

Recht, plicht, remedie

of

De belofte van de norm

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 22 september 2022
klokke 16.15 uur

door

Wijnand Thijmen Nuninga
geboren te Rotterdam
op 19 maart 1991,
overleden te Rotterdam
op 17 februari 2022

Voorwoord

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

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

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

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

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

Jasper Nuninga
Tim Bleeker

Inhoudsopgave

VOORWOORD		v
1	INLEIDING	1
1.1	Remedies in het privaatrecht	1
1.2	De gevolgen van verminderde aandacht	3
1.2.1	Praktische problemen	3
1.2.2	De problematiek nader geduid	5
1.2.3	Toespitsing vraagstelling	7
1.3	Recht, plicht, remedie	8
1.3.1	De oplossingsrichting: de relativiteit van het delictuele remedierecht	8
1.3.2	Nadere afbakening	9
1.3.3	Opzet van het onderzoek	11
2	DE BELOFTE VAN DE NORM	13
2.1	Inleiding	13
2.2	Recht, plicht, remedie	14
2.2.1	Rechten en plichten	14
2.2.2	Remedies	16
2.2.2.1	De remedie in het Nederlandse recht	16
2.2.2.2	De remedie als juridisch instrument van de gerechtigde	18
2.3	De remedie als instrument tot het bereiken van een extern doel	19
2.3.1	De remedie als instrument ter voorkoming en vergoeding van schade	19
2.3.2	De remedie als instrument tot handhaving van beleid	22
2.4	De remedie als instrument ter verwezenlijking van een intern doel	25
2.4.1	De remedie als middel tot ‘handhaving’ van rechten en plichten	26
2.4.2	De schadevergoeding als monetair equivalent van het geschonden recht	27
2.4.3	Het belang van de normatieve reden	30
2.5	Een normcentrisch en relationeel remedierecht	32
2.5.1	Normatieve redenen, relativiteit en het remedierecht	32
2.5.2	De remedie als instrument ter verwezenlijking van de belofte van de norm	33
2.6	Conclusie	36

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

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

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

10.2.1	De aan de norm verbonden remedie	190
10.2.2	De keuze tussen meerdere beschikbare remedies	191
10.2.3	Het belang van normstelling en -uitleg	193
10.3	De vormgeving van de gekozen remedie	194
10.3.1	De directe invloed van de norm	194
10.3.2	De indirecte invloed van de norm	195
10.4	De zekerheid van een normcentrisch remedierecht	197
	Summary	199
	Literatuur	213
	Rechtspraak	235
	Curriculum vitae	247
	Publicaties	249

1.1 Remedies in het privaatrecht

De privaatrechtelijke remedie is een instrument dat iemand kan inzetten in reactie op dreigend of reeds voorgevallen onrecht.¹ Sommige remedies kunnen door de gerechtigde zelf en zonder tussenkomst van een rechter worden ingezet, zoals de buitengerechtelijke vernietiging,² de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst³ of de eigenmachtige verwijdering van overhangende takken of ondergroeïende wortels.⁴ Andere remedies eisen rechterlijke tussenkomst. Vaak gaat het dan om een veroordeling van de gedaagde om bepaald gedrag te verrichten, zoals bij het bevel en de schadevergoeding in natura,⁵ of om een bepaald bedrag af te dragen, zoals bij de schadevergoeding in geld en de winstafdracht.⁶ In andere gevallen speelt de rechter zelf een rol, door zijn vonnis in de plaats van een rechtshandeling te laten treden⁷ of simpelweg uit te spreken wat rechtens is.⁸ In uitzonderlijke gevallen kan de rechter de eiser machtigen zelf zijn recht te halen.⁹ Zonder vooruit te lopen op de precieze definitie en duiding van de aard van ‘de remedie’ – ik kom daar in hoofdstuk 2 op terug – is in ieder geval duidelijk dat deze diffuse verzameling aan juridische instrumenten in belangrijke mate bepaalt wat partijen in rechte voor elkaar kunnen krijgen.

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

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

2 Art. 3:49 BW.

3 Art. 6:265 jo. 267 BW.

4 Art. 5:44 BW.

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

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

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

8 Art. 3:302 BW.

9 Art. 3:299 BW.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 De gevolgen van verminderde aandacht

1.2.1 Praktische problemen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2.2 *De problematiek nader geduid*

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

26 Rb. Arnhem 25 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS8145, *NJF* 2005/155, zie hierna § 3.4.2.3.

27 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133, m.nt. S.D. Lindenberg (*Nervliesloslating*), zie hierna § 5.2.1.3.

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

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

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

28 Houwing 1947, p. 4-5; Pels Rijcken 1978, p. 310-311; Drion 1981, p. 3; Witgens 1994, p. 1088; Berteau 2008, p. 29-30.

29 Suijling 1927, p. 39; De Grooth 1947, p. 3-4, 18; Houwing 1947, p. 14-15.

30 Zie in zekere zin Witgens 1994, p. 1088 en Pels Rijcken 1978, p. 310-311, maar nadrukkelijker in internationale literatuur Berteau 2008, p. 34 e.v.; Aarmio, Alexy & Peczenik 1981.

31 Zie met name de §§ 5.2.2, 5.3 en 6.3.1.2.

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

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

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

1.2.3 Toespitsing vraagstelling

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

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

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

34 Zie hierna § 4.3.

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

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

1.3 Recht, plicht, remedie

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

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

35 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5.

36 Stolp 2007.

37 Haas 2009, p. 143-183.

38 Het is natuurlijk wel zo dat partijen die slechts nog aan het onderhandelen zijn over een overeenkomst, al in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste verhouding tot elkaar komen te staan, zie HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

39 Zie § 3.2.2 & § 8.1.

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

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

1.3.2 *Nadere afbakening*

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

40 Voor de schadevergoeding is deze splitsing algemeen aanvaard, zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

41 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-II/ 2019/129; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, par 1.1.4; Di Bella 2014, p. 126-134; J.B.M. Franken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576 (*Iraanse Vluchteling*), par. 7.

42 Zie hierover nader §§ 2.5, 3.4.1 & 5.3.1.

43 Hoofdstuk 3.

44 Hoofdstuk 4.

45 Hoofdstuk 5 & Hoofdstuk 6.

46 Hoofdstuk 7.

recht.⁴⁷ In lijn met het doel om duidelijkheid te verschaffen over het *delictuele* remedierecht zijn typisch contractuele remedies zoals de ontbinding, de vernietiging en de opschorting buiten de analyse gehouden.⁴⁸ Dat betekent evenwel niet dat ik bij de analyse een principieel of formeel onderscheid tussen contractuele en delictuele *grondslagen* maak. Sommige wanprestaties zijn immers *ook* onrechtmatige daden en andere wanprestaties – zoals die van de arts die niet de zorg van een goed hulpverlener betracht⁴⁹ – lijken dermate veel op onrechtmatige daden dat het de vraag is of het onderscheid ertoe doet. De eerste afbakening ligt dus veel meer in de selectie van de typische delictuele *remedies* dan in de selectie van bepaalde *grondslagen*.

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

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

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

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

49 Art. 7:453 BW.

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

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