



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).

## 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 stevast 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.<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> We spreken echter ook van een ‘recht op nakoming’<sup>3</sup> of een ‘recht op schadevergoeding’<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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 21<sup>e</sup>-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*).<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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*).<sup>9</sup>

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 bedoeld 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*<sup>10</sup> en wordt de laatste jaren in Nederland steeds vaker gebruikt,<sup>11</sup> maar wat een remedie precies is en of ‘remedie’ überhaupt wel de juiste term is voor wat ermee bedoeld wordt, is omstre- den.<sup>12</sup>

Remedies zijn er in alle soorten en maten. De bekendste aansprakelijkheids- rechtelijke 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 toereken- baarheid van normschending zijn dat vanzelfsprekend ook niet.<sup>13</sup> De schadever- goeding richt zich daarentegen op het *verleden*. De vraag is steeds of er een toe- rekenbare normschending of andere gebeurtenis heeft plaatsgevonden waardoor schade is veroorzaakt.<sup>14</sup> Behalve dat verschil in perspectief, verschillen ze ook in die zin dat het bevel slechts een herhaling van een reeds bestaande plicht be- treft,<sup>15</sup> 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 veroorde- ling 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 be- langrijk 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,<sup>16</sup> de vernietiging,<sup>17</sup> en de opschorting,<sup>18</sup> of de eigenrichting in het burendrecht.<sup>19</sup> Ten tweede resulteert niet iedere remedie erin dat de gedaagde iets zal moeten doen. De verklaring voor recht<sup>20</sup> en de mogelijkheid de uitspraak van de rechter in de plaats van een rechtshandeling te laten treden,<sup>21</sup> laten de gedaag- de 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 omstrede, 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 aanspra- kelijkheidsrecht, 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,<sup>22</sup> rechtsvorderingen<sup>23</sup> en acties.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> terwijl het uitgangspunt van een ‘remedie’ nu juist is dat ze wordt ingezet *in reactie op* een rechtsinbreuk.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup> Daar kan de kanteekening 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,<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Tot slot is de term de afgelopen jaren ook in het Nederlands juridisch taalgebruik ingeburgerd geraakt.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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,<sup>34</sup> maar duidelijk wordt omschreven als juridisch instrument dat de eiser in een ontwikkeld rechtssysteem ter beschikking gesteld wordt.<sup>35</sup> 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 lijfswang 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 verbodbaarheid noemt die beide ‘inharent’ 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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 gevaarzettingen die ontstaan doordat bepaald gedrag een risico op schade in het leven roept.<sup>38</sup> 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 verzuichtingen 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.<sup>39</sup> In die zin is het dan ook niet gek als men zou denken dat alle aansprakelijkheidsrecht om schade en de voorkoming daarvan draait.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

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.<sup>44</sup> In deze procedure stond de vraag centraal of de ouders van de na zijn zwemtherapie verdrongen 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.<sup>45</sup>

Die benadering is op verschillende manieren bekritiseerd<sup>46</sup> én verdedigd.<sup>47</sup> Nieskens-Ipshording verdedigt het arrest met de opmerking dat het vermogensrecht nu eenmaal alleen ‘om de poen’ draait.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> Dat is juist, maar we kunnen de kritiek nog fundamenteeler 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 bijvoorbeeld 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 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3358, NJ 2000/63 (*Bigamie*); Van Maanen 2000; Van Dam 2000, p. 74-75.

47 Nieskens-Ipshording 1999, p. 137; Gras 2006, p. 38.

48 *Ibid.*

49 A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 5 november 1999, 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*.<sup>50</sup> Een woningcorporatie sprak daar een onderverhuurende 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.<sup>51</sup>

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.<sup>52</sup> 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<sup>53</sup> en sommige normen hebben weinig met schadevoorkoming te maken.<sup>54</sup> 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<sup>55</sup> en nationale<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> 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 handavingsgedachte 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 vermindering 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 wetelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten 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 wgens 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; Zippo 2009.

werk zijn aanzien zou doen toenemen, dan nog zou hij tegen vermindering 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.*”<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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*,<sup>60</sup> winstafdracht,<sup>61</sup> of verhoogde schadevergoedingen beschikbaar zouden moeten zijn.<sup>62</sup>

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;<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> 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 remediarsenaal nog wel kunnen aanpakken.<sup>65</sup> 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 remediarsenaal 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 gebrekkelig 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 handavingsgedachte 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.<sup>66</sup> Maar het enkele feit dat A vanuit een soort algemeen rechtsgevoel straf zou verdienen,<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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-Lange-meijer een afzonderlijke zorgvuldigheidsnorm jegens concurrenten te formuleren.<sup>69</sup> 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 afkoop-som 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.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> 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'<sup>73</sup> 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].'<sup>74</sup>

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; Lindenberg 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.<sup>75</sup> Hoewel hij niet zo ver gaat dat iedere rechtsinbreuk tot schadevergoeding moet leiden,<sup>76</sup> acht hij dus niet doorslaggevend of kosten daadwerkelijk worden gemaakt: de beschadiging is genoeg.<sup>77</sup> 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,”<sup>78</sup> 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.”<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> 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 ‘rechthandavingsgedachte’ 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 ‘rechthandhaving’ 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 (*Lander/Meeüs*).

78 Lindenbergh 2020, p. 7.

79 *Ibid.* p. 9.

80 Hebly 2019, p. 30.



Weinrib erom te doen de *normatieve* verschuiving te herstellen.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup>

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.<sup>83</sup> Vanwege dat simpele feit moeten we wel terugvallen op wat Stevens noemt ‘*the next best thing*’<sup>84</sup>: 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.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup> 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*.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup> 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.<sup>90</sup> 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,<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> Zulk nadeel kan onder omstandigheden aanwezig worden verondersteld,<sup>94</sup> 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 vraag of 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/Meeus*). 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 geleet 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’?<sup>95</sup> 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,<sup>96</sup> 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 rechtshandavingsgedachte 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’ handavingsgedachte 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 handavingsgedachte 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 rechtsvoorzetting op: de redenen voor het opleggen van de primaire plicht (en het toekennen van het daarmee samenhangende ‘recht’<sup>97</sup>) leven voort in de plicht tot schadevergoeding (en het daarmee correlerende recht daarop).<sup>98</sup> 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).<sup>99</sup>

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 stellen 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.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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 ‘relativiteitsgedachte’ zouden kunnen noemen, werkt op meer terreinen dan bij het relativiteitsvereiste alleen. Neem het recente *Deutsche Bank/X*.<sup>102</sup> 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,<sup>103</sup> en de winstafdracht vooral wordt ingezet waar de gerechtigde een voordeel heeft getrokken uit een goed dat aan een ander toebehoorde.<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup>

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 Dazwischenkunft 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 winstafracht 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.<sup>108</sup>

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.<sup>109</sup> 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 nadrukkelijker 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.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> Kritiek daarop is dat de rechter niet steeds iedere ‘factor’ of omstandigheid expliciet maakt en dat vooraf niet duidelijk is waarom.<sup>112</sup> 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. Beschermde de norm tegen voorzienbare schade? Dan ligt nadruk op het voorzienbaarheids criterium voor de hand. Beschermde 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 ID*), 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; Holthuisen-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.<sup>113</sup> 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.

