niet in de weg staan. Uitgangspunt moet zijn dat de gedaagde alleen die winst af moet dragen waarvan het hem tegenover de eiser verboden was haar te maken. Omgekeerd geldt dat de eiser alleen die winst kan vorderen waar hij een beter recht op kan doen gelden; niet meer en niet minder. De geschonden norm kan, net als bij de andere remedies, juist heel veel informatie bieden over hoe die toerekening vorm moet krijgen.

88 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266. Zie ook § 7.3.1.

## 7.5 Conclusie

Artikel 6:104 BW heeft weinig met concreet geleden nadeel te maken. Langzaam maar zeker lijkt deze bepaling zich te ontwikkelen tot een zelfstandige vordering tot winstafdracht bij normschending. Toepassing ervan behoort weliswaar nog tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter, maar ook bij uitoefening van een discretionaire bevoegdheid kan behoefte bestaan aan enige richting. In dit hoofdstuk is verkend hoe een vordering tot winstafdracht bij onrechtmatige daad en wanprestatie gerechtvaardigd en ingepast zou kunnen worden.

Opvallend aan zowel de binnen- als buitenlandse praktijk is dat winstafdracht vaak wordt toegekend bij normschendingen die in ieder geval doen denken aan inbreuken op exclusieve rechten. Wat al die posities gemeen hebben, is dat de eiser steeds met succes kan aanvoeren dat het de gedaagde *tegenover* de eiser verboden was deze winst te maken. Omgekeerd: de eiser kan zich steeds beroepen op een *onderling* beter recht. In het Engelse en Duitse recht wordt met soortgelijke redeneringen gewerkt: aan een *fiduciary* is het tegenover zijn principaal verboden zelf winst te behalen en dus wordt hij geacht dat te hebben gedaan voor zijn principaal en moet die winst dus afdragen; degene die inbreuk maakt op een goed dat *Zuweisungsgehalt* heeft, eigent zich iets toe dat eigenlijk aan een ander toebehoort en moet dat dus afgeven. Trekken we die gedachte breder dan blijft over de cruciale vraag of de norm enerzijds en het geschonden recht anderzijds er in samenspel toe strekken eventuele winsten aan één partij te laten. Daarmee is de essentiële exercitie er één in relativiteit: was het de gedaagde *tegenover* eiser verboden *deze* winsten op *deze wijze* te behalen?

Deze gedachte trekt het toepassingsbereik van artikel 6:104 BW breder dan alleen de schendingen van exclusieve rechten, maar houdt een groot deel van de normschendingen buiten de deur. Zo vallen de meeste zorgplichten, verkeersregels en hindernormen daar vanzelfsprekend buiten. Die normen strekken er uitsluitend toe bepaalde anderen te behoeden voor schade. Sommige andere normen, zoals die aangaande eigendom, privacy of bedrijfsgeheimen, gaan verder en zien niet alleen op het voorkomen van schade, maar ook op het verbieden van winsten. In dat soort gevallen zou de eiser moeten kunnen kiezen voor winstafdracht.

Bovendien wordt de winstafdracht daarmee in een op herstel gericht paradigma geplaatst. In die zin verschilt de winstafdracht dus niet zoveel van de schadevergoeding. In het ene geval wordt de vraag gesteld: wie zou dit nadeel moeten dragen? In het andere geval wordt de vraag gesteld: aan wie komen deze voordelen toe? Dat is een onorthodox voorstel, maar eigenlijk is het een vreemde gedachte dat het recht zich wel met de eerste, maar niet met de tweede vraag zou bezighouden. Normen gaan niet alleen over het voorkomen en vergoeden van schade en waarom zou het voor het remediearsenaal anders zijn? We zijn elkaar veel meer verschuldigd dan het voorkomen dan schade alleen en het remediearsenaal reageert daarop. Ook hier geldt weer dat de geschonden norm veel informatie kan geven over welke remedie in welk geval beschikbaar zou moeten zijn. Daarmee wordt veel inzichtelijker in welke gevallen en in hoeverre de winstafdracht mogelijk zou moeten zijn. Alle onzekerheden worden er niet mee uitgebannen, maar de benadering wordt wel een stuk voorspelbaarder.

# 8 De structuur van het remedierecht

## 8.1 Inleiding

In de hoofdstukken 3 tot en met 7 stond steeds de vraag centraal hoe in een concreet geval de tussen partijen geldende norm zich vertaalt in een remedie. Die hoofdstukken draaiden, met andere woorden, om de vraag *of* een bepaalde remedie in een concreet geval passend zou zijn en, zo ja, welke reikwijdte die remedie dan zou moeten krijgen. Daarmee is evenwel nog niet de vraag beantwoord hoe die verschillende remedies zich tot elkaar verhouden. Is binnen deze benadering steeds gegeven welke remedie op de al dan niet dreigende normschending zal volgen, of is het mogelijk dat één normschending (dreigend of reeds gepleegd) aanleiding geeft tot meerdere remedies? En, als dat zo is, kunnen die remedies dan worden gecombineerd of zal een keuze moeten worden gemaakt? Zo ja, wie moet die keuze maken en vindt hij bij het maken van die keuze nog enig houvast in de tussen partijen geldende norm?

In hoofdstuk 1 gaf ik twee voorbeelden waarin die vraag zou kunnen opkomen: het geval waarin een bouwwerk hinder voor omwonenden oplevert en het geval waarin een woning is onderverhuurd en door de onderhuurders is beschadigd.[1] In het eerste geval zullen de omwonenden eerst en vooral afbraak willen vorderen, maar zal de gedaagde – als hij dan toch wordt veroordeeld – vanwege de hoge kosten van afbraak de voorkeur geven aan het betalen van een schadevergoeding. In het tweede geval zal de eiser aanspraak willen maken op winstafdracht, schadevergoeding en een ontruimingsbevel, terwijl de gedaagde – als hij dan toch wordt veroordeeld – de voorkeur zal geven aan alleen die laatste remedie. In beide gevallen rijst de vraag (a) of een keuze moet worden gemaakt en, zo ja, (b) wie die keuze moet maken. In dit hoofdstuk zal ik betogen dat de benadering van het remedierecht vanuit de materiële norm de beantwoording van deze vragen veel eenvoudiger maakt.

In het *contractuele* remedierecht wordt de verhouding tussen remedies beheerst door de regel uit *Multi Vastgoed/Nethou* dat de gerechtigde steeds gehouden is zich bij zijn remediekeuze te laten leiden door de redelijkheid en billijkheid en rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn

1 Zie § 1.2.1.

wederpartij.[2] Die regel kan evenwel niet zonder meer worden getransponeerd naar het *delictuele* remedierecht. Ten eerste komt die regel pas in beeld als duidelijk is dat meerdere remedies tegelijkertijd beschikbaar kunnen zijn, terwijl in het delictuele remedierecht een prangende vraag is of en, zo ja, wanneer dat zo is. Ten tweede suggereert die eis een mate van zorg voor de belangen van de wederpartij die goed past bij de contractuele crediteur en debiteur, maar niet steeds in de delictuele context kan worden aangenomen. Tot slot geeft de regel op zichzelf weinig richting: wat zijn die gerechtvaardigde belangen dan? Zelfs als we hem zouden transponeren is, met andere woorden, nadere invulling gewenst.

Om te bepalen hoe de verschillende delictuele remedies in een concreet geval tot elkaar staan is het daarom goed een stap terug te doen en te beginnen met de algemene samenloopregels. De eerste vraag is of regels inderdaad samenlopen; of er twee of meer remedies toepasselijk zijn op hetzelfde normenkader.[3] Als dat dan zo is, is de vervolgvraag of het systeem in de exclusiviteit van de ene of de andere regel voorziet.[4] Is de conclusie op deze voorvragen dat verschillende regels tegelijkertijd van toepassing zijn, dan treden de samenloopregels in werking. Algemeen wordt aangenomen dat de gebruiker van het systeem in beginsel bevoegd is regels te cumuleren, tenzij dat tot tegenstrijdige uitkomsten leidt.[5] In dat geval zal de eiser voor de ene of de andere regel moeten kiezen; cumulatie is uitgesloten.[6] Het remedierecht volgt dezelfde structuur.

Aan de hand van de gedachte dat een remedie een aan de gerechtigde ter beschikking gesteld instrument is om ‘de belofte van de norm’ te verwezenlijken, wordt duidelijk dat vaak in het geheel geen keuze zal hoeven te worden gemaakt. Die gedachte komt erop neer dat iedere tussen partijen geldende (i.e. ‘relationele’) norm partijen een belofte doet over welke verantwoordelijkheid zij tegenover elkaar hebben, en dat de remedie een instrument is om deze belofte zoveel mogelijk te verwezenlijken.[7] Zo beschouwd zijn er veel gevallen waarin überhaupt maar één remedie denkbaar is, zodat geen keuze zal hoeven worden gemaakt (§ 8.2). Waar wel meerdere remedies beschikbaar zijn, kan het helpen door te redeneren bij welk scenario de remedie de gerechtigde in de buurt probeert te brengen: *welke* belofte wordt hier precies verwezenlijkt? Cumulatie is alleen mogelijk als die beloftes verenigbaar zijn: als in de werkelijkheid óf het ene óf het andere scenario in zou zijn getreden, is er geen reden via het remedierecht *beide* scenario’s te verwezenlijken (§ 8.3). In de zeldzame gevallen waarin tot slot meerdere remedies beschikbaar zijn én cumulatie onmogelijk is, zal een keuze moeten worden gemaakt. Meestal is die keuze aan eiser, waarbij hij zich doorgaans niet beknot hoeft te voelen door aanvullende regels. Soms is die keuze aan de rechter, die zich wel kan laten leiden door de strekking van de norm (§ 8.4).

2 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5. Zie ook Van Nispen 2018, p. 17-20.
3 Castermans & Krans 2019, p. 3.
4 Bakels 2009a, p. 344-345.
5 HR 9 december 1955, ECLI:NL:HR:1955:47, *NJ* 1956/157, m.nt. L.E.H. Rutten (*Boogaard/Vesta*).
6 Hij heeft in de woorden van Castermans en Krans dan een ‘keuzeplicht’, zie Castermans & Krans 2019, p. 29 e.v.
7 Zie hiervoor § 2.5.

## 8.2 Eén norm, één remedie

In hoofdstuk 1 kwam reeds aan bod dat geleidelijk aan een loskoppeling tussen norm en remedie lijkt te zijn ontstaan. Het in Nederland gehanteerde onderscheid tussen de vestigingsfase en omvangsfase bij de schadevergoeding is daar een voorbeeld van.[8] Door de vordering te zien als een 'sanctie op' of 'remedie voor' een normschending, lijken zij steeds opties die in theorie allemaal voor toewijzing in aanmerking komen. Die gedachte is in hoofdstuk 2 op theoretische gronden bestreden; omdat de dreigende of reeds gepleegde normschending een *reden* voor inzet van een bepaalde remedie is, ligt het voor de hand dat de strekking van die norm doorwerkt in de bepaling van welke remedie gepast is en welke vorm die remedie moet krijgen. Resultaat van die benadering is dat vaak maar één remedie voor de hand ligt. Als een norm beschermt tegen het lijden van schade, ligt een winstafdracht niet bepaald voor de hand en *vice versa.* Van samenloop is in die gevallen eigenlijk al geen sprake meer, want er valt geen keuze te maken.

Voorafgaand aan een normschending is de gerechtigde aangewezen op het rechterlijk bevel. Uitgangspunt van het Nederlandse recht is dat de gerechtigde in beginsel een *recht* op toewijzing heeft als hij een dreigende normschending van een jegens hem verschuldigde norm kan aantonen.[9] Dat uitgangspunt past goed bij een normcentrische benadering van het remedierecht; als de remedie ertoe strekt zoveel mogelijk de belofte van de norm te verwezenlijken, dan moet de veroordeling tot nakoming zo ruimhartig mogelijk beschikbaar zijn. Aangezien het bevel de enige remedie is die afgegeven wordt in reactie op een dreigende en niet een reeds gepleegde normschending, is van samenloop eigenlijk geen sprake. Dat betekent evenwel niet dat het altijd wordt toegewezen; op grond van verschillende omstandigheden kan de rechter besluiten van toewijzing af te zien. De normschending zal dan doorgang mogen vinden en bij wijze van praktisch alternatief komt dan de schadevergoeding beschikbaar.[10] Ook dan is er echter niet echt sprake van samenloop, omdat de schadevergoeding pas beschikbaar wordt nadat de norm ook daadwerkelijk is geschonden.

Een voor de hand liggend, maar niettemin belangrijk neveneffect van dit gedragsnormgerichte karakter van het bevel is dat de remedie niet beschikbaar is als géén gedragsnorm valt aan te wijzen. Dat betekent dat niet in alle gevallen waar achteraf schadevergoeding gevorderd kan worden, vooraf ook een bevel gevorderd kan worden. De in Afdeling 6.3.2 BW vervatte risicoaansprakelijkheden zijn daar een voorbeeld van. Die beperking moet echter niet worden overdreven: als A een schadevergoedingsvordering op zijn buur B heeft omdat B's schoorsteen op het dak van A gevallen is, dan kan A waarschijnlijk ook wel een bevel krijgen ter voorkoming van verdere schade. En als D onvoldoende toezicht uitoefent op zijn ondergeschikten waardoor C gevaar loopt, zal een vordering van C om D te veroordelen dat toezicht wel uit te oefenen waarschijnlijk slagen.

---

8 Asser/Sieburgh *6-II* 2017/50.

9 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1.

10 Art. 3:296 BW noemt als redenen de wet, een rechtshandeling of de aard van de verplichting. Die laatste afwijzingsgrond zal in de delictuele context minder vaak een obstakel vormen dan in de contractuele; als de verplichting te persoonlijk is om er nakoming van te vorderen of nakoming niet meer mogelijk is (de relevante afwijzingsgronden, zie Van der Helm 2019, p. 41 e.v.) vloeit die plicht in ieder geval niet uit het *ongeschreven* recht voort.

Formeel is de grond dan weliswaar de ongeschreven zorgvuldigheid en niet artikel 6:174 of 6:170 BW, maar dat verschil in grondslag heeft weinig praktisch belang.

De strekking van de norm wordt belangrijker waar het gaat om remedies die worden toegewezen *nadat* en *omdat* een normschending is geconstateerd. Anders dan bij een vordering vooraf heeft de eiser hier in theorie meerdere opties: de schadevergoeding in geld, in natura en de winstafdracht. Wie het remedierecht loskoppelt van het materiële recht, zou kunnen denken dat er geen *prima facie* reden is om de ene remedie boven de andere te prefereren. In een benadering van het remedierecht waarin remedie en norm nauw aan elkaar verbonden zijn, wordt echter duidelijk dat meestal niet alle remedies beschikbaar zijn. Sterker nog: vaak zal er juist maar één van die remedies beschikbaar zijn. Omdat de meeste privaatrechtelijke normen gaan over schade en de voorkoming daarvan, is de schadevergoeding de remedie die de gerechtigde zoveel mogelijk brengt in de situatie die de norm hem beloofde. Winstafdracht wegens gevaarzetting ligt in deze benadering niet voor de hand: de schending van zo'n soort norm geeft geen aanleiding tot die remedie.[11]

De keerzijde daarvan is in sommige andere gevallen dat de schadevergoeding in geld niet beschikbaar is, maar een van de andere *ex post* remedies wel. Anders dan soms lijkt te worden gedacht is het aansprakelijkheidsrecht niet uitgespeeld waar de schadevergoeding niet voor de hand ligt omdat geen nadeel is geleden of omdat de norm niets met schade te maken heeft. In plaats van te concluderen dat het aansprakelijkheidsrecht in zo'n geval helaas niets voor de gerechtigde kan betekenen[12] of, omgekeerd, dat ondanks een gebrek aan daadwerkelijk nadeel toch maar een schadevergoeding moet worden opgetuigd,[13] is het beter om in te zien dat in die gevallen andere remedies beschikbaar zijn ter verwezenlijking van de relevante aanspraak. Door te vragen wat de norm de gerechtigde beoogde te bieden, wordt duidelijk dat in sommige gevallen een andere remedie dan de schadevergoeding onrecht zou kunnen remediëren.

Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat een normschending heeft geleid tot nadeel dat binnen het systeem van de artikelen 6:95 en 6:106 BW niet voor vergoeding in aanmerking komt. De wetssystematiek suggereert dat in dat geval in het geheel geen secundaire remedie beschikbaar zou moeten zijn. Zowel de 'winstafdracht' als de 'schadevergoeding in natura' worden immers gepresenteerd als *alternatief* voor de schadevergoeding. In hoofdstuk 0 is evenwel betoogd dat het beter bij de uitgangspunten van de artikelen 6:95 en 6:106 BW zou passen als daar bij de schadevergoeding in natura niet te strak aan vastgehouden wordt. Als de norm wel strekte tot bescherming van immateriële belangen – zoals bijvoorbeeld affectie of de waardigheid – dan zou de schadevergoeding in natura uit-

11 Zie hiervoor § 7.4.

12 Dit lijkt de gedachte te zijn geweest in HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VU*). Instemmend: Nieskens-Isphording, p. 137. Meer in het algemeen van hetzelfde standpunt: Gras 2006, p. 37 e.v.

13 In de literatuur is ook wel zo gereageerd op het EBI-arrest van de Hoge Raad, waarin hij oordeelde dat de *enkele* schending van een fundamenteel recht nog geen recht op schadevergoeding geeft. Zie Verheij 2020.

komst kunnen bieden, ook als schadevergoeding in geld is uitgesloten.[14] In hoofdstuk 0 is op vergelijkbare gronden betoogd dat waar een tussen partijen geldend winstverbod bestaat, het ontbreken van aantoonbare schade niet aan toewijzing in de weg zou moeten staan. De winstafdracht past immers vooral in die gevallen waar de norm de verplichte in zijn verhouding tot de gerechtigde verbood bepaalde winsten te maken. Die norm heeft weinig tot niets met schade te maken en de schending daarvan kan het best worden weggenomen door de verplichte te veroordelen die winsten aan de gerechtigde te laten.[15]

Op deze manier kan de norm het remedierecht goeddeels structureren en van fundament voorzien. Omdat niet alle normen alle belangen beschermen, is in een aantal gevallen simpelweg maar één remedie beschikbaar. Waar de norm beschermt tegen schade, is schadevergoeding de aangewezen remedie; waar de norm een relatief winstverbod bevat, is de winstafdracht een passendere reactie. Omdat de remedie er uitsluitend is om de belofte van de norm te verwezenlijken is dat ook niet problematisch: als de belofte van de norm is verwezenlijkt, heeft het remedierecht zijn taak volbracht. Het wordt pas problematisch, als die belofte *niet* is verwezenlijkt met toewijzing van één remedie. Zo kan het bijvoorbeeld zo zijn dat in de gevallen waarin een schadevergoeding in natura of een winstafdracht voor de hand ligt, de norm daarnaast *ook* tegen schade beschermde. Een non-concurrentiebeding beoogt bijvoorbeeld zowel te voorkomen dat de werknemer winsten voor zichzelf maakt als te voorkomen dat de werkgever clientèle misloopt. In die gevallen rijst dus nog wel degelijk de vraag of deze remedies kunnen worden gecumuleerd (§ 8.3) en, zo nee, hoe de keuze tussen die twee zal moeten worden gemaakt (§ 8.4).

## 8.3 Cumulatie van remedies

Waar twee of meer remedies in beginsel beschikbaar zijn, is sprake van samenloop. In dat geval geldt als hoofdregel dat remedies kunnen worden gecumuleerd, tenzij ze tegenstrijdig zijn.[16] Maar wanneer is er sprake van tegenstrijdigheid van remedies? Is het tegenstrijdig om een bevel met een schadevergoeding te combineren? Is het tegenstrijdig om schade te vergoeden én winst af te dragen? Zo in abstracto gevraagd moet het antwoord wel ontkennend luiden. Anders dan het ontbinden van een overeenkomst én het nakomen ervan is het immers goed mogelijk beide remedies te voltrekken. De tegenstrijdigheid wordt hier pas zichtbaar als de vraag gesteld wordt wat de gerechtigde met een remedie probeert te verwezenlijken. Cumulatie is mogelijk zolang het te verwezenlijken scenario maar niet innerlijk tegenstrijdig is.

14 Zie hiervoor § 4.3.3.2. Waar de norm weliswaar niet op geld waardeerbare belangen beschermt, maar geen passende vergoeding in natura denkbaar is, zal de eiser zijn aangewezen op een verklaring voor recht. Dat is weliswaar geen remedie die de gedaagde wordt opgelegd, maar het uitspreken van die verklaring vervult wel de functie van gerechtelijke erkenning van onrecht. Zie HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, *NJ* 2010/172 (*Chipshol/Staat*), r.o. 3.6. Zie ook: Gillaerts & Keirse 2020, p. 414; Haas 2010.

15 Zie hiervoor § 7.4.

16 HR 9 december 1955, ECLI:NL:HR:1955:47, *NJ* 1956/157, m.nt. L.E.H. Rutten (*Boogaard/Vesta*).

### *8.3.1 Het bevel en de andere remedies*

Het meest voorkomende geval van 'samenloop' is dat van het bevel en de schadevergoeding in geld. Zoals hiervoor gezegd is het bevel vrijwel altijd beschikbaar en omdat de meeste normen zien op de voorkoming van schade is de schadevergoeding dat meestal ook. Een goed voorbeeld is het in § 4.4.2.1 omschreven geval waarin een bedrijf in zijn achtertuin een appartementencomplex optrekt, waardoor omwonenden lichthinder ondervinden.[17] Omdat het hier gaat om een voortdurende onrechtmatige daad is zowel het bevel als de schadevergoeding beschikbaar. De omwonenden hebben namelijk het recht een jegens hen voortdurende onrechtmatige daad (i.e. de hinder) te laten beëindigen én hebben recht op compensatie van gederfd woongenot voor zolang de hinder heeft geduurd of nog zal duren.[18] Deze twee vorderingen kunnen in beginsel worden gecumuleerd, maar daarbij moet wel oog gehouden worden voor de vormgeving daarvan. Het is natuurlijk niet toegestaan een veroordeling tot afbraak te combineren met een veroordeling van vergoeding van gederfd woongenot *in de toekomst*: na afbraak zal immers geen woongenot meer worden gederfd.

Dit voor de hand liggende resultaat is goed te verklaren vanuit de idee dat de remedie een instrument is om de gerechtigde zoveel mogelijk te bieden waar de norm hem recht op gaf. In dit geval geeft de norm hem recht op het hindervrij leven met alle voordelen die daarbij horen. Zolang hij een schadevergoeding voor gederfd woongenot *tot aan de afbraak* combineert met een bevel tot afbraak, verwezenlijkt hij ook niet méér dan dat scenario. Daarmee krijgt hij uiteindelijk exact datgene wat de norm voorschreef (nl. vrij zijn van lichthinder) en voor zover dat niet meer mogelijk is (nl. zolang het gebouw er nog staat) krijgt hij via de schadevergoeding in geld het '*second best*.' Daar is niets tegenstrijdigs aan. Het zou pas tegenstrijdig worden als hij zou proberen naast een bevel tot afbraak ook vergoeding van gederfd woongenot voor de periode *na* afbraak te vorderen. Cumulatie van die twee remedie zou ridicuul zijn: hij lijdt die schade immers niet. Ook vanuit remedierechtelijk oogpunt is dat logisch: je kunt niet én vrij zijn van schade én vergoeding van schade krijgen.

Compliceren we de kwestie echter enigszins, dan is dat resultaat niet zo eenvoudig te bereiken. Stel dat de omwonenden in dit geval niet alleen schadevergoeding voor gederfd woongenot maar ook voor de waardedaling van hun woningen zouden vorderen. Hoewel de woning als gevolg van de lichthinder waarschijnlijk in waarde gedaald zal zijn, zal de waarde weer toenemen na afbraak van het appartementencomplex. Is combinatie hier nu toegestaan of niet? Doordat de woning nu minder waard is, is de schade in zekere zin al geleden, maar naleving van het bevel zou die schade in de toekomst wel weg kunnen nemen. Ook hier kan de gedachte dat de verschillende remedies samen niet meer dan één scenario mogen verwezenlijken inzichtelijk maken in welke gevallen een combinatie als 'tegenstrijdig' zou moeten worden aangemerkt. De benade-

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3392, *NJF* 2019/361.

18 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1. Een eventueel misbruik van recht daargelaten, natuurlijk.

ring van de Hoge Raad in de Groningse aardbevingenzaak suggereert van niet.[19] Hij overweegt dat die schade pas voor vergoeding in aanmerking komt als sprake is van een definitieve waardedaling. Vanuit de hier verdedigde benadering is dat ook terecht, want als de bewoners deze waardedaling vergoed zouden krijgen én het complex zou worden afgebroken, dan zouden zij meer krijgen dan waar de norm hen oorspronkelijk recht op gaf.[20]

### *8.3.2 De schadevergoeding en de winstafdracht*

Dezelfde benadering kan inzichtelijk maken wanneer een keuze moet worden gemaakt tussen de schadevergoeding en de winstafdracht. Neem bijvoorbeeld een geval waarin een huurder, in strijd met een onderhuurverbod, de woning heeft onderverhuurd aan toeristen die vervolgens schade aan de woning hebben veroorzaakt. Naast ontruiming[21] zou de eigenaar in zo'n geval aanspraak kunnen willen maken op (i) winstafdracht, (ii) vergoeding van de schade aan de woning en (iii) de extra huur die hij van de huurder-onderverhuurder had kunnen ontvangen voor het appartement als daar een marktconforme prijs voor zou zijn betaald (winstderving). Deze vorderingen kunnen in ieder geval niet alle drie worden toegewezen, maar enige combinatie is wel mogelijk.

Wie de letter van artikel 6:104 BW volgt moet tot de conclusie komen dat de vordering tot winstafdracht (vordering i) nooit gecombineerd kan worden met een van of beide schadevergoedingsvorderingen. De vordering op grond van artikel 6:104 BW is naar de letter immers slechts een wijze van schadebegroting. Dat suggereert dat de eiser hier vooraf moet opteren voor de ene of de andere wijze van schadebegroting. Dat lijkt me iets te kort door de bocht. Zoals in hoofdstuk 7 is verdedigd is er goede reden aan te nemen dat artikel 6:104 BW zich ontwikkelt tot een zelfstandige vordering tot winstafdracht. Als dat inderdaad het geval is, zou cumulatie in beginsel mogelijk moeten zijn, tenzij sprake is van onverenigbare rechtsgevolgen. Of dat het geval is, hangt ook hier weer af van de vraag of onverenigbare scenario's worden verwezenlijkt.

Als de eigenaar een vordering tot winstafdracht (vordering i) instelt, dan 'aanvaardt' hij in zekere zin de realiteit dat de winsten zijn behaald, maar vordert hij ze op omdat ze bij een niet-gerechtigde zijn beland.[22] Vordert hij daarnaast echter vergoeding van *door hemzelf misgelopen winsten* die hij had kunnen maken als *hij* het appartement aan een ander verhuurd had (vordering iii), dan ontstaat een probleem. Het appartement kan niet twee keer verhuurd worden: óf de eigenaar streeft het scenario na waarin de huurder-onderverhuurder de winsten als het ware 'voor de eigenaar' behaald had, óf hij maakt aanspraak op het scena-

19 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen I*), r.o. 2.11 (afwachtende houding t.o.v. de vergoeding van waardevermindering) en r.o. 2.12 (erkenning mogelijkheid vergoeding gederfd woongenot).

20 Daarop bestaan wel twee beperkingen. Ten eerste vervalt het recht op schadevergoeding als de gedaagde spontaan overgaat tot afbraak: er is dan immers geen schade meer. In praktisch opzicht heeft de gedaagde dus wel degelijk invloed op de vrije keuze van de eiser. Ten tweede vervalt het recht op afbraak als dat gegeven de omstandigheden dermate onredelijk is dat gesproken kan worden van misbruik van recht, zie HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*).

21 Ontruiming van het gehuurde zal worden toegewezen als er voldoende grond is de huurovereenkomst te ontbinden. Als dat het geval is, is verblijf in het gehuurde onrechtmatig en dat onrechtmatige verblijf geeft een basis voor een bevel op grond van art. 3:296 BW. Zie over de problemen bij die vordering § 3.4.2.1.

22 Zie hiervoor § 7.4.

rio waarin hij zelf een huurder had kunnen zoeken.[23] Verwezenlijking van beide scenario's is onmogelijk en daar kan hij dus geen aanspraak op maken.

Dat geldt niet voor de combinatie van de winstafdracht en vergoeding van de schade aan het appartement (vordering (ii)). De reden daarvan is dat het hier gaat om de schending van een aanvullende regel;[24] de regel om het gehuurde in de staat waarin het is aanvaard op te leveren.[25] Ook als we ter verklaring van de winstafdracht bij wijze van ezelsbruggetje gebruikmaken van de fictie dat de eigenaar die winstafdracht vordert de onderhuur als het ware 'accepteert' door afdracht te vorderen, dan is hij daarmee niet ineens akkoord gegaan met de vernieling.[26] Die blijft daarnaast verboden en vergoeding van daardoor veroorzaakte schade blijft mogelijk. De eigenaar die winstafdracht met aanvullende schadevergoeding wil combineren streeft, met andere woorden, een scenario na waarin de gedaagde ten behoeve van hem onderverhuurde én zorg bleef dragen voor de staat van de woning. Dat is in een concreet geval misschien onrealistisch, maar die twee omstandigheden kunnen zich – anders dan een dubbele verhuur – in theorie tegelijkertijd voordoen. Met het combineren van vorderingen (i) en (ii) probeert de eigenaar dan ook geen innerlijk tegenstrijdig scenario te verwezenlijken en dus moet cumulatie mogelijk zijn.

En daarmee wordt precies aangesloten bij de lijn van de Hoge Raad in het IE-recht. De Hoge Raad heeft in *Danestyle/HBS* overwogen dat binnen het IE-recht geldt dat de winstafdracht niet kan worden gecombineerd met een vordering tot vergoeding van gederfde winst, maar wel met vergoeding van andere schade.[27] Op basis van de voorgaande redenering kan dat goed worden verklaard. Met een vordering tot vergoeding van gederfde winst én een vordering tot winstafdracht streeft de rechthebbende een innerlijk tegenstrijdig scenario na. De klanten kunnen niet én met de rechthebbende én met de gedaagde zaken doen. Cumulatie is daar dan ook terecht uitgesloten. Gaat het echter om andere schade, zoals bijvoorbeeld reputatieschade, dan is er geen reden waarom cumulatie niet mogelijk zou moeten zijn. In zo'n geval wordt immers een beroep gedaan op twee verschillende aspecten van het geschonden recht: het winstverbod enerzijds en de plicht geen schade toe te brengen anderzijds.

---

23 Overigens is het maar zeer de vraag of vordering (iii) ooit zal slagen, want wie de onrechtmatige daad 'wegdenkt' komt niet tot een scenario waarin de eigenaar aan een ander kan verhuren, maar tot een scenario waarin de huurder-onderverhuurder simpelweg niet onderverhuurde. Zie ook §§ 7.3.1 & 7.4.2.1.

24 Een vergelijkbare splitsing van verschillende onrechtmatige gedragingen wordt door de Privy Council wel gevolgd om deze vorm van cumulatie mogelijk te maken, zie *Tang Man Sit (Deceased) v Capacious Investments Ltd* [1996] AC 514.

25 Art. 7:224 lid 2 BW.

26 Hoewel dat een handige manier is om over de winstafdracht te denken, is het natuurlijk niet écht zo dat de eigenaar de illegale onderhuur aanvaardt. De onderhuurder mag na winstafdracht ook niet ineens blijven zitten. De redenering is slechts: áls die winsten ergens terecht moeten komen, dan is het bij de onderling beter gerechtigde. In het Engelse recht werden winstafdrachten in het verleden wel toegewezen onder de doctrine van 'waiver of tort.' Die terminologie impliceert dat de onrechtmatige daad wordt goedgekeurd (zie bijv. *Verschure Creameries Ltd v Hul land Netherlands Steamship Co. Ltd* [1921] 2 KB 608. De heersende opvatting is dat het hier gaat om een manier om remediekeuze te omschrijven. Burrows 2009, p. 642-643; Birks 2005, p. 83.

27 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, *NJ* 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade (*Danestyle/HBS*), r.o. 3.3.5.

### *8.3.3 De schadevergoeding in geld en de schadevergoeding in natura*

De keuze tussen schadevergoeding in geld en schadevergoeding in natura wordt niet op dezelfde manier door de norm gedicteerd. Vanwege het discretionaire en subsidiaire karakter van die laatste vordering valt deze keuze minder systematisch te benaderen en gaat het meer om een aanwijzing dan een echte beperking. Toch is er wel iets van informatie uit de norm te putten. Omdat beide vorderingen een vergelijkbaar doel nastreven – namelijk het vergoeden van schade van de eiser – ligt een combinatie niet voor de hand: dubbele compensatie moet immers worden voorkomen. Toch vervullen ze niet precies hetzelfde doel: waar de schadevergoeding in geld de vergoedbare schade wegneemt, kan de schadevergoeding in natura daarnaast immaterieel nadeel vergoeden. In die zin zouden deze remedies kunnen worden gecombineerd. Cumulatie is denkbaar in die gevallen waar de schadevergoeding in geld één deel van de schade vergoedt en de schadevergoeding in natura een ánder deel. Twee voorbeelden kunnen deze grens wat concreter maken.

Neem het in hoofdstuk 4 besproken geval van de notaris die het familieschilderij als gevolg van een beroepsfout had toebedeeld aan de verkeerde erfgenaam.[28] De Rechtbank Amsterdam achtte een veroordeling tot verwerving van het inmiddels doorverkochte schilderij gepast; alleen zo kon de eigenlijk gerechtigde erfgenaam volledig schadeloosgesteld worden. Als het de notaris lukt het schilderij te verwerven en over te dragen aan de juiste partij, dan is daarmee de kous af. De erfgenaam kan waarschijnlijk geen schade aanwijzen die hij heeft geleden door het gemist gebruik en is met de ontvangst van het schilderij volledig gecompenseerd. In zo'n geval ligt het niet voor de hand dat daarnaast nog een vordering tot schadevergoeding in *geld* wordt toegewezen.

Dat voorbeeld moet worden gecontrasteerd met het geval van de gestolen zweefmolen.[29] Het ging daar om een broer en zus die afgifte vorderden van de door de gedaagde onrechtmatig in bezit genomen zweefmolen die zij onder eigendomsvoorbehoud van hun vader hadden verworven. Met deze afgifte is zowel het ideële nadeel als het verlies van een economisch waardevolle zaak vergoed. Tegelijkertijd hebben zij de zweefmolen waarschijnlijk enige tijd niet kunnen gebruiken. Zouden zij de gedaagde willen aanspreken tot monetaire vergoeding van de misgelopen inkomsten gedurende de tijd dat zij de zweefmolen niet konden gebruiken, dan moet dat mogelijk zijn. Een monetaire vergoeding van die schade zou de eiser niet meer bieden dan waar de norm hem recht op gaf en dus is er geen reden van deze cumulatie af te zien.

## 8.4 De norm en de keuze tussen tegenstrijdige remedies

Kortom: het aantal gevallen waarin een keuze voor de ene of de andere remedie moet worden gemaakt blijft bij een zorgvuldige verbinding van de normschending aan de remedie beperkt. Ten eerste zijn lang niet altijd meerdere remedies

28 Rb. Amsterdam 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN3398 (*Familieschilderij*).
29 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9497 (*Zweefmolen*).

beschikbaar en waar ze dat zijn, leiden ze, ten tweede, lang niet altijd tot onverenigbare rechtsgevolgen. Een keuze is dan niet nodig. Op deze manier kan aan de hand van de norm en de strekking daarvan het remedierecht voor het grootste deel gestructureerd worden. Toch kent de normcentrische benadering hier ook haar grenzen. Er zijn namelijk gevallen waar wel degelijk een keuze gemaakt moet worden. Hoe die keuze moet worden gemaakt hangt minder af van de norm zelf en meer van de voorkeuren van degene die de keuze maakt.

Aansluitend bij de algemene samenloopregels geldt dat het uitgangspunt is dat de eiser vrij is die remedie te kiezen die hem het beste uitkomt.[30] Dat is bijvoorbeeld het geval waar de eiser moet kiezen tussen winstafdracht en vergoeding van gederfde winsten, zoals bij verboden onderhuur. Omdat met winstafdracht en vergoeding van gederfde winsten twee onverenigbare scenario's worden nagestreefd, zal een keuze gemaakt moeten worden. Uitgangspunt van de samenloopregels is dat de keuze bij de gerechtigde ligt en dat is hier niet anders.[31] Neem bijvoorbeeld het relatieve onderhuurverbod: de onderverhuurder had daar noch het recht de winsten van de eigenaar te beperken, noch het recht die winsten voor zichzelf te genereren. In de ideale wereld had hij de keuze aan de eigenaar gelaten. Dat heeft hij niet gedaan en dan is het niet aan hem om erop te staan dat de eisende eigenaar de voor de gedaagde onderverhuurder minst bezwaarlijke remedie kiest. Dat verhoudt zich niet tot hun materieelrechtelijke verhouding. En dat is ook de geldende regel. De Hoge Raad overweegt over artikel 6:104 BW immers expliciet dat "in zijn algemeenheid niet de eis gesteld [kan] worden dat (de rechter motiveert dat) de ingevolge artikel 6:104 op te leggen schadevergoeding in een reële verhouding staat tot de daadwerkelijk geleden schade."[32] In de in deze dissertatie verdedigde opvatting is dat ook terecht: wie een winstverbod schendt, kan niet verwachten die winsten te mogen behouden.[33] Dat de eiser daar dan voor kiest, is zijn goed recht.

Dezelfde vrijheid heeft de eiser evenwel niet bij de schadevergoeding in natura. Hoewel de eiser degene is die vergoeding in deze vorm zal moeten vorderen, is de uiteindelijke beslissing aan de rechter.[34] Hij zal – wat mij betreft aan de hand van de in hoofdstuk 4 gegeven handvatten – moeten beoordelen of dit (a) een geval is waarin schadevergoeding in natura passend is en (b) of in concreto een passende vergoeding denkbaar is.[35] Omdat wetgever en Hoge Raad het primaat nadrukkelijk bij de schadevergoeding in geld leggen, kan niet gezegd worden dat een *aanspraak* op een schadevergoeding in natura bestaat.[36] Dat betekent dat een rechter in een gegeven geval altijd na zal moeten gaan of een ver-

30 HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, *NJ* 2007/621, m.nt. Haak (*Fernhout/Essent*), r.o. 4.2. Zie ook: Van Nispen 2018, p. 17-18.

31 Castermans & Krans 2019, p. 29.

32 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.7.

33 De Hoge Raad overweegt zelf overigens nog wel dat 'indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de rechter de schade in beginsel begroot op een door hem te bepalen gedeelte van de winst.' (HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.7). Dit zou zijn om te voorkomen dat de remedie een punitief karakter krijg, al valt lastig in te zien waarom het afdragen van nettowinst behaald met een overtreding van een relatief winstverbod een punitief karakter zou hebben. Waar verboden winst wordt afgepakt, wordt nu niet echt leed toegevoegd.

34 Art. 6:103 BW bepaalt dat "(…) de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom [kan] toekennen." (onderstreping WThN). Zie hierover ook § 4.2.

35 Zie hiervoor § 4.3. en § 4.4.

36 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 362 e.v. Zie ook: Van der Helm 2019, p. 13.

goeding in natura passend is en dat de eiser nooit kan rekenen op toewijzing van de schadevergoeding in natura. Daarbij zal hij zich wel kunnen laten leiden door de strekking van de norm, maar hij heeft onmiskenbaar de vrijheid andere overwegingen erbij te betrekken.

Waar de rechter zich bij zijn beslissing op een vordering tot de schadevergoeding in natura nog enigszins gebonden zou kunnen voelen aan wat de norm precies beloofde, zijn er ook gevallen waarin de rechter op basis van een aanvullende belangenafweging tot afwijzing of matiging van de vordering moet komen. Het hiervoor besproken geval in *Kuipers/De Jongh* is daar een voorbeeld van.[37] In dat geval werd een bevel tot verwijdering van de garage van Kuipers die op het land van De Jongh stond afgewezen, omdat het gebruikmaken van die vordering neerkwam op een misbruik van recht.[38] Dat misbruik was er vooral in gelegen dat De Jongh van de bouw op de hoogte was en dat Kuipers had aangeboden haar schadeloos te stellen. Strikt genomen was de bouw nog steeds onrechtmatig, dus de norm suggereerde toewijzing, maar op basis van deze 'omstandigheden van het geval' kwam de rechter toch tot afwijzing. Ook hier geldt dat de norm nog steeds een zekere invloed kan uitoefenen. Afwijzing zal minder snel voor de hand liggen als de norm strekte tot bescherming van de gezondheid en juist sneller waar de norm strekte tot bescherming van het vermogen van de gerechtigde. Toch is die invloed nadrukkelijk beperkter dan in de tot nu toe besproken gevallen. Vaak zal de rechter zijn keuze het bevel af te wijzen in ieder geval mede baseren op overwegingen die extern aan de norm zijn, zoals de hoedanigheid van partijen of hun proceshouding.

Een verdergaande beperking ligt besloten in de matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 BW. Dat artikel staat de rechter toe de schadevergoeding te matigen "[i]ndien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden." Ook hier moet het gaan om 'kennelijk onaanvaardbare resultaten' en wordt de drempel hoog gelegd.[39] Anders dan bij de afwijzing van het bevel wegens misbruik van recht, is het resultaat niet binair, maar gradueel: de schadevergoedingsvordering hoeft niet direct volledig afgewezen te worden, maar kan worden *gematigd.* Dat verschil is goed verklaarbaar. Een graduele oplossing is bij het bevel niet nodig, omdat bij afwijzing in ieder geval nog een recht op schadevergoeding bestaat. Bij volledige afwijzing van de schadevergoeding zou echter geen alternatief overblijven. Vandaar dat de rechter een genuanceerd resultaat kan bereiken door de vergoedingsveroordeling te *matigen.*

## 8.5 Conclusie

De gedachte dat de remedie een instrument is om zoveel mogelijk de belofte van de op de verplichte rustende norm te verwezenlijken kan niet alleen nuttig zijn bij het oplossen van vraagstukken verbonden aan één individuele remedie, maar

37 Zie hiervoor § 3.2.2.3.
38 HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*).
39 Art. 6:109 BW kan alleen worden toegepast als sprake is van 'kennelijk onaanvaardbare resultaten'. Zie ook: Asser/Sieburgh *6-II* 2017/179.

helpt ook inzichtelijk te maken wat de verhouding tussen de verschillende delictuele remedies is. De belangrijkste consequentie van die benadering is dat het rechterlijk bevel een centrale rol krijgt. Doordat het bevel ertoe dient naleving van de norm te bewerkstelligen is het de remedie die de gerechtigde zoveel mogelijk biedt wat de norm hem beloofde: naleving van de primaire norm. Afwijzing van die remedie ligt niet voor de hand, want het materiële recht geeft een gerechtigde een aanspraak op bepaald gedrag van een ander. In de uitzonderlijke gevallen waar afwijzing toch noodzakelijk is – bijvoorbeeld omdat het publiek belang dat eist of omdat het doorzetten van die remedie zou uitmonden in een misbruik van recht – komen de overige remedies in beeld.

Waar normschending wel in het verleden ligt, rijst de vraag welke remedies in een concreet geval passend kunnen zijn. Ten aanzien daarvan geldt dat het vormen van een helder beeld van welke belofte de norm partijen deed, kan helpen duidelijk te maken welke remedie in een concreet geval beschikbaar is. Hoewel de disjunctieve benadering, waarbij de normschending meer een voorwaarde dan een reden voor toewijzing van een remedie is, suggereert dat al deze remedies steeds uitwisselbaar beschikbaar zijn, geven de praktijk en de normcentrische benadering een ander beeld. In de meeste gevallen beschermen normen de gerechtigde tegen schade en is de schadevergoeding in geld de passende remedie. Beschermt de norm in plaats daarvan of daarnaast een immaterieel belang of bevat het een relatief winstverbod, dan liggen de schadevergoeding in natura respectievelijk de winstafdracht meer voor de hand. Op deze manier wordt het aantal gevallen van problematische samenloop beperkt: in veel gevallen is er simpelweg maar één remedie beschikbaar.

Waar er dan toch meerdere tegelijkertijd beschikbaar zijn, rijst de vraag of toewijzing van beide remedies tegenstrijdigheid zou opleveren. Zo in abstracto geformuleerd is dat lastig in te schatten: waarom zou het immers tegenstrijdig zijn een veroordeling tot winstafdracht én schadevergoeding uit te spreken? Door echter de vraag te stellen welk scenario met de gevorderde remedies wordt verwezenlijkt, wordt die tegenstrijdigheid veel inzichtelijker. In sommige gevallen – zoals waar een vordering tot winstafdracht wordt gecombineerd met een vergoeding van gederfde winsten – probeert een eiser meer te krijgen dan waar de norm hem aanspraak op gaf. Dat soort cumulatie is tegenstrijdig en moet vanzelfsprekend niet worden toegestaan. In andere gevallen probeert hij niets meer dan met verschillende instrumenten het scenario dat de norm hem beloofde zoveel mogelijk te benaderen. Dat is waar het remedierecht toe dient en cumulatie moet dan geen probleem zijn.

In de zeldzame gevallen waar een keuze zal moeten worden gemaakt neemt de invloed van de norm af. In lijn met de uitgangspunten van de samenloopregels is de keuze in principe aan de eiser. Hij zal zich daarbij mogen laten leiden door zijn eigen voorkeuren. Waar de rechter de keuze moet of mag maken, kan hij zich laten leiden door de norm – bijvoorbeeld bij beantwoording van de vraag of een schadevergoeding in natura gepast is – maar is het hem zonder meer toegestaan zich te richten naar overwegingen die daar volledig extern aan zijn, zoals de proceshouding van partijen of de betrokken publieke belangen. Dit soort overwegingen, die weinig tot niets te maken hebben met de inhoud van de materiële norm, hebben echter slechts bij uitzondering invloed op de toe te wijzen remedie. Uitgangspunt blijft dat de remedie moet worden gericht naar de norm waarop zij is gestoeld.

# 9 Remedies zonder normschending

## 9.1 Inleiding

De gedachte dat de remedie een instrument is om de eiser in staat te stellen zoveel mogelijk te verwezenlijken wat de norm hem beloofde kan zowel helpen concrete vraagstukken in het delictuele remedierecht op te lossen (hoofdstuk 3 tot en met 7) als een structuur voor het remedierecht als geheel bieden (hoofdstuk 8). Een grote uitdaging voor deze relationele en normcentrische benadering van het remedierecht is evenwel dat er gevallen denkbaar zijn waarin een remedie wordt toegewezen zonder dat een duidelijke gedragsnorm aan de vordering ten grondslag wordt gelegd. Dat zou men bijvoorbeeld kunnen denken waar een remedie 'direct voortvloeit' uit het subjectieve recht, zoals bij de zakelijke acties, of waar schadevergoeding wordt toegewezen op grond van een van de risicoaansprakelijkheden. In die gevallen wordt immers een remedie toegewezen zonder dat de vaststelling van een dreigende of reeds gepleegde normschending aangewezen hoeft te worden. De vraag is wat dit betekent voor de validiteit van een normcentrische benadering van het remedierecht. Is er iets mis met deze remedies of is er iets mis met de benadering? Het antwoord ligt vanzelfsprekend ergens in het midden.

Hieronder betoog ik eerst dat zakelijke acties als de revindicatie en de *actio negatoria* weliswaar lijken te verschillen van de typische bevelsactie, maar bij nadere beschouwing eigenlijk helemaal niet haaks staan op een op plichten gestoelde benadering (§ 9.2). Problematischer zijn de gevallen waarin een schadevergoedingsvordering wordt toegewezen zonder dat een voorafgaande normschending wordt aangenomen, zoals bij de risicoaansprakelijkheden. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is misschien nog wel de aansprakelijkheid voor dieren: de aansprakelijke bezitter van het dier kan geen verwijt worden gemaakt, maar is toch echt aansprakelijk. Wat is het nut van duiden van het remedierecht aan de hand van de norm, als we deze veroordelingen niet kunnen inpassen (§ 9.3)? In plaats van al die gevallen om te buigen tot quasi-foutaansprakelijkheden of de hele normcentrische benadering overboord te gooien, pleit ik ervoor te erkennen dat het mogelijk is om tot een primaire plicht tot schadevergoeding te komen, maar dat voor de overige gevallen de norm de belangrijkste raadgever voor remediekeuze en -vormgeving blijft (§ 9.4).

## 9.2 Zakelijke acties en het belang van de norm

Een ogenschijnlijk eerste probleem voor de normcentrische benadering is de gedachte dat er zakelijke acties bestaan die met de onrechtmatige daad weinig te maken hebben.[1] Zulke acties zijn bijvoorbeeld de revindicatie en de *actio negatoria*.[2] Hoewel het vaak zal voorkomen dat deze acties worden ingesteld nadat een onrechtmatige daad is begaan, is dat niet nodig. De eigenaar van een zaak kan haar opvorderen van degene die de zaak zonder recht houdt[3] en wiens zaken op het land van een ander zijn beland, kan op vordering van die ander worden veroordeeld tot verwijdering.[4] Zeker in combinatie met de hieronder nog nader te bespreken risicoaansprakelijkheden roepen die gevallen de vraag op of de norm wel een stevig fundament voor het remedierecht kan bieden.

### *9.2.1 Rechten en plichten*

Voor het grootste deel is de idee dat acties gebaseerd worden op het subjectieve recht en *dus* niets met de onrechtmatige daad te maken hebben het gevolg van spraakverwarring. Het is inderdaad juist dat een toerekenbare normschending niet vereist is voor een succesvolle revindicatie of *actio negatoria*, maar dat is niet uniek aan de zakelijke actie. Omdat het rechterlijk bevel een 'preventieve' of '*ex ante*' remedie is, is daarvoor nooit een voorafgaande toerekenbare normschending vereist. Vereist is slechts dat een plicht bestaat jegens de eiser en dat de eiser voldoende belang heeft bij nakoming.[5] En dat is nu precies wat er gebeurt bij de revindicatie en de *actio negatoria*. Wie een zaak zonder recht houdt, is verplicht haar terug te geven aan de rechthebbende en van die plicht kan nakoming worden gevorderd. Natuurlijk kan het zijn dat de houder niet wist dat hij de zaak zonder recht hield, maar die kennis heeft hij in ieder geval na veroordeling wel. Vandaar dat de veroordeling zonder voorafgaande bewuste schending kan worden toegewezen: de veroordeling tot afgifte is gebaseerd op de onrechtmatigheid van de voortzetting van het houderschap.

De verwarring lijkt voort te komen uit de idee dat een normschending en een rechtsinbreuk twee verschillende dingen zijn. Al na het wijzen van *Lindenbaum/Cohen* ontstond discussie over de vraag waar de grens tussen de betamelijkheid en de rechtsinbreuk nog lag.[6] Burenhinder kwalificeert als een inbreuk op het eigendomsrecht van de ander, maar is dat alleen als het gedrag ook onzorgvuldig is.[7] Vandaar dat Smits in de jaren '40 al betoogde dat uiteindelijk alle rechtsplichten betamelijkheidsplichten zijn. Het eigendomsrecht is in zijn visie een belangrijke factor bij het bepalen of gedrag "onmaatschappelijk" is, maar de inbreuk

1 Zie C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478 (*Trechsel/Lameris*).
2 Zie over het bestaansrecht van die actie Van Es 2005. Instemmend: Van der Helm 2019, p. 98.
3 Art. 5:2 BW.
4 Zie bijv. HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, *NJ* 1989/854, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols-Pelzers/Heijmen*).
5 Van Nispen 2018, p. 25-28.
6 Zie bijv. Fruin 1932, p. 50; Van Oven 1932, p. 510; Scholten 1919, p. 1066 (allen voorstander van het maken van enig onderscheid); Smits 1940, p. 373-402 (voorstander van het laten varen van een principieel onderscheid).
7 Zie art. 5:37 BW: "De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun."

zou op zichzelf geen aparte onrechtmatigheidscategorie moeten zijn.[8] Verheul heeft recentelijk het spiegelbeeldige betoogd: een zorgvuldige rechtsinbreuk is helemaal geen rechtsinbreuk.[9] Dat klinkt als een fundamenteel meningsverschil, maar anders dan de auteurs zelf menen,[10] denk ik dat er weinig verschil zit tussen deze benaderingen.

Natuurlijk heeft Verheul gelijk als hij schrijft dat een "zorgvuldige rechtsinbreuk" vaak helemaal geen rechtsinbreuk is.[11] Het beschadigen van het *rechtsobject* is inderdaad niet meteen de schending van een recht. Maar is het omgekeerde daarmee ook onjuist? Is het onjuist om te zeggen dat de uiteindelijke vraag steeds is of het gedrag onzorgvuldig of onmaatschappelijk te noemen is? Mij lijkt van niet. Het punt is, linksom of rechtsom, dat steeds zal moeten worden nagegaan wat de ene partij mag verwachten van de andere.[12] In sommige gevallen is het daarbij handig om te vertrekken vanuit het subjectieve recht. Dat is bijvoorbeeld het geval als het 'slachtoffer' een beschermenswaardig belang heeft, maar op voorhand nog niet heel duidelijk is wie dat belang precies zouden kunnen beschadigen. In andere gevallen is het juist nuttiger om te vertrekken vanuit de rechtsplicht van de 'veroorzaker'. Dat is bijvoorbeeld zo waar duidelijk is dat de activiteit die hij ontplooit gevaarlijk is en kan leiden tot schade bij derden, maar in het algemeen nog niet duidelijk is wie die derden precies zijn.

En daar zit de crux. De 'direct op het recht' gestoelde acties zijn zo bijzonder nog niet. Zij zijn het spiegelbeeld van een vordering tot nakoming van een rechtsplicht.[13] Soms loont het om de juridische analyse te laten vertrekken vanuit de beschermenswaardige positie van de eiser (bijv. het recht van een eigenaar de aan hem toebehorende zaken te kunnen gebruiken) en pas daarna stellen we de vraag welke plichten voor anderen daaruit voortvloeien (bijv. de plicht van een voorbijganger niet zomaar de tuin van een ander te betreden). In andere gevallen kunnen we beter vertrekken vanuit de op de gedaagde rustende normen (bijv. de verplichting voorzichtig om te gaan met gevaarlijke stoffen) en pas daarna de vraag stellen wie daaraan rechten kan ontlenen (bijv. degene die naast deze werkplaats al jaren een kinderdagverblijf opereert). Fundamenteel verschillen die analyses evenwel niet: het zijn simpelweg verschillende aanvliegroutes om tot de juiste verdeling van rechten en plichten te komen.[14]

### *9.2.2 De primaire plicht het recht van een ander te respecteren*

Toch wordt wel volgehouden dat het onderscheid ertoe doet.[15] Van Es betoogt bijvoorbeeld dat het juist heel belangrijk is de op het recht gestoelde actie te on-

8 Smits 1940, p. 388, 402. Zie anders: Jansen 2012, p. 351.
9 Verheul 2018.
10 Zie expliciet Verheul 2018, p. 859.
11 Zie ook Jac. Hijma, annotatie bij HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, *AA* 1991/4, p. 338-343 (*Geerts/Ten Dam*).
12 Fruin schreef het mooi: "Een absoluut recht is eigenlijk een contradictio in terminis; immers een recht is altijd relatief", zie Fruin 1932, p. 50.
13 Meijers zag de revindicatie van art. 5:2 BW dan ook als een species van de nakomingsvordering van art. 3:296 BW, zie TM, *Parl. Gesch. Boek 5, p.* 71.
14 Beide analyses kunnen ook worden omgekeerd: niemand mag een zaak zonde recht onder zich houden (en dus heeft de eigenaar een vordering) en ieder kind heeft het recht veilig te kunnen spelen (en dus mag men geen gevaarlijke stoffen bewerken naast een speeltuin).
15 Van Es 2005, p. 194; Van der Helm 2019, p. 98; C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478 (*Trechsel/Lameris*).

derscheiden van de op de zorgvuldigheid gestoelde actie.[16] Hij bespreekt daartoe onder andere het arrest *Schols-Pelzers/Heijmen*.[17] In dat arrest ging het om tuinafval dat van een hogergelegen erf naar een lagergelegen erf gleed. De Hoge Raad achtte de eigenaar van het tuinafval verplicht tot verwijdering. De Hoge Raad baseerde die verplichting op de maatschappelijke betamelijkheid, maar Van Es acht het juister om de vordering *rechtsreeks* op de inbreuk op het eigendomsrecht te baseren. In zijn visie ontstaat *die* vordering namelijk al voordat de eigenaar van het tuinafval van de inbreuk op de hoogte is, zodat de gedaagde eventueel bij verstek kan worden veroordeeld. Het is de vraag of dat juist is.

Ten eerste lijkt een verstekveroordeling evengoed mogelijk als we een ongeschreven zorgvuldigheidsmaatstaf gebruiken. De rechter die zich volledig op een ongeschreven zorgplicht tot verwijdering van zaken wil baseren kan de gedaagde namelijk voorwaardelijk veroordelen het tuinafval te verwijderen op het moment dat de gedaagde van de inbreuk op de hoogte raakt. Aangezien de voor het verbeuren van dwangsommen vereiste betekening van het verstekvonnis doorgaans dat effect zal hebben, maakt dit voor de eiser praktisch geen verschil: de rechtsplicht ontstaat weliswaar niet direct, maar wel op het eerste moment waarop hij kan handhaven.[18] Natuurlijk kunnen *voor* dat moment geen dwangsommen worden verbeurd, maar dat lijkt ook niet onwenselijk. De dwangsom is een zijdelings dwangmiddel, geen verkapte schadevergoeding voor vertraging.[19]

Ten tweede lijkt het ook weinig wenselijk een plicht aan te nemen voordat de eigenaar van het tuinafval van het afglijden op de hoogte is. Er ontstaat dan een plicht waaraan hij per definitie niet *kan* voldoen, terwijl de schending ervan wel zou kunnen leiden tot een veroordeling tot schadevergoeding wegens verminderd gebruiksgenot zolang het tuinafval niet weg wordt gehaald. Als de eigenaar van het tuinafval weigert het op te ruimen is daar misschien wel wat voor te zeggen, maar vinden we dat nog steeds als hij van het afglijden niets weet of hoeft te weten? Dat gaat wat ver: zolang de eigenaar van het afval niet weet of zou moeten weten dat het is afgegleden, is het vreemd hem verantwoordelijk te houden voor verminderd gebruiksgenot.[20] Dan had de eigenaar van de tuin hem maar op de hoogte moeten stellen. De erkenning van zo'n niet-naleefbare plicht is bovendien nergens voor nodig. De gedaagde raakt in ieder geval door veroordeling van de aanwezigheid van het tuinafval op de hoogte en iedere dag dat hij daarna niets onderneemt het te verwijderen, pleegt hij een onrechtmatige daad. Het bevel kan gewoon opgelegd worden ter voorkoming van die onrechtmatige daad.

Hoewel we hier dus te maken hebben met een vordering die traditioneel wordt gezien als de handhaving van een recht, verschilt ze in de kern niet zoveel van de veroordeling tot nakoming van een plicht. Omdat hier de positie van de rechthebbende een eenvoudig startpunt is, zetten we de redenering vanuit dat perspectief op, maar dat betekent niet dat er geen plicht is aan te wijzen. Ieder

16 Van Es 2005, p. 252; Van Es 2012, p. 309.
17 HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, *NJ* 1989/854, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols-Pelzers/Heijmen*).
18 De gedaagde kan geen dwangsommen verbeuren voor betekening, zie art. 611a lid 3 Rv.
19 Zie hiervoor § 3.3.1.2.
20 Een plicht tot handelen of waarschuwen ontstaat in gevaarzettingssituaties immers ook niet zonder dat de (mogelijk) verplichte van dat gevaar is doordrongen, zie bijv. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, *NJ* 1975/149, m.nt. G.J. Scholten (*Struikelende broodbezorger*), r.o. 5. Hoewel afhankelijk van de omstandigheden van het geval, leidt een gebrek aan bekendheid met het gevaar doorgaans niet tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW (zie Jansen 2012, p. 456-458), maar tot risicoaansprakelijkheid (zie daarover § 9.3).

recht krijgt pas betekenis doordat het in verband wordt gebracht met één of meer anderen en die ander of anderen heeft of hebben dan een plicht zich van inmenging te onthouden.[21] Of we nu zeggen dat het recht of de plicht wordt gehandhaafd: we hebben het uiteindelijk over de handhaving van de verdeling van verantwoordelijkheden die uit de materiële rechtsverhouding voortvloeit.

### *9.2.3 Schadevergoeding wegens een blote rechtsinbreuk?*

Een geval waarin een 'zakelijke actie' niet leidde tot een veroordeling iets te *doen,* maar tot het dragen van kosten was *Trechsel/Lameris.*[22] De boom van Trechsel was in een stormachtige nacht omgewaaid en op de woning van Lameris gevallen. Trechsel zag de ontstane ravage de volgende ochtend. De boom moest vervolgens snel worden verwijderd om de gaten in het dak van de woning van Lameris te kunnen repareren. Lameris ging daartoe over en vorderde schadevergoeding van Trechsel, die zich op zijn beurt verweerde met de stelling dat hij geen onrechtmatige daad had begaan. De Hoge Raad oordeelde dat Trechsel hoe dan ook verplicht was tot het dragen van de kosten:

> "3.2 (…) De zorgvuldigheid die Trechsel in het maatschappelijk verkeer jegens de goederen van Lameris in acht behoorde te nemen, bracht immers mee dat hij terstond, nadat hij van de situatie op de hoogte was, maatregelen behoorde te nemen om aan deze situatie die een inbreuk op de eigendom van Lameris insloot, een einde te maken door de hem toebehorende boom te verwijderen."[23]

Strikt genomen oordeelt de Hoge Raad hier dat het niet onverwijld verwijderen van de boom de onrechtmatige daad is en dat de kosten van verwijdering als schade voor vergoeding in aanmerking komen. Op deze manier past de vordering goed in het systeem: er wordt een zorgplicht geformuleerd en op grond van de schending is de gedaagde aansprakelijk voor de door de benadeelde geleden schade.

Ook vanuit de in deze dissertatie verdedigde benadering is dit een welkome constructie: volgens de Hoge Raad zou het ook hier immers gaan om een geschonden norm die aanleiding geeft tot schadevergoeding. De academische integriteit dwingt echter even een stap terug te doen en te bezien hoe de aldus geconstrueerde primaire plicht tot handelen en de secundaire plicht tot vergoeden van schade zich tot elkaar verhouden. Trechsel had de boom natuurlijk nooit echt zelf verwijderd, maar laten verwijderen. Dat betekent dat nakoming van zijn primaire plicht zou neerkomen op het betalen van een rekening van een in verwijdering van bomen gespecialiseerd bedrijf. De schade van Lameris bestaat in dit geval in exact dezelfde kosten. In praktisch opzicht stemmen de gedragsnorm en de schadevergoedingsplicht die de Hoge Raad hier van elkaar lostrekt dus volledig overeen. Hoe we de plicht ook duiden: uiteindelijk komen we hier tot een belastende plicht voor Trechsel, die is ontstaan als gevolg van het omvallen van zijn boom, zonder dat hem een verwijt gemaakt kon worden. Dat resultaat roept de vraag op

21 Zie Hohfeld 1919 en hiervoor § 2.2.1.
22 HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478, m.nt. C.J.H. Brunner (*Trechsel/Lameris*).
23 *Ibid.* r.o. 3.2. Omdat verwijdering direct moest plaatsvinden was het geen probleem dat Lameris dit zelf had gedaan en nu vergoeding van de kosten vorderde, zie r.o. 3.5.

of we hier kunnen zeggen dat de remedie wordt geïnformeerd door de daaraan ten grondslag gelegde gedragsnorm. Is dit niet gewoon een geval waarin een *primaire* plicht tot schadevergoeding bestaat? Mij lijkt van wel, en als we ons blikveld iets verbreden wordt duidelijk dat dat soort plichten zo uniek nog niet zijn.

## 9.3 Schadevergoeding zonder voorafgaande normschending

### *9.3.1 De risicoaansprakelijkheden*

De meest in het oog springende gevallen van verplichtingen tot schadevergoeding zonder dat daar een normschending aan vooraf is gegaan, zijn die uit Afdeling 6.3.2 BW over kwalitatieve aansprakelijkheden. De verschillende aansprakelijkheden uit die Afdeling verschillen iets in aard – soms gaat het om aansprakelijkheid voor een ander, soms om aansprakelijkheid voor een zaak – maar het resultaat is hetzelfde: een persoon ('de verantwoordelijke') wordt verantwoordelijk gehouden voor schade die is ontstaan buiten een door hem begane fout om. Deze artikelen scheppen geen plichten waarvan nakoming gevorderd kan worden. Natuurlijk is het wel mogelijk dat er een toezichts- of zorgplicht bestaat die parallel loopt aan de door het artikel gecreëerde aansprakelijkheid – zoals de plicht een opstal te onderhouden, toezicht op kinderen te houden of ondergeschikten afdoende te instrueren – maar het punt van deze artikelen is juist dat het bestaan en de schending van zo'n plicht voor de verplichting tot schadevergoeding niet *nodig* is.

Een ander wettelijk voorbeeld van een directe plicht tot schadevergoeding vormt de verplichting van de belanghebbende om, voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, de zaakwaarnemer de schade te vergoeden, die deze als gevolg van de waarneming heeft geleden.[24] Hier heeft degene wiens belangen zijn behartigd vanzelfsprekend geen norm geschonden door zijn belangen te laten behartigen. Daar had hij per definitie geen zeggenschap over. Toch vinden we het kennelijk redelijk dat als een derde kosten maakt, die kosten dan wel voor rekening van de belanghebbende komen.[25] En als we de blik iets breder werpen, dan blijkt dat dit soort plichten zo vreemd nog niet zijn.

### *9.3.2 Schadevergoeding wegens rechtmatige daad*

Neem bijvoorbeeld het geval dat nu door artikel 6:168 BW wordt geregeld. Dat artikel bepaalt dat een bevel kan worden afgewezen waar de onrechtmatige activiteit een publiek belang dient, met dien verstande dat de eiser dan wel zijn recht op schadevergoeding behoudt. Hiervoor is dat artikel vooral besproken als een reden om het bevel af te wijzen,[26] maar de overgebleven verplichting tot schadevergoeding heeft ook een bijzonder karakter. De door de gedaagde ondernomen

24 Art. 6:200 lid 1 BW.

25 De Parlementaire Geschiedenis biedt geen inzicht in de *reden* voor invoering, alleen in de gewenste interpretatie. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 794-797. Ongetwijfeld het gevolg van het feit dat art. 1393 BW (oud) eenzelfde regeling bevatte.

26 Zie hiervoor § 3.2.2.1.

activiteit is kennelijk wenselijk vanuit macro-perspectief, zodat ze moeilijk 'onrechtmatig' is te noemen, maar tegelijkertijd blijft een veroordeling tot schadevergoeding wel mogelijk. Dat roept de vraag op of het hier nu gaat om een schuldaansprakelijkheid of om een risicoaansprakelijkheid.

Deze bepaling is ingevoerd bij wijze van codificatie en verduidelijking van de *Voorste Stroom*-arresten. In die arresten draaide het om de door de Gemeente Tilburg veroorzaakte vervuiling van de Voorste Stroom door daarin het riool te lozen. De Hoge Raad oordeelde dat zelfs als de vervuiling in het publiek belang is, dat niet wegneemt dat de gedaagde verplicht kan zijn de schade die daardoor ontstaat te vergoeden.[27] Dat oordeel verhield zich slecht tot de idee dat de verplichting tot schadevergoeding uit een onrechtmatige daad moet voortspruiten, zodat de redenering werd opgetuigd dat de gedaagde verplicht zou zijn de schadevergoeding te betalen omdat hij in afwezigheid van die schadevergoeding een onrechtmatige daad zou begaan.[28] Bregstein duidde de uitspraak zo, dat het publiek belang moest worden gezien als een 'onvoltooide rechtvaardigingsgrond' die vervolmaakt werd door het betalen van schadevergoeding.[29]

Meijers meende dat deze "enigszins gekunstelde en dan ook niet onbestreden gebleven gedachte van een onvolledige rechtvaardigingsgrond" geen plaats had in het nieuwe BW.[30] In plaats daarvan leek het hem veel zuiverder om de rechter het verbod simpelweg te laten afwijzen op grond van het publiek belang, met dien verstande dat het alsnog kon worden opgelegd als de schadevergoeding niet wordt voldaan.[31] Ik vraag me af of het heel veel uitmaakt. De basisidee blijft namelijk gelijk: de rechter krijgt een instrument in handen om een op zichzelf wenselijke activiteit doorgang te laten vinden, maar niet zonder dat de gedaagde wordt verplicht de schade die derden hierdoor lijden te vergoeden. Voordeel van de constructie van artikel 6:168 BW is dat het publiek belang nadrukkelijk een eigen plek krijgt in de belangenafweging. Voordeel van de constructie van de Hoge Raad is dat duidelijker wordt dat het hier gaat om een plicht om *ofwel* van de activiteit af te zien *ofwel* schadevergoeding te betalen. Dat strookt ook goed met vergelijkbare gevallen die niet direct op artikel 6:168 BW gestoeld zijn.

Ook buiten de toepassing van artikel 6:168 BW komt het namelijk voor dat schadevergoeding wordt toegekend in gevallen waarin het gedrag zelf moeilijk onrechtmatig is te noemen. Een sprekend voorbeeld is dat van de veroordeling van de overheid tot vergoeding van de schade die een gewezen verdachte als gevolg van strafvorderlijk optreden lijdt, terwijl later blijkt dat die gewezen verdachte onschuldig was. De Hoge Raad presenteert deze veroordeling als een geval waarin de aanvankelijke rechtvaardiging (de redelijke verdenking) achteraf aan de onrechtmatige daad ontvalt wanneer blijkt dat de verdachte ook echt onschuldig is.[32] A-G Bleichrodt wijst er terecht op dat die redenering niet voor alle strafvorderlijk optreden werkt, aangezien een redelijke verdenking niet voor ie-

27 HR 19 maart 1943, ECLI:NL:HR:1943:66, *NJ* 1943/312 (*Voorste Stroom VI*).
28 HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1952/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stroom VII*). Zie voor deze interpretatie: Drion 1947, p, 270; Polak 1949, p. 93.
29 Bregstein 1951, p. 299.
30 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 604 e.v.
31 *Ibid.* Zie nu de tekst van art. 6:168 lid 3 BW: "Wordt aan een veroordeling tot schadevergoeding of tot het stellen van zekerheid daarvoor niet voldaan, dan kan de rechter alsnog een verbod van de gedraging opleggen."
32 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*), r.o. 3.4. Zie ook HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0055, *NJ* 1991/92 (*Joeman/Staat*), r.o. 3.3. Met dank aan Juliet Steenbeek, wiens scriptie over dit onderwerp mij het belang van deze rechtspraak heeft doen inzien.

der strafvorderlijk optreden vereist is.[33] Meer fundamenteel is het probleem met die redenering dat de rechtmatigheid van het optreden van de overheid niet afhankelijk is van de *daadwerkelijke* schuld van de verdachte. Het feit dat de verdenking ongegrond bleek, betekent niet dat het optreden van de overheid ineens onrechtmatig was.[34] De reden voor toewijzing van de schadevergoeding lijkt er veel eerder in te zijn gelegen dat het onbillijk voorkomt om een daadwerkelijke onschuldige met de door strafvorderlijk optreden veroorzaakte schade te laten zitten. Ook gedrag dat was toegestaan kan een verplichting tot vergoeding van schade in het leven roepen.[35]

Een vergelijkbare constructie doet zich voor bij de tenuitvoerlegging van uitvoerbaar bij voorraad verklaarde kortgedingvonnissen die berusten op een rechtsoordeel dat later in de bodemprocedure onjuist wordt bevonden.[36] De redenering van de Hoge Raad is dat het handhaven van een dergelijk kortgedingvonnis *onrechtmatig* wordt door de latere ongegrondbevinding van de vordering in de bodemprocedure. Sierlijk is dat allerminst: als handhaving van een rechterlijk bevel onrechtmatig is, wat is het bevel dan waard? Een betere rechtvaardiging geeft de Hoge Raad in *Ciba Geigy/Voorbraak* bij wijze van zijdelingse rechtvaardiging:

> "Voorts mag er, gegeven de aard van het k.g.-vonnis, van worden uitgegaan dat degeen die als voormeld met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat hij zijn handelen baseerde op – kort gezegd –een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden. Deze oplossing is maatschappelijk meer gerechtvaardigd dan de omgekeerde oplossing, die daarop neerkomt dat de partij die zich onder dreiging met executie aan het verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eiser in k.g. gepretendeerde recht niet te bestaan."[37]

Die rechtvaardiging is sterker dan de vreemde constructie dat handhaving van een rechterlijk bevel achteraf toch ineens onrechtmatig zou zijn. Het is de vraag of hiermee niet de eigenlijke grondslag van de aansprakelijkheid is gegeven: het vertoonde gedrag was rechtmatig, maar het zou onbillijk zijn als de handhaver de daardoor ontstane schade niet op zich neemt. De vervolgvraag is dan waarom dan niet gewoon als uitgangspunt wordt genomen dat hier een primaire betamelijkheidsplicht tot schadevergoeding bestaat.

### *9.3.3 Een primaire plicht tot schadevergoeding?*

Het aannemen van een primaire plicht tot vergoeding klinkt alsof het paard achter de wagen wordt gespannen – wat schade is wordt dan immers niet afgeleid uit

33 Conclusie A-G F.R. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:619, bij HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1526, *NJ* 2021/36, m.nt. S.D. Lindenbergh.
34 Zie bijv. De Wijckerslooth 1993, p. 319.
35 Zie in vergelijkbare zin Conclusie A-G A.R. Bloembergen, ECLI:NL:PHR:1990:AD1019 bij HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/94, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*), par. 4.4.
36 HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, *NJ* 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth, W.H. Heemskerk (*Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4.
37 *Ibid.*

een eerdere aanspraak,[38] maar als startpunt van de analyse genomen.[39] Toch is die benadering minder vreemd dan ze op het eerste gezicht lijkt. Op basis van het ongeschreven recht zijn partijen continu verplicht allerlei redelijke maatregelen te treffen om schade bij anderen te voorkomen. Dat soort maatregelen kosten geld, maar zolang de daarmee af te wenden schade opweegt tegen de te maken kosten vinden we het in algemeen redelijk die plicht op te leggen. Waarom zou dat anders zijn als de enige passende maatregel het betalen van geld is?[40] Neem bijvoorbeeld *Trechsel/Lameris*: als een aan A toebehorende boom op het erf van B valt en we het redelijk vinden dat hij verplicht wordt die te verwijderen, maakt het dan uit dat B de verwijdering uit noodzaak zelf op zich neemt? Natuurlijk niet: uiteindelijk vertelt de norm ons vooral dat A verantwoordelijk is voor zijn boom. En gelet op die verantwoordelijkheidsverdeling blijft het redelijk dat A de kosten draagt. Hetzelfde geldt voor de redelijk gemaakte zaakwaarnemingskosten. Ook daar geldt dat het niet zozeer *fout* was dat C zijn zaken liet waarnemen door D en D daarvoor kosten maakte, maar omdat C van die waarneming heeft geprofiteerd is het wel passend dat hij die schade vergoed. Primaire betamelijkheidsnormen tot vergoeding zijn zo vreemd nog niet.

## 9.4 Het belang van normstelling

### *9.4.1 Tussen risico- en schuldaansprakelijkheid*

Op deze manier zou men deze figuren kunnen zien als buitenwettelijke variaties op de risicoaansprakelijkheden: een verplichting tot schadevergoeding ontstaat hier immers op basis van een omstandigheid die op zichzelf niet onrechtmatig is.[41] Helemaal accuraat is dat niet. Bij zuivere risicoaansprakelijkheid gaat het namelijk vaak om een omstandigheid die buiten de aansprakelijke zelf ligt. Vandaar dat we het ook wel over *kwalitatieve* aansprakelijkheden hebben: het is de hoedanigheid van de aansprakelijke die reden geeft hem of haar tot schadevergoeding te verplichten. Dat is bij artikel 6:168 BW en de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden en handhaving van vonnissen nadrukkelijk anders: de gedaagde is hier uiteindelijk wel aansprakelijk voor zijn of haar eigen *gedrag.* De reden om die twee toch met elkaar in verband te brengen ligt erin dat in beide gevallen gezegd kan worden dat de gedaagde niets *fout* doet. Het bezitten van een opstal die toevallig een gebrek vertoont is niet *fout,* maar als dat gebrek schade veroorzaakt is de bezitter wel aansprakelijk; het verrichten van een schadeveroorzakende activiteit in het publiek belang is niet *fout,* maar roept wel aansprakelijkheid voor schade in het leven; het handhaven van een kortgedingvonnis is niet *fout*, maar rechtvaardigt wel de verantwoordelijkheid voor daardoor ontstane

38 Wat in ons recht wel het uitgangspunt is, zie § 5.2.1.

39 Anders dan Polak denk ik dan ook niet dat schade altijd gelijk is aan het niet krijgen wat men toekomt (zie Polak 1949, p. 43). Zoals Schut terecht opmerkt: door een natuurramp geleden nadeel is *ook* schade (zie Schut 1963, p. 157). Het hiervoor in hoofdstuk 5 gemaakte punt is eerder dat waar een relatieve norm is aan te wijzen, die norm vertelt waar de gerechtigde aanspraak op had en daaruit kan worden afgeleid wat in dat geval schade is. Dat betekent echter niet dat schade niet op andere wijze kan worden vastgesteld.

40 Vgl. ook het betoog van Drion 1947, p. 270.

41 Zie voor een dergelijke duiding bijv. Van Dam 2020, p. 156.

schade; enzovoorts. Hoewel het gedrag niet fout is, geeft het wel het begin van een rechtvaardiging voor de vergoeding van schade.

Wat deze materie vooral laat zien is dat dit soort veroordelingen vaak trekjes van zowel de schuldaansprakelijkheid als de risicoaansprakelijkheid hebben. Dat is niet uniek aan de op artikel 6:168 BW gestoelde veroordeling tot schadevergoeding of de rechterlijke variaties daarop; de risicoaansprakelijkheden van Afdeling 6.3.2 BW bevinden zich bijvoorbeeld allemaal ergens op het spectrum tussen een zuivere schuldaansprakelijkheid en een zuivere risicoaansprakelijkheid.[42] Zo knopen de artikelen 6:169 tot en met 6:172 BW direct aan bij een onrechtmatige daad van de derde voor wie men verantwoordelijk is en bepalen de artikelen 6:173 en 6:174 BW dat aansprakelijkheid van de bezitter ontbreekt wanneer 'aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.'[43] Die laatste aansprakelijkheidsgronden heeft de Hoge Raad in de arresten *Wilnis* en *Paalrot* zelfs zo uitgelegd dat bij de vraag of een opstal gebrekkig is (ogenschijnlijk een objectief criterium) onder andere betekenis toekomt aan de getroffen onderhouds- en veiligheidsmaatregelen; de kelderluik-factoren, met andere woorden.[44] In de kern blijven het echter risicoaansprakelijkheden: een echte normschending is niet vereist. En dat roept de vraag op wat de juiste basis van de civielrechtelijke aansprakelijkheid is: zijn alle aansprakelijkheden variaties op de schuldaansprakelijkheid of zijn alle aansprakelijkheden variaties op de risicoaansprakelijkheid (§ 9.4.2)? De waarheid ligt vanzelfsprekend ergens in het midden (§ 9.4.3).

### *9.4.2 Twee radicale consequenties*

#### 9.4.2.1 Moet alle aansprakelijkheid stoelen op normschendingen?

Een mogelijke – en ter ondersteuning van het in deze dissertatie gemaakte punt uitermate handige – duiding van al deze gevallen zou zijn dat het in wezen nog steeds gaat om foutaansprakelijkheden. Een redenering in die richting zou naar de huidige stand van het recht nog wel kunnen worden opgetuigd. Verschillende auteurs hebben er recentelijk op gewezen dat de Parlementaire Geschiedenis aanleiding geeft te denken dat men met de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken en opstallen niet een totaal van de schuldaansprakelijkheid verschillende aansprakelijkheidsgrond heeft willen scheppen, maar slechts de drempel voor het aannemen van een fout heeft willen verlagen.[45]

Daar is zeker iets voor te zeggen. Ook voor de invoering van het huidige BW bestonden aansprakelijkheidsnormen die dermate 'strikt' waren, dat men zich kon afvragen of hier nog van een 'echte' fout kon worden gesproken, maar die

42 Van Dam 2020, p. 404-406; Schut 1969, p. 272-273.
43 Art. 6:179 BW kent een vergelijkbare nuancering ten aanzien van aansprakelijkheid voor dieren.
44 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.3-4.4.4; HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*), r.o. 4.5.
45 Hoekzema & Oldenhuis 2019; Kolder & Oldenhuis 2017, p. 49; Hoekzema 2016, p. 69-87.

wel zo werden genoemd.[46] Afdeling 6.3.2 BW zou dan niet zozeer de creatie van een nieuw universum van aansprakelijkheden zijn, maar slechts een meer rechtszekere codificatie van die gevallen. Die gedachte is volgens Hoekzema en Oldenhuis tot uitdrukking gekomen in de tenzij-clausule van de artikelen 6:173 en 6:174 BW, die bepaalt dat aansprakelijkheid ontbreekt waar de gedaagde ook bij bekendheid met het gebrek niet aansprakelijk zou zijn geweest. In plaats van deze formule te zien als een uitzondering op de aansprakelijkheid, lezen zij hier de kern van de aansprakelijkheid in: de wetgever heeft enkel willen abstraheren van de subjectieve bekendheid en bijbehorende schuld van de gedaagde, maar meer ook niet.[47]

De idee dat deze aansprakelijkheden nog altijd leunen op de schuldaansprakelijkheid wordt versterkt door de arresten *Wilnis* en *Paalrot*.[48] In het eerste arrest draaide het om een door een hoogheemraadschap beheerde dijk die door langdurige droogte was bezweken. In het tweede draaide het om een door lekkende rioolbuizen veroorzaakte daling van het grondwater met rot van funderingspalen tot gevolg. In beide gevallen meende de Hoge Raad dat hier geen sprake kon zijn van een 'gebrek,' omdat de aangesproken beheerders voldoende zorg hadden betracht bij het onderhouden van de dijk respectievelijk de riolering.[49] Hoewel de grondslag voor de aansprakelijkheid daarmee nog steeds wordt gezocht in het gebrek of de opstal zelf, wordt dat criterium wel ingevuld aan de hand van de kelderluik-criteria. Dat doet de vraag rijzen of het nog wel om afzonderlijke gronden van aansprakelijkheid gaat en of we misschien niet het gehele risicio-aansprakelijkheidsrecht moeten zien als met onweerlegbare vermoedens van schuld 'opgepluste' foutaansprakelijkheden.[50]

Mij lijkt van niet. Deze aansprakelijkheden lijken me eerder een voorbeeld van hoe uiteindelijk alle aansprakelijkheden zich ergens op het spectrum tussen 'zuivere schuldaansprakelijkheid' en 'zuivere risicoaansprakelijkheid' bevinden.[51] Er zijn inderdaad risicoaansprakelijkheden die zoveel ruimte laten voor de beoordeling van het gedrag van de gedaagde dat ze meer op foutaansprakelijkheden lijken, maar het zou te ver gaan het betoog van auteurs als Hoekzema, Oldenhuis en Kolder zo ver door te trekken dat alle aansprakelijkheidsrecht in de kern schuldaansprakelijkheid betreft. Dat betogen zij niet[52] en is ook niet vol te houden. Er zijn simpelweg omstandigheden waaronder iemand op grond van Afdeling 6.3.2 BW aansprakelijk kan worden gehouden zonder dat ooit een norm tot naleving heeft bestaan, zoals in het geval van aansprakelijkheid voor dieren.[53] En

46 In de MvA II, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p.* 1378-1379, wordt bijvoorbeeld verwezen naar HR 9 januari 1942, ECLI:NL:HR:1942:124, *NJ* 1942/295 (*Ferwederadeel*), waarin de op grond van 1401 BW (oud) aangenomen aansprakelijkheid van de gemeente jegens weggebruikers wel erg veel weg kreeg van een garantienorm.

47 Hoekzema & Oldenhuis 2019, p. 35-36.

48 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*); HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*).

49 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.3-4.4.4; HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*) r.o. 4.5.

50 Tjong Tjin Tai meent bijvoorbeeld dat risicoaansprakelijkheden zowel historisch als dogmatisch kunnen worden afgeleid uit de zorgplichten. Zie Tjong Tjin Tai 2006, p. 158.

51 Ik kom hier later op terug. Zie § 9.4.3 hierna.

52 Hoekzema & Oldenhuis 2019, p. 38; Kolder & Oldenhuis 2017, p. 49.

53 Art. 6:179 BW kent, anders dan de artikelen 6:173 en 6:174 BW geen gebrekvereiste, zodat een benadering als in *Wilnis* en *Paalrot* in ieder geval niet mogelijk is. Andere nuanceringen blijven natuurlijk wel mogelijk. Ook dit artikel kent een tenzij-clausule, waarmee de aansprakelijkheid enigszins richting de schuldaansprakelijkheid op het spectrum tussen zuivere fout- en zuivere risicio-aansprakelijkheid beweegt.

dat is ook terecht. Er is soms alle reden om aan te nemen dat een plicht tot vergoeding bestaat *zonder* dat daaraan voorafgaand een norm is geschonden. Soms wijst het systeem bepaalde risico's toe aan bepaalde partijen zonder dat een normschending nodig is. Het profijtbeginsel en de redelijkheid en billijkheid kunnen in uitzonderingsgevallen die basis bieden. De vraag die dan wel rijst is of het aansprakelijkheidsrecht als geheel dan niet beter geduid kan worden als een grote exercitie in risicoverdeling. Is de normschending überhaupt wel nodig?

#### 9.4.2.2 Is alle aansprakelijkheid gestoeld op risicoverdeling?

In zowel binnen- als buitenland zijn benaderingen ontwikkeld die niet vertrekken vanuit de grondslag van de remedie, maar vanuit de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. In plaats van te vragen welke reactie past bij een bepaalde normschending wordt daar juist de vraag gesteld wie deze reeds geïdentificeerde schade zou moeten dragen. In die benadering is dus in het geheel *geen* rol weggelegd voor een eventuele norm. De gedachte van deze auteurs is dat de risicoaansprakelijkheid en de schuldaansprakelijkheid uiteindelijk allebei instrumenten zijn om te bewerkstelligen dat de nadelige effecten van een bepaalde activiteit bij de juiste persoon terecht komen.[54] De kernvraag van het gehele aansprakelijkheidsrecht wordt er dan één naar aansprakelijkheids*vestigende* en aansprakelijkheids*uitsluitende* voorwaarden, ongeacht of het om risico- of schuldaansprakelijkheid gaat.[55]

Nils Jansen problematiseert in deze context bijvoorbeeld het *Waschmaschinenfall* van het OLG Düsseldorf. In die zaak draaide het om de vraag of een wasmachine-eigenaar aansprakelijk gehouden kon worden door waterschade veroorzaakt door een tijdens zijn afwezigheid overstroomde wasmachine. Wie deze zaak als een schuldaansprakelijkheid wil construeren staat voor een dilemma: was het onrechtmatig om de waterkraan niet af te sluiten op het moment dat de eigenaar van de wasmachine het uitstromen van water opmerkt of was het onrechtmatig om überhaupt weg te gaan terwijl de wasmachine aanstond? De eerste norm zou in het gegeven geval niet eens zijn ontstaan, want door afwezig te zijn was het uitstromen niet opgemerkt. De tweede lijkt daarentegen onredelijk; verwachten we echt van wasmachine-eigenaren dat zij voor de wasmachine blijven zitten tot het wasprogramma is afgelopen? Het OLG lost dit als volgt op:

> "Ein Teil auch sorgfältiger Hausfrauen geht davon aus, man könne von ihnen nicht verlangen, während des Waschvorgangs einer automatischen Waschmaschine die Wohnung nicht zu verlassen und die Maschine in der Weise zu überwachen, daß sie nach dem Austreten von Wasser aus der Maschine oder dem Platzen eines Schlauches alsbald den weiteren Wasseraustritt verhindern können. Auch diese Frauen haben im Schadensfall aber allgemein durchaus das Bewußtsein, daß sie dann für den Schaden eintreten müssen und den Geschädigten nicht die Folgen tragen lassen dürfen."[56]

54 Schut 1969, p. 273; Jansen 2003, p. 571; Smith 2019, p. 93-95.
55 Jansen 2003, p. 568.
56 OLG Düsseldorf *VersR* 1975, 159f.

Daarmee maakt het OLG duidelijk dat van deze plicht geen nakoming gevorderd kan worden en dat daadwerkelijk onafgebroken toezicht ook niet wordt verwacht, maar dat als een overstroming zich voordoet en naleving van deze plicht niet kan worden aangetoond, de eigenaar desalniettemin tot schadevergoeding is verplicht.[57] Dat komt, zegt Jansen, omdat hier simpelweg een *Erfolgsverantwortlichkeit* bestaat.[58]

Dit geval is nog niet zo problematisch als de hiervoor onder § 9.3.2 besproken gevallen waarin het gedrag ook systematisch moeilijk 'onrechtmatig' te noemen is,[59] maar raakt wel aan problematiek die ons recht niet vreemd is. Neem bijvoorbeeld het *Natronloog*-arrest.[60] De Hoge Raad overwoog daar dat een werkster een haar onbekende vloeistof alleen bij het vuilnis had mogen zetten als ze "ofwel [wist] of gegronde redenen [had] om aan te nemen dat het om een vloeistof [ging] die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ofwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof."[61] De gedragsnorm die de Hoge Raad hier geeft is een vrij onrealistische. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad daadwerkelijk van degene die een niet door hem gevulde vuilniszak buitenzet verwacht dat hij de zak voortdurend onder controle houdt. Theoretisch gaat het hier wel om een normschending, maar hier lijkt de zorgplicht toch veel meer gebruikt te worden om schadevergoeding achteraf mogelijk te maken.[62] En dat roept de vraag op of we er niet beter aan zouden kunnen doen te erkennen dat alle aansprakelijkheid uiteindelijk een soort risicoaansprakelijkheid is, waarin de normschending slechts één van de omstandigheden voor aansprakelijkstelling is.[63]

### *9.4.3 Het belang van normstelling*

Wie zoekt naar één verklaring voor de op grond van risicoaansprakelijkheid, schuldaansprakelijkheid of andere gronden gevestigde schadevergoedingsverplichtingen zal inderdaad moeten concluderen dat de uiteindelijke vraag er een naar risicoverdeling is.[64] Voordeel van die benadering is dat het twee of zelfs meerdere ogenschijnlijk verschillende aansprakelijkheidsgronden met elkaar verenigt via de kleinste gemeenschappelijke deler.[65] Nadeel is echter dat de materie hier dermate abstract van wordt, dat ze weinig richting biedt. Wat is dan

57 Jansen 2003, p. 3 met verwijzingen naar andere voorbeelden.
58 Jansen 2003, p. 119-145, 567.
59 Zoals de aansprakelijkheid voor strafvorderlijk optreden na gebleken onschuld van de verdachte (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*), r.o. 3.4; HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0055, *NJ* 1991/92 (*Joeman/Staat*), r.o. 3.3.
60 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614, m.nt. Brunner (*Natronloog*).
61 *Ibid.* r.o. 4.
62 Vergelijkbare problematiek speelt bij de ongelukkige samenloop van omstandigheden, zoals HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331; HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. Brunner (*Zwiepende tak*); HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, *NJ* 2001/300, m.nt. Jac. Hijma (*Jansen/Jansen*). Hoewel ook daar strikt genomen wel zorgplichten kunnen worden aangenomen, is het maar zeer de vraag of dat plichten zijn waarvan we daadwerkelijk nakoming verwachten. Realistisch gezien zal nakoming ervan in ieder geval nooit kunnen worden gevorderd; daarvoor zijn de aanleidingen te plotseling.
63 Jansen 2003, p. 571; Smith 2019, p. 93-95.
64 Zie Smith 2019; Jansen 2014, p. 16-28; Jansen 2003; Schut 1969 en zelfs Scholten 1899, die allen op een vergelijkbare grondslag uitkomen.
65 Jansen 2003, p. 567.

precies een onrechtvaardige uitkomst te noemen? Welke risico's komen voor wiens rekening?[66] Het risico van deze abstractie is dat we de normatieve informatie die de op de gedaagde rustende plicht biedt achterwege laten.

Als we aannemen dat alle aansprakelijkheden zich ergens op het spectrum tussen zuivere schuldaansprakelijkheid en zuivere risicoaansprakelijkheid bevinden, is er altijd een manier te vinden om de ene in termen van de ander te duiden. We zouden kunnen zeggen dat de risicoaansprakelijkheden niet meer zijn dan gevallen waarin van daadwerkelijke, subjectieve schuld geabstraheerd wordt. Omgekeerd zouden we kunnen zeggen dat iedere schuldaansprakelijkheid uiteindelijk een geval is waarin maatschappelijke risico's verdeeld worden. Allebei waar, maar allebei weinig behulpzaam in een concreet geval. In deze paragraaf presenteer ik deze materie in andere benadering. Veel beter is het om te erkennen dat er inderdaad zeldzame gevallen zijn waarin een primaire plicht tot schadevergoeding kan worden gevonden (§ 9.4.3.1), maar dat waar een gedragsnorm is aan te wijzen, dat nog altijd de beste bron van normatieve informatie is om tot een passende remedie te komen (§ 9.4.3.2).

### 9.4.3.1 Het nut van een primaire plicht tot schadevergoeding

Hiervoor besprak ik dat het vaak transparanter kan zijn om te erkennen dat sommige plichten nu eenmaal een primaire plicht tot schadevergoeding in zich hebben.[67] Die plicht moet dan worden gevonden zoals gedragsnormen moeten worden gevonden. Als we op basis van het vermogen van de één en de hulpbehoevendheid van de andere kunnen komen tot de regel dat die eerste verplicht is (kostbare) maatregelen te nemen, dan moeten we op een vergelijkbare manier ook kunnen komen tot een primaire plicht tot schadevergoeding.[68] Dat zal niet vaak zo zijn, maar een beginsel als het profijtbeginsel geeft daar in sommige gevallen aanleiding toe.[69] Naast dat het transparanter is, kan het de rechter echter ook helpen een meer genuanceerde oplossing te bereiken. Dat het ook echt kan lonen een primaire plicht tot vergoeding aan te nemen, is te zien bij een alternatieve analyse van de regel uit *Plas/Valburg*.

In *Plas/Valburg* overwoog de Hoge Raad dat waar twee partijen met elkaar onderhandelen over een overeenkomst, het onder omstandigheden in strijd met de goede trouw (i.e. de redelijkheid en billijkheid) kan zijn onderhandelingen af te breken en dat, als een van de partijen dat toch doet, een vergoeding van gemaakte kosten of zelfs gemiste winst op haar plaats kan zijn.[70] In latere rechtspraak is dat arrest vaak zo opgevat dat onder omstandigheden een plicht tot *dooronderhandelen* kan bestaan.[71] Het is nog maar zeer de vraag of dat wenselijk

66 Zie ook Schut 1969, p. 272: "Risico is niet, zoals schuld, een 'beginsel' dat de aansprakelijkheid fundeert. Risico is iets heel anders, nl. een uitdrukkingswijze voor een wenselijk geacht resultaat dat nog een begin van rechtvaardiging behoeft." (onderstreping WThN)

67 Zie hiervoor § 9.3.

68 Zie hiervoor § 9.3.3.

69 De vergoedingsplicht voor de belanghebbende bij een zaakwaarneming is daar waarschijnlijk het beste voorbeeld van, zie art. 6:200 lid 1 BW.

70 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*), r.o. 3.5.

71 HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018, *NJ* 1988/1017, m.nt. C.J.H. Brunner (*VSH/Shell*), r.o. 3.1; HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruijterij/MBO*), r.o. 3.6; HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*), 3.6; HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755, *NJ* 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*), r.o. 3.4.3.

en praktisch nuttig is. Die plicht zoekt de grenzen van de contractsvrijheid wel erg op,[72] en het is de vraag waar nakoming toe leidt. Ten eerste lijkt het enkele feit dat men heeft moeten procederen over het dooronderhandelen een reden aan te nemen dat er – in ieder geval vanaf dat moment – geen vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst meer zou mogen bestaan, zodat de onwillende partij daarna alsnog weg zou moeten kunnen lopen. Ten tweede, als partijen dan toch tot een overeenkomst komen, is het maar zeer de vraag hoe duurzaam die relatie is. Is het nu echt verstandig partijen tussen wie zich zo'n breuk heeft voorgedaan tot elkaar te veroordelen?

Het stoelen van deze vergoedingsplichten op het onrechtmatige afbreken van onderhandelingen roept bovendien causaliteitsproblemen op. Ten aanzien van de gemaakte kosten (i.e. de 'fase 2-vergoedingsplicht') geldt dat zij helemaal niet in causaal verband staan met het *afbreken.*[73] Zij zouden immers ook zijn gemaakt als de onderhandelingen niet zouden zijn afgebroken.[74] Ten aanzien van de vergoeding van gederfde winsten geldt dat die wel in causaal verband *kunnen* staan met het afbreken van onderhandelingen, maar het is de vraag of die analyse niet onnodig complex wordt. De vraag zal dan immers niet alleen worden wat die overeenkomst dan opgeleverd zou hebben (met dat bijltje hakt de rechter vaker) maar ook *of* een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen (wat nu juist onzeker is).

Een oplossing zou dan ook kunnen zijn deze 'plicht tot dooronderhandelen' slechts te zien als een *Obliegenheit,*[75] waarvan de schending kan leiden tot het aannemen van een *primaire plicht* tot vergoeding van kosten of misgelopen winsten. Die lezing zou zelfs goed aansluiten bij de overweging van de Hoge Raad in *Plas/Valburg* dat "zulk afbreken [een partij] in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door [de wederpartij] gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen."[76] Hoewel daarmee niet is gezegd dat de Hoge Raad deze plicht altijd als *Obliegenheit* heeft willen zien, geeft deze overweging daar wel ruimte toe. Gelet op de nadelen verbonden aan het aannemen van een plicht tot dooronderhandeling en gelet op het feit dat een primaire plicht tot vergoeding zo systeemvreemd nog niet is, verdient die lezing wat mij betreft ook de voorkeur. Juist door te erkennen dat niet alles draait om normschending, kan soms een genuanceerder en passender resultaat worden bereikt.[77]

---

72 Zie bijv. Nieuwenhuis 2010; Kortmann 1996. Al wijst Castermans er terecht op dat een veroordeling tot dooronderhandelen op zichzelf nog niet in strijd is met de contractsvrijheid, zie Castermans 1992, p. 43.

73 Dit punt is opgeworpen, maar niet beslist, in HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 *NJ* 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*), r.o. 3.7.1-3.7.3.

74 Een alternatieve lezing is die van Jansen, die meent dat de onrechtmatigheid is gelegen in het schetsen van een te rooskleurige positie (Jansen 2012, p. 328-329). De gedachte is dat de gemaakte kosten niet zouden zijn gemaakt als de onderhandelaar duidelijker was geweest over de haken en ogen die daar nog aan verbonden waren. Hoewel daarmee het causaliteitsprobleem omzeild wordt, is het de vraag of het wenselijk is een daadwerkelijke plicht tot informatieverschaffing aan te nemen. Contractspartijen zullen tijdens de onderhandelingen immers vaak een rooskleurig beeld schetsen en *mogen* dat tot op zekere hoogte ook (Hijma 1991, p. 663). Nadrukkelijk anders over de mededelingsplicht in het algemeen: Castermans 1992, p. 38-39.

75 Zie over dat begrip Castermans 1992, p. 29-31; Keirse 2003, p. 76; Jansen 2012, p. 36 e.v.

76 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*), r.o. 3.5.

77 De discussie over de mogelijkheid deze vergoeding om te zetten in een vergoeding in natura, zoals gebeurde in Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2017:186, *NJF* 2018/68 (*Papgayo Beach Resort/Watersports*), r.o. 4.14, kan dan ook vermeden worden. De kritiek die ik elders leverde (Nuninga 2021) kan dan achterwege blijven.

### 9.4.3.2 De raadgevende rol van de norm

Er is dus alle reden om aan te nemen dat er primaire verplichtingen tot schadevergoeding bestaan. Omdat alle aansprakelijkheden zich ergens op een spectrum van zuivere risicoaansprakelijkheid tot zuivere schuldaansprakelijkheid bevinden, is het echter ook weer niet nodig het kind met het badwater weg te gooien en te zeggen dat normschending dan *dus* niet de reden kan zijn voor het toekennen van schadevergoeding.[78] Een gedragsnorm bevat namelijk heel veel informatie over wat een passende verantwoordelijkheidsverdeling moet zijn. Denk bijvoorbeeld aan het hiervoor vaak besproken *Deutsche Bank/X*.[79] De bank had daar ten onrechte nagelaten haar klant erop te wijzen dat zij zelf geen onderzoek had gedaan naar het investeringsfonds dat zij onder zijn aandacht bracht. De klant investeerde en raakte geld kwijt toen bleek dat binnen het fonds gefraudeerd werd. De Hoge Raad oordeelde dat de bank alleen aansprakelijk kon worden gehouden voor deze schade als zou komen vast te staan dat de klant bij correcte informatie over de diepgang van het onderzoek van de bank niet geïnvesteerd zou hebben.[80] Dat lijkt terecht; wie verplicht is correct te informeren, draagt alleen de risico's die gepaard gaan met incorrecte of onvolledige informatievoorziening, niet de risico's van investeren in het algemeen. De norm is hier juist een uitgelezen instrument om de verantwoordelijkheidsverdeling in te vullen.

Ervan uitgaande dat alle aansprakelijkheid zich op een spectrum tussen zuivere schuldaansprakelijkheid en zuivere risicoaansprakelijkheid bevindt kan de juiste verdeling van verantwoordelijkheid soms zelfs worden afgeleid uit de norm die wordt gebruikt om de risicoaansprakelijkheid vorm te geven. Neem het geval in *Paalrot*. De Hoge Raad meende daar dat de vraag of sprake was van een gebrek aan het riool mocht en moest worden ingevuld aan de hand van de zorg die van de bezitter van het riool mocht worden verwacht.[81] Stel nu dat in het concrete geval de gemeente zou hebben nagelaten de riolering periodiek te inspecteren, maar dat evenwel duidelijk is dat periodieke inspectie de concrete schade niet zou hebben voorkomen. Doet het feit dat de gemeente dit onderzoek niet deed er dan nog toe? Als het 'gebrek' is dat de riolering onvoldoende gecontroleerd is, maar eveneens duidelijk is dat *dat* gebrek niet heeft geleid tot de schade, zou de aansprakelijkheid dan niet moeten worden afgewezen? Het feit dat de Hoge Raad de normatieve toets in het gebrekscriterium heeft opgenomen impliceert van wel. En dat sluit naadloos aan bij de idee dat waar een norm is aan te wijzen, het scenario dat door de norm beloofd werd de schadebegroting kan sturen.[82] De norm beloofde hier kennelijk een periodiek geïnspecteerd riool. Als de drainage ook bij periodieke inspectie was ontstaan, zijn de huiseigenaren in het huidige scenario niet slechter af dan in het hypothetische geval waarin wel voldoende geïnspecteerd is.

De norm kan hier steeds de benodigde informatie bieden om tot een passende beslissing te komen. Het feit dat een gedragsnorm op de gedaagde rustte en dat de eiser daardoor werd beschermd zegt namelijk heel veel over de verhouding

78 Zie destijds al in reactie op Scholten: Bruins 1906, p. 118, 140; Fruin 1932, p. 9.
79 HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*).
80 *Ibid.* r.o. 3.1.3.
81 HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*), r.o. 4.5.
82 Zie hiervoor § 5.4.

tussen die partijen. De norm vertelt ons waar de verplichte precies verantwoordelijk voor is. Als hij verplicht is een waarschuwing af te geven, kan hij bij het achterwege laten van die waarschuwing alleen aansprakelijk worden gehouden voor gevolgen die bij het geven ervan niet zouden zijn ingetreden.[83] Als hij verplicht is zijn patiënt een kans op herstel te bieden, dan is het onthouden van die kans een reden de patiënt daar vergoeding voor te bieden, ook als de uitkomst van de behandeling niet zeker was.[84] En als hij zorg moet dragen voor lijf en gezondheid van een ander, dan hoort daar doorgaans een hoge verantwoordelijkheid bij. Die verantwoordelijkheid uit zich niet alleen in hoe hij zich moet gedragen, maar ook in een verhoogde toerekening.[85] Voor het maken van deze en allerlei remedierechtelijke keuzes zijn we niet steeds aangewezen op de intuïtie, maar kunnen we vertrouwen op de aan de vordering ten grondslag gelegde norm.

## 9.5 Conclusie

De centrale stelling van deze dissertatie is dat remedies steeds in verband moeten worden gebracht met de materiële gedragsnorm die daaraan ten grondslag wordt gelegd. Die stelling moet niet zo worden gelezen dat een remedie *uitsluitend* op een al dan niet dreigende normschending gestoeld zou kunnen worden. Dat zou namelijk een misvatting zijn: in zeldzame gevallen is het wel degelijk mogelijk dat een remedie wordt opgelegd zonder dat een normschending kan worden aangewezen. De stelling is veel eerder dat waar de normschending de grondslag voor de remedie is, het een fout zou zijn de normatieve informatie die die gedragsnorm biedt niet centraal te stellen bij de selectie en vormgeving van de remedie.

Het aantal gevallen waarin een remedie beschikbaar is zonder normschending is overigens beperkt. Zo wordt wel gesteld dat vorderingen als de revindicatie en de *actio negatoria* 'direct' op het subjectieve recht gestoeld zijn. Dat is in die zin juist dat een voorafgaande normschending voor het slagen van die acties niet vereist is. Het punt is evenwel dat dat zo uniek nog niet is. Voor toewijzing van een rechterlijk bevel ter handhaving van een gedragsnorm is nooit een voorafgaande normschending vereist. Bovendien is het feit dat degene die een zaak revindiceert of een *actio negatoria* instelt een subjectief recht heeft slechts de helft van het verhaal. De andere helft is dat degene die wordt aangesproken ook altijd *verplicht* is die zaak af te geven of de zaak van de ander vrij te maken.

Moeilijker zijn de veroordelingen tot schadevergoeding zonder voorafgaande normschending. In die gevallen ontstaat de verplichting tot vergoeding nadrukkelijk op andere gronden dan de schending van een gedragsnorm. Voorbeelden zijn de risicoaansprakelijkheden en de kosten die zijn gemaakt ten behoeve van zaakwaarneming. De gedaagde wordt hier niet aangesproken omdat hij iets verkeerds heeft gedaan, maar omdat uit het systeem voortvloeit dat hij en niet de

83 Zie bijv. HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*). Zie ook § 5.2.1 hiervoor.

84 Zie bijv. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvlieslosla-ting*); HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, *NJ* 2017/422 (*X/AZM*). Zie ook § 6.3.1.1 onder (b) hiervoor.

85 Zie bijv. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*). Zie ook § 5.3.2 hiervoor.

eiser deze kosten zou moeten dragen. Daarbij is het vaak wel zo dat een gedragsnorm op de achtergrond alsnog een rol speelt – de Hoge Raad legt het gebrek-criterium uit artikel 6:174 BW bijvoorbeeld nadrukkelijk uit aan de hand van de mate van zorg die van de eigenaar mag worden verwacht – zodat daar nog steeds wel enige informatie uit kan worden geput. Hoewel de invloed hier dus nadrukkelijk veel minder groot is en – belangrijker – de grondslag echt elders moet worden gezocht, is die invloed er wel. De norm is daar wellicht niet de belangrijkste, maar nog altijd een belangrijke bron van informatie ten behoeve van de vormgeving van de remedie.

# 10 Conclusie

## 10.1 De verwezenlijking van een aanspraak

De privaatrechtelijke remedie is een instrument waarmee iemand zijn aanspraken op een of meerdere anderen in rechte kan verwezenlijken.[1] Welke remedie voor toewijzing in aanmerking komt doet er nogal toe. In het delictuele aansprakelijkheidsrecht is evenwel lang niet altijd even duidelijk welke remedie wanneer en in welke omvang beschikbaar is. Het Nederlandse delictuele remedierecht wordt gekenmerkt door een disjunctieve benadering, waarbij de selectie en vormgeving van een remedie veelal losstaat van de onderliggende norm[2] en meer dan eens wordt gerechtvaardigd met een beroep op pragmatiek,[3] beleidsoverwegingen[4] en de redelijkheid en billijkheid.[5] Die benadering leidt een gebrek aan rechtszekerheid in de meest ruime zin van het woord (§ 10.1.1) dat het best weggenomen kan worden door in de remedierechtelijke analyse de norm centraler te stellen (§ 10.1.2).

### *10.1.1 Het probleem van de disjunctieve benadering*

Ten eerste werkt de disjunctieve benadering een gebrek aan voorspelbaarheid in de hand. Een te groot vertrouwen op zulke concepten maakt het voor partijen lastig in te schatten waar zij nu precies aanspraak op kunnen maken, zelfs als over de inhoud van hun materieelrechtelijke verhouding geen onduidelijkheid bestaat. Dat is een onwenselijke stand van zaken, want wie niet weet waar hij precies aanspraak op kan maken zal vaker en langduriger procederen en minder geneigd zijn tot schikken. Ten tweede is het vanuit deze benadering lastig uit te leggen waarom in een concreet geval een bepaalde remedie wordt opgelegd. De normschending vormt de basis voor de veroordeling, maar wordt niet of weinig gebruikt om de remedie te selecteren of vorm te geven. Dat maakt zo'n oordeel vanuit rechtvaardigheidsperspectief lastig te verteren, omdat de *reden* voor het

1 Zie hiervoor § 2.2.2.
2 Zoals bijvoorbeeld zichtbaar is bij het onderscheid tussen normschendingsfase en begrotingsfase bij het schadevergoedingsrecht, zie Asser/Sieburgh *6-II* 2017/50. Zie hiervoor § 5.1.
3 Zoals bijvoorbeeld bij de winstafdracht (zie hiervoor § 7.3.1) en de leerstukken verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid (zie hiervoor § 6.4.).
4 Zoals bijvoorbeeld de gedachte dat een onwelwillende proceshouding reden is voor ruimere toerekening, zie hiervoor § 5.3.2.
5 Zoals bijvoorbeeld bij de proportionele aansprakelijkheid, zie hiervoor § 6.3.1.2.

toewijzen van de remedie (i.e. de dreigende of reeds voorgevallen normschending) niet gebruikt wordt om tot een veroordeling te komen. Dat geeft niet bepaald de indruk dat de procedure leidt tot het doen van recht *tussen deze partijen.*

Deze problemen kunnen worden gekwalificeerd als een gebrek aan rechtszekerheid in de brede zin van dat woord. In de Nederlandstalige literatuur wordt met rechtszekerheid vooral gedoeld op voorspelbaarheid.[6] In de meest enge opvatting van de formele rechtszekerheid draait rechtszekerheid alleen om de voorspelbaarheid van *uitkomsten*.[7] De vraag is hier niet zozeer hoe en waarom een bepaalde uitkomst wordt bereikt, maar vooral welke uitkomst zal worden bereikt. Rechtszekerheid in deze enge opvatting wordt doorgaans als tegenpool van de rechtvaardigheid gepresenteerd.[8] In de meer ruime opvatting draait het meer om de vraag of de weg naar de uitkomst toe voorspelbaar is. Hierbij is de precieze uitkomst minder belangrijk, maar is vooral belangrijk dat partijen kunnen inzien hoe het procesdebat zal verlopen zodat zij weten waarop zij zich moeten richten. Het remedierecht is op beide manieren formeel rechtsonzeker, doordat niet steeds duidelijk is welke remedie beschikbaar is en oordelen meer dan eens worden gebaseerd op overwegingen die volledig extern zijn aan de norm en in die vorm niet te verwachten waren.

Als 'materiële' tegenhanger van deze twee 'formele' concepties van de rechtszekerheid zouden we echter ook kunnen nadenken over de mate waarin een systeem de gebruikers de zekerheid biedt dat hun materieelrechtelijke aanspraken zullen worden geëerbiedigd.[9] Deze vorm van 'rechtszekerheid' of 'zekerheid van recht' steekt meestal de kop op als de toegang tot het recht in een systeem niet in orde is en zou ook onder de noemer 'effectieve rechtsbescherming' kunnen worden gepresenteerd.[10] Als de materieelrechtelijke aanspraak en de verwezenlijking daarvan via het remedierecht uit de pas lopen, dan is het systeem in die zin 'rechtsonzeker' dat partijen niet altijd hun aanspraken verwezenlijkt zien. Die onzekerheid werkt twee kanten op. De eiser die te *weinig* krijgt, ziet de materieelrechtelijke aanspraak die de op de gedaagde rustende norm hem bood niet verwezenlijkt. De gedaagde die tot te *veel* wordt veroordeeld, ziet zijn aanspraak op vrijheid die overblijft nadat een norm op hem is komen te rusten niet verwezenlijkt.

### *10.1.2 De herwaardering van het verband tussen recht en remedie*

De oplossing voor deze verschillende vormen van rechtsonzekerheid is in dit onderzoek gezocht in het uitdrukkelijker leggen van een verband tussen de materieelrechtelijke aanspraak en de remedie. Hoewel het niet nodig is een volledige overeenstemming tussen recht en remedie te bewerkstelligen, zoals in het vroege actiënstelsel en de vroege *common law* het geval lijkt te zijn geweest,[11] kan het wel degelijk nuttig zijn de normschending nadrukkelijker als *reden* voor toewijzing van de remedie te zien en niet slechts als voorwaarde. Hoewel er vaak an-

6 Zie hiervoor § 1.2.2.
7 *Ibid.*
8 *Ibid.*
9 *Ibid.*
10 Dat is omwille van de normatieve lading van die term niet gedaan, zie hiervoor § 1.2.2.
11 Zie hiervoor § 1.1.

ders over het verband tussen recht en remedie wordt gedacht, lijkt deze benadering juist goed te passen bij de aard van dat verband.

Wie het aansprakelijkheidsrecht als zuiver correctief van aard ziet, zal concluderen dat iedere remedie ertoe strekt schade te voorkomen of weg te nemen.[12] Wie het aansprakelijkheidsrecht als instrument ter verwezenlijking van (externe) beleidsdoelen ziet, zal concluderen dat de remedie er vooral toe dient om gedrag te beïnvloeden bij wijze van dreiging en repressie.[13] Beide benaderingen leiden tot een moeilijk inpasbare definitie van remedies. In de eerste opvatting zouden de remedies vooral schadevoorkoming en -compensatie nastreven. Daarmee gaat ze er ten eerste aan voorbij dat er veel privaatrechtelijke normen zijn die andere doelen dan schadevoorkoming en -compensatie nastreven. Sommige normen beschermen immateriële belangen, waarvan de aantasting moeilijk als schade is te omschrijven.[14] Andere normen hebben een meer allocatieve functie en gaan meer over wie bepaalde voordelen mag behalen dan over wie elkaar schade mag toebrengen.[15] Ten tweede gaat ze eraan voorbij dat het remediearsenaal meer kan doen dan schadevergoeding en -voorkoming alleen. De manier waarop invulling wordt gegeven aan artikel 6:104 BW biedt duidelijk ruimte om voorbij de vergoeding van schade alleen te gaan[16] en de schadevergoeding in natura zou oplossingen kunnen bieden waar de schadevergoeding in geld is uitgesloten.[17]

De tweede opvatting heeft die problemen veel minder, omdat uitgangspunt van die benadering juist is dat verschillende normen verschillende doelen nastreven. De remedie is daarmee simpelweg een instrument dat gebruikt kan worden om die doelen te verwezenlijken. Positiefrechtelijk probleem van die benadering is dat voor effectieve handhaving meer remedies nodig zijn dan nu beschikbaar zijn.[18] Dat is een nadeel, maar op zichzelf niet onoverkomelijk: de in dit proefschrift verdedigde benadering leidt ook tot aanbevelingen voor wetgever en rechter. Fundamenteler probleem is dat in deze benadering het geschil tussen partijen het onderspit delft ten faveure van de verwezenlijking van beleidsdoelen. Resultaat zou namelijk zijn dat, omdat naleving van de norm in het algemeen wenselijk wordt geacht, zwaardere 'sancties' worden opgelegd aan de gedaagde in – en dit is het cruciale punt – de beslechting van het geschil *tussen partijen.* De gedaagde wordt zo tot méér verplicht dan op basis van het materiële recht kon worden verwacht en de eiser krijgt méér dan waar het materiële recht hem aanspraak op gaf.[19] Dat werkt een gebrek aan 'materiële rechtszekerheid' in de hand.[20]

Meer heil kan worden verwacht van een benadering waarin steeds de vraag gesteld wordt of de remedie bijdraagt aan de verwezenlijking van de belofte van de norm.[21] Omdat de normschending de reden voor toewijzing van de remedie is, ligt het voor de hand dat de benodigde normatieve informatie voor de selectie en vormgeving van de remedie dan ook zoveel mogelijk te zoeken in die norm. Het zou immers een vreemde gedachte zijn dat de normatieve redenen die ten grond-

12 Zie hiervoor § 2.3.1.
13 Zie hiervoor § 2.3.2.
14 Zie hiervoor § 2.3.1.
15 *Ibid.*
16 Zie hiervoor §§ 7.3 & 7.4.
17 Zie hiervoor § 4.3.3.2.
18 Zie hiervoor § 2.3.2.
19 *Ibid.*
20 Zie hiervoor §§ 1.2.2 & 2.5.
21 Zie hiervoor § 2.5.

slag liggen aan de norm hun werking zouden verliezen nadat deze is geschonden of dreigt te worden geschonden.[22] Door steeds te vragen waar de norm de gerechtigde precies aanspraak op gaf en waartoe de verplichte nu precies verplicht was, kan het delictuele remedierecht op een meer rechtszekere wijze worden ingericht.[23] Dat uit zich in zowel de vormgeving als de selectie van de individuele remedies. Door steeds te kijken naar wat de materieelrechtelijke norm over de verhouding tussen partijen zegt, kan meer zekerheid worden verkregen ten aanzien van welke remedie in een bepaald geval beschikbaar is (§ 10.2) en hoe die moet worden vormgegeven (§ 10.3).

## 10.2 De selectie van de juiste remedie

### *10.2.1 De aan de norm verbonden remedie*

In een normcentrische benadering krijgt het rechterlijk bevel een centrale plek. Waar de schadevergoeding slechts een '*second best'* kan bieden, biedt het rechterlijk bevel exact datgene waar de norm recht op gaf: naleving van de tussen partijen geldende norm. Om die reden krijgt de eiser een in beginsel sterk recht op nakoming.[24] Alleen in uitzonderingsgevallen kan van toewijzing worden afgezien.[25] Om recht te blijven doen aan de positie van de gedaagde wordt de omvang van het toe te wijzen bevel evenwel restrictief bepaald. Het is immers ook zaak dat de gedaagde niet tot meer wordt veroordeeld dan waartoe hij op grond van de norm verplicht was.[26] Wie leest dat het bevel een 'preventieve remedie' is, zou kunnen denken dat de rechter vrij is om het zo vorm te geven dat maar zeker gesteld wordt dat de gedaagde geen normschending zal begaan, maar dat staat haaks op dat uitgangspunt. Het bevel moet steeds overeenstemmen met waar het materiële recht de gedaagde toe verplicht. Dit positiefrechtelijk uitgangspunt is precies in lijn met de idee dat de remedie de gerechtigde moet bieden waar de norm hem recht op gaf.

Na normschending rijst de vraag welke reactie het meest passend is. De archetypische delictuele remedie is de schadevergoeding in geld. Deze remedie is vaak een heel geschikt antwoord op een tussen partijen ontstaan conflict. De meeste normen in het privaatrecht gaan over het voorkomen van schade. De schending van zo'n norm geeft aanleiding tot de vergoeding van de schade die voorkomen had moeten worden: *omdat* ik verplicht was de schade te voorkomen, ben ik nu verplicht haar te vergoeden. In die gevallen is er geen reden om te kijken naar een schadevergoeding in natura of een winstafdracht: de schadevergoeding in geld beantwoordt precies aan de strekking van de norm. De norm bepaalt hier dus in belangrijke mate of schadevergoeding überhaupt voor de hand ligt.

Die lijn kunnen we doortrekken naar de andere remedies. Niet alle normen draaien om voorkoming van schade. Sommige normen beschermen uitsluitend of daarnaast ook andere belangen. Dat kan gaan om immateriële belangen die naar

22 *Ibid.*
23 *Ibid.*
24 Zie hiervoor § 3.2.1.
25 Zie hiervoor § 3.2.2.
26 Zie hiervoor § 3.3.

Nederlands recht niet voor vergoeding in aanmerking komen of om de toedeling van winsten in plaats van de verdeling van verantwoordelijkheid. In die gevallen kunnen remedies als de schadevergoeding in natura en de winstafdracht uitkomst bieden. In plaats van te proberen het schadevergoedingsrecht hier op onnodige wijze op te rekken, kunnen deze remedies een veel passendere reactie geven op de normschending.

Sommige normen hebben in plaats van een schadevoorkomende functie een allocatieve functie; zij maken duidelijk dat een bepaalde partij met uitsluiting van een of meer anderen gerechtigd is bepaalde voordelen te behalen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de absolute rechten van intellectuele en reële eigendom, maar ook relatieve rechten kunnen zo'n allocatie in zich hebben, zoals in het geval van een afgesproken concurrentieverbod of bij een eerste recht op levering. In al die gevallen heeft de gerechtigde jegens een of meer anderen een beter recht om bepaalde voordelen te behalen. De begunstigde van een concurrentiebeding heeft in onderlinge verhouding het recht een bepaalde markt te bedienen en degene die een recht op levering heeft, heeft in zijn verhouding tot de verkoper een beter recht op lucratieve doorverkoop. Of de gerechtigde deze winsten zelf had *kunnen* behalen doet er niet toe; het punt is dat als iemand ze had mogen behalen, het de gerechtigde was. In dit soort gevallen zou vergoeding van schade slechts ten dele recht doen aan de onrechtmatigheid. De winstafdracht reageert daarentegen veel beter op dat onrecht.[27]

Waar de norm naast of in plaats van vermogensbelangen immateriële belangen beschermt, zou kunnen worden overwogen de gedaagde te veroordelen dat deel van de schade goed te maken via een prestatie in plaats van uitsluitend door een veroordeling een geldsom te betalen.[28] De schadevergoeding is dubbel discretionair: zowel de vraag *of* de remedie moet worden toegewezen als de vraag *in welke vorm* ze moet worden toegewezen is aan de rechter overgelaten. De norm kan wel helpen inzichtelijk te maken in welke gevallen toewijzing voor de hand ligt. Als de norm uitsluitend materiële belangen beschermt, dan ligt schadevergoeding in natura niet voor de hand: geld is een goede remedie voor geschonden materiële belangen. Maar als de norm ook of zelfs uitsluitend immateriële belangen beschermt rijst de vraag of een schadevergoeding in natura niet een beter '*second best*' is dan de schadevergoeding in geld. Als in die gevallen een passende vergoeding in natura denkbaar is, dan ligt toewijzing van een vordering daartoe voor de hand. Meer dan die indirecte invloed kan hier van de norm niet worden verwacht.

### *10.2.2 De keuze tussen meerdere beschikbare remedies*

Vanuit de hiervoor geschetste benadering is van samenloop vaak geen sprake. De norm schrijft in veel gevallen voor dat slechts één remedie beschikbaar is en dan blijft er weinig te kiezen over. In de zeldzame gevallen waarin hetzelfde feitencomplex aanleiding geeft tot toewijzing van verschillende remedies, zijn nadere regels vereist. Aan de hand van de algemene samenloopregels heeft dan te gelden dat cumulatie in beginsel mogelijk moet zijn, maar dat een keuze zal moeten

27 Zie hiervoor § 7.4.
28 Zie hiervoor § 4.3.

worden gemaakt als de nagestreefde resultaten tegenstrijdig zijn. De vraag of van tegenstrijdigheid sprake is, is niet zonder meer eenvoudig beantwoord. Waarom zou het 'tegenstrijdig' zijn om schade te vergoeden en winst af te dragen? Ter beantwoording van die vraag kan het lonen om in herinnering te brengen dat de remedie een instrument is dat ertoe strekt de belofte van de norm te verwezenlijken. Die 'belofte' is een rechtmatig scenario op de verwezenlijking waarvan de eiser aanspraak kan maken. Tegenstrijdigheid ontstaat als de norm een *alternatieve* belofte deed (bijv. óf u mag de winsten zelf behalen, óf een ander doet dat voor u), maar de eiser beide beloftes probeert te verwezenlijken. Dat presenteer ik nu als een hele vondst, maar is eigenlijk vrij vanzelfsprekend.

Stel dat een normschending voortduurt of wordt herhaald. In zo'n geval kan de gerechtigde nakoming voor de toekomst combineren met een vergoeding van schade of winstafdracht voor het verleden. Zolang de twee remedies op verschillende tijdvakken zien, bijten die twee remedies elkaar niet. Waar de remedies op hetzelfde tijdvak zien – bijvoorbeeld omdat naast een bevel voor de toekomst ook vergoeding van toekomstige schade wordt gevorderd – geldt dat cumulatie niet meer mogelijk is. De reden daarvoor is simpel: hij lijdt *of* schade *of* het bevel wordt nageleefd. Cumulatie is vanzelfsprekend onmogelijk. Meer theoretisch zouden we die regel ook anders kunnen duiden: als deze cumulatie de gerechtigde zou worden toegestaan, dan zou hij via het remedierecht meer krijgen dan waar de norm hem recht op gaf. Net zoals dubbele compensatie is uitgesloten, is het ook niet toegestaan om zowel vergoeding van toekomstig nadeel als voorkoming daarvan te vorderen. Zo geformuleerd, hebben we een bruikbare regel in handen om de mogelijkheden van cumulatie van *ex post* remedies te evalueren.

De vraag of de cumulatie 'tegenstrijdig' is waar de normschending in het verleden ligt én meerdere remedies beschikbaar zijn, kan aan de hand van diezelfde regel worden beantwoord. Stel dat een gerechtigde probeert zowel door hemzelf misgelopen winsten vergoed te krijgen áls de door de verplichte gemaakte winsten op te vorderen. In dat geval streeft hij onverenigbare scenario's na: óf hij had de winsten zelf mogen behalen óf hij mag de winsten van de gedaagde vorderen, maar niet allebei. In zo'n geval zal één van die twee dan ook moeten worden afgewezen.[29] Als beide remedies zouden worden toegewezen zou hij immers méér krijgen dan waar de norm hem recht op gaf. Dat betekent evenwel niet dat schadevergoeding en winstafdracht nooit gecombineerd kunnen worden. Deze grens geldt namelijk niet als de schade bestaat uit iets ánders dan misgelopen winsten. De eigenaar van een woning kan, bijvoorbeeld, zonder problemen een vordering tot afdracht van met onderhuur behaalde winst combineren met een vordering tot vergoeding van aan de woning aangebrachte schade. Hij probeert dan immers niet een innerlijk tegenstrijdig scenario te verwezenlijken: het scenario waarin het huis onbeschadigd blijft én de onderverhuurder de winsten 'voor' de eigenaar behaalt is niet innerlijk tegenstrijdig.

De enige uitzondering op deze structuur is de verhouding tussen de schadevergoeding in geld en de schadevergoeding in natura. Tussen die twee moet in beginsel altijd een keuze worden gemaakt: ze zijn immers elkaars alternatief. Het is wel mogelijk dat de schadevergoeding in geld één deel van de schade vergoed en de schadevergoeding in natura een ander deel. Zolang dubbele compensatie

29 Zie hiervoor § 8.3.2.

wordt voorkomen is cumulatie altijd mogelijk. Anders dan bij de winstafdracht en de schadevergoeding in geld is die keuze evenwel niet aan de eiser, maar aan de rechter. De norm kan daar niet meer doen dan aanwijzen waar de remedie beschikbaar zou kunnen zijn; het discretionaire karakter van de schadevergoeding in natura verzet zich tegen verdergaande invloed.

### *10.2.3 Het belang van normstelling en -uitleg*

Vaak levert de hiervoor geschetste benadering voorspelbare resultaten op; meestal is immers duidelijk waar een norm toe strekt. De norm dat een frisdrankbezorger die een kelderluik opent maatregelen moet treffen om te voorkomen dat cafébezoekers schade lijden is overduidelijk gericht op de voorkoming van letsel dat zonder die maatregelen zou intreden. Een in natura-vergoeding, een bevel of een winstafdracht heeft bij zo'n normschending niets te zoeken. Waar het moeilijker wordt – zoals in gevallen van oneerlijke concurrentie, waar het de vraag is of dit nu een gebod tot voorkoming van schade of een verbod van het behalen van winsten behelst – moet de norm worden uitgelegd. Die uitkomst is vooraf lastig te voorspellen, maar duidelijk is wel waar de discussie over moet gaan: *waarom* is deze concurrentie oneerlijk? Welke verantwoordelijkheid had de ene concurrent eigenlijk jegens de andere? Waar concurrentie oneerlijk is omdat bedrijfsgeheimen zijn gebruikt, ligt een winstafdracht voor de hand: alleen de rechthebbende had die geheimen mogen gebruiken met winstoogmerk. Waar concurrentie oneerlijk is omdat via de correctie Langemeijer een zorgplicht jegens een concurrent wordt aangenomen, ligt alleen schadevergoeding voor de hand: de zorgvuldigheid ziet erop nadere schade te voorkomen.[30]

Ook bij de op de billijkheid gestoelde leerstukken is het van groot belang dat de norm goed uitgelegd wordt: welk beschermingsniveau ging van deze norm uit? Leerstukken als de omkeringsregel, de proportionele aansprakelijkheid en de redelijke toerekening helpen daar inzicht in te krijgen. Wat voor belangen werden met deze norm beschermd? Hoe waarderen we die? Welk beschermingsniveau ging er van deze norm uit? In plaats van terug te moeten vallen op een lijst aan toerekeningsfactoren of een classificatie van gevallen waarin de proportionele aansprakelijkheid gepast is, kan zekerheid in de ruime zin worden verkregen door te vragen welke strekking de norm nu precies had. Dat eist uitleg en de uitkomst van die uitleg is niet altijd zeker, maar – opnieuw – het maakt in ieder geval duidelijk waar het debat over zal moeten gaan.

Paradoxaal genoeg helpt een normcentrische benadering ook om in te zien dat niet alle remedies rusten op een voorafgaande of dreigende normschending. De gevallen van zuivere risicoaansprakelijkheid zijn daar een voorbeeld van.[31] De schadevergoeding wordt hier toegewezen zonder dat van een normschending kan worden gesproken. In een normcentrische benadering zou deze plicht tot schadevergoeding kwalificeren als een *primaire plicht* tot vergoeden van schade. Dat klinkt als een 'quick fix' of een anomalie, maar een primaire plicht tot het vergoeden van schade is zo vreemd nog niet. Buiten de risicoaansprakelijkheden van

30 Vandaar dat ik in § 7.4.2.2 heb betoogd dat HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*) verkeerd beslist is.

31 Zie hiervoor §§ 9.3 & 9.4.

Afdeling 6.3.2 BW zijn er in het recht verschillende voorbeelden van plichten tot vergoeden die alleen met veel kunst- en vliegwerk als reactie op normschending zouden kunnen worden geduid. De verplichting tot het vergoeden van het negatieve contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen is één voorbeeld en de verplichting tot vergoeding van schade van een gewezen verdachte na gebleken onschuld is een ander.[32]

Veel beter lijkt het dan ook te erkennen dat dit soort plichten mogelijk zijn, zodat de vraag naar hun bestaansrecht in een concreet geval er één wordt van rechtsvinding. Net zoals uit het ongeschreven recht kan voortvloeien dat de ene partij tot bepaald handelen verplicht is, kan daar ook uit voortvloeien dat die partij direct verplicht is schade van een ander op zich te nemen. Dat zal niet vaak zo zijn, maar het is mogelijk. Er moeten dan wel goede redenen worden aangewezen waarom die plicht er zou zijn. Dat kan bijvoorbeeld op basis van het profijtbeginsel (zoals bij risicoaansprakelijkheid) of het verrijkingsbeginsel (zoals bij ongerechtvaardigde verrijking), maar daartoe moeten we niet te eenvoudig overgaan. De normcentrische benadering legt bloot dat dit soort veroordelingen een eigen rechtvaardiging behoeven die zorgvuldig moet worden ingepast.

## 10.3 De vormgeving van de gekozen remedie

Behalve de keuze voor de remedie wordt ook de vormgeving daarvan in sterke mate bepaald door de norm. Net als bij de selectie van de passende remedie kan de invloed van de norm bij de vormgeving daarvan zowel direct (§ 10.3.1) als indirect (§ 10.3.2) zijn.

### *10.3.1 De directe invloed van de norm*

Schade wordt begroot door het werkelijke scenario te vergelijken met het scenario dat in zou zijn getreden als de norm correct nageleefd was.[33] Deze stap is een uitwerking van het causaliteitsvereiste, maar die bewoording kan verwarrend werken. Het is de jurist er niet zozeer om te doen of een bepaalde omstandigheid 'de' oorzaak is, maar of de gedaagde in juridische zin verantwoordelijk is voor de ingetreden gevolgen.[34] Wie een pantoffel tegen het hoofd van iemand met een eierschedel gooit is verantwoordelijk voor de desastreuze gevolgen, maar het werpen van de pantoffel is net zoveel oorzaak van die gevolgen als de eierschedel dat is. De reden dat we het werpen van de pantoffel eruit lichten is dat het schenden van de lichamelijke integriteit van het slachtoffer een reden is om de verantwoordelijkheid bij de gedaagde te leggen.[35]

Die benadering wordt niet altijd even consequent doorgetrokken. Het beste voorbeeld daarvan is het in hoofdstuk 5 besproken *Netvliesloslatingsarrest* van de Hoge Raad. In dat arrest overwoog de Hoge Raad expliciet dat bij de vaststelling van de normschending weliswaar de vraag is of de arts de patiënt had behandeld zoals een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot zou hebben

32 *Ibid.*
33 Zie hiervoor § 5.2.1.1.
34 *Ibid.*
35 *Ibid.*

gedaan, maar dat de figuur van diezelfde maatmanarts bij de schadebegroting geen rol meer zou mogen spelen. Daar rijst volgens de Hoge Raad de vraag wat er bij correcte naleving van de norm waarschijnlijk zou zijn gebeurd en als waarschijnlijk is dat de arts bovengemiddeld goede zorg zou hebben geleverd, dan is die omstandigheid uitgangspunt bij de begroting van schade.[36] En dat is vreemd, want op deze manier wordt de arts via de schadevergoeding verantwoordelijk gehouden voor een omstandigheid waar hij materieelrechtelijk nooit verantwoordelijk voor was. Hij had die bovengemiddelde zorg helemaal niet hoeven leveren, maar omdat hij normaal gesproken zulk goed werk levert, wordt hem dat nu aangerekend bij de schadebegroting. Het nadrukkelijker afstemmen van de remedie op het scenario waar de norm de eiser recht op gaf zou leiden tot grotere materiële rechtszekerheid.[37]

Sterkere aandacht voor het feit dat iedere schadevergoeding beperkt wordt door waar de norm wel en niet recht op gaf zou ook het toepassingsbereik van het leerstuk van verlies van een kans op meer rationele wijze kunnen vormgeven. Wie vergoeding voor verlies van een kans vordert moet wel *aanspraak* op die kans hebben gehad. Als de norm er niet toe strekte een kans te bieden, heeft het ook geen zin de materie langs deze weg te benaderen.[38] Anders dan de proportionele aansprakelijkheid is dit leerstuk namelijk niet zozeer een omzeiling van de causaliteitseis, maar een erkenning van een nieuw soort schadepost: de kans als vermogensbestanddeel. Nemen we die rechtvaardiging voor het leerstuk serieus, dan wordt duidelijk dat een beroep op dat leerstuk alleen zou moeten slagen als (i) de norm beoogde de gerechtigde een kans te bieden en (ii) die kans ook daadwerkelijk verloren is gegaan als gevolg van de normschending.

### *10.3.2 De indirecte invloed van de norm*

De meer indirecte invloed van de norm is vooral voelbaar in de nuances die de billijkheid brengt op het aldus geconstrueerde systeem. Geen enkel rechtssysteem kan zonder de veiligheidsklep van de billijkheid; soms resulteert toepassing van de regels in dermate onbevredigende beslissingen dat een verdere aanpassing gewenst is. Anders dan het concept van de billijkheid wel suggereert is het echter niet zo dat daar in het geheel geen structuur kan worden aangebracht. Een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid creëert geen ongebreidelde discretionaire bevoegdheid voor de rechter. Het kan bijvoorbeeld niet zo zijn dat wat de ene week onredelijk wordt genoemd, de andere week weer wel redelijk wordt genoemd. Natuurlijk moet de rechter maatwerk leveren, maar hij is niet volledig vrij in hoe hij dat doet. De vraag is dan waar hij zich bij het leveren van dat maatwerk naar moet richten. Belangrijke conclusie van de analyse van deze leerstukken is dat de norm bij toepassing van deze billijkheidsleerstukken een richtingwijzende invloed kan hebben.

De verschillende leerstukken die gebruikt worden om tot begroting van schade te komen vertonen die invloed allemaal in meer of mindere mate. De omkeringsregel kan en moet bijvoorbeeld toegepast worden waar onzekerheid bestaat

36 Zie hiervoor § 5.2.1.3 onder (a) en (b).
37 Zie hiervoor § 5.2.1.3 onder (c) & 5.4.
38 Zie hiervoor § 6.3.1.1 onder (b).

over het causaal verband tussen normschending en schade terwijl de norm (a) ter bescherming van specifieke schade strekte en (b) na normschending die schade ook intreedt.[39] Hoewel dit een billijkheidsoordeel is, is het toepassingsbereik ervan gefixeerd. Door die fixatie af te laten hangen van de strekking van de norm wordt behalve een voorspelbaar resultaat bovendien een uitkomst bereikt die strookt met de strekking van de norm: bij de bescherming die uitgaat van een norm die tegen specifieke schade beoogde te beschermen past het niet om onzekerheid steeds voor rekening van de gerechtigde te laten komen. Behalve de reële feiten spreken ook de normatieve feiten hier te veel voor zich: juist hiertegen had bescherming moeten worden geboden en het feit dat de schade dan ook nog eens intreedt, rechtvaardigt dat het vermoeden van verantwoordelijkheid overslaat naar de ander.

Langs vergelijkbare lijnen zou de proportionele aansprakelijkheid kunnen worden vormgegeven. Waar de norm niet zozeer tegen specifieke schade beschermt, maar er wel een hoog beschermingsniveau vanuit gaat kan het afwijzen van een vordering enkel vanwege resterende onzekerheid onbillijk voorkomen. Direct overgaan tot toepassing van de omkeringsregel is echter ook niet steeds gepast. Waar de geschonden norm vrij algemeen van aard is, kan minder snel gezegd worden dat de normatieve feiten hier voor zich spreken. Het direct aannemen van een bewijsvermoeden of het toewijzen van de vordering is in die gevallen dan *ook* onbillijk. De proportionele aansprakelijkheid kan in uitzonderingsgevallen uitkomst bieden. Het leerstuk biedt namelijk ruimte om tot een veroordeling naar veroorzakingswaarschijnlijkheid te komen. Daarbij wordt de billijkheid gebruikt om de verantwoordelijkheid tussen partijen te delen. Toepassing van dit leerstuk wordt niet gedicteerd door de norm, maar de norm kan wel inzichtelijk maken wanneer toepassing van dit leerstuk meer voor de hand ligt en wanneer minder. Waar van de norm een hoog beschermingsniveau uitgaat zal afwijzing van de vordering wegens onzekerheid immers eerder onbillijk voorkomen dan waar de norm slechts een beperkte verantwoordelijkheid voor de verplichte in zich draagt.

Tot slot kan het leerstuk van de redelijke toerekening via de norm van enige structuur worden voorzien. Een van de onzekerheden rondom dat leerstuk is dat de ene 'toerekeningsfactor' soms de voorkeur krijgt boven de andere zonder dat daarvoor een goede reden wordt gegeven. Vaak kan die selectie echter goed verklaard worden vanuit de strekking van de norm. Een bruikbaar voorbeeld is het arrest *Versluis/Ziekenzorg.* De vader van een patiënt leed hier schade doordat hij mentaal was ingestort als gevolg van een gebrek aan transparantie aan de zijde van het ziekenhuis over de behandeling van zijn dochter. Een van de factoren die volgens Brunner tot ruimhartigere toerekening zou moeten leiden is de aanwezigheid van letselschade. Dat zou suggereren dat toewijzing in dit geval voor de hand lag, maar de Hoge Raad achtte het toch niet redelijk deze schade toe te rekenen aan de fout van het ziekenhuis. Dat lijkt vreemd, maar is goed te verklaren vanuit de strekking van de norm. Het lijden van letselschade is *an sich* onvoldoende om toerekening te rechtvaardigen. Die factor komt pas in beeld als de norm daar ook tegen beoogde te beschermen. In dat geval spreekt namelijk een hoge mate van verantwoordelijkheid uit de norm die kan doorwerken in de reme-

39 Zie hiervoor § 5.2.2.2.

die en dus tot ruimere toerekening kan leiden. Dan is het feit dat letselschade is ingetreden wel relevant. In dit geval strekte die norm echter niet tot bescherming van de vader tegen deze schade en is toerekening niet gepast.

Op deze manier kan de norm een zekere zachte invloed uitoefenen op de vormgeving van de verschillende remedies.[40] Omdat het hier om op de billijkheid gestoelde leerstukken gaat en die leerstukken juist bedoeld zijn om maatwerk te kunnen leveren, is het bereiken van een volledig voorspelbaar resultaat niet haalbaar. Dat betekent echter niet dat rechtszekerheid buiten bereik is. Door duidelijker te maken waar het normatieve debat over zal gaan wint het systeem aan rechtszekerheid in ruime, formele zin. Doordat de nodige normatieve informatie zoveel mogelijk wordt geput uit de aanspraak van eiser en de daarmee correlerende plicht van gedaagde schept de invulling van die oordelen bovendien rechtszekerheid in materiële zin. De invulling van de remedui wordt daarmee immers zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht met de verantwoordelijkheidsverdeling die in het materiële recht besloten ligt.

## 10.4 De zekerheid van een normcentrisch remedierecht

Dit onderzoek is opgezet met als doel oplossingen te vinden voor de verschillende vormen van rechtsonzekerheid binnen het delictuele remedierecht. Daarbij ging het zowel om rechtsonzekerheid in de traditionele zin van het woord, waarbij vooral de vraag is of voorspelbare uitkomsten worden bereikt en of de wijze van beoordeling langs voorspelbare weg verloopt, maar ook om het gebrek aan zekerheid dat materieelrechtelijke aanspraken zullen worden verwezenlijkt. Die laatste kwaliteit wordt in de Nederlandse doctrine normaal gesproken niet als rechtszekerheid gekwalificeerd, maar de waarde van die vorm van zekerheid is onmiskenbaar.

De normcentrische en relationele benadering beperkt deze onzekerheden van verschillende aard. De normcentrische benadering positioneert de dreigende of reeds gepleegde normschending als *reden* voor toewijzing, niet slechts als voorwaarde. Die norm wordt daarmee een belangrijke bron van informatie bij de beantwoording van de vraag naar wat een passende geschiloplossing is. Die informatie kan op verschillende manieren bijdragen aan de selectie en vormgeving van de remedie. Dat kan via directe invloed, zoals bij de selectie van de winstafdracht, de vormgeving van het bevel of de vaststelling van het csqn-verband. Op deze manier wordt onzekerheid in enge en formele zin weggenomen: het wordt immers beter voorspelbaar welke remedie wanneer en in welke omvang beschikbaar is.

Die invloed kan echter ook via meer indirecte weg verlopen, zoals bij de selectie van de schadevergoeding in natura, de redelijke toerekening van schade of de belangenafweging die nodig is om te beslissen of een *prima facie* toewijsbaar bevel toch moet worden afgegeven. Het voordeel daarvan is dat de norm sturing kan geven aan de invulling van normen als redelijkheid en billijkheid om zo voorspelbaarheid in de ruime, formele zin te creëren: het wordt immers duidelij-

40 Zie hiervoor § 5.3.2. Een vergelijkbare werking is te zien bij andere remedies en verwante vraagstukken, zie §§ 3.2.3, 4.3, 4.4, 5.2.2, 6.3.1.2 onder (b), 7.4.3, 8.4 & 9.4.

ker hoe het debat over de invulling van die norm zal moeten verlopen. De norm dat een frisdrankbezorger die een kelderluik opent maatregelen moet treffen om te voorkomen dat cafébezoekers schade leiden is overduidelijk gericht op de voorkoming van letsel dat zonder die maatregelen zou intreden. Een in natura-vergoeding, een bevel of een winstafdracht heeft bij zo'n normschending niets te zoeken.

Maar misschien nog wel het belangrijkste voordeel is dat de normcentrische benadering de 'materiële rechtszekerheid' vergroot. Door de remedie steeds in verbinding te blijven plaatsen met de norm is het eenvoudiger de belofte van de norm te verwezenlijken. Door nadrukkelijker het verband te leggen tussen recht en remedie, kan ervoor worden gewaakt dat gedaagden niet tot te veel verplicht worden en eisers niet te eenvoudig met lege handen komen te staan. In plaats van steeds opnieuw te vragen wat in dit concrete geval 'redelijk' of 'passend' zou zijn bij de omstandigheden van het geval, is het veel eenvoudiger ieder het zijne te geven als de blik wordt gericht op de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen die aan de vordering ten grondslag is gelegd. Het normatieve oordeel dat nodig is om een geschil te beslechten ligt daarin besloten; het remedierecht bestaat slechts om aan het materiële recht uiting aan te geven.

# Right, duty, remedy
or
The promise of the rule

**A summary in English**

## 1 Introduction

### *1.1 Rights, duties, and remedies*

Remedies in private law are legal instruments that one party may use in response to an injustice in the past, present or future. Some remedies are 'self-help remedies' in that they require no judicial intervention and can be deployed by the entitled party herself.[1] Examples are the extrajudicial rescission or nullification of a contract or the removal of overhanging branches.[2] Most remedies, however, require the petitioning of a judge. Those remedies usually entail the court ordering the defendant to do or refrain from something, such as paying damages or specifically performing a legal obligation.[3] In some cases, the judge herself takes on an important role by having her judgment stand in the place of a juridical act, such as the transfer of real property, or by declaring the parties' respective legal positions.[4] In exceptional cases, the judge may authorize the claimant to take upon herself to effectuate the legally prescribed situation.[5]

This diverse collection of instruments is crucial in giving real effect to abstract legal claims and rights. Despite their practical importance, however, attention for these instruments as a delineated field of study is limited.[6] Unlike in the ancient Roman or early common law, in 21st century continental law the remedy does not take centre stage. Where in those systems the relevant question was whether a certain set of facts allowed for a remedy from A against B, the modern approach requires an analysis, first, of whether A has violated a duty she owed against B or infringed B's right in some way.[7] Where in those systems 'right' and 'remedy' were identical, they are emphatically separate concepts in modern thinking.

---

1 Artt. 3:49, 6:265 and 6:267 Dutch Civil Code (DCC).
2 Art. 5:44 DCC.
3 Artt. 3:296 (*court order*), 6:103 (*compensation in kind*), 6:74, 6:162 and 6:172 *et seq.* (*damages*) DCC.
4 Artt. 3:300, 3:301 and 3:302 DCC.
5 Art. 3:299 DCC.
6 There are works on individual remedies – such as the theses on damages (Bloembergen 1965), the court order (Van Nispen 1978) and the declaratory order (Groeneveld-Tijssens 2015) – but the attention to the field as a whole is limited to a monograph (Van Nispen 2018).
7 Windscheid 1856, p. 3; Endemann 1925, p. 81; Maitland 1929, p. 296; Van Nispen 2018, p. 1; Smith 2019, p. 43.

Disconnecting rights from remedies probably began somewhere in medieval times[8] and it is submitted that it is still not fully complete. For instance, the right to property is still to a large extent defined by the ability to reclaim it from those who possess it without legal ground and the claim for damages is codified as an obligation that arises upon the violation of a duty owed to another person.[9] The substantive and procedural are, in other words, still heavily intertwined today. Yet the disconnect does matter. In an action-based system, the question is simply whether the facts give rise to a remedy. In the modern approach, the question becomes more generally what we owe to each other and what we are entitled to. That change in thinking allows for asking the question whether one breach of duty or infringement of right could give rise to more than one remedy. That question – though not explicitly so asked – was answered in the affirmative in 20th century by the development of the order for specific performance of legal obligations, the order to compensate 'in kind' and the account of profits.[10] Even though some remedies are still presented as part of a right or, conversely, a legal obligation, most remedies have now obtained their own place in the Dutch Civil Code, separate from the legal rights and obligations that give rise to them.[11]

### *1.2 Three types of uncertainty*

The result of this development, for extracontractual liability law at least, is that the analysis of a breach of duty or infringement of a right has been separated from the appropriate legal response to it.[12] The finding that a right has been infringed or a duty has been breached thus becomes no more than a condition for opening the door to the arsenal of private law remedies. A reason for selecting the appropriate remedy from that arsenal needs to be found elsewhere. Although there is nothing wrong with that disconnect in and of itself, it does produce some uncertainty as to what remedy will be appropriate in a given case. Before a remedy is awarded, it is difficult for parties to predict which remedy the judge will award. Once a judgment has been reached and a remedy has been awarded, it is not always clear why this particular remedy was appropriate in this case. This gives rise to three distinct types of uncertainty.

First, the current state of remedial law is uncertain in that the *outcomes* of cases are not easily predictable.[13] A given set of facts does not automatically produce a clearly defined remedial outcome. Imagine, for instance, a situation in which a tenant sublets her apartment to a third party and that the third party dam-

8 Schrage argues this is somewhere in the middle ages (Schrage 1977, p. 30) although he acknowledges the medieval jurist general thinks in terms of actions (Schrage 1977, p. 70). Bezemer argues that De Revigny separated the *actio* from the *ius* in the 13th century, see Bezemer 2015, p. 432.

9 See Artt. 629 and 1401 of the old DCC and Artt. 5:2 and 6:162 BW of the current DCC. This approach corresponds with that of Von Savigny, who saw the *actio* as a substantive claim. See Kaser/Knütel/Lohsse 2021, p 49.

10 DSC 13 November 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M.M (*Kieft/Otjes*); DSC 18 March 1932, ECLI:NL:HR:1932:176, *NJ* 1932, p. 1329 m.nt. P. Scholten (*Van Dijk/Knippen*); and the introduction of Art. 6:104 DCC, VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6,* p. 1266.

11 The court order (Art. 3:296 DCC), the compensation in kind (Art. 6:103 DCC) and the account of profits (Art. 6:104 DCC) are the clearest examples of this. Damages are still rooted in substantive law (see the Artt. 6:74, 6:162 and 6:171 *et seq.* DCC*)*, but is regulated further in Section 6.1.10 DCC.

12 For instance when establishing liability for losses. First, it is inquired whether liability exists, only after which it can be inquired what shape that remedy should take. These processes are often separate processes. See Asser/Sieburgh *6-II* 2017/50.

13 This is legal certainty in the most traditional sense, see Houwing 1947, p. 4-5; Pels Rijcken 1978, p. 310-311; Drion 1981, p. 3; Wintgens 1994, p. 1088; Bertea 2008, p. 29-30.

ages the property. Should the owner have a claim for damages, account of profits, or both? Article 6:104 DCC suggests that these claims should be brought in the alternative, as the 'account of profits' is not a genuine claim for account of profits, but rather a way to calculate damages by reference to the defendant's profits.[14] Yet a comparison with the approach in IP law suggests that such a combination should be possible, so long as the claim for damages does not consist of lost profits.[15] It is not immediately clear which approach should prevail. The matter becomes even more complicated if the owner also claims an eviction order. Should that remedy be available in addition to these remedies or are they mutually exclusive? And does it matter whether the eviction order is phrased as a court order (*bevel*) or as compensation in kind (*schadevergoeding in natura*)? Here, too, the solution is not immediately clear. This gives rise to a lack of formal uncertainty, narrowly defined. Formal, because the uncertainty relates to predictability of a decision; narrowly defined, because it only takes into account the predictability of the *outcome*, and nothing else.

Second, remedial law is somewhat opaque as to what factors will be taken into account when selecting and fashioning a particular remedy. It is, for instance, not always clear what factors may be taken into account when deciding on the scope of liability.[16] These questions are often delegated to 'the circumstances of the case viewed in the light of the standards of reasonableness and fairness,' yet that does not help the parties all that much. These very broad concepts allow a judge to reach nuanced decisions in a given case, but do not particularly help parties in structuring their debate. This produces formal uncertainty, broadly defined.[17] Formal, as it again relates to predictability of the decision, but broadly defined because apart from the predictability of the outcome, the problem here is that the normative decision making process is not clear either.

Third, and final, remedial law suffers from a different type of 'uncertainty' in that parties cannot always be 'certain' that their substantive rights and claims will be upheld. Imagine a company hires a new candidate every year and that every year they select a white cis-gendered male in his mid-40s. This is a very predictable process and we might even be able to discern how they decide which candidate to hire, yet it seems odd to call this a 'legally certain' process.[18] The reason for that is that the promise of an open job interview is that all candidates are considered equally and will be selected on the basis of merit. The process, then, is legally uncertain in that this promise is not fulfilled. So it is with remedies. If remedies are refused on the basis of unclear factors even though a substantive breach of duty or infringement of right has been established, it seems the claimant cannot rely on her rights on paper making it into the real world. Conversely, if a defendant through a court order is obligated to do more than she was required to do under the law, she cannot trust that her substantive claim to individual free-

14 Art. 6:104 DCC provides that "[i]f someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it." (underscore WThN)

15 DSC 14 April 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, *NJ* 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade (*Danestyle/HBS*), par. 3.3.5.

16 Dijkshoorn 2011, p. 267-268.

17 Bertea 2008, p. 34 *et seq.*; Aarnio, Alexy & Peczenik 1981. Similarly Witgens 1994, p. 1088; Pels Rijcken 1978, p. 310-311.

18 This is an extension of the reasoning offered by Bertea. See Bertea 2008, p. 37.

dom on paper makes it into the real world. A system like that lacks substantive legal certainty, because the issue here is not the knowability of the outcome, but the inherent problem that a substantive claim does not make it into the real world.

These uncertainties do not plague the entirety of remedial law. The examples used thus far are all taken from an extracontractual context. The reason for that is that contractual remedial law is not so opaque. Contractual remedies are generally available as of right, but these rights must be exercised with deference to the legitimate interests of the counterparty.[19] This rule does not necessarily fit with the extracontractual 'creditor' and 'debtor,' because they are not always in the same relation of trust and care that contractual parties are. Why should the victim of a tort care about the interests of the other party? She did not pick out the tortfeasor like one party picks the other. Furthermore, without a contract to refer to, it is not immediately clear what interests are 'legitimate' and – more importantly – whether they should be taken into account by the victim. In extracontractual law, therefore, there remains a lacuna as to what remedy is appropriate in a particular case and how it should be fashioned.

## 2 Remedying the disconnect

The central inquiry in this thesis is whether and how a revaluation of the importance of the substantive rule connecting two parties in a private legal relationship could help structure remedial law. This is emphatically not an attempt to reintroduce the identity of right and remedy that existed in the ancient Roman or early common law, but rather an attempt to phrase the violation of legal rights and duties as a *reason* for selecting and fashioning a remedy, rather than merely a *condition*.

When trying to put disputes into words, lawyers often use concepts such as rights and duties. To understand their relationship with remedies, it is important to understand their relationship first. When lawyers speak of rights, they often mean many different things. A right can be a claim right, a privilege, a power, or an immunity.[20] It is the claim right that is most important in the extracontractual context, because a claim right is the direct correlative of a duty.[21] If I have duty of care towards you, you have the right that I observe the required standard of care. Conversely, if you have a right to not be discriminated against, I am under an obligation not to do so. So, although having a right to something means more than just having a claim right against others, in the extracontractual context that claim right is all that matters. In fact, if we extend the reasoning somewhat, it becomes apparent that the same is true for duties. I may be under a duty to do something generally, but that duty is only relevant in the extracontractual context if I owe it to you. It is these types of correlative rights and duties that give rise to remedies.

What function a remedy has in relation to these rights and duties, then, depends heavily on what function one ascribes to private law generally and liability

19 DSC 5 January 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), par. 3.5.
20 Hohfeld 1913, p. 30-55.
21 *Ibid.* See further Feinberg 1970, p. 249-250.

law more specifically. If we understand extracontractual liability law to be purely corrective in nature,[22] we would come to the conclusion that all private norms and remedies are focused on compensation or, at the most, prevention of losses. This flies in the face of both the reality of the substantive law and the arsenal of private remedies. First, private norms often do more than prevent monetary losses. If I own a piece of land, you are not only under a duty not to damage it, but you are also under an obligation not to walk on the land unless I give you permission to do so. Other norms seem to have a more allocative function in that they allow one party to make certain profits at the exclusion of some or all others. Second, and closely related to this latter type of rule, the possibility of an account of profits – even when phrased in terms of calculation of damages[23] – betrays that there is more to remedial law than just compensation.

Another option would be to see private law as an instrument in achieving policy goals. This view has become more prominent over the last decades and resembles the EU approach to national law closely.[24] The upside of this approach is that remedies are positioned as serving the purpose of a pluriform substantive law. The clear drawback is that it does not fit the positive law well, as a truly instrumentalist private law would offer more punitive measures, so as to ensure that rules are followed.[25] In addition, it turns the dispute between two parties into a cog in the wheel of policy enforcement. This means that the judge stops doing justice between parties, but imposes 'sanctions' or denies claims because of the positive effect she expects her ruling will have on society. The result would be that a claimant could get less than substantive law offers her or – more frequently – that an unlucky defendant is obligated to do or pay far more than her substantive duty requires, thus leaving the claimant with a windfall. It also begs the question as to how this would work on a larger scale. If A is ordered to pay punitive damages to B because A's behaviour was so reprehensible that we must be sure that she never engages in this kind of behaviour again, what happens if some months later C claims punitive damages for the exact same tort and losses? Should C be awarded the same sum or should she be limited to the compensatory amount? It seems odd to award C less than B, but that would suggest that the first punishment was not sufficient. The reason that this becomes problematic is that we are trying to use a dispute between two individualised parties to reach an external goal, which almost always creates injustices at the individual level.

More is to be expected from an internal point of view, that takes the substantive rule that connects parties in a private dispute as the determinant of the correct remedy. There are many variants of this 'internal' approach[26] and the one advocated here is only one of approach and emphasis, not one of fundamental changes to the structure of private law. The idea is that the duty that one party owed the other is the best source of information as to what the distribution of risks and benefits between them is. All rules exist for a reason and these reasons tell us why

22 This is the traditional and dominant view, according to most literature on the subject. See Nieskens-Isphording 1999, p. 137; Hartlief 2008a, p. 771; Keirse 2009, p. 100-104; Kortmann 2009, p. 23-24; Barendrecht, Kars & Moree 1995, p. 16. See especially the lamentations of Van Boom 2006, p. 8, 12.

23 See Art. 6:104 DCC.

24 As advocated by Verheij 2002, p. 445 *et seq.*; Van Boom 2006; Hartlief 2008b, p. 237-239; Engelhard *et al.* 2009; Zippro 2009.

25 See e.g. Meurkens 2017; Hartlief 2008; Van Boom 2006.

26 See e.g. Weinrib 2012a; Weinrib 2012b; Stevens 2007; Neuner 1931; Hebly 2019; Lindenbergh 2020.

and to what effect we should follow the rule. It would be odd to assume that these reasons should cease to exert influence over us once we violate the rule. Rather, this thesis subscribes to the view that these rules have a continuing effect over us after we violate them. This idea was originally developed in the context of compensatory tort law,[27] but it is submitted that it works well for the whole of remedial law. By asking constantly why the rule exists in the first place, we get a clear picture of what the rule promises both parties. These reasons can help in selecting (§ 3) and fashioning (§ 4) the appropriate remedy.

## 3 Selecting the appropriate remedy

### *3.1 One rule, one remedy*

In this 'norm-centric' approach to remedial law, the 'injunction' or 'court order' (*bevel*) is the primary remedy. Whereas damages can only offer a claimant a 'second best', the court order offers the claimant precisely what she was promised: compliance with the rule by the extracontractual debtor. This is why, under Dutch law, the court order is available as of right.[28] It does not offer the claimant more than she was promised nor does it put an onerous burden on the defendant. Only under exceptional circumstances can the court order be refused.[29] When this should be so depends heavily on the facts of the case and on a balancing of interests. The rule can help in identifying which interests should be taken into account, but no more can be expected of this exercise than some general guidance as to what value judgments must be made.[30] As a counterbalance to this strong right to a court order, the scope of the court order is strictly limited to the underlying duty.[31] The court order is purely replicative and the defendant may not be obligated to do more than she was already obligated to do under positive law. Again, this fits well with the idea that the whole of remedial law is tailored towards materialisation of the promise of the norm.

If a rule has not been complied with, the perspective changes somewhat. The question now inevitably becomes how the defendant can right her wrong. The most common remedy is the 'monetary compensation' or 'damages' (*schadevergoeding in geld*). Even if the idea that all norms are about preventing and compensating losses is rejected, the fact remains that *most* rules are about the prevention of losses. The *raison d'être* of these norms is that the addressee is responsible for preventing loss to other parties. Quite obviously, the appropriate response to the violation of such a rule is to compensate the other party for any losses that might ensue. Usually compensation in money will suffice, as it merely imposes a financial responsibility on the addressee. There are, however, some instances

27 See Gardner 2010.
28 DSC 28 June 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), par. 3.3; DSC 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), par. 8.2.1.
29 For instance when this prima facie right is being abused, see DSC 17 April 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*) or when the public interest so demands (Art. 6:168 DCC).
30 As is the case in the law of damages regarding the scope of liability, see art. 6:98 DCC. The norm can help identify what interests should be taken into account.
31 DSC 27 April 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips).*

where the rule protects interests that are not easily compensated with monetary awards. In those cases, there might be a reason to consider compensation in kind.

Compensation in kind is a hybrid between the court order and compensation in kind: its purpose is to compensate the victim; its form is an order to exhibit some kind of behaviour.[32] Given the discretionary nature of compensation in kind, there are no clear-cut rules as to when it should be available and what shape it could take. The rule can help identify those cases where the addressee of the rule is responsible for those non-monetary interests as well as how the damage to those interests may be remedied through a court order. There is no reason, of course, to turn this remedy into a punitive measure or to obligate the defendant to do much more than the law required of her. Rather, the purpose of this remedy is to compensate the victim and have the defendant fulfil the responsibility the law places on her. By carefully identifying what exactly the rule promised either party, the judge can more easily find an appropriate type of compensation in kind. In that sense, the rule can have some indirect influence over the appropriate remedy.

Finally, there are some norms that deal less with the prevention of losses, but with the allocation of certain benefits. Such an allocation may be against the whole world (e.g. only the owner of a tree may harvest its fruits) or against certain specific individuals (e.g. if I promise you not to compete in a particular market, I have a duty *towards you* to refrain from making a profit in that market). The 'account of profits' (*winstafdracht*) under Dutch law is originally seen merely as a means to calculate damages,[33] but recent case law makes that view difficult to maintain, as in those cases the profits had very little relation to the conceivable losses, if any, the claimant suffered.[34] Instead, it is submitted that these cases are better explained as cases where the account of profits effectuates an allocation of benefits promised by the norm. If you make a profit using my property, for instance, I have a stronger right to those profits since you were not allowed to make them. Similarly, if you promise not to compete with me but do so anyway, it seems that I have the stronger right to the profits made and an account of profits seems appropriate.

## *3.2 A choice between remedies*

The result of this approach is that there often is no concurrence of remedies. In most cases, the rule dictates that there should only be one remedy available, so that the question of election becomes obsolete. In those rare cases where the same set of circumstances could conceivably give rise to multiple remedies, additional rules are required. The general rules of concurrence provide a useful structure for judging these cases. The main rule is that when rules apply concurrently, they are to be applied cumulatively. A choice only needs to be made when the results of applying both rules are contradictory.[35] The question as to whether applying remedies concurrently leads to inconsistent or contradictory results may seem odd at first sight. After all, why would it be contradictory to award dam-

32 See Art. 6:103 DCC, which presents it as an alternative to monetary compensation.
33 See Art. 6:104 DCC, see also DSC 18 June 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).
34 Deurvorst 2010, p. 73-74; Van Kogelenberg 2014, p. 845.
35 DSC 9 December 1955, ECLI:NL:HR:1955:47, *NJ* 1956/157, m.nt. L.E.H. Rutten (*Boogaard/Vesta*).

ages, an account of profits and grant an injunction? It is certainly *possible* to combine all these remedies.

That picture changes, however, if it is recalled that each remedy is granted to approximate a particular scenario that was 'promised' by the norm. There are cases where multiple remedies are available, but they strive towards the realisation of incompatible scenarios. This is usually the case where the rule offers the beneficiary a choice between two alternative scenarios (e.g. *either* you alone have the right to obtain these profits *or* someone else makes these profits on your behalf) and the beneficiary seeks to realise both scenarios through remedial law (e.g. by claiming compensation for lost profits *and* an account of profits). Presented as such that sounds like a novel rule, but in fact lawyers are quite used to working with this rule.

Imagine a case where a rule is continuously or frequently violated. In such a case, the beneficiary of the rule may obtain a court order ordering the addressee of the rule to comply with her duty in the future. To the extent that she has also suffered losses, she may, of course, obtain an order for damages, too. So long as she is only seeking compensation for losses *actually suffered* up until the moment the violation of the rule ceases, there is nothing problematic about this cumulation. It becomes problematic, however, if she were to claim both a court order to cease the violation *and* the compensation of future losses. Quite obviously, combining these remedies should not be possible because once the violation ceases, she will no longer suffer any additional losses. Awarding both remedies would be inconsistent because it would allow her to realise two incompatible scenarios: one in which she suffers no losses because the violation ceased and one in which the violation continues, but she receives a monetary award instead. Viewed this way, the rule against double compensation is essentially just a rule prohibiting that remedial law be used to realize incompatible scenarios. And that more general rule can easily be applied across the board.

Take the example alluded to above, where the beneficiary of a rule is seeking both compensation of lost profits and an account of profits. If a tenant sublets her apartment illegally, the owner is *prima facie* entitled to both compensation of losses and an account of profits,[36] but if those losses consist of lost profits a problem emerges. In that case the owner would be trying to use remedial law to approximate both the scenario in which she obtains the profits herself *and* the scenario in which the tenant collects the profits for her. Since those two scenarios could not conceivably exist simultaneously – the apartment can only be rented out once – combining these two remedies would be inconsistent. This is different, however, if the tenant sublets the apartment at a profit and the subtenant damages the apartment, and the owner claims both an account of the profits made *and* compensation for the damage to the apartment. In that case, she would be aiming to approximate a scenario in which the apartment was sublet for her benefit without being damaged. There is nothing inherently inconsistent about that scenario and the rule clearly promises both.

36 This is certainly the rule in IP law (see DSC 14 April 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, *NJ* 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade (*Danestyle/HBS*), par. 3.3.5) but it is argued that this should be no different in general private law.

The only exception to this rule is the election between compensation in kind and monetary compensation. A choice between those two must always be made, since they both seek to compensate certain losses.[37] It is, of course, possible to combine the two in those rare cases where the compensation in kind order compensated one part of the loss and the order for damages compensates the other, but generally speaking they will be alternative remedies. An important difference between this remedy and the other remedies is that, due to its discretionary character, it is up to the judge to make the election between monetary compensation and compensation in kind. The rule can provide her some guidance in making that election, but ultimately it will be up to her.

## *3.3 The importance of setting and interpreting rules*

Usually, the approach to remedial law set out above will lead to clear and predictable results. After all, in most case it is relatively clear what purpose a particular rule has and – as was argued above – the appropriate remedy can be easily discerned from that. The rule that someone who created a dangerous situation must take the appropriate measures to prevent others from suffering damage is evidently aimed at the prevention of losses, and it seems self-evident that the only appropriate remedy for a violation thereof is the order to pay damages. Matters become more difficult, however, where the purpose of the rule is manifold or opaque, such as is the case with rules against unfair competition. In those cases, the rule will need to be interpreted to identify its purpose and with interpretation comes a degree of unpredictability. This introduces a degree of formal uncertainty, narrowly defined. Laying emphasis on the interpretation of the rule, however, does improve the broadly defined formal certainty of the system, as it clarifies what the debate should be about: *why* was this competition unfair or illegal? What responsibility does one competitor have towards the other? It then becomes apparent that not all rules against unfair competition are identical. For instance, if one competitor illegally uses trade secrets to gain an advantage, it seems an account of profits is quite appropriate. After all, she obtained an advantage that was, by virtue of the rule against illegally using someone else trade secrets, to be obtained by the owner of the trade secret alone. If, on the other hand, the rule mainly exists so as to ensure a level playing field, its violation can – at most – lead to an award of damages where the rule can be said to inspire a certain degree of care for one's competitors.[38]

The application of doctrines rooted in reasonableness and fairness require a good deal of interpretation, too. Doctrines such as the reversal of burden of proof, genuine proportional liability and the reasonable attribution of losses guide this process and help identify the interpretative questions that need to be asked. The norm, in turn, helps to find an answer to these questions. Instead of asking what kinds of interests might be conceivably at stake, we can focus on those interests that are protected by the norm. The rule sets the stage, in other words, for finding the answers to these normative questions, preventing parties and judges from

37 They are genuine alternatives, see Art. 6:103 DSC.

38 Which is why I argue in § 7.4.2.2 that DSC 18 June 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*) was wrongly decided.

returning to the normative debate at the remedial stage. The that binds parties is, after all, the primary source of normative information as to what the division of responsibility between two parties is.

Paradoxically, this approach also shows that not all remedies follow from the violation of behavioural norms. There are many instances in which an order to compensate is deemed appropriate, but the defendant has not committed a wrong. The most obvious examples are the instances of strict liability,[39] but there are some unwritten duties, too, that are best explained as primary duties to take on financial responsibility for others. One example would be the duty for the state to compensate any losses of a suspect in a criminal case whose innocence is later established. Even though the state's actions are not illegal, there may still be reason to ensure the actually innocent suspect does not have to bear the negative consequences herself. Such duties are rare, but they are not anomalies. All duties place a burden on the addressee to protect a beneficiary. Taking measures to prevent losses costs money and there seems to be no problem in finding those duties, so why should it be different for duties to take on a financial responsibility for someone else? Viewing these cases as primary duties to take on financial responsibility could both help identifying these types of duties more frequently as well as keep them in check. It will not often be the case that we are financially responsible for others that we do not know or do not have a close relationship with.

## 4 Fashioning remedies

The preceding analysis shows that the system can benefit greatly from an increased focus on the purpose of the underlying rule in selecting the appropriate remedy. It is submitted, however, that this influence goes beyond selection and that the rule has a profound effect on fashioning individual remedies, thus allowing for more tailor-made and nuanced solutions to complex disputes. The influence of the rule may be either direct (§ 10.3.1) or indirect (§ 10.3.2).

### *4.1 The direct influence of the rule*

Damages are calculated by comparing the world as it is (i.e. with the tort) with a hypothetical world in which the tort never occurred. In simple cases, this is easy enough. If I hit you with my car, we simply compare your health and financial situation with the accident (i.e. the world as it is) with a situation in which you would not have been hit (i.e. the hypothetical scenario).[40] This exercise is a way to establish 'causality', though that term may be a little confusing. When a lawyer seeks to establish causality, she does not really care what, scientifically speaking, qualifies as 'the' cause. If I push you in front of a bus, my push is as much a cause of your death as the presence and speed of the bus is, yet I would obviously be

39 Artt. 6:171 *et seq.* DCC.

40 DSC 3 June 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), par. 3.5.2; DSC 6 January 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*), par. 3.4.4; DSC 15 March 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), par. 3.3.2; DSC 23 December 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), par. 3.5.3. This approach is generally attributed to Mommsen 1855, p. 3.

liable for all the consequences. Rather, the lawyer is interested in whether the behaviour of one party (i.e. the tort committed by the defendant) makes her responsible for the negative consequences the action has had for another party.

That approach, however, is not always diligently followed. The best example is the retinopathy-judgment of the Supreme Court.[41] In this case, a premature child came in the care of a doctor who was under an obligation to quickly check for signs of a detaching retina. For the sake of simplicity, let's say he was under an obligation to perform this check on day 1. He did not perform the check on day 1, but instead performed it on day 3. He then sees some early signs of retinopathy and operates on day 4. The operation is unsuccessful. He admits that if he had checked at day 1 – as he should have – he would probably have operated on day 2, thus increasing the patient's chances of avoiding blindness. The issue is, however, that although the check was performed too late, the operation on day 4 was well on time. Because this doctor was extraordinarily competent, he detected early signs of retinopathy on day 4 that a reasonably competent and reasonably diligent medical professional might not even have spotted. So if we compare the patient's current situation with the hypothetical situation in which she would have received the care of a reasonably competent and reasonably diligent medical professional, she would not have been worse off.

The Supreme Court held that her claim for damages should nonetheless succeed. The standard of a reasonably competent and reasonably diligent medical professional is important to establish a wrong, but it had – according to the Supreme Court – no role to play in establishing causation. It is submitted that this decision is misguided. Because of this approach, the doctor becomes financially responsible for circumstances that the law does not make him responsible for. The rule is that each medical professional is held to the standards of a reasonably competent and reasonably diligent medical professional, not to their own high standards. So long as that is the rule, it is inappropriate to use remedial law to expand that responsibility. And there are good reasons not to. Under this approach doctors – or indeed professionals in general – would do well to avoid offering above average services. After all, that could come at a cost in a potential liability case. Matching the remedy more explicitly and more closely with the underlying duty enhances substantive legal certainty, in that each party can rely on her rights to actually be given effect in the courts.

Placing a stronger emphasis on the fact that damages are merely an expression of the continuation of the responsibility that is enclosed in the substantive norm, also helps structure the doctrine of loss of a chance. This doctrine was introduced in the 80s and 90s and allows a claimant who cannot prove that the defendant's tort actually made her worse off, to claim proportional damages for at least losing the chance of something better.[42] The most obvious example is the situation where a lawyer fails to file for appeal and it is not clear what the appeal would have resulted in.[43] The argument then goes that the client may not definite-

41 DSC 23 December 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*).

42 DSC 13 February 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*); Court of Appeal Amsterdam 4 January 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*); DSC 24 October 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*).

43 Though in practice, judges opt to conduct a 'trial within a trial' to approximate what actually would have happened, see DSC 24 October 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*).

ly have suffered a loss as a result of the failure to apply for appeal, but at least lost a chance of winning her case. This doctrine is analytically limited to cases where the claimant had a chance or had a right to be given a chance and the defendant illegally took that chance away from her before she had a chance to 'test' her chances. If you can claim damages for losing a chance, you must have had it or have been entitled to it. Under the scope of the rule doctrine (*relativiteitsleer*) the next limitation lies in the purpose of the rule. This doctrine should only come into play where the rule actually protected the claimant's chances. Only where the chance itself qualifies as a legally protected asset can the claim have any effect at all.

### *4.2 The indirect influence of the rule*

The effect the rule has on causality and the application of loss of a chance is direct in that it allows for a clear delineation of the remedy on the basis of the purpose of the rule alone. In many instances, however, judges feel the need to modify their judgments in order to achieve fair and reasonable results. There are several instruments that allow them to do so and the existence of these instruments is indispensable, as real life does not always conform to the general rules that have been drawn up in the past. The problem with that approach is, however, that the application of this doctrine decreases formal legal certainty both narrowly defined (i.e. regarding outcomes) and broadly defined (i.e. regarding decision making process). Although the use of standards of reasonableness and fairness is antithetical to the former type of certainty, the latter is not inevitably lost. Using the purpose of the rule can actually help structure the debate as to how these instruments are to be applied in a given case, thus structuring the debate about them.

A 'reversal of the burden of proof' – or more accurately: an assumption of causality – is available in cases where (a) the defendant violated a rule that protected against specifically defined damage and (b) those losses materialise after the violation.[44] This rule is seen as a fixed judgment of reasonableness and fairness the judge is obligated to apply.[45] What should be apparent from these requirements is that it is the purpose of the rule that dictates its scope of application. And rightly so. A rule that exists for the very purpose of protecting against a very specific type of damage places a responsibility on the addressee that is incompatible with shifting the negative consequences of uncertainty to the – often less knowledgeable – claimant. This is a situation where not only the real but also the normative facts speak too much for themselves to allow for this simple defence. Of course, if the defendant proves that in fact there is no causal link between her tort and the loss that picture changes, but the addressee of such a specific rule is the more appropriate party to bear the burdens of uncertainties.

The actual proportional liability could be deployed along similar lines. This doctrine allows for a division of responsibility in cases where it is not entirely clear whether the tort or some other circumstance caused the loss and both awar-

44 DSC 16 November 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, *NJ* 1991/55, par. 3.3; DSC 26 January 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*), par. 3.3; DSC 19 March 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*), par. 3.3.

45 DSC 10 January 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45 (*Reaal/ATF*).

ding as well as rejecting the claim seems unduly harsh. This doctrine is firmly rooted in the principles of reasonableness and fairness and – as such – is often criticised for being unpredictable. The rule might offer some guidance as to when its application is appropriate. For instance, where a rule does not so much protect against a specific type of damage but it still entails a high degree of responsibility, it seems that it is easier to conclude that the requirements for application have been met. This influence is very indirect and ultimately it will be up to the judge to decide whether application in a given case is appropriate, but the rule can at least help to identify those cases where the application is more appropriate than in others.

Finally, the 'normative causation' or 'doctrine of reasonable attribution' can benefit from a norm-oriented approach. This doctrine allows a judge to tailor the amount of damages to the particularities of the individual case. Factors to be taken into account include the type of rule, the degree of fault, the type of loss, the remoteness of the loss etc.[46] One of the criticisms against this doctrine is that it is not always clear which factors will be decisive in a given case. Using the rule as a guiding light may clarify the application of this doctrine somewhat. A good example is *Versluis/Ziekenzorg*.[47] In that case, a father suffered an emotional and physical breakdown after the treatment of his daughter. He claimed compensation from the hospital because of the non-transparent communication of the doctors about her treatment. This *type* of loss (i.e. personal injury) generally justifies a more lenient attitude towards finding a causal link between the tort and the loss, yet the Supreme Court denied his claim. Although that may seem odd, it is actually very understandable from the perspective of the purpose of the rule. The rule that requires a doctor to communicate transparently is mainly directed at the protection of patient, but it does not impose on her a responsibility for the physical wellbeing of the patient's parent. Because the rule does not extend existence of a causal link. Had the rule protected against this type of personal injury, then, of course, a more lenient approach would have been warranted.

These three instances show a light and indirect influence of the rule on fashioning a remedy. Because of the necessity of tailor-made judgements this influence does not necessarily enhance the predictability of the outcome, but it does help structure the debate on the application of these instruments. By sourcing the normative information required for making a decision in a particular case from the substantive rule that underlies the claim, the parties are given clear instructions on what to focus on. Furthermore, diligent coordination of rule and remedy ensures that the division of responsibilities that is encompassed in the substantive rules is not unjustifiably altered at the remedial stage.

## 5 The certainty offered by a rule-centric approach to remedial law

The goal of this research was to remedy the lack of certainty currently surrounding extracontractual liability law. Currently, the system is formally uncertain in

46 See Brunner 1981a; Brunner 1981b.
47 DSC 2 November 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1980/77, m.nt. G.J. Scholten (*Versluis/Ziekenzorg*).

that both the outcomes and the road to those outcomes are not always predictable, and substantively uncertain in that parties cannot trust that their substantive claims are realised to their fullest extent.

A rule-centric approach to remedial law remedies these types of uncertainty by repositioning the rule as the *reason* for the remedy instead of just a *condition* to be met. By viewing the rule this way, it becomes a source of normative information for deciding a given case. First, this is useful in selecting the appropriate remedy in a given case. Often, there will be only one appropriate remedy for the violation of the rule at issue. Where there are multiple remedies available, the rule makes it easier to apply the general rules of concurrence. Second, it may help in fashioning the selected remedy. The influence the rule exerts over this process may be direct – as when it helps fashion the hypothetical scenario needed to establish causality – or indirect – as when it helps to clarify when, where and how judgments of reasonableness and fairness must be made.

But the most important contribution this approach makes is that it increases the 'substantive certainty' of the system. By constantly connecting the remedy to the substantive rule that underlies the claim, it becomes easier to ensure that defendants are not obligated to do much more than the substantive law requires of them and, conversely, that claimants do not end up empty-handed too easily. Instead of constantly considering what would be 'reasonable' or 'appropriate' in a particular case without any guidance, a rule-centric approach allows the judge reach more nuanced judgments that are better in accordance with substantive law. Contrary to what seems to be the position today, the rule itself contains much of the normative information needed to decide the case. As a result, the remedy regains its proper place as an instrument to give effect to substantive law instead of an instrument that replaces the substantive law with novel normative requirements. The remedy follows the law, not the other way around.

# Literatuur


**Aarnio, Alexy & Peczenik 1981**
A. Aarnio, R. Alexy & A. Peczenik, 'The Foundation of Legal Reasoning (1-3)', *Rechtstheorie* 1981, Band 21, afl. 2 (p. 133-158), afl. 3 (p. 259-273), afl. 4 (p. 423-448).

**Abas 2014**
P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden (Monografieën BW nr. A16)*, Deventer: Kluwer 2014.

**Akkermans 1997**
A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Akkermans 2000**
A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

**Aronstein 2019**
I. Aronstein, *Remedies for infringements of EU law legal relationships between private parties (diss. RU Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Arvind 2012**
T.T. Arvind, 'Beyond 'right' and 'duty'', in: D. Nolan & A. Robertson (red.), *Rights and Private Law,* Oxford: Hart Publishing 2012.

**Asser/Bartels & Van Velten 5 2017**
S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Asser/Sieburgh 6-II 2017**
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Asser/Sieburgh 6-IV 2019**
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Asser/Scholten Algemeen Deel * 1974**
P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974.

**Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018**
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Asser/Vranken Algemeen deel****
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. *Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

**Barendrecht 1992**
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 1992.

**Barendrecht 1995**
J.M. Barendrecht, 'Een pleidooi voor informatiever recht', *NTBR* 1995/7.

**Barendrecht, Kars & Moree 1995**
J.M. Barendrecht, E.J. Kars & E.J. Moree, 'Schade en schadeberekening in het algemeen', in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

**Beekhoven-Van den Boezem 2003**
M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Doel en effect van dwangsom en lijfsdwang,' *BWKJ* 2003/19, p. 161-192.

**Beever 2003**
A. Beever, 'The Structure of Aggravated and Exemplary Damages,' *Oxf J Leg Stud* 2003, afl. 1, p. 87-110.

**Di Bella 2014**
L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2014.

**Van den Berge 2017**
L. van den Berge, 'Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander,' *RM Themis* 2017, afl. 2, p. 43-55.

**Bertea 2008**
S. Bertea, 'Towards a New Paradigm of Legal Certainty', *Legisprudence* 2008/1, p. 25-45.

**Bezemer 2015**
C.H. Bezemer, 'De lange weg naar het subjectieve recht', *AA* 2015, p. 423-225

**Birks 1988**
P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: OUP 1988.

**Birks 2000**
P. Birks, 'Rights, wrongs, and remedies', *OJLS* 2000, afl. 1, p. 1-37.

**Birks 2005**
P. Birks, *Unjust Enrichment,* Oxford: OUP 2005.

**Blaauw 2002**
J.H. Blaauw, *Het Kort Geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002.

**Bleeker 2017**
T.R. Bleeker, 'De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod', in: F.Q. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi 2017.

**Bleeker 2018**
T.R. Bleeker, 'Voldoende Belang in Collectieve Acties: Drie Maal Artikel 3:303 BW', *NTBR* 2018/20, p. 139-151.

**Bloembergen 1965**
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. UU)*, Deventer: Kluwer 1965.

**Bloembergen 2002**
A.R. Bloembergen, 'Een halve eeuw schadevergoeding', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later. Opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002.

**Van Boom 2002**
W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid', in: M.H. Wissink & W.H. van Boom, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Deventer: Kluwer 2002.

**Van Boom 2006**
W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort (oratie EUR)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Van Boom 2007**
W.H. van Boom, 'Effectuerend Handhaven in het Privaatrecht', *NJB* 2007/826, p. 982-991.

**Brenninkmeijer 2012**
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtszekerheid', *AA* 2012, afl. 11, p. 879-883.

**Brunner 1981a**
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (I)', *VR* 1981 p. 210-217.

**Brunner 1981b**
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (II)', *VR* 1981 p. 233-236.

**Bruins 1906**
G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding (diss. Leiden)*, Den Haag: Mouton & Co 1906.

**Burrows 2009**
A. Burrows, *The Law of Restitution*, Oxford: OUP 2009.

**Burrows 2013**
A. Burrows, 'Judicial Remedies', in: A. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: OUP 2013.

**Burrows 2018**
A. Burrows, 'Injunctions', in: M.A. Jones (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, Londen: Sweet & Maxwell 2018.

**Burrows 2019**
A. Burrows, *Remedies for torts, breach of contract, and equitable wrongs*, Oxford: OUP 2019.

**Bregstein 1951**
M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1951, p. 273-305.

**Castermans 1992**
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1992.

**Castermans & Den Hollander 2013**
A.G. Castermans & P.W. Den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', *NTBR* 2013/21, p. 185-195.

**Castermans & Krans 2019**
A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop (Monografieën BW nr. A21)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Conaglen 2020**
M. Conaglen, 'Fiduciaries', in: J. McGhee & S.T. Elliott (red.), *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 143-210.

**Cox 2016**
R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40, p. 271-279.

**Van Dam 2000**
C.C. van Dam, 'Emotioneel belang en affectieschade', *VR* 2000/37, p. 73-75.

**Van Dam 2020**
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht,* Den Haag: Boom juridisch 2020.

**Davies 2020**
P.S. Davies, 'Injunction', in: J. McGhee and S.T. Elliott (red.), *Snell's Equity,* Londen: Sweet & Maxwell 2020.

**Davies & Virgo 2013**
P.S. Davies & G. Virgo, *Maudsley & Burn's Equity and Trusts*, Oxford: OUP 2013.

**Demogue 1924**
R. Demogue, *Traité des Obligations en Général, Sources des Obligations, Tome IV*, Parijs: Rousseau 1924.

**Deurvorst 1994**
T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten drie vormen van geldelijk redres bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten in Nederland, de Verenigde Staten van Amerika en Duitsland (diss. UU)*, Deventer: Kluwer 1994.

**Deurvorst 2010**
T.E. Deurvorst, 'Winstafdracht, einde aan slapend bestaan van art. 6:104 BW', *VrA* 2010, afl. 3, p. 67-75.

**Deurvorst, in: GS Onrechtmatige Daad**
T.E. Deurvorst, 'II. Rechtsvorderingen', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Van Dijck 2017a**
G. van Dijck, 'The Ordered Apology', *OJLS* 2017/1, p. 562-587.

**Van Dijck 2017b**
G. van Dijck, 'Hebben afgedwongen excuses zin?!', *NTBR* 2017/42, p. 298-302.

**Van Dijk 2000**
Chr.H. van Dijk, 'Onzeker causaal verband in de rechtspraak' in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

**Van Dijk 2013**
Chr.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TvP* 2013*,* afl. 3, p. 61-84.

**Dijkman 2019**
L. Dijkman, 'Het octrooiverbod: heilig huisje in de storm?', *BIE* 2019/4, p. 186-192.

**Dijkshoorn 2011**
W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AV&S* 2011/30, p. 257-269.

**Drion 1947**
J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over onrechtmatige daad', *WPNR* 1947/3992 t/m 3396, p. 245-248, 253-256, 261-261, 269-271, 277-180.

**Drion 1962**
H. Drion, 'Rechterlijk bevel en verbod', *RM Themis* 1962, p. 203-240.

**Drion 1981**
H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: H. Drion e.a. (red.), *De hanteerbaarheid van het recht,* Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

**Edelman 2002**
J. Edelman, *Gain-based damages*, Oxford: Hart Publishing 2002.

**Emaus & Keirse 2013**
J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013*,* afl. 5, p. 129-137.

**Emmerich 2019**
V. Emmerich, '§ 285 Herausgabe des Ersatzes', in: W. Krüger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241-432*, München: Verlag C.H. Beck 2019.

**Endemann 1925**
F. Endemann, *Römisches Privatrecht,* Berlijn & Leipzig: Walter de Gruyter 1925.

**Engelhard e.a. 2009**
E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

**Van Es 2005**
P.C. van Es, *De Actio Negatoria (diss. Leiden),* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

**Van Es 2012,**
P.C. van Es, 'De kat van de buren en de grenzen aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht', *NTBR* 2012/42, p. 309-309.

**Feinberg 1970**
J. Feinberg, 'The nature and value of rights', *Journal of Value Inquiry* 1970, p. 243-260.

**Flume 2018**
J.W. Flume, '§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes', in: H.G. Bamberger e.a. (red), *Beck'scher Online-Kommentar*, München: C.H. Beck 2018.

**Fruin 1932**
H.M. Fruin, 'De tegenwoordige stand der jurisprudentie betreffende de onrechtmatigheid van artikel 1401 BW', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1932, afl. 1, p. 1-65.

**Fruytier & Burwick 2021**
P.A. Fruytier & L.A. Burwick, 'De csqn-toets bij een nalaten in het licht van het arrest *Netvliesloslating*: komt bovenconform gedrag voor rekening van de laedens?', *MvV* 2021/3, p. 117-122.

**Gardner 2010**
J. Gardner, 'What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice', *Law and Philosophy* 2010, afl. 1, p. 1-50.

**Van Gestel 2021**
R.A.J. van Gestel, 'Revitalisering van juridisch-dogmatisch onderzoek. Expliciteren van het impliciete', *NJB* 2021/280, p. 280-295.

**Gielen 2017**
Ch. Gielen (red.), *Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

**Giesen 1999**
I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

**Gillaerts & Keirse 2020**
P. Gillaerts & A.L.M. Keirse, 'De verklaring voor recht, voldoende belang(rijk)?', *MvV* 2020, afl. 12, p. 409-419.

**Gold 2020**
A.S. Gold, *The Right of Redress,* Oxford: OUP 2020.

**Goldberg 2005**
J.C.P. Goldberg, 'The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs', *Yale LJ* 2005, afl. 3, p. 524-627.

**Goldberg & Zipursky 2014**
J.C.P. Goldberg & B.C. Zipursky, 'Tort Law and Responsibility', in: J. Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts,* Oxford: OUP 2014.

**Gras 2006**
E. Gras, 'De belang-eis van art. 3:303 BW als formele regel of als kader voor substantiële toetsing', in: A.F. Salamons & G.J.P. de Vries (red.), *Pro Forma?,* Den Haag: BJu 2006.

**Green 1989**
L. Green, 'Law, Legitimacy and Consent', *South. Cal. L.R.* 1989, p. 795-825.

**Green 2015**
S. Green, *Causation in Negligence,* Oxford: Hart Publishing 2015.

**Groeneveld-Tijssens 2015**
N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVIII) (diss. Tilburg)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**De Grooth 1947**
G. de Grooth, *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht (oratie Leiden)*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1947.

**Haas 2009**
D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming (Recht & Praktijk nr. 167) (diss. Amsterdam VU)*, Deventer: Kluwer 2009.

**Haas 2010**
D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening', *MvV* 2010/6, p. 158-162.

**Hart 2012**
H.L.A. Hart, *The concept of law,* Oxford: Oxford University Press 2012.

**Hart & Honoré 1979**
H.L.A. Hart & A.M. Honoré, *Causation in the law,* Oxford: Clarendon Press 1979.

**Hartlief 2000**
T. Hartlief, 'Proportionele aansprakelijkheid: een introductie', in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

**Hartlief 2008a**
T. Hartlief 2008, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 2008/6772, p. 769-777.

**Hartlief 2008b**
T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34, p. 237-247.

**Hebly 2019**
M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd (diss. EUR),* Den Haag: Boom juridisch 2019.

**Van der Helm 2019**
J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Hermann 1970**
R. Hermann, 'Afgifte van winst uit onrechtmatig handelen in het bijzonder op het terrein van de intellectuele en industriële eigendom', *RMThemis* 1970, afl. 1, p. 3-25.

**Hijma 1991**
Jac. Hijma, 'Van Geest/Nederlof', annotatie bij HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, *NJ* 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), *AA* 1991, p. 661-667.

**Hoekzema 2016**
J.W. Hoekzema, 'Aansprakelijkheid voor de onbekendheid met het gebrek. Over het beperkte onderscheid tussen de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken en opstallen en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', in: A.J. Verheij (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht* (Oldenhuis-bundel), Den Haag: Boom juridisch 2016.

**Hoekzema & Oldenhuis 2019**
J.W. Hoekzema & F.T. Oldenhuis, 'Aansprakelijkheid voor zaken en opstallen: van risicoaansprakelijkheid naar een 'gewone' toetsing aan de onrechtmatige daad, of toch niet?', *RMThemis* 2019, afl. 1, p. 33-38.

**Hohfeld 1912**
W.C. Hohfeld, 'Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning', *Yale Law Journal* 1913, p. 16-59.

**Den Hollander 2016**
P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen (diss. Leiden)*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

**Holthuijsen-Van der Kop 2015**
C.C.H.A. Holthuijsen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *WPNR* 2015/7065, p. 520-526.

**Houwing 1947**
Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947.

**Hugenholtz/Heemskerk 2021**
W. Heemskerk & P.B. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht,* Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021.

**Hurd & Moore 2018**
H.M. Hurd & M.S. Moore, 'The Hohfeldian analysis of rights', *American Journal of Jurisprudence*, 2018, afl. 2, p. 295-354.

**Jansen 1999**
N. Jansen, 'The idea of a lost chance', *OJLS* 1999, afl. 2, p. 271-296.

**Jansen 2003**
N. Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts,* Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

**Jansen 2012**
K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2012.

**Jansen 2014**
N. Jansen, 'The Idea of Legal responsibility', *OJLS* 2014/2, p. 1-32.

**Jansen, in: GS Onrechtmatige daad**
K.J.O. Jansen, commentaar op art. 6:163 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

**De Jong 2016**
E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen (diss. Utrecht),* Den Haag: Boom juridisch 2016.

**De Jong 2019**
E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV* 2019/4, p. 133-141.

**De Jong & Van der Linden 2017**
E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017/2, p. 4-16.

**Jourdain 2011**
P. Jourdain, 'La perte d'une chance, une curiosité française', in: P. Wessner, O. Guillot & C. Muller (red.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux: mélanges en l'honneur de Pierre Wessner,* Basel: Helbing Lichtenhahn 2011.

**Kaser, Knütel & Lohsse 2021**
S. Lohsse, *Römisches Privatrecht,* München: C.H. Beck 2021.

**Keirse 2003**
A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: Over eigen schuld aan de omvang van de schade (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2003.

**Keirse 2009**
A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

**Keirse 2012**
A.L.M. Keirse, 'Het aansprakelijkheidsrecht dat ubuntu ademt', in: T. Hartlief & M. Faure (red.), *De Spier-bundel*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

**Kerkmeester & Visscher 1999**
H.O. Kerkmeester & L.T. Visscher, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier', *WPNR* 1999/6378, p. 835-840.

**Klaassen 2012**
C.J.M Klaassen, 'De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid', in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen,* Deventer: Kluwer 2012.

**Klaassen 2017**
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2 (Monografieën BW, nr. B35),* Deventer: Kluwer 2017.

**Van Kogelenberg 2014**
M. van Kogelenberg, 'Winstafroming na wanprestatie: een rechtsvergelijkende analyse', *WPNR* 2014/7031, p. 836-846.

**Van Kogelenberg 2018**
M. van Kogelenberg, 'Minder ruimte voor hypothetische "onderhandelingsschadevergoeding" bij schadevergoeding na "breach of contract" in het Verenigd Koninkrijk', *Contracteren* 2018, afl. 4, p. 132-138.

**Kolder & Oldenhuis 2017**
A. Kolder & F.T. Oldenhuis, '25 jaar risicoaansprakelijkheid voor personen en zaken (1992-2017)', *WPNR* 2017/7133.

**Van der Kooij 2019**
D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade (diss. EUR)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Korthals-Altes 1985**
E. Korthals Altes, 'De President in kort geding: rechter of dorpsoudste? Een reactie', *RMThemis* 1985/4, p. 332-334.

**Kortmann 1996**
S.C.J.J. Kortmann, 'Dooronderhandelen, contracteren of presteren', *WPNR* 1996/6214, p. 163-164

**Kortmann 2009**
J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry,* Amsterdam: Vossiuspers 2009.

**Kortmann 2012**
J.S. Kortmann, 'Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden', in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012.

**Köster 1962**
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid (oratie UvA),* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

**Koziol 2012**
H. Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wenen: Jan Sramek Verlag 2012.

**Lankhorst 1992**
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1992.

**Lawson 1980**
F.H. Lawson, *Remedies of English Law*, London: Butterworths 1980.

**Van der Linden 2019**
T. van der Linden, *Aanvullend Verrijkingsrecht (diss. Leiden),* Den Haag: Boom juridisch 2019.

**Lindenbergh 1999**
S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1702.

**Lindenbergh 2007**
S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk (oratie EUR)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

**Lindenbergh 2020**
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Monografieën BW nr. B34)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Lindenbergh, in: T&C Burgerlijk Wetboek**
S.D. Lindenbergh, 'T&C BW, commentaar op afd. 10 Boek 6 BW', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Linssen 2001**
J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing (diss. Tilburg)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Loth 2015**
M.A. Loth, 'Het juiste verstaan. Over de plaats van de hermeneutiek in een pluriforme rechtswetenschap', *AA* 2015, afl. 7/8, p. 560-567.

**Van Maanen 2000**
G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998', *NTBR* 1999/2, p. 47-49.

**Maitland 1929**
F.W. Maitland, *Equity, also, the forms of action at common law. Two courses of lectures*, Cambridge: Cambridge University Press 1929.

**Martín-Casals 2015**
M. Martín-Casals, 'Proportional Liability in Spain: a bridge too far?', in: M. Martín-Casals & D.M. Papayannis (red.), *Uncertain Causation in Tort Law,* Cambridge: CUP 2015.

**Meijer 2007**
J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde Verrijking. Een systematische analyse van het begrip ongerechtvaardigdheid, toegepast op kostenverhaal bij bodemsanering (diss. Rotterdam)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 52.

**Meijers 1910**
E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak (oratie Leiden)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1910.

**Meijers 1958**
E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958.

**Metzger 1997**
E. Metzger, 'Actions', in: E. Metzger (red.), *A companion to Justinian's Institutes,* Londen: Gerals Duckworth & Co, 1997, p. 208-228.

**Meurkens 2017**
R.C. Meurkens, 'Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten', *IER* 2017/34, p. 256-264.

**Molengraaff 1887**
W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen Rechter', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 373-435.

**Mommsen 1855**
F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig: C. A. Schwetschke & Sohn (M. Bruhn) 1855.

**Neuner 1931**
R. Neuner, 'Interesse und Vermögensschaden', *Archiv für die civilistische Praxis* 1931, afl. 3, p. 277-314.

**Nieskens-Isphording 1999**
B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emoties van Van Maanen', *NTBR* 1999, afl. 5, p. 137-138.

**Nieuwenhuis 2008**
J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden: délits, unerlaubte Handlungen, torts*, Deventer: Kluwer 2008.

**Nieuwenhuis 2010**
J.H. Nieuwenhuis, 'Het dieptepunt: Plas/Valburg', *AA* 2010, p. 288-290.

**Van Nispen 1978**
C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1978.

**Van Nispen 2010**
C.J.J.C. van Nispen, 'Winstafgifte naar Nederlands en Beneluxrecht', *BIE* 2010, afl. 10, p. 342-346.

**Van Nispen 2018**
C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht (Monografieën BW nr. A11)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Nuninga 2018**
W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, schade, begroting', *WPNR* 2018/7189, p. 294-301.

**Nuninga 2019**
W.Th. Nuninga, 'Het recht op een kans', *NTBR* 2019/8, p. 41-52.

**Nuninga 2020a**
W.Th. Nuninga, 'Niet meer en niet minder', *MvV* 2020/6, p. 227-238.

**Nuninga 2020b**
W.Th. Nuninga, 'De winst van een ander', *RM Themis* 2020/4, p. 156-166.

**Nuninga 2021**
W.Th. Nuninga, 'Contracteren bij wijze van schadevergoeding?', *AV&S* 2021/22, p. 111-112.

**Oderkerk 2015**
M. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research: Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *RabelsZ* 2015/3, p. 589-623.

**Oetker 2019**
H. Oetker, '§ 249 Art und Umfang des Schadensersatzes', in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241-432*, München: Verlag C.H. Beck 2019.

**Örücü 2006**
E. Örücü, 'Methodological aspects of comparative law', *Eur. J.L. Reform* 2006, afl. 1, p. 29-42.

**Van Oven 1932**
J.C. van Oven, 'Schuld en onrechtmatigheid', *WPNR* 1932/3278-3280, p. 481-483, 493-496, 509-512.

**Parl. Gesch. Boek 3**
C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

**Parl. Gesch. Boek 5**
C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 5: Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

**Parl. Gesch. Boek 6**
C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

**Parl. Gesch. Inv. Boek 6**
C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3,5 en 6. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

**Pels Rijcken 1978**
L.D. Pels Rijcken, Annotatie bij HR 10 februari 1967, NJ 1967/212 (De Zaan/Intercoal), in: *2000 weken rechtspraak. Arresten van de Hoge Raad der Neder-*

*landen gewezen in zaken, bepleit door mr. C. R. C. Wijckerhold Bisdom, advocaat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1978.

**Pels Rijcken 1979**
L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van de rechtsvindingstheorieen', in: *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan prof. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

**Polak 1949**
R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (diss. Amsterdam UvA)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.

**Raue 2017**
B. Raue, *Die dreifache Schadensberechnung. Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht*, Baden Baden: Nomos 2017, p. 278-279

**Van Reenen 1995**
T.P. van Reenen, 'Major theoretical problems of modem comparative legal methodology (1): the nature and role of the tertium comparationis', *Comp. & Int'l L.J. S. Afr.* 1995, p. 175-199.

**De Rey 2019a**
S. de Rey, *Herstel in natura,* Brugge: Die Keure 2019.

**De Rey 2019b**
S. de Rey, 'Schadevergoeding anders dan in geld: cash is not always king', *NTBR* 2019/31, p. 201-208.

**Rodenburg 1985**
Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid (Mon. Nieuw BW A4)*, Deventer: Kluwer 1985.

**Schäfer 2020**
F.L. Schäfer, '§687 Unechte Geschäftsführung', in: M. Hensler (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III §§631-704*, München: Verlag C.H. Beck 2020.

**Van Schaick 2016**
A.C. van Schaick, 'Het ontruimingskortgedingvonnis', *NTBR* 2016/48, p. 329-333.

**Scharen 2019**
U. Scharen, 'The Practice of Claiming Injunctive Relief for Patent Infringement in Germany', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2019, p. 112-126.

**Schauer 2019**
F. Schauer, *The force of law,* Cambridge (MA): Harvard University Press 2015.

**Schelhaas 2017**
H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën BW nr. A5)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Van Schilfgaarde 1978**
P. van Schilfgaarde, 'Vage normen', *WPNR* 1993/6078, p. 61-62.

**Schlechtriem 2001**
P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: eine rechtsvergleichende Darstellung. Bd. II.*, Tübingen: Mohr-Siebeck 2001.

**Scholten 1899**
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad (diss. Amsterdam),* Amsterdam: Scheltema & Holkema 1899.

**Scholten 1919**
P. Scholten, 'Nog eens het arrest over de onrechtmatige daad', *WPNR* 1919/2568, p. 105-107.

**Schut 1963**
G.H.A Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid (diss. Amsterdam VU)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

**Schut 1969**
G.H.A. Schut, 'Schuld en risico', *WPNR* 1969/5045, p. 296-273.

**Schut 1985**
G.H.A. Schut, 'Redactionele aantekeningen. De President in kort geding: rechter of dorpsoudste?', *RMThemis* 1985, afl. 2, p. 145-149.

**Schrage 1977**
E.J.H. Schrage, *Actio en subjectief recht. Over Romeinse en middeleeuwse wortels van een modern begrip (oratie Amsterdam VU),* Amsterdam: Vrije Universiteit 1977.

**Schrage 2019**
E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid (Monografieën BW nr. A4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Schwab 2020**
M. Schwab, '§812 Herausgabeanspruch', in: M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV §§631-704. Partnergesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2020.

**Shavell 1999**
S. Shavell, 'The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement', *International Review of Law and Economics* 1999*, p.* 99-115.

**Sieburgh 2010**
C.H. Sieburgh, 'Gerechtigheid en rechtshandhaving', *WPNR* 2010/6843, p. 388-395.

**Skitka 2010**
L.J. Skitka, 'The psychology of moral conviction', *Social and personality psychology compass,* 2010, p. 267-281.

**Skitka e.a. 2021**
L.J. Skitka, B.E. Hanson, G.S.Morgan & D.C. Wisneski, 'The psychology of moral conviction', *Annual Review of Psychology* 2021, p. 247-366.

**Smith 2009**
C. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009, afl. 3, p. 202-225.

**Smith 2014**
L. Smith, 'Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another', *LQR* 2014, afl. 4, p. 608-634.

**Smith 2019**
S.A. Smith, *Rights, wrongs, and injustices*, Oxford: OUP 2019.

**Smits 1940**
P.H. Smits, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad (I)-(III)', *WPNR* 1940/3688-3690, p. 373-379, 385-389, 397-402.

**Spier 1994**
J. Spier, 'Opkomst en ondergang van de vordering tot winstafdracht', *NTBR* 1994, afl. 4, p. 89-92.

**Spierings 2016**
C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Stevens 2007**
R. Stevens, *Torts and rights,* Oxford: OUP 2007.

**Stolker 1988**
C.J.J.M. Stolker, 'Besef als vereiste voor vergoeding van immateriële schade', *RMThemis* 1988, p. 3-29.

**Stolker 2003**
C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geléérd zijn jullie wel. Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003, afl. 15, p. 766-778.

**Stolp 2007**
M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (Recht & Praktijk nr. 151) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2007.

**Suijling 1927**
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 1e stuk – 1e gedeelte*, Haarlem: De erven F. Bohn 1927.

**Suijling 1928**
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 1e stuk – 2e gedeelte*, Haarlem: De erven F. Bohn 1928.

**Tjong Tjin Tai 2006**
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek (diss. Amsterdam UvA)*, Deventer: Kluwer 2006.

**Tjong Tjin Tai 2012**
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 14)*, Deventer: Kluwer 2012.

**Tjong Tjin Tai 2016a**
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit, en schadebegroting', *WPNR* 2016/7108, p. 383-387.

**Tjong Tjin Tai 2016b**
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/1605*, p.* 2239-2244.

**Tyler 2006**
T.R. Tyler, *Why people obey the law,* Princeton: Princeton University Press 2006.

**Uijtenbroek e.a. 2008**
E.M. Uijttenbroek, A.J. Akkermans, J.E. Hulst & K.A.P.C. van Wees., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008/6772, p. 778-784.

**Van & Wijne 2012**
A.J. Van & R.P. Wijne, 'Lies, damned lies, and statistics', *TVP* 2012, afl. 1, p. 16-24.

**Van Velthoven 2018a**
B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (I)', *NTBR* 2018/11, p. 72-79.

**Van Velthoven 2018b**
B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (II)', *NTBR* 2018/15, p. 102-112.

**Verdam 2020**
B.T. Verdam, 'Toepassing van de Heusdense vordering in de lagere rechtspraak: *a bumpy ride*', *WPNR* 2020/7278, p. 285-293.

**Verheij 2002**
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

**Verheij 2020**
A.J. Verheij, '*EBI*-arrest: een nieuwe koers', *NJB* 2020, afl. 12, pp. 824-831.

**Verkade 2016**
D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2016.

**Visscher 2009**
L. Visscher, 'Rechtseconomische beschouwingen over rechtshandhaving', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

**Wagner 2005**
H. Wagner, 'Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union', in: J. Smits (ed.), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

**Weinrib 2012a**
E.J. Weinrib, *The idea of private law,* Oxford: OUP 2012.

**Weinrib 2012b**
E.J. Weinrib, *Corrective justive,* Oxford: OUP 2012.

**Westerouen van Meeteren 1919**
P.M. Westerouen van Meeteren, *De dwangsom (astreinte) in het Nederlandsch recht (diss. Amsterdam UVA)*, Baarn: Oranje Nassau 1919.

**Van der Wiel 2007**
B.T.M. van der Wiel, 'Looking for trouble. Aansprakelijkheid voor onzekere gevaren', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden (Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2007)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

**Van der Wiel 2017**
B.T.M. van der Wiel, 'Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's', *MvV* 2017, afl. 1, p. 14-18.

**De Wijckerslooth 1993**
J.L. de Wijckerslooth, 'Het recht gaat aan constructies ten onder', *RM Themis* 1993, afl. 7, p. 316-324.

**Wijne 2015**
R.P. Wijne, 'Proportional liability and loss of chance in the Netherlands: difference, chances, problems and an opportunity', *Professional Negligence* 2015, afl. 2, p. 49-67.

**Wijne 2017**
R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst (Mon. BW nr. B87)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Winscheid 1856**
B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf: Buddeus 1856.

**Wintgens 1994**
L.J. Wintgens, 'Zeker weten? Enkele rechtsfilosofische en rechtstheoretische opmerkingen over rechtszekerheid', *RW* 1993-1994, p. 1077-1090.

**Wissink 2002**
M.H. Wissink, 'De emancipatie van artikel 6:212 BW', in: M.H. Wissink & W.H. van Boom, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Deventer: Kluwer 2002.

**Worthington**
S. Worthington, *Equity,* Oxford: OUP 2003.

**Zakrzewksi 2006**
R.A. Zakrzewski, *Remedies reclassified,* Oxford: OUP 2006.

**Zevenbergen 1917**
W. Zevenbergen, 'Over het vraagstuk der causaliteit in art. 1401 B.W.', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1917, p. 30-86.

**Zippro 2009**
E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (diss. Leiden)*, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

**Zwalve 1995**
W.J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 1995, afl. 7, p. 157-163.

**Zweigert & Kötz 1998**
K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to comparative law,* Oxford: OUP 1998.

# Rechtspraak

## Nederland

*Hoge Raad*

- HR 13 maart 1903, *W* 7899 (*Rotterdam/Boels*)
- HR 16 juni 1911, *W* 9194 (*Suikerman/Staat*)
- HR 13 juni 1913, *W* 9531 (*Maatschappij van de Weldadigheid/Nicola*)
- HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98, m.nt. E.M. Meijers (*Kieft/Otjes*)
- HR 3 februari 1927, ECLI:NL:HR:1927:183, *NJ* 1927/636, m.nt. E.M. Meijers (*Haagsche Post/Ligterink*)
- HR 17 januari 1930, ECLI:NL:HR:1930:256, *NJ* 1930/573, m.nt. E.M. Meijers (*Ontvanger/Spaarbank*)
- HR 18 november 1937, ECLI:NL:HR:1937:AG1898, *NJ* 2938/269, m.nt. E.M. Meijers (*Engelse Kolenstaking*)
- HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262, *NJ* 1938/948, m.nt. P. Scholten (*AVRO/BUMA*)
- HR 29 januari 1943, ECLI:NL:HR:1943:AG1934, *NJ* 1943/198
- HR 19 maart 1943, ECLI:NL:HR:1943:66, *NJ* 1943/312 (*Voorste Stroom VI*)
- HR 18 augustus 1944, ECLI:NL:HR:1944:26, *NJ* 1944-45/598 (*Gemeente Alkmaar/Provincie Noord-Holland*)
- HR 19 december 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1997, *NJ* 1953/642, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Voorste Stoom VII*)
- HR 9 december 1955, ECLI:NL:HR:1955:47, *NJ* 1956/157, m.nt. Rutten (*Boogaard/Vesta*)
- HR 22 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:33, *NJ* 1958/478 (*Van 't Hooft/Coca Cola*)
- HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)
- HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*)

- HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*)
- HR 27 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:121, *NJ* 1962/254, m.nt. J.H. Beekhuis (*Holst/Philips)*
- HR 14 juni 1963, ECLI:NL:HR:1963:AC3603. *NJ* 1965/82, m.nt. J.H. Beekhuis (*EZH/Bailey I*)
- HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, *NJ* 1964/449, m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Driesten*)
- HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:13, *NJ* 1964/445, m.nt. G.J. Scholten (*Lexington*)
- HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*)
- HR 18 februari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4633, *NJ* 1966/208, m.nt. G.J. Scholten (*Klokkenspel*)
- HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*)
- HR 27 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4946, *NJ* 1969/365, m.nt. D.J. Veegens (C*arl Zeiss Jena/Jenaer Glaswerk*)
- HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*)
- HR 13 juni 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC3080, *NJ* 1975/509, m.nt. Scholten (*Amercentrale*)
- HR 21 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AH8582, *NJ* 1979/194, m.nt. W.H. Heemskerk
- HR 18 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6579, *NJ* 1979/480, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Maxis/Boekhandelaren*)
- HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, *NJ* 1989/77, m.nt. Scholten (*Versluis/Ziekenzorg*)
- HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*)
- HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, *NJ* 1983/478, m.nt. C.J.H. Brunner (*Trechsel/Lameris*)
- HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. Brunner (*Plas/Valburg*)
- HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018, *NJ* 1988/1017, m.nt. C.J.H. Brunner (*VSH/Shell*)
- HR 11 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4688, *NJ* 1984/331
- HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, *NJ* 1984/536, m.nt. Van der Grinten (*Bedrijfsvereniging/Van den Akker*)
- HR 16 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4901, *NJ* 1985/547, m.nt. L. Wichers Hoeth, W.H. Heemskerk (*Ciba Geigy/Voorbraak*)
- HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, *NJ* 1986/137, m.nt. C.J.H. Brunner (*Renteneurose*)
- HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4987, *NJ* 1985/592, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Konsumenten Kontakt/Electrorama*)
- HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4992, *NJ* 1986/84, m.nt. W.L. Haardt (*M'Barek/Van der Vloodt*)

- HR 24 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8901 *NJ* 1987/1, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*Gebiedsverbod*)
- HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976*, NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*)
- HR 27 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0091, *NJ* 1988/722, m.nt. D.W.F. Verkade (*Chloe/Peeters*)
- HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, *NJ* 1989/854, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols-Pelzers*/*Heijmen*)
- HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1019, *NJ* 1990/794, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/B*)
- HR 23 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1044, *NJ* 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*)
- HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, *AA* 1991/4, m.nt. Jac. Hijma (*Geerts/Ten Dam*)
- HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*)
- HR 16 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0045, *NJ* 1991/55
- HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0055, *NJ* 1991/92 (*Joeman/Staat*)
- HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman*)
- HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, *NJ* 1992/396 (*De Swaen*)
- HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Vermobo/Van Rijswijk*)
- HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade
- HR 8 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ* 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner & E.A. Alkema (*HIV-test*)
- HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/De Schelde*)
- HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1034, *NJ* 1995/43, m.nt. C.J.H. Brunner (*Den Haag/v. Schravendijk*)
- HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, *NJ* 1994/107 (*Van Loon/Blaauwbroek (Kraaiende Hanen*))
- HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*)
- HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1367, *NJ* 1994/652, m.nt. H.E. Ras (*Van Weezenbeek/Het Financieele Dagblad*)
- HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. Brunner (*Zwiepende tak*)
- HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 (*Ordelmans/Lademo*)
- HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1899, *NJ* 1996/510, m.nt. D.W.F. Verkade (*Intres/Walt Disney*)
- HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly-Clark*)
- HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*)

- HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, *NJ* 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*)
- HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruijterij/MBO*)
- HR 11 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2343, *NJ* 1998/240, m.nt. M. Scheltema (*Focke/gemeente Middelburg*)
- HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*)
- HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*)
- HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:1998:ZC2720, *NJ* 1999/682, m.nt. J.B.M. Vranken
- HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VU*)
- HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, *NJ* 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade (*Danestyle/HBS*)
- HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, *NJ* 2001/300, m.nt. Jac. Hijma (*Jansen/Jansen*)
- HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*)
- HR 25 maart 2001, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, *NJ* 2011/139 (*Hoogheemraadschap Rijnland*)
- HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8178, *NJ* 2003/706, m.nt. G.R.J. de Groot (*Pharmacia/Cosmétique I*)
- HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8183, *NJ* 2003/356, m.nt. Ch. Gielen
- HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304 (*TFS c.s./Nederlandse Spoorwegen c.s.*)
- HR 29 november, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt. Asser (*Kastelijn/Gemeente Achtkarspelen*)
- HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, *NJ* 2003/389 (*V./Branderhorst*)
- HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, *NJ* 2005/168, m.nt. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*)
- HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (*Slapende patiënt*)
- HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO0903, *NJ* 2007/585, m.nt. P. Vlas (*Philips/Postech*)
- HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2786, *NJ* 2005/76, m.nt. C.J.H. Brunner (*A/Hiddema*)
- HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, *NJ* 2006/28, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*)
- HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5238, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*)
- HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*)
- HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, *NJ* 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koker/Cornelius*)

- HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019, *NJ* 2009/550, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Lycos/Pessers*)
- HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, *NJ* 2009/485, m.nt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmétique II*)
- HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*)
- HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007/63 (*Kranendonk*)
- HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*)
- HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse Vluchteling*)
- HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, *NJ* 2007/621, m.nt. Haak (*Fernhout/Essent*)
- HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, *NJ* 2008/262 (*Frieslandhallen*)
- HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*)
- HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67, m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*)
- HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, *NJ* 2010/3 (*Velic/Lemmen*)
- HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, *NJB* 2010/804 (*Makelaar*)
- HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*)
- HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*)
- HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*)
- HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*)
- HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*)
- HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2935, *NJ* 2011/191 (*Bouwcombinatie/Liander*)
- HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, *NJ* 2011/373 (*Thuiskopie/Heldt*)
- HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4372, *NJ* 2011/464, m.nt. M.R. Mok (*Gemeente Den Haag/Perdaems*)
- HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*)
- HR 14 januari 2012, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van der Plas/Janssens*)
- HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143
- HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *NJ* 2012/410 (*Blauw oog*)
- HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*)

- HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0737, *NJ* 2014/480, m.nt. W.D.H. Asser
- HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*)
- HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*)
- HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, *NJ* 2013/47 (*Gemeente Amsterdam/Have Onroerend Goed c.s.*)
- HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755, *NJ* 2013/142 (*Greenib Car/Van Dam*
- HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*)
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *NJ* 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Tirion/Cruijff*)
- HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, *NJ* 2014/429 (*Swinkels/Saint-Gobain*)
- HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267 (*Gerhardus Beheer*)
- HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Overzee/Zoeterwoude*)
- HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*)
- HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*)
- HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Netvliesloslating*)
- HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWV*)
- HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*)
- HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115 (*Avi Cranes/X*)
- HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, *NJ* 2017/115
- HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, *NJ* 2017/215, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hyka/Le Roux*)
- HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309*, NJ* 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (*Gemeente Heusden/X*)
- HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, *NJ* 2017/422 (*X/AZM*)
- HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145, *NJ* 2018/193, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Heiloo*)
- HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981, *RvdW* 2018/760 (*Boekel & Houthoff/X*)
- HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie I*)
- HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, *NJ* 2018/464, m.nt. F.M.J. Verstijlen
- HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*NVM-meetinstructie II*)
- HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*)
- HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*)

- HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1042, *NJB* 2019/1563
- HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen I*)
- HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Alphen aan den Rijn*)
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*)
- HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, *NJ* 2020/45 (*Reaal/ATF*)
- HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, *NJ* 2020/121, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Deutsche Bank/X*)
- HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Meeùs*)
- HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, *NJ* 2021/127 (*ISG/Natwest*)
- HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, *RvdW* 2021/1013 (*Aardbevingsschade Groningen II)*

*Parket*
- Concl. A-G R.B. Ledeboer bij HR 13 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:27, *NJ* 1915/98 (*Kieft/Otjes*)
- Concl. A-G L.C. Besier bij HR 25 mei 1928, ECLI:NL:HR:1928:100, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg*)
- Concl. A-G Asser ECLI:NL:PHR:1987:AD0091, bij HR 27 november 1988, *NJ* 1988/722, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Chloé/Peeters*)
- Concl. A-G Asser, ECLI:NL:PHR:1990:AD1044, bij HR 23 februari 1990, *NJ* 1990/664, m.nt. D.W.F. Verkade (*SKF/Hameco*)
- Concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2005:AS5238, bij HR 15 april 2005, *NJ* 2006/55, m.nt. Ch. Gielen (*Euromedica/Merck*)
- Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2010:BM0140, bij HR 4 juni 2010, *RvdW* 2010/708
- Concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2011:BT7193, bij HR 23 november 2011, *NJ* 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Palthe/DNB en AFM*)
- Concl. Plv. P-G F.F. Langemeijer & A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*)

*Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*
- ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587, *Gst*. 2005/75 (*Amelandse Benzinepomp*)
- ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *Gst*. 2017/51, m.nt. Boesveld (*Biolicious*)
- ABRvS 11 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4163, *AB* 2020/199 (*X/ Staatssecretaris V&J*)

*Gerechtshoven*
- Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*)
- Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/ Stichting Eigen Haard*)

- Hof Den Haag 21 november 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF1696 (*Regionale Economische Ontwikkeling Midden-Limburg BV/Uitgeversmaatschappij de Limburger*)
- Hof Leeuwarden 20 april 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT7080
- Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*)
- Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5415
- Hof 's-Gravenhage 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7839
- Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977, *JA* 2013/161
- Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*)
- Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:602
- Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3556
- Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8469 (*Korterink/Staat*)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1520, *NJF* 2014/411
- Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2350, *JA* 2015/77, m.nt. J. Laumen-De Valk
- Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:876 (*Netvlieslosla-ting*)
- Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, *GJ* 2016/1, m.nt. R.P. Wijne
- Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080
- Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2165
- Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2278
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005
- Hof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3741
- Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4747, *NJF* 2016/499
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8789
- Hof Den Haag, 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3751
- Hof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5382, *NJF* 2017/178
- Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5649
- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:484
- Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455
- Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9996
- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10397
- Hof Amsterdam 5 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:805, *JONDR* 2019/390
- Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2093, *JOR* 2018/253, m.nt. Van Eeden-Van Harskamp
- Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2814

- Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2417, *NJF* 2018/566
- Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, *JA* 2019/80, m.nt. van E.R. Jong
- Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3392, *NJF* 2019/361(*Veldboom Beleggingen/Bewoners*)

*Rechtbanken*
- Rb. Rotterdam 1 mei 1899, *W* 7314 (*Rotterdam/Boels*)
- Rb. Rotterdam 11 juli 1946, ECLI:NL:RBROT:1946:14, *NJ* 1947/213
- Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0372, *KG* 1984/211
- Rb. Amsterdam 1 november 1984, ECLI:NL:RBARN:1984:AH0497, *KG* 1984/336
- Pres. Rb. Amsterdam 11 oktober 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AH0470, *KG* 1984/309
- Rb. Amsterdam 25 april 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AE1935 (*Deutsche Bahn/XS4ALL*)
- Rb. Haarlem 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:RBHAA:2002:AE2465 (*KPN/ Pretium*)
- Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155
- Rb. Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, *JA* 2006/44, m.nt. M. Zaadhof
- Rb. Den Bosch 2 mei 2006 ECLI:NL:RBSHE:2006:AX0691 (*Inter Shop/ Free Time Products c.s.*)
- Rb. Den Haag 19 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ5352 (*Stichting Welzijn voor Moslims in Nederland/Een Imam*)
- Rb. Rotterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ6223
- Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH7428
- Rb. Utrecht 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6044, JHV 2009/225
- Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2010, *BIE* 2010/52 (*Philips/SK Kassetten*)
- Rb. Amsterdam 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN3398
- Rb. Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011/4
- Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506
- Rb. Arnhem 28 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV3725, *RVR* 2012/52
- Rb. Utrecht 28 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0572
- Rb. Dordrecht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX3998
- Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 (*Servatius/X c.s.*)
- Rb. Rotterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6616, *JA* 2014/130
- Rb. Rotterdam 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8640
- Rb. Overijssel 24 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6670
- Rb. Gelderland 6 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5234
- Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567

– Rb. Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4740
– Rb. Gelderland 4 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4939
– Rb. Overijssel 5 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3055
– Rb. Rotterdam 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8081 (*Stichting Ouderenhuisvesting Rotterdam/Gedaagde*)
– Rb. Overijssel 4 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4371
– Rb. Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:RBHDHA:2016:13311 (*Natuurlijk beter leven & Aliter Cura/X*)
– Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:825, *AR* 2017/686
– Rb. Amsterdam 1 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1297
– Rb. Amsterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6395, *NJF* 2017/437 (*Max Verstappen/Picnic*)
– Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275
– Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8777, *BIE* 2018/12 (*Nikon/ASML*)
– Rb. Den Haag 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9231, *NJF* 2018/538
– Rb. Gelderland 21 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5398, *JA* 2019/24, m.nt. Klashorst
– Rb. Gelderland 23 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5618, *JA* 2019/19, m.nt. J. de Clerck
– Rb. Zeeland-West-Brabant 9 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3178, *JA* 2019/139
– Rb. Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10406
– Rb. Amsterdam 24 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7915
– Rb. Gelderland 27 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5615, *JA* 2020/30
– Rb. Den Haag 13 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14244
– Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1172

*Overzeese gebieden*
– Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 11 december 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:186, *NJF* 2018/68 (*Watersports/Papagayo*)

België

*Gerechtshof van Beroep*
– Gerechtshof van Beroep Luik 16 oktober 2020, 2019/RG/702 (ongepubliceerd)
– Duitsland

*RG*
– RG 29 maart 1938, *JW* 1938, 1959

*BGH*
– BGH 23 maart 1976, *NJW* 1976, 1396
– BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 442
– BGH 10 juli 1984, *NJW* 1984, 2282 (*Modelboot*)

– BGH 8 december 1987, *NJW* 1988, 1835
– BGH 15 oktober 1992, *NZV* 1992, 68
– BGH 8 mei 2003, *NJW-RR* 2003, 1042
– BGH 13 november 2011, *NJW* 2013, 450

*OLG*
OLG Düsseldorf 8 april 1975, *VersR* 1975, 159f

Oostenrijk

*OGH*
– OGH 15 juli 1981, ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00035.8.0715.000 (*Glashaus*)
– OGH 7 november 1995, ECLI:AT:OGH0002:1995:0040OB00554.95.1107.000

Engeland

*House of Lords/Supreme Court*
– *Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652
– *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909
– *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1988] UKHL 12
– *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074
– *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2
– *Sienkiewicz v Grief (UK) Ltd; Knowsley MBC v Willmore* [2011] UKSC 10
– *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20

*Court of Appeal*
– *My Kinda Town Ltd v. Soll* [1982] FSR 147
– *Lever v. Goodwin* (1887) 36 Ch D 1

*High Court*
– *Edelsten v. Edelsten* (1863) 1 De GJ & SM 185
– *Slazenger & Sons v. Spalding & Bros* [1910] 1 Ch 257
– *Verschure Creameries Ltd v Hul land Netherlands Steamship Co. Ltd* [1921] 2 KB 608
– *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley* [1972] 1 W.L.R. 443
– *Wrotham Park Estate v. Parkside Homes* [1974] 1 WLR 798
– *Celanese International Corp v. BP Chemicals* [1999] RPC 203

Frankrijk

*Cour de cassation*
– Cass. Req. 17 juli 1889, S 1891, 1, 399

# Curriculum vitae

Wijnand Thijmen Nuninga is op 19 maart 1991 geboren in Rotterdam. In 2003 behaalde hij zijn vwo-diploma aan het Rudolf Steiner College in Rotterdam. Thijmen studeerde daarna aan de Universiteit Utrecht, waar hij een bachelor Nederlands recht (Utrecht Law College, *honours*) en de Legal Research Master (beide *cum laude*) heeft afgerond. Daarnaast heeft hij tijdens zijn bachelor Nederlands recht een jaar aan de University of Cambridge gestudeerd (*first class*) en heeft hij, na afronding van zijn masteropleiding in Nederland, een masteropleiding aan de University of Oxford (*Magister Juris*) afgerond. Tijdens zijn studie was Thijmen werkzaam als student-assistent bij het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht, als studerend medewerker bij een advocatenkantoor en als buitengriffier bij de afdeling bestuursrecht van de Rechtbank Midden-Nederland.

Van 2016 tot en met 2021 was Thijmen verbonden aan de Universiteit Leiden als docent en onderzoeker, waar hij werkte aan zijn proefschrift over privaatrechtelijke remedies. Voor zijn artikel 'Recht, Plicht, Bevel, Verbod', dat in aangepaste vorm onderdeel uitmaakt van zijn proefschrift, ontving Thijmen de NJV Publicatieprijs en de NTBR Publicatieprijs. Tijdens zijn dienstverband bij de Universiteit Leiden was Thijmen verbonden aan het onderzoeksprogramma Grotius-Pothier, gaf hij postacademisch onderwijs en was hij medeoprichter van en host bij 'De Leidse Noot', de wekelijkse podcast van het Instituut voor Privaatrecht. In januari 2022 startte Thijmen als advocaat bij de praktijkgroep Litigation & Arbitration van NautaDutilh. Hij was daarnaast redacteur van het tijdschrift Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade. Thijmen is op 17 februari 2022 overleden.

# Publicaties

W.Th. Nuninga, ‘Contracteren bij wijze van schadevergoeding?’, *AV&S* 2021/22

A.G. Castermans & W.Th. Nuninga, ‘Urgenda als civielrechtelijk proces’, *MvV* 2020/12

W.Th. Nuninga, ‘De winst van een ander’, *RMThemis* 2020/4

W.Th. Nuninga, ‘Niet meer en niet minder’, *MvV* 2020/6

P. Gillaerts & W.Th. Nuninga, ‘Privaatrecht en preventie: Urgenda in hoger beroep’, *AV&S* 2019/9

W.Th. Nuninga, ‘Het recht op een kans’, *NTBR* 2019/8

W.Th. Nuninga, D.J. Verheij, C. Kahn, F. Auvray & C. Borucki, ‘Chances as Legally Protected Assets’, *ERPL* 2020/2, p. 375-406

W.Th. Nuninga, ‘Recht, Plicht, Schade, Begroting’, *WPNR* 2018/21

W.Th. Nuninga, ‘Recht, Plicht, Bevel, Verbod’, *NTBR* 2018/7189

W.Th. Nuninga, ‘Wrongful Testing and Its Lively Consequences,’ *European Journal of Law Reform* 2014 (16) 1, pp. 167-192

# Serie-overzichten RECHT EN PRAKTIJK

**Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht**
Onder redactie van prof.mr. R.P.J.L Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp
CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden – 6e druk
CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
CA8. B.M. Paijmans, De zorgplicht van scholen
CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag – 6e druk
CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraktijk
CA13. F.J.L. Kaptein, J.G. Knot, R. Koolhoven, D.F. Kopalit, E.F. Verheul, F.M.J. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud
CA14. J.E. van de Bunt, Het rampenfonds
CA15. L. Leber, De patronaatsverklaring
CA16. H.E. Urlus, T. Charatjan, J. Christ, De agentuurovereenkomst – 2e druk
CA17. R. Hage, Handhaving van privaatrecht door toezichthouders
CA18. A. Kolder, Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker
CA19. J.M. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken
CA20. J.E. Brink-van der Meer, Accountantsaansprakelijkheid
CA21. D.A. van der Kooij, Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade
CA22. G.M. Veldt, Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling
CA23. T.J.K. van Santen, Artikel 7:25 BW: een analyse van zijn oorsprong, strekking en reikwijdte
CA24. R.I.V.F. Bertrams, P.C. Russcher, Bankgaranties
CA25. W.Th. Nuninga, Recht, Plicht, Remedie

**Recht en Praktijk – Decentralisatierecht**
DR1. G. Boogaard, Decentraliseren kan je leren
DR2. J. Westerweel, Lokale democratische innovatie
DR3. H. Havekes, Succesvol decentraliseren? Een vlootschouw van het (decentrale) waterbeheer
DR4. C.B. Modderman, T.H.G. Robbe, G. Boogaard, Juridische vragen in het sociaal domein

**Recht en Praktijk – Financieel Recht**

Onder redactie van prof.mr. D. Busch, dr.mr. F.M.A. 't Hart en prof.mr. V.P.G. de Serière

FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
FR2. G.R. Boshuizen, B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2e druk
FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 7e druk
FR5. K. Frielink, M. van Eersel, M.T. van der Wulp, Toezicht trustkantoren in Nederland – 3e druk
FR6. L.J. Silverentand, F.W.J. van der Eerden (red.), Hoofdlijnen Wft, – 4e druk
FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer – 4e druk
FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten – 3e druk
FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft
FR10. K.A. Kralj, De prospectusplicht
FR11. M. van Eersel, Handhaving in de financiële sector – 2e druk
FR12. J. Diamant, De Collateral Richtlijn
FR13. N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?
FR14. R.E. van Esch, De financiëledienstverlener online
FR15. J.P. Franx, Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract
FR16. R. Knopper, Toegankelijkheid, ADR en effectendienstverlening
FR17. C.A. Oudshoorn, Grensoverschrijdend bankbeslag op geldvorderingen
FR18. R.M.I. Lamp, M. Nelemans (red.), Handboek Handel met voorwetenschap
FR19. J.M. Meindertsma, De kredietwaardigheidstoets bij kredietverlening aan consumenten
FR20. R.A. Spence, Collateral transactions and shadow banking

**Recht en Praktijk – Informatie en Communicatietechnologie**

ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, W.A.J. Hoorneman, Softwarerecht
ICT3. E.W. Verhelst, Recht doen aan Privacyverklaringen
ICT4. S. van der Hof, A.R. Lodder, G.J. Zwenne (red.), Recht en computer
ICT5. A.G. Awesta, De Grondslagen van de Cyberspace – 2e druk

**Recht en Praktijk – Insolventierecht**

Onder redactie van prof.mr. B. Wessels, mr.dr. R.J. de Weijs en mr.dr. C.M. Harmsen

InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht – 2e druk
InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers
InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht
InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren, J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management
InsR8. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding
InsR9. B.P.A. Santen, A. de Bos, J.M.J. Blommaert, Financiële economie voor insolventieadvocaten
InsR10. K.A. Messelink, R. van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen
InsR11. A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen
InsR12. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler modernisering
InsR13. M.J.M. Franken, Het Insolventiepassief
InsR14. R.J. de Weijs (red.), Grenzen aan financieringsvrijheid
InsR15. M.L.H. Reumers, De insolvente naamloze en besloten vennootschap

InsR16. E.F. Groot, Faillissementsprocesrecht
InsR17. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA
InsR18. C.M. Harmsen, M.L.H. Reumers (red.), De WHOA: van wet naar recht

**Recht en Praktijk – Intellectuele Eigendom**
IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht
IE2. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht – 4e druk
IE3. M.W.D. van der Burg, Enkele goederenrechtelijke aspecten van octrooirechten

**Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht**
Onder redactie van prof.mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg
ONR1.W.J.M. van Veen, J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA); voortgezet door W.J.M. van Veen, De NV en VBA naar Arubaans recht – 2e geheel herziene druk
ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 6e druk
ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2e druk
ONR4. F.K. Buijn, P.M. Storm, Ondernemingsrecht. BV en NV in de praktijk
ONR5. M.Y. Nethe, Ontbinding en vereffening van rechtspersonen
ONR6. W.W. de Nijs Bik, De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance
ONR7. W.J.M. van Veen, M.P. Bongard, Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen
ONR8. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht
ONR9. R. Abma, D.P. van Kleef, N. Lemmers, M. Olaerts, De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen
ONR10. K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht

**Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht**
PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding – 3e druk
PFR2. B. Breederveld, De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding
PFR3. F. Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht – Wegwijzer voor de rechtspraktijk – 3e druk
PFR4. J.A.M.P. Keijser, Handleiding bij scheiding
PRF5. P.A.W. Kuijper, Een nieuwe visie op afstamming
PFR6. F. Ibili, A.C. Olland (red.), Internationale kinderontvoering
PFR7. M.R. Bruning, K.F.M. Klep & E.C.C. Punselie (red.), De invloed van 30 jaar Kinderrechtenverdrag in Nederland

**Recht en Praktijk – Staats- en bestuursrecht**
SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure – 6e druk
SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht
SB5. J.H.G. van den Broek, Omgevingsrecht
SB6. J.E. van den Brink, De uitvoering van Europese subsidieregelingen
SB7. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak – 7e druk
SB8. J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel, M. Rus-van der Velde, A.W. van Engen, F.A. Mulder, Onteigening

**Recht en Praktijk – Vastgoedrecht**

VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht – 8e druk
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen
VG5. D.L. Rodrigues Lopes, Eigendom en beperkte rechten – 2e druk
VG6. D.L. Rodrigues Lopes, Landinrichting – 2e druk
VG7. A. van Heeswijck, Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures
VG8. E.H.M. Swaneveld-Bakelaar, De huur van ongebouwde onroerende zaken: een leemte in de wet
VG9. S.J.L.M. van Bergen, Zekerheid voor de vastgoedfinancier
VG10. J. Broese van Groenou, De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter
VG11. J.Ph. van Lochem, Open normen in het huurrecht
VG12. M. de Koe, De waarde van erfpacht

**Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)**

Onder redactie van prof.mr. N. van Tiggele-van der Velde, prof.mr. J.H. Wansink, mr. S.Y.Th. Meijer en mr. N. Vloemans
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht – 5e druk
VR3. W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering – 3e druk
VR4. N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht
VR5. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering – 3e druk
VR6. S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans, J.H. Wansink (red.), Zicht op toezicht in de verzekeringssector
VR7a. T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering
VR7b. T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering. Besloten rechtspraak geopenbaard
VR8. G.T. Baak, Mededinging en verzekering
VR9. N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink, S.Y.Th. Meijer, N. Vloemans (red.), De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht

**Recht en Praktijk – Verschenen delen onder redactie van prof.mr. R.P.J.L. Tjittes**

1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw
3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht

6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
6b. Huurrecht bedrijfsruimten
6c. Huurprijzenwet woonruimten

7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)
7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)

8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk

10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)

11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam

29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van produkten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derden-bescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/ Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/ Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement

108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsoverneming
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten
146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen
156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw
161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring
163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
167. De grenzen van het recht op nakoming
168. Sport en Mededingingsrecht
169. Van geschil tot oplossing
170. Bedrijfsovername en milieurecht
171. De Wbp en de vennootschap
172. Onrechtmatige wetgeving
173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht