

Recht, plicht, remedie

Bespreking van het proefschrift van mr. W.Th. Nuninga

*Prof. mr. A.G. Castermans, prof. mr. drs. M. Haentjens,
prof. mr. dr. K.J.O. Jansen, prof. mr. A.L.M. Keirse,
prof. mr. H.B. Krans, prof. mr. dr. V. Mak en
prof. mr. dr. A.J. Verheij**

1 Inleiding

Deze bijdrage is niet zozeer een recensie als wel het verslag van de discussie die wij als leden van de lees- en oppositiecommissie hebben gevoerd over het proefschrift *Recht, plicht, remedie*.¹ De redactie van het Maandblad voor Vermogensrecht vroeg ons onze bevindingen te bundelen. Kort nadat het manuscript was goedgekeurd, overleed de promovendus, Thijmen Nuninga. Op 22 september 2022 vond de promotieplechtigheid doorgang. Thijmen kreeg, in aanwezigheid van zijn familie, vrienden en collega's, postuum het doctoraat verleend.

Het proefschrift bevat een kritische reflectie of zelfs een aanval op het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Thijmen Nuninga (hierna: Nuninga) formuleerde daarbij zelf al verschillende bedenkingen. We hebben een openbare verdediging door de promovendus moeten missen, maar die was – gelet op het karakter van het proefschrift – nauwelijks nodig. Het proefschrift is een voorbeeld van wat de rechtsgeleerdheid kan zijn, een *argumentative science*.

2 Opzet van het proefschrift en discussiepunten

De centrale vraag die Nuninga stelde, was hoe in het delictuele aansprakelijkheidsrecht de rechtszekerheid kan worden vergroot met betrekking tot de selectie en invulling van remedies die worden opgelegd voor een normschending. Volgens hem is vooraf lang niet altijd duidelijk welke remedie in een bepaald geval in welke omvang passend is. Verder is, als voor een remedie is gekozen, achteraf niet altijd goed uit te leggen waarom

juist deze remedie moet worden opgelegd. Hoe kan de voorspelbaarheid, vooraf, van remedies worden vergroot? En hoe kan de opgelegde remedie, achteraf, worden gerechtvaardigd? Met andere woorden: hoe wordt de belofte van de norm verwezenlijkt?

Het proefschrift verkent de gedachte dat een benadering vanuit de aan de vordering ten grondslag gelegde norm – een 'normcentrische' benadering – de rechtszekerheid zou kunnen vergroten. Het is uitdrukkelijk beperkt tot normen uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, maar heeft onmiskenbaar ook voor het contractenrecht betekenis, getuige de vele voorbeelden die spelen in een contractuele context, zoals in hoofdstuk 6 (over kansschade en proportionele aansprakelijkheid) en hoofdstuk 7 (over winstafdracht).

Hoofdstuk 2 voorziet die gedachte van een theoretisch fundament en een gedetailleerde uitwerking. Centraal staan de aard van 'de remedie' en de verhouding tussen de remedie enerzijds en de rechten en plichten van partijen anderzijds. De gedachte wordt vervolgens in afzonderlijke hoofdstukken toegepast op verschillende remedies: het rechterlijk bevel (hoofdstuk 3), schadevergoeding in natura (hoofdstuk 4), schadevergoeding in geld (hoofdstuk 5), kansschade en proportionele aansprakelijkheid (hoofdstuk 6) en winstafdracht (hoofdstuk 7), steeds toegespitst op een concreet vraagstuk dat voor de daar centraal gezette remedie speelt. In elk hoofdstuk wordt de remedie theoretisch geduid aan de hand van de Nederlandse doctrine en – ter inspiratie – een 'spiegeling' van die doctrine aan de Duitse en de Engelse. Duidelijk wordt hoe de invloed van de norm is terug te zien bij toepassing van de specifieke remedies en hoe nadrukkelijker aandacht voor die invloed de uitkomsten voorspelbaarder en begrijpelijker zou kunnen maken. De vraag rest dan wat deze benadering betekent voor het delictuele remedierecht als geheel.

Hoe verhouden de verschillende remedies zich eigenlijk tot elkaar? Is samenloop tussen remedies überhaupt mogelijk? In hoofdstuk 8 wordt betoogd dat in de verdedigde benadering het aantal gevallen van samenloop wordt beperkt, terwijl zij

* Prof. mr. A.G. Castermans is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. drs. M. Haentjens is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. dr. K.J.O. Jansen is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Prof. mr. A.L.M. Keirse is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. H.B. Krans is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. dr. V. Mak is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. dr. A.J. Verheij is als hoogleraar werkzaam op het terrein van het burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie*. Of de belofte van de norm (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

van dienst kan zijn bij de oplossing van eventuele resterende samenloopproblemen.

Ten slotte gaat hoofdstuk 9 na hoe de benadering zich verhoudt tot de gevallen waarin voor aansprakelijkheid niet vereist is dat een toerekenbare normschending is gepleegd of dreigt te worden gepleegd. Conclusies volgen in hoofdstuk 10.

De discussie over het proefschrift spitste zich toe op vier hypothesen die erin besloten liggen:

- Het Nederlandse remedierecht lijdt aan een ‘disjunctieve benadering’, een behandeling van remedies los van de overtreden norm.
- Een normcentrische benadering leidt tot meer rechtszekerheid.
- De norm is sturend voor de remedie, materieelrechtelijk en procesrechtelijk.
- De norm helpt ook de verhouding tussen de verschillende delictuele remedies inzichtelijk te maken.

Deze punten behandelen wij in paragraaf 3 tot en met 6.

3 Lijdt het remedierecht aan een disjunctieve benadering?

Het proefschrift neemt als uitgangspunt dat in het aansprakelijkheidsrecht een knip is ontstaan tussen de vaststelling van een onregelmatigheid (de normschending) en de procedurele reactie daarop (de remedie):

‘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.’²

Dit zorgt voor onzekerheid:

‘Gevolg van deze “losgekoppelde” of “disjunctieve” benadering is dat vooraf lang niet altijd duidelijk is welke remedie in een bepaald geval en in welke omstandigheden 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.’³

Tegen dit uitgangspunt kunnen materieelrechtelijke en procedurele bedenkingen worden ingebracht.

Materieelrechtelijk heeft te gelden dat de norm wel degelijk een belangrijke rol speelt bij het bepalen van de remedie en de invulling daarvan, bijvoorbeeld door toepassing van het relativiteitsleerstuk (art. 6:163 BW) en het leerstuk van de redelijke toerekening (art. 6:98 BW). De aard en de strekking van de overtreden norm bepalen mede wie aanspraak heeft op vergoeding van de schade die de benadeelde als gevolg van de normovertreding heeft geleden, welke schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen, en in welke omvang deze voor rekening van de aansprakelijke persoon komen.

Nuninga heeft hier oog voor en onderkent dat de norm via de leerstukken van relativiteit en toerekening naar redelijkheid ook naar huidig recht de mogelijke remedies mede inkleurt, met dien verstande dat hij – in ieder geval voor de toerekening naar redelijkheid – een grotere, centrale rol ziet weggelegd voor de materiële norm. Zo bespreekt hij het Vader Versluis-arrest van 1979.⁴ De casus die aan dit arrest ten grondslag lag, was kort gezegd als volgt. Vader Versluis had artsen verweten dat zij hem onjuiste informatie hadden verschaft met betrekking tot de perspectieven van zijn dochter Mia die na een operatie in coma was geraakt. Hij was als gevolg hiervan fysiek en psychisch ingestort en vorderde daarvoor schadevergoeding. De vraag was dus niet of het ziekenhuis onzorgvuldig had gehandeld bij de medische behandeling van dochter Mia, maar of zij op onrechtmatige wijze hadden gecommuniceerd met haar vader. Veronderstellenderwijs werd aangenomen dat toerekenbaar onrechtmatig jegens de vader gehandeld was, maar de aard van de geschonden norm stond in de weg aan het vergoeden van de gevorderde schade, aldus Nuninga. Toekenning van deze schadevergoedingsvordering zou immers vergen dat de norm dat een arts zijn patiënten goed moet informeren en degelijk moet bejegenen ook als strekking had om de bij de behandeling betrokken vader van de patiënt te beschermen tegen psychisch onbehagen. Dat was in ieder geval in de tijd dat dit arrest gewezen werd niet het geval.

Soms doet het proefschrift de huidige stand van het recht te kort. Lees bijvoorbeeld het slot van paragraaf 3.2.2.2 over het bevel tot nakoming, gevorderd in kort geding. Uit de rechtspraak wordt afgeleid dat de voorzieningenrechter zo’n bevel mag weigeren op grond van een belangenafweging. Hierop volgt:

‘Mij lijkt daarmee evenwel niet gezegd dat hij een bevel ook mag *toewijzen* op basis van een belangenafweging alleen. Zolang het gaat om een bevel dat een voorschot neemt op een veroordeling in een bodemprocedure, lijkt het zuiverder aan te sluiten bij de eisen van het materiële recht.’⁵

Over de inhoud van dit – voorzichtig gepresenteerd als eigen – inzicht is het nodige te vinden in literatuur en rechtspraak. Dat een voorlopige voorziening in kort geding in beginsel niet

2 Nuninga 2022, p. 3.

3 Nuninga 2022, p. 3.

4 HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77 m.nt. G.J. Scholten (Vader Versluis); Nuninga 2022, p. 103.

5 Nuninga 2022, p. 43.

kan worden gegeven op grond van een zuivere belangenafweging zonder dat daarvoor een rechtsgrond aanwezig is, maar dat de beslissing juist een voorschot moet nemen op de beoordeling van de rechtsverhouding, volgt uit rechtspraak en vindt overwegend instemming in de literatuur.⁶ Hetzelfde geldt voor de opmerking in paragraaf 3.4.2.2 over gebiedsverboden, waarin wordt betoogd:

‘Het nadrukkelijker in lijn brengen van de veroordeling met de onderliggende rechtsplicht voorziet de veroordeling van een betere rechtvaardiging en maakt het voor partijen duidelijker waar zij hun pijlen op moeten richten.’⁷

Het gaat hier niet om een nieuw inzicht. Gebiedsverboden dienen bij uitstek als voorbeeld van ‘aan de onrechtmatige gedraging aangepaste veroordelingen’.⁸

Ook elders in het proefschrift wordt de probleemstelling – de vermeende disjunctieve benadering – soms wat te zwaar aangezet, waardoor een vertekend beeld ontstaat van de stand van het recht. Zo wordt in paragraaf 3.4.1.1 betoogd dat de relativiteitstoets in het kader van de verbods- en bevelsactie ‘tot nu toe onderbelicht’ is, terwijl die toets in de rechtspraak en literatuur over art. 3:296 BW nadrukkelijk aan bod komt.⁹

Voor zover er al sprake is van een disjunctieve benadering, moet het ‘lijden’ op procedurele gronden worden gerelativeerd. Rechtsgedingen draaien om vorderingen en verweren. Die worden door partijen zelf gekozen of – via specifieke wettelijke regels – door bepaalde door de politiek gedicteerde beleidsdoelen ingegeven, en geven vervolgens richting aan het partijdebat. De onzekerheid over de op te leggen remedies betreft dus vooral de periode vóór de aanvang van een procedure en houdt voornamelijk verband met het beginsel van partijautonomie. Achteraf zal in de regel goed zijn uit te leggen waarom een bepaalde remedie is opgelegd: het is de resultante van de door eiser gekozen grondslag, de daartegen gerichte verweren, bepaalde politieke beleidsdoelen en ten slotte de feiten die de rechter op basis van het partijdebat heeft kunnen vaststellen.

4 Leidt de normcentrische benadering tot meer rechtszekerheid?

De verwachting dat de normcentrische benadering het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voorspelbaarder zal maken, moet worden getemperd, ook wat Nuninga zelf betreft. Als hij de jurisprudentie over het relativiteitsvereiste behandelt – berucht om de onvoorspelbaarheid –, haast hij zich

het begrip rechtszekerheid van een nieuwe definitie te voorzien:

‘Rechtszekerheid wordt niet alleen bereikt als de uitkomsten steeds perfect kunnen worden voorspeld, maar ook door duidelijk te maken waarover de discussie zal moeten gaan.’¹⁰

Ook is hij zich ervan bewust dat het recht zich ontwikkelt, en daarmee voor onverwachte wendingen kan zorgen. Zo verklaart hij enerzijds het Vader Versluis-arrest vanuit een normcentrische benadering, maar tekent hij anderzijds aan dat hij zich kan voorstellen dat de rechtsovertuiging over de vergoeding van psychisch onbehagen inmiddels is veranderd.¹¹

In dit verband is het interessant het Vader Versluis-arrest te vergelijken met een recent arrest over toerekening van de gevolgen van geestelijk lijden, waarbij evenmin sprake was van een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.¹² Deze uitspraak betrof het geval van een man die in een televisieprogramma was beschuldigd van heling van zogenaamde GAD-sloten. De man was niet herkenbaar in beeld gebracht en zijn naam was niet genoemd. Desondanks was hij door zijn werkgever en enkelen van diens klanten herkend. Als gevolg hiervan was hij op non-actief gesteld. Hoewel de man vervolgens aantoonde dat hij de sloten rechtmatig had verkregen, waarna een rectificatie en excuses op televisie volgden, kwam hij op zijn werk toch in de problemen. Op verzoek van zijn werkgever werd de arbeidsovereenkomst ontbonden. De man was door deze gang van zaken zeer aangeslagen; er werd bij hem een in de psychiatrie erkend ziektebeeld geconstateerd. Hij sprak zowel de producent als de televisiezender aan tot vergoeding van medische kosten en verlies aan arbeidsvermogen alsook smartengeld. Het hof nam aansprakelijkheid aan, omdat de man kon worden herkend door bekenden en in dit geval zijn belang bij bescherming van zijn privacy prevaleerde boven het belang van de televisiemakers bij bescherming van hun recht op vrijheid van meningsuiting. Vervolgens wees het hof alleen smartengeld wegens aantasting van de eer en goede naam toe ter hoogte van € 5000. Het aan de televisiemakers toerekenbare inkomensverlies als gevolg van het ontslag was naar het oordeel van het hof reeds voldoende gecompenseerd door de van de werkgever ontvangen vergoeding naar billijkheid en de mogelijkheid een beroep te doen op sociale uitkeringen. Dat de man door de uitzending langdurig en volledig arbeidsongeschikt zou raken, achtte het hof niet voorzienbaar. Ook als deze extreme reactie kon worden verklaard door de persoonlijkheidsstructuur van de man (een zogenaamde predispositie), dan nog konden gedaagden hiermee niet bekend zijn. Het verlies van arbeidsvermogen door de voortdurende arbeidsongeschiktheid van de man was daarom niet toerekenbaar, aldus het hof.

6 Zie bijv. Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/6 en 131-133.

7 Nuninga 2022, p. 63.

8 A-G Verkade, onderdeel 3.30 van zijn conclusie voor HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, NJ 2013/504 m.nt. P.B. Hugenholtz. Het onderwerp zou ook kunnen zijn behandeld in de context van schadevergoeding in natura (hoofdstuk 4). Zie het overzicht in GS Schadevergoeding (L.B.A. Tigelaar), art. 6:103 BW, aant. 4.7.

9 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/153 en J.J. van der Helm, Het rechtelijk bevel en verbod, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 35.

10 Nuninga 2022, p. 99.

11 Nuninga 2022, p. 103.

12 HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590, NJ 2022/172 (Eiser/SBS c.s.).

De Hoge Raad casseerde. Het hof had bij zijn afweging niet kenbaar meegenomen dat hier sprake is van letselschade, hetgeen een ruime toerekening rechtvaardigt. Bij letselschade komt een predispositie in beginsel voor rekening van de aansprakelijke.¹³ Evenals bij Vader Versluis was hier sprake van psychisch letsel. Anders dan in Vader Versluis wordt nu wel toegerekend. In dit geval is daarbij – anders dan in Vader Versluis – niet de aard van de geschonden *norm*, maar de aard van de *schade* doorslaggevend. In Vader Versluis oordeelde de Hoge Raad dat bij overtreding van verkeers- of veiligheidsnormen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen. Dat rechtvaardigt een ruime toerekening. Dit kon niet worden aangenomen ten aanzien van de niet-naleving van de zorgvuldigheidsnormen die tegenover Vader Versluis veronderstellenderwijs waren geschonden, aldus de Hoge Raad. In het recente arrest wordt juist de nadruk gelegd op de aard van de schade als omstandigheid die bij het onderzoek naar de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening moet worden betrokken. De Hoge Raad betreft de ruime toerekening bij letselschade – anders dan het hof – uitdrukkelijk ook op de schade die het gevolg is van het door de uitzending veroorzaakte geestelijk letsel. De prioriteit die in ons recht wordt toegekend aan ernstige letselschade in vergelijking tot zaakschade of zuivere vermogensschade heeft zich doorgezet naar vormen van geestelijk lijden.

Zoals Nuninga terecht suggereert, hebben de rechtsovertuigingen zich in de loop van de tijd gewijzigd voor wat betreft vergoeding van psychisch letsel. Dat volgt ook uit de ontwikkelingen rondom de vergoeding van affectieschade en uit het feit dat voor toewijzing van vorderingen wegens de aantasting in de persoon ‘op andere wijze’ ex art. 6:106 BW en voor toewijzing van shockschadeclaims niet langer nodig is dat sprake is van geestelijk letsel in de vorm van een door een gekwalificeerde deskundige vastgesteld, in de psychiatrie erkend ziektebeeld.¹⁴

Nuninga lijkt met de onzekerheid die gepaard gaat met dergelijke rechtsontwikkelingen vrede te hebben en te vergen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer een antenne hebben voor de veranderlijkheid van de rechtsopvattingen ter zake.

5 Is de norm sturend voor de remedie?

De ontwikkelingen ten aanzien van de behandeling van verschillende verschijningsvormen van fysiek en psychisch letsel

kunnen intussen wel het belang van de geschonden norm relativeren.

Nuninga is de eerste om te erkennen dat de theorie van de belofte van de norm niet voor alle normen werkt. Er zijn normen, zo betoogt hij in paragraaf 9.4.3, die alleen een ‘primaire plicht tot schadevergoeding’ bevatten. Niettemin houdt hij vol dat ‘waar een gedragsnorm is aan te wijzen, dat nog altijd de beste bron van normatieve informatie is om tot een passende remedie te komen’.

Als voorbeeld noemt hij de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW). Op het eerste gezicht is dat een norm die alleen maar een verhaalsmogelijkheid belooft, maar bij nader inzien schuilt daarachter ook een veelbelovende gedragsnorm: de zorgplicht voor de bezitter van een onroerende zaak om deze deugdelijk te onderhouden. Die zorgplicht heeft volgens Nuninga een ‘raadgevende rol’ bij de vaststelling van de voor vergoeding in aanmerking komende schade: schade die ook zou zijn ontstaan als de bezitter zijn zorgplicht had nageleefd, is niet door gebrekkig onderhoud veroorzaakt en komt daarom niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁵

Dit is een mooi voorbeeld van hoe Nuninga de dingen doordénkt en hoe hij daarbij dóórdenkt. Zijn redenering laat zien dat een norm méér dan één belofte in zich kan bergen, en dat die beloftes ook verborgen kunnen zijn, in die zin dat zij door de rechter moeten worden onthuld om ze te kunnen verwezenlijken. Daarbij lijkt hij de potentie van de norm zowel te overschatten als te onderschatten.

In het Natronloog-arrest uit 1982 ging het om een vuilnismans die ernstig letsel opliep doordat de bijtende stof natronloog uit een vuilniszak in zijn gezicht spoot. De dader was een nietsvermoedende schoonmaakster van een buurthuis. Zij had in het schoonmaakhok een emmertje met een voor haar onbekende vloeistof aangetroffen en dit in een vuilniszak bij het vuilnis gezet. De Hoge Raad oordeelde dat deze handelwijze onrechtmatig was en dat het dorpshuis de schade van de vuilnismans moest vergoeden. De Hoge Raad legde precies uit wat de door de schoonmaakster geschonden zorgvuldigheidsnorm inhield: zij had de vuilniszak onder controle moeten houden en de vuilnismans moeten waarschuwen voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.¹⁶ Nuninga vindt dit een ‘vrij onrealistische’ gedragsnorm. Volgens hem wordt de zorgplicht hier ‘gebruikt (...) om schadevergoeding achteraf mogelijk te maken’. In de praktijk zal hiervan nooit nakoming kunnen worden gevorderd, zegt hij, daarvoor is de aanleiding te plotseling.¹⁷

Misschien heeft zijn ongemak ermee te maken dat in zekere zin niet de norm de remedie stuurt, maar omgekeerd de reme-

13 Dat neemt niet weg dat een predispositie op grond van concrete aanwijzingen in de fase van de schadebegroting een drukkend effect kan hebben op de omvang van de vast te stellen schadevergoeding.

14 Zie twee als strafrechtelijk geoormerkte uitspraken van de Hoge Raad: HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024, NJ 2021/284 m.nt. S.D. Lindenbergh en HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, RvdW 2022/687. Zie over dit laatste arrest ook in dit tijdschrift: E.W. Bosch, Shockschade: de Hoge Raad verzet de piketpaaltjes, MvV 2022, afl. 10, p. 338-348.

15 Nuninga 2022, p. 184.

16 HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (Natronloog).

17 Nuninga 2022, p. 181.

die de norm. Hier lijkt hij de sturende werking van de norm te overschatten. Vóór het Natronloog-arrest bestond er immers nog geen met zoveel woorden aanvaarde norm dat men geen onbekende chemische vloeistof onbeheerd bij het afval mag zetten. Die norm werd voor en door deze zaak geactiveerd, zij het op basis van normatieve inzichten waarover de schoonmaakster in de visie van de Hoge Raad kennelijk al op voorhand had kunnen en moeten beschikken. De vuilnismaan vroeg schadevergoeding en legde aan zijn vordering feiten en omstandigheden ten grondslag die de rechter in staat stelden de norm vorm te geven. Zo ontstaan nieuwe zorgvuldigheidsnormen. Wie altijd uitgaat van gevonden recht, kan rechtsontwikkeling niet goed verklaren. Rechtsontwikkeling zou dan immers per definitie impliceren dat eerdere rechters niet goed hadden gezocht.

Tegelijkertijd is Nuninga te bescheiden over de belofte van zorgvuldigheidsnormen, en daarmee ook over de potentie van zijn eigen theorie. Het Natronloog-arrest laat juist zien hoe een negatief geformuleerde zorgvuldigheidsnorm – het verbod om te handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt – vertaald kan worden in een positieve belofte – de verplichting om concrete voorzorgsmaatregelen te treffen ter bescherming van burgers tegen dreigend gevaar. Dat is een belofte waarop slachtoffers én daders kunnen bouwen. Het is niet ondenkbaar dat daarvan in bepaalde gevallen nakoming wordt gevorderd.

Een voorbeeld is te vinden in het Urgenda-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de Nederlandse Staat gehouden was om de uitstoot van broeikasgassen vanaf het Nederlandse grondgebied per eind 2020 te beperken met minimaal 25% ten opzichte van 1990, ter bescherming van Nederlandse ingezetenen tegen gevaarlijke klimaatverandering.¹⁸ De Hoge Raad baseerde deze reductieverplichting op art. 2 en 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Die artikelen bevatten algemeen en negatief geformuleerde mensenrechten: zij behelzen primair alleen een verbod voor verdragsstaten om het leven en het privéleven van burgers aan te tasten. Maar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft uit art. 2 en 8 EVRM ook positieve verplichtingen afgeleid. Overheden moeten zich niet alleen onthouden van aantasting van het leven en privéleven van burgers, zij moeten zich ook actief inspannen om de door art. 2 en 8 EVRM beschermde mensenrechten te verwezenlijken. Op die basis heeft de Hoge Raad in het Urgenda-arrest een concrete reductieverplichting aangenomen, waarvan burgers ten opzichte van de overheid nakoming kunnen vorderen. Het is een veelbelovende norm, ook al blijkt ook hier de realiteit weerbarstiger dan de theorie en dreigt het gevaar dat de norm het predicaat ‘vrij onrealistisch’ krijgt.

18 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (Urgenda).

6 De norm helpt de verhouding tussen remedies inzichtelijk te maken

Hoe verhouden de verschillende remedies zich tot elkaar? Prevalleert de ene boven de andere? Volgens Nuninga moet de norm de weg wijzen:

‘Aan de hand van de gedachte dat een remedie een aan de gerechtigde ter beschikking gesteld instrument is om “de belofte van de norm” te verwezenlijken, wordt duidelijk dat vaak in het geheel geen keuze zal hoeven te worden gemaakt.’¹⁹

Indien men het sanctiearsenaal op een rij zet en de praktische consequenties doordenkt, zou het kunnen dat het aantal gevallen dat er een echte keuze is, relatief beperkt is. De opties kunnen elkaar naar hun aard uitsluiten, zoals Nuninga vooral in hoofdstuk 8 signaleert. Indien men tevens bedenkt dat vorderingen ook subsidiair, en meer subsidiair kunnen worden ingesteld, en dat rechters binnen het meerdere het mindere ook kunnen toewijzen, is denkbaar dat de cumulatie van remedies zich in de praktijk minder vaak zal voordoen dan men op het eerste gezicht zou kunnen denken.

De normcentrische benadering zou kunnen verklaren waarom in gevallen van milieu- of klimaataansprakelijkheid een bevel of verbod meer kans van slagen heeft dan een vordering tot schadevergoeding. Men denke aan de zaak Staat/Shell over de verontreiniging van een perceel bouwgrond in Gouderak met giftig bedrijfsafval dat Shell in de jaren vijftig had aangeboden aan afvalverwerkers. Shell behoeft de hierdoor veroorzaakte schade niet te vergoeden, althans volgens een arrest van de Hoge Raad uit 1994.²⁰ De Hoge Raad suggereerde dat het gedrag van Shell in de jaren vijftig door de beugel kon. Het naoorlogse Nederland was immers lange tijd gefixeerd geweest op productie. Daaraan verbonden risico’s werden niet of onvoldoende ingezien, en zo men al gevaar zag, deed men daar niet al te moeilijk over: de bedrijven niet, de burgers niet, en ook de overheid (in al haar geledingen) niet. De samenleving gunde het bedrijfsleven eenvoudig een zekere ruimte.²¹ Het proefschrift van Nuninga opent onze ogen voor de mogelijkheid dat als in 1957 een gebod was gevraagd, bijvoorbeeld door de toekomstige bewoners van de woonwijk, de vordering – gestoeld op de plicht om het afvalproces zorgvuldig te begeleiden met het oog op het voorkomen van bodemverontreiniging, mogelijk wel succesvol was geweest, niettegenstaande de uitspraak van de Hoge Raad uit 1994. De norm kan er immers toe strekken schade te voorkomen, wat niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat normschending leidt tot een verbintenis tot schadevergoeding jegens een enkel bedrijf. Dat zou ook kunnen verklaren dat dezer dagen enerzijds Shell wordt bevolen meer te doen aan het voorkomen van de opwarming van de aarde en anderzijds wordt betoogd dat het niet wenselijk is in

19 Nuninga 2022, p. 158.

20 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196 m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell), r.o. 3.8.1-3.8.5.

21 Jac. Hijma in zijn noot onder Staat/Shell, AA 1995, afl. 4, p. 276.

te zetten op aansprakelijkheid voor klimaatschade, omdat de reductie van de uitstoot van broeikasgassen belangrijker is voor de verwezenlijking van de norm dan schadevergoeding.²² Tegelijk zien we dat sinds de laatste klimaatconferentie van november 2022 in Sharm el-Sheikh ook vergoeding van klimaatschade hoger op de politieke agenda is komen te staan.²³ Dit illustreert dat de keuze tussen remedies niet alleen een kwestie is van normverwezenlijking, maar ook een kwestie van opportuniteit. Partijen kunnen om hen moverende redenen de ene remedie verkiezen boven de andere, ook als vanuit normcentrisch oogpunt wellicht die andere remedie het meest voor de hand lag.

7 Afronding

Uit eerdere publicaties van Nuninga weten wij dat de klimaatzaken hem na aan het hart lagen. In zijn proefschrift staat hij echter terughoudend tegenover het gebruik van delictuele normen met het oog op maatschappelijke doelen. Hij refereert op verschillende plaatsen aan het betoog van Ernest Weinrib in zijn boek *The Idea of Private Law*, dat het privaatrecht autonoom zou moeten worden bestudeerd, nu het systeem van het privaatrecht in zichzelf normatief richting geeft aan de uitkomsten die in een geschil tussen partijen zouden moeten gelden.²⁴ Weinrib zet zich af tegen de functionele benadering van het privaatrecht, waarin het een extern doel dient, bijvoorbeeld een beleidsdoel. Hij noemt het privaatrecht daarentegen een op zich staand systeem en vergelijkt het met liefde. ‘Love is an end in itself’; we vragen ons ook niet af wat liefde of vriendschap ons oplevert en of het de investering waard is. Zo is het volgens Weinrib ook met het privaatrecht. Het systeem zelf is het doel.

Het proefschrift volgt Weinrib. In paragraaf 2.3 worden verschillende visies op het aansprakelijkheidsrecht behandeld, in het bijzonder de vraag of de remedie in het aansprakelijkheidsrecht als instrument tot handhaving van beleid mag of moet worden ingezet. In het privaatrecht is de gedachte van instrumentalisering al langere tijd doorgedrongen, met als katalysator de invloed van het Europees recht. Europees beleid is bijvoorbeeld gericht op het nastreven van een hoog niveau van consumenten- en beleggersbescherming. Dat beleid vertaalt zich in Europese regelgeving. Het nationaal privaatrecht van de lidstaten staat langs verschillende wegen ten dienste van het handhaven van die normen. Dat acht Nuninga dus onwenselijk:

‘Het privaatrechtelijke geschil is een geschil tussen een of meer benoemde partijen. De vraag is steeds wat tussen hen rechtens is. Versterking van het remediearsenaal om prikkels voor gerechtigden en afschrikwekkendheid voor normadressaten te vergroten verhoudt zich slecht tot die structuur.’²⁵

In dat licht heeft het remedierecht volgens hem niets van doen met de bredere maatschappelijke context waarin een geschil wordt beslecht. En, zo zou uit de inleiding kunnen worden afgeleid, ook niets met het Europees recht, want dat wordt buiten beschouwing gelaten, nu het proefschrift een analyse van het Nederlands privaatrecht als autonoom systeem behelst.²⁶ Maar ook hier formuleerde Nuninga alvast zelf zijn bedenkingen:

‘Een onderzoek naar uitgangspunten van het nationale remedierecht zou zelfs kunnen bijdragen aan het debat over de noodzaak en wenselijkheid van aanpassing van het nationale privaatrecht ten behoeve van de handhaving van het EU-recht.’²⁷

Ook hier zag hij ruimte voor debat en zijn proefschrift zal ongetwijfeld in dat debat worden meegenomen, zoals het ook – en zeer welverdiend – zijn sporen zal nalaten in de ontwikkeling van het Nederlandse remedierecht.

22 Zie enerzijds Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, AB 2022/258 m.nt. G.A. van der Veen (Milieudefensie/Shell) en anderzijds Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, Principles on Climate Obligations of Enterprises, Den Haag: Eleven Publishing International 2020, p. 46-47.

23 Zie bijv. het persbericht ‘COP27 Reaches Breakthrough Agreement on New “Loss and Damage” Fund for Vulnerable Countries’ d.d. 20 november 2022, beschikbaar via unfccc.int (geraadpleegd op 10 december 2022).

24 E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: OUP 2012.

25 Nuninga 2022, p. 24.

26 Nuninga 2022, p. 10.

27 Nuninga 2022, p. 11.