



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).

#### 4.1 Inleiding

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

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

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

---

<sup>1</sup> TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 362.

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

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

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

## 4.2 Een discretionaire remedie

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

### 4.2.1 Aanspraak en discretie

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

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

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

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

5 Flume 2018, randnummers 55-79.

6 Oetker 2019, randnummer 320.

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

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

#### 4.2.2 De Nederlandse schadevergoeding in natura

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

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

7 § 251 BGB.

8 BGH 23 maart 1976, *NJW* 1976, 1396; BGH 8 december 1987, *NJW* 1988, 1835; BGH 15 oktober 1992, *NZV* 1992, 68.

9 Zie bijv. BGH 8 mei 2003, *NJW-RR* 2003, 1042, waarin de schade bestond in het leegtrekken van de entiteit die een *Patronatserklärung* (patronaatsverklaring, *letter of comfort*) had afgegeven en de vordering tot het verstrekken van een nieuwe *Patronatserklärung* door de onrechtmatigedaadsschuldenaar werd afgewezen.

10 Het is wel zo dat waar de *Naturalrestitution* alleen mogelijk is door een betaling van een geldsom, die veroeroeding op basis van § 249 Abs. I BGB kan worden uitgesproken, zie BGH 13 november 2011, *NJW* 2013, 450.

11 Davies 2020, p. 545; Burrows 2018, p. 2081.

12 Burrows 2019, p. 444.

13 In *Redland Bricks v Morris* [1970] AC 652 werd een *injunction* om door de fout van de gedaagde weggeslibd land terug te plaatsen geweigerd, terwijl een *injunction* om verder wegslibben te voorkomen, werd toegewezen.

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

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

16 Zie bijv.: HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*). Zie ook: HR 12 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0206, *NJ* 1991/434 (*Unico/Harteman*); HR 11 januari 2011 ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*); HR 10 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*); HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Llander/Meeis*).

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

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

### 4.3 Wanneer schadevergoeding in natura passend is

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 4.3.2.1 DE UNIEKE ZAAK MET ENKEL VERMOGENSBELANG

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

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

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

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

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

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

#### 4.3.2.2 'SOORTZAKEN' WAARVAN DE WAARDE TOCH NIET IN GELD UIT TE DRUKKEN IS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 4.3.3 De bescherming van immateriële belangen

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

#### 4.3.3.1 COMPLEXITEIT VAN BEGROTING IS GEEN REDEN VOOR VERGOEDING IN NATURA

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

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

<sup>36</sup> *Ibid.* r.o. 5.8.

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

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

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

#### 4.3.3.2 BELANGEN DIE NIET OP GELD TE WAARDEREN ZIJN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4.4 **Wat een passende schadevergoeding in natura is**

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

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

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

50 Uijtenbroek e.a. 2008; Van Dijk 2017a; Van Dijk 2017b.

51 Zie bijvoorbeeld Verheij 2010. Empirisch onderzoek suggereert, overigens, dat ze desalniettemin wel degelijk effect kunnen hebben, zie daarover met nadere verwijzingen: Van Dijk 2017b, p. 298.

52 Ik dank Thijs Beumers voor dit inzicht.

53 Zie Lindenberg 2020, p. 5-6; Hebly 2019, p. 29-30; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *NJ* 2016/291 (*Wevers/Hengelo*), r.o. 3.5.2; HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *NJ* 2017/62 (*UWI*), r.o. 3.4.4; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, *NJ* 2019/409, m.nt. L.A.D. Keus (*Zuid-Holland/Boskalis*), r.o. 3.3.2.

## 4.4.1.1 NIET MEER EN NIET MINDER

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

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

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

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

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

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

56 HR 13 maart 1903, W 7899 (*Rotterdam/Boels*). Vergelijkbare problematiek speelde in Rb. Den Haag 13 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14244.

57 HR 13 maart 1903, W 7899 (*Rotterdam/Boels*); Rb. Rotterdam 1 mei 1899, W 7314 (*Boels/Rotterdam*).

oordeling van de gemeente deze panden te herbouwen dan nog wel aan te merken is als ‘vergoeding’.<sup>58</sup>

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

#### 4.4.1.2 DE GRENS TUSSEN VERGOEDEN EN STRAFFEN

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

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

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

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

60 *Ibid.* r.o. 2.10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 4.4.2.1 DE MOGELIJKHEID VAN SAMENLOOP

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

---

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

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

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

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

#### 4.4.2.2 DE ONWENSELIJKHEID VAN VRIJE KEUZE

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

66 Van Es 2005, p. 199.

67 Van Es acht dit laatste voorbeeld een onrechtmatige daad die reeds geëindigd is, zie Van Es 2005, p. 193-200.

68 Zie hiervoor §§ 3.2 & 3.3.

69 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3392, *NJF* 2019/361 (*Veldboom Beleggingen/Bewoners*). Een ander voorbeeld is Rb. Den Haag 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10406.

70 *Ibid.* r.o. 2.5.

71 *Ibid.* r.o. 4.23.

72 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, *NJ* 1986/356, m.nt. M. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), r.o. 3.3; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*), r.o. 8.2.1.

73 Zie HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012, *NJ* 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Kuipers/De Jongh*). Het contrast tussen de twee is mooi te zien in Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4747, *NJF* 2016/499, waar de veroordeling tot het verwijderen van wortels wordt toegewezen op grond van art. 3:296 BW, maar de vordering tot herstel van het terras door de buurman wegens ongeschiktheid wordt afgewezen; een schadevergoeding in geld is voldoende vergoeding.

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

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

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

---

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

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

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

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

78 Zie hiervoor § 3.3.

## 4.5 Conclusie

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

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

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

---

79 Zie hiervoor § 4.3.

80 Rb. Gelderland 6 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5234.

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

