



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).

Recht, plicht, remedie

Promotores: Prof. mr. W.H. van Boom
Prof. mr. Jac. Hijma

Promotiecommissie: Prof. mr. A.G. Castermans
Prof. mr. K.J.O. Jansen (EUR)
Prof. mr. A.L.M. Keirse (UU)
Prof. mr. H.B. Krans
Prof. mr. V. Mak
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 vervaelvoudigd, 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
v

NAVIGATOR



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 blijde 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

